



HAL
open science

L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté

Julie Gainche

► **To cite this version:**

Julie Gainche. L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Droit. Université de Rennes, 2020. Français. NNT : 2020REN1G014 . tel-03889765

HAL Id: tel-03889765

<https://theses.hal.science/tel-03889765>

Submitted on 8 Dec 2022

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.

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES 1
Comue Université Bretagne Loire

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : Droit privé

Par

Julie GAINCHE

**L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en
difficulté**

Thèse présentée et soutenue à Rennes, le 18 septembre 2020
Unité de recherche : EA 31 95 Centre de droit des affaires

Rapporteurs avant soutenance :

Corinne Saint-Alary-Houin : Professeur émérite
Université Toulouse 1 Capitole

François-Xavier Lucas : Professeur
Université Paris 1 Sorbonne

Composition du Jury :

Corinne Saint-Alary-Houin Professeur émérite
Université Toulouse 1 Capitole

François-Xavier Lucas Professeur
Université Paris 1 Sorbonne

Nicolas Thomassin Professeur
Université de Rennes 1

Jean-Paul Delville Maître de conférences HDR
Université de Rennes 1

Erwan Merly Administrateur judiciaire
Près la cour d'appel de Rennes

Danièle Briand Maître de conférences HDR
Directrice de recherche Université de Rennes 1

L'Université de Rennes 1 n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Plusieurs personnes ont contribué à la réalisation de cette thèse de doctorat, dont le concours fut précieux tout au long de cette épreuve, parfois rude.

Mes premiers remerciements vont tout d'abord à Madame Danièle BRIAND, ma directrice de recherche qui m'a confiée un sujet de thèse ô combien stimulant. En effet, la finalisation de cette étude aurait été impossible sans son soutien, son écoute, sa disponibilité et sa bienveillance. Qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma plus respectueuse gratitude.

Je remercie ensuite, et surtout, très chaleureusement mes parents et mon grand frère Jonathan, très inspirant pour moi. Merci d'avoir cru en moi pendant ce long parcours universitaire. Qu'ils puissent trouver ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

Aussi, je tiens à remercier les Professeurs de la faculté de droit, tant pour leurs conseils et encouragements, que pour l'opportunité d'avoir pu enseigner sous leur direction. Sans les étudiants en travaux dirigés, mon travail de thèse aurait été plus monotone. Dans ce cadre, je souhaite mettre en avant le travail accompli par le personnel administratif de la faculté de droit et de la bibliothèque universitaire – place Hoche.

Enfin, j'ai le plaisir d'adresser mes sincères remerciements à tous mes amis briochins, parisiens, et rennais. Une pensée particulière pour Bastien, Hugues et Alexandre qui ont su mettre leurs compétences au service de la mise en forme de cette thèse. Merci également à Ariane, la fée, Matthieu, Grégory, Julien et les autres amis qui se reconnaîtront pour tous ces moments agréables !

SOMMAIRE

PARTIE 1

LA VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL PAR LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

TITRE 1. LES FONDEMENTS DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL

Chapitre 1. Le fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel

Chapitre 2. Le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel

TITRE 2. LES TECHNIQUES DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL

Chapitre 1. La valorisation de l'actif immatériel en période d'observation

Chapitre 2. La valorisation de l'actif immatériel par le plan

PARTIE 2

LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

TITRE 1. LES CRITERES DE QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL

Chapitre 1. La qualification de l'actif immatériel en obligation

Chapitre 2. La qualification de l'actif immatériel en bien

TITRE 2. LES INCIDENCES DES QUALIFICATIONS DE L'ACTIF IMMATERIEL

Chapitre 1. Les incidences de la qualification de l'actif immatériel en obligation

Chapitre 2. Les incidences de la qualification de l'actif immatériel en bien

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Act. proc. coll.</i>	Lettre d'actualité des procédures collectives
Actu.	Rubrique actualités du Recueil Dalloz
<i>Adde</i>	Ajouter
ADLC	Autorité de la concurrence
Aff.	Affaire
AJ	Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz
AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires, concurrence, distribution
Art.	Article
Ass.	Assemblée
AN	Assemblée Nationale
<i>BJE</i>	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
<i>BJS</i>	Bulletin Joly mensuel d'information des sociétés
<i>Bull. civ., crim</i>	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation : chambres civiles, chambre criminelle
CA	Cour d'appel
Cah. dr. ent.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
<i>Cf</i>	<i>Confer</i>
Ch.	Chambre
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra.</i>	Solution contraire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Crit.	Critique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
Dactyl.	Dactylographié
<i>D. aff.</i>	Dalloz Aff.
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois

DH	Dalloz hebdomadaire (avant 1941)
Dict. perm. diff. entr.	Dictionnaire permanent difficulté des entreprises
Dir.	Dirigé par
Doc.	Document
Doctr.	Doctrine
DP	Dalloz périodique (avant 1941)
Dr.	Droit
<i>Dr. et patrimoine</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr.sociétés</i>	Droit des sociétés
Ed.	Edition
EIRL	Entrepreneur à responsabilité limitée
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
<i>GP</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IR	Information rapide du recueil Dalloz
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
JCl	Juris-Classeur (Encyclopédie)
JCl com	Juris-classeur commercial
JCl proc. coll.	Juris-Classeur procédures collectives
<i>JCP</i>	Juris-Classeur périodique
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique, édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique, édition notariale
<i>JCP S</i>	Juris-Classeur périodique, édition sociale
JO	Journal officiel
Jur.	Rubrique Jurisprudence du recueil Dalloz
<i>LEDEN</i>	L'essentiel Droit des entreprises en difficulté
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
N°	Numéro
NP	Non publié
Obs.	Observations

<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
Ord.	Ordonnance
P.	Page
§	Paragraphe
Pan.	Panorama
Préf.	Préface
PU	Presse Universitaire
PUAM	Presse Universitaire de Aix-Marseille
PUF	Presse Universitaire de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rappr.	Rapprocher
<i>RDC</i>	Revue des contrats
Rec.	Recueil
Rééd.	Réédition
Rép.	Répertoire
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. com.	Répertoire de droit commercial
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal
Rép. proc. civ	Répertoire de procédure civile
Rép. soc.	Répertoire de droit social
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.	Revue
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RJ com.</i>	Revue de Jurisprudence Commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RPC</i>	Revue des procédures collectives
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Suivant
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
Suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
TC	Tribunal de commerce

TGI
TI

Tribunal de Grande Instance
Tribunal d'Instance

V°
Vol.

Voir
Volume

« Le droit n'est-il pas la plus grande école de l'imagination ? »

[Giraudoux *in La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, scène V]

INTRODUCTION

« L'écran de l'ordinateur – qui lui-même s'ouvre comme un livre –
le mime, et Petite Poucette écrit encore sur lui,
de ses dix doigts ou, sur le portable, des deux pouces ».

[M. SERRES, *Petite poucette*, éd., Le Pommier, 2012 spéc. p. 34]

1. L'omniprésence de l'immatériel. En 2006, Messieurs LEVY et JOUYET ont constaté une réalité économique qui ne se dément absolument pas dans la présente étude. « *Aujourd'hui, la véritable richesse n'est pas concrète, elle est abstraite. Elle n'est pas matérielle, elle est immatérielle. C'est désormais la capacité à innover, à créer des concepts et à produire des idées qui est devenue l'avantage compétitif essentiel. Au capital matériel a succédé, dans les critères essentiels de dynamisme économique, le capital immatériel ou, pour le dire autrement, le capital des talents, de la connaissance, du savoir. En fait, la vraie richesse d'un pays, ce sont ses hommes et ses femmes* »¹. Agricole² vers 1900, puis industrielle pendant les Trente Glorieuses³ où la richesse était composée par les matières premières, les industries manufacturières et le capital matériel, la société produit depuis les années 1980 une richesse immatérielle. Cette période de la fin du XXème siècle repose effectivement sur une organisation sociétale globale « technoscientifique et urbaine »⁴ qui est marquée par la suprématie des technologies scientifiques, l'industrialisation des activités et des outils de production, la concentration urbaine des populations⁵. En particulier, l'exemple de la *google car*⁶ confirme cette mutation du contexte économique en faveur de l'immatériel. Si auparavant, le succès d'un leader de l'automobile était lié aux caractéristiques matérielles de la cylindrée, il dépend actuellement de la marque, du concept, de la technologie⁷, c'est-à-dire des actifs immatériels indispensables⁸. Certes, l'immatériel se développe non seulement dans

¹ M. LEVY, J-P. JOUYET, « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », in Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, 2006, spéc. p. 1

² Il s'agit de l'ère « artisano-agricole et rurale » : C. CHAMPAUD, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, coll. Droit, management et stratégies, 2011, spéc. p. 43.

³ Sur ce chrononyme, V° en particulier : J. FOURASTIE, *Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Hachette, coll. Pluriel, 2004.

⁴ C. CHAMPAUD, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, Sortir de la crise du financialisme, op. cit.*, spéc. p. 43.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Il s'agit d'une voiture Google qui est autonome, c'est-à-dire sans conducteur. Sur ce thème, V° notamment : E. EGLOFF, « Google dévoile son prototype de voiture électrique sans conducteur », *lefigaro.fr*, 28 mai 2014 ; « La Google Car sans conducteur circulera sur les routes californiennes cet été », *lefigaro.fr*, 16 mai 2015 ; D. LELOUP, « Google X, le laboratoire secret du géant du Web », *lemonde.fr*, 17 juillet 2015.

⁷ M. LEVY, J-P. JOUYET, « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », *op. cit.*, spéc. p. 1.

⁸ M-A. ANDRIEUX, « La prise en compte des actifs immatériels est devenue indispensable », *Les Echos*, 22 septembre 2009.

l'économie, mais aussi et surtout dans le droit. « *L'immatériel envahit toute l'économie* »⁹. « *Toute l'économie... et aujourd'hui tout le droit* »¹⁰. En effet, l'immatériel est pris en compte tantôt par le droit public¹¹, tantôt par le droit privé. A cet égard, le droit de la propriété intellectuelle incarne le « *domaine naturel de cet immatériel* »¹². N'oublions pas toutefois que l'immatériel irrigue d'autres branches du droit privé : sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer le droit des sociétés¹³, le droit des obligations¹⁴, le droit des biens¹⁵, le droit pénal¹⁶, les voies d'exécution¹⁷, le droit des sûretés¹⁸, etc. « *L'immatériel envahit bien tout...* »¹⁹ et y compris le champ des procédures collectives²⁰. A notre avis, c'est dans un contexte de difficulté des entreprises que la question immatérielle mérite le plus d'être posée au nom d'un impératif économique majeur. Parce que le droit des entreprises en difficulté apporte une réponse à propos de la caractérisation de tous les « effets de leviers » de l'entreprise. Il n'est donc pas épargné par l'envahissement de l'immatériel, puisqu'il appréhende l'actif immatériel. Pour ce faire, le droit des entreprises en difficulté va rechercher tous les aspects de l'actif immatériel en dépassant les chiffres et les ratios par l'identification du potentiel de l'entreprise. Cette discipline ne s'arrête pas à la dimension incorporelle de l'actif en saisissant d'autres valeurs immatérielles de l'actif ou d'actif. Autrement dit, elle ne saisit pas uniquement l'actif immatériel sous l'angle incorporel des droits de la propriété intellectuelle, mais révèle l'existence de valeurs para-comptables telles que les compétences, la notoriété, les contrats. Partant, cette conception fait-elle naître une différence entre l'immatériel et l'incorporel ?

En dehors du droit des entreprises en difficulté, l'incorporel est défini par opposition au corporel. On oppose alors tout élément monétaire pourvu de *corpus* à tout élément non monétaire dépourvu de *corpus*. D'où la distinction comptable entre les actifs corporels et les actifs incorporels et la distinction juridique entre les biens corporels et les biens incorporels. Distinct du corporel,

⁹ Entretien avec D. ROSIERE, Infomatin, décembre 1995, cité par M. VIVANT, « L'immatériel en sûreté », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 405 s., spéc. p. 405.

¹⁰ J-M. BRUGUIERE, « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006, p. 2804, spéc. n° 1.

¹¹ V° notamment : Ph. YOLKA, « Le droit de l'immatériel public », *AJDA* 2017, p. 2047.

¹² J-M. BRUGUIERE, « L'immatériel à la trappe ? », *op. cit.*, p. 2804, spéc. n° 1.

¹³ *Infra*, n° 20, 138, 139, 229, 394 (notion d'apport en industrie).

¹⁴ *Infra*, n° 218, 223, 224 (conception objective de l'obligation) et *infra*, n° 298 à 306 (opérations sur obligations).

¹⁵ *Infra*, n° 274, 282, 283 (notion de bien incorporel) et *infra*, n° 285 à 291 (notion de bien immatériel).

¹⁶ *Infra*, n° 370 (dématérialisation des infractions).

¹⁷ *Infra*, n° 387 à 411 (notion de saisissabilité).

¹⁸ En effet, les sûretés peuvent avoir pour objet l'immatériel. V° par exemple le nantissement de meubles incorporels au sens de l'article 2329, 3° du Code civil ou l'exercice du droit de rétention sur un fichier d'informations : Cass. com., 8 février 1994, Bull. civ. IV, n° 56 ; *D.* 1995, Somm. p. 91, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 1994, p. 908, obs. M. BANDRAC ; *RTD com.* 2004, p. 547, obs. B. BOULOC.

¹⁹ J-M. BRUGUIERE, « L'immatériel à la trappe ? », *op. cit.*, p. 2804, spéc. n° 1.

²⁰ V° l'article 24 du nouveau règlement n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité qui concerne la création de registres d'insolvabilité interconnectés, destinés à faciliter la circulation de l'information entre les États membres et à fournir aux créanciers des formulaires, notamment de déclaration de créances ; V° aussi : DGE Communiqué de presse du 3 avril 2019/« Signature de la convention de déploiement Signaux Faibles : vers une meilleure anticipation des difficultés des entreprises », *RPC* juillet 2019, n° 4, alerte 24.

l'incorporel tend par contre à se rapprocher de l'immatériel. En somme, l'incorporel a pour occurrence voisine l'immatériel. De prime abord, il n'y aurait pas de différence entre l'immatériel et l'incorporel. Le premier nous paraît pourtant plus vaste que le second. Si l'incorporel est cloisonné à une approche comptable, l'immatériel n'est pas enfermé dans une approche strictement financière, à savoir bilancielle. De nos jours, l'immatériel représente une catégorie croissante de valeurs hétéroclytes, dont le système comptable est impuissant à transcrire dans les classifications étroites des documents financiers de l'entreprise. Par exemple, les marques acquises sont des actifs incorporels enregistrés en immobilisations incorporelles dans le bilan comptable, alors que les marques développées en interne sont des actifs immatériels non fondés sur le bilan comptable en raison d'un problème d'activation. « *On sait à peu près combien vaut un terrain, une machine et comment les enregistrer dans les comptes des entreprises. Mais comment faire pour une idée, une organisation, une image de marque ? Or, ce sont ces éléments immatériels qui, de plus en plus, font la véritable valeur d'une entreprise* »²¹. Par conséquent, la valeur comptable diverge de la valeur réelle de l'entreprise. Cet écart correspondant au *goodwill*²² renvoie ici à la révélation de l'existence de nouvelles valeurs dérivées de l'actif ou d'actif par le droit des entreprises en difficulté.

Le placement de l'entreprise en procédure collective impose au droit des entreprises en difficulté de rechercher tous les éléments de valorisation de l'entreprise en vue d'encourager son redressement ou une cession optimisée²³. Or, cette finalité économique rend l'appréhension de l'actif immatériel incontournable par le droit des entreprises en difficulté, étant donné que la mise en valeur de tous les aspects de l'actif immatériel est instrumentalisée au service du redressement ou de la cession optimisée de l'entreprise. Techniquement, l'actif immatériel est affecté à cette norme²⁴ économique des procédures collectives²⁵. L'esprit économique du droit des entreprises en difficulté apparaît alors en corrélation avec la prise en considération de l'actif immatériel²⁶. Favorisant les opérations de sauvetage de l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté contribue à rassembler toutes les « forces vives » à travers ses acteurs. D'emblée, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est inséparable de la dynamique humaine dans la création du processus de valeur²⁷. Les parties prenantes sont « actives » au retournement de

²¹ J-C. DUPUIS, « Actifs immatériels : comment compter ce qui n'a pas de prix ? », *Alternatives Economiques* 2010/11, n° 296, p. 74.

²² *Infra*, n° 49.

²³ *Infra*, n° 188, 203, 209, 312, 313 (plan de cession).

²⁴ Sur cette notion, V° notamment : J-P. DELVILLE, « Norme et règle », *Penser la norme : approches philosophiques et juridiques*, Centre de Recherche sur la Logique et son Histoire, Rennes, 1995, publication de l'Université de Rennes I, 1995, p. 21 et s.

²⁵ *Infra*, n° 29, 129, 251, 252, 291 (« *intuitu economicae* »).

²⁶ *Infra*, n° 8.

²⁷ *Infra*, n° 16, 17, 84, 105, 115, 138, 139, 174, 186, 209, 228 à 232, 312, 313, 326 à 337, 383, 384.

l'entreprise²⁸. Au moyen de la délivrance des connaissances, des aptitudes, des savoirs, du charisme du dirigeant, etc à l'entreprise en difficulté, les associés, les dirigeants et les salariés participent « activement » au rebond de la structure. Cette nature quasi-transgressive du droit des entreprises en difficulté conçu pour l'entreprise nous permet d'utiliser les procédures collectives pour repenser la relation de l'immatériel avec l'incorporel. En droit des entreprises en difficulté, la distinction entre l'immatériel et l'incorporel est plus nette. L'incorporel est rattaché à une conception purement comptable, tandis que l'immatériel en est détaché pour être *in fine* rattaché à une conception économique. Plus précisément, l'actif immatériel est appréhendé comptablement en actif incorporel et économiquement en « potentialité » grâce aux techniques de redressement et de cession du droit des entreprises en difficulté. Allant encore plus loin, cette matière pragmatique ne se contente pas d'appréhender l'actif immatériel, car elle s'empare des valeurs négatives du passif immatériel. En appréhendant l'actif immatériel, le droit des entreprises en difficulté appréhende également le passif immatériel²⁹. Avant d'examiner en substance cette appréhension par le droit des entreprises en difficulté (II), il convient d'approfondir la dichotomie entre l'incorporel et l'immatériel dans le dessein d'une approche sémantique de l'actif immatériel (I).

I. De l'incorporel à l'immatériel

2. Le paradoxe de la définition de l'actif immatériel. S'interroger sur la définition de l'actif immatériel est à l'origine d'un paradoxe non anodin quant à son appréhension. Si « *le chemin de la vérité est celui du paradoxe* » selon la formule d'Oscar WILDE³⁰, l'actif immatériel, au cœur d'un paradoxe, commande un approfondissement. Si pour le droit comptable, immatériel et incorporel sont synonymes, pour le droit des entreprises en difficulté, immatériel et incorporel seraient antonymes. Sur la forme, la distinction entre ces deux notions est le fruit d'un cheminement en trois étapes. Tout d'abord, le point de départ du passage de l'incorporel à l'immatériel consiste effectivement à bien comprendre les rouages comptables de traitement de l'actif immatériel (première étape). Ensuite, ce rappel des fondamentaux comptables prévus par le droit positif permet de pointer les dysfonctionnements du droit comptable dans l'appréhension moniste de l'actif immatériel en actif incorporel (deuxième étape). Enfin, cet effort de définition/discussion a pour fonction de resserrer l'emprise du droit des entreprises en difficulté sur l'appréhension extra-comptable de l'actif immatériel en « potentialité » (troisième étape). Si la notion d'actif immatériel

²⁸ *Infra*, n° 138, 139, 228 à 232, 242 à 244 (devoirs des parties prenantes).

²⁹ *Infra*, n° 12.

³⁰ O. WILDE, *Les ailes du paradoxe, Maximes, aphorismes, portraits*, Le livre de Poche, 1996, p. 23.

fait l'objet d'une appréhension restrictive en actif incorporel par le droit comptable (A), la notion d'actif immatériel fait l'objet d'une appréhension plus large en « potentialité » par le droit des entreprises en difficulté (B).

A. De l'appréhension comptable de l'actif immatériel en actif incorporel

3. Délimiter une approche sémantique de l'actif immatériel pour en dégager une définition nous amène vers une analyse du droit positif. Or, la recherche de tous les éléments de valorisation de l'entreprise débute par une évaluation comptable de l'actif. Pour cela, une photographie de l'actif et du passif de cette entité doit être projetée. D'un point de vue comptable, l'actif immatériel est appréhendé en actif incorporel dans le bilan comptable. Ce qui rend impérative une tâche de définition des notions comptables d'actif et d'actif incorporel en amont pour bien saisir les carences du système comptable en aval. En effet, la définition comptable de l'actif immatériel uniquement centrée sur l'actif incorporel exclut beaucoup de valeurs immatérielles...

4. **La notion d'actif.** D'un point de vue sémantique, la notion d'actif peut être définie couramment, économiquement et juridiquement.

Dans le langage courant, le terme « actif » revêt essentiellement deux sens. Pris comme adjectif, le mot « actif » traduit trois acceptions qui sont énumérées par le dictionnaire Le Robert³¹. La première acception est déterminée comme ce qui suit : « [q]ui agit (personnes), implique une activité (choses). Membre actif d'une association. Mener une vie active »³². L'actif est selon la deuxième acception celui « [q]ui agit avec force »³³. La troisième acception désigne la personne « [q]ui aime agir, se dépenser en travaux, en entreprises »³⁴. Envisagé comme nom masculin, l'actif est au sens propre un « ensemble des biens ou droits constituant un patrimoine. L'actif d'une succession. Sommes portées à l'actif d'un bilan »³⁵. Au sens figuré, il s'agit d'une expression : « avoir à son actif, en l'occurrence compter au nombre des choses qu'on a réalisées avec succès »³⁶.

En économie, un actif « participe à l'activité économique en fournissant un flux monétaire ou des services. Un actif, du point de vue humain, est une personne en âge de travailler, qui exerce une activité rémunérée ou qui en recherche une »³⁷.

³¹ *Le Petit Robert de la langue française*, éd. 2017, V° Actif.

³² *Ibid* : actif, sens 1.

³³ *Ibid* : actif, sens 2.

³⁴ *Ibid* : actif, sens 3.

³⁵ *Ibid* : actif, sens 1.

³⁶ *Ibid* : actif, sens 2.

³⁷ A. SILEM (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, coll. Lexiques, 15^{ème} éd. 2018, V° Actif.

Ces deux aspects de la définition – courante et économique – ne sont en vérité pas très éloignés de la définition juridique de l'actif élaborée par le doyen CORNU. Trois sens sont attribués à l'adjectif « actif » : « 1 *Qualité de celui qui travaille, par opposition au chômeur (inactif) ou à celui qui a suspendu son travail. 2 Se dit du membre d'une association qui, ayant versé sa cotisation, peut participer aux activités de l'association. 3 Se dit de celui à qui l'on doit, le créancier (sujet actif de l'obligation), du fait qu'il est en droit d'agir en paiement contre le débiteur (sujet passif) ; par extension, ce qui concerne la créance* »³⁸. Substantif masculin, la notion d'actif est tout d'abord définie généralement comme l'« *[e]nsemble des biens et droits évaluables en argent qui constituent les éléments positifs du patrimoine d'une personne (physique ou morale) et forment le gage de ses créanciers par opposition au passif* »³⁹. Ensuite, la notion d'actif est entendue en comptabilité comme l'« *ensemble des soldes des comptes de situation figurant au bilan* »⁴⁰. Dans le lexique des termes juridiques, la définition de l'actif est duale. Il y a d'une part une définition de l'actif au sens du droit civil et d'autre part une définition de l'actif au sens du droit des affaires. En droit civil, l'actif est *lato sensu* l'« *ensemble des biens et droits qui constituent le patrimoine d'une personne. Au sens strict, excédent du patrimoine une fois déduit le passif. Il détermine l'état de solvabilité, c'est-à-dire l'aptitude à faire face à ses dettes* »⁴¹. En droit des affaires, l'actif représente l'« *[e]nsemble des biens, mobiliers et immobiliers, des créances et sommes d'argent que possède une entreprise, qui figure dans la partie gauche du bilan* »⁴².

Qu'il s'agisse de la définition courante, économique ou juridique de l'actif, c'est une signification comptable qui s'applique *a priori* à l'actif immatériel.

5. La notion comptable d'actif. A la lumière des articles L. 123-13, alinéa 1^{er} du Code de commerce et 112-2 § 1 du Plan comptable général⁴³, le bilan comptable⁴⁴ décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entité en faisant apparaître distinctement les capitaux propres et les autres fonds propres. Photographie du patrimoine de l'entité⁴⁵, cet instrument financier enregistre l'actif dans la partie gauche et le passif dans la partie droite en fonction de la destination et de la provenance dans les termes de l'article R. 123-181 du Code de commerce. « *Il n'y a pas d'actif*

³⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant (et coll.), PUF, coll. Quadrige, 12^{ème} éd., 2017, V° Actif.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, coll. Lexiques, 27^{ème} éd., 2019, V° Actif.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Règlement ANC 2014-03 relatif au plan comptable général – version consolidée au 1^{er} janvier 2019.

⁴⁴ *Infra*, n° 34 à 45 (notion de bilan comptable).

⁴⁵ *Infra*, n° 33, 39 à 45.

dans l'entreprise sans passif »⁴⁶. Dans cette thèse, il n'y a pas d'actif immatériel dans l'entreprise en difficulté sans passif immatériel.

S'agissant du passif, il recense l'« [e]nsemble des comptes situés à la droite du bilan et représentant l'origine des ressources de l'entreprise, lesquelles englobent d'une part les capitaux propres (ou passif interne), d'autre part le passif externe ou réel »⁴⁷. Conformément à une « acception comptable, il désigne la partie du bilan qui regroupe les dettes de l'entreprise envers les tiers, le capital investi par les entrepreneurs ainsi que les réserves et certaines provisions, et le résultat (positif ou négatif de l'exercice). Le total du passif est, de ce fait, toujours égal au total de l'actif »⁴⁸. En particulier, l'article 321-11 § 1 du Plan comptable général fournit la teneur comptable de ce ratio : « [u]n passif est un élément du patrimoine ayant une valeur économique négative pour l'entité, c'est-à-dire une obligation de l'entité à l'égard d'un tiers dont il est probable ou certain qu'elle provoquera une sortie de ressources au bénéfice de ce tiers, sans contrepartie au moins équivalente attendue de celui-ci. L'ensemble de ces éléments est dénommé passif externe »⁴⁹. Pour résumer, la notion de passif « se caractérise donc par un droit exerçable par un tiers avec une certaine probabilité de paiement et une évaluation suffisamment fiable »⁵⁰.

S'agissant de l'actif, une définition simple issue du lexique d'économie peut en être établie. « Utilisant la représentation comptable, l'actif apparaît dans la partie gauche du bilan. Il représente les emplois des ressources qui figurent quant à elles au passif. Les différents postes de l'actif sont : - les valeurs immobilisées ou actif immobilisé (terrains, bâtiments, brevets, actions, obligations) ; - les valeurs d'exploitation (stocks) ; - les valeurs réalisables (clients) ; - les valeurs disponibles (banque, caisse) »⁵¹. Pour le Financial Accounting Standards Board (FASB), l'actif correspond techniquement à « un ensemble de profits futurs probables obtenus ou contrôlés par une entité donnée suite à des événements ou des transactions passées, un actif est l'ensemble des biens matériels et immatériels détenus par une entreprise ». Partant, l'actif est une notion comptable à un double titre. Premièrement, il est fondé sur le bilan comptable. Deuxièmement, l'actif fait l'objet d'une définition comptable⁵² exprimée par l'article 211-1 du Plan comptable général⁵³. Est activé au bilan comptable tout « élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait

⁴⁶ D. SIMONNET, *Les 100 mots de l'entreprise*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2016, n° 34, p. 46.

⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Passif.

⁴⁸ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., V° Passif.

⁴⁹ Plan comptable général, version consolidée, spéc. p. 37 : V° le site de l'Autorité des normes comptables : <http://www.anc.gouv.fr>.

⁵⁰ D. SIMONNET, *Les 100 mots de l'entreprise*, op. cit., n° 34, p. 46.

⁵¹ A. SILEM (dir.), *Lexique d'économie*, op. cit., V° Actif.

⁵² *Infra*, n° 48.

⁵³ Règlement ANC 2014-03 relatif au plan comptable général – version consolidée au 1^{er} janvier 2019.

d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs »⁵⁴. Dès lors, la qualification comptable d'actif est subordonnée à la réunion de deux critères : un critère juridique⁵⁵ et des critères économiques⁵⁶. Dans la mesure où notre objet d'analyse est un actif, il doit normalement répondre à la définition comptable de l'article 211-1 du Plan comptable général, afin d'être comptabilisé au bilan comptable⁵⁷. Or, nous verrons ultérieurement que son activation au bilan comptable n'est pas aisée⁵⁸. Après avoir rempli ces exigences comptables d'activation, l'actif est classé soit en haut, soit en bas du bilan comptable. Dans le premier cas, on parle d'actif immobilisé⁵⁹ et dans le second cas, l'actif est circulant⁶⁰. La notion d'actif immobilisé comprend trois rubriques au sens de l'article R. 123-182, 1° du Code de commerce : des immobilisations financières⁶¹, des immobilisations corporelles⁶², des immobilisations incorporelles⁶³.

Si l'actif immatériel a un fondement bilanciel de valorisation⁶⁴, il est théoriquement soumis à une transcription bilancielle en immobilisation incorporelle⁶⁵. Par conséquent, l'actif immatériel équivaut en principe à la notion comptable d'actif incorporel. Pour illustration, il est appréhendé en concession, brevet, marque, fonds commercial, etc dans le bilan comptable.

6. La notion comptable d'actif incorporel. En droit comptable, l'actif immatériel est défini généralement comme un actif et spécialement comme un actif incorporel. Autrement dit, l'actif immatériel est activé en immobilisation incorporelle en haut du bilan comptable. De la sorte, actif immatériel et actif incorporel sont synonymes comptablement. A l'entrée de la notion d'actif immatériel dans le lexique d'économie, on trouve en effet cette définition : « [e]n compréhension, la définition la plus simple est en négatif : Tous les éléments d'une entreprise qui restent après avoir identifié les actifs monétaires et les actifs corporels. C'est donc un synonyme d'actif incorporel »⁶⁶. Fondamentalement, l'actif immatériel est conçu comme un actif extra-monétaire dépourvu de *corpus* sur le fondement de l'article 211-5 § 1 du Plan comptable général qui prévoit

⁵⁴ Plan comptable général, version consolidée, spéc. p. 15 : V° le site de l'Autorité des normes comptables : <http://www.anc.gouv.fr>.

⁵⁵ *Infra*, n° 49.

⁵⁶ *Infra*, n° 51 à 56.

⁵⁷ *Infra*, n° 47.

⁵⁸ *Infra*, n° 49, 52, 56.

⁵⁹ *Infra*, n° 58, 59, 73.

⁶⁰ *Infra*, n° 58, 73.

⁶¹ *Infra*, n° 59.

⁶² *Infra*, n° 59.

⁶³ *Infra*, n° 6, 59.

⁶⁴ *Infra*, n° 32 à 60.

⁶⁵ *Infra*, n° 47 à 60.

⁶⁶ A. SILEM (dir.), *Lexique d'économie, op. cit.*, V° Actif immatériel.

qu' « une immobilisation incorporelle est un actif non monétaire sans substance physique »⁶⁷. Parce qu'une immobilisation incorporelle ôtée de substance physique n'est pas par essence un « élément identifiable du patrimoine » à l'aune de l'article 211-1 du Plan comptable général, ce document prend le soin d'exposer les moyens⁶⁸ d'identification d'une immobilisation incorporelle. En cette occurrence, l'article 211-5 § 2 du Plan comptable général explique comment une immobilisation est identifiable pour être activée au bilan comptable : « Une immobilisation incorporelle est identifiable :

- si elle est séparable des activités de l'entité, c'est-à-dire susceptible d'être vendue, transférée, louée ou échangée de manière isolée ou avec un contrat, un autre actif ou passif,
- ou si elle résulte d'un droit légal ou contractuel même si ce droit n'est pas transférable ou séparable de l'entité ou des autres droits et obligations »⁶⁹.

Loin de critiquer la pédagogie du pouvoir réglementaire en matière d'immobilisation incorporelle, il nous semble à ce stade de la recherche que les obstacles d'identification de l'actif incorporel révèlent en creux les limites du système comptable. Si l'identification comptable de l'immobilisation incorporelle est compliquée, l'appréhension comptable de l'actif immatériel en actif incorporel n'est donc pas convaincante. Ce qui ouvre la voie d'une révélation non chiffrée de l'actif immatériel à partir des outils économiques du droit des entreprises en difficulté.

De surcroît, la consistance comptable de l'actif incorporel n'est-elle pas limitée pour embrasser tous les actifs immatériels ? Lorsque l'on consulte les modèles de comptes annuels à l'article 821-1 du Plan comptable général, on s'aperçoit que la rubrique « immobilisations incorporelles » réunit ces valeurs de l'actif : frais d'établissement, frais de recherche et de développement, concessions, brevets, licences, marques, procédés, logiciels, droits et valeurs similaires, fonds commercial, autres, immobilisations incorporelles en cours, avances et acomptes⁷⁰. Cela signifie donc que la définition comptable de l'actif immatériel est restreinte à cette liste d'actifs incorporels dans le bilan comptable. En droit comptable, l'actif immatériel est appréhendé en frais d'établissement, frais de recherche et de développement, concessions, brevets, licences, marques, procédés, logiciels, droits et valeurs similaires, fonds commercial, autres, immobilisations incorporelles en cours, avances et acomptes. Qu'en est-il alors des autres valeurs immatérielles de

⁶⁷ Plan comptable général, version consolidée, spéc. p. 15 : V° le site de l'Autorité des normes comptables : <http://www.anc.gouv.fr>.

⁶⁸ *Infra*, n° 49.

⁶⁹ Plan comptable général, version consolidée, spéc. p. 15 : V° le site de l'Autorité des normes comptables : <http://www.anc.gouv.fr>.

⁷⁰ *Ibid*, spéc. p. 98.

l'actif ou d'actif, dont la lisibilité fait défaut dans la classification des immobilisations incorporelles du bilan comptable ? Où se cache le « trésor de l'entreprise »⁷¹ ?

Réponse au dysfonctionnement du système de comptabilisation, le droit des entreprises en difficulté permet d'avoir une présentation pragmatique de l'actif immatériel, dont les contours ne sont pas exclusivement comptables. Dès lors, il est possible de passer effectivement de l'incorporel à l'immatériel...

B. A l'appréhension extra-comptable de l'actif immatériel en « potentialité »

7. La dissociation entre l'actif immatériel et l'actif incorporel. Nous pouvons regretter que certains auteurs confondent immatériel et incorporel⁷². A nos yeux, l'immatériel se distingue de l'incorporel, tant sur le plan juridique en ce que les biens immatériels s'opposent aux biens incorporels⁷³, que sur le plan de la comptabilité.

Alors qu'en droit comptable l'actif immatériel équivaut systématiquement à l'actif incorporel, ce n'est pas toujours le cas en droit des entreprises en difficulté. A l'épreuve des procédures collectives, l'actif immatériel comprend non seulement les actifs incorporels fondés sur le bilan comptable, mais aussi et surtout d'autres valeurs immatérielles qui sont déconnectées du bilan comptable. Procédant au détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable⁷⁴, le droit des entreprises en difficulté consacre un actif immatériel inédit que l'on appelle « potentialité » du fait de son caractère économique.

8. La définition économique du droit des entreprises en difficulté. Dissocié de l'actif incorporel, l'actif immatériel fait l'objet d'une définition extra-comptable à partir du droit des entreprises en difficulté. D'après nous, c'est la nature économique du droit des entreprises en difficulté⁷⁵ conjuguée à celle de l'entreprise qui permet de révéler d'abord et de définir ensuite des éléments d'actifs immatériels en dehors des catégories et des prismes financiers du droit comptable. Cette individualisation d'éléments hors champ des actifs incorporels au sens du droit comptable est rendue possible au regard de la nature même du droit des entreprises en difficulté et de ses mécanismes spécifiques qui sont dérogoires au droit commun. Revenons dans ce cas sur la spécificité du droit des entreprises en difficulté et de l'entreprise.

⁷¹ A. FUSTEC, « Valorisation : l'immatériel, trésor caché de l'entreprise », *Alternatives Economiques* 2007/2, n° 255, p. 74.

⁷² *Infra*, n° 287.

⁷³ *Infra*, n° 281, 286, 287.

⁷⁴ *Infra*, n° 61 à 77.

⁷⁵ D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, Thèse, Rennes, 1992.

9. Le droit des entreprises en difficulté. Longtemps connue sous l'intitulé très traditionnel « droit des faillites »⁷⁶ ou plus classique « droit des procédures collectives », la dénomination « droit des entreprises en difficulté » est relativement récente⁷⁷. En effet, ce sont les réformes contemporaines qui ont organisé un droit centré sur l'entreprise en difficulté⁷⁸ en « chantier permanent »⁷⁹, et particulièrement, la loi du 1^{er} mars 1984⁸⁰, la loi du 25 janvier 1985⁸¹, la loi du 26 juillet 2005⁸², les ordonnances du 18 décembre 2008⁸³ et du 12 mars 2014⁸⁴. A ce corpus de textes inhérent au droit des entreprises en difficulté s'ajoutent d'autres lois, dont les dispositions sont plus générales sans éclipser néanmoins les procédures collectives, notamment la loi du 6 août 2015⁸⁵ et la loi du 22 mai 2019⁸⁶. N'oublions pas en dernier lieu l'adoption de l'ordonnance du 27 mars 2020⁸⁷ qui fait suite à une contamination mondiale par un virus de covid-19. « *Le rythme de l'intervention législative s'emballe* »⁸⁸, ce qui n'est pas sans danger sur le terrain de la sécurité juridique. « *Plurimae leges corruptissima respublica* »⁸⁹. Or, la substitution du droit des entreprises en difficulté au droit des faillites tout d'abord, au droit des procédures collectives ensuite n'est pas innocente. « *A la différence de la notion de faillite, la notion d'entreprise en difficulté intègre une idée essentielle : celle de prévention. Il s'ensuit que le droit des entreprises en difficulté a un domaine d'application plus large que celui du droit des faillites. Il s'agit en effet d'un droit des entreprises défaillantes indépendant de la nature de leur activité et du degré de leurs difficultés* »⁹⁰. Il s'agit en résumé d'un droit de la défaillance qui « *affecte une entreprise* »⁹¹. En tout cas, cette

⁷⁶ Y. GUYON, « Une faillite au XIX^{ème} siècle selon le roman de Balzac, César Birotteau, in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 377 s.

⁷⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, coll. Domat, 11^{ème} éd., 2018, n° 1, p. 15 ; Sur cette évolution, V° : J. PAILLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Etudes offertes à Roger Houin*, Dalloz, 1985, p. 109 s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « 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, PU Toulouse I, 2005, p. 299 ; « 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 G. JAZOTTES, Litec, coll. Colloques, 2007, p. 77.

⁷⁸ R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, Gent, 1965.

⁷⁹ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2016, n° 7, p. 25.

⁸⁰ Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

⁸¹ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁸² Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁸³ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁸⁴ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

⁸⁵ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁸⁶ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

⁸⁷ Ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale.

⁸⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 7, p. 25.

⁸⁹ Tacite, *Annales*, III, 27, 3.

⁹⁰ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^{ème} éd., 2017, n° 1, p. 5.

⁹¹ P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2020, n° 1, p. 1.

transformation terminologique n'est pas seulement formelle⁹². « *La sémantique a ici tout son poids* »⁹³, en ce qu'elle traduit un réel bouleversement de la discipline⁹⁴. Partant, « *il n'est plus question de loi sur la faillite, l'ensemble des dispositions étant volontiers qualifié de droit des entreprises en difficulté dont la finalité réside davantage dans la sauvegarde de l'entreprise et des emplois que dans le paiement des créanciers* »⁹⁵. Autrefois au service du désintéressement des créanciers d'un commerçant en cessation des paiements, le droit des entreprises en difficulté prend dorénavant les allures d'un droit économique destiné à résoudre les défaillances d'entreprises⁹⁶. Les procédures collectives ne seraient donc plus fondées sur les principes du droit des obligations et du droit des biens⁹⁷ ; le droit des entreprises en difficulté « *ayant changé de cible* »⁹⁸. Celui-ci s'inscrit effectivement dans une perspective où « *le droit est saisi par l'économie* »⁹⁹. Depuis les réformes en 1984 et en 1985¹⁰⁰ corrélées à la construction jurisprudentielle¹⁰¹, l'ancien droit des faillites s'est métamorphosé en « *branche essentielle du droit économique* »¹⁰². « *Le droit économique fait ainsi irruption en droit des procédures collectives* »¹⁰³. L'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985¹⁰⁴ est très explicite sur l'objectif économique du droit des entreprises en difficulté jugé supérieur¹⁰⁵ : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de*

⁹² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1, p. 15.

⁹³ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2016, n° 041.11, p. 17.

⁹⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1, p. 15.

⁹⁵ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2019, n° 2, p. 1.

⁹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1, p. 15.

⁹⁷ R. RODIERE, B. OPPETIT, *Droit commercial : Effets de commerce, Contrats commerciaux, Faillites*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 1978, n° 271, p. 270.

⁹⁸ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Droit & Economie (dir.), M-A. FRISON-ROCHE, 2007, n° 4, p. 3.

⁹⁹ Y. CHAPUT, « Crise du droit des affaires et/ou révolution économique du droit », in Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 11 ; Sur les relations entre le droit et l'économie, V° : A. HANNEQUART, « Droit et Economie », in *Encyclopédie économique*, éd. X. GREFFE, J. MAIRESSE, J-L. REIFFERS, Economica, 1990, p. 253 s. ; B. OPPETIT, « Droit et économie », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 169 s. ; L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in *Une certaine idée du droit : Mélanges André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 605 s.

¹⁰⁰ V° D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, op. cit., n° 19, p. 21 indiquant « *une finalité propre exclusivement économique de ces textes* ».

¹⁰¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les procédures collectives : Le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2007, p. 135 s.

¹⁰² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 4, p. 17 ; J-Ph. HAEL, « Vers l'élaboration d'un droit économique de l'entreprise en difficulté, bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 sept. 1967 », *RJ com.* 1979, p. 1 s.

¹⁰³ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, Gualino, coll. Amphi LMD, 2^{ème} éd., 2016-2017, n° 28, p. 28.

¹⁰⁴ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹⁰⁵ En effet, l'objectif financier est subsidiaire en comparaison avec l'objectif économique de sauvegarde : F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, n° 12, p. 24 : « *Il s'agit en réalité de deux finalités hiérarchisées : la sauvegarde de l'entreprise, finalité n° 1, passe par celle de l'activité et de l'emploi ; l'apurement du passif est la seconde finalité, au second plan* ».

l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. Le redressement judiciaire est assuré, selon un plan arrêté par décision de justice, à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession. Lorsqu'aucune de ces solutions n'apparaît possible, il est procédé à la liquidation judiciaire ». D'aucuns en ont parfaitement conclu, à propos de cette loi, que « *pour assurer la sauvegarde des entreprises, de nouveaux concepts ont été créés dont la mise en œuvre s'est heurtée à la situation réelle des entreprises soumises à une procédure collective et qui dans leur presque totalité ne sont pas susceptibles d'être redressés. Ils sont la marque de l'orientation du droit des faillites vers un droit économique des entreprises en difficulté* »¹⁰⁶. Cet objectif de sauvegarde – éponyme de la loi du 26 juillet 2005¹⁰⁷ – est rappelé par le garde des Sceaux de l'époque en ces mots : « *nous avons quitté définitivement le domaine de la faillite pour entrer dans celui de la sauvegarde* »¹⁰⁸. Cela veut dire que « *le nouveau texte relève du droit économique* »¹⁰⁹. « *Comme hier, le sauvetage de l'entreprise et donc la continuation de son exploitation constituent le mot d'ordre du nouveau droit des entreprises en difficulté* »¹¹⁰. D'ailleurs, certains ont audacieusement osé intituler leur ouvrage « *droit économique des entreprises en difficulté* »¹¹¹. En effet, le principal acteur de cette discipline économique est l'entreprise en difficulté qu'il faut préserver¹¹².

10. L'entreprise en difficulté. Bien que l'entreprise en difficulté soit la « *caisse à outils* »¹¹³ du droit des entreprises en difficulté, le livre VI du Code de commerce ne lui en édicte aucune définition. Cette matière est cependant construite « *non plus exclusivement autour d'une relation créancier/débiteur mais sur la base d'une unité économique et sociale défaillante* »¹¹⁴ : l'entreprise

¹⁰⁶ F. AUBERT, « Les finalités des procédures collectives », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 367 s., spéc. p. 371.

¹⁰⁷ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹⁰⁸ P. CLEMENT, Compte rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1^{ère} séance, 13 juillet 2005, JOAN CR 14 juillet 2005, p. 4644.

¹⁰⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 70, p. 53.

¹¹⁰ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 17, p. 11.

¹¹¹ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, ouvrage précité ; Sur le droit économique, V° notamment : J. SAVATIER, « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.* 1961, chron. XXII ; C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron. XXIV ; E. ALFANDARI, « Le droit économique en France », in *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS*, Dalloz, 2002, p. 231 s. ; G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004 ; M-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005 ; M. LUBY, « Le droit économique aujourd'hui : brèves sur un droit typique et conquérant », *RLDA*, juin 2006, n° 6, p. 347.

¹¹² M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 1, 1957, n° 391, p. 411 ; Sur la notion d'entreprise au travers de la loi du 25 janvier 1985, V° : C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle : Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Dalloz 1998, p. 539 s. ; J-M. DELENEUVILLE, « L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985 », *RPC* 1998, n° 5, p. 519.

¹¹³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 22, p. 30.

¹¹⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 7, p. 19.

en difficulté. Cette notion économique est amorcée par la loi du 13 juillet 1967¹¹⁵ en raison de la dichotomie entre l'homme et l'entreprise¹¹⁶ révélant un « *principe directeur du droit des défaillances d'entreprises* »¹¹⁷. L'entreprise débitrice « *devient l'objet de toute la sollicitude du législateur* »¹¹⁸. Sur ce point, « *faire de l'entreprise le point nodal de la procédure et de sa sauvegarde, la finalité de l'action judiciaire, c'est imposer à cette dernière un rythme* »¹¹⁹. Dans ses travaux, le Professeur HAEHL a affirmé que la notion d'entreprise en difficulté renvoie à une entreprise qui subit des difficultés en raison de certains déséquilibres économiques, financiers ou humains révélés par la conjonction de divers indices, ratios... De telles difficultés ne lui permettent pas dans le futur prévisible à court et moyen terme de poursuivre son activité de manière normale, ou à l'inverse, elle ne pourrait la poursuivre qu'en procédant à des opérations de liquidation partielle, de transformation économique, d'apports de capitaux permanents extérieurs, ou de licenciement d'une partie de son personnel. Lorsque certains signes évidents de cette dégradation de l'exploitation apparaissent, l'entreprise est en état de difficulté et court le risque de ne plus pouvoir être redressée¹²⁰.

L'absence de définition légale de l'entreprise en difficulté peut s'expliquer par l'absence de définition légale de l'entreprise.

11. L'entreprise. D'après le doyen RIPERT, « *notre droit a le sentiment de l'existence de l'entreprise mais il n'arrive à le saisir que dans l'application de certaines règles spéciales* »¹²¹. Controversée¹²² et polysémique¹²³, la notion d'entreprise est définie par la jurisprudence

¹¹⁵ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

¹¹⁶ R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », article précité ; B. BRUNET, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 471 s.

¹¹⁷ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 13, p. 9.

¹¹⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 6, p. 23.

¹¹⁹ A. LYON-CAEN, « Les orientations générales de la réforme », *Ann. Univ. Toulouse*, t. 34, p. 17.

¹²⁰ J-Ph. HAEHL, *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, Thèse, préf. P. DIDIER, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Libraires Techniques, 1981, n° 26 s., p. 31 s.

¹²¹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, n° 123.

¹²² P. DURAND, « La notion juridique de l'entreprise », in *Travaux de l'association H. Capitant*, t. III, D 1947, 45 ; M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Thèse précitée ; P. DIDIER, « Esquisse de la notion d'entreprise », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1966, p. 209 s. ; C. CHAMPAUD, J. PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit commercial*, A. Colin, coll. U, 1970 ; G. FRIEDEL, « A propos de la notion d'entreprise... », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 97 s. ; J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle (ou les nouveaux fondements et notions de droit des affaires) », *RJ com*, décembre 1987, p. 377 s. ; « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, p. 97 ; « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999, p. 157 ; B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise : Mélanges offerts à Jean DERRUPPE*, Litec et GLN-Joly, 1991, p. 9 s. ; J-M. DELENEUVILLE, « L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985 », op. cit., p. 519 ; G. BLANC, « Les frontières de l'entreprise en droit commercial (Brève contribution...) », *D.* 1999, chron. p. 415-418 ; J. PAGES, « De l'irréductible et incontournable entreprise », in *Prospectives du droit économique, Dialogue avec Michel JEANTIN*,

européenne¹²⁴ comme un centre autonome de décision¹²⁵ exerçant une activité économique¹²⁶ de production, de distribution et de services¹²⁷ sur le fondement d'une conception fonctionnelle et unitaire. En droit interne, cette notion est économiquement délimitée comme une « [u]nité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie »¹²⁸. Or, cette considération économique de l'entreprise doit être complétée par la mise en œuvre de moyens immatériels via l'appréhension de l'actif immatériel dans une situation de procédures collectives. Contrairement à la notion juridique de société¹²⁹, la notion économique d'entreprise est dépourvue de la personnalité morale. C'est pourquoi, elle ne doit être ni personnifiée, ni titulaire de droits et d'obligations¹³⁰. « L'entreprise révèle des réalités économiques, juridiques, politiques et sociales, nationales ou internationales, et malgré le paradoxe qu'elle n'est pas en soi un sujet de droit, elle en est désormais un acteur central »¹³¹. Au demeurant, Michel DESPAX a déterminé l'entreprise en elle-même dans une éminente thèse¹³² en contribuant par-delà à son anthropomorphisme. « Comme un organisme vivant, l'entreprise naît, vit, et peut être le siège de désordres divers, dont les plus graves sont susceptibles de provoquer sa disparition, par arrêt du crédit et des flux financiers »¹³³. Placée en procédure collective, elle « serait malade et selon le degré de gravité de sa situation,

Daloz, 1999, p. 849 s. ; P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 84 s. ; G. DRAGO, « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 299 s. ; T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *RTD com.* 2006. 709.

¹²³ En effet, l'entreprise revêt différents sens selon les disciplines juridiques :

° En droit de la concurrence, l'article L. 420-2, I du Code de commerce prohibe l'exploitation d'une position dominante sur le marché intérieur par une entreprise ou un groupe d'entreprises. L'article L. 430-1 du Code de commerce évoque les entreprises qui sont parties à l'acte de concentration.

° En droit fiscal, l'entreprise est une base de taxation.

° En droit du travail, l'entreprise est appréhendée par le principe du transfert des contrats de travail au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

° En droit des sociétés, l'entreprise est perçue d'un point de vue institutionnel.

¹²⁴ CJCE 13 juillet 1962 Mannesmann AG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. - Affaire 19/61 ; CJCE 23 avril 1991 Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH. - Affaire C-41/90.

¹²⁵ V° la décision de la Commission, du 18 juin 1969, relative à une demande d'attestation négative (affaire IV/22548 - Christiani & Nielsen).

¹²⁶ CJCE 20 mars 1985 République italienne contre Commission des Communautés européennes. - Affaire 41/83 : l'activité économique est une « activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné » ; Sur ce critère, V° : M. COZIAN, « La notion d'activité économique vue au travers du prisme de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle : Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p. 235 s.

¹²⁷ Cf article L. 410-1 du Code de commerce.

¹²⁸ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., V° Entreprise.

¹²⁹ Groupement dotée de la personnalité morale, la société est également un contrat unissant les associés selon les prescriptions de l'article 1832 du Code civil.

¹³⁰ B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », op. cit., spéc. p. 12 ; V° aussi : J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté ? », *RF compt.* 1976, p. 379 et *RJ. com.* 1976, p. 259.

¹³¹ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1, p. 23.

¹³² M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Thèse précitée.

¹³³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1, p. 19.

pourrait être guérie (par la sauvegarde et le redressement) ou bien bénéficier de soins palliatifs, voire être condamnée à mort afin d'éliminer, au moins juridiquement, le perturbateur (liquidation) »¹³⁴. Il s'agit dans cette hypothèse d'un « sujet de droit naissant »¹³⁵ englobant deux cellules. D'une part, une cellule économique par laquelle l'entreprise poursuit un but économique de production de biens et de services. D'autre part, l'entreprise est une cellule sociale où travaillent les humains. En somme, l'entreprise n'est pas uniquement une cellule financière ordonnée autour des chiffres par les actionnaires comme le prétendent pourtant les théories anglo-saxonnes sur les *boards*, et notamment la doctrine de la *corporate governance*, l'école de Chicago menée par Milton FRIEDMAN. Ces financiers, « ces pseudo-entrepreneurs ne sont pas des éleveurs d'entreprises mais des charcutiers d'actifs »¹³⁶. Rendons les entreprises aux entrepreneurs et ramenons les financiers à l'humble rôle de techniciens de la gestion financière¹³⁷. Or, cette conception très réaliste de l'entreprise est partagée par les auteurs réputés de la doctrine de l'entreprise¹³⁸. C'est une « unité stratégique, économique et sociale dotée d'un pouvoir autonome d'organisation décisionnelle et exerçant une activité économique spécifique »¹³⁹. A l'époque, la société a émergé en dehors de toute référence à la notion d'entreprise, laquelle était assimilée à la personne de l'entrepreneur. Face à ce constat, les tenants de ce courant économique ont imaginé une conception fonctionnelle de la société, c'est-à-dire par la finalité. Sous un angle téléologique, la société a pour fonction d'organiser l'entreprise¹⁴⁰. Elle est considérée comme une structure d'accueil pour un certain type d'activité. Même si l'on vise la structure juridique d'organisation de l'entreprise, c'est la fonction sociétale de l'entreprise qui est mise en avant. Ces idées humanistes issues de la doctrine de l'entreprise ont à l'heure actuelle une forte résonance. Les notions de responsabilité sociale des entreprises (RSE), de *stakeholderism*¹⁴¹, de *Global Compact* et de société à mission¹⁴² ne sont-elles pas la manifestation de la primauté de l'humain au sein de l'entreprise en adéquation avec les principes de la doctrine de l'entreprise ? Assurément, et l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté a pour ambition de se situer dans ce sillage.

¹³⁴ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », *Rép. com.*, Dalloz, 2020, n° 1.

¹³⁵ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, op. cit., n° 351 s., p. 377 s.

¹³⁶ H. BOUTHINON-DUMAS et A. MASSON, « Préface », in C. CHAMPAUD (dir.), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Larcier, coll. Droit, management et stratégies, 2011, spéc. p. 11.

¹³⁷ V° le discours éclairant de N. SARKOZY : « Le discours de Nicolas Sarkozy à Toulon », *Le Monde*, 25 septembre 2008.

¹³⁸ C. CHAMPAUD, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, ouvrage précité.

¹³⁹ *Ibid*, spéc. p. 8.

¹⁴⁰ J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.

¹⁴¹ F-G. TREBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *BJS* 2006, n° 12, p. 1337.

¹⁴² V° notamment l'article 176 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

Ainsi, cette façon économique et sociale d'envisager d'une part le droit des entreprises en difficulté orienté vers la sauvegarde de l'entreprise et des emplois et d'autre part son sujet justifie une appréhension extra-comptable de l'actif immatériel. C'est la capacité de ce droit économique à protéger les intérêts de l'entreprise entendue comme un organisme économique, social et humain additionnant les intérêts catégoriels des *stakeholders* qui permet de comprendre l'actif immatériel autrement qu'un actif incorporel. « *Le droit des entreprises en difficulté est à l'évidence un droit économique, en ce qu'il appréhende un phénomène économique majeur, l'entreprise en difficulté, et manie des concepts économiques (entreprise, créance, actif, passif, valorisation, défaillance, etc.) et financiers (restructuration de la dette, dette mezzanine, test de viabilité, etc.)* »¹⁴³. Appréhendant le phénomène économique majeur – l'entreprise en difficulté – en manipulant des concepts économiques, le droit des entreprises en difficulté révèle l'existence de valeurs para comptables.

12. La consécration des « potentialités » de l'entreprise en difficulté. Compte tenu de la définition économique du droit des entreprises en difficulté et de son sujet – l'entreprise – l'actif immatériel est dissocié de l'actif incorporel. En effet, le droit des entreprises en difficulté prône une appréhension extra-comptable de l'actif immatériel. A ce stade de l'analyse, il convient de lever le voile sur la consistance de l'actif immatériel. Dans cette thèse, l'actif immatériel rassemble non seulement des actifs incorporels fondés sur le bilan comptable¹⁴⁴, mais également et surtout des « potentialités » non fondées sur le bilan comptable¹⁴⁵ grâce et par le droit des entreprises en difficulté. Celui-ci révèle à l'aide de ses outils économiques¹⁴⁶ un actif immatériel inédit que l'on identifie comme une « potentialité » distincte de l'actif incorporel bilanciel. Utilisé *de lege ferenda* en droit des entreprises en difficulté, le terme « potentialité » n'est pas inconnu du droit, ni du droit public¹⁴⁷, ni du droit privé¹⁴⁸.

¹⁴³ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », *op. cit.*, n° 53.

¹⁴⁴ *Infra*, n° 32 à 60 (principe : rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable)

¹⁴⁵ *Infra*, n° 61 à 77 (limite : détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable).

¹⁴⁶ Le bilan économique, social et environnemental, la « contractualisation » et la « planification ».

¹⁴⁷ J. RICHARD, « Le numérique et les données personnelles : quels risques, quelles potentialités ? », *Revue du droit public*, 1^{er} janvier 2016, n° 1, p. 87 ; B. FAURE, « Les nouvelles procédures de regroupement des collectivités territoriales : vers de réelles possibilités (potentialités) de recomposition des territoires ? », *Revue Le Lamy Collectivités Territoriales*, 1^{er} mars 2012, n° 77, p. 71 ;

¹⁴⁸ ° Pour le droit civil, V° : A. CAYOL, « L'obligation réelle environnementale ou les potentialités environnementales du droit des contrats et du droit des biens », *LPA*, 10 mai 2005, n° 94, p. 98 ; T. TAURAN, « Les potentialités de la notion de prestation, ou les services rendus par une notion mûrie par le droit civil », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 2007, p. 631 s. ; A. TARDIFF, « Les potentialités du contrôle de conventionnalité en matière d'abus de la liberté d'expression », *Responsabilité civile et assurances*, 1^{er} février 2020, n° 2, étude 2, p. 5.

° Pour le droit des affaires, V° : A. TANTI, M. GRAFFE, « Les potentialités du droit de la concurrence dans la régulation des secteurs en transition vers la libéralisation », *CCC*, 1^{er} juillet 1995, n° 86, p. 5 ; F. LUCET, « Ingénierie financière : nouvelles potentialités de l'ordonnance valeurs mobilières », *LPA*, 22 novembre 2004, n° 233, p. 3

En réalité, la consécration des « potentialités » de l'entreprise en difficulté est plurielle. Si le droit des entreprises en difficulté appréhende la facette positive de l'actif immatériel, il appréhende aussi la facette négative. L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté se double de l'appréhension du passif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. De la sorte, il s'agit alors de consacrer tant des « potentialités » à valeur positive que des « potentialités » à valeur « négative », lesquelles incluent un facteur temporel¹⁴⁹ prégnant.

En appréhendant au-delà des actifs incorporels du bilan comptable la présence de potentialités à valeur positive, le droit des entreprises en difficulté révèle l'existence d'un nouvel actif immatériel de l'entreprise en difficulté : la « potentialité ». En réalité, la « potentialité » est plurielle. Il y a d'une part des « potentialités de l'actif »¹⁵⁰ et d'autre part des « potentialités d'actif »¹⁵¹. La différence est d'essence temporelle. Si les « potentialités de l'actif » existent déjà en tant que telles, les « potentialités d'actif » n'existent pas encore. Les premières sont actuelles ou réelles, tandis que les secondes sont prévisibles ou à venir. Ce clivage temporel entre les « potentialités de l'actif » et les « potentialités d'actif » caractérise-t-il la distinction entre les notions et les concepts¹⁵² qui « *est sans doute l'une de celles qui conduit aux réponses les plus embarrassées, floues et fuyantes* »¹⁵³. Les notions « *sont objets de connaissance de ce qui existe déjà comme réalité intelligible* »¹⁵⁴, alors que les concepts renvoient à « *des représentations mentales générales et abstraites des objets* »¹⁵⁵. « *Dans la tradition aristotélicienne, le concept constitue une abstraction mentale qui vise à appréhender l'essence des choses, des objets* »¹⁵⁶. Dès lors, les « potentialités de l'actif » pourraient constituer des notions *a contrario* des « potentialités d'actif » constitutives de concepts.

En appréhendant l'actif immatériel, le droit des entreprises en difficulté va plus loin par l'appréhension d'un passif immatériel. A ce titre, il révèle derechef l'existence de deux espèces de « potentialités » à valeur négative : soit des « potentialités de passif »¹⁵⁷, soit des « potentialités du passif »¹⁵⁸. Or, la révélation de ce passif immatériel en droit des entreprises en difficulté obéit au

^o Pour le droit social, V° : F. GAUDU, « Flexibilisation de la vie du travail, potentialités et défis pour le droit du travail », *Revue internationale de droit comparé*, 1^{er} avril 1998, n° 2, p. 513 ; M. THEZE, « Les potentialités de l'article L. 120-2 du Code du travail », *Semaine sociale Lamy*, 29 juillet 2002, n° 1086, p. 6 ;

¹⁴⁹ *Infra*, n° 41, 90 à 95, 150, 151, 266, 267.

¹⁵⁰ *Infra*, n° 76, 92, 116, 159, 161 à 164 (notion de « potentialité de l'actif »).

¹⁵¹ *Infra*, n° 76, 92, 114, 115, 117 (notion de « potentialité d'actif »).

¹⁵² E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2010.

¹⁵³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2016, n° 529, p. 328.

¹⁵⁴ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2012, n° 170, p. 228.

¹⁵⁵ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, PUF, 1985, n° 81 et s.

¹⁵⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, n° 520, p. 323.

¹⁵⁷ *Infra*, n° 76, 92, 113, 116, 158 (notion de « potentialité de passif »).

¹⁵⁸ *Infra*, n° 76, 92, 113, 114, 115 (notion de « potentialité du passif »).

processus temporel décrit ci-dessus pour l'actif immatériel. En effet, les « potentialités de passif » existent déjà en tant que telles contrairement aux « potentialités du passif » qui n'existent pas encore. Si les premières sont actuelles ou réelles, les secondes sont en revanche prévisibles ou à venir.

Apparemment comptable, l'appréhension de l'actif immatériel est substantiellement extra-comptable en droit des entreprises en difficulté. Apparemment actif incorporel, l'actif immatériel est substantiellement une « potentialité » prise en compte par le droit des entreprises en difficulté. Le passage de l'incorporel à l'immatériel, spécialement de l'actif incorporel en droit comptable à l'actif immatériel/« potentialité » en droit des entreprises en difficulté donne lieu maintenant à un examen plus poussé du sujet de cette thèse.

II. L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté

13. Lorsque le droit des entreprises en difficulté appréhende l'actif immatériel, il en modernise les perspectives de compréhension. Opportune (**A**), cette appréhension doit être structurée (**B**).

A. Une appréhension opportune de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté

14. La nécessité de l'appréhension. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une entreprise en difficulté rend indispensable une appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. En effet, la présente étude est justifiée par de nombreux intérêts à la fois extra-juridiques (**1**) et juridiques (**2**) qui mettent en lumière son opportunité.

1. Les intérêts extra-juridiques de l'étude

15. Les intérêts économiques. L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est tout d'abord opportune d'un point de vue économique. En cette occurrence, cette réflexion répond à la finalité économique qui encadre tout le droit des entreprises en difficulté.

Comme le suggère le Professeur VOINOT, le législateur enseigne la marche à suivre à partir d'un raisonnement économique¹⁵⁹ en cas de survenance d'une procédure collective. « *Il s'agit alors de partir d'un fait économique, de poser un objectif, et d'indiquer les moyens pour atteindre ce dernier* ». Pour ce faire, cet auteur se réfère à la structure textuelle de l'article L. 611-2 du Code de commerce en la subdivisant en trois étapes¹⁶⁰. Or, cette manière de concevoir la convocation des

¹⁵⁹ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 31, p. 22.

¹⁶⁰ V° l'article L. 611-2, I, alinéa 1^{er} du Code de commerce :

dirigeants par le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance en injectant une dose d'économie est valable pour les articles L. 620-1 et L. 631-1 du Code de commerce sur les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Dans cette réflexion, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté constitue le moyen d'atteindre les objectifs économiques fixés par les articles L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « *faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* » et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce : « *permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ». Partant, le retournement de l'entreprise sauvegardée ou redressée commande ici d'appréhender son actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Autrement dit, l'actif immatériel est instrumentalisé pour sauver l'entreprise en difficulté. A cette fin, il faut dédramatiser le prononcé d'une procédure collective au profit de la mobilisation d'un outil stratégique¹⁶¹, voire d'un stratagème¹⁶² source d'efficacité économique¹⁶³. « *On ne fait plus faillite, on retourne son entreprise, technique de gestion s'il en est* »¹⁶⁴. « *La guerre c'est la paix, nous dit Big Brother, la faillite c'est la réussite, dit-on aujourd'hui* »¹⁶⁵, ce qui sous-entend la reconnaissance européenne d'un « droit au rebond » ou à la « seconde chance »¹⁶⁶. Or, cette approche économique des procédures collectives s'est avérée incontournable pour contrer les défaillances d'entreprises qui ont frappé sévèrement certains secteurs, tels que la construction et la promotion immobilière¹⁶⁷, les

° Première étape : constat d'une situation économique : « *Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ».

° Deuxième étape : énoncé de la finalité : « *redresser la situation* ».

° Troisième étape : moyens permettant d'atteindre cette finalité : « *ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation* ».

¹⁶¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », *RPC* mars 2007, p. 13 ; E. BROCARD, « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *LPA*, 11 mai 2011, n° 93, p. 4.

¹⁶² M-H. MONSERIE-BON, « La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » *in* dossier « La loi de sauvegarde à l'âge de raison », *Droit et patrimoine*, mars 2013, n° 223, p. 53.

¹⁶³ M. HARAVON, « Doing business 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ? », *D.* 2009. Chron. 244.

¹⁶⁴ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 1, p. 14.

¹⁶⁵ *Ibid.*, n° 1, p. 15.

¹⁶⁶ V° la directive n° 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité) ; L-C. HENRY, « La directive relative aux restructurations préventives... et la seconde chance de l'entrepreneur », *BJE*, mars 2019, n° 2, p. 9.

¹⁶⁷ B. CENCIANI, « Prévention et règlement des difficultés des entreprises immobilières, solutions palliatives à la crise actuelle », *Professions immobilières*, juillet-septembre 1992.

activités bancaires¹⁶⁸, l'aviation ou le tourisme¹⁶⁹. Au surplus, c'est l'économie dans sa globalité qui doit être préservée au nom de l'intérêt général¹⁷⁰.

16. Les intérêts sociaux. Appréhender l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté souligne ensuite la question de la place des salariés¹⁷¹. « *La problématique sociale hante les procédures collectives* »¹⁷². Il est donc condamnable d'avoir une vision générale du droit des entreprises en difficulté en éludant l'enjeu social¹⁷³, d'autant plus qu'il se combine avec l'enjeu économique décrit précédemment. « *De son côté, l'entreprise débitrice ne peut se redresser sans le concours de ses salariés* »¹⁷⁴. « *Quant à la défense de l'emploi, elle ne peut être utilement dissociée d'une perspective plus large de redressement économique et financier de l'entreprise, voire même de croissance économique favorisant la mobilité des salariés* »¹⁷⁵.

Partant, cette étude fait naître opportunément des intérêts sociaux parmi lesquels l'humain est amené à jouer un rôle prépondérant. Un phénomène d'humanisation¹⁷⁶ anime ainsi les procédures collectives. A l'image de l'aphorisme du philosophe Jean BODIN, « *il n'est de richesse que d'hommes* »¹⁷⁷. Puisque l'entreprise est une cellule humaine¹⁷⁸, c'est-à-dire la symbiose d'une « équipe et d'un équipement »¹⁷⁹, une attention toute particulière est accordée aux salariés au titre de l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Etroitement associés à l'avenir de l'entreprise¹⁸⁰, ces « *citoyens de l'entreprise* »¹⁸¹ sont effectivement moteurs de la création de valeur *in futurum*, soit en positif, soit en négatif. Dans le premier cas, les salariés constituent une valeur ajoutée, en ce qu'ils permettent la révélation d'un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté. « *A l'évanouissement des créanciers répondent l'épanouissement des salariés* »¹⁸². Cette connexion entre l'épanouissement des hommes et la productivité de

¹⁶⁸ H. SYNDET (dir.), « La faillite de Lehman Brothers », *RD bancaire et fin.* septembre-octobre 2009, n° 20, p. 51 et s. ; M. ECKOUDT, « La prévention de la faillite bancaire », *LPA*, janvier 2010, n° 10, p. 3.

¹⁶⁹ X. DELPECH, « Faillite de compagnie aérienne : quels droits pour les passagers ? », *JT* 2019, n° 223, p. 3.

¹⁷⁰ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 32, p. 23.

¹⁷¹ L. FIN-LANGER, « Les salariés », in F. MACORIG-VENIER (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après trente ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* P.U. Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 77 s.

¹⁷² D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 43, p. 33.

¹⁷³ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1144, p. 685.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 54-57, p. 41-43.

¹⁷⁷ J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, 1576.

¹⁷⁸ *Supra*, n° 11.

¹⁷⁹ R. SAVATIER et J. SAVATIER, J-M. LELOUP, *Le droit des affaires*, Sirey, coll. Administration des entreprises, 2^{ème} éd., 1967, n° 327, p. 182.

¹⁸⁰ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 14, p. 10.

¹⁸¹ Intervention de R. BADINTER, Déb. Ass. nat. 10 avril 1984 (J. O. p. 1413).

¹⁸² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 14, p. 25.

l'entreprise était déjà très bien intégrée dans l'ouvrage de Philippe DE WOOT¹⁸³. Comme le dit si bien Henry FORD : « *le plus important pour une entreprise ne figure pas au bilan, car c'est la qualité de ses personnels et son image dans le public* ». Dans la seconde hypothèse de valeur négative, il arrive que les salariés soient une charge pour l'entreprise débitrice qu'il faut écarter en vue de la restructuration.

« *L'ordonnancement général des procédures est articulé sur la recherche d'un maintien des emplois, qu'il s'agisse du développement de la prévention et du traitement précoce ou conventionnel des difficultés, de la protection judiciaire de l'entreprise en période d'observation, ou de la recherche du meilleur plan possible* »¹⁸⁴. Si le législateur protège¹⁸⁵ les salariés via le « maintien de l'emploi » au sens des articles L. 620-1, alinéa 1^{er} et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce depuis 1985¹⁸⁶, il ne les considère pas isolément, mais à travers leur créance, leur super-privilège, leur représentant¹⁸⁷. Ceci réfute un droit social des procédures collectives¹⁸⁸. C'est pourquoi, la problématique de l'emploi reste fréquemment en suspens alors qu'elle constitue une préoccupation primordiale des organes de la procédure collective¹⁸⁹.

Pour nous, les salariés sont de réelles parties prenantes internes à la procédure collective. C'est pourquoi, ils apparaissent à différents stades de cette thèse sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Ils interviennent plus précisément à l'occasion d'une réflexion sur le bilan social¹⁹⁰, le volet social du plan¹⁹¹, les devoirs sociaux de redressement¹⁹². « *Il peut être avancé qu'ils constituent, aux côtés de l'entrepreneur, des acteurs de l'entreprise quand les autres créanciers sont les partenaires de celle-ci* »¹⁹³. D'ailleurs, l'entrepreneur/le dirigeant/l'exploitant/le chef d'entreprise est une autre partie prenante interne à la procédure collective qui participe aussi opportunément à l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté.

¹⁸³ Ph. DE WOOT, *Pour une doctrine de l'entreprise*, préf. F. BLOCH-LAINE, Editions du Seuil, 1968, spéc. p. 122 s., p. 201 s., V^o aussi spéc. p. 241 : « *Créativité, participation, concertation sont les trois dimensions d'une entreprise qui se veut capable d'entreprendre à l'échelle de l'Europe et du monde de demain* ».

¹⁸⁴ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1775, p. 473.

¹⁸⁵ L. FIN-LANGER, « Les risques subis par les salariés », in Actes du colloque Caen, 15 octobre 2010, Loi de sauvegarde des entreprises-risques et responsabilités en droit des procédures collectives, *RPC* 2010-6, p. 93.

¹⁸⁶ M. JEANTIN, « Aspects de droit social de l'avant-projet de loi relatif au traitement des difficultés des entreprises », *Dr. soc.* 1983, p. 465 ; R. VATINET, « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interpénétration du droit commercial et du droit du travail », *JCP E* 1985, II, 14546.

¹⁸⁷ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », op. cit., n° 36.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 43, p. 33.

¹⁹⁰ *Infra*, n° 82 à 84, 115, 120.

¹⁹¹ *Infra*, n° 105, 209.

¹⁹² *Infra*, n° 231.

¹⁹³ J-F. CESARO, G. DUCHANGE, « Entreprise en difficulté : salariés », *Rép. com.*, Dalloz, 2018, n° 1.

17. Les intérêts psychologiques. S'intéresser à l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté présente enfin un dernier intérêt extra-juridique qui est certes moins évident que les intérêts économiques et sociaux. « *En quoi le droit est-il concerné par ce qui semble davantage relever de la médecine, par le suivi psychologique ?* »¹⁹⁴. Cela étant, le droit des entreprises en difficulté a un impact psychologique¹⁹⁵ en termes de souffrance, d'échec, de honte¹⁹⁶, lequel éveille la curiosité d'une poignée d'auteurs¹⁹⁷. « *Encore aujourd'hui, le dépôt de bilan rime dans un nombre important de cas avec une détresse psychologique intense* »¹⁹⁸. Il est vrai que le déclenchement d'une procédure collective n'est plus dû au débiteur malhonnête qualifié de « failli »¹⁹⁹, d'où l'abandon du caractère infamant des procédures judiciaires. Acte de gestion saine²⁰⁰, l'ouverture d'une procédure collective est souvent consécutive à l'incompétence²⁰¹ du dirigeant. Or, cet aspect psychologique tenant au comportement du dirigeant est mis en exergue dans ce travail. L'appréhension du comportement du dirigeant comme élément positif ou négatif de valorisation peut être créateur d'actif immatériel ou de passif immatériel. A l'instar des salariés, cette partie prenante interne à l'entreprise en difficulté peut être à l'origine de la remontée de « potentialités » à valeur positive si le dirigeant est compétent ou de « potentialités » à valeur négative si le dirigeant est incompetent. « *Il apparaît évident que la force combative du débiteur personne physique sera un élément essentiel dans le sauvetage de son entreprise, voire même simplement dans la liquidation optimisée de son stock* »²⁰². Comme le relate parfaitement Claude CHAMPAUD, « *le chef d'entreprise, le vrai, est avant tout un honnête homme au sens qu'on donnait au XVIIIème siècle à ce vocable. Il est capable de synthétiser et de hiérarchiser les informations, de prévoir, de sentir venir le vent avant qu'il soit venu. Il est aussi celui qui arbitre, qui ordonne, le maître dont l'œil voit les toiles d'araignées invisibles aux yeux des autres. C'est un penseur qui agit, un homme dont le charisme suffit à assurer le pouvoir et à rassurer ceux qui*

¹⁹⁴ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », *op. cit.*, n° 61.

¹⁹⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 5, p. 18.

¹⁹⁶ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », *op. cit.*, n° 61.

¹⁹⁷ P. FROELICH, « Sort du débiteur personne physique – Vivre en procédure collective. Rémunérations, subsides, activité salariée », in *Personnes physiques et procédures collectives*, *RPC* janvier 2013, dossier 4, p. 63 ; C. DELATTRE, « La souffrance du chef d'entreprise face à la défaillance de son entreprise », *BJE*, juillet 2015, n° 4, p. 201 ; B. BAUJET et *alii*, « La souffrance morale des entrepreneurs », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mars 2016, n°2, entretien 2.

¹⁹⁸ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », *op. cit.*, n° 61.

¹⁹⁹ Ce terme vient du latin *fallere* signifiant « frauder », « induire en erreur ».

²⁰⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 5, p. 18.

²⁰¹ *Infra*, n° 113, 120, 186, 230, 243, 244, 248, 326 à 338.

²⁰² E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », *op. cit.*, n° 61.

*l'entourent... »*²⁰³. Ainsi, la liaison entre le « *suivi juridique et psychologique n'est donc pas aberrante et commence à être envisagée »*²⁰⁴, voire démontrée dans la présente étude.

« *On aura déjà compris que le droit des entreprises en difficulté poursuit une finalité composite, faite d'un alliage en proportions variables entre intérêts financiers, économiques, sociaux, privés et publics »*²⁰⁵. Opportune, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté ne l'est pas seulement par ses intérêts extra-juridiques, et spécialement économiques, sociaux et psychologiques.

2. Les intérêts juridiques de l'étude

18. La proposition d'une nomenclature de l'actif immatériel. Cette recherche sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté contient un intérêt juridique principal. Il s'agit de révéler un nouvel actif immatériel en droit des entreprises en difficulté, lequel est dissocié de l'actif incorporel du bilan comptable. Prospective, cette révélation se fait par la proposition d'une nomenclature de l'actif immatériel en identifiant l'existence de « potentialités » à valeur positive et de « potentialités » à valeur négative sur un fondement économique²⁰⁶. De cette nomenclature, il en résulte des intérêts juridiques sous-jacents. Dépassant en amont les obstacles, nous pouvons énoncer en aval les apports de cette thèse.

19. Les obstacles. Avant de suggérer une grille de lecture de l'actif immatériel, nous avons tenté de surmonter les nombreuses embûches que crée l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. En effet, ce sujet est ponctué par deux séries d'obstacles.

D'une part, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est freinée par des obstacles notionnels tenant à l'objet de cette thèse. « *Avant de dire d'un objet qu'il doit être, pour admettre son existence, ou qu'il ne doit pas être, pour le condamner, il faut bien commencer par chercher ce qu'il est »*²⁰⁷. Or, la dynamique de l'immatériel « *se caractérise par un niveau d'incertitude et de risque élevé du fait de l'importance de l'innovation »*²⁰⁸. Au premier chef, l'immatérialité de l'actif rend complexe non seulement une identification en « potentialité », mais également et surtout une qualification dans des catégories juridiques prédéfinies. Elles sont pourtant

²⁰³ V° la Leçon terminale de C. CHAMPAUD dans laquelle il a exposé avec brio la fonction entrepreneuriale du chef d'entreprise : C. CHAMPAUD, « Sciences de gestion et conscience entrepreneuriale », édit. IGR-IAE, Rennes, 1996.

²⁰⁴ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », *op. cit.*, n° 61.

²⁰⁵ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 40, p. 31-32.

²⁰⁶ *Infra*, n° 120.

²⁰⁷ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n° 169-1, p. 226.

²⁰⁸ M. LEVY, J-P. JOUYET, « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », *op. cit.*, spéc. p. 20.

« les rudiments de la science du droit dont elles forment la matière élémentaire »²⁰⁹. Deuxièmement, le caractère hétéroclite constitue un frein à la définition et à la classification de l'actif immatériel. Quel est par exemple le point commun entre l'ancienneté des salariés²¹⁰ et les revendications²¹¹ ? Même si ces deux actifs immatériels sont hétérogènes, il n'en demeure pas moins possible de les répertorier parmi les « potentialités d'actif » sur un fondement économique²¹². A cette hétérogénéité se superpose une volatilité des actifs immatériels, en ce qu'ils évoluent dans le temps de façon dynamique²¹³. Pour illustration, des salariés peuvent quitter l'entreprise pour en rejoindre une autre en divulguant le savoir-faire acquis, le fichier client, les *datas*, etc. Les différentes appellations et classifications²¹⁴ conférées à l'objet de cette recherche aboutissent en troisième lieu à une appréhension délicate²¹⁵. Des auteurs parlent indifféremment d'« actif immatériel », de « capital immatériel », de « capital intellectuel », d'« actif incorporel », de « *goodwill* », d'« actif intangible »²¹⁶ sans véritable rigueur. Pour notre part, c'est l'idée de « potentialité » qui représente l'exacte appellation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté²¹⁷.

D'autre part, la progression vers l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est ralentie par des obstacles doctrinaux qui sont afférents au sujet analytique de cette thèse. A notre connaissance, les auteurs se sont faiblement mobilisés pour donner une impulsion juridique à l'actif immatériel *nonobstant* l'impérieux besoin des procédures collectives. Ce constat doit être au demeurant relativisé par le signalement d'une thèse captivante vouée à une occurrence voisine de l'actif immatériel de l'entreprise en difficulté. Il s'agit de la fine analyse développée par Monsieur ANDRE sur les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté²¹⁸. Or, ce n'est pas l'actif incorporel qui est véritablement appréhendé par le droit des entreprises en difficulté ici mais l'actif immatériel. Techniquement, ce sont les « potentialités », dont le fondement n'est pas bilanciel, qui sont exploitées à la fois par une valorisation et une qualification. En clair, ces nouveaux actifs immatériels en droit des entreprises en difficulté nous stimulent davantage intellectuellement que les actifs incorporels. Cette présente étude privilégie effectivement une

²⁰⁹ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n° 169, p. 226.

²¹⁰ *Infra*, n° 115, 120.

²¹¹ *Infra*, n° 117, 120.

²¹² *Infra*, n° 120.

²¹³ *Infra*, n° 41, 52, 90 à 95.

²¹⁴ *Infra*, n° 237 à 254 (obligation par l'objet) et *infra*, n° 281 à 292 (meuble par détermination de la loi).

²¹⁵ J-L. ROSSIGNOL, « La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (1^{ère} partie) », *LPA*, 16 juillet 2001, n° 140, p. 4

²¹⁶ Sur ces terminologies, V° notamment : C. BESSIEUX-OLLIER, E. WALLISER, « Le capital immatériel. Etat des lieux et perspectives », *Revue française de gestion* 2010/8, n° 207, p. 85 s.

²¹⁷ *Infra*, n° 76.

²¹⁸ E. ANDRE, *Les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté*, Thèse, préf. N. BORGA, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2020, vol. 191.

conception extra-comptable de l'actif immatériel, ce qui réitère l'opportunité juridique de l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. En dehors du cadre des procédures collectives, la recherche sur la thématique juridique de l'actif immatériel est plutôt faible. L'actif immatériel n'est pas étudié *per se*, dans la mesure où il est jumelé avec d'autres sujets de droit²¹⁹ ou objets de droit²²⁰.

Si les ambiguïtés conceptuelles et les quelques écrits consacrés à l'actif immatériel constituent de prime abord un inconvénient pour son appréhension, ces problèmes sont en réalité une aubaine pour notre proposition finale. Finalement, les deux obstacles recensés engendrent un glissement vers les propositions juridiques de la thèse.

20. Les propositions. La suggestion d'une nomenclature de l'actif immatériel est le point névralgique de cette thèse sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté, dont il va en ressortir quatre propositions juridiques essentielles.

Premièrement, la présente étude essaie de renforcer l'effectivité des outils économiques en droit des entreprises en difficulté. Face à la carence²²¹ de l'instrument comptable dans l'identification de toutes les « forces vives » de l'actif immatériel, un cadre singulier de révélation doit être recherché. Ce que le droit comptable ne permet pas, le droit des entreprises en difficulté le permet en appréhendant *in globo* l'actif immatériel. En effet, il existe un outil économique en droit des entreprises auquel on ne songe pas immédiatement il est vrai, mais dont la fonction est rehaussée à travers la révélation d'un nouvel actif immatériel : le bilan économique, social et environnemental²²². En particulier, celui-ci représente le « film » des « potentialités »²²³ *a contrario* du bilan comptable qui projette uniquement une photographie du patrimoine de l'entité²²⁴. Bien que le bilan économique, social et environnemental ne suscite pas les faveurs de la doctrine, son apport est grandissant dans cette thèse en tant que révélateur d'un actif immatériel contemporain. C'est d'ailleurs à partir de ce document économique que les « potentialités » sont identifiées et vont

²¹⁹ Ph. TERNEYRE, « Les actifs immatériels des personnes publiques », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, 1^{er} décembre 2013, n° 714, p. 3.

²²⁰ P. BRESSE, « L'évaluation financière des actifs immatériels technologiques », *Propriétés intellectuelles*, 1^{er} juillet 2002, n° 4, p. 15 ; N. BINCTIN, « L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », in Dossier « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon », *Cahiers de droit de l'entreprise*, juillet 2007, n° 4, art. 22 ; J-P. BIGOT, « Quelle valeur pour les actifs immatériels tels que les logiciels ? », *GP*, 18 juillet 2007, n° 199, p. 15 ; T. MASSART, « Actifs immatériels et apport en industrie », *Journal des Sociétés*, 1^{er} février 2010, n° 73, p. 12 ; C. ANGER, « Le savoir-faire : un actif immatériel au service des musées », *Jurisart*, 1^{er} octobre 2016, n° 39, p. 37 ; M. FONTAINE, G. MARRAUD DES GROTTES, « Il va falloir valoriser ces actifs immatériels que constituent les données, et éventuellement, les fiscaliser », *Revue Lamy droit civil*, 1^{er} octobre 2017, n° 152, p. 33.

²²¹ *Infra*, n° 62.

²²² *Infra*, n° 79.

²²³ *Infra*, n° 120.

²²⁴ *Infra*, n° 33, 39 à 45.

pouvoir être effectivement valorisées par les techniques de valorisation en droit des entreprises en difficulté²²⁵.

Deuxièmement, l'apport de l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté réside en la contribution d'un éclairage tant théorique que pratique sur la notion d'actif immatériel. La présente étude vise à pallier un état de confusion, c'est-à-dire un imbroglio intellectuel autour de la notion d'actif immatériel. « *L'élaboration d'une méthodologie cohérente repose tout d'abord sur la clarification des concepts* »²²⁶. Or, le droit des entreprises en difficulté vient justement clarifier l'essence et la consistance de l'actif immatériel en mettant un coup d'arrêt à son enchevêtrement avec la notion d'actif incorporel. Dissocié de l'actif incorporel, l'actif immatériel est appréhendé en « potentialité » par le droit des entreprises en difficulté, soit en « potentialité de l'actif », soit en « potentialité d'actif ». La reconnaissance de ces deux « potentialités » dans la nomenclature de l'actif immatériel est à titre de rappel indissociable de la valeur et du temps. Or, ces deux critères d'identification des « potentialités », à savoir la double valeur positive²²⁷ et négative²²⁸ d'une part et le temps²²⁹ d'autre part sont les prémices de l'établissement de la nature juridique de l'actif immatériel. « *Il s'agit d'une opération intellectuelle tout à fait essentielle en droit qui consiste à rattacher un événement, un fait, une chose quelconque à une catégorie juridique existant* »²³⁰. Au-delà de la proposition d'une nomenclature de l'actif immatériel par le bilan économique, social et environnemental, il faut qualifier l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté²³¹. En droit, « *la qualification juridique (des faits, des actes et des événements quotidiens en somme) est au juriste ce que le cœur est au corps humain : un instrument nécessaire, vital et parfois capricieux* »²³². En effet, l'éclairage de la notion d'actif immatériel nécessite de nommer ces « potentialités » à l'aune des catégories juridiques préexistantes, et notamment civiles²³³. « *Les catégories forment les unités de base du système juridique, définies par des critères spécifiques formés d'éléments constitutifs précis. Elles peuvent ou non formaliser des situations empiriques (distinction des meubles et des immeubles) et se définissent les unes par rapport aux autres (faute légère, faute grave, faute lourde). Elles peuvent aussi s'exclure*

²²⁵ *Infra*, partie 1, titre 2.

²²⁶ J-L. FAGNART, « Définition des préjudices non économiques », in *Préjudices extra-patrimoniaux : vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 16 septembre 2004, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, p. 45.

²²⁷ *Infra*, n° 159, 277 à 279.

²²⁸ *Infra*, n° 158, 277 à 279.

²²⁹ *Infra*, n° 266, 267 (distinction entre le temps et la durée).

²³⁰ D. CHAGNOLLAUD DE SABOURET, *Dictionnaire élémentaire du droit*, Dalloz, Hors-collection Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, spéc. p. 91.

²³¹ *Infra*, partie 2.

²³² M. TOUZEIL-DIVINA, *Initiation au droit, Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, préf. J-L. DEBRE, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, p. 302.

²³³ *Infra*, partie 2.

mutuellement (droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux) ou être compatibles entre elles (un bien meuble est aussi un bien corporel). Les catégories juridiques jouent un rôle essentiel dans la qualification, c'est-à-dire pour permettre le passage du fait au droit et donc pour appliquer la règle de droit au cas d'espèce grâce au syllogisme »²³⁴ (c'est nous qui soulignons).

Troisièmement, l'appréhension de l'actif immatériel est en principe réalisée à la lumière du droit des entreprises en difficulté. Pourtant, cette appréhension sort de la sphère des procédures collectives. La pluridisciplinarité entendue comme une « *juxtaposition de points de vue spécifiques sur un objet d'étude supposé commun* »²³⁵ est donc le troisième apport de la présente réflexion. « *Le droit des entreprises en difficulté constitue une discipline au carrefour d'un grand nombre d'autres branches du droit, qui ne relève plus du droit commercial mais plutôt du droit de l'entreprise* »²³⁶. Il est caractérisé par des « *interactions avec d'autres disciplines inhérentes à sa vocation à régir la situation d'une entreprise* »²³⁷. Si le droit des entreprises en difficulté jette les bases d'identification de l'actif immatériel en « *potentialité* », il n'exclut pas les données précieuses des autres disciplines du droit privé²³⁸. D'où l'apparition d'un « *droit éclectique* »²³⁹ qui « *n'est pas enfermé dans une tour d'ivoire* »²⁴⁰. Illustrons cette pluridisciplinarité par des exemples pour étayer ce troisième apport. Par l'apport en industrie²⁴¹, l'associé apporte un potentiel, donc *in fine* une « *potentialité d'actif* », ce qui montre que le droit des entreprises en difficulté prend en compte les conditions de fond du contrat de société émises par l'article 1832 du Code civil au sens du droit des sociétés. Par les mesures d'urgence déjà prises, prévues ou à prendre qui sont révélées en « *potentialités de l'actif* » dans le bilan environnemental²⁴², le droit des entreprises en difficulté ne néglige pas les contraintes du droit de l'environnement à partir du moment où l'entreprise exploite une installation classée selon l'article L. 511-1 du Code de l'environnement²⁴³. Par la révélation des contrats poursuivis en « *potentialités d'actif* » dans les perspectives de redressement du bilan économique, social et environnemental²⁴⁴, la règle de continuation des contrats en cours inscrite à l'article L. 622-13 du Code de commerce induit une articulation entre le droit des entreprises en difficulté et le

²³⁴ D. CHAGNOLLAUD DE SABOURET, *Dictionnaire élémentaire du droit*, op. cit., spéc. p. 88-89.

²³⁵ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint- Louis, 1987, p. 70.

²³⁶ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, coll. Université, 2^{ème} éd., 2006, n° 1, p. 1.

²³⁷ P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 10, p. 6.

²³⁸ Ph. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012.

²³⁹ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 11, p. 24.

²⁴⁰ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 5, p. 3.

²⁴¹ *Infra*, n° 20, 138, 139, 229, 394.

²⁴² *Infra*, n° 116, 120, 159.

²⁴³ *Infra*, n° 116, 159, 232.

²⁴⁴ *Infra*, n° 117, 120.

droit des obligations²⁴⁵. En assimilant les revendications aux « potentialités d'actif » dans les perspectives de redressement du bilan économique, social et environnemental²⁴⁶, une analogie peut être effectuée entre le droit des entreprises en difficulté et la définition de la propriété de l'article 544 du Code civil au sens du droit des biens²⁴⁷.

Quatrièmement, la proposition d'une nomenclature de l'actif immatériel est assurément profitable au droit des entreprises en difficulté pour le redressement de l'entreprise débitrice. Si c'est au départ le droit des entreprises en difficulté qui révèle singulièrement l'actif immatériel en « potentialité », la qualification des « potentialités » pourrait être à l'arrivée plus générale. Cette présentation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté pourrait ainsi être transposée à d'autres champs d'investigation en droit privé. En bref, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté pourrait inspirer *in diem* un guide d'analyse, voire un vademécum sur la notion d'actif immatériel en droit privé. Quoi qu'il en soit, restons humbles en appréhendant l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté en procédant à des incursions en droit des affaires et en droit civil.

Les intérêts juridiques de l'étude ne sont donc pas marginaux, si l'on s'en tient à la proposition d'une nomenclature de l'actif immatériel et aux obstacles. L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté doit être à présent organisée par le biais d'une structure.

B. Une appréhension structurée de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté

21. Délimitation. L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté doit être circonscrite dans le but d'une organisation structurée de la présente étude. Cette délimitation nous invite à faire des choix entre ce qui doit être traité et ce qui ne doit pas être traité.

Délimiter, c'est tout d'abord exclure. Or, cette exclusion va dans trois directions. En premier lieu, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est faite à l'orée des procédures collectives, dont la nature est judiciaire. Ce sujet exclut donc *ratione materiae* les procédures amiables, dont la nature est extra-judiciaire. En définitive, le droit des entreprises en difficulté envisage toutes les « potentialités » quand l'entreprise n'est pas *in bonis*, c'est-à-dire en présence de difficultés d'une certaine intensité. Il s'agit alors de considérer tant les « potentialités » à valeur positive que les « potentialités » à valeur négative à un stade avancé de difficultés. Dès

²⁴⁵ *Infra*, n° 128.

²⁴⁶ *Infra*, n° 117, 120.

²⁴⁷ *Infra*, n° 342 à 373.

lors, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté ne concerne ni les systèmes de « prévention-détection »²⁴⁸, ni les systèmes de « prévention-traitement »²⁴⁹ des difficultés de l'entreprise. En revanche, le droit des entreprises en difficulté appréhende l'actif immatériel de l'entreprise sauvegardée²⁵⁰, redressée²⁵¹, liquidée²⁵² ou cédée²⁵³ dans une optique de pérennité de l'activité économique.

En second lieu, cette thèse met l'accent sur la dimension interne du droit des entreprises en difficulté. En conséquence, la dimension européenne²⁵⁴ et la dimension internationale²⁵⁵ des procédures collectives ne font pas partie *ratione loci* du périmètre de la présente étude. Dans la mesure où le droit européen et international des entreprises en difficulté comportent des instruments très spécifiques²⁵⁶, ils doivent être évincés de cette démonstration qui s'efforce de tracer les caractéristiques générales de l'actif immatériel. *A fortiori*, l'internationalisation des relations d'affaires provoque la perturbation du droit des entreprises en difficulté²⁵⁷. En effet, l'alliage entre l'internationalité des procédures d'insolvabilité et l'impérativité du droit des entreprises en difficulté n'est pas évident²⁵⁸.

En troisième lieu, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté doit être *ratione personae* délimitée. A cet égard, l'idée d'un droit spécial des entreprises en difficulté applicable aux établissements de crédit²⁵⁹, aux entreprises d'assurance²⁶⁰, aux copropriétés en difficulté²⁶¹ est mise à l'écart dans ce travail, étant donné que nous soutenons une présentation générale de l'actif immatériel à partir du droit des entreprises en difficulté. Or, l'essor d'un statut

²⁴⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 130 s., p. 83 s.

²⁴⁹ *Ibid*, n° 255 s., p. 145 s.

²⁵⁰ *Infra*, n° 169 à 176.

²⁵¹ *Infra*, n° 177 à 186.

²⁵² *Infra*, n° 189 à 202.

²⁵³ *Infra*, n° 203 à 209.

²⁵⁴ V° le nouveau règlement européen UE 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité ; et la directive UE 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité) et aussi : L. IDOT, « A propos des entreprises en difficulté et du droit communautaire », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 403 s. ; A. MARTIN-SERF, « Le droit communautaire de la faillite : une construction laborieuse et complexe », *RJ com*, 2004, p. 146.

²⁵⁵ F. MELIN, *La faillite internationale*, LGDJ, coll. Systèmes, 2004.

²⁵⁶ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 70, p. 40.

²⁵⁷ P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 12, p. 9.

²⁵⁸ J. BEGUIN, « Un îlot de résistance à l'internationalisation », in *L'internationalisation du droit : Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 3 s.

²⁵⁹ V° les articles L. 613-27 et suivants du Code monétaire et financier ; Ch. LEGUEVAQUES, *Les défaillances bancaires*, Economica, 2001.

²⁶⁰ V° le titre V du livre III du Code des assurances.

²⁶¹ Sur ce thème, V° : C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les copropriétés en difficulté », *Droit et Ville* 2001 ; « L'irruption du droit de l'entreprise dans le droit des biens : les copropriétés en difficulté », in *Aspects organisationnels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 457 s.

spécial à certaines entreprises en difficulté ou personnes morales de droit privé dénie l'application d'un droit commun des procédures collectives²⁶².

Délimiter, c'est ensuite inclure. Partant, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté inclut une analyse économique du droit, pragmatique et prospective.

22. Analyse économique du droit. Afin d'appréhender l'actif immatériel, le droit des entreprises en difficulté a recours à une analyse économique du droit²⁶³ fondée sur la comparaison valeur liquidative/valeur économique²⁶⁴ au sens du courant « *Law and Economics* », dont le précurseur est l'économiste Ronald COASE²⁶⁵. Elle s'articule avec une analyse substantielle²⁶⁶. Cette analyse économique du droit comporte une double fonction : descriptive/explicative et normative/prospective. Par la deuxième fonction, il s'agit de « *formuler des propositions pour améliorer le droit en mettant en évidence les conséquences involontaires ou, en tout cas, indésirables* »²⁶⁷. Cette direction d'ordre prospectif « *se propose de révéler les dispositions du droit des entreprises en difficulté qui devraient être adoptées par le législateur dans une perspective d'efficacité économique* »²⁶⁸. Or, l'analyse économique du droit est déployée ici en droit des entreprises en difficulté dans sa dimension prospective. Techniquement, c'est par ce rôle prospectif assigné à l'analyse économique du droit que le droit des entreprises en difficulté révèle un actif immatériel moderne appelé « potentialité ». « *Partant de l'idée que l'entreprise, plus que son enveloppe sociétaire, mérite d'être sauvegardée, la théorie économique considère efficient d'assigner au droit des procédures collectives la mission de permettre l'allocation des ressources de l'entreprise aux agents économiques qui les valorisent le plus* »²⁶⁹. Pour rappel, cette appréhension a pour intérêt économique de répondre à l'objectif de redressement de l'entreprise défaillante²⁷⁰. Plus précisément, la présente étude est dictée par une norme économique supérieure. Appréhendé par le droit des entreprises en difficulté, l'actif immatériel est affecté à l'« *intuitu*

²⁶² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 62, p. 47.

²⁶³ R. BLAZY, *La Faillite, Eléments d'analyse économique*, Thèse, préf. P. MORIN, Economica, 2000.

²⁶⁴ J.-J. FRAIMOUT, « Le plan de cession 30 ans après : brèves observations à propos des injonctions de l'analyse économique du droit », in dossier : « Procédures collectives - Trente ans déjà ! », *RPC*, janvier 2016, n° 1, art. 14.

²⁶⁵ R. H. COASE, *Le coût du droit*, PUF, 2000, p. 23 ; « Notes on the Problem of social Costs », The University of Chicago Press, 1988 ; « The Problem of Social Cost », *Journal of Law & Economics* III, October 1960, 1-44 ; « The Institutional Structure of Production », The Nobel Foundation, 1991 ; E. MAC KAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE* 1986, n° 1, p. 43.

²⁶⁶ J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE* 2007, n° 3, p. 259.

²⁶⁷ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 63, p. 38.

²⁶⁸ *Ibid*, n° 64, p. 38.

²⁶⁹ A. PIETRANCOSTA, S. VERMEILLE, « Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit Perspectives d'avenir ? », *RTDF* 2010, n° 1, p. 4.

²⁷⁰ *Supra*, n° 15.

economicae »²⁷¹ des procédures collectives. Au regard de cette exigence d'affectation économique, le droit des entreprises en difficulté transparaît alors comme un droit d'exception au droit commun²⁷² « avec son cortège de mauvaises surprises, d'incompréhensions voire d'agacements en pratique »²⁷³. Source d'originalité selon nous, l'aspect dérogatoire du droit des entreprises en difficulté sera corroboré à plusieurs reprises dans cette thèse²⁷⁴.

L'analyse économique du droit employée par le droit des entreprises en difficulté pour appréhender l'actif immatériel repose ainsi sur des considérations non seulement prospectives²⁷⁵, mais également et surtout pragmatiques. « Celle-ci se retrouve souvent derrière le paravent du pragmatisme »²⁷⁶ ; « le pragmatisme semblant avoir gagné la majeure partie du terrain »²⁷⁷.

23. Analyse pragmatique. Cette thèse sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté aspire à attribuer aux « potentialités » une fondation cumulant théorie et pratique/pragmatisme²⁷⁸. En effet, il nous paraît crucial de ne pas cantonner cet actif immatériel à un aspect purement théorique sans y apporter une perspective concrète. L'analyse pragmatique de l'actif immatériel en question par le droit des entreprises en difficulté est déclinée de deux manières dans la présente étude.

D'un côté, ce travail est imprégné par des termes issus de la pratique qui n'ont, semble-t-il, aucun équivalent dans les écrits de la doctrine en droit privé. Certains termes sont rattachés à la réalité économique des entreprises, notamment les *soft skills*²⁷⁹ ou la marque employeur²⁸⁰. D'autres termes sont reliés à la pratique des procédures collectives : les « effets de leviers », les « effets de retournement », les « forces vives », etc.

D'un autre côté, la compréhension *de lege lata* de certaines notions fondamentales des procédures collectives est insuffisante pour appréhender avec exactitude l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Il s'agit plus particulièrement de la notion de cessation des

²⁷¹ Sur l'« *intuitu economicae* », V° particulièrement : D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, op. cit., n° 322, p. 191 ; n° 707, p. 189.

²⁷² F. MACORIG-VENIER (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, PU Toulouse 1-Capitole, 2017.

²⁷³ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 9, p. 24.

²⁷⁴ *Infra*, n° 80, 86, 127, 142, 175, 186, 209, 224, 274, 279, 313, 331 à 334, 375 à 385, 397 à 403.

²⁷⁵ Économique et substantielle, cette méthode aboutit soit à une correction des catégories juridiques formelles, soit à l'introduction d'une nouvelle catégorie substantielle *nonobstant* son absence de reconnaissance par le droit formel. En clair, elle est soit critique, soit féconde : J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », op. cit., spéc. § 8.

²⁷⁶ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant-propos », op. cit., n° 55.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit - Bibliothèque de philosophie du droit, 2017.

²⁷⁹ *Infra*, n° 174.

²⁸⁰ *Infra*, n° 115, 120.

paiements²⁸¹, du bilan économique, social et environnemental²⁸² et du plan²⁸³. Ce manque a sollicité l'expertise des organes de la procédure collective. Fructueux, cet échange avec les professionnels du droit des entreprises en difficulté concourt à une analyse pragmatique de l'actif immatériel pour deux raisons. D'une part, la consultation pratique a permis de valider le fait que les outils économiques du droit des entreprises en difficulté révèlent l'existence des « potentialités » de l'entreprise débitrice. D'autre part, cette enquête de terrain a été pertinente en ce qu'elle a comblé le caractère sibyllin de certaines dispositions du Code de commerce sur les difficultés des entreprises²⁸⁴. C'est dans ce contexte que l'on a pu proposer *de lege ferenda* l'existence d'un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté par une analyse pragmatique.

24. Analyse prospective. Deux voies peuvent être empruntées pour structurer l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Ou bien nous nous contentons d'énumérer les dysfonctionnements financiers et juridiques pour valoriser puis identifier l'actif immatériel dans toutes ses composantes. Ou bien nous proposons une approche renouvelée aux difficultés d'appréhension actuelle de l'actif immatériel par le droit positif. Assurément complexe scientifiquement parlant, il nous semble pourtant que l'analyse expertale conjuguée à une analyse prospective permet d'organiser l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Fort des imperfections du droit positif, le droit des entreprises en difficulté saisit particulièrement l'actif immatériel en révélant *de lege ferenda* l'existence de « potentialités » à valeur positive et de « potentialités » à valeur négative à l'occasion de la valorisation. C'est par cette valorisation de l'actif immatériel que le droit des entreprises en difficulté délivre de façon prospective cette existence, dont la qualification pourra être construite ultérieurement par l'intermédiaire des catégories civiles. Cette analyse conduit à élargir le champ des réflexions.

25. Interrogations spéciales. Si l'actif immatériel est appréhendé par le prisme des procédures collectives, il n'en demeure pas moins que cette notion constitue un pont de transversalité entre le droit des entreprises en difficulté, le droit des affaires et le droit civil. « *L'intérêt alors porté aux autres sciences peut finalement se comprendre comme une contrepartie intellectuelle de la fermeture épistémologique établie à des fins de rigueur et de cohérence méthodologiques* »²⁸⁵. Or, cette confrontation de l'actif immatériel aux différentes sciences du droit privé suscite des

²⁸¹ *Infra*, n° 67 à 69.

²⁸² *Infra*, partie 1, titre 1, chapitre 2.

²⁸³ *Infra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

²⁸⁴ *Infra*, n° 110.

²⁸⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., n° 565, p. 346.

interrogations spéciales pouvant être classées en deux volets principaux intrinsèquement liés entre eux.

En premier point, pourquoi le droit des entreprises en difficulté doit-il appréhender l'actif immatériel dans toutes ses dimensions ? Comment parvient-il à révéler la conception extra-comptable de l'actif immatériel ? Par quels procédés, par quels raisonnements juridiques est-il possible d'identifier l'actif immatériel autrement qu'un actif incorporel au bilan comptable ? En particulier, l'actif disponible de la notion de cessation des paiements est-il le réceptacle de l'actif immatériel ? Quelles sont les manières d'optimisation de l'actif immatériel nouvellement révélé par le droit des entreprises en difficulté ? Dans quelle mesure existe-t-il une coexistence entre l'actif immatériel et le passif immatériel en droit des entreprises en difficulté ? En définitive, ces premières interrogations spéciales correspondent à la mise en valeur de l'actif immatériel permettant d'en dessiner un contenu singulier grâce et par le droit des entreprises en difficulté. Cette opération consiste en la valorisation de l'actif immatériel qui désigne l'accroissement de valeur²⁸⁶. Il s'agit du « [f]ait pour un bien (terrain, créance, portefeuille financier) d'augmenter de prix sous l'effet de facteurs économiques et monétaires, parfois par le jeu de clauses spécifiques »²⁸⁷.

En second point, la révélation d'un actif immatériel en « potentialité » par le droit des entreprises en difficulté doit recevoir un écho en droit grâce à une qualification juridique. D'après Philippe MALAURIE et les Professeurs AYNES et GAUTIER, « la qualification est une difficulté que soulève toute règle de droit. Le droit constitue en effet un ensemble limité de règles, tandis que la vie suscite une infinie variété de faits. Pour appliquer le droit au fait, il est nécessaire de qualifier le fait, c'est-à-dire déterminer la catégorie juridique dans laquelle il entre »²⁸⁸. En effet, il convient de nommer les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative révélées par le bilan économique, social et environnemental au stade de la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté en leur donnant un nom. Partant, à quelles catégories juridiques appartiennent ces « potentialités » ? Est-ce que le droit des entreprises en difficulté révèle des actifs immatériels autonomes, c'est-à-dire spécialement affectés à la norme économique des procédures collectives ? A titre liminaire, nous avons affirmé que l'actif immatériel inédit était identifié par deux paramètres : la valeur positive ou négative et le temps²⁸⁹. Or, peut-on d'ores et déjà y entrevoir un mouvement de « patrimonialisation »²⁹⁰ de l'actif immatériel ? Les droits patrimoniaux interviennent-ils dans la qualification de l'actif immatériel en droit des

²⁸⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Valorisation.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Droit civil, 10^{ème} éd., 2018, n° 7, p. 21.

²⁸⁹ *Supra*, n° 20.

²⁹⁰ *Infra*, n° 297.

entreprises en difficulté ? Les « potentialités » sont-elles des obligations ou des biens ? Ces réponses vont occasionner des différences flagrantes, s'agissant de la détermination des critères de qualification et du régime de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté.

26. Problématique générale. A partir de la configuration de ces précédents questionnements particuliers que génère l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté, il est possible d'isoler une problématique générale dans la présente étude : dans quelle mesure le droit des entreprises en difficulté appréhende-t-il l'actif immatériel dans toutes ses dimensions en conformité avec la finalité économique de redressement de l'entreprise défaillante prévue par le livre VI du Code de commerce ? Pour répondre à cette interrogation enrichissante vis-à-vis de l'entreprise qui est mise en procédure collective, exposons la démarche adoptée.

27. Démarche adoptée. La spécificité de l'objet de cette thèse que représente l'actif immatériel appelle une méthodologie spécifique, en l'occurrence un « *[p]rocessus opératif rationnel pour arriver à un résultat. La méthodologie est la discipline qui réfléchit sur les processus rationnels d'une pensée méthodique* »²⁹¹. Compte tenu de la finalité économique de redressement de l'entreprise défaillante exprimée dans le livre VI du Code de commerce, le droit des entreprises en difficulté appréhende l'actif immatériel dans toutes ses dimensions à l'aide d'une démarche tantôt inductive, tantôt déductive. « *Dans le domaine scientifique, deux catégories de méthodes sont mises en œuvre de manière concurrentes ou plus souvent de manière complémentaires : les méthodes inductives et les méthodes déductives. Parmi leurs nombreuses différences, il convient plus particulièrement de noter que les premières s'appuient sur une collecte préalable de données sur le terrain pour ensuite tenter d'en induire un ensemble de propositions et de relations générales, tandis que les secondes énoncent un ensemble de propositions (hypotheses) au départ d'un corpus théorique établi pour ensuite tenter de les valider en les confrontant à des observations particulières recueillies sur le terrain. Dès lors, si les méthodes inductives partent de l'observation de quelques cas particuliers pour énoncer des propositions généralisables qui pourraient le cas échéant déboucher sur le développement d'une nouvelle théorie, les méthodes déductives effectuent par contre le chemin inverse en partant d'un corpus théorique général pour aller vers un domaine particulier de validation des hypothèses avancées* »²⁹². En théorie du droit, la recherche scientifique est effectivement structurée par deux procédures de raisonnement : l'induction et la déduction. Puisqu' « *il serait réducteur de croire que la démarche scientifique s'appuie nécessairement sur*

²⁹¹ A. SILEM (dir.), *Lexique d'économie, op. cit.*, V° Méthodologie

²⁹² *Ibid.*

l'une ou l'autre de ces procédures »²⁹³, rien ne nous interdit d'adopter dans la présente étude une mise en œuvre complémentaire de l'induction et de la déduction pour répondre à la problématique générale. C'est pourquoi, nous optons pour une démarche scientifique cumulant raisonnement inductif et raisonnement déductif en ce qui concerne l'appréhension l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté.

En première partie de la thèse, c'est l'induction qui constitue la démarche employée pour mettre en valeur l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. En effet, c'est la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté qui permet de révéler d'abord et d'identifier ensuite l'existence des « potentialités » de l'entreprise débitrice à partir du bilan économique, social et environnemental. « *Le raisonnement inductif part des phénomènes observés pour en induire, par des hypothèses provisoires, des principes dont on vérifiera ensuite l'exactitude en en déduisant les diverses conséquences* »²⁹⁴. « *L'induction consiste à passer d'une proposition particulière à une proposition générale ou universelle* »²⁹⁵. Elle « *permet de dégager un principe général de solution pour une catégorie déterminée de situations dont le législateur n'a expressément envisagé que quelques cas particuliers* »²⁹⁶. Plus précisément, le début de nos recherches sur la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté a pour origine l'observation d'un phénomène : l'imperfection du droit comptable dans l'appréhension de toutes les dimensions de l'actif immatériel. L'observation de ce phénomène a induit un principe : l'actif immatériel n'équivaut pas toujours à l'actif incorporel, dont il en a été déduit une conséquence : la révélation de l'existence des « potentialités » de l'entreprise en difficulté. Cette conséquence s'appuie sur une enquête de terrain qui a impliqué une consultation réelle des bilans économiques, sociaux et environnementaux des entreprises en procédure collective. Finalement, l'issue de nos recherches sur la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté valide bien une posture inductive, c'est-à-dire un processus permettant de passer du particulier au général. Parties du particulier : la révélation/l'identification de l'existence des « potentialités » par le bilan économique, social et environnemental, nous sommes arrivées au général : l'optimisation effective des « potentialités » par les techniques de valorisation du droit des entreprises en difficulté.

En deuxième partie de la thèse, c'est la déduction qui constitue la démarche choisie pour qualifier l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. La qualification porte sur l'actif

²⁹³ S. PAUGAM, *Les 100 mots de la sociologie*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2010, p. 14.

²⁹⁴ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 237, p. 303.

²⁹⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., n° 599, p. 366.

²⁹⁶ J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. Université, 17^{ème} éd., 2018, n° 127, p. 134.

immatériel qui a été révélé en obligation ou en bien dans le bilan économique, social et environnemental aux termes de laquelle sera proposé un régime. Contrairement à la première partie de la thèse, la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté est déductive dans la deuxième partie de la thèse. Le processus est en conséquence inversé, en sorte qu'il faut conclure : déduire une affirmation à partir d'un cadre théorique. La méthode déductive est d'essence syllogistique²⁹⁷. « *La déduction est conçue classiquement comme le passage d'un énoncé général – ou, en termes aristotéliens, d'une proposition universelle – (...) vers un énoncé particulier qui est réputé alors présenter ces mêmes propriétés* »²⁹⁸. « *Dans ce raisonnement qui, du rapport de deux termes, les prémisses (la majeure et la mineure), déduit une conclusion, la règle de droit serait la majeure et le cas individuel donné, la mineure. La conclusion consisterait dans le jugement admettant ou rejetant l'application au cas envisagé de l'effet de la règle de droit concernée* »²⁹⁹. Partant, la déduction repose sur une méthode qui permet de passer du général au particulier sur le fondement du syllogisme. « *Le syllogisme reste la forme du raisonnement déductif la plus investie par les juristes. Rappelons-le, le syllogisme pratique qui formalise le raisonnement judiciaire, consiste à subsumer sous une prémisse majeure – un énoncé général (tous les voleurs doivent être punis) – une prémisse mineure – un énoncé particulier (Socrate est un voleur) –, pour tirer une conclusion : Socrate doit être puni* »³⁰⁰. Or la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté emprunte cette opération syllogistique/déductive à la lumière du droit civil. Techniquement, le *corpus* théorique qui inspire la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté est établi par les droits patrimoniaux. En effet, le cadre théorique de qualification est civil, dans la mesure où il est soumis aux règles du droit des obligations et du droit des biens. A partir des définitions et des classifications des droits personnels et des droits réels (majeure), nous avons confronté des illustrations de « potentialités » émanant du bilan économique, social et environnemental aux obligations et aux biens (mineure) pour en conclure une qualification finale, à savoir autonome au droit des entreprises en difficulté exigeant le rattachement des « potentialités » à l'activité économique de l'entreprise (conclusion).

28. Plan de l'étude. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté appréhende l'actif immatériel en suivant cette démarche induction/déduction. Tout d'abord, l'actif immatériel est appréhendé à travers sa valorisation par le droit des entreprises en difficulté pour redresser l'entreprise (**partie 1**).

²⁹⁷ Sur la présentation du syllogisme, V° : H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1948.

²⁹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., n° 591, p. 363.

²⁹⁹ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 238, p. 303-304.

³⁰⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., n° 592, p. 363.

Ensuite, cette valorisation révèle un actif immatériel identifié en « potentialité » qui doit être qualifié en droit des entreprises en difficulté (**partie 2**).

Partie 1. La valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté

Partie 2. La qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté

PARTIE 1

LA VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL PAR LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

*« Dans toutes les entreprises,
quels que soient le produit ou le service vendus,
la création de valeur
se fonde de plus en plus sur des actifs immatériels »³⁰¹.*

29. La révélation de l'existence des « potentialités » de l'entreprise en difficulté.

L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est tout d'abord déterminée par sa valorisation³⁰². Cette réflexion sur la mise en valeur de l'actif immatériel est pénétrée par une norme économique prééminente. En effet, l'« *intuitu economicae* »³⁰³ des procédures collectives forge une compréhension singulière de l'actif immatériel. Compte tenu des finalités économiques³⁰⁴ du livre VI du Code de commerce³⁰⁵, le droit des entreprises en difficulté cherche effectivement à valoriser l'actif dans toutes ses dimensions, matérielles et immatérielles.

A notre sens, le retournement de l'entreprise débitrice requiert avant tout une concentration sur la dimension immatérielle de l'actif. Pour ce faire, le droit des entreprises en difficulté identifie non seulement l'actif incorporel³⁰⁶ conformément aux règles comptables, mais aussi et surtout révèle l'existence des « potentialités » de l'entreprise en difficulté³⁰⁷.

L'émergence de cet actif immatériel inédit grâce et par la valorisation en droit des entreprises en difficulté apparaît à deux niveaux. En premier lieu, la révélation de l'existence des « potentialités » de l'entreprise en procédure collective est dévoilée à travers les fondements de

³⁰¹ M. LEVY, J-P. JOUYET, « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », *op. cit.*, spéc. p. 1.

³⁰² *Supra* n° 27.

³⁰³ V° spécialement : D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, *op. cit.*, n° 322, p. 191 ; n° 707, p. 189.

³⁰⁴ *Supra*, n° 15.

³⁰⁵ V° notamment :

-l'article L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce sur la procédure de sauvegarde : « *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».

-l'article L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce sur la procédure de redressement judiciaire : « *La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».

-l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce sur la procédure de liquidation judiciaire : « *La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* ».

³⁰⁶ *Supra*, n° 6 ; *infra*, n° 59.

³⁰⁷ *Supra*, n° 7 à 12 ; *infra*, n° 65.

valorisation de l'actif immatériel (**titre 1**). En second lieu, les techniques de valorisation de l'actif immatériel consolident la présence des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté (**titre 2**).

Titre 1. Les fondements de valorisation de l'actif immatériel

Titre 2. Les techniques de valorisation de l'actif immatériel

TITRE 1

LES FONDEMENTS DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL

30. Le diagnostic de l'entreprise en difficulté. Valoriser l'actif immatériel consiste dans un premier temps à nous interroger sur la localisation des « effets de leviers »³⁰⁸ de l'entreprise en difficulté. Partant, où se trouve l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté ? Cette question revient à rechercher les fondements de valorisation de l'actif immatériel.

L'ouverture d'une procédure collective conduit les organes à procéder à un « *audit complet de l'entreprise (comptable, juridique, industriel, commercial)* »³⁰⁹ qui permet d'en cerner les forces et les faiblesses dans un espoir de sauvegarde. En particulier, la valorisation des « forces vives »³¹⁰ de l'entreprise défaillante est fondée tantôt sur un diagnostic comptable issu du droit commun, tantôt sur un diagnostic économique centré sur les données particulières du droit des entreprises en difficulté.

En principe, le fondement de valorisation de l'actif immatériel est communément comptable. En effet, le patrimoine de l'entreprise débitrice est évalué classiquement selon les règles comptables et financières de droit commun. D'un point de vue comptable, l'actif immatériel est appréhendé *de lege lata* comme une immobilisation incorporelle, donc *in fine* comme un actif incorporel dans le bilan comptable (**chapitre 1**).

Ce faisant, l'actif immatériel bénéficie principalement d'un fondement économique de valorisation qui est propre au droit des entreprises en difficulté. C'est le bilan économique, social et environnemental qui révèle *de lege ferenda* l'existence des « potentialités » de l'entreprise en difficulté (**chapitre 2**).

Chapitre 1. Le fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel

Chapitre 2. Le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel

³⁰⁸ C'est un terme employé par les praticiens du droit des entreprises en difficulté. En effet, il est important de réaffirmer que le résultat de la présente étude prend en compte les remarques pratiques obtenues à l'occasion de rendez-vous avec les professionnels du droit des entreprises en difficulté.

³⁰⁹ Ph. PEYRAMAURE, « Droit des entreprises en difficulté ; le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », *JCP E* 1986, 15167, spéc. p. 63.

³¹⁰ C'est un terme pratique issu de rendez-vous avec les professionnels du droit des entreprises en difficulté.

CHAPITRE 1

LE FONDEMENT COMPTABLE DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL

31. Le fondement bilanciel relatif de l'actif immatériel. La situation de l'entreprise en difficulté est évaluée par les organes de la procédure collective *via* un « *droit économique de l'information* » selon l'expression du Professeur SAINT-ALARY-HOUIN³¹¹. « *L'information relative à l'entreprise a pour siège principal la comptabilité* »³¹². Ainsi, la valorisation de l'actif immatériel emprunte les canons comptables de l'« *algèbre du droit* »³¹³. « *Satellite du droit, la comptabilité n'est que l'expression chiffrée du droit civil ou commercial* »³¹⁴. Partant, la comptabilité est-elle aussi l'« algèbre » du droit des entreprises en difficulté, s'agissant de la valorisation de l'actif immatériel ? La réponse est plutôt nuancée. En ce sens, l'ouverture d'une procédure collective implique la projection de la photographie du patrimoine de l'entreprise en difficulté représentant l'actif et le passif sur le fondement du bilan comptable. C'est pourquoi, le fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel repose sur cet outil financier. Ce fondement bilanciel de l'actif immatériel est au demeurant relatif. Si tous les actifs incorporels sont des actifs immatériels dans le bilan comptable (**section 1**), tous les actifs immatériels ne sont pas des actifs incorporels dans le bilan comptable (**section 2**).

Section 1. Le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable

32. L'observation incontournable de la démarche comptable de l'actif immatériel. Le point de départ de la présente étude est une analyse du droit positif provenant de la comptabilité, dont les apports sont significatifs dans la caractérisation d'un nouvel actif immatériel.

Pour une compréhension du rôle spécifique du droit des entreprises en difficulté, le rappel des fondamentaux en matière d'actif est primordial. Avant de souligner les carences d'une valorisation

³¹¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 132, p. 87 ; V° aussi : M. JEANTIN, « La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », *Droit social*, 1984, p. 599 et s. ; P. LE CANNU, « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », *RJ com.* n° spéc., 1986, p. 8.

³¹² D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 159, p. 86.

³¹³ P. GARNIER, « *La comptabilité, algèbre du droit, méthode d'observation des phénomènes économiques* », Paris, Dunod, 1947 ; n° 21, p. 14 ; D. LEDOUBLE, « La comptabilité est-elle encore l'algèbre du droit ? », *LPA*, 8 septembre 2005, n° 179, p. 16.

³¹⁴ Ch. DE LAUZAINGHEIN, J-L. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable*, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2004, n° 5, p. 3 ; F. WINDSOR, D. LEDOUBLE, « Existe-t-il un droit comptable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, n° IV, p. 1 et s. spéc. § 37 et s.

purement comptable de l'actif immatériel, il est incontournable d'observer sa démarche comptable pour en saisir les rouages. Cette méthodologie nous permettra ultérieurement d'identifier des nouvelles valeurs dans le cadre du droit des entreprises en difficulté.

Pour l'heure, le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable impose un exposé du contenant et du contenu de l'actif immatériel en droit comptable. D'une part, l'actif immatériel dispose d'une structure bilancielle (§1). D'autre part, l'actif immatériel fait l'objet d'une transcription bilancielle en immobilisation incorporelle (§2).

§1. La structure bilancielle de l'actif immatériel

33. La photographie instantanée du patrimoine de l'entreprise en difficulté. Fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel, le bilan se voit attribuer une définition juridique qui ne figure pas dans le livre VI du Code de commerce dédié aux difficultés des entreprises. En réalité, cet aspect peu ou prou insignifiant légitime une incursion en droit comptable dans le but d'une définition juridique du bilan comptable (A). Photographie instantanée du patrimoine de l'entreprise en difficulté, la définition juridique du bilan comptable n'est dès lors pas dénuée de portée (B).

A. La définition juridique du bilan comptable

34. « *Autrefois synonyme de balance* »³¹⁵, la notion de « bilan » a été dégagée *per se* par Claude IRSON, afin d'évaluer les situations comptables³¹⁶. C'est « *un état qui sert à jalonner les écritures de l'entreprise, période par période, non pour en dégager la richesse mais pour valider les opérations précédentes et empêcher les falsifications des enregistrements antérieurs et pour servir de base fiable aux enregistrements nouveaux* »³¹⁷.

Actuellement, les contours du bilan comptable sont dessinés par la loi, le pouvoir réglementaire et la doctrine.

35. La définition légale du bilan comptable. Le Code de commerce considère la comptabilité comme une obligation due par les commerçants³¹⁸. Sur ce point, l'article L. 123-12 du Code de commerce prévoit que : « *Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement.*

³¹⁵ J-G. DEGOS, *Histoire de la comptabilité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998, p. 123.

³¹⁶ *Ibid*, p. 81.

³¹⁷ *Ibid*.

³¹⁸ J-P. LAGARRIGUE, *Le Droit comptable, Tome I, Les sources*, préf. S. ROZES, éd. SA, coll. Institut Supérieur de Gestion, 1985, p. 34.

Elle doit contrôler par inventaire, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise.

Elle doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable ». A la lecture de l'alinéa 3, on constate que le bilan comptable est assimilé à un compte annuel, dont la fonction est l'enregistrement des mouvements comptables affectant le patrimoine de l'entité. Puisque le bilan comptable est un compte annuel à l'instar du compte de résultat et de l'annexe, il doit refléter une image fidèle de la situation économique de l'entité. Après avoir révélé cette nature, le législateur précise à l'article L. 123-13 alinéa 1^{er} du Code de commerce que : « *le bilan décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise, et fait apparaître, de façon distincte, les capitaux propres* ». Parmi cette description des éléments actifs, on verra plus tard que l'actif immatériel est situé en haut du bilan comptable³¹⁹.

36. La définition réglementaire du bilan comptable. Le Plan comptable général de 1947, dont la valeur est réglementaire, a entériné la définition légale du bilan comptable. Pour Jean FOURASTIE, le plan comptable « *c'est donc une règle recommandée par un organisme public ou syndical, et ayant pour objet de fixer pour toutes les entreprises de même activité professionnelle les principes généraux de la comptabilité* »³²⁰. En particulier, l'article 112-2 du Plan comptable général définit le bilan comptable en ces termes : « *le bilan décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entité et fait apparaître de façon distincte les capitaux propres et, le cas échéant, les autres fonds propres.*

Les éléments d'actif et de passif sont évalués séparément. Aucune compensation ne peut être opérée entre les postes d'actif et de passif.

Le bilan d'ouverture d'un exercice correspond au bilan de clôture avant répartition de l'exercice précédent ».

37. La définition doctrinale du bilan comptable. Finalement, la doctrine s'inscrit dans le sillage du législateur et du pouvoir réglementaire en confirmant la définition juridique du bilan comptable. En effet, cet « *état patrimonial instantané* »³²¹ est un « *[d]ocument comptable qui décrit le patrimoine de l'entreprise à une date donnée en comparant l'origine des fonds (passif) et l'emploi*

³¹⁹ *Infra* n° 59.

³²⁰ J. FOURASTIE, *La comptabilité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 10^{ème} éd., 1963, p. 79 et s.

³²¹ S. EVRAERT, Ch. PRAT DIT HAURET, *Les documents de synthèse : bilan, compte de résultat, annexe*, éd. E-theque, coll. Découverte (e-theque), 2002, p. 15.

de ces fonds (actif) »³²². Photographie du patrimoine de l'entité, le bilan comptable tend à « retracer l'histoire de l'entreprise »³²³. Tournée vers le passé, cette « pièce comptable par excellence »³²⁴ a une nature statique par laquelle elle décrit l'état d'une entreprise, un état durable ou passager en déterminant la consistance de son patrimoine³²⁵.

38. Transition. Le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable envisage une structure bilancielle de l'actif immatériel. En la matière, le droit comptable prime le droit des entreprises en difficulté à propos de la définition juridique du bilan comptable, qu'il s'agisse des références légales, réglementaires ou doctrinales. C'est un compte annuel qui projette une photographie instantanée du patrimoine de l'entreprise débitrice en décrivant rétrospectivement l'actif et le passif. Or, cette définition juridique du bilan comptable comme fondement de valorisation de l'actif immatériel a des répercussions.

B. La portée de la définition juridique du bilan comptable

39. Les caractères du bilan comptable. La définition juridique du bilan comptable comme étant une photographie instantanée du patrimoine de l'entreprise en difficulté veut dire que ce compte annuel possède deux caractères qui peuvent être transposés à l'objet de cette thèse : d'une part, un caractère temporel (1) et d'autre part, un caractère patrimonial (2).

1. Le caractère temporel du bilan comptable

40. La distinction *ratione temporis* entre le bilan comptable et le compte de résultat. Défini juridiquement comme une photographie instantanée décrivant de manière rétrospective l'actif et le passif de l'entité, le bilan comptable présente premièrement un caractère temporel. En effet, il constitue un document rétrospectif qui est orienté vers le passé de l'entité en figeant sa situation. Or, cette acception temporelle du bilan comptable ne coïncide pas avec celle du compte de résultat. A la lumière de l'article L. 123-13 alinéa 2 du Code de commerce « *le compte de résultat récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement. Il fait apparaître, par différence après déduction des amortissements et des provisions, le bénéfice ou la perte de l'exercice. Les produits et les charges, classés par catégorie, doivent être présentés soit sous forme de tableaux, soit sous forme de liste* ». Partant, le législateur se borne à évoquer les composantes du compte de résultat, ainsi que le résultat bénéficiaire ou déficitaire en

³²² F. TEULON, *Vocabulaire économique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 1996, V° Bilan, spéc. p. 16.

³²³ D. SIMONNET, *Les 100 mots de l'entreprise*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 2019, n° 32, p. 39.

³²⁴ E. FOLLINET, *Le bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable*, Thèse, Payot, 1946, p. 18.

³²⁵ E. SCHMALENBACH, *Le bilan dynamique*, Dunod, coll. L'Economie d'Entreprise, 1961, p. 17.

chassant toute approche temporelle. C'est pourquoi, la tâche de clarification incombe à la doctrine comptable qui interprète avec pédagogie le dispositif légal du compte de résultat. Dépassant la technicité des textes, Jean FOURASTIE a posé une définition très parlante de cet état de synthèse : « *le compte de profits et pertes a un sens essentiellement économique ; il décrit la vie de l'entreprise dans un passé récent et ne donne aucune idée de ce qui s'est passé antérieurement. Il n'indique que bien approximativement la solidité financière d'une entreprise ; par contre, il montre avec beaucoup de netteté quelle est sa situation industrielle et commerciale. On y voit combien l'entreprise a fait d'affaires, et si elle en a tiré un bénéfice ou une perte. Le bilan, au contraire, ne donne que bien peu de renseignements sur l'activité technique d'une société ; mais il donne une idée de sa puissance financière, de son crédit, de ses moyens d'action. Ainsi, tandis que le compte de profits et pertes est un document d'ordre économique, le bilan est un document d'ordre financier* »³²⁶. Il découle de cette définition que le bilan comptable est un instrument financier figé qui « *présente à une date D les éléments que l'entreprise possède (actifs) et ceux qu'elle doit (passifs)* »³²⁷. A l'inverse, le compte de résultat est un instrument économique dynamique qui « *lui, décrit l'activité de l'entreprise durant un an : c'est le film de l'activité. Il recense les actes économiques qui se sont déroulés dans l'entreprise, sans se préoccuper de leur dénouement financier (le règlement)* »³²⁸. C'est sur le fondement de ce compte de gestion que les investisseurs apprécient les performances de l'entreprise, ainsi que celles des dirigeants³²⁹. « *A l'expérience, il s'agit de l'état financier vers lequel convergent en priorité les regards des parties prenantes à l'information financière, qu'il s'agisse des investisseurs ou des responsables de l'entreprise* »³³⁰.

41. La distinction *ratione temporis* entre le bilan comptable et l'actif immatériel. Si la valorisation de l'actif immatériel est fondée sur le bilan comptable, force est alors de reconnaître que cet actif serait muni d'un caractère temporel identique. A première vue, il n'est pas certain que l'actif immatériel soit érigé vers le passé en droit des entreprises en difficulté. Bien au contraire, l'actif immatériel accompagne, semble-t-il, le redressement de l'entreprise en difficulté, en l'occurrence la possibilité de profiter d'un avenir économique favorable. Dénominateur commun dans la valorisation³³¹ et la qualification³³² de l'actif immatériel, le caractère temporel diverge par contre entre le droit comptable et le droit des entreprises en difficulté. Par conséquent, serait-il plus

³²⁶ J. FOURASTIE, *La comptabilité*, op. cit., p. 105.

³²⁷ A. MIKOL, *Gestion comptable et financière*, PUF, Que sais-je ?, 11^{ème} éd., 2019, n° 4, p. 8.

³²⁸ F. POTTIER, *La compta avec ou sans comptes*, Ems, Hors-collection, 2014, p. 35.

³²⁹ D. BONSERGENT, O. RAMOND, L. BATSCH, *Les 100 mots de la comptabilité*, op. cit., n° 17, p. 26.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Infra*, n° 41, 90 à 95, 132, 150, 151, 158, 163, 167, 170, 171, 178 à 183.

³³² *Infra*, n° 266, 267 (durée chronométrique en tant que critère de qualification de l'actif immatériel).

judicieux de valoriser l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté par un fondement prospectif plutôt que par un fondement rétrospectif ? A ce titre, le compte de résultat pourrait-il constituer un fondement de valorisation de l'actif immatériel plus pertinent que le bilan comptable ? Assurément, au regard de sa double dimension économique et dynamique. Cela étant, l'appréhension de l'actif immatériel est effectuée à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté, ce qui nous amène à privilégier un fondement économique de valorisation de l'actif immatériel dans le contexte des procédures collectives³³³.

42. Transition. Photographie instantanée décrivant rétrospectivement l'actif et le passif de l'entité, le bilan comptable est défini par un caractère temporel. Or, cette acception temporelle du bilan comptable est aux antipodes non seulement du compte de résultat – économique et dynamique, mais également et surtout de l'actif immatériel, dont le caractère est économique et prospectif en droit des entreprises en difficulté.

La définition juridique du bilan comptable mentionne un second caractère.

2. Le caractère patrimonial du bilan comptable

43. L'ampleur du caractère patrimonial. L'assimilation juridique du bilan comptable à une photographie instantanée du patrimoine de l'entité évaluant rétrospectivement l'actif et le passif soulève un second caractère qui renvoie au concept de « *comptabilité patrimoniale* »³³⁴, c'est-à-dire à la « *comptabilité-deniers d'un ensemble de Biens et de Droits, analogue à un patrimoine juridique* »³³⁵. Le caractère patrimonial du bilan comptable a une ampleur considérable en droit comptable pour deux raisons. D'une part, le mot « patrimoine » est omniprésent dans les sources internes du droit comptable. D'autre part, l'actif et le passif de l'entité sont enregistrés dans le bilan comptable à partir du principe de patrimonialité. Dès lors, « *un pays de droit écrit, comme la France, à fort atavisme foncier, où le recours au capitalisme populaire est marginal, privilégie naturellement une logique patrimoniale et favorise la prudence* »³³⁶.

44. L'omniprésence du patrimoine en droit comptable. « *Dans le droit comptable français, y compris dans le plan comptable général, les objectifs sont implicites. Mais les nombreuses références que ce droit fait à la notion de patrimoine laissent penser que les besoins d'information qu'il privilégie sont ceux des propriétaires de l'entreprise, si bien que l'on peut avancer que le*

³³³ *Infra*, partie 1, titre 1, chapitre 2.

³³⁴ P. GARNIER, *La comptabilité, algèbre du droit, méthode d'observation des phénomènes économiques*, op. cit., n° 5, p. 55.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ J. SAGHROUN, C. SIMON, « Primauté du bilan ou du compte de résultat, le principe du pendule », *Comptabilité, Contrôle - Audit* 1999/1, tome 5, p. 59 s., spéc. p. 61.

cadre conceptuel implicite français est à dominante patrimoniale »³³⁷. Le mot « patrimoine » est fréquemment cité dans les textes nationaux du droit comptable.

Dans le Code de commerce, ce terme est exposé à l'article L. 123-12, alinéa 1^{er} : « *mouvements affectant le patrimoine de son entreprise* » et alinéa 2 : « *l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise* », à l'article L. 123-14 alinéa 1^{er} : « *image fidèle du patrimoine* » et alinéa 3 : « *influence sur le patrimoine* », à l'article L. 123-15, alinéa 1^{er} : « *image fidèle du patrimoine* », à l'article L. 123-17 : « *image fidèle du patrimoine* », à l'article L. 123-18 : « *date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise* ».

Dans le Plan comptable général, on retrouve le mot « patrimoine » à l'article 120-1 : « *image fidèle du patrimoine* », à l'article 120-3 : « *grever le patrimoine* », à l'article 211-1 § 1 : « *élément identifiable du patrimoine* », à l'article 212-1 § 1 : « *élément du patrimoine* », à l'article 321-1 § 2 : « *date d'entrée dans le patrimoine de l'entité* », à l'article 322-1 § 5 : « *valeur d'entrée dans le patrimoine* », à l'article 324-1 : « *date d'entrée dans le patrimoine de l'entité* », à l'article 331-1 § 1 : « *à la date d'entrée des immobilisations incorporelles et corporelles et des stocks dans le patrimoine* », à l'article 332-1 : « *à leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entité* », à l'article 332-5 : « *à toute autre date que leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entité* », à l'article 511-1 : « *le patrimoine* », à l'article 531-1 § 2 : « *influence sur le patrimoine* », à l'article 531-2 § 4 : « *influence sur le patrimoine* ».

Dans cette énumération d'articles, la notion comptable de patrimoine équivaut à la notion civile de patrimoine, de sorte qu'il y a un parallélisme entre le droit comptable et le droit civil³³⁸. Faute de définition du patrimoine dans le Code civil, les auteurs du droit civil ont été sensibles au « *parallélisme pédagogique et sobre que leur offrait la science économique, plus spécialement la comptabilité : un actif correspondant à un passif, et vice versa* »³³⁹. En conséquence, le patrimoine est « *l'expression, dans le plan pécuniaire, des droits et des obligations de son titulaire* »³⁴⁰. Du fait de son caractère abstrait³⁴¹, le bilan comptable reflète d'un point de vue pécuniaire le patrimoine de l'entité par un tableau de l'actif et du passif³⁴².

³³⁷ B. COLASSE, « Commentaire analytique et critique du cadre conceptuel du CPDC », *Revue Française de Comptabilité*, 1996, p. 72-73.

³³⁸ *Infra* n° 286, 287.

³³⁹ A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine », *RTD civ.* 1994. 801, spéc. § 1.

³⁴⁰ R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et P. VOIRIN, *Cours de droit civil français, t. 4, les biens*, Rousseau, 2^{ème} éd., 1938, n° 19, p. 18.

³⁴¹ R. SEVE, « La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », in *Archives de philosophie du droit*, tome XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 247 s.

³⁴² J. MASCLET, « La mathématique, la comptabilité et le droit patrimonial », communication faite le 8 novembre 1960 à l'Académie de comptabilité de France, LGDJ : le patrimoine est ainsi à la fois une « *courbe plane fermée* » (p. 12) et un « *système de comptage* » (p. 43).

Si ce « *modèle culturel patrimonial* »³⁴³ est dominé par un caractère patrimonial grâce à la métaphore de la photographie³⁴⁴, il est logiquement associé à une universalité de droit³⁴⁵. Dans le vocabulaire juridique, l'universalité juridique est effectivement connectée à la notion de patrimoine. « *Ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argent), de l'actif et du passif, envisagé comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais aussi ses biens à venir* »³⁴⁶. D'ailleurs, il faut noter qu'à la fin de cette définition du patrimoine, le doyen CORNU renvoie à l'article 2284 du Code civil, ainsi qu'au bilan³⁴⁷.

Là où commencent les similitudes entre le droit comptable et le droit civil, elles cessent avec le facteur temporel. Alors que la notion civile de patrimoine comprend les biens présents et les biens à venir, le bilan comptable est cantonné, rappelons-le, à une photographie instantanée du patrimoine de l'entité. En somme, il détermine le passé, voire le présent de l'entité. Non figé en droit civil, le patrimoine peut subir des évolutions dans le temps³⁴⁸. Comme l'écrit exactement le Professeur SCHILLER, « *le patrimoine n'est pas seulement un ensemble d'actifs, c'est une aptitude, une potentialité à posséder quelque chose* »³⁴⁹. Selon nous, le patrimoine de l'entreprise en procédure collective englobe à la fois des actifs incorporels et des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté. C'est pourquoi, l'actif immatériel révélé par le bilan en droit des entreprises en difficulté se prêtera à une « patrimonialisation »³⁵⁰.

45. Le principe de patrimonialité en droit comptable. L'apparition du principe de patrimonialité a été implicite en droit comptable. En effet, cette « *règle fondamentale* »³⁵¹ est déduite implicitement des obligations comptables des commerçants³⁵², du principe de l'intangibilité du bilan d'ouverture³⁵³, de la définition des actifs et des passifs du bilan comptable³⁵⁴. Sans définition explicite, il n'est pas facile de préciser le sens du principe de patrimonialité. Pour autant,

³⁴³ J. SAGHROUN, C. SIMON, « Primauté du bilan ou du compte de résultat, le principe du pendule, *Comptabilité* », *op. cit.*, p. 61.

³⁴⁴ *Supra*, n° 33.

³⁴⁵ *Infra*, n° 279.

³⁴⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° patrimoine.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^{ème} éd., 2018, n° 28, p. 27 ; V° aussi : P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185 et s ; F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 667 ; F. CHENEDE, « La mutation du patrimoine », *in* colloque « Entreprise et patrimoine », *GP*, 19 mai 2011, n° 139, p. 19.

³⁴⁹ S. SCHILLER, *Droit des biens*, coll. Cours, Dalloz, 9^{ème} éd., 2019, n° 27, p. 33.

³⁵⁰ *Infra*, n° 297.

³⁵¹ Ch. DE LAUZAINGHEIN, J-L. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable, op. cit.*, n° 405 et s., p. 372 et s.

³⁵² Article L. 123-12 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

³⁵³ Article L. 123-19, alinéa 3 du Code de commerce.

³⁵⁴ Articles 211-1 et 321-1 du Plan comptable général.

ce principe est un critère d'inscription des actifs au bilan comptable, qu'ils soient matériels ou immatériels. Sur le fondement du principe de patrimonialité, les biens et les droits dont l'entité a acquis ou conservé juridiquement la propriété sont inscrits théoriquement à l'actif du bilan comptable³⁵⁵. Dès lors, la « propriétérisation »³⁵⁶ est consubstantielle à la patrimonialité de l'actif au bilan comptable. Toutefois, le principe de patrimonialité n'est pas absolu en droit comptable, d'où la contestation spéciale du caractère patrimonial et générale du fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel. Deux indicateurs en attestent.

D'une part, la mise en œuvre du principe de patrimonialité est problématique en présence d'opérations complexes portant sur des actifs incorporels. Tel est le cas par exemple d'un bien détenu en vertu d'un contrat de crédit-bail³⁵⁷ qui peut concerner le fonds de commerce³⁵⁸, le droit au bail du fonds de commerce³⁵⁹, les parts et actions³⁶⁰, les logiciels³⁶¹. Or, la négation de *corpus* de ces actifs incorporels rend difficilement applicable le principe de patrimonialité *a contrario* des actifs corporels. C'est pour cette raison qu'ils connaissent un sort spécial de comptabilisation. Etant non propriétaire jusqu'à la levée de l'option, l'entreprise locataire ne peut pas activer ces éléments en immobilisations incorporelles dans le bilan comptable selon le principe de patrimonialité. En effet, le droit de propriété revient à l'établissement-loueur, c'est-à-dire au « bailleur » jusqu'à la levée de l'option³⁶².

D'autre part, le principe de patrimonialité est assorti d'un tempérament dans l'hypothèse d'une stipulation d'une clause de réserve de propriété. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006³⁶³, la clause de réserve de propriété est qualifiée de sûreté réelle³⁶⁴ dérogeant ainsi au transfert *solo consensu* de la propriété, c'est-à-dire par le seul échange des consentements. Il est important de relever que l'objet de cette clause de réserve de propriété peut être un bien incorporel³⁶⁵. Or, la transcription comptable de cette clause n'est pas établie en adéquation avec le principe de patrimonialité. « *L'application stricte du principe voudrait que le bien reste à l'actif du vendeur*

³⁵⁵ V° « Image de la réalité et réalité de l'image : un des enjeux de la réforme comptable », 31 janvier 1996, les echos.fr.

³⁵⁶ *Infra* n° 341 à 386.

³⁵⁷ D. CREMIEUX-ISRAEL, *Leasing et crédit-bail mobiliers. Aspects juridiques, comptables et fiscaux*, Thèse, 1975, Dalloz.

³⁵⁸ Article 313-7, 3° du Code monétaire et financier.

³⁵⁹ Article L. 313-7, 3° et 4° du Code monétaire et financier.

³⁶⁰ Article L. 313-7, 4° du Code monétaire et financier.

³⁶¹ R-N. SCHÜTZ, « Crédit-bail », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019, n° 75-81.

³⁶² B. COLASSE, *Introduction à la comptabilité*, Economica, coll. Gestion-Economica, 14^{ème} éd., 2018, p. 125.

³⁶³ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

³⁶⁴ Articles 2367 et suivants du Code civil.

³⁶⁵ En droit des entreprises en difficulté, l'existence de droits incorporels sur les biens, dont la propriété est réservée, ne fait pas obstacle à leur revendication : Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *D.* 2003, AJ 3049, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2004, 801, note. A. LUCAS et F-X. LUCAS ; *JCP E* 2004, n° 22, p. 860, obs. M. CABRILLAC ; *APC* 2004, n° 20, obs. C. ALLEAUME ; *LPA*, 19 février 2004, p. 9, note. H. LECUYER ; *RTD com.* 2004, 599, obs. A. MARTIN-SERF ; *RPC* 2004, 379, obs. M-H. MONSERIE-BON.

*jusqu'au paiement complet ; et donc qu'il ne puisse, avant ce paiement complet, figurer au bilan de l'acheteur »*³⁶⁶. Pourtant, la clause de réserve de propriété est effectivement comptabilisée en admettant fictivement que le transfert de propriété intervient à la date de livraison. En ce cas, le vendeur inscrit une créance à l'actif du bilan comptable et l'acheteur inscrit le bien à l'actif du bilan comptable³⁶⁷. Dans cette situation, la réalité juridique de la clause de réserve de propriété est travestie par le droit comptable, ce qui prouve les limites du caractère patrimonial du bilan comptable et de façon plus générale du fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel.

46. Transition. La définition juridique du bilan comptable est sujette à interprétation. A cet égard, deux caractères sont conférés au bilan comptable. En premier lieu, le bilan comptable a un caractère temporel. Photographie instantanée du patrimoine de l'entité, le bilan comptable revêt en second lieu un caractère patrimonial. Son impact est grandissant en droit comptable, si l'on s'en tient à l'omniprésence du patrimoine et au principe de patrimonialité. A l'instar du caractère temporel, la « patrimonialisation » du bilan comptable est certes applicable à l'actif immatériel tout en présentant néanmoins des failles.

Après avoir développé le contenant de l'actif immatériel à travers sa structure bilancielle, encore faut-il en fixer sa consistance dans ce cadre comptable.

§2. La transcription bilancielle de l'actif immatériel en immobilisation incorporelle

47. Un processus de comptabilisation conditionné. Le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable n'opère pas *de jure*. En effet, la transcription bilancielle de l'actif immatériel en immobilisation incorporelle est conditionnée par le droit comptable. Avant d'être classé dans le bilan comptable à l'actif immobilisé (**B**), l'actif immatériel doit obligatoirement répondre aux critères de définition de l'actif³⁶⁸ (**A**). Or, cette rigueur comptable contribue à favoriser le recours plus souple au droit des entreprises en difficulté qui consacre l'existence de nouvelles valeurs de l'actif ou d'actif³⁶⁹.

A. Les critères de définition de l'actif

48. La définition comptable de l'actif. A titre de rappel³⁷⁰, l'article 211-1 nouveau du Plan comptable général pose une définition comptable de l'actif³⁷¹. Cette nouvelle définition³⁷² est plus

³⁶⁶ B. COLASSE, *Introduction à la comptabilité, op. cit.*, p. 125-126.

³⁶⁷ *Ibid*, p. 126.

³⁶⁸ *Supra*, n° 5.

³⁶⁹ *Infra*, n° 61, 76.

³⁷⁰ *Supra*, n° 5.

restrictive que l'ancienne définition³⁷³ de l'actif. Il est effectivement moins évident d'activer un élément au bilan, car celui-ci doit remplir des critères rigoureux, spécialement un critère juridique (1) et des critères économiques (2).

1. Le critère juridique

49. « *Un actif est un élément identifiable du patrimoine* ». Le caractère identifiable de l'élément constitue le critère juridique qui préside à la définition comptable de l'actif au sens de l'article 211-1 du Plan comptable général. L'application de ce critère juridique nécessite d'opposer les actifs corporels aux actifs incorporels.

Selon l'avis CNC n° 2004-15 (§2.3), un actif corporel doté d'un *corpus*, c'est-à-dire une immobilisation corporelle est par essence un « *élément identifiable du patrimoine* » au bilan comptable. En vertu de la définition du règlement CRC n° 99-02 (§ 2111)³⁷⁴, un actif identifiable est un actif susceptible d'être évalué séparément dans des conditions permettant un suivi de sa valeur³⁷⁵. En pratique, une immobilisation corporelle est identifiable quand elle est acquise séparément ou individualisée par un numéro de série, une date d'acquisition ou de production ou comprise dans un lot identifiable³⁷⁶.

En revanche, un actif incorporel³⁷⁷ sans substance physique, à savoir une immobilisation incorporelle n'est pas par essence un « *élément identifiable du patrimoine* » au bilan comptable. En ce cas, le critère juridique de l'identification n'est pas *a priori* satisfait par cet élément. Paradoxalement à l'immobilisation corporelle, l'absence de *corpus* de l'immobilisation incorporelle constitue un inconvénient à son identification en tant qu'actif au bilan comptable. Une nouvelle fois, l'insuffisance du bilan comptable comme fondement de valorisation de l'actif immatériel est démontrée. Cet obstacle est cependant levé par l'article 211-5 du Plan comptable général qui permet

³⁷¹ Ce texte dispose que : « *un actif est un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs* ».

³⁷² La nouvelle mouture du règlement ANC n° 2014-03 relatif au Plan comptable général – version consolidée au 1^{er} janvier 2019 contient une définition « *bricolée d'un actif, une sorte de palimpseste, [qui] tente de faire converger l'ancienne définition et celle donnée dans son cadre conceptuel par l'IASC/IASB, et de préserver la notion de patrimoine, fortement inscrite dans le droit comptable français, tout en s'ouvrant à la conception anglo-saxonne plus économique et plus pragmatique d'un actif* » : B. COLASSE, *Introduction à la comptabilité*, op. cit., p. 125.

³⁷³ Hier, l'ancien article 211-1 du Plan comptable général définissait un actif comme « *tout élément du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité* ».

³⁷⁴ Règlement n° 99-02 du 29 avril 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques.

³⁷⁵ A-L. BLANDIN et M-A. DEYSINE, *Mémento Pratique Comptable*, Francis Lefebvre, 35^{ème} éd., 2016, n° 1306, p. 529-530.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Supra*, n° 6.

exceptionnellement une identification de l'immobilisation incorporelle. Répétons qu'« *une immobilisation incorporelle est identifiable dans deux hypothèses :*

-si elle est séparable des activités de l'entité, c'est-à-dire susceptible d'être vendue, transférée, louée ou échangée de manière isolée ou avec un contrat, un autre actif ou passif ;

-ou si elle résulte d'un droit légal ou contractuel même si ce droit n'est pas transférable ou séparable de l'entité ou des autres droits et obligations ».

Lorsque l'immobilisation incorporelle est « *séparable des activités de l'entité* », elle est identifiée. C'est la première hypothèse d'identification de l'immobilisation incorporelle inscrite à l'article 211-5 du Plan comptable général qui sous-entend une « marchandisation »³⁷⁸ de l'actif. En général, cette situation ne pose pas de problème d'identification pour une immobilisation incorporelle acquise séparément, dans la mesure où la transaction d'acquisition en constitue un moyen probatoire. Par exemple, les éléments liés à la clientèle³⁷⁹ comme le portefeuille de mandats, le fichier clients, etc sont séparables des activités de l'entité. Au contraire, les dépenses engagées pour créer en interne des immobilisations incorporelles sont réputées non séparables des dépenses liées au développement général de l'entreprise. En conséquence, elles sont comptabilisées en charges. Pour illustration, les dépenses engagées pour les titres de journaux, les listes clients, les marques, les parts de marché, les fonds commerciaux, etc sont passées en charges, faute d'être séparables des activités de l'entité.

Lorsque l'immobilisation incorporelle résulte d'un droit légal ou contractuel, elle est identifiée. Il s'agit de la deuxième hypothèse d'identification de l'immobilisation incorporelle énoncée à l'article 211-5 du Plan comptable général. Cette hypothèse comptable peut être mise en parallèle avec le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés.

D'un côté, le droit de la propriété intellectuelle octroie à son titulaire un monopole d'exploitation temporaire. « *Les droits intellectuels, étant temporaires, sont toujours affectés d'un terme extinctif* »³⁸⁰. Vingt ans pour les brevets³⁸¹, cinq ans pour les dessins et modèles dans une limite de

³⁷⁸ V° notamment : E. LOQUIN, A. MARTIN, « Droit et marchandisation », Actes du colloque des 18 et 19 mai 2009 – Dijon, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, LexisNexis, 2010. La « marchandisation » ne doit pas être confondue avec la « marchandisation » : L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRAINEN, « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in *l'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur de Antoine PIROVANO*, Paris, Éd. Frison-Roche, 2002, p. 23 : « *L'ordre concurrentiel dérivé de l'économie de marché permet de penser que la concurrence fonctionne comme un ordre qui s'étend à des domaines de plus en plus nombreux, c'est la marchandisation et qui crée des biens nouveaux, c'est la marchandisation* ».

³⁷⁹ *Infra*, n° 267 (notion de clientèle).

³⁸⁰ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens*, Ellipses, coll. Dictionnaires de Droit fondée par J-P. SCARANO, 2013, V° Propriété industrielle.

³⁸¹ Article L. 611-2, 1° du Code de la propriété intellectuelle : « *Les titres de propriété industrielle protégeant les inventions sont :*

1° Les brevets d'invention, délivrés pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande ».

vingt-cinq ans³⁸², dix ans indéfiniment renouvelables pour les marques³⁸³ et enfin, « *le droit de l'auteur sur son œuvre s'éteint soixante-dix ans après sa mort* »³⁸⁴. Mais surtout, « *les divers droits de propriété industrielle sont des valeurs d'actif figurant au nombre des immobilisations incorporelles* »³⁸⁵.

D'un autre côté, l'apporteur en industrie³⁸⁶ qui a apporté une « potentialité d'actif » à la société est investi de prérogatives en droit des sociétés sans toutefois que l'apport de son potentiel ne concourt à la formation du capital social³⁸⁷.

En outre, le critère juridique relatif à l'identification de l'actif contribue à différencier une immobilisation incorporelle d'un *goodwill*. Tandis qu'une immobilisation incorporelle est un actif identifiable dans les deux hypothèses de l'article 211-5 du Plan comptable général, le *goodwill* demeure un actif non identifiable. En effet, la norme IAS 38³⁸⁸ admet explicitement que la définition d'une immobilisation incorporelle impose son identification, en vue de la distinguer du *goodwill*. Or, l'appréhension de l'actif immatériel en immobilisation incorporelle peut-elle glisser vers l'appréhension de l'actif immatériel en *goodwill* ? Actif non identifiable à l'inverse de l'actif incorporel, le *goodwill* pourrait être le prélude à l'émergence d'un actif immatériel contemporain en droit des entreprises en difficulté. Techniquement, il existe plusieurs façons de percevoir ce « *ticket d'entrée* »³⁸⁹ utilisé lors d'une cession ou d'une restructuration d'entreprises. Partant, le droit des entreprises en difficulté peut inspirer une terre d'élection privilégiée du *goodwill*. La conception anglo-saxonne appréhende le *goodwill* comme la « *volonté d'y aller* », alors que le droit interne le détermine comme une survaleur³⁹⁰. D'après une définition littérale, le *goodwill* est d'abord « *la valeur immatérielle d'une entreprise représentée par sa réputation basée sur l'habileté de son organisme de direction et de gestion (management), de son noyau d'ouvriers spécialisés, de sa situation géographique favorable et de sa réputation auprès de la clientèle* »³⁹¹. Au niveau

³⁸² Article L. 513-1, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle : « *L'enregistrement produit ses effets, à compter de la date de dépôt de la demande, pour une période de cinq ans, qui peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans* ».

³⁸³ Article L. 712-1, alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable* ».

³⁸⁴ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens*, op. cit., V^o Propriété temporaire.

³⁸⁵ G. GOULARD, « Immobilisation des droits de propriété industrielle », *RJF* 10/94 du 25 septembre 1994.

³⁸⁶ *Infra*, n^o 20, 138, 139, 229, 394.

³⁸⁷ Article 1843-2, alinéa 1^{er} du Code civil : « *Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes* ». Or, ces parts sont égales à celles de l'associé qui a le moins apporté en numéraire ou en nature, sauf clause statutaire contraire en vertu de l'article 1844-1, alinéa 1^{er} du Code civil.

³⁸⁸ Depuis 2005, les normes IAS (*International accounting standards*) ont été remplacées par les normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*).

³⁸⁹ A. MIKOL, *Gestion comptable et financière*, op. cit., n^o 5, p. 58.

³⁹⁰ D. BONSERGENT, O. RAMOND, L. BATSCH, *Les 100 mots de la comptabilité*, op. cit., n^o 59, p. 73.

³⁹¹ *Mémento Cessions de parts et actions 2019-2020* avec la contribution d'A. CHARVERIAT, éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento Expert, 2019-2020, n^o 35660.

financier, le terme de *goodwill* est ensuite défini par le dictionnaire économique et financier sous forme de liste : achalandage³⁹², fonds de clientèle, fonds de commerce (clientèle, droit au bail, nom commercial, marques de commerce...) ³⁹³. A la lecture de cette définition, on remarque que la notion de *goodwill* est indissociable du fonds de commerce³⁹⁴ ou du fonds commercial au sens comptable. En effet, le fonds de commerce a subi un éclatement au regard du concept de *goodwill*³⁹⁵. Il ne faut pas confondre la perception du *goodwill* par les comptes individuels français et les comptes consolidés. Si pour les premiers, le *goodwill* est le fonds commercial, les deuxièmes considèrent le *goodwill* comme un écart d'acquisition³⁹⁶.

50. Transition. La comptabilisation d'un actif au bilan est subordonnée au critère juridique de l'identification au sens de l'article 211-1 du Plan comptable général. Or, une immobilisation corporelle est par nature un « *élément identifiable du patrimoine* » *a contrario* d'une immobilisation incorporelle. Le droit comptable emploie au demeurant deux palliatifs à l'article 211-5 du Plan comptable général pour identifier une immobilisation incorporelle, donc *in fine* pour l'activer. Préalablement à sa transcription bilancielle en immobilisation incorporelle, l'actif immatériel doit obéir aux critères non-juridiques de définition de l'actif.

2. Les critères économiques

51. Un élément est enregistré à l'actif du bilan si et seulement si trois critères économiques sont caractérisés : tout d'abord, la notion de ressource contrôlée (**a**), ensuite, la notion d'avantages économiques futurs (**b**), enfin, la notion de fiabilité du coût d'entrée (**c**).

a. La notion de ressource contrôlée

52. « *Un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés* ». La notion de ressource contrôlée de l'article 211-1 du Plan comptable général est le premier critère économique de définition d'un actif découlant des travaux de l'IASB («*International Accounting Standards Board*»)³⁹⁷. Conformément à ce critère économique, la comptabilisation de l'actif intervient à la date du transfert du contrôle. Partant, c'est la date du transfert du contrôle et non de

³⁹² *Infra*, n° 267 (notion d'achalandage).

³⁹³ E. LAFOND, *Dictionnaire économique et financier de l'anglais au français*, éd. de l'Homme, 1972, V° *goodwill*.

³⁹⁴ *Infra*, n° 175, 256, 261, 267, 274, 279, 383, 411.

³⁹⁵ Intervention de M. NUSSENBAUM, « Les ambiguïtés actuelles de l'évaluation du fonds de commerce » *in* Colloque « Le Fonds de Commerce : un centenaire à rajeunir ! », *GP*, 4 juin 2009, n° 155, p. 81.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ C'est un organisme de normalisation comptable à l'échelle internationale. En particulier, ce bureau des standards comptables internationaux est en charge de produire les normes IFRS.

propriété qui est le fait générateur de l'activation au bilan³⁹⁸. La notion économique de contrôle³⁹⁹ se distingue ici de la notion juridique de propriété. Cette dichotomie est saluée par la doctrine : « *la propriété est essentiellement beaucoup plus une condition – fondamentale – de la société libérale qu'une machine de l'ingénierie juridique au service de l'économie* »⁴⁰⁰. Cela étant, le contrôle présenté à l'article 211-1 du Plan comptable général est très imprécis. C'est pourquoi, il est possible de prendre en compte un simple contrôle de fait⁴⁰¹. Techniquement, l'entité détient le contrôle de l'actif non seulement, en cas de maîtrise des avantages résultant de cet élément, mais aussi quand elle assume les risques qui y sont liés. Le transfert de contrôle est donc constaté à partir de l'instant où l'entité bénéficiera potentiellement des avantages économiques futurs. En effet, l'entité doit obtenir les avantages économiques futurs provenant de la ressource sous-jacente et pouvoir restreindre l'accès des tiers à ces avantages. En définitive, l'existence potentielle d'avantages économiques futurs dans le transfert de contrôle implique une condition de certitude suffisante. Or, cette exigence de certitude et plus généralement de contrôle est délicate à acquérir pour un actif immatériel comme le reconnaît justement le rapport LEVY-JOUYET : « *la nature même des actifs immatériels rend leur exploitation par les entreprises plus incertaine, en particulier la difficulté pour les entreprises à les contrôler effectivement et la volatilité de leur valorisation. Le premier point porte sur les incertitudes en termes de droits de propriété des actifs immatériels. Contrairement aux actifs physiques ou financiers, pour lesquels la notion de contrôle ou de propriété est bien définie, il est beaucoup plus difficile pour les entreprises de s'assurer du contrôle de leurs actifs immatériels* »⁴⁰². Cette constatation montre à nouveau les aspects négatifs d'un fondement purement comptable de valorisation de l'actif immatériel. Le bilan comptable paraît être un cadre financier plus adéquat aux actifs doués d'un *corpus*, d'où la nécessité de trouver un autre fondement de valorisation de l'actif immatériel.

Ce faisant, un actif incorporel couvert par un droit de propriété intellectuelle génère une ressource que l'entité contrôle du fait de la présence d'un droit légal, réglementaire ou contractuel. A défaut, la preuve du contrôle certain est en réalité plus complexe. Mais, les auteurs du Mémento Pratique comptable s'avèrent optimistes, étant donné que l'existence d'un tel droit n'est pas une condition primaire du contrôle. Par la survenance de transactions, l'entité peut contrôler les bénéfices futurs

³⁹⁸ Le critère économique du contrôle est peut-être plus ouvert que le critère juridique de propriété.

³⁹⁹ Le contrôle est une notion de droit économique qui intervient en matière de concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce. V° aussi : C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1961.

⁴⁰⁰ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, op. cit., p. 47.

⁴⁰¹ B. COLAS, *Introduction à la comptabilité*, op. cit., p. 125.

⁴⁰² M. LEVY, J-P. JOUYET, « L'économie de l'immatériel : la croissance de demain », op. cit., spéc. p. 20.

attendus. Il en va ainsi en particulier de l'acquisition d'un fichier ou d'une liste de clients, des engagements de non-concurrence, des droits d'exclusivité, etc⁴⁰³.

53. Transition. Avant d'être effectivement classé en haut du bilan comptable, l'actif immatériel doit respecter le critère économique de la ressource contrôlée prescrit par l'article 211-1 du Plan de comptable. C'est le transfert du contrôle qui compte pour activer l'élément au bilan. Or, ce critère est difficilement rempli en pratique par l'actif immatériel.

Le critère économique susvisé n'est pas exhaustif dans la définition comptable de l'actif.

b. La notion d'avantages économiques futurs

54. « Elle attend des avantages économiques futurs ». L'attente d'avantages économiques futurs est le deuxième critère économique que doit revêtir tout élément pour être qualifié d'actif. La notion d'avantages économiques futurs est définie à l'article 211-2 § 1 du Plan comptable général : « *l'avantage économique futur représentatif d'un actif est le potentiel qu'a cet actif de contribuer, directement ou indirectement, à des flux nets de trésorerie au bénéfice de l'entité* ». Aussi louable soit l'effort de définition fourni par le Plan comptable général, la notion d'avantages économiques futurs reste malgré tout ambiguë. Qu'entend-on par « *flux nets de trésorerie* » ? Plural, le concept de flux nets de trésorerie attendus est divisé en deux : d'une part, les flux attendus de l'exploitation et d'autre part, les flux attendus de la cession⁴⁰⁴. De même, que signifie la notion de « *potentiel* » ? Compte tenu du silence des textes français, il faut s'en remettre aux normes IFRS qui retiennent trois sortes de potentiels : un potentiel de production, un potentiel de conversion en trésorerie et la capacité à réduire les sorties de trésorerie⁴⁰⁵. Or, l'avantage économique futur représentatif d'un actif immobilisé est le potentiel de production⁴⁰⁶. A deux égards, ce concept de « *potentiel* » joue un rôle important dans l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. D'abord, le « *potentiel* » oppose la « *potentialité d'actif* » à la « *potentialité de l'actif* »⁴⁰⁷. Puis, l'existence d'un potentiel est insuffisante en elle-même. Ce potentiel doit produire en pratique⁴⁰⁸ grâce à la valeur actuelle nette. Ainsi, la génération d'activité par l'entreprise en difficulté permettrait de transformer ce potentiel en « *potentialité de l'actif* ». Fondamentalement, le critère

⁴⁰³ A-L. BLANDIN, M-A. DEYSINE, *Mémento Pratique Comptable*, op. cit., n° 1609, p. 741.

⁴⁰⁴ B. CASPAR, G. ENSELME, *Manuel de comptabilité approfondie*, LexisNexis, 18^{ème} éd., 2015, n° 465, p. 62.

⁴⁰⁵ A-L. BLANDIN, M-A. DEYSINE, *Mémento Pratique Comptable*, op. cit., n° 1308, p. 530.

⁴⁰⁶ M. COZIAN, P-J. GAUDEL, *La comptabilité racontée aux juristes*, préf. F. DEBOISSY, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2017, n° 336, p. 202.

⁴⁰⁷ *Supra*, n° 12 ; *Infra*, n° 76, 92, 120.

⁴⁰⁸ Cette information ressort de rendez-vous pris avec des professionnels du droit des entreprises en difficulté.

des avantages économiques futurs peut faire l'objet d'une application réelle en droit des entreprises en difficulté.

55. Transition. L'actif immatériel est intégré dans le bilan comptable, sous réserve de respecter le critère des avantages économiques futurs. Bien que la notion d'avantages économiques futurs soit définie à l'article 211-2 § 1 du Plan comptable général, la compréhension des termes sous-jacents de flux nets de trésorerie et de potentiel est obscure. Pourtant, le potentiel peut caractériser l'objet de cette thèse, et notamment la « potentialité d'actif ».

Un troisième et dernier critère économique est exigé pour activer un élément au bilan.

c. La notion de fiabilité du coût d'entrée

56. « *Son coût ou sa valeur peut être évalué avec une fiabilité suffisante* ». L'évaluation fiable du coût d'entrée de l'élément est le troisième critère économique de définition de l'actif d'après l'article 212-1 du Plan comptable général. Il est important d'observer que ce critère économique n'est pas régi par l'article 211-1 du Plan comptable général relatif à la définition comptable de l'actif, mais par l'article 212-1 du Plan comptable général afférent aux conditions d'inscription à l'actif : « *une immobilisation corporelle, incorporelle ou un stock est comptabilisé à l'actif lorsque les conditions suivantes sont simultanément réunies :*

- *il est probable que l'entité bénéficiera des avantages économiques futurs correspondants ou du potentiel de services attendus pour les entités qui appliquent le règlement n° 99-01 ou relèvent du secteur public ;*
- *son coût ou sa valeur peut être évalué avec une fiabilité suffisante, y compris, par différence et à titre d'exception, lorsqu'une évaluation directe n'est pas possible, selon les dispositions de l'article 213-7 ».*

Parce que l'actif immatériel est comptabilisé en immobilisation incorporelle, concentrons-nous sur cette dernière notion pour étudier la fiabilité du coût d'entrée. En cette occurrence, ce critère économique de définition de l'actif doit être apprécié différemment en présence d'une immobilisation incorporelle acquise ou produite par l'entité⁴⁰⁹.

En cas de bien acquis par l'entité, la condition de fiabilité de l'article 212-1 du Plan comptable général est facilement remplie, car la transaction fait généralement état de l'indication d'un prix.

En cas de bien produit par l'entité, l'évaluation de la fiabilité du coût d'entrée est plus ardue. C'est pourquoi, le Conseil national de la comptabilité estime que l'évaluation fiable du coût ou de la

⁴⁰⁹ A-L. BLANDIN, M-A. DEYSINE, *Mémento Pratique Comptable, op. cit.*, n° 1610, p. 742-744.

valeur de l'immobilisation incorporelle repose sur des transactions conclues avec des tiers extérieurs à l'entité pour l'acquisition des matières premières, de la main d'œuvre et des autres éléments utilisés au cours du processus de production.

La « *différence* » évoquée à l'article 212-1 du Plan comptable général est la différence entre le coût total d'acquisition de l'ensemble et de celui des autres éléments, dont le coût est connu. Par exemple, le fonds de commerce entendu comme le fonds commercial en droit comptable est évalué par différence entre le prix global payé pour l'ensemble des éléments acquis et la valeur attribuée aux différents éléments identifiés dans l'acte⁴¹⁰.

Lorsque l'évaluation directe du coût de l'actif est impossible, c'est le dispositif de l'article 213-7 du Plan comptable général qui est mis en place : « *lorsque les actifs sont acquis conjointement, ou sont produits de façon conjointe et indissociable, pour un coût global d'acquisition, ou de production, le coût d'entrée de chacun des actifs est ventilé à proportion de la valeur attribuable à chacun d'eux, conformément aux dispositions des articles 213-8 et suivants.*

À défaut de pouvoir évaluer directement chacun d'eux, le coût d'un ou plusieurs des actifs acquis ou produits est évalué par référence à un prix de marché, ou forfaitairement s'il n'en existe pas. Le coût des autres actifs s'établira par différence entre le coût d'entrée global et le coût déjà attribué ».

57. Transition. A partir du moment où l'actif immatériel est « *un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs* », il peut être fondé sur le bilan comptable dans les conditions de l'article 211-1 du Plan comptable général. En dernier lieu, cet article pose l'exigence de fiabilité du coût d'entrée de l'élément comme condition *sine qua non* de son activation. Or, la satisfaction de ce critère économique par l'actif immatériel comporte de nombreuses barrières dues à son absence de *corpus*, ce qui pose la qualification para comptable d'un autre actif immatériel.

La pertinence du fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel fait ainsi naître un doute quant à sa classification comptable.

⁴¹⁰ B. CASPAR, G. ENSELME, *Manuel de comptabilité approfondie, op. cit.*, n° 497, p. 71.

B. La classification de l'actif immatériel en actif immobilisé

58. La divergence entre l'actif immatériel et l'actif circulant. C'est un raisonnement par la négative qui guide la classification comptable de l'actif immatériel. Commençons par dire ce que n'est pas un actif immatériel dans le bilan comptable pour arriver *in fine* à la révélation de l'existence des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté. Sur ce point, l'actif immatériel diverge fondamentalement de l'actif circulant, c'est-à-dire de l'« ensemble des actifs correspondant à des éléments du patrimoine qui, en raison de leur destination ou de leur nature, n'ont pas vocation à rester durablement dans l'entreprise, sauf exceptions le plus souvent liées à des particularités d'activité »⁴¹¹. A la lecture de cette définition, deux critères permettent en particulier d'établir un clivage entre l'actif immatériel et l'actif circulant : la « destination » et la « nature ».

En premier lieu, l'actif immatériel se distingue de l'actif circulant sur le fondement du critère principal de la fonction ou de la « destination ». Comme son nom l'indique⁴¹², l'actif circulant a pour finalité de rester temporairement dans l'entreprise. Face à ce premier critère, l'actif immatériel n'est pas un actif temporaire, donc *in fine* un actif circulant. Rappelons que le caractère temporel du bilan comptable conduit à révéler un actif immatériel *a posteriori* qui se déploie dans le temps⁴¹³.

En second lieu, l'actif immatériel diffère de l'actif circulant sur le fondement du critère secondaire du degré de liquidité ou de la « nature ». En la matière, l'actif circulant est l'actif le plus liquide en bas du bilan comptable, en ce qu'il correspond au cycle d'exploitation et à la trésorerie⁴¹⁴. A la lumière de ce second critère, l'actif immatériel s'oppose à un actif liquide, donc *in fine* à un actif circulant. Autrement dit, l'*intuitu pecuniae*⁴¹⁵ serait indifférent vis-à-vis de l'objet de ce travail qui est par essence peu ou pas liquide.

Si l'actif immatériel n'embrasse ni la « destination », ni la « nature » de l'actif circulant, il ne fait pas partie fort logiquement du contenu de celui-ci dans le bilan comptable. En effet, l'actif circulant se compose de manière exhaustive des stocks et des en-cours, des avances et acomptes versés sur commandes, des créances, des valeurs mobilières de placement, des instruments de trésorerie et des disponibilités.

⁴¹¹ PCG 1982, p. I. 19.

⁴¹² Le petit Larousse illustré 2017, V° Circulant : « se dit des actifs d'un bilan dont la durée d'utilisation est très courte ».

⁴¹³ *Supra*, n° 41.

⁴¹⁴ Le petit Larousse illustré 2017, *op. cit.*, V° Circulant.

⁴¹⁵ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, V° *Intuitu pecuniae*.

59. La convergence entre l'actif immatériel et l'immobilisation incorporelle. Si la définition de l'actif circulant est « *le négatif de celle des immobilisations* »⁴¹⁶, la définition de l'actif immatériel est en principe le positif de celle des immobilisations sur le fondement du bilan comptable. Distinct d'un actif circulant, l'actif immatériel est généralement un actif immobilisé et spécifiquement une immobilisation incorporelle.

De façon générale, l'actif immatériel converge avec l'actif immobilisé. Enjeux pour l'entreprise, « *les immobilisations représentent l'essence même des actifs de l'entreprise. Elles en sont la richesse, la source des cash-flows futurs attendus en contrepartie du capital investi, le symbole de la prise de risque financière en milieu capitalistique* »⁴¹⁷. En effet, la structure de ce « *noyau dur* »⁴¹⁸ fixe le modèle économique et la stratégie de développement de l'entreprise⁴¹⁹. « *Sans elles [les immobilisations], pas d'entreprise* »⁴²⁰. L'importance de l'actif immobilisé, notamment des immobilisations incorporelles justifie l'adéquation avec l'actif immatériel qui représente également un élément clé pour le redressement de l'entreprise en difficulté. « *Les immobilisations incorporelles ont pris une importance considérable dans tous les métiers où le patrimoine de l'entreprise est fait de marques, brevets, fichiers de clients, autres éléments non monétaires et sans substance physique, mais qui peuvent se valoriser à prix d'or lors des opérations d'acquisition* »⁴²¹. La concordance entre l'actif immatériel et l'actif immobilisé est généralement effectuée, tant au niveau du critère majoritaire de la fonction ou de la « *destination* », qu'au niveau du critère secondaire du degré de liquidité ou de la « *nature* ».

Tout d'abord, l'actif immobilisé a vocation à rester durablement dans l'entreprise, c'est-à-dire plus de douze mois. En effet, l'article R. 123-181 du Code de commerce déclare que : « *les éléments destinés à servir de façon durable à l'activité de l'entité constituent l'actif immobilisé* ». A l'épreuve de ce critère, l'actif immatériel est un actif durable, donc *in fine* un actif immobilisé. En effet, l'inscription dans la durée constitue tantôt un critère de classification comptable de l'actif immatériel en actif immobilisé, tantôt un critère de qualification juridique de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté⁴²². Ensuite, l'actif immobilisé est l'actif le moins liquide qui s'identifie au cycle d'investissement⁴²³. En vertu de ce critère, l'actif immatériel est caractérisé comme un actif non liquide, donc *in fine* comme un actif immobilisé.

⁴¹⁶ B. COLASSE, *Introduction à la comptabilité*, op. cit., p. 142.

⁴¹⁷ D. BONSERGENT, O. RAMOND, L. BATSCH, *Les 100 mots de la comptabilité*, op. cit., n° 26, p. 36.

⁴¹⁸ M. COZIAN, P.-J. GAUDEL, *La comptabilité racontée aux juristes*, op. cit., n° 332, p. 199.

⁴¹⁹ B. ESNAULT, *Comptabilité financière*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2010, p. 36.

⁴²⁰ M. COZIAN, P.-J. GAUDEL, *La comptabilité racontée aux juristes*, op. cit., n° 332, p. 199.

⁴²¹ D. BONSERGENT, O. RAMOND, L. BATSCH, *Les 100 mots de la comptabilité*, op. cit., n° 26, p. 36.

⁴²² *Infra*, n° 266, 267.

⁴²³ B. ESNAULT, *Comptabilité financière*, op. cit., p. 35.

De façon plus précise, l'actif immatériel est retranscrit au bilan comptable non pas en immobilisation corporelle ou financière, mais en immobilisation incorporelle. En effet, la notion d'actif immobilisé se subdivise en une trilogie d'immobilisations dans le bilan comptable, si l'on s'en tient à la rédaction de l'article R. 123-182 du Code de commerce : « *l'actif du bilan dont le modèle est établi par un règlement de l'Autorité des normes comptables fait apparaître successivement les rubriques suivantes :*

1° Au titre de l'actif immobilisé : les immobilisations incorporelles, les immobilisations corporelles et les immobilisations financières ; ».

Selon ce texte, l'actif immatériel n'est pas classé en immobilisation corporelle. Elle est définie à l'article 211-6 du Plan comptable général dans une sous-section 2 intitulée « actifs corporels » comme « *un actif physique détenu, soit pour être utilisé dans la production ou la fourniture de biens ou de services, soit pour être loué à des tiers, soit à des fins de gestion interne et dont l'entité attend qu'il soit utilisé au-delà de l'exercice en cours* ». En tant qu'« *actif physique*», une immobilisation corporelle doit certes respecter les critères de définition de l'actif exigés par l'article 211-1 du Plan comptable général, mais surtout être physiquement tangible. En cette occurrence, la matérialité ou le *corpus* qualifie une immobilisation corporelle. Du fait de l'absence de substance physique, l'actif immatériel ne peut dès lors pas être assimilé à une immobilisation corporelle, à savoir aux terrains, constructions, installations techniques, matériel et outillages industriels, immobilisations corporelles en cours, avances et acomptes.

Aux termes de l'article R. 123-182 du Code de commerce, l'actif immatériel n'est pas rangé en immobilisation financière, donc il n'est pas un actif financier teinté d'*intuitu pecuniae*. Dans le titre II du livre I, le Plan comptable général prend justement le soin de distinguer les actifs non financiers en chapitre 1^{er} des actifs financiers en chapitre 2. Dans ce deuxième chapitre figurent forcément les immobilisations financières. Contrairement à l'immobilisation corporelle et à l'immobilisation incorporelle, la notion d'immobilisation financière n'est pas définie par le Plan comptable général. En dépit de l'absence de définition générale de l'immobilisation financière, la doctrine comptable de référence conçoit la notion d'immobilisation financière comme un portefeuille-titres⁴²⁴ englobant les participations et les titres, les créances rattachées à des participations, les titres immobilisés de l'activité de portefeuille, les autres titres immobilisés.

Ni corporel, ni financier, l'actif immatériel est finalement incorporel dans le bilan comptable. Dans une acception courante, l'actif immatériel est l'ensemble des biens incorporels qui font partie du patrimoine d'une personne physique ou morale⁴²⁵. Le lexique d'économie définit, a-t-on dit⁴²⁶,

⁴²⁴ V° notamment : A-L. BLANDIN, M-A. DEYSINE, *Mémento Pratique Comptable*, op. cit., n° 1801 et s., p. 833 et s.

⁴²⁵ Le petit Larousse illustré 2017, op. cit., V° Actif.

l'actif immatériel comme étant « [t]ous les éléments d'une entreprise qui restent après avoir identifié les actifs monétaires et les actifs corporels. C'est donc un synonyme d'actif incorporel »⁴²⁷. De facto, l'actif immatériel est comptabilisé en immobilisation incorporelle dans le bilan comptable selon une démarche de droit comptable : frais d'établissement, frais de recherche et de développement, concessions, brevets, licences, marques, procédés, logiciels, droits et valeurs similaires, fonds commercial, autres, immobilisations incorporelles en cours, avances et acomptes. Cette liste recense la consistance bilancielle de l'actif immatériel considéré comme une immobilisation incorporelle d'un point de vue comptable au sens de l'article 211-5 § 1 du Plan comptable général. Le fondement bilanciel de l'actif immatériel est affiché à l'article 211-5 § 1 du Plan comptable général en ce sens : « une immobilisation incorporelle est un actif non monétaire sans substance physique ». En conséquence, la notion d'immobilisation incorporelle est définie *a contrario* de l'immobilisation financière et de l'immobilisation corporelle. Pour conclure, l'actif immatériel est présenté négativement en droit comptable à partir de deux éléments : d'une part, l'absence d'*intuitu pecuniae* (« actif non monétaire »)⁴²⁸, et d'autre part, l'absence de *corpus* (« sans substance physique »)⁴²⁹.

60. Conclusion de section. Le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable s'inspire d'une démarche de droit comptable. En principe, tous les actifs incorporels sont des actifs immatériels en droit comptable. Ce principe est décliné au regard du contenant et du contenu de l'actif immatériel.

S'agissant du contenant de l'actif immatériel, c'est le bilan comptable qui constitue son cadre. La structure bilancielle de l'actif immatériel est tout d'abord envisagée à l'aune de la définition juridique du bilan comptable. Le législateur, le pouvoir réglementaire et la doctrine s'accordent à définir juridiquement le bilan comptable comme un compte annuel qui photographie instantanément le patrimoine de l'entité en décrivant rétrospectivement l'actif et le passif. Or, cette définition juridique met en perspective deux caractères. Partant, la structure bilancielle de l'actif immatériel est ensuite analysée du point de vue de la portée de la définition juridique du bilan comptable. Il a d'une part, un caractère temporel et d'autre part, un caractère patrimonial. Puisque le bilan

⁴²⁶ *Supra*, n° 6.

⁴²⁷ A. SILEM (dir.), *Lexique d'économie*, *op. cit.*, V° Actif immatériel.

⁴²⁸ H. ROLAND, L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, Litec, 3^{ème} éd., 1993, V° *Intuitu pecuniae* : c'est un «élément imprimant un régime juridique particulier aux mécanismes qui sont directement inspirés par la recherche du profit ».

⁴²⁹ Le petit Larousse illustré 2017, *op. cit.*, V° *Corpus* : la substance physique doit être adoptée couramment, c'est-à-dire en tant que matière dont une chose est formée.

comptable est le fondement de valorisation de l'actif immatériel, ce dernier bénéficie symétriquement de ces deux caractères, quoique l'appréciation pratique demeure nuancée.

S'agissant du contenu de l'actif immatériel, sa transcription bilancielle en immobilisation incorporelle n'intervient pas *de plano*. En effet, la classification de l'actif immatériel en actif immobilisé dans le bilan comptable est soumise à l'existence préalable d'un actif au sens comptable. Cela signifie donc que l'actif immatériel doit répondre préalablement à sa transcription à la définition comptable de l'actif exprimée par l'article 211-1 du Plan comptable général. Techniquement, l'actif immatériel doit respecter un critère juridique et trois critères économiques. Après cette étape, l'actif immatériel peut ultérieurement être classé en immobilisation incorporelle en haut du bilan comptable. Cela étant, il n'est pas sûr que tous les actifs immatériels soient enregistrés dans cette rubrique comptable.

Si tous les actifs incorporels sont des actifs immatériels dans le bilan comptable, la réciproque est-elle vraie ? Tous les actifs immatériels sont-ils des actifs incorporels ?

Section 2. Le détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable

61. L'emprise du droit des entreprises en difficulté sur l'actif immatériel. Le principe du rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable comporte un correctif sous l'effet des procédures collectives. En effet, le système comptable en vigueur connaît une seule sorte d'actif immatériel : l'actif incorporel. C'est pourquoi, tous les actifs immatériels sont théoriquement des actifs incorporels. Or, ce principe de droit comptable est balayé par le droit des entreprises en difficulté qui considère avec raison que tous les actifs immatériels ne sont pas des actifs incorporels. Détachés des actifs incorporels du bilan comptable, les actifs immatériels font l'objet d'une autre lecture – économique – en droit des entreprises en difficulté. Ainsi, cette discipline retrouve ses lettres de noblesse en manifestant son emprise sur l'appréhension de l'actif immatériel. Incluant une conception dualiste de l'actif immatériel (§2), le droit des entreprises en difficulté bouleverse effectivement l'ordonnancement du droit comptable (§1).

§1. L'exclusion d'une conception dualiste de l'actif immatériel en droit comptable

62. Le problème de restriction du bilan comptable. En rattachant les actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable, le droit comptable fait l'*errans*, semble-t-il, d'assimiler tous les actifs immatériels aux actifs incorporels. Il ne prend en compte que les actifs immatériels identifiables au regard du droit commun, en l'occurrence au sens du Code de la propriété intellectuelle. En revanche, les actifs immatériels non identifiables dans les conditions du droit

commun au sens du Code de la propriété intellectuelle sont exclus du bilan comptable. Fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel, le bilan est en conséquence confronté à un problème de restriction. En effet, ce document financier adopte une conception moniste de l'actif immatériel en l'identifiant uniquement sous l'angle de l'actif incorporel. Cela signifie donc que l'appréhension de l'actif immatériel par le droit comptable est limitée aux seules immobilisations incorporelles dans le bilan comptable. En bref, l'actif immatériel est une notion stricte en droit comptable. Or, il a été dit que l'actif immatériel réunit d'autres valeurs qui ne sont pas fondées sur le bilan comptable. Il en va ainsi du *goodwill* à défaut d'identification au sens de l'article 211-1 du Plan comptable général⁴³⁰, mais pas seulement. D'après une étude du cabinet d'audit Ernst & Young⁴³¹, la valeur des principales entreprises européennes cotées est constituée à 63 % d'actifs immatériels. Parmi ces 63 %, seulement 34 % des actifs immatériels sont enregistrés au bilan comptable. « *Les bilans communément dressés, comme la comptabilité dont ils ne sont que la synthèse, ont un vice congénital. Ils ne font état que de la richesse matérielle. L'essentiel a été omis : la présentation et l'évaluation de son capital immatériel* »⁴³². Dans le même ordre d'idées, Monsieur PRADA a précisé que « *le jeu combiné de l'amplification du cycle économique, d'une activité faisant une place toujours plus importante à l'immatériel et une globalisation des marchés, a provoqué une certaine crise de crédibilité des dispositifs d'information comptable* »⁴³³. Prenons l'exemple de la cuisine d'un grand restaurant⁴³⁴ pour concrétiser le problème de restriction du bilan comptable. La valeur comptable de ce grand restaurant provient assurément des actifs inscrits dans le bilan comptable, tels que les équipements de la cuisine, les stocks, le local, etc. Ce faisant, sa valeur réelle sur le marché n'a rien à voir avec l'addition de ces trois éléments, puisqu'elle prend appui en réalité sur le chef étoilé, l'expérience de ses seconds, la qualité des fournisseurs, la coordination et l'organisation, les compétences, les recettes, etc, donc *in fine* l'actif immatériel hors bilan comptable⁴³⁵. « *Cet exemple montre à quel point le bilan financier nous renseigne avant tout sur le passé (CA réalisé) et très peu sur la valeur ni sur le potentiel de création de valeur de*

⁴³⁰ *Supra*, n° 49.

⁴³¹ Ernst & Young, « Capital immatériel, son importance se confirme – Analyse du capital immatériel dans la valeur d'une centaine d'entreprises cotées européennes », Ernst & Young, 2008.

⁴³² C. PENGLAOU, *Introduction à la technique comptable*, Thèse, préf. J. CHARPENTIER, PUF, 1929, cité par : J-L. ROSSIGNOL, « La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (1^{ère} partie) », *op. cit.*, p. 4.

⁴³³ M. PRADA, Intervention au XV^{ème} Congrès mondial de la comptabilité, le 28 octobre 1997, *Bull. COB* n° 317, octobre 1997, p. 1.

⁴³⁴ V° le portail du capital immatériel.

⁴³⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, « Les valeurs immatérielles et virtuelles de l'entreprise, entre protection et liberté », *D.* 2013, p. 1919, spéc. n° 1 : « *La vraie valeur d'une entreprise ne dépend pas seulement de son capital et de ses actifs. Elle dépend aussi des positions qu'elle s'est assurées sur le marché. Les positions d'une entreprise sur un marché dépendent de sa réputation, de son capital immatériel (brevet, marque, savoir-faire), sa force de travail, la qualité des relations entretenues avec ses partenaires contractuels, sa clientèle, etc* ».

l'entreprise »⁴³⁶. Faut-il alors revenir sur la définition comptable de l'actif élaborée par l'article 211-1 du Plan comptable général ? « *Dans un monde économique où les ressources à caractère intangible ont pris une importance décisive, la question de la définition des actifs comptables est ouverte, et la pertinence de notre système comptable, vieux de cinq cents ans, mis à rude épreuve* »⁴³⁷. A l'heure de l'économie de l'immatériel, c'est-à-dire d'« *une économie qui n'a pas de fondement physique mais qui place les capacités intellectuelles au cœur de la création de valeur* »⁴³⁸, le système comptable est effectivement obsolète face à l'appréhension réelle de l'actif immatériel d'une entreprise en difficulté.

63. Les solutions au problème de restriction du bilan comptable. Fort heureusement, il est possible d'administrer des remèdes à la déficience du bilan comptable comme fondement de valorisation de l'actif immatériel. En effet, le problème de restriction du bilan comptable aux seuls actifs incorporels est corrigé par deux solutions.

La première solution consiste à maintenir le bilan comme fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel en y apportant des modifications. Les auteurs du courant « substantialiste »⁴³⁹ prônent dans cette voie une approche économique du bilan comptable. Rigide et incohérente, la dimension patrimoniale du bilan comptable est contestée, dans la mesure où elle aboutit à vider celui-ci de sa substance économique⁴⁴⁰. Bien que le bilan comptable fournisse une photographie synthétique du patrimoine de l'entité, il n'en demeure pas moins qu'il ne représente certainement pas celle-ci dans toute sa globalité⁴⁴¹. Sans procéder à une abstraction totale du principe de patrimonialité, cette doctrine préfère substituer une conception substantielle à la conception formelle du principe de patrimonialité du bilan comptable⁴⁴². En effet, « *le recours à une telle analyse substantielle dans le cadre du droit comptable est donc riche de potentialités et d'ouvertures, alors que les analyses juridiques formelles sont de plus en plus embarrassées pour appréhender les richesses immatérielles de l'entreprise ou les produits de l'imagination féconde des financiers* »⁴⁴³. Cette analyse substantielle du bilan comptable est liée au principe anglo-saxon de la

⁴³⁶ V° le portail du capital immatériel.

⁴³⁷ D. BONSERGENT, O. RAMOND, L. BATSCH, *Les 100 mots de la comptabilité*, op. cit., n° 25, p. 35.

⁴³⁸ M. LEVY, J-P. JOUYET, « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », op. cit., spéc. p. 7.

⁴³⁹ V° notamment : B. RAYBAUD-TURRILLO, *Le modèle comptable patrimonial : les enjeux d'un droit comptable substantiel et droit comptable*, Thèse, Nice, 1993.

⁴⁴⁰ B. COLASSE, *Introduction à la comptabilité*, op. cit., p. 128.

⁴⁴¹ En pratique, les professionnels du droit des entreprises en difficulté raisonnent *in globo*.

⁴⁴² B. COLASSE, *Introduction à la comptabilité*, op. cit., p. 128.

⁴⁴³ B. RAYBAUD-TURRILLO, « Droit comptable et droit économique : une approche renouvelée de la patrimonialité », *Comptabilité, Contrôle, Audit* 1995/1, tome 1, p. 24 s., spéc. p. 40.

prééminence de la substance sur la forme⁴⁴⁴. Dans ces conditions, il ne serait plus uniquement assigné à la comptabilité une fonction financière de saisie, d'enregistrement et de traitement de l'information par l'intermédiaire du bilan comptable⁴⁴⁵. En effet, la comptabilité pourrait être reconnue comme une « *méthode d'observation des phénomènes économiques* »⁴⁴⁶. « *Nous changeons de paradigme, pour prendre un mot un peu pompeux, c'est-à-dire que nous passons d'un système patrimonial à un système, disons à base économique. C'est-à-dire que nous passons d'un système dans lequel, pour simplifier :*

-le bilan est la représentation chiffrée d'un patrimoine à un système dans lequel le bilan est la représentation d'une situation économique ; »⁴⁴⁷. Le doyen SAVATIER a expliqué dans ses travaux que le renouvellement de la vision de la comptabilité a donné lieu à l'apparition de l'entreprise⁴⁴⁸. « *Compter l'entreprise, c'est donc la modéliser à l'intention de ses divers partenaires pour les aider à juger de la qualité de la gestion de ses dirigeants, à jauger ses performances et à prendre leurs décisions en conséquence* »⁴⁴⁹. Partant, cette nouvelle conception économique du bilan comptable pourrait élargir ce cadre de valorisation à des nouvelles valeurs immatérielles de l'entreprise, donc *in fine* à des « potentialités ». Sur ce point, il a été vu à propos du critère juridique d'identification de l'actif⁴⁵⁰ que l'actif incorporel/l'immobilisation incorporelle était identifiable *a contrario* du goodwill. Actif immatériel non identifiable, le goodwill illustre l'évolution du droit comptable vers la prise en considération de la réalité économique de l'entreprise, et notamment de la « potentialité de l'actif » en tant qu'actif immatériel existant. Or, le renouvellement de la conception du bilan comptable peut être le précurseur à l'appréhension de nouveaux actifs immatériels que l'on appelle « potentialités »⁴⁵¹.

La deuxième solution est plus radicale que la première, étant donné que l'annexe – *notes to financial statements*⁴⁵² – prime le bilan comptable comme éventuel fondement de valorisation de l'actif immatériel. C'est le troisième compte annuel de l'entreprise après le bilan comptable et le compte de résultat au sens de l'article L. 123-12, alinéa 3 du Code de commerce. Aussi importante

⁴⁴⁴ V° le § 35 du cadre conceptuel de l'ISAC : « *si l'information doit présenter une image fidèle des transactions et autres éléments qu'elle vise à présenter, il est nécessaire qu'ils soient comptabilisés et présentés conformément à leur substance et à leur réalité économique et non pas seulement selon la forme juridique* ».

⁴⁴⁵ En l'occurrence, représenter « *la situation financière et la performance d'une entreprise* » : S. LEFRANCQ, B. OGER, *Lire les états financiers*, PUF, coll. Quadrige, 2014, p. 77-78.

⁴⁴⁶ V° le titre de cette thèse précitée : P. GARNIER, *La comptabilité, algèbre du droit, méthode d'observation des phénomènes économiques*.

⁴⁴⁷ D. LEDOUBLE, « La comptabilité est-elle encore l'algèbre du droit ? », *op. cit.*, p. 16, spéc. n° 5.

⁴⁴⁸ R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris, Dalloz, 1969, n° 60 et s. p. 85 et s.

⁴⁴⁹ B. COLASSE, *Les fondements de la comptabilité*, La Découverte, « Repères », 2012, spéc. p. 37.

⁴⁵⁰ *Supra*, n° 49.

⁴⁵¹ *Supra*, n° 7 à 12 ; *infra*, n° 76.

⁴⁵² Cf « *notes aux états financiers* » : D. BONSERGENT, O. RAMOND, L. BATSCHE, *Les 100 mots de la comptabilité*, *op. cit.*, p. 28.

que le bilan et le compte de résultat⁴⁵³, « l'annexe n'est ni accessoire, ni secondaire par rapport au bilan et au compte de résultat ; elle forme un tout avec eux »⁴⁵⁴. Comme l'admet finement le Professeur VIANDIER, « l'annexe est devenue le principal »⁴⁵⁵. « Elle complète et commente les informations données par le bilan et le compte de résultat (art. L. 123-13 du Code de commerce) : elle donne toutes les informations utiles et pertinentes qui permettent de mieux comprendre la situation patrimoniale et financière de l'entreprise et de mieux apprécier les opérations de l'exercice social »⁴⁵⁶. Si « [l]'annexe complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat » aux termes de l'article L. 123-13, alinéa 4 du Code de commerce, il s'agit au demeurant d'un document extra-comptable⁴⁵⁷ qui « ne procède pas de la méthode comptable »⁴⁵⁸. Même si le contenu de cette « pièce essentielle du message comptable »⁴⁵⁹ est configuré par les articles L. 123-13 à L. 123-21 et R. 123-195 à R. 123-198 du Code de commerce et 831-1 et suivants du Plan comptable général, on peut imaginer que l'annexe contienne des informations sur l'actif immatériel hors comptabilité. « Cet état financier constitue le document susceptible de recueillir traditionnellement des informations sur les dépenses incorporelles »⁴⁶⁰. C'est pourquoi, « il importe, à travers l'annexe, de prendre toute la mesure du caractère immatériel et contractuel des éléments fondant la richesse et la situation financière de l'entreprise »⁴⁶¹. Dans la pratique, certaines entreprises ont franchi le pas en instituant des documents propres aux actifs immatériels, et spécialement aux « potentialités ». Tel est notamment le cas de l'entreprise GrandVision qui présente des informations extra-bilancielles sur l'actif immatériel par le biais d'un document annexe. Il est organisé autour de quatre axes : le capital humain, le capital client, le capital-développement et le capital mémoire-méthode-organisation.

64. Transition. L'analyse du fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel soulève un problème de restriction du bilan comptable. Le droit comptable exclut une conception dualiste de l'actif immatériel en l'associant uniquement à l'actif incorporel. Or, cette synonymie est critiquable, puisqu'il existe des actifs immatériels extra-financiers. Pour parer à ce problème, des solutions sont

⁴⁵³ B. COLASSE, *Introduction à la comptabilité*, op. cit., p. 405.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 406.

⁴⁵⁵ A. VIANDIER, « Publier l'annexe comptable ? », *JCP E*, 13 juin 1985, act. 14548

⁴⁵⁶ A. MIKOL, *Gestion comptable et financière*, op. cit., n° 6, p. 7.

⁴⁵⁷ B. COLASSE, *Introduction à la comptabilité*, op. cit., p. 406.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ J-L. ROSSIGNOL, « La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (suite et fin) », *LPA*, 17 juillet 2001, n° 141, p. 4.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ J-L MEDUS, « De quelques problématiques contemporaines de droit comptable (suite et fin) », *LPA*, 8 février 1999, n° 27, p. 4.

suggérées pour intégrer les réalités économiques de l'entreprise. Ce gauchissement reste malgré tout infructueux dans la quête d'un fondement idoine de valorisation de l'actif immatériel.

Finalement, la vraie solution est apportée par le droit des entreprises en difficulté.

§2. L'inclusion d'une conception dualiste de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté

65. La révélation d'un actif immatériel inédit par le droit des entreprises en difficulté.

Comme « *la seule démarche comptable est insuffisante à rendre compte du potentiel de l'entreprise et de ses capacités de redressement* »⁴⁶², le droit des entreprises en difficulté procède au détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable. Pour ce faire, il retient une conception dualiste de l'actif immatériel. En droit des entreprises en difficulté, l'actif immatériel se compose non seulement d'actifs incorporels, mais aussi et surtout de « potentialités ». Affichant son impérialisme vis-à-vis d'une démarche purement comptable de l'actif immatériel (A), le droit des entreprises en difficulté appréhende réellement la consistance de l'actif immatériel en révélant un actif immatériel inédit (B).

A. L'impérialisme du droit des entreprises en difficulté sur une démarche purement comptable de l'actif immatériel

66. Le détachement des actifs immatériels des actifs disponibles. Le droit des entreprises en difficulté impose son hégémonie en appréhendant l'actif immatériel au-delà de l'actif incorporel. Il brise effectivement le lien entre l'actif immatériel et une démarche purement comptable, d'où l'exclusion de la cessation des paiements dans l'identification des actifs immatériels hors comptabilité. Si les actifs immatériels sont détachés des actifs incorporels du bilan comptable, ils sont également détachés des actifs disponibles de la cessation des paiements en droit des entreprises en difficulté. Certes, la cessation des paiements est une notion du droit des entreprises en difficulté, mais elle n'inclut pas une conception dualiste de l'actif immatériel. Etant purement comptable (1), la cessation des paiements ne saisit pas l'actif immatériel dans sa généralité (2).

1. La dimension purement comptable de la cessation des paiements

67. La dimension purement comptable de la cessation des paiements s'oppose à l'actif immatériel qui ne fait pas toujours l'objet d'un fondement comptable de valorisation. En effet, l'appréhension

⁴⁶² Ph. PEYRAMAURE, « Droit des entreprises en difficulté ; le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », *op. cit.*, spéc. p. 63.

des actifs immatériels para-bilanciels par le droit des entreprises en difficulté n'est pas effectuée au moyen de la cessation des paiements, dont la dimension est purement comptable. L'examen de cette notion purement comptable démontre en filigrane les limites d'une approche chiffrée de l'actif immatériel. Si la définition de la cessation des paiements est inchangée, son rôle a considérablement été bouleversé par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005⁴⁶³.

68. La pérennité de la définition de la cessation des paiements. Les définitions doctrinales⁴⁶⁴ de la cessation des paiements ont été laissées en suspens au profit d'une définition légale codifiée à l'article L. 631-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce. On notera au passage que le législateur n'emploie pas le mot « cessation des paiements » dans la rédaction de ce texte : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements* ». Partant, « *[c]'est donc une notion juridique et comptable qui est retenue et qu'avait dégagée la jurisprudence, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967* »⁴⁶⁵. Inchangée⁴⁶⁶, cette définition « *économico comptable* »⁴⁶⁷ de la cessation des paiements date d'un célèbre arrêt du 14 février 1978⁴⁶⁸, d'où le caractère stable de cette notion⁴⁶⁹. « *La cessation des paiements d'un débiteur est, et a toujours été (avec cependant un contenu qui a évolué), l'indice extérieur déterminant de ses difficultés imposant l'ouverture d'une procédure collective* »⁴⁷⁰. Finalement, le législateur a décidé « *de ne pas jeter à bas ce pilier de la matière* »⁴⁷¹ nonobstant les volontés de suppression de certains auteurs⁴⁷². Signalons cependant que la définition de la cessation des paiements a été complétée par l'ordonnance du 18 décembre 2008⁴⁷³ à l'article L. 631-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « *Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* ». En substance, la cessation des paiements repose

⁴⁶³ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁴⁶⁴ Ph. PEYRAMAURE, P. SQUARCIONI, *L'entreprise en difficulté*, Delmas, 1988, p. 66 et s.

⁴⁶⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 440, p. 265.

⁴⁶⁶ *Ibid*, n° 1086, p. 714.

⁴⁶⁷ G. BEUCHERIE, *La cessation des paiements*, Mémoire sous la dir. de M. HARDOUIN, 1986-1987, spéc. p. 57 s.

⁴⁶⁸ Cass. com., 14 février 1978, Bull. civ. IV, n° 66, D. 1978, IR 443, note A. HONORAT. Sur la critique des termes retenus par la Cour de cassation, V° : J. GUYENOT, « Qu'entend-on aujourd'hui par cessation des paiements dans les procédures collectives de règlement du passif ? », *GP*, 1983, 1, doct. 46, spéc. p. 52.

⁴⁶⁹ D. TRICOT, « La cessation des paiements, une notion stable », *GP*, 2005, 1, doct. p. 1009 ; « La cessation des paiements, une notion stable, souple et sûre », *LPA*, 14 juin 2007, n° 119, p. 44.

⁴⁷⁰ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 187, p. 131.

⁴⁷¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 349, p. 174.

⁴⁷² V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, 1356 ; J-F. BARBIERI, *RPC* 2005. 346, n° 15 (choix des techniques de traitement).

⁴⁷³ B. SAINTOURENS, « Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *RPC*, janvier 2009, n° 1, dossier 4, p. 40.

sur une acception comptable⁴⁷⁴, c'est-à-dire « une appréciation chiffrée de ces éléments »⁴⁷⁵ et non une « vague estimation »⁴⁷⁶, « puisque les difficultés du débiteur doivent alors correspondre à une situation comptable plus objective, celle de la panne de liquidité »⁴⁷⁷. Or, cette dimension purement comptable de la cessation des paiements se heurte à l'actif immatériel hors comptabilité qui est fondé sur une appréciation non chiffrée en droit des entreprises en difficulté. La cessation des paiements ne constitue donc pas le prisme de révélation des « potentialités » du fait de sa dimension purement comptable.

En jurisprudence, les juges du fond ont pour coutume de retenir des indicateurs comptables dans la monétarisation de la cessation des paiements⁴⁷⁸. Dans un arrêt du 8 février 1999, la cour d'appel de Chambéry a approuvé la date de la cessation des paiements fixée au 5 août 1994 par le tribunal de commerce de Chambéry pour des motifs comptables : une subvention de 1,4 million francs figurait au bilan de l'exercice 1993, mais la perte s'élevait à plus de deux millions de francs ; la subvention identique versée en 1994 n'empêchait pas le compte de résultat de faire apparaître une perte de plus de 700 000 francs à la clôture de l'exercice ; l'exercice 1995 n'avait pas été meilleur, puisqu'à l'issue de celui-ci le dépôt de bilan était intervenu⁴⁷⁹. Aussi, les juges du fond apprécient la cessation des paiements en tenant compte de l'état des échéances des créances et des dettes du débiteur à la clôture de l'exercice. Or, c'est une rubrique spécialement visée par les prescriptions de l'article 24 du décret n° 80-1020 du 29 novembre 1983 relatif aux obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés. Partant, la comptabilité constitue « le tableau de bord du chef d'entreprise »⁴⁸⁰ dans l'établissement de l'état de cessation des paiements par le juge.

Le refus d'une « vague estimation » de la cessation des paiements justifie que cette notion ne soit pas caractérisée en présence d'un résultat déficitaire⁴⁸¹. Par contre, l'état de cessation des paiements d'une entreprise en difficulté est mesuré à travers trois conditions objectives de nature comptable : une impossibilité de payer le passif exigible avec l'actif disponible⁴⁸². Il s'agit du « trait d'union que l'article L. 631-1 établit entre l'actif disponible et le passif exigible lorsqu'il pose la

⁴⁷⁴ M.-J. CAMPANA, M. DIZEL, L.-P. BARRATIN, R. FERNANDEZ, « Entreprise en difficulté : conditions d'ouverture », *Rép. com.*, Dalloz, 2019, n° 337.

⁴⁷⁵ G. TEBOUL, « A propos de la cessation des paiements », *RJ com.*, janvier 1998, n° 1, p. 169, spéc. p. 170.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 111, p. 105.

⁴⁷⁸ V° la chronique de J.-M. DELENEUVILLE sur la cessation des paiements, 2^{ème} partie, « La cessation des paiements n'est pas une notion comptable », *RPC*, mai 2000, n° 2, p. 52.

⁴⁷⁹ CA. Chambéry., chambre civile, 8 février 1999, Banque de Savoie c/SEMA et autres, n° RG 97/01531.

⁴⁸⁰ V° la chronique précitée de J.-M. DELENEUVILLE.

⁴⁸¹ Cass. com., 3 novembre 1992, Bull. civ. IV, n° 343.

⁴⁸² J. CALVO, « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », *LPA*, 7 septembre 1999, n° 178, p. 4.

condition que celui-ci ne puisse pas être couvert par celui-là »⁴⁸³. Cette orientation comptable de la cessation des paiements met en avant une relation mathématique entre un actif disponible insuffisant et un passif exigible conséquent⁴⁸⁴. L'« impossibilité de faire face » est jumelée avec le terme courant « pourvoir » : « *la cessation des paiements se caractérise par l'impossibilité de pourvoir au passif exigible avec l'actif disponible* »⁴⁸⁵. Ceci suppose techniquement une balance comparative⁴⁸⁶ essentiellement bilancielle⁴⁸⁷ entre ces deux « agrégats »⁴⁸⁸ de la cessation des paiements comme l'exigent les juges du Quai de l'horloge⁴⁸⁹. « *Pour faire face il faut disposer, ou être en mesure de disposer, de l'actif disponible nécessaire pour payer la créance exigible* »⁴⁹⁰. Ainsi, la cessation des paiements dépend à la fois de la comptabilité et de l'analyse financière⁴⁹¹. Elle « *emprunte directement ses termes à la technique comptable* »⁴⁹². Plus précisément, la cessation des paiements équivaut à une notion juridique⁴⁹³ et comptable⁴⁹⁴ de trésorerie, et particulièrement à une carence de trésorerie de l'entreprise débitrice à l'issue d'une comparaison entre le fonds de roulement et le besoin en fonds de roulement⁴⁹⁵. « *Si le fonds de roulement excède le besoin en fonds de roulement, la trésorerie est positive. A l'inverse, si le fonds de roulement est inférieur au besoin en fonds de roulement, la trésorerie est négative* »⁴⁹⁶. Le fonds de roulement traduit une « réserve » de trésorerie disponible après le paiement des investisseurs et le besoin en fonds de roulement désigne un besoin de trésorerie permanent directement généré par l'exploitation⁴⁹⁷. Dans un article intitulé « Faut-il repenser la comptabilité », la doctrine a exprimé que « *les obligations en matière de procédure d'alerte, les sanctions en matière de continuation d'activité déficitaire et de faute en cas de dépôt tardif du bilan, imposent une comptabilité de*

⁴⁸³ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 115, p. 110.

⁴⁸⁴ E. TEYNIER, « La règle de droit de la faillite et le sort économique des entreprises défailtantes », *RTD com.* 1985, p. 58.

⁴⁸⁵ F. DERRIDA, « Sur la notion de cessation des paiements », in *Mélanges J.-P. SORTAIS*, Bruylant, 2002, p. 73 s., spéc. p. 79.

⁴⁸⁶ Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, PUF, 1996, n° 259, p. 205.

⁴⁸⁷ M.-A. LAFORTUNE, « Le périmètre de l'état de cessation des paiements du débiteur dans l'actualité jurisprudentielle », *LPA*, 25 juillet 2002, n° 148, p. 14 : « *Il paraît difficile de s'abstraire d'une référence aux composantes comptables de l'institution* » (spéc. p. 25) et « *les dirigeants (...) sont prévenus des difficultés par l'information comptable rétrospective et prévisionnelle* » (spéc. p. 26).

⁴⁸⁸ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 111, p. 106.

⁴⁸⁹ La Cour de cassation censure les décisions qui ne réalisent pas une telle comparaison : Cass. com., 3 novembre 1992, Bull. civ. IV, n° 343.

⁴⁹⁰ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1014, p. 269.

⁴⁹¹ *Ibid.*, n° 1004, p. 267 ; V° aussi : G. TEBOUL, « La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace », *RPC* 2015, n° 2, étude 6.

⁴⁹² F. DERRIDA, « Sur la notion de cessation des paiements », *op. cit.*, spéc. p. 75.

⁴⁹³ J. STOUFFLET, « La notion juridique de trésorerie », *RJ com.*, novembre 1989, n° spécial, « La trésorerie et le financement des entreprises », n° 11, p. 26.

⁴⁹⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 440, p. 265.

⁴⁹⁵ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1013, p. 268-269.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ F. BONNET, « La cessation des paiements, Approche financière de la loi sur les faillites », *Guide de gestion RF, revue fiduciaire*, 2000, p. 28-29.

trésorerie. *La situation de trésorerie est un élément essentiel déterminant l'existence potentielle en droit français d'une situation de cessation des paiements* »⁴⁹⁸. D'un point de vue financier, la trésorerie renvoie à l'argent liquide ou plus largement aux valeurs qui sont aisément réalisées et converties en monnaie, c'est-à-dire en moyens de paiement⁴⁹⁹. Elle recouvre les liquidités, à savoir les espèces en caisse ou en dépôt bancaire, ainsi que toute valeur convertible en monnaie sur le champ ou dans un bref délai⁵⁰⁰. D'un point de vue comptable, la cessation des paiements est donc « *un ratio de bas de bilan, précisément un ratio de trésorerie* »⁵⁰¹. Fait générateur d'une procédure collective, une trésorerie « *asséchée* »⁵⁰² signifie concrètement que l'entreprise est en cessation des paiements ou en insuffisance immédiate de liquidités⁵⁰³.

69. La précarité du rôle de la cessation des paiements. Cette « *situation financière* »⁵⁰⁴ a vu son rôle évoluer au gré des réformes successives du droit des entreprises en difficulté⁵⁰⁵. Distinguons la période antérieure et postérieure à 2008 pour opposer la précarité du rôle de la cessation des paiements à la pérennité du rôle de l'actif immatériel, et notamment des « *potentialités* » dans le redressement de l'entreprise défailante.

Avant l'ordonnance du 18 décembre 2008⁵⁰⁶, la cessation des paiements était considérée comme une notion fonctionnelle⁵⁰⁷. Certes, la cessation des paiements joue toujours un rôle important⁵⁰⁸ du point de vue des sanctions, de la période suspecte, et de l'ouverture de certaines procédures. « *La référence au critère de la cessation des paiements est traditionnelle en droit français, ainsi que dans de nombreux pays latins* »⁵⁰⁹. Cette notion demeure donc la « *clé de voûte des procédures collectives* »⁵¹⁰, la « *boussole du droit économique des entreprises en difficulté* »⁵¹¹ ou « *une pierre angulaire des procédures du livre VI du Code de commerce* »⁵¹².

⁴⁹⁸ Les Annonces de la Seine du 23 mai 2002, n° 30.

⁴⁹⁹ J. STOUFFLET, « La notion juridique de trésorerie », *op. cit.*, p. 26.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁰¹ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1013, p. 268.

⁵⁰² J. STOUFFLET, « La notion juridique de trésorerie », *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰³ D. FAURY, « La notion de cessation des paiements et la loi dite de sauvegarde des entreprises », *GP*, 23 janvier 2007, n° 23, p. 8.

⁵⁰⁴ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, Dalloz, coll. Cours, 9^{ème} éd., 2017, n° 74, p. 39.

⁵⁰⁵ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 96, p. 84.

⁵⁰⁶ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁵⁰⁷ C. LEBEL, « Etre ou ne pas être en cessation des paiements », *GP*, 8 septembre 2005, n° 251, p. 14 et s.

⁵⁰⁸ En ce sens, il s'agit d'une « *notion fondamentale* » ou d'une « *notion clé* » (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 439, p. 264-265) ; « *La cessation des paiements est une notion centrale en matière de procédures collectives* » (Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 73, p. 38).

⁵⁰⁹ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 188, p. 132.

⁵¹⁰ T. MONTERAN, « L'état de cessation des paiements, clef de voûte des procédures collectives », *RPC* 2001, p. 1.

⁵¹¹ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 88, p. 48.

⁵¹² A-S. TEXIER et E. RUSSO, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA*, 2 mars 2009, n° 43, p. 3, spéc. n° 21.

Néanmoins, la dimension purement comptable de la cessation des paiements doit être discutée, puisque la logique économique du droit des entreprises en difficulté⁵¹³ a supplanté cette notion. L'ordonnance de 2008⁵¹⁴ a effectivement déconnecté « l'ouverture de la procédure de sauvegarde de la plus ou moins grande proximité de l'état de cessation des paiements »⁵¹⁵. En effet, « son contenu a évolué en même temps que les finalités assignées aux procédures collectives »⁵¹⁶. Or, la révélation d'un nouvel actif immatériel s'insère plutôt dans la logique économique du droit des entreprises en difficulté que dans la logique comptable de la cessation des paiements. Conformément à une analyse économique du droit des entreprises en difficulté⁵¹⁷, la priorité est la prévention des défaillances et leur traitement. « Il faut anticiper pour éviter la casse »⁵¹⁸. « Tout l'esprit du projet de loi [de sauvegarde] peut être résumé par le triptyque suivant : il faut anticiper au maximum la crise avant qu'elle ne devienne irréversible, simplifier les procédures lorsque cette crise irréversible est atteinte, et ne pas empêcher de rebondir le dirigeant honnête mais malheureux, en lui faisant comme aujourd'hui définitivement passer le goût d'entreprendre et d'accepter les risques »⁵¹⁹. En conséquence, la procédure collective a changé d'objet. D'un côté, il faut éviter la survenance de l'état de cessation des paiements. D'un autre côté, le placement de l'entreprise en cessation des paiements ne doit pas compromettre son retournement. « Avant comme après la cessation des paiements l'objectif est le même : sauver ou redresser les entreprises qui peuvent l'être »⁵²⁰. Il est vrai que la cessation des paiements représente le critère principal d'ouverture des procédures collectives. D'autres critères interviennent toutefois dans le prononcé d'une procédure collective à l'encontre du débiteur : la structure du passif, le type de clientèle, la situation du dirigeant, les mesures de restructuration prévisibles, les perspectives de cession⁵²¹. En définitive, l'ouverture d'une procédure collective dépend des « potentialités » révélées par le bilan en droit des entreprises en difficulté⁵²². Selon l'avis du rapporteur de la commission des lois du Sénat : « la deuxième innovation, qui est le cœur de la réforme, consiste à ne plus faire de la notion de cessation de paiement le critère unique de distinction entre le traitement amiable et le traitement

⁵¹³ *Supra*, n° 8, 9.

⁵¹⁴ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁵¹⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 221.09, p. 412.

⁵¹⁶ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 188, p. 132.

⁵¹⁷ *Supra*, n° 22.

⁵¹⁸ D. PERBEN, Discussion AN JOAN, p. 1492.

⁵¹⁹ P. CLEMENT, alors président de la Commission des lois, Débats AN ; séance du 1^{er} mars 2005, JOAN 2005, p. 1498.

⁵²⁰ B. GRELON, « Prévention et cessation des paiements », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, Dalloz, 2011, p. 423 s., spéc. p. 425.

⁵²¹ D. VALDMAN, « Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises ? », *GP*, 24 janvier 2008, n° 24, p. 14.

⁵²² *Infra*, n° 97 à 121.

judiciaire des difficultés des entreprises »⁵²³. D'ailleurs, la cessation des paiements a perdu sa valeur de démarcation entre les procédures amiables – sans cessation des paiements et les procédures judiciaires – avec cessation des paiements. Il est dès lors reproché au législateur un « *certain obscurantisme, source d'insécurité juridique* »⁵²⁴. Or, c'est ce premier rôle de « pivot »⁵²⁵ attribué à la cessation des paiements – être une condition positive ou une condition négative d'ouverture des procédures collectives – qui a été bouleversé par le législateur. Pour preuve, un débiteur peut être placé dans une procédure préventive malgré un état de cessation des paiements⁵²⁶, de sorte que l'efficacité du critère est brouillée⁵²⁷. L'article L. 611-4 du Code de commerce prévoit en matière de conciliation que : « *Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* ». Or, cette « véritable petite révolution »⁵²⁸ réalisée par la loi du 26 juillet 2005⁵²⁹ marque le « *déclin du rôle, hier central, de la cessation des paiements en droit des entreprises en difficulté* »⁵³⁰. De même, une procédure curative peut s'appliquer au débiteur en amont d'un état de cessation des paiements. La procédure de sauvegarde de droit commun⁵³¹ est fondée sur l'anticipation sans attendre un état de cessation des paiements, « *état qu'il s'agit d'éviter pour l'avenir* »⁵³². C'est pour cette raison que cette procédure *in favorem* est bâtie au bénéfice de la continuation de l'entreprise⁵³³, c'est-à-dire en faveur de l'intérêt de l'entreprise *in bonis*⁵³⁴. D'après l'article L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « *Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ». Partant, le fait générateur de la procédure de sauvegarde correspond à l'existence de difficultés insurmontables en dehors de toute cessation des paiements. « *Cette condition de l'ouverture de la sauvegarde revient à remettre en cause une solution*

⁵²³ J-J. HYEST, séance du 29 juin 2005, site du senat.fr.

⁵²⁴ V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Le spectre de la cessation des paiements », *op. cit.*, 1356, n° 8.

⁵²⁵ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, Delmas, 8^{ème} éd., 2019-2020, n° 112.17, p. 433.

⁵²⁶ V° l'article précité : B. GRELON, « Prévention et cessation des paiements ».

⁵²⁷ B. SAINTOURENS, « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *RPC* janvier 2016, n° 1, dossier 6.

⁵²⁸ A. LIENHARD, P. PISONI, *Code des procédures collectives* (dir.), Dalloz, 2019, 17^{ème} éd., V° sous l'article L. 611-4.

⁵²⁹ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁵³⁰ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 52, p. 36. .

⁵³¹ Et non ses deux variantes où existe un état de cessation des paiements. V° notamment : C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA », *RPC*, mars 2014, n° 2, dossier 17.

⁵³² A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 189, p. 133.

⁵³³ J-P. MARTY, « De la cessation des paiements...aux difficultés prévisibles des entreprises », *RLDA*, 1^{er} mars 2005, n° 80, p. 21.

⁵³⁴ N. CAYROL, « La nature de la procédure de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 19 septembre 2006, n° 187, p. 3.

traditionnelle car c'est la première fois qu'une procédure collective se trouve non seulement ouverte mais aussi réservée à des débiteurs n'ayant pas cessé leurs paiements »⁵³⁵. La négation de la cessation des paiements dans la procédure de sauvegarde inspire une dynamique « *tendant à déconnecter l'ouverture d'une procédure collective volontaire de toute condition d'insolvabilité, qui rapproche à cet égard un peu plus le droit français du droit américain* »⁵³⁶.

70. Transition. En contradiction avec l'avènement d'un actif immatériel hors comptabilité, la dimension purement comptable de la cessation des paiements est exprimée à deux niveaux. D'une part, « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* » fait l'objet d'une acception comptable à l'article L. 631-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce qui est pérenne en droit des entreprises en difficulté depuis une jurisprudence du 14 février 1978. D'autre part, l'évolution du droit des entreprises en difficulté a restreint le rôle de cette notion comptable dans l'ouverture des procédures collectives. Or, cette dimension purement comptable de la cessation des paiements permet d'opposer l'actif immatériel relativement comptable à un ratio de la cessation des paiements.

2. La distinction entre l'actif immatériel et l'actif disponible

71. Le rejet d'une démarche purement comptable de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté entraîne deux répercussions qui sont intrinsèques entre elles. La première répercussion est générale : il s'agit, à titre de rappel, du détachement entre les actifs immatériels et la notion comptable de cessation des paiements. La deuxième répercussion est spéciale : c'est la distinction entre l'actif immatériel et l'actif disponible⁵³⁷. En effet, ce ratio comptable⁵³⁸ de bas de bilan n'inclut pas une conception dualiste de l'actif immatériel, c'est-à-dire ni l'actif incorporel, ni les « potentialités ».

72. L'actif disponible : un actif comptable. En définissant la cessation des paiements à l'article L. 631-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce, le législateur n'est hélas pas allé jusqu'au bout de la conceptualisation. Si la définition légale de la cessation des paiements est bien ancrée dans le livre VI du Code de commerce, l'absence de définition de son périmètre doit être déplorée. C'est pourquoi, il est revenu à la Cour de cassation de préciser les notions d'actif disponible et de passif

⁵³⁵ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 102, p. 100.

⁵³⁶ A. LIENHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, chron. 110, spéc. p. 112 ; J-L. VALLENS, « De la cessation des paiements à l'insolvabilité », *JCP* 2008, I, 148.

⁵³⁷ Ch. DELATTRE, « La notion d'actif disponible au sens de l'article L. 621-1 (devenu L. 631-1) du Code de commerce », *RPC* 2007, p. 109.

⁵³⁸ E. SCHLUMBERGER, « La cessation des paiements », in *La Lettre de l'Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficultés* n° 38 - juillet 2012, p. 29, spéc. p. 31.

exigible. Or, la première composante de la cessation des paiements renvoie *a priori* à un actif bilanciel au sens du droit comptable. Dans la mesure où les actifs immatériels sont déconnectés d'une démarche purement comptable en droit des entreprises en difficulté, il faut en déduire *ipso facto* leur déconnection des actifs disponibles conçus comme des actifs purement comptables. Dans la Lettre de l'Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficultés, il a été rappelé que l'actif disponible est une notion essentiellement comptable⁵³⁹. Cela veut donc dire que l'actif disponible doit répondre à la définition comptable de l'article 211-1 du Plan comptable général⁵⁴⁰. En ce sens, l'actif disponible doit obéir tantôt au critère juridique⁵⁴¹ relatif à l'identification, tantôt aux critères économiques⁵⁴² de définition de l'actif.

73. L'actif disponible : un actif de bas de bilan. En tant qu'actif comptable, il nous appartient de savoir si l'actif disponible est un actif de haut de bilan ou un actif de bas de bilan. Dit autrement, l'actif disponible doit-il être considéré comme un actif immobilisé ou un actif circulant au bilan ?

Actif comptable, l'actif disponible n'est pas compris comme un actif de haut de bilan, spécialement comme un actif immobilisé⁵⁴³. « *Outil de production* »⁵⁴⁴, l'actif immobilisé ne doit pas être réalisé, sous peine de fragiliser davantage la situation de l'entreprise en difficulté. Ce postulat vaut tantôt pour les immobilisations corporelles⁵⁴⁵, tantôt pour les immobilisations incorporelles telles que le fonds de commerce⁵⁴⁶. La dichotomie entre l'actif disponible et l'actif immobilisé sous-entend l'absence d'amalgame entre la situation de cessation des paiements et la situation d'insolvabilité⁵⁴⁷. Distincte d'un actif de haut de bilan, la cessation des paiements se

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Supra*, n° 5, 48.

⁵⁴¹ *Supra*, n° 49.

⁵⁴² *Supra*, n° 51 à 56.

⁵⁴³ Cass. com., 28 novembre 1989, n° 88-17.237, NP, *RPC*. 1990, p. 138, n° 2, obs. J-M. CALENDINI.

⁵⁴⁴ F. BONNET, *La cessation des paiements, Approche financière de la loi sur les faillites, op. cit.*, p. 58.

⁵⁴⁵ L'actif d'une société, constitué de deux immeubles non encore vendus, n'est pas disponible : Cass. com., 27 février 2007, Bull. civ. IV, n° 65 ; *D.* 2007. AJ 872, obs. A. LIENHARD ; *JCP E.* 2007. 1833, note Ph. ROUSSEL-GALLE ; *ibid.* 2119, n° 1, obs. Ph. PETEL ; *GP*, 13-14 avril 2007, p. 21, obs. C. LEBEL ; *RD banc. fin.* 2007, n° 71, obs. F.-X. LUCAS ; *Act. proc. coll.* 2007, n° 71, obs. J. VALLANSAN ; *RPC*. 2007. 221, obs. B. SAINTOURENS ; *Deffrénois*. 2007. 1557, obs. D. GIBIRILA ; V° aussi C. DELATTRE, *RPC* 2007. 109.

Néanmoins, font partie de l'actif disponible les immeubles qui font l'objet de promesses de vente signées : CA. Versailles., 13^{ème} ch., 6 mars 1997, *RPC*. 1998, p. 34, obs. J-M. CALENDINI.

⁵⁴⁶ Un fonds de commerce mis en vente mais non encore vendu ne constitue pas un actif disponible : Cass. com., 15 février 2011, *JCP E.* 2011, 1280, note. C. LEBEL.

Toutefois, le prix de vente d'un fonds de commerce consigné entre les mains d'un notaire pour désintéresser les créanciers opposants est considéré comme un actif disponible : CA. Aix-en-Provence., 10 novembre 1998, *RPC*. 2000, p. 49, obs. J-M. DELENEUVILLE ; contrairement au prix d'acquisition du fonds de commerce, au montant des travaux réalisés dans les lieux et à la valeur du stock de marchandises : Cass. com., 17 mai 1989, *JCP* 1990, II, 21464, note. M. BEAUBRUN.

⁵⁴⁷ Cass. com., 20 novembre 1973, Bull. civ. IV, n° 335.

différencie généralement de l'insolvabilité – « *ratio de haut de bilan* »⁵⁴⁸. En effet, le doyen CORNU prend le soin de distinguer ces deux états dans la définition de la cessation des paiements : « [i]mpossibilité, pour un commerçant, un artisan ou une personne morale de Droit privé, de faire face au passif exigible avec son actif disponible, cause d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ; ne se confond pas avec l'insolvabilité : un débiteur qui cesse ses paiements peut avoir un actif supérieur à son passif »⁵⁴⁹. Mais surtout, la distinction entre l'actif disponible et l'immobilisation incorporelle implique que l'actif disponible ne soit pas un actif incorporel, d'où l'exclusion d'une conception dualiste de l'actif immatériel par la cessation des paiements.

Actif comptable, l'actif disponible s'entend comme un actif de bas de bilan, donc *in fine* comme un actif circulant. D'ailleurs, d'aucuns ont préconisé de définir la cessation des paiements comme « *l'impossibilité de faire face au passif exigible et exigé avec l'actif circulant* »⁵⁵⁰. « *L'actif disponible comprend les éléments d'actif figurant au bilan qui sont suffisamment liquides pour permettre de faire face aux dettes exigibles* »⁵⁵¹. « *Il s'agit d'abord des éléments d'actifs figurant au bilan, d'une liquidité telle qu'ils permettent de faire face aux dettes exigibles* »⁵⁵². « *Sont des actifs disponibles à très court terme, les éléments d'actifs figurant au bilan permettant de faire face aux dettes exigibles* »⁵⁵³. Pour caractériser le déséquilibre entre l'actif disponible et le passif exigible, « *les juges du fond peuvent user de leur pouvoir d'investigation, et la consultation des documents comptables de l'entreprise permettra de saisir ce déséquilibre, par exemple en comparant les postes de bas de bilan* »⁵⁵⁴. Techniquement, un actif disponible s'identifie à la trésorerie de l'entreprise⁵⁵⁵. Pour la Cour d'appel⁵⁵⁶, l'actif disponible correspond à un actif liquide et réalisable, ce qui englobe les créances clients mobilisables⁵⁵⁷, les liquidités apportées par les dirigeants⁵⁵⁸. L'existence d'un actif liquide dans le patrimoine de l'entreprise indique qu'elle ne rencontre pas d'insuffisances de

⁵⁴⁸ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1011, p. 268.

⁵⁴⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Cessation des paiements.

⁵⁵⁰ Réaction au document d'orientation de la Chancellerie, Rapport J. COURTIÈRE 4 février 1999, p. 30 ; V° aussi : CA. Riom., 4 février 2004, RG n° 2004/239706, *RPC*. 2004, p. 211, n° 5, obs. C. LEBEL.

⁵⁵¹ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 77, p. 41.

⁵⁵² P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 221.11, p. 413.

⁵⁵³ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 47, p. 50.

⁵⁵⁴ A. JACQUEMONT, « Redressement et liquidation judiciaires – Causes d'ouverture – Cessation des paiements », *Fasc. 2155, JurisClasseur Commercial*, 2019, n° 79.

⁵⁵⁵ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 100, p. 86 ; J. STOUFFLET, « La notion juridique de trésorerie », op. cit., p. 26 : le terme « disponibilités » est synonyme de « trésorerie ».

⁵⁵⁶ CA. Paris, 3^{ème} ch. A, 10 octobre 2006, RG n° 2005/21113.

⁵⁵⁷ Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-12. 212.

⁵⁵⁸ Cass. com., 24 mars 2004, *D.* 2004, act. jur., p. 1022, obs. A. LIENHARD ; *Act. pr. coll.* 2004, n° 110, obs. J. VALLANSAN.

trésorerie⁵⁵⁹. La notion d'actif réalisable renvoie à « *des actifs qui ont vocation à se transformer en monnaie à un horizon relativement proche* »⁵⁶⁰. De façon plus générale, l'expression « impossibilité pour l'entreprise de faire face » « *invite le juge à se livrer à une analyse dynamique de la situation de l'entreprise en introduisant le facteur temps* »⁵⁶¹. Dans une décision du 4 mars 1985, le tribunal de commerce de Lille a adopté une conception temporelle de l'état de cessation des paiements en jugeant que la notion de liquidité « *intègre par définition ces deux paramètres de volume et de durée* »⁵⁶². De ce fait, la situation de cessation des paiements « *ne saurait se réduire à un déséquilibre momentané entre actif disponible et passif exigible, envisagé de manière statique, mais doit plutôt exprimer l'idée que le débiteur est dans l'impossibilité, dans un avenir proche, de retrouver un équilibre durable* »⁵⁶³. Or, cette définition de la cessation des paiements met en exergue un critère de durée qui n'est pas celui de l'actif immatériel⁵⁶⁴. En effet, la brièveté⁵⁶⁵ temporelle de l'actif disponible et par voie de conséquence de la cessation des paiements s'oppose à l'actif immatériel, dont les effets se déploient dans le temps. Il y a donc une incompatibilité temporelle entre l'actif disponible de la cessation des paiements et les « potentialités ».

Actif de bas de bilan, l'actif disponible recense seulement une partie des biens détenus par l'entreprise et destinés à ne pas y rester durablement⁵⁶⁶. « *Tel n'est pas le cas de l'intégralité de l'actif circulant inscrit au bilan* »⁵⁶⁷. Sont disponibles au sens du droit des entreprises en difficulté seuls quelques éléments de l'actif circulant⁵⁶⁸ : le fonds de caisse, les soldes créditeurs provisoires

⁵⁵⁹ J. THYRAUD, rapporteur de la Commission des Lois au Sénat, JO Débats ass. nat séance du 6 juin 1984, p. 1312.

⁵⁶⁰ F. BONNET, *La cessation des paiements, Approche financière de la loi sur les faillites*, op. cit., p. 58.

⁵⁶¹ M-J. CAMPANA, M. DIZEL, L-P. BARRATIN, R. FERNANDEZ, « *Entreprise en difficulté : conditions d'ouverture* », op. cit., n° 348.

⁵⁶² T. com. Lille, 5 mai 1987, *JCP E*, 1987. I. 16619, n° 2, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT, *LPA*, 5 juin 1987, p. 33 ; *RJ com.* 1987. 255, note. F. DERRIDA ; *RTD com.* 1988. 688, obs. P. MERLE.

⁵⁶³ M-J. CAMPANA, M. DIZEL, L-P. BARRATIN, R. FERNANDEZ, « *Entreprise en difficulté : conditions d'ouverture* », op. cit., n° 348.

⁵⁶⁴ *Supra*, n° 41 ; *infra*, n° 90 à 95, 266, 267.

⁵⁶⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 354, p. 176 : « *l'actif disponible comprend d'abord toutes les liquidités du débiteur : caisse et soldes créditeurs provisoires des comptes bancaires à vue, ainsi que toutes les valeurs immédiatement réalisables, c'est-à-dire réalisables à très court terme, donc en l'espace de quelques jours* » ; D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1015, p. 269 : « *disposer signifie : détenir l'actif disponible, être en pouvoir d'en disposer, de l'affecter immédiatement au paiement et à l'extinction de la dette exigible et exigée* » ; M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 100 p. 86 : l'actif disponible est un « *actif immédiatement réalisable* » ; F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 112, p. 106 : « *l'actif disponible correspond à la somme des fonds sur lesquels le débiteur peut compter pour payer immédiatement ses dettes. En font partie toutes les liquidités dont il dispose ainsi que toutes les sommes qu'il peut se procurer immédiatement ou à bref délai* » ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 441, p. 266 : l'actif disponible est un « *actif immédiatement réalisable* » ; A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 196, p. 138 : « *L'actif disponible inclut l'existant en caisse et en banque (soldes créditeurs des comptes bancaires), ainsi que le réalisable susceptible d'une conversion immédiate en disponible* » (c'est nous qui soulignons).

⁵⁶⁶ G. BERTHELOT, « *La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible* », *JCP E*, 2008, 2232, n° 8.

⁵⁶⁷ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 221.11, p. 413 ; V° aussi : CA. Riom., 4 février 2004, RG n° 2004/239706, *RPC* 2004, p. 211, n° 5, obs. C. LEBEL.

⁵⁶⁸ G. BERTHELOT, « *La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible* », op. cit., 2232, n° 8.

des comptes bancaires à vue, toutes les valeurs immédiatement réalisables comme les effets de commerce échus ou susceptibles d'être escomptés, les valeurs mobilières cotées, les chèques de banque⁵⁶⁹ réalisables facilement et immédiatement. Les créances entrent dans la comptabilisation de l'actif disponible à condition qu'elles soient à très court terme d'une part et que la solvabilité du débiteur ne présente aucun doute d'autre part. En sont donc exclues les créances prévisionnelles issues d'un marché conclu mais non encore exécuté⁵⁷⁰, la créance d'une société contre ses associés au titre du capital social non encore libéré⁵⁷¹ ou une créance contestée⁵⁷².

En revanche, le stock est un actif circulant par principe exclu de l'actif disponible⁵⁷³, à moins qu'il ne soit en cours de réalisation⁵⁷⁴. Or, l'exclusion du stock dans la comptabilisation de l'actif disponible est regrettable, parce que les stocks de l'entreprise peuvent être vendus rapidement et fonctionnent selon un système de rotation⁵⁷⁵.

74. Transition. Ce que le droit comptable ne permet pas dans l'appréhension de l'actif immatériel, le droit des entreprises en difficulté le permet en le considérant au-delà d'un actif incorporel. Cet impérialisme du droit des entreprises en difficulté est à l'origine du détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable qui emporte *ipso facto* le détachement des actifs immatériels des actifs disponibles de la cessation des paiements. Notion purement comptable au sens de l'article L. 631-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce, la cessation des paiements a vu son rôle s'amenuiser dans l'ouverture des procédures collectives. En particulier, il y a une distinction entre l'actif immatériel et l'actif disponible conçu comme un actif comptable de bas de bilan.

Ainsi, la consistance de l'actif immatériel doit être certainement recherchée en droit des entreprises en difficulté, mais en dehors de la cessation des paiements.

⁵⁶⁹ Cass. com., 5 février 2013, n° 11-28.194, JurisData n° 2013-001604, *RPC*. 2013, comm. 119, B. SAINTOURENS.

⁵⁷⁰ Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510 : JurisData n° 2008-043251, *RD rural*, décembre 2008, n° 368, comm. 242 ; *D.* 2008, act. jurisp. p. 982, obs. A. LIENHARD.

⁵⁷¹ Cass. com., 23 avril 2013, *D.* 2013, p. 1130, obs. A. LIENHARD.

⁵⁷² Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-11.381 ; JurisData n° 2015-010231 : une créance dont le bien-fondé est contesté est une créance litigieuse qui ne peut être prise en compte dans la détermination du passif exigible.

⁵⁷³ Cass. com., 17 mai 1989, n° 87-17.930, Bull. civ. IV, n° 152 ; *JCP*. 1990, II, 21464, note. M. BEAUBRUN ; Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-18.044, NP, *GP*, 2009/2, p. 14, n° 2, note. C. LEBEL ; *Act. proc. coll.* 2009/8, n° 121, note J. VALLANSAN ; s'agissant de stocks de vins seulement susceptibles d'être vendus et donc non disponibles, V° : Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510 : JurisData n° 2008-043251, *RD rural*, décembre 2008, n° 368, comm. 242 ; *D.* 2008, act. jurisp. p. 982, obs. A. LIENHARD.

⁵⁷⁴ CA. Versailles., 6 mars 1997, *RPC*. 1998. 33, obs. J-M. CALENDINI ; CA. Amiens., 11 mars 1999, *RPC*. 2000. 49, obs. J-M. DELENEUVILLE ; CA. Besançon., 20 novembre 2001, *RJ com.* 2002. 127, note. L. HAENNIG.

⁵⁷⁵ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, op. cit., n° 112.16, p. 432 : la loi du 26 juillet 2005 a refusé de remplacer la notion d'actif disponible par celle d'actifs circulants (« qui eût permis de tenir compte, notamment, des stocks bénéficiant d'une rotation rapide et des créances clients »).

B. Le pragmatisme du droit des entreprises en difficulté sur la consistance de l'actif immatériel

75. L'irréalisme du droit comptable sur la consistance de l'actif immatériel. Le pragmatisme du droit des entreprises en difficulté dénote avec l'irréalisme du droit comptable sur la consistance de l'actif immatériel, en ce qu'il renverse le syllogisme relatif au fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel : tous les actifs font l'objet d'une valorisation financière sur le fondement du bilan comptable (majeure). Or, l'actif immatériel est retranscrit en immobilisation incorporelle dans le bilan comptable (mineure). Donc, l'actif immatériel est valorisé financièrement en immobilisation incorporelle grâce au bilan comptable (conclusion). Certes, le bilan comptable constitue un mécanisme d'appréhension de l'actif immatériel en actif incorporel. Mais, ce fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel est contrasté par le droit des entreprises en difficulté. Actif incorporel sur le fondement du bilan comptable, l'actif immatériel est conçu autrement en droit des entreprises en difficulté grâce à une démarche économique⁵⁷⁶.

76. La démarche économique du droit des entreprises en difficulté. Si la démarche comptable est inopérante dans l'appréhension optimale de l'actif immatériel, ce n'est pas le cas de la démarche économique du droit des entreprises en difficulté. La première est cantonnée à l'actif incorporel, tandis que la seconde est élargie à l'identification de l'existence des « potentialités » en dehors du bilan comptable. En effet, le droit des entreprises en difficulté appréhende une nouvelle valeur de l'actif immatériel, dont le fondement n'est pas bilanciel. Il s'agit d'une « *richesse de l'entreprise qui ne se lit pas dans les états financiers* »⁵⁷⁷. Partant, il convient de se demander comment le droit des entreprises en difficulté arrive à une conception dualiste de l'actif immatériel.

Du fait de son caractère purement comptable, l'actif disponible ne constitue pas, on l'a vu⁵⁷⁸, le prisme de révélation d'un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté qui est dépourvu d'un fondement comptable de valorisation. C'est pourquoi, l'appréhension de cet actif immatériel doit être recherchée en dehors de la cessation des paiements et plus généralement en dehors des notions comptables et financières.

Techniquement, c'est la finalité économique⁵⁷⁹ du droit des entreprises en difficulté qui envisage l'actif immatériel d'une autre façon. Au regard du redressement de l'entreprise, il prend en

⁵⁷⁶ *Supra*, n° 8, 9, 15.

⁵⁷⁷ A. FUSTEC, B. MAROIS, *Valoriser le capital immatériel de l'entreprise*, Editions d'Organisation, coll. Finance, 2006, p. 13.

⁵⁷⁸ *Supra*, n° 66, 71 à 73.

⁵⁷⁹ *Supra*, n° 8, 9, 15.

compte l'actif dans toutes ses dimensions, ce qui pose la question de la consistance réelle de l'actif immatériel. En définissant l'entreprise au-delà d'une cellule purement financière⁵⁸⁰, le droit des entreprises en difficulté est un révélateur dans la consécration d'un nouvel actif immatériel. Il permet de passer des actifs incorporels à des actifs immatériels hors comptabilité. Or, la consistance pragmatique de ceux-ci grâce à la démarche économique du droit des entreprises en difficulté peut s'inspirer des travaux actuels, bien que cette notion extra-bilancielle soit mal définie⁵⁸¹ en doctrine.

Prenant plusieurs terminologies⁵⁸², l'actif immatériel constituerait une notion polymorphe. Dans les rapports économiques de référence, l'actif immatériel y est fréquemment apparenté au capital immatériel⁵⁸³. Pour rappel, on peut effectivement lire au début du rapport LEVY-JOUYET que : « *au capital matériel a succédé, dans les critères essentiels de dynamisme économique, le capital immatériel ou, pour le dire autrement, le capital des talents, de la connaissance, du savoir* »⁵⁸⁴. De même, ce terme apparaît dans l'intitulé du rapport de Bercy qui est décomposé en deux versions : la première en date du 7 octobre 2011⁵⁸⁵ et la seconde datée du 13 octobre 2015⁵⁸⁶. Recouvrant la qualité ou la valeur de tous les facteurs de production de richesse de l'entreprise⁵⁸⁷, le capital immatériel est un concept économique attractif dans la caractérisation extra-comptable de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Or, c'est dans cet ensemble économique qu'a vu le jour la notion de capital humain, laquelle est inhérente au capital intellectuel⁵⁸⁸. Annexé au capital immatériel, l'actif immatériel présente trois caractères d'après un rapport du Conseil de l'OCDE⁵⁸⁹. D'abord, les actifs immatériels génèrent un profit économique. Puis, ces actifs n'ont pas de matérialité. Enfin, l'entreprise peut les approprier et les négocier. Selon le référentiel du ministère de l'économie et des finances de 2011, un actif est un « *composant de l'entreprise* :

-Qui peut être identifié clairement mais pas nécessairement séparé (vendu)

⁵⁸⁰ *Supra*, n° 10, 11.

⁵⁸¹ J-L. ROSSIGNOL, « La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (1^{ère} partie) », *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸² C. BESSIEUX-OLLIER, E. WALLISER, « Le capital immatériel. Etat des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 86-87.

⁵⁸³ De nombreuses recherches ont été consacrées au thème du capital immatériel sans qu'il soit possible de les citer de manière exhaustive. V° notamment : A. FUSTEC, B. MAROIS, *Valoriser le capital immatériel de l'entreprise*, document précité ; A. FUSTEC, *Mesure extra-financière et financière du capital immatériel de l'entreprise*, Thèse, Lyon, 2017.

⁵⁸⁴ M. LEVY, J-P. JOUYET, « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », *op. cit.*, spéc. p. 1

⁵⁸⁵ Thésaurus-Bercy V1 – Référentiel français de mesure de la valeur extra-financière et financière du capital immatériel des entreprises, 7 octobre 2011.

⁵⁸⁶ Thésaurus Volet 2 – Référentiel de mesure de la valeur extra-financière et financière du capital immatériel des entreprises, 13 octobre 2015.

⁵⁸⁷ Thésaurus-Bercy V1, *op. cit.*, spéc. p. 11.

⁵⁸⁸ Sur cette notion : N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, préf. de G. BONET et M. GERMAIN, LGDJ, coll. FNDE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2007.

⁵⁸⁹ Rapport du Conseil de l'OCDE au niveau ministériel en 2006 : « actifs immatériels et création de valeur », p. 10, site de l'OCDE : www.oecd.org.

-Que l'entreprise contrôle, de sorte qu'elle puisse bénéficier des avantages économiques produits par le composant. La différence entre IAS 38 et notre définition est que la notion de contrôle est ici plus souple. Selon Thésaurus-Bercy l'entreprise contrôle son capital humain, ce que la norme IAS 38 déconseille fortement (sans l'interdire toutefois)

-Qui a une existence physique ou pas (le capital humain a une existence physique)

-Qui est source d'avantages économiques futurs

-Dont la valeur peut être mesurée avec une méthode fiable

-Qui est issu de la croissance organique comme de la croissance externe »⁵⁹⁰.

De plus, « les actifs immatériels sont des actifs identifiables séparément et qui participent à la rentabilité présente et future, mais dont la valeur n'apparaît pas au bilan »⁵⁹¹. Cette définition dégagée par le portail du capital immatériel est approuvée par Monsieur FUSTEC et le Professeur MAROIS : « un actif immatériel est un constituant de l'entreprise, identifiable séparément, qui participe aux opérations génératrices de rentabilité présente ou future, mais dont la valeur ne figure pas au bilan »⁵⁹². Or, cette conception paraît la plus proche de l'actif immatériel appréhendé par le droit des entreprises en difficulté.

Reste à savoir quelle est la nomenclature⁵⁹³ qui convient le mieux à cet actif immatériel. En la matière, il existe plusieurs nomenclatures. La première nomenclature de l'actif immatériel qui nous interpelle est celle de Bercy identifiant douze actifs immatériels : immobilisations, actifs circulants, actionnaires, ressources naturelles, équipes, organisation, système d'information, savoirs et le savoir, marques, fournisseurs et partenaires, clients, société civile⁵⁹⁴. Or, il est critiquable que cette nomenclature mêle indifféremment des actifs immatériels bilanciers (les immobilisations, les actifs circulants, les marques) et des actifs immatériels non bilanciers (actionnaires, ressources naturelles, équipes, organisation, système d'information, savoirs et le savoir, fournisseurs et partenaires, clients, société civile). Car cette thèse aspire à les dissocier. C'est pourquoi, il est judicieux de mentionner une autre nomenclature de neuf actifs immatériels imaginée par Monsieur FUSTEC et le Professeur MAROIS : les clients (capital client), les salariés (capital humain), les partenaires (capital partenaire), l'organisation (capital organisationnel), le système d'information, la connaissance (capital savoir), les marques (capital de notoriété), les actionnaires (capital actionnaire), l'environnement (capital écologique et sociétal)⁵⁹⁵. Or, cette classification de l'actif immatériel doit être également écartée, puisque les marques sont confondues avec les actifs

⁵⁹⁰ Thésaurus-Bercy V1, *op. cit.*, spéc. p. 33.

⁵⁹¹ V° le site : portail-ie.fr.

⁵⁹² A. FUSTEC, B. MAROIS, *Valoriser le capital immatériel de l'entreprise*, *op. cit.*, spéc. p. 18.

⁵⁹³ *Infra*, n° 119, 120.

⁵⁹⁴ Thésaurus-Bercy V1, *op. cit.*, spéc. p 37-38.

⁵⁹⁵ A. FUSTEC, B. MAROIS, *Valoriser le capital immatériel de l'entreprise*, *op. cit.*, spéc. p. 18-20.

immatériels démunis de fondement bilanciel. En revanche, il existe une nomenclature tripartite souvent reprise⁵⁹⁶ qui subdivise l'actif immatériel en trois groupes : premièrement, le capital humain, c'est-à-dire « tout ce qui est dans la tête des collaborateurs » : expérience, formation, capacité de direction, relations interpersonnelles, valeurs, compétences, motivation, etc ; deuxièmement, le capital structurel relatif à « tout ce qui reste dans l'entreprise à la fin de la journée » : gouvernance, culture de l'entreprise, processus, outils et méthodes, rituels, communication interne, organisation, etc ; et troisièmement, le capital relationnel portant sur « tout ce qui reste dans l'entreprise à la fin de la journée » : relations avec les actionnaires, partenaires, clients, fournisseurs, société, etc⁵⁹⁷. Faisant état des actifs immatériels non contenus dans le bilan comptable, cette troisième et dernière nomenclature pourrait contribuer à esquisser les contours de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté.

La consistance de cet actif immatériel para comptable est au demeurant propre aux procédures collectives. En effet, une nomenclature de l'actif immatériel sera proposée en droit des entreprises en difficulté à partir du bilan économique, social et environnemental⁵⁹⁸. A notre avis, le droit des entreprises en difficulté révèle l'existence de deux valeurs immatérielles à la lumière de cet outil non comptable. Il s'agit d'une part, des « potentialités de l'actif » et d'autre part, des « potentialités d'actif ». Cette double qualification couvre une grande partie de l'actif immatériel qui ne saurait se confondre avec l'actif incorporel. De même, les « potentialités » ne doivent pas être confondues entre elles selon nous. La « potentialité de l'actif » est un actif existant qui se déploie dans le temps, dont la délivrance de la valeur se fait *a priori*⁵⁹⁹. A l'inverse, la « potentialité d'actif » est un actif nouveau qui sera identifié par la « potentialité »⁶⁰⁰. Aussi, la facette négative de l'actif immatériel ne doit pas être minimisée dans cette thèse, d'autant plus dans un contexte de procédures collectives. A l'instar de l'actif immatériel, coexistent distinctement des « potentialités de passif » et des « potentialités du passif » dans le passif immatériel⁶⁰¹ de l'entreprise en difficulté.

⁵⁹⁶ V° notamment le portail de l'Observatoire de l'Immatériel : observatoire-immateriel.com ; le portail du capital immatériel : capital-immateriel.fr ; le portail des ressources et d'information sur l'Intelligence économique et stratégique : portail-ie.fr ; V° aussi particulièrement : A. BOUNFOUR, « Actifs immatériels, entre grammaire et photographie », *analyse financière*, juillet-août-septembre 2012, n° 44, spéc. p. 8 ; *Le capital organisationnel, principes, enjeux, valeur*, Springer, 2011 spéc. p. 14.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ *Infra*, n° 119, 120.

⁵⁹⁹ *Supra*, n° 12 ; *Infra*, n° 92.

⁶⁰⁰ *Supra*, n° 12 ; *Infra*, n° 92.

⁶⁰¹ *Supra*, n° 12 ; *Infra*, n° 92, 113, 120.

77. Conclusion de section. Le détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable en droit des entreprises en difficulté est une exception au principe du rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable en droit comptable.

En excluant une conception dualiste de l'actif immatériel, le droit comptable s'efface vis-à-vis du droit des entreprises en difficulté. Face au problème de restriction du bilan comptable aux actifs incorporels, deux solutions ont été avancées pour enrayer ce problème ; en vain.

En incluant une conception dualiste de l'actif immatériel, le droit des entreprises en difficulté constitue à nos yeux la seule solution pour appréhender *in globo* l'actif immatériel. En effet, la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté aboutit à la révélation de l'existence des « potentialités », laquelle a une cause et une conséquence. Cette révélation est le résultat de l'impérialisme du droit des entreprises en difficulté sur une démarche purement comptable de l'actif immatériel. Si le droit des entreprises en difficulté détache les actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable, il pourrait *ipso facto* détacher les actifs immatériels des actifs disponibles de la cessation des paiements. Comme la cessation des paiements bénéficie d'une dimension purement comptable, l'actif immatériel hors comptabilité se distingue de l'actif disponible qui est défini comme un ratio comptable de bas de bilan. La révélation de l'existence des « potentialités » permet de revendiquer le pragmatisme du droit des entreprises en difficulté sur la consistance de l'actif immatériel : « potentialités de l'actif » + « potentialités d'actif ».

78. Conclusion du chapitre : actif immatériel = actif incorporel + « potentialités ». Le fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel repose sur le bilan. Relatif, le bilan comptable appréhende *a priori* tous les actifs immatériels.

En apparence, tous les actifs immatériels sont des actifs incorporels dans le bilan comptable. Ce principe du droit comptable est approfondi sous deux angles : le contenant et le contenu. Tout d'abord, le principe du rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable met en lumière la structure bilancielle de l'actif immatériel. Fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel, ce contenant doit être défini juridiquement. Il résulte de la loi, du pouvoir réglementaire et de la doctrine que le bilan comptable est un compte annuel qui photographie le patrimoine de l'entité en décrivant rétrospectivement l'actif et le passif. Or, cette définition juridique du bilan comptable n'est pas dénuée de portée. A cet égard, le bilan comptable remplit deux caractères. Photographie figée de la situation rétrospective de l'entité, le bilan comptable présente un caractère temporel d'une part. Photographie du patrimoine de l'entité, le bilan comptable a un caractère patrimonial d'autre part. Si l'actif immatériel est fondé sur le bilan comptable, force est alors de constater qu'il est affecté de cette dualité de caractères. Cela étant, son appréciation pratique diverge du bilan comptable, d'où l'imperfection dudit fondement. Ensuite, le principe du rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable montre la transcription bilancielle de l'actif immatériel en immobilisation incorporelle. Autrement dit, le contenu de l'actif immatériel au bilan comptable renvoie à celui de l'immobilisation incorporelle. Cette opération comptable nécessite toutefois une étape indispensable au sens de l'article 211-1 du Plan comptable général. Avant d'être classé effectivement en actif immobilisé, l'actif immatériel doit répondre aux critères de définition de l'actif. Selon nous, il y a un critère juridique et trois critères économiques.

En réalité, à la question – un actif immatériel est-il toujours un actif incorporel – la réponse est sans ambages. Certes, tous les actifs incorporels sont des actifs immatériels. Mais, la réciproque est fautive. Affirmant le détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable, le droit des entreprises en difficulté met un coup d'arrêt au principe du droit comptable. Il domine le droit comptable en révélant un actif immatériel inédit. Contrairement au droit comptable qui appréhende seulement l'actif immatériel en actif incorporel *via* une conception moniste, le droit des entreprises en difficulté adopte une conception dualiste de l'actif immatériel en identifiant l'existence des « potentialités » de l'entreprise défaillante : soit des « potentialités de l'actif », soit des « potentialités d'actif ». Le résultat de cette première réflexion sur l'appréhension de l'actif

immatériel par le droit des entreprises en difficulté est résumé par cette équation : actif immatériel = actif incorporel + « potentialités ». En effet, l'impérialisme du droit des entreprises en difficulté sur une démarche purement comptable de l'actif immatériel permet d'évacuer de cette thèse la notion de cessation des paiements, dont la dimension est purement comptable. Or, l'actif immatériel révélé par le droit des entreprises en difficulté est caractérisé par des éléments para-comptables. Distinct de l'actif disponible/ratio comptable de bas de bilan, l'actif immatériel fait ainsi l'objet d'une autre lecture à la fois pragmatique et économique grâce et par le droit des entreprises en difficulté.

*

* *

CHAPITRE 2

LE FONDEMENT ECONOMIQUE DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL

79. La renaissance du bilan économique, social et environnemental. Finalement, la recherche des fondements de valorisation de l'actif immatériel nous attire vers une démarche extra-comptable de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Si le fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel est relatif en identifiant seulement les immobilisations incorporelles dans le bilan comptable, le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel serait absolu en droit des entreprises en difficulté. Dans cette perspective, le droit des entreprises en difficulté joue un rôle prépondérant dans l'appréhension de l'actif immatériel au-delà d'une immobilisation incorporelle, donc *in fine* d'un actif incorporel. C'est pourquoi, il nous incombe de préciser les outils économiques du livre VI du Code de commerce qui permettent de révéler un actif immatériel contemporain en droit des entreprises en difficulté : la « potentialité ».

Dans l'esprit du législateur, l'inventaire et la prisee sont les deux sources traditionnelles de connaissance des actifs de l'entreprise, et notamment incorporels⁶⁰². En effet, l'article L. 622-6, alinéa 1^{er} du Code de commerce⁶⁰³ énonce en matière de sauvegarde que : « *Dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent* »⁶⁰⁴. Il s'agit de mesures conservatoires au sens de l'article L. 622-4, alinéa 1^{er} du Code de commerce qui tendent à la « *conservation des droits de l'entreprise* » et à la « *préservation des capacités de production* ». Parce que l'inventaire et la prisee énumèrent artificiellement⁶⁰⁵ les actifs immatériels qui nous intéressent, il convient de rehausser la fonction d'un troisième outil économique auquel on ne songe pas immédiatement.

Pourtant, le bilan économique, social et environnemental constitue le pilier de la présente étude sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Malgré le faible engouement doctrinal, il suscite ici un regain d'intérêt. Fondement économique de

⁶⁰² A. MARTIN-SERF, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – mesures et actes conservatoires », *Fasc. 2310, JCI Procédures collectives*, 2017, n° 36 : « *Un inventaire porte aussi bien sur l'actif que sur le passif, sur les biens corporels comme sur les biens incorporels. Il contient donc la description et l'estimation des différents objets mobiliers trouvés chez le débiteur (marchandises, matériel, meubles meublants...) et devrait normalement comprendre – au moins d'après les déclarations du débiteur – l'indication des immeubles dont il est propriétaire, ainsi que celle des fonds de commerce, droits de propriété intellectuelle ou industrielle, droits au bail, marchés, créances, dettes et obligations de toute nature dont il est titulaire ou redevable* ».

⁶⁰³ Et sur renvoi, V° les articles L. 631-9, alinéa 3 et L. 631-14, alinéa 2 du Code de commerce pour la procédure de redressement judiciaire, ainsi que l'article L. 641-1, II, alinéa 7 du Code de commerce pour la procédure de liquidation judiciaire.

⁶⁰⁴ V° aussi l'article R. 622-4 du Code de commerce.

⁶⁰⁵ E. ANDRE, « L'évaluation des biens incorporels à l'ouverture de la procédure collective », *BJE* 2018, n° 4, p. 278 ; V° aussi : Cass. com., 25 octobre 2017, n° 16-22.083, *JCP E* 2017, 1688, comm. Ph. PETEL ; Act. proc. coll. 2017-20, repère 297, comm. M. LAROCHE.

valorisation de l'actif immatériel, ce document essentiel de la procédure⁶⁰⁶ représente le cadre des « potentialités » non seulement du droit des entreprises en difficulté (**section 1**), mais également et surtout en droit des entreprises en difficulté (**section 2**).

Section 1. Le bilan économique, social et environnemental : le cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté

80. La spécificité du droit des entreprises en difficulté. Fondement économique de valorisation de l'actif immatériel, le bilan économique, social et environnemental est le cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté. Il s'agit en ce cas de procéder à l'exégèse du bilan susvisé dans les relations que le droit des entreprises en difficulté entretient avec d'autres disciplines juridiques. Dans ce rapport externe, le bilan économique, social et environnemental est un indicateur de la spécificité du droit des entreprises en difficulté. Au regard de son approche à la fois globale (§1) et temporelle (§2), le bilan du droit des entreprises en difficulté prend ses distances avec ses occurrences voisines.

§1. L'approche globale du bilan économique, social et environnemental

81. Le diagnostic pluridisciplinaire. La globalisation imprimée au bilan économique social et environnemental en fait un cadre singulier des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté. Conforme à la pratique⁶⁰⁷, le traitement global de l'entreprise en difficulté s'exprime dans ce bilan, ce qui implique la négation de « *diagnostics éclairs* »⁶⁰⁸ ou « *flash* »⁶⁰⁹ au profit d'un diagnostic pluridisciplinaire. Rien que la dénomination « bilan économique, social et environnemental » génère une compréhension économique, sociale et environnementale de l'entreprise en procédure collective, d'où la distinction entre ce bilan et le bilan social d'une part (**A**), entre ce bilan et le bilan comptable d'autre part (**B**)⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Ph. PEYRAMAURE, « Droit des entreprises en difficulté ; le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », *op. cit.*, spéc. p. 63.

⁶⁰⁷ Il ressort de rendez-vous pris avec des professionnels du droit des entreprises en difficulté que l'entreprise fait l'objet d'un traitement *in globo* en pratique sans se concentrer sur un seul type d'actif particulier.

⁶⁰⁸ Ph. PEYRAMAURE, « Droit des entreprises en difficulté ; le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », *op. cit.*, spéc. p. 62.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ Ph. PEYRAMAURE, « Droit des entreprises en difficulté ; le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », *op. cit.*, spéc. p. 61 : « *le bilan comptable et le bilan social ne sont en effet que les seules manifestations notables de ce phénomène dans notre droit* ».

A. La distinction entre le bilan du droit des entreprises en difficulté et le bilan du droit social

82. A la lumière de son approche globale, le bilan du droit des entreprises en difficulté se différencie du bilan du droit social. Tandis que ce dernier évalue la situation sociale de l'entreprise par des chiffres, le bilan du droit des entreprises en difficulté mesure qualitativement le potentiel humain de l'entreprise débitrice.

83. Le bilan du droit social : un bilan quantifié de la situation sociale de l'entreprise. Dès 1974, le rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise présenté par Pierre SUDREAU⁶¹¹ entendait le bilan social comme « *une base chiffrée au dialogue entre les partenaires de l'entreprise, permettant de mesurer l'effort accompli en matière sociale et de mieux situer les objectifs* »⁶¹². Compartimenté à la sphère sociale de l'entreprise, le bilan du droit social représentait jadis des données chiffrées. Or, cette restriction à la fois sociale et financière du bilan social ne correspond pas à l'approche globale du bilan économique, social et environnemental comme cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté.

Aujourd'hui, la réglementation relative au bilan social est instituée aux articles L. 2312-26 et suivants du Code du travail. La définition de cette notion est inscrite à l'article L. 2312-30 du Code du travail : « *Le bilan social récapitule les principales données chiffrées permettant d'apprécier la situation de l'entreprise dans le domaine social, d'enregistrer les réalisations effectuées et de mesurer les changements intervenus au cours de l'année écoulée et des deux années précédentes.*

Le bilan social comporte des informations sur l'emploi, les rémunérations et charges accessoires, les conditions de santé et de sécurité, les autres conditions de travail, la formation, les relations professionnelles, le nombre de salariés détachés et le nombre de travailleurs détachés accueillis ainsi que sur les conditions de vie des salariés et de leurs familles dans la mesure où ces conditions dépendent de l'entreprise ».

Le contenu du bilan social est organisé par l'article L. 2312-30, alinéa 2 du Code du travail. Il regroupe huit chapitres : emploi ; rémunérations et charges accessoires ; santé et sécurité au travail ; autres conditions de travail ; formation ; relations professionnelles ; nombre de salariés ; conditions de vie relevant de l'entreprise. En dépit des points communs entre le contenu du bilan du droit social

⁶¹¹ P. SUDREAU, Rapport sur la réforme de l'entreprise, Ed. 10/18, 1975.

⁶¹² Sur le rapport Sudreau, V° : « Comité d'études pour la réforme de l'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1975, 3/4, p. 29-30.

et celui du volet social⁶¹³ du bilan du droit des entreprises en difficulté, il n'en demeure pas moins que la description chiffrée de la situation sociale par le bilan social au sens de l'article L. 2312-30, alinéa 1^{er} du Code du travail tranche avec la conception extra-monnaire du bilan économique, social et environnemental.

84. Le bilan du droit des entreprises en difficulté : un bilan qualitatif du potentiel humain.

Le bilan économique, social et environnemental ne prend pas seulement en compte la dimension sociale de l'entreprise en difficulté. Dans l'intitulé de cette notion du droit des entreprises en difficulté, il y a deux autres volets : le volet économique et le volet environnemental. Donc, le bilan du droit des entreprises en difficulté repose sur une approche globale *a contrario* du bilan du droit social restreint à une approche sociale de l'entreprise. La dimension sociale du bilan économique, social et environnemental équivaut à une dimension humaine qui ne se résout pas en termes descriptifs et quantitatifs. Parallèlement au bilan du droit social, le bilan du droit des entreprises en difficulté retient une appréciation qualitative du personnel de l'entreprise en difficulté⁶¹⁴. Cette orientation sociale du bilan économique, social et environnemental est la manifestation de l'importance des hommes dans l'efficacité de l'entreprise et de leur capacité à parvenir à son redressement. L'évaluation qualitative du potentiel humain est alors primordiale de haut en bas de la hiérarchie⁶¹⁵. En définitive, ces considérations sociales du bilan du droit des entreprises en difficulté montrent que celui-ci est le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel pour deux raisons. Premièrement, les trois volets dudit bilan caractérisent trois sortes de « potentialités » de l'entreprise en procédure collective⁶¹⁶. L'évaluation non chiffrée du potentiel humain par le bilan économique, social et environnemental coïncide deuxièmement avec l'actif immatériel, dont le fondement n'est pas issu des comptes annuels de l'entreprise.

85. Transition. L'approche globale du bilan économique, social et environnemental contribue à opposer ce bilan du droit des entreprises en difficulté au bilan du droit social. Bilan quantifié de la situation sociale de l'entreprise, le second ne peut fonder la valorisation de l'actif immatériel parafinancier qui dépasse l'aspect social. En revanche, le premier peut constituer un cadre privilégié des « potentialités », dans la mesure où il apprécie qualitativement le potentiel humain.

⁶¹³ *Infra*, n° 115, 120.

⁶¹⁴ *Infra*, n° 115, 120.

⁶¹⁵ Ph. PEYRAMAURE, « Droit des entreprises en difficulté ; le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », *op. cit.*, spéc. p. 62.

⁶¹⁶ *Infra*, n° 114, 115, 116, 120.

Le bilan du droit des entreprises en difficulté ne doit pas non plus se confondre avec un outil du droit comptable déjà abordé⁶¹⁷.

B. La distinction entre le bilan du droit des entreprises en difficulté et le bilan du droit comptable

86. Entre le bilan du droit des entreprises en difficulté et le bilan du droit comptable, il y a une distinction qui s'explique par l'approche globale du bilan économique, social et environnemental. Certes, il existe une apparente filiation entre ces deux bilans. Mais, il s'avère en réalité que ce lien se relâche, s'agissant du fondement de valorisation de l'actif immatériel.

87. Le resserrement du lien entre le bilan du droit des entreprises en difficulté et le bilan du droit comptable. Le volet économique du bilan du droit des entreprises en difficulté renvoie apparemment à un volet comptable, d'où la synergie entre celui-ci et le bilan du droit comptable. En effet, il dresse une photographie de la situation de l'entreprise en difficulté pour en livrer une image fidèle dès les premiers instants de la période d'observation⁶¹⁸. Or, le bilan comptable est défini, rappelons-le, comme une photographie figée du patrimoine de l'entité qui décrit rétrospectivement l'actif et le passif⁶¹⁹. C'est pourquoi, un auteur a écrit que le bilan économique, social et environnemental mettrait en œuvre une analyse descriptive, chiffrée, inerte, sans vie, froide de la situation de l'entreprise à l'instar du bilan comptable⁶²⁰. « *Ce bilan n'est pas une simple analyse comptable de la situation de l'entreprise, quoi qu'il s'appuie sur les comptes* »⁶²¹. « *Il n'est pas qu'une simple analyse comptable* »⁶²².

88. Le relâchement du lien entre le bilan du droit des entreprises en difficulté et le bilan du droit comptable. Contrairement au bilan comptable, le bilan économique, social et environnemental constitue réellement le cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté, car il est détaché d'une conception financière. Comme son nom l'indique, le bilan du droit des entreprises en difficulté ne contient aucun volet comptable. En effet, il est structuré sur une approche globale réunissant trois volets : un volet économique, un volet social et un volet environnemental. « *En dépit de l'imprécision, sans doute inévitable, de la formule légale, la*

⁶¹⁷ *Supra*, n° 33 à 46.

⁶¹⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 924, p. 619-620.

⁶¹⁹ *Supra*, n° 33, 39 à 46.

⁶²⁰ S. SOLOTAREFF, « Sur le diagnostic d'entreprise », *RJ com* 2009, n° 2, p. 90-95, spéc. p. 91.

⁶²¹ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », *Rép. com*, Dalloz, 2019, n° 195.

⁶²² D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 393, p. 192.

réflexion doit porter sur la situation d'ensemble de l'entreprise et non sur les seuls aspects patrimoniaux »⁶²³. D'après la doctrine, le bilan économique, social et environnemental n'est dès lors pas un bilan comptable⁶²⁴. « *Il ne s'agit donc pas d'un bilan au sens comptable, mais plutôt d'un examen de la situation économique et sociale antérieure de l'entreprise* »⁶²⁵. Partant, le bilan du droit des entreprises en difficulté engendre une représentation formelle et fonctionnelle de l'entreprise tout en lui confiant « *une nouvelle identité, tout à la fois distincte et réputée plus complète, plus crédible que son image strictement juridique ou strictement comptable* »⁶²⁶. En ce sens, le bilan économique, social et environnemental est plus général que le bilan comptable limité à une image purement financière de l'entreprise. C'est pourquoi, « *toutes les facettes de l'activité de l'entreprise, depuis la production jusqu'à la commercialisation, en passant par le financement, la gestion du personnel et désormais, le cas échéant, les répercussions de son activité en termes écologiques, doivent être examinées en vue de recenser et d'expliquer les problèmes* »⁶²⁷. « *Le bilan ne désigne dès lors pas un simple document comptable mais un véritable diagnostic sur la situation globale de l'entreprise* »⁶²⁸. Dans le même ordre d'idées, « *il faut en déduire que ce bilan est le fruit d'un véritable diagnostic, et non pas seulement un document récapitulatif comptable additionnant et classant des informations quantitatives sur l'entreprise* »⁶²⁹. Pareillement, « *[l]e bilan économique et social n'est pas un véritable bilan, comme une application du bilan comptable à l'entreprise en difficulté. En réalité, il s'agit plus exactement d'un document d'analyse et de synthèse, en quelque sorte, une catégorie particulière de rapport établi par l'administrateur au cours de la période d'observation. Ce dernier doit trouver les causes de la défaillance de l'entreprise et en analyser l'importance, afin de mettre en avant ses capacités à se redresser* »⁶³⁰. Ainsi, l'aspect quantitatif du bilan économique, social et environnemental est subsidiaire par rapport au bilan comptable. Il est question sur le fondement du bilan du droit des entreprises en difficulté de positionner l'entreprise débitrice dans le processus qui la mène à la défaillance. Pour ce faire, les organes de la procédure collective recherchent les causes de ses difficultés en identifiant ses forces

⁶²³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 855, p. 376.

⁶²⁴ Ph. PEYRAMAURE, « Droit des entreprises en difficulté ; le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », op. cit., spéc. p. 62.

⁶²⁵ P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 235, p. 217 ; V° aussi : Rapp. G. GOUZES, Ass. nat. 1984, n° 1872, p. 53.

⁶²⁶ Y. DELAZAY, « De la faillite au redressement des entreprises en difficulté : La redéfinition de la division du travail entre le notable, l'homme du droit et l'expert et l'importation du modèle américain du professionnel du conseil en entreprise », *Droit et sociétés* 1987, n° 7, p. 379, spéc. 391.

⁶²⁷ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 855, p. 376.

⁶²⁸ F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », *Fasc. 2600*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019, n° 14.

⁶²⁹ A. JACQUEMONT, R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 692, p. 430.

⁶³⁰ C. LEBEL, *L'élaboration du plan de redressement de l'entreprise en redressement judiciaire*, PUAM, 2000, spéc. p. 73 et s.

et ses faiblesses, ses capacités à utiliser les unes et à surmonter les autres. C'est vraisemblablement à cette occasion que l'actif immatériel inédit est révélé d'autant plus que le bilan économique, social et environnemental donne des renseignements d'une autre nature que comptable. Cet « *instrument essentiel d'information* »⁶³¹ informe effectivement de la volonté des actionnaires d'apporter de nouveaux capitaux, de la position des fournisseurs pour des relations commerciales futures, de la décision des salariés de quitter l'entreprise, de l'existence de procédures internes permettant la coordination des différents services, etc⁶³². Or, il s'agit d'« *informations pertinentes non traduites en comptabilité* »⁶³³. De la sorte, la quantification intervient *a posteriori*, afin d'éclairer l'importance du sinistre et son poids sur le plan. Cela signifie donc que le bilan du droit des entreprises en difficulté pourrait au préalable identifier les « potentialités » non quantifiées de l'entreprise en procédure collective, dont le fondement de valorisation est extra-comptable.

89. Transition. Par une approche globale, le bilan économique, social et environnemental constitue le cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté. A ce titre, il se distingue du bilan comptable. De prime abord comptable, le bilan du droit des entreprises en difficulté n'est pas en réalité cloisonné à une conception chiffrée de l'entreprise. Il intègre des « potentialités » qui ne figurent pas dans le bilan comptable.

De surcroît, la particularité du bilan économique, social et environnemental comme cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté résulte d'un facteur temps.

§2. L'approche temporelle du bilan économique, social et environnemental

90. L'avenir de l'entreprise saisi par le bilan économique, social et environnemental. Le facteur temps est un argument supplémentaire en faveur de l'émergence d'un actif immatériel fondé sur le bilan économique, social et environnemental. Saisissant l'avenir de l'entreprise, cet outil économique constitue le cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté. En effet, le bilan économique, social et environnemental s'empare de l'avenir de l'entreprise de deux façons. Premièrement, il représente la situation future de l'entreprise (**A**). En second lieu, les fonctions dudit bilan sont édictées dans une optique de redressement de l'entreprise en difficulté (**B**).

⁶³¹ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 807, p. 213.

⁶³² A. JACQUEMONT, R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 692, p. 430.

⁶³³ *Ibid.*

A. La représentation de la situation future de l'entreprise

91. La démarche prospective du bilan économique, social et environnemental. La spécificité du droit des entreprises en difficulté est confirmée du point de vue de l'approche temporelle du bilan économique, social et environnemental. Document prospectif, le bilan du droit des entreprises en difficulté est aux antipodes du document rétrospectif du droit comptable. A titre de rappel, le bilan comptable fait l'objet d'un caractère temporel, en ce qu'il classe des données chiffrées sur l'histoire de l'entreprise⁶³⁴. Or, ceci justifie la prévalence d'un fondement économique de valorisation de l'actif immatériel vis-à-vis d'un fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel. En somme, le bilan économique, social et environnemental prime le bilan comptable quant à l'appréhension temporelle de l'actif immatériel, et particulièrement des « potentialités ».

Ce faisant, le bilan économique, social et environnemental conserve un aspect rétrospectif. « *Le bilan économique et social précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise* » indique le législateur à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. Fréquemment qualifié d'« *examen de la situation économique et sociale antérieure de l'entreprise* »⁶³⁵ par la doctrine, le bilan du droit des entreprises en difficulté est assurément pourvu d'une dimension rétrospective. « *Cette analyse rétrospective, nourrie des informations que le juge-commissaire peut procurer à l'administrateur grâce à la faculté que lui reconnaît la loi (L. 623-2) d'interroger différents interlocuteurs (banques, administrations, conseils du débiteur) susceptibles de lui donner une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur, permettra de proposer un traitement, sous la forme d'un projet de plan (L. 626-2) comportant des volets économique, financier, social et, le cas échéant environnemental* »⁶³⁶. Par une analyse rétrospective, le bilan économique, social et environnemental est « *un constat de la gestion passée* »⁶³⁷. « *Afin de permettre au tribunal de se prononcer judicieusement sur le sort de l'entreprise, mais aussi à l'administrateur d'élaborer un projet crédible, la situation passée de l'entreprise doit être connue* »⁶³⁸. « *Pour préparer efficacement l'avenir de l'entreprise, il faut d'abord connaître son passé* »⁶³⁹.

Pour nous, le bilan du droit des entreprises en difficulté caractérise principalement le siège d'éléments prospectifs. Selon le Professeur LE CORRE, « *Le bilan économique et social est de*

⁶³⁴ *Supra*, n° 40, 41.

⁶³⁵ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 235, p. 217 ; V° aussi : Rapp. G. GOUZES, Ass. nat. 1984, n° 1872, p. 53.

⁶³⁶ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 309, p. 287.

⁶³⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 924, p. 619.

⁶³⁸ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », *op. cit.*, n° 194.

⁶³⁹ F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », *op. cit.*, n° 6.

première importance pour l'avenir de l'entreprise »⁶⁴⁰. En effet, cet instrument prospectif est la condition *sine qua non* de l'identification des « effets de leviers »⁶⁴¹. Plus précisément, il s'agit des « potentialités » qui seront valorisées par les techniques du droit des entreprises en difficulté⁶⁴². En pratique⁶⁴³, le bilan du droit des entreprises en difficulté est doté d'une rubrique « perspectives de redressement »⁶⁴⁴. Or, cet intitulé appelle à ne pas négliger la situation future de l'entreprise, donc *in fine* ses « potentialités ». D'abord, le terme « perspectives » désigne dans le langage courant⁶⁴⁵ un ensemble d'événements, de projets ou évolution, devenir de quelque chose qui se présente comme probable ou possible ; éventualité, horizon. Puis, la notion de redressement traduit la finalité économique des procédures collectives qui a trait au rebond de l'entreprise sur le marché *nonobstant* les difficultés.

92. La définition prospective des « potentialités ». La démarche prospective du bilan économique, social et environnemental est parfaitement conciliable avec la définition prospective des « potentialités » de l'entreprise en difficulté. En d'autres termes, l'approche temporelle du bilan du droit des entreprises en difficulté permet de dessiner les contours d'un actif immatériel inédit : soit la « potentialité de l'actif », soit la « potentialité d'actif ». La durée est, réitérons-le, tantôt un critère de valorisation, tantôt un critère de qualification⁶⁴⁶ de l'actif immatériel. A notre sens, il faut entendre les « potentialités » de l'entreprise en procédure collective comme un actif immatériel qui existe en puissance dans le bilan économique, social et environnemental, dont les retombées économiques sont futures grâce aux techniques de valorisation du droit des entreprises en difficulté⁶⁴⁷. C'est un actif dépourvu de *corpus* mais distinct d'un actif incorporel qui se déploie dans le temps, d'où la corrélation évidente entre la démarche prospective du bilan économique, social et environnemental et cette définition prospective des « potentialités »⁶⁴⁸. Plus précisément, la « potentialité de l'actif » est un actif existant *a contrario* de la « potentialité d'actif » considérée comme un actif potentiel. La première existe déjà *per se* alors que la deuxième n'existe pas immédiatement. Contrairement à la « potentialité de l'actif » qui est actuelle ou réelle, la « potentialité d'actif » revêt un caractère potentiel ou virtuel.

⁶⁴⁰ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 491.31, p. 1181.

⁶⁴¹ C'est un terme issu de la pratique entendu lors d'un rendez-vous pris avec un professionnel du droit des entreprises en difficulté.

⁶⁴² *Infra*, partie 1, titre 2.

⁶⁴³ En effet, nous avons consulté des « vrais » bilans, en vue de valider cette réflexion sur le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel.

⁶⁴⁴ *Infra*, n° 117, 120.

⁶⁴⁵ *Le petit Larousse illustré*, 2017, V° Perspective.

⁶⁴⁶ *Infra*, n° 266, 267.

⁶⁴⁷ *Infra*, partie 1, titre 2.

⁶⁴⁸ *Supra*, n° 12.

93. Transition. Cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté, le bilan économique, social et environnemental saisit l'avenir de l'entreprise. Dans la mesure où il représente la situation future de l'entreprise, cet outil économique est établi sur une démarche prospective. Or, c'est cette approche temporelle qui donne lieu à la définition prospective des « potentialités » de l'entreprise en procédure collective.

Par ailleurs, la révélation de cet actif immatériel dépend d'un paramètre fonctionnel.

B. Les fonctions du bilan économique, social et environnemental

94. La fonction de diagnostic. La première fonction allouée au bilan du droit des entreprises en difficulté est de préciser « *l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise* » en vertu de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. C'est la démarche diagnostic⁶⁴⁹ du bilan économique, social et environnemental qui diffère de la démarche thérapeutique de traitement⁶⁵⁰ du projet de plan.

Cependant, il ne faut pas croire que par ce « *temps de diagnostic* »⁶⁵¹ le bilan du droit des entreprises en difficulté fournit une lecture de l'entreprise identique à celle du bilan du droit comptable. Le diagnostic de la situation de l'entreprise par le bilan économique, social et environnemental fait état d'un facteur temporel qui n'est pas celui du fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel. Mélange de chiffres et de rédaction, cet outil économique ne se conçoit pas, a-t-on dit, comme une analyse descriptive, chiffrée, inerte, sans vie, froide de la situation de l'entreprise⁶⁵². Cette thèse sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté plaide le contraire en arguant que ce bilan est le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel. Ce cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté décrit les forces et les faiblesses de l'entreprise en procédure collective de manière dynamique et non figée, c'est-à-dire dans le dessein de sa pérennité. Même si le bilan économique, social et environnemental « *permet un premier diagnostic de la situation de l'entreprise, mais encore superficiel, car l'état actif et passif de celle-ci est encore mal connu* »⁶⁵³, il révèle l'existence d'un actif immatériel original : la « potentialité ».

⁶⁴⁹ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 309, p. 287.

⁶⁵⁰ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », op. cit., n° 193.

⁶⁵¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 923, p. 619.

⁶⁵² S. SOLOTAREFF, « Sur le diagnostic d'entreprise », op. cit., spéc. p. 91.

⁶⁵³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 924, p. 620.

95. La fonction de résultat. La seconde fonction, dont le bilan du droit des entreprises en difficulté est investi, l'élève en instrument finalisé bâti vers le potentiel de l'entreprise en difficulté. « *Au vu du bilan économique, social et, le cas échéant, environnemental, le débiteur, avec le concours de l'administrateur, propose un plan, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L. 622-10* »⁶⁵⁴. Partant, le résultat du bilan économique, social et environnemental est la confection d'un plan en raison de l'emploi des mots « au vu » par le législateur. Or, nous verrons plus tard que le plan constitue une technique de valorisation de l'actif immatériel révélé par le bilan du droit des entreprises en difficulté⁶⁵⁵. En définitive, cette démarche fonctionnelle du bilan fait allusion à son approche temporelle qui fonde d'ailleurs la révélation de l'existence des « potentialités » de l'entreprise débitrice.

De façon générale, tout élément prospectif inscrit dans le bilan économique, social et environnemental doit être apprécié à l'épreuve du plan. Le succès de celui-ci est consubstantiel à celui-là. « *Un bon plan, c'est d'abord un bon diagnostic* »⁶⁵⁶. En cette occurrence, la présentation *a posteriori* d'un plan suppose que soit dressé avant tout un bilan économique, social et environnemental au sens des articles R. 623-1, R. 623-2 et R. 631-28 du Code de commerce.

De manière plus précise, la connivence entre ces deux outils économiques du droit des entreprises en difficulté atteint son paroxysme en ce qui concerne le volet environnemental⁶⁵⁷. Selon les articles L. 626-2, alinéa 4 et L. 631-19 du Code de commerce, le projet de plan doit tenir compte des « *travaux recensés dans le bilan environnemental* ».

Malgré la continuité entre le bilan et le plan, le premier reste néanmoins insuffisant pour construire un plan. Entre les deux, il y a des « effets de retournement »⁶⁵⁸ qui sont effectivement mis en œuvre par le plan. Aussi, la dimension prospective est davantage prononcée dans le plan que dans le bilan. Quoi qu'il en soit, le bilan économique, social et environnemental introduit les « potentialités » qui sont ensuite perpétuées par le plan en droit des entreprises en difficulté.

96. Conclusion de section. La révélation d'un nouvel actif immatériel est fondée sur le bilan économique, social et environnemental des procédures collectives. Ce fondement économique de valorisation de l'actif immatériel constitue le cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté. Or, ce bilan souligne la spécificité du droit des entreprises en difficulté au regard des

⁶⁵⁴ Cf article L. 626-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

⁶⁵⁵ *Infra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

⁶⁵⁶ Ph. PEYRAMAURE, « Les entretiens de la sauvegarde du 28 janvier 2008 », *Dict. perm. diff. ent.*, 291, p. 4439 ; V° aussi la préface de P. DIDIER, in *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, spéc. p. 8.

⁶⁵⁷ *Infra*, n° 106, 116.

⁶⁵⁸ Terme issu de la pratique entendu lors d'un rendez-vous pris avec un professionnel du droit des entreprises en difficulté.

autres branches du droit privé, ce qui suppose une analogie entre cette structure spéciale du droit des entreprises en difficulté et d'autres notions proches.

D'un côté, la spécificité du droit des entreprises en difficulté est mise en avant à travers l'approche globale du bilan économique, social et environnemental. Or, cette globalisation permet de distinguer le bilan du droit des entreprises en difficulté de deux occurrences voisines : d'une part, le bilan du droit social quantifiant la situation sociale de l'entreprise et d'autre part, le bilan du droit comptable chiffrant l'actif et le passif de l'entreprise dans une optique rétrospective. Force est alors de reconnaître que les « potentialités » non chiffrées ne reposent ni sur un cadre social, ni sur un cadre comptable.

D'un autre côté, l'approche temporelle du bilan économique, social et environnemental accroît la spécificité du droit des entreprises en difficulté en saisissant l'avenir de l'entreprise à deux égards. D'abord, la représentation de la situation future de l'entreprise par ce bilan explique qu'il procède à une démarche prospective jugée supérieure à une démarche rétrospective. Or, cette démarche prégnante encourage une définition prospective des « potentialités ». Les fonctions du bilan du droit des entreprises en difficulté font ensuite état d'une approche temporelle qui est autonome aux procédures collectives. Diagnostiquant la situation de l'entreprise en difficulté dans la perspective d'un plan, cet outil économique identifie les « potentialités » au niveau temporel.

La révélation d'un actif immatériel particulier est en outre fondée sur le bilan économique, social et environnemental dans les procédures collectives.

Section 2. Le bilan économique, social et environnemental : le cadre des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté

97. La spécificité en droit des entreprises en difficulté. Fondement économique de valorisation de l'actif immatériel, le bilan économique, social et environnemental est le cadre des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté. La mise en valeur de ce cadre nous convie cette fois-ci à adopter un champ d'investigation purement interne au droit des entreprises en difficulté. Il s'agit de vérifier la spécificité de cet outil économique dans le contexte des procédures collectives. En la matière, le bilan économique, social et environnemental se distingue du projet de plan non seulement d'un point de vue formel (§1), mais aussi d'un point de vue matériel (§2).

§1. La distinction formelle entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan

98. De la confusion originaire. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985⁶⁵⁹, le bilan économique, social et environnemental était enchevêtré avec le projet de plan. « *Pendant longtemps, le bilan n'a pas été différencié du projet de plan* »⁶⁶⁰. Autrefois, le débiteur présentait au tribunal un rapport d'ensemble dans lequel étaient analysées simultanément les difficultés et exposées les chances de redressement de l'entreprise⁶⁶¹. Par conséquent, ce rapport réunissait en un document unique le bilan et le projet de plan. Or, cette confusion originaire réduisait fortement la portée du bilan économique, social et environnemental en droit des entreprises en difficulté. Techniquement, le bilan était considéré comme un simple « *exposé des motifs* »⁶⁶² du rapport déposé par l'administrateur judiciaire au greffe du tribunal⁶⁶³. La raison d'être de cet outil économique était ainsi chahutée. A cet emmêlement formel s'ajoutaient une absence de sanction en cas de non-respect du bilan et du projet de plan et une jurisprudence hostile à toute démarche de distinction entre ces deux documents économiques en droit des entreprises en difficulté⁶⁶⁴. De la sorte, la valeur juridique demeurait fortement limitée.

99. A la désunion en 2005. Fort de ce constat formellement opaque, le législateur⁶⁶⁵ a réagi. C'est la loi de sauvegarde des entreprises qui a reconnu la distinction formelle entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan⁶⁶⁶. Cette distinction est observée à un double échelon : personnel et légal.

D'une part, ce ne sont pas les mêmes auteurs qui participent à l'élaboration du bilan économique, social et environnemental et du projet de plan⁶⁶⁷. C'est en principe l'administrateur judiciaire nous dit l'article L. 623-1 du Code de commerce qui construit le bilan économique, social et environnemental avec l'assistance du débiteur et le concours potentiel d'un ou plusieurs experts.

⁶⁵⁹ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁶⁶⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 924, p. 620.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² F. DERRIDA, P. GODE, J-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, Sirey, 2^{ème} éd., 1990, n° 131.

⁶⁶³ Article L. 621-54 ancien du Code de commerce.

⁶⁶⁴ CA. Paris. 3^{ème} ch., 7 juillet 1992, *D* 1994, p. 1, Somm. F. DERRIDA : une présentation de la société dans le projet de plan pouvait véritablement tenir « *lieu de bilan économique et social* ». La non-distinction entre le bilan et le projet de plan ne constitue pas « *une atteinte à un principe fondamental de nature à légitimer un appel-nullité* ».

⁶⁶⁵ C. LEBEL, « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *GP*, 7 mars 2009, n° 66, p. 46.

⁶⁶⁶ Abrogation de l'article L. 621-54 du Code de commerce.

⁶⁶⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 924, p. 620.

Il est donc « *exclusivement l'œuvre de l'administrateur* »⁶⁶⁸. Pourtant, l'ordonnance du 18 décembre 2008⁶⁶⁹ a mis le débiteur au centre du dispositif de la procédure de sauvegarde⁶⁷⁰. « *Ce pouvoir exclusif se justifie par la nécessité pour les juges d'avoir une information impartiale, que le débiteur, même s'il a une connaissance personnelle et directe des difficultés de son entreprise, n'est pas le mieux placé pour fournir* »⁶⁷¹. Contrairement au débiteur, « *ce professionnel est en mesure de décrire et d'expliquer de manière objective la situation actuelle de l'entreprise* »⁶⁷². « *L'administrateur est particulièrement bien placé pour porter sur la situation du débiteur le regard impartial d'un technicien* »⁶⁷³. « *Le recours à un spécialiste est indispensable* »⁶⁷⁴. A nos yeux, l'administrateur judiciaire est un organe clé de la procédure collective. « *L'administrateur judiciaire détient un rôle clé dans les procédures collectives, en gérant aux côtés de dirigeants le quotidien des entreprises en difficulté* »⁶⁷⁵. « *A la différence des conseils, il est immergé dans l'entreprise à laquelle il va apporter son savoir-faire dans les situations les plus délicates, d'absence de trésorerie, de conflits internes, de relations difficiles avec les fournisseurs* »⁶⁷⁶. En particulier, il lui appartiendrait de révéler l'actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté quand il établit le bilan économique, social et environnemental. La stratégie de redressement de l'entreprise en difficulté est effectivement tributaire de ce mandataire de justice, qu'il s'agisse de la révélation de l'existence des « potentialités » ou de la valorisation des « potentialités » par la technique du plan⁶⁷⁷.

A l'inverse, la proposition du plan émane du débiteur avec le concours de l'administrateur judiciaire en cas de nomination selon les articles L. 626-2 et L. 627-3 du Code de commerce. Cela étant, ce qui est vrai pour le plan de sauvegarde ne l'est pas pour le plan de redressement. Dans la procédure de redressement judiciaire, le plan est en ce sens proposé par l'administrateur judiciaire⁶⁷⁸.

D'autre part, le législateur trace une frontière dans la réglementation entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan⁶⁷⁹. Des textes régissent spécifiquement tel ou tel document. L'article L. 623-1 du Code de commerce régit le bilan économique, social et

⁶⁶⁸ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », *op. cit.*, n° 194.

⁶⁶⁹ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁶⁷⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 925, p. 620.

⁶⁷¹ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », *op. cit.*, n° 200.

⁶⁷² F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », *op. cit.*, n° 8.

⁶⁷³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 855, p. 376

⁶⁷⁴ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 73.12, p. 205.

⁶⁷⁵ C. CAVIGLIOLI, « La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire », *RLDA*, suppl. mars 2005, p. 28, spéc. 1^{ère} partie.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ *Infra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

⁶⁷⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 929, p. 624.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, n° 924, p. 620.

environnemental alors que le projet de plan est orchestré par l'article L. 626-2 du Code de commerce. « Dans cette perspective, le bilan économique, social, voire environnemental est nettement distingué du projet de plan par plusieurs dispositions : le projet est proposé au vu du diagnostic réalisé par le bilan »⁶⁸⁰.

En définitive, la raison de la distinction formelle entre le bilan et le projet de plan viendrait de la différence de fonction des deux instruments. Pour rappel, il est confié au bilan économique, social et environnemental deux fonctions : premièrement, une fonction de diagnostic⁶⁸¹ et deuxièmement, une fonction de résultat⁶⁸². Favorisant le redressement de l'entreprise en difficulté, le plan est une technique de valorisation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté⁶⁸³ qui a été révélé en amont par le bilan économique, social et environnemental. Partant, la désunion entre le bilan et le projet de plan grâce à la loi du 26 juillet 2005⁶⁸⁴ a des répercussions positives, concernant l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. En effet, chacun a un rôle différent dans la perception de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Si le bilan économique, social et environnemental révèle l'existence des « potentialités », le plan intervient comme technique de valorisation⁶⁸⁵. En clair, le plan prévoit la valorisation des « potentialités » dès lors qu'elles ont été préalablement identifiées par le bilan économique, social et environnemental.

100. Transition. Le bilan économique, social et environnemental est le cadre des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté qui diffère formellement du projet de plan. Hier confondus, ils bénéficient d'une existence autonome depuis 2005. Or, cette désunion est salutaire pour les « potentialités » qui sont d'abord identifiées par le bilan, puis valorisées par le plan. Aussi, il y a une distinction *ratione materiae* entre le bilan et le projet de plan qui permet d'ailleurs de préciser la consistance de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté.

§2. La distinction matérielle entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan

101. La consécration d'un film des « potentialités ». Cadre des « potentialités », le bilan économique, social et environnemental se distingue matériellement du projet de plan en droit des

⁶⁸⁰ F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », *op. cit.*, n° 8.

⁶⁸¹ *Supra*, n° 94.

⁶⁸² *Supra*, n° 95.

⁶⁸³ *Infra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

⁶⁸⁴ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁶⁸⁵ *Infra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

entreprises en difficulté. Si le projet de plan renferme des éléments circonscrits (A), le bilan est en revanche caractérisé par un contenu vaste, ce qui est opportun pour la présente étude qui souhaite consacrer *de lege ferenda* les « potentialités » grâce au droit des entreprises en difficulté. Photographie de la situation de l'entreprise en difficulté, le bilan économique, social et environnemental constitue selon nous un film des « potentialités » en raison de sa dimension temporelle⁶⁸⁶ (B).

A. Le contenu circonscrit du projet de plan

102. Exposé du contenu du projet de plan par l'article L. 626-2 du Code de commerce.

Introduit dès 1967⁶⁸⁷ en droit des entreprises en difficulté, le plan est « *un ensemble de mesures définissant les conditions de l'exploitation de l'entreprise et de règlement du passif, telles qu'elles sont acceptées par des personnes qui s'engagent à exécuter le plan et auxquelles le tribunal confère force obligatoire et opposabilité erga omnes* »⁶⁸⁸. Son contenu est défini restrictivement par le législateur. « *Celui-ci organise, dans une perspective économique, la poursuite de l'activité avec d'éventuelles modifications, en expose les conditions sociales et définit le traitement du passif* »⁶⁸⁹. Pour la procédure de sauvegarde, l'article L. 626-2 du Code de commerce⁶⁹⁰ dispose que : « *Au vu du bilan économique, social et, le cas échéant, environnemental le débiteur, avec le concours de l'administrateur, propose un plan, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L. 622-10.*

Le projet de plan détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles.

Il définit les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution.

Ce projet expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité. Lorsque le projet prévoit des licenciements pour motif économique, il rappelle les mesures déjà intervenues et définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. Le projet tient compte des travaux recensés par le bilan environnemental.

⁶⁸⁶ *Supra*, n° 90 à 95.

⁶⁸⁷ V° l'article 14 de l'ordonnance du 23 septembre 1967 sur la suspension provisoire des poursuites prévoyant un plan de redressement économique et financier de l'entreprise assorti d'un plan d'apurement collectif du passif.

⁶⁸⁸ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 861, p. 379.

⁶⁸⁹ F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », *op. cit.*, n° 44.

⁶⁹⁰ Et sur renvoi l'article L. 631-19, I du Code de commerce pour la procédure de redressement judiciaire.

Il recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers. Il indique la ou les activités dont sont proposés l'arrêt ou l'adjonction ».

En réalité, ce texte doit être lu en même temps que l'article L. 620-1 du Code de commerce⁶⁹¹. A la lecture de l'article L. 626-2 du Code de commerce, on relève que les rubriques du projet de plan sont délimitées *ratione materiae* par la loi. En effet, ce projet comprend « quatre volets théoriquement indissociables »⁶⁹² : un volet économique aux alinéas 2 et 5, un volet financier à l'alinéa 3, un volet social et un volet environnemental à l'alinéa 4⁶⁹³. « *Le futur plan doit assurer la pérennité de l'entreprise du débiteur, tout en réglant son passif et en défendant au mieux l'emploi, quitte éventuellement à couper quelques branches, c'est-à-dire à prévoir des cessions partielles d'actifs ou des arrêts, également partiels, d'activités : on conviendra que c'est moins l'énoncé de ces quatre volets que leur combinaison qui peut poser problème* »⁶⁹⁴.

103. Le volet économique du projet de plan. La finalité économique du projet de plan vise non seulement les modifications du périmètre de l'entreprise à l'article L. 626-2, alinéa 5 du Code de commerce, mais aussi et surtout les « perspectives de redressement » à l'alinéa 2. Partant, il faut prouver que l'entreprise est « viable »⁶⁹⁵ par cet « instrument juridique d'une extrême souplesse »⁶⁹⁶. « *Les forces et faiblesses de l'entreprise mises en évidence, comme dans tout diagnostic, sont ainsi présentées non seulement dans le cadre interne (analyse de la situation financière – organisation interne de l'entreprise – qualité des ressources humaines, etc) mais aussi en fonction de l'état du marché (produits en fin de cycle, état de la concurrence, etc)* »⁶⁹⁷. Déjà étudiée⁶⁹⁸, la notion de « perspectives de redressement » est particulièrement adaptée à la définition prospective des « potentialités »⁶⁹⁹, lesquelles peuvent être d'ailleurs considérées comme des « forces de l'entreprise ». « *Tout projet de plan tendant à la réorganisation par le débiteur de son entreprise détermine des perspectives d'avenir* »⁷⁰⁰. Dans la même veine, le projet de plan « doit

⁶⁹¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 864, p. 379.

⁶⁹² A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 693, p. 431.

⁶⁹³ F-X. LUCAS, « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », in « La loi du 25 juillet a vingt ans », Entre bilan et réforme, Colloque, Toulouse, 2005, RLDA, supp. mars 2005, n° 80, p. 35 et C. CAVIGLIOLI, « La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire », *ibidem*, p. 28 ; Sur les plans en général, V° le dossier : « Les plans dans le livre VI du Code de commerce » in J. VALLANSAN (dir.), *RPC*, mai 2015, n° 3, art. 36-49.

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 865, p. 380.

⁶⁹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 931, p. 625.

⁶⁹⁷ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 694, p. 431.

⁶⁹⁸ *Supra*, n° 91.

⁶⁹⁹ *Supra*, n° 92.

⁷⁰⁰ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 695, p. 432.

présenter un tableau complet et suffisamment précis de l'avenir possible de l'entreprise »⁷⁰¹. « *Le plan envisage donc l'avenir possible de l'entreprise* »⁷⁰². En déterminant généralement les « perspectives d'avenir » et « l'avenir possible de l'entreprise », ce « *temps de prospective* »⁷⁰³ prendrait particulièrement en compte les « potentialités » définies prospectivement⁷⁰⁴. Or, la reprise des « perspectives de redressement » par le volet économique du projet de plan signifie que celui-ci poursuit la démarche entreprise par le bilan économique, social et environnemental. « *Il s'agit du volet purement économique du projet qui, à partir du bilan établi, doit envisager l'avenir de l'entreprise, sa poursuite d'activité* »⁷⁰⁵. Il valorise effectivement un nouvel actif immatériel qui a été précédemment identifié par le bilan économique, social et environnemental. En matière d'actif immatériel, il semblerait *nonobstant* la distinction que le projet de plan réponde au bilan sous l'angle du volet économique.

104. Le volet financier du projet de plan. Définissant « *les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution* », l'article L. 626-2, alinéa 3 du Code de commerce fait écho au volet financier du projet de plan. Il applique la finalité traditionnelle des procédures collectives tenant au désintéressement des créanciers⁷⁰⁶. Parce que l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté est démuné d'un fondement comptable de valorisation, l'objectif financier du projet de plan est indifférent à la valorisation des « potentialités ». En cette occurrence, l'appréhension de l'actif immatériel par la valorisation en droit des entreprises en difficulté est davantage fondée sur la finalité économique de redressement que sur la finalité financière de désintéressement des créanciers, d'où l'exclusion du volet financier du projet de plan. Au lieu d'être utilisé comme une « *sorte de moratoire de paiement* »⁷⁰⁷, le plan est exploité comme une « *technique de sauvetage de l'entreprise* »⁷⁰⁸ au titre de la valorisation.

105. Le volet social du projet de plan. A l'image de l'article L. 626-2, alinéa 4 du Code de commerce, le projet de plan contient un volet social qui est découpé en deux. D'une part, le projet de plan accompagne les licenciements pour motif économique des salariés dans les conditions du

⁷⁰¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 864, p. 379-380.

⁷⁰² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 931, p. 625.

⁷⁰³ *Ibid.*, n° 923, p. 619.

⁷⁰⁴ *Supra*, n° 92.

⁷⁰⁵ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », op. cit., n° 215.

⁷⁰⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 932, p. 626.

⁷⁰⁷ *Ibid.* C'est en ce sens que le plan de sauvegarde se distingue du plan de redressement souvent considéré comme un plan d'apurement du passif : CA. Bordeaux, 2^{ème} ch. civ. 25 juin 2008, *RTD com.* 2010, p. 185, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; J. VALLANSAN, « Plan d'apurement et plan de redressement, A propos d'un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 25 juin 2008 », *JCP E* 2008, n° 2435, p. 29.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

droit commun, « afin d'éviter qu'elle [la procédure de sauvegarde] ne devienne un instrument de gestion de la masse salariale »⁷⁰⁹. D'autre part, les perspectives d'emploi sont examinées par le projet de plan. Si le volet social du projet de plan est « fondamental »⁷¹⁰ pour le législateur eu égard au sauvetage de l'emploi⁷¹¹, il l'est derechef pour l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. En effet, la notion de « perspectives d'emploi » pourrait appréhender les « potentialités » définies prospectivement⁷¹². De la même manière, le projet de plan *via* le volet social entreprend la valorisation de l'actif immatériel singulier qui a été préalablement identifié par le bilan économique, social et environnemental. Ainsi, il y a une synergie entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan au niveau des « perspectives » concourant à l'appréhension de l'actif immatériel par la valorisation en droit des entreprises en difficulté.

106. Le volet environnemental du projet de plan. Bien que les termes retenus par le législateur soient flous⁷¹³, l'article L. 626-2, alinéa 4, *in fine* du Code de commerce évoque un volet environnemental, de sorte que les exigences environnementales pénètrent le droit des entreprises en difficulté⁷¹⁴. Si le projet de plan « tient compte » des travaux recensés par le bilan environnemental, il faut donc en déduire que le premier répond au second à propos du volet environnemental. « *Le projet de plan sera élaboré au vu du bilan environnemental* »⁷¹⁵. Comme le volet économique et le volet social, le volet environnemental du projet de plan appréhende certes l'actif immatériel para comptable en droit des entreprises en difficulté, mais pas seulement. En effet, il existe une autre valeur qui ne doit pas être oubliée dans cette thèse. Il s'agit des « potentialités de passif »⁷¹⁶ et des

⁷⁰⁹ F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », *op. cit.*, n° 50.

⁷¹⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *loc. cit.*, n° 933, p. 627.

⁷¹¹ P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n° 1511, p. 1751 ; R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, p. 2130, n° 9 ; S. VERNAC, « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », *RDT* 2006, 434 ; P-M. LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi du 26 juillet 2005) », *D.* 2005, n° 41 ; D. JACOTOT, « Droit social et droit des entreprises en difficulté », in Ph. ROUSSEL-GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012, p. 555 s.

⁷¹² *Supra*, n° 92.

⁷¹³ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 825, p. 218.

⁷¹⁴ F-G. TREBULLE, « L'environnement en droit des affaires », in *Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 1035 s. ; B. ROLLAND, « Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial », *JCP E* 2004, comm. 333, p. 367 ; « Procédures collectives et sites contaminés », *Environnement*, octobre 2006, n° 10, étude 16 ; « Les procédures collectives à l'épreuve du droit de l'environnement », *BJE*, mai 2013, n° 3, p. 184, comm. 77 ; G. TEBOUL, « Défense de l'environnement et entreprises en difficulté », *LPA*, 16 mai 2006, n° 97, p. 7 ; T. SOLEILHAC, « Entreprises en difficulté et droit de l'environnement : une délicate articulation », *RLDA*, mars 2009, n° 36, p. 2218 et s. ; V. VIDALENS, *Droit des sociétés et droit de l'environnement*, Thèse, dactyl. Toulouse, 2011.

⁷¹⁵ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 236, p. 217.

⁷¹⁶ *Supra*, n° 12, 76, 92 ; *infra*, n° 113, 116, 120, 158.

« potentialités du passif »⁷¹⁷, dont la valeur est négative. Cela renvoie à « *la problématique du traitement lourd de friches industrielles gravement polluées* »⁷¹⁸.

107. Transition. Le bilan économique, social et environnemental se distingue matériellement du projet de plan. *A contrario* du bilan, le projet de plan fait l'objet d'un contenu circonscrit. En effet, l'article L. 626-2 du Code de commerce énumère strictement les quatre volets que doit contenir le projet de plan. Or, seul le volet financier du projet de plan est expurgé de cette démonstration sur la valorisation économique de l'actif immatériel.

Préalablement à la valorisation par le projet de plan, le bilan économique, social et environnemental révèle l'existence des « potentialités » de l'entreprise débitrice à partir de la définition large de son contenu.

B. Le contenu élargi du bilan économique, social et environnemental

108. L'identification des « potentialités » de l'entreprise en difficulté. La valorisation de l'actif immatériel sur le fondement du bilan économique, social et environnemental en droit des entreprises en difficulté permet d'identifier les « potentialités » de l'entreprise en difficulté. En effet, c'est le contenu élargi de cet outil économique qui parvient à cette identification. Pour ce faire, trois étapes sont impératives. Avant d'appliquer la définition du contenu du bilan prescrite par l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce aux « potentialités » (2), il faut l'exposer (1) dans le but d'en proposer une nomenclature (3).

1. Exposé de la définition du contenu du bilan économique, social et environnemental

109. La précision des difficultés de l'entreprise par l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. Le législateur a introduit une définition large⁷¹⁹ du bilan économique, social et environnemental dans le livre VI du Code de commerce. En particulier, l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce affirme que : « *Le bilan économique et social, précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise* ». Dit autrement, le bilan économique, social et environnemental précise les difficultés de l'entreprise en prenant la forme d'un rapport. Or, cette formule légale doit faire l'objet d'une appréciation, en vue d'identifier *in fine* les « potentialités » de l'entreprise en difficulté.

⁷¹⁷ *Supra*, n° 12, 76, 92 ; *infra*, n° 113, 114, 115, 120.

⁷¹⁸ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 825, p. 218.

⁷¹⁹ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », *op. cit.*, n° 194.

110. Appréciation de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. La définition du contenu du bilan économique, social et environnemental selon l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce implique une double appréciation : théorique et pratique.

D'un point de vue théorique, le législateur se contente d'une formulation sibylline lorsqu'il définit *ratione materiae* le bilan économique, social et environnemental à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. « *En dépit de l'imprécision, sans doute inévitable, de la formule légale, la réflexion doit porter sur la situation d'ensemble de l'entreprise* »⁷²⁰. « *Pour être aussi global que possible, le bilan devra, selon la loi, avoir une portée assez étendue* »⁷²¹, d'où l'existence d'un contenu élargi dudit bilan. Au contraire de l'article L. 626-2 du Code de commerce qui décline en plusieurs alinéas les quatre volets du projet de plan⁷²², une seule phrase exprime le périmètre du bilan d'entreprise. Hormis le volet environnemental⁷²³, le législateur demeure silencieux en ce qui concerne la composition des volets du bilan économique et social. En précisant l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise, cet instrument fixe les causes de la défaillance de l'entreprise⁷²⁴. « *De cette addition des trois termes (origine – importance – nature), il faut en déduire que ce bilan est le fruit d'un véritable diagnostic, et non pas seulement un document récapitulatif comptable additionnant et classant des informations quantitatives sur l'entreprise* »⁷²⁵. « *Il s'agit de décrire et d'expliquer la situation présente de l'entreprise, dont les difficultés doivent être analysées* »⁷²⁶.

D'un point de vue pratique⁷²⁷, il nous est apparu important de confronter le bilan économique, social et environnemental de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce à la réalité en sollicitant les lumières des professionnels du droit des entreprises en difficulté. Face au laconisme du législateur dans la définition du bilan d'entreprise, une enquête de terrain s'est révélée essentielle pour valider la présente étude, et notamment le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel. Comme le mandat *ad hoc*, le législateur a souhaité, semble-t-il, retenir des termes généraux dans la définition du contenu du bilan économique, social et environnemental à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. Cette prise de position légale rend ce bilan très souple en étant capable de s'adapter à chaque entreprise en difficulté. En définitive, toute standardisation du bilan économique, social et environnemental est refusée par la pratique. Il doit être effectivement

⁷²⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 855, p. 376.

⁷²¹ M-H. MONSERIE-BON, « *Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions* », *op. cit.*, n° 194.

⁷²² *Supra*, n° 102.

⁷²³ *Infra*, n° 116.

⁷²⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 926, p. 621.

⁷²⁵ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 692, p. 430.

⁷²⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 855, p. 376.

⁷²⁷ Ce développement s'appuie sur des échanges entre nous et les praticiens du droit des entreprises en difficulté.

différencié en fonction de l'activité principale de l'entreprise, des salariés, du contexte concurrentiel/économique, de la qualité du chef d'entreprise, etc. C'est pourquoi, la rédaction extensive de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce confère une marge de manœuvre conséquente à l'administrateur judiciaire. Cet organe de la procédure collective peut concevoir un bilan économique, social et environnemental, tantôt succinct, tantôt détaillé. Or, la formulation évasive de l'article L. 623-1, alinéa 2 permet en réalité d'avoir une présentation très rigoureuse du bilan économique, social et environnemental. Il s'agit réellement d'un document très précis nécessitant plusieurs mois de travail de l'administrateur judiciaire au cours desquels il s'est déplacé dans les entreprises pour diagnostiquer la situation. Ce qui est un gage de succès dans l'identification d'un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté que l'on nomme « potentialité ». En cette occurrence, il ne faut pas voir l'administrateur judiciaire comme un coût, mais comme un service/une opportunité dans la recherche de toutes les « forces vives » de l'entreprise.

111. Transition. La définition du contenu du bilan économique, social et environnemental est reproduite largement à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. La précision des difficultés de l'entreprise par le bilan d'entreprise est appréciée à la fois en théorie et en pratique. Or, l'administrateur judiciaire est l'acteur de l'identification des « potentialités » de l'entreprise en difficulté sur le fondement du bilan économique, social et environnemental, dont le champ d'application de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce peut être combiné avec ces valeurs.

2. Applicabilité de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce aux « potentialités »

112. Précisant « *l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise* » à la lumière de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce, le bilan économique, social et environnemental identifie un actif immatériel spécial en droit des entreprises en difficulté. C'est pour cette raison que ce texte peut lui être applicable. Techniquement, il révèle l'existence d'une double valeur. Diagnostic des forces et des faiblesses de l'entreprise en difficulté, le bilan d'entreprise fait naître aussi bien des « potentialités » à valeur positive⁷²⁸ (les forces) que des « potentialités » à valeur négative⁷²⁹ (des faiblesses). Si c'est par la voie de l'identification des difficultés de l'entreprise que le bilan en droit des entreprises en difficulté identifie les « potentialités de passif » et les

⁷²⁸ *Infra*, n° 120.

⁷²⁹ *Infra*, n° 120.

« potentialités du passif », il ne faut pas occulter ses trois volets et ses perspectives de redressement dans lesquels coexistent les « potentialités de l'actif » et les « potentialités d'actif ».

113. L'identification des « potentialités de passif » et des « potentialités du passif » dans l'identification des difficultés de l'entreprise. Compte tenu de l'ambiguïté de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce, une consultation des bilans économiques, sociaux et environnementaux issus de la pratique s'est avérée fondamentale. En effet, la réalisation d'une enquête de terrain auprès des professionnels des procédures collectives a permis de valider le bilan économique, social et environnemental comme révélateur d'un actif immatériel moderne en droit des entreprises en difficulté. Or, la détermination de « *l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise* » par le bilan d'entreprise aux termes de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce révèle en réalité l'existence des « potentialités de passif » et des « potentialités du passif ». A l'image d'une obligation au sens du droit civil⁷³⁰, il s'agit en quelque sorte de la facette négative de l'objet de cette thèse, en l'occurrence du passif immatériel⁷³¹.

En raison du silence du législateur, c'est la doctrine⁷³² du droit des entreprises en difficulté qui a affiné la formule de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce sur « *l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise* ».

Tout d'abord, les difficultés de l'entreprise défaillante peuvent avoir une origine conjoncturelle et externe, structurelle⁷³³. Les difficultés conjoncturelles et externes résultent de la conjoncture nationale actuelle. Il s'agit donc de passifs immatériels actuels qui sont révélés par le bilan en droit des entreprises en difficulté. Dans les bilans économiques, sociaux et environnementaux que nous avons observés, l'origine des difficultés de l'entreprise au sens de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce correspond fréquemment à une baisse de pouvoir d'achat des ménages, à l'augmentation des charges locatives, à la diminution du trafic dans les centres commerciaux et les centres villes du fait de la présence des gilets jaunes, voire à la récente épidémie mondiale de coronavirus, donc *in fine* aux « potentialités de passif ». En pratique, les difficultés de l'entreprise s'expliquent davantage par une mauvaise gestion causée par le rôle du dirigeant⁷³⁴. « *Il ne faut pas négliger non plus le diagnostic humain en s'attachant aux compétences des dirigeants puisqu'il apparaît souvent que les difficultés des entreprises sont avant tout dues à une mauvaise gestion,*

⁷³⁰ *Infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

⁷³¹ *Supra*, n° 12.

⁷³² Et notamment : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 929, p. 624.

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ *Le Lamy droit commercial* 3162, V° Bilan économique et social – Sommaire.

plus qu'à une cause conjoncturelle »⁷³⁵. Par exemple, nous avons relevé dans les bilans économiques, sociaux et environnementaux que le défaut de paiement d'une créance importante, la perte d'un marché ou la tardiveté du développement du commerce en ligne traduisent une incompétence de celui-ci. Or, cette incompétence du dirigeant qui équivaut à une mauvaise gestion en vertu de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce entraîne à notre avis la révélation de l'existence d'une « potentialité du passif », c'est-à-dire un passif immatériel potentiel. C'est pourquoi, les caractéristiques personnelles⁷³⁶ du chef d'entreprise sont essentielles dans l'impulsion donnée au redressement au même titre que les facteurs de marché, les facteurs financiers, les facteurs liés au cycle de vie, l'accès au financement extérieur, les spécificités régionales et le capital social⁷³⁷. En bref, l'entrepreneur devient une unité d'analyse de la pérennité de l'entreprise⁷³⁸. L'origine structurelle des difficultés de l'entreprise est liée à la sous-capitalisation qui provoque une structure financière déséquilibrée et un surendettement trop important ou au recours à des effectifs très supérieurs aux besoins. De façon récurrente, ce sont les fautes de gestion ou les maladies et les difficultés familiales pour les entrepreneurs individuels ou l'apparition d'une relation ambivalente avec des actionnaires qui occasionnent la procédure collective et accessoirement des passifs immatériels actuels : des « potentialités de passif ».

Ensuite, l'importance des difficultés mentionnée à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce provient du passif échoué et des engagements à venir.

Enfin, la nature des difficultés dans la définition du contenu du bilan économique, social et environnemental à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce renvoie à l'origine des difficultés, et spécialement à l'insuffisance de l'autofinancement, au sureffectif. Or, cette donnée caractérise une erreur dans la politique sociale de l'entreprise par le dirigeant incompétent, d'où l'existence d'un passif immatériel potentiel appelé « potentialité du passif ».

114. Le volet économique. Le bilan économique constitue le fondement d'un actif immatériel nouveau en droit des entreprises en difficulté, dont le caractère est économique. En effet, il consiste à décrire l'environnement économique et commercial, ainsi que la situation comptable et financière de l'entreprise en difficulté⁷³⁹. Dans cette perspective, un audit juridique est fait, afin de savoir si

⁷³⁵ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », *op. cit.*, n° 197.

⁷³⁶ *Infra*, n° 230 (devoirs du dirigeant en droit des entreprises en difficulté).

⁷³⁷ D. WAMBA LEOPOLD, H. LUBICA, « L'entrepreneur : un imput non négligeable pour la pérennité de son entreprise », *Gestion 2000*, 2014/4, vol. 31, p. 111, spéc. p. 112.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ *Le Lamy droit commercial*, 3162, V° Bilan économique et social – Sommaire.

l'entreprise est juridiquement saine ou vulnérable⁷⁴⁰. Cet examen juridique revient à dresser la « carte d'identité » de l'entreprise en procédure collective : dénomination sociale, objet social, forme juridique, capital social, numéro de RCS, organes, etc. Parallèlement au volet économique du projet de plan⁷⁴¹, le bilan économique est ici synonyme de bilan financier, d'où la distinction matérielle entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan. Dans la situation comptable et financière du bilan économique, on trouve effectivement la situation active et passive, l'état du passif déclaré entre les mains du mandataire judiciaire, les comptes annuels de l'entreprise⁷⁴². Réaffirmons que l'actif immatériel fait l'objet d'un fondement comptable de valorisation, en ce qu'il est enregistré en immobilisation incorporelle dans le bilan comptable⁷⁴³. Finalement, c'est dans l'environnement économique et commercial du volet économique que le bilan d'entreprise révèle l'existence des « potentialités » économiques, dont la valeur est soit positive, soit négative. Pour illustration, on a pu constater dans la réalité que les bilans économiques apprécient la clientèle, l'environnement concurrentiel, les contrats, l'activité économique innovante, le marché, les fournisseurs, les litiges commerciaux, etc⁷⁴⁴. Si on reprend plus particulièrement l'environnement concurrentiel, on peut estimer la présence d'une « potentialité d'actif » qui s'apparente à un actif immatériel potentiel. En ce sens, la détention de fortes parts de marché par l'entreprise en difficulté est un élément du faisceau d'indices caractérisant une position dominante au sens du droit de la concurrence. Raisonnons de manière analogue avec l'exemple des fournisseurs pour révéler l'existence d'une « potentialité du passif » dans le bilan économique : la perte de fournisseurs stratégiques peut s'accompagner d'une perte de références ou d'une rupture brutale de relations commerciales au détriment de l'entreprise en procédure collective, d'où la génération d'un passif immatériel potentiel.

115. Le volet social. La dimension sociale du bilan d'entreprise a déjà été traitée pour distinguer le bilan du droit des entreprises en difficulté du bilan du droit social⁷⁴⁵. Il convient désormais de renseigner le contenu du bilan social en droit des entreprises en difficulté, dans l'optique de l'applicabilité de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce aux « potentialités ».

A l'occasion d'échanges avec les professionnels du droit des entreprises en difficulté, on a pu voir que le volet social du bilan d'entreprise identifie des « potentialités » à caractère social où

⁷⁴⁰ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », *op. cit.*, n° 197.

⁷⁴¹ *Supra*, n° 103.

⁷⁴² *Supra*, n° 35 (Bilan comptable, compte de résultat, annexe).

⁷⁴³ *Supra*, n° 47 à 60.

⁷⁴⁴ *Infra*, n° 114, 120.

⁷⁴⁵ *Supra*, n° 82 à 85.

prime l'humain. Or, les salariés sont des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté participant à sa stratégie, fût-elle indirectement⁷⁴⁶. Défini comme un bilan humain, le bilan social réunit les compétences, le savoir-faire, la situation de l'emploi, l'âge, l'ancienneté, le niveau de qualification et des salaires, les licenciements, les litiges prud'homaux, les régimes sociaux, la représentation, le statut des salariés (conventions collectives, accords d'entreprise, rémunérations, contrats particuliers, avantages en nature) et l'ambiance sociale générale⁷⁴⁷. Travailler dans une bonne ambiance concourt incontestablement à un travail qualitatif des salariés. Ce dernier élément relatif à l'ambiance sociale générale dans le bilan social est indissociable d'une notion concrète qui permet de valider l'appréhension pratique de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté : la marque employeur/*employer branding*.

Réponse à la « guerre des talents », la marque employeur est née dans les années 1990. Cette notion très pratique désigne la capacité de l'entreprise à attirer, à séduire, à recruter grâce à son image et à son identité. Techniquement, la marque employeur est représentée par « *l'ensemble des avantages fonctionnels, économiques et psychologiques inhérents à l'emploi et avec lesquels l'entreprise, à titre d'employeur est identifiée* »⁷⁴⁸. En ce sens, elle inspire les avantages potentiels qu'un salarié voit dans le fait de travailler pour une organisation⁷⁴⁹. Trois caractères⁷⁵⁰ sont attribués à la marque employeur : en premier lieu, une offre RH : valeur, culture de l'entreprise, pratique managériale, promotion, formation, etc ; en deuxième lieu, une image interne de l'entreprise : communication, ressenti des collaborateurs, etc ; en troisième lieu, une image externe de l'entreprise : notoriété, attractivité à l'extérieur, réputation, etc. En somme, la marque employeur – interne/externe⁷⁵¹ – peut être résumée par ce message : « il fait bon travailler dans l'entreprise », ce qui veut dire que le bilan social est le fondement d'un actif immatériel potentiel *via* l'ambiance sociale générale. En révélant l'existence d'une « potentialité d'actif » dans le volet social par le vecteur de l'ambiance sociale générale, le bilan en droit des entreprises en difficulté fait simultanément émerger les préliminaires de la marque employeur. Malgré les faibles études universitaires⁷⁵² et jurisprudences⁷⁵³ vouées à la marque employeur, et cela de manière incidente,

⁷⁴⁶ *Supra*, n° 16 ; *infra*, n° 231.

⁷⁴⁷ *Infra*, n° 120.

⁷⁴⁸ Ambler et Barrow, 1996, p. 187 cité par A. CHARBONNIER-VOIRIN, A. VIGNOLLES, « Enjeux et outils de gestion de la marque employeur : point de vue d'experts », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2016/1, n° 112, p. 153, spéc. p. 156.

⁷⁴⁹ Berthon et al., 2005 ; Roy 2008 cité par A. CHARBONNIER-VOIRIN, A. VIGNOLLES, « Marque employeur interne et externe. Un état de l'art et un agenda de recherche », *Revue française de gestion*, 2015/1, n° 246, p. 63, spéc. p. 64.

⁷⁵⁰ Intervention de M. ROUEN in « Gros plan sur la marque employeur », BFM business, 19 mai 2018.

⁷⁵¹ A. CHARBONNIER-VOIRIN, A. VIGNOLLES, « Marque employeur interne et externe », *op. cit.*, p. 63.

⁷⁵² M. LAIGNEAU, « L'entreprise et le citoyen salarié : vers une logique d'individualisation ? », *Revue juridique de l'économie publique*, juin 2011, n° 687, repère 6 ; D. IWEINS, « Que cache la réalité du statut de collaborateur ? », *GP*,

cette notion économique issue de la pratique des entreprises permet de capter les enjeux concrets de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. « *Outil de fidélisation* »⁷⁵⁴, la marque employeur est de surcroît un outil de valorisation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Dotée d'une double valeur à la fois positive⁷⁵⁵ et négative⁷⁵⁶, la marque employeur recense par conséquent des « potentialités » à valeur positive et des « potentialités » à valeur négative sur le fondement du bilan social.

116. Le volet environnemental. Si le législateur s'affranchit de fixer le contenu du volet économique et du volet social⁷⁵⁷, il encadre au demeurant très rigoureusement le volet environnemental du bilan en droit des entreprises en difficulté. Depuis la « *désastreuse* »⁷⁵⁸ affaire Metaleurop⁷⁵⁹ et celle de la Mine d'or de Salsigne⁷⁶⁰, la loi du 30 juillet 2003⁷⁶¹ et le décret du 29

9 février 2016, n° 6, p. 8 ; C. MULSANT, « L'employabilité des avocats d'affaires », *LPA*, 23 juin 2016, n° 125, p. 6 ; F. CHERON, « 3 questions L'actionnariat salarié dans les sociétés non cotées », *JCP E*, 19 janvier 2017, 45 ; O. CHADUTEAU, « Quand la compliance devient un avantage compétitif », *Revue des Juristes de Sciences Po*, janvier 2019, n° 16, 5 ; B. LE DELEY, « Les femmes et le travail : le point de vue de l'ANDRH », *JCP S*, 8 mars 2019, act. 108 ; D. BAUER, F. REINAUD, « La santé et l'entreprise : vers la fin d'un tabou ? », *LPA*, 4 septembre 2019, n° 176-177, p. 3 ; A. PETEL, « Future of work – Les enjeux de demain – spéc. DRH de demain : devenez l'influenceur de votre politique RH de votre entreprise », *Les cahiers du DRH*, juin 2019, n° 265, p. 53.

⁷⁵³ CA. Lyon., 17 mai 2019, n° 17/04149 ; CA. Paris, 6^{ème} ch., 6 novembre 2018, n° 15/02205 ; CA. Rennes., 8^{ème} ch. prud'homale, 5 mai 2017, n° 15/04683 ; V° aussi : ADLC n° 13-D-16 du 27 juin 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes ; Question écrite n° 87380 de Mme V. LOUWAGIE JOAN Q du 25 août 2015, rép. publ 3 mai 2016, p. 3822, 14^{ème} législature.

⁷⁵⁴ A. CHARBONNIER-VOIRIN, M. LISSILLOUR, « La marque employeur comme outil de fidélisation organisationnelle », *revue Recherche en Sciences de Gestion-Management Sciences-Ciencias de Gestion*, janvier 2018, n° 125, p. 97.

⁷⁵⁵ Mécanisme de valorisation des talents, la marque employeur fait l'objet d'une valeur positive en attirant les bons candidats, en impliquant les salariés, en réduisant le *turn-over*. En effet, il est prouvé statistiquement que le bien-être au travail du collaborateur augmente sa productivité et sa performance. Cela passe par l'environnement de travail, la qualité des matériaux, des ordinateurs portables permettant de ne pas forcément travailler dans les locaux de l'entreprise, des espaces de *coworking*, etc.

⁷⁵⁶ Toxique, la marque employeur repose sur une valeur négative, lorsque l'attente des salariés n'est pas en adéquation avec l'emploi escompté. En ce cas, ils quittent l'entreprise ou ils se désintéressent du poste à pourvoir, ce qui fait naître une sorte de « contrat » psychologique entre le candidat et l'entreprise.

⁷⁵⁷ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 808, p. 214 : « L'aspect traditionnel du bilan économique et social consiste à établir un rapport sur la situation financière et les performances de l'entreprise, et sur la situation des salariés » ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 927, p. 622 : « Ce bilan doit être économique et social, c'est-à-dire doit embrasser tous les aspects de l'entreprise pour identifier sa situation financière mais aussi humain ».

⁷⁵⁸ H. POUJADE, *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, Thèse, Toulouse, 2014, n° 22, p. 37.

⁷⁵⁹ TGI Béthune 11 avril 2003 Metaleurop Nord SAS :

-Démontrant que la société filiale Metaleurop Nord, ayant développé une activité très polluante de traitement des métaux, ait été créée dans le seul objectif de cantonner le risque environnemental du groupe auquel elle appartient, V° : CA Douai 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 16 décembre 2004, n° 03/02333, *D.* 2003, p. 2571, obs. A. LIENHARD ; *RPC* 2004, p. 123, Doc., L. ALLAIN ; *Droit env.* 2004, p. 83, comm. Y. RAZAFINDRATANDRA ; *LPA* 2005, n° 20, p. 13, note B. ROLLAND.

-Sur le refus d'utiliser l'action en extension pour transférer la charge du passif environnemental sur la société mère, V° : Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10094, *BJS* juin 2005, n° 155, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *ibidem*, « La responsabilité de la société mère en raison des préjudices environnementaux causés par sa filiale en difficulté », in Sites

novembre 2005⁷⁶² ont instauré la tenue d'un bilan environnemental⁷⁶³ « dans le cas où l'entreprise exploite une ou des installations classées au sens du titre 1^{er} du Livre V du Code de l'environnement »⁷⁶⁴. Autrement dit, le bilan économique et social est complété par un bilan environnemental, lorsque l'entreprise exploite des installations classées selon les prescriptions de l'article L. 511-1 du Code de l'environnement. « *Judicieuse audace* »⁷⁶⁵, l'expression « bilan environnemental » a été préférée à celle de « rapport environnemental », car « *il est préférable de faire apparaître clairement les coûts induits par la situation environnementale de l'entreprise* »⁷⁶⁶. Ce bilan « *doit permettre d'apprécier les contraintes susceptibles de peser sur l'exploitant du site, spécialement la mise aux normes de l'installation, ou la remise en état du site pollué s'il est question de sa fermeture, en cas de cessation partielle de l'activité, devant accompagner une cession partielle de l'entreprise* »⁷⁶⁷. « *Le bilan environnemental doit permettre d'apprécier les contraintes susceptibles de peser sur le débiteur dans la perspective du projet de plan : mise aux normes d'installations, information sur un site pollué susceptible de faire l'objet d'une cession partielle* »⁷⁶⁸. En particulier, il est écrit à l'article R. 623-2 du Code de commerce que : « *Le bilan environnemental prévu à l'article L. 623-1 est réalisé à la demande de l'administrateur par le débiteur ou par un technicien désigné par le juge-commissaire, si ce dernier estime nécessaire une telle intervention.*

Ce bilan porte sur l'identification et la description du ou des sites où sont exploités la ou les installations classées et de leur environnement, l'existence de pollutions potentielles, les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises, prévues ou à prendre et les mesures réalisées afin de surveiller l'impact de l'exploitation sur l'environnement.

Il est établi selon les rubriques fixées par un arrêté pris par le garde des sceaux, ministre de la justice, et par le ministre chargé des installations classées ».

A la lecture de l'alinéa 1^{er} de ce texte réglementaire, deux auteurs prennent part à la construction du bilan environnemental : soit le débiteur, soit un technicien. A ce titre, l'article A. 623-1 du Code de commerce contient dans l'annexe 6-1 du livre VI du Code de commerce deux modèles de bilans

et sols pollués ; enjeux d'un droit, droit en jeu(x), (sous la dir.) M-P. BLIN-FRANCHOMME, Litec (coll. Colloques et débats), n° 28, 2010.

⁷⁶⁰ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 397, p. 194.

⁷⁶¹ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels.

⁷⁶² Décret n° 2005-1469 du 29 novembre 2005 modifiant le décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises et relatif au bilan environnemental prévu par l'article L. 621-54 du code de commerce.

⁷⁶³ D. VOINOT, « Le bilan environnemental dans la procédure collective », *Dr. env.* décembre 2004, n° 127, p. 280.

⁷⁶⁴ Article L. 623-1, alinéa 3 du Code de commerce.

⁷⁶⁵ D. VIDAL, G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 812, p. 215.

⁷⁶⁶ P. CLEMENT, in Rapport. Xavier de Roux, n° 2095, p. 247.

⁷⁶⁷ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 491.41, p. 1181-1182.

⁷⁶⁸ F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », op. cit., n° 15.

environnementaux établis soit par l'un (I : Bilan environnemental établi par le débiteur), soit par l'autre (II : Bilan environnemental établi par un technicien). Mais surtout, l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce détaille une liste de mentions devant apparaître dans le bilan environnemental du débiteur et du technicien :

- Identification du site ;
- Description du site : bâtiments et produits dangereux ;
- Occupation du site ;
- Environnement du site ;
- Pollutions potentielles ;
- Mesures d'urgence déjà prises ;
- Mesures d'urgence prévues ou à prendre ;
- Surveillance de l'impact ;
- Autres remarques.

Même si le contenu du bilan environnemental est normé par le législateur, une consultation pratique des bilans environnementaux n'est pas inutile, dans la mesure où elle permet de révéler les « potentialités » environnementales. Au premier plan, le bilan environnemental identifie des « potentialités de passif »⁷⁶⁹ déjà connues : pollutions potentielles telles qu'un risque d'incendie, des rejets atmosphériques, des niveaux sonores élevés, etc⁷⁷⁰. Au second plan, le bilan environnemental peut être une source de valorisation des « potentialités de l'actif » qui existent déjà en droit positif : mesures d'urgence déjà prises comme la mesure des niveaux sonores, le contrôle des rejets atmosphériques ; mesures d'urgence à prendre et particulièrement le gardiennage, la mise hors tension totale, la détection, le contrôle, etc⁷⁷¹.

117. Les perspectives de redressement. Outre un volet économique, un volet social et le cas échéant un volet environnemental, le bilan d'entreprise décrit à la fin du rapport les perspectives de redressement de l'entreprise. Or, cette rubrique est, redit-on le, valorisée en aval par le plan grâce à son volet économique⁷⁷². Dans le bilan en droit des entreprises en difficulté, la classification des perspectives de redressement regroupe des actifs immatériels nouveaux : des « potentialités d'actif ». En pratique, les perspectives de redressement ressortant de la réalité comprennent les contrats poursuivis, les revendications, les carnets de commande, une équipe recherche et

⁷⁶⁹ Les praticiens du droit des entreprises en difficulté redoutent l'apparition d'une pollution en cas d'ouverture d'une procédure collective, en ce qu'elle est envisagée comme une « verrue ».

⁷⁷⁰ *Infra*, n° 120.

⁷⁷¹ *Infra*, n° 120.

⁷⁷² *Supra*, n° 103.

développement (R&D) performante, une forte présence sur le marché, une force de vente, la publicité dans les sites spécialisés, la notoriété issue des efforts de R&D au regard de la qualité de fabrication des produits et d'une gamme large, etc⁷⁷³. Techniquement, ces derniers aspects montrent que les perspectives de redressement contenues dans le bilan économique, social et environnemental révèlent la notion de marque employeur⁷⁷⁴, et notamment l'image externe de l'entreprise en difficulté.

118. Transition. La définition du contenu du bilan économique, social et environnemental inscrite à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce est applicable aux « potentialités ». Précision de « l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise », le bilan d'entreprise identifie certes les « potentialités de passif » et les « potentialités du passif » par le biais de l'identification des difficultés. Mais, il faut aller plus loin en confrontant le contenu pratique des trois volets du bilan économique, social et environnemental à notre objet d'étude pour illustrer l'émergence d'un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté : la « potentialité de l'actif » ou la « potentialité d'actif ».

La révélation de l'existence de toutes ces « potentialités » doit être à présent visualisée.

3. La proposition d'une nomenclature des « potentialités »

119. Intérêts de la nomenclature. Après avoir travaillé sur l'exposé de la définition du contenu du bilan économique, social et environnemental, puis sur l'applicabilité de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce aux « potentialités », il est salutaire d'en proposer une nomenclature⁷⁷⁵. « *Classification méthodique des éléments d'un ensemble* »⁷⁷⁶, la nomenclature a vocation à classer méthodiquement les « potentialités » composant tantôt l'actif immatériel, tantôt le passif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Or, cette démarche n'est pas dénuée de tout intérêt. Le recours à la nomenclature est connu en droit, qu'il s'agisse de la responsabilité civile⁷⁷⁷, de l'environnement⁷⁷⁸. En droit des entreprises en difficulté, la nomenclature contribue à synthétiser le résultat de notre travail sur le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel, spécialement le bilan économique, social et environnemental comme cadre des « potentialités » dans le contexte des procédures collectives. Au sein de cette nomenclature, il y a d'une part des « potentialités » à valeur positive et d'autre part des « potentialités » à valeur négative. Par une

⁷⁷³ *Infra*, n° 120.

⁷⁷⁴ *Supra*, n° 115.

⁷⁷⁵ *Infra*, n° 120.

⁷⁷⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Nomenclature.

⁷⁷⁷ Cf nomenclature Dintilhac

⁷⁷⁸ Cf nomenclature des installations classées.

approche *in globo*, la nomenclature octroie trois caractères aux « potentialités » qui recourent les trois volets du bilan en droit des entreprises en difficulté : un caractère économique, un caractère social et un caractère environnemental.

120. Présentation de la nomenclature. La proposition d'une nomenclature des « potentialités » à partir du bilan économique, social et environnemental est représentée dans ce tableau :

Le bilan économique, social et environnemental : le « film » des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté			
<p>Article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce : « <i>Le bilan économique et social, précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise</i> ».</p> <ul style="list-style-type: none"> • Identification des « potentialités de passif » : baisse de pouvoir d'achat des ménages, augmentation des charges locatives, diminution du trafic dans les centres commerciaux et les centres villes en raison de la présence des gilets jaunes, épidémie mondiale de coronavirus ; sous-capitalisation, fautes de gestion, maladies, difficultés familiales pour les entrepreneurs individuels, relation ambivalente avec des actionnaires ; passif échu, engagements à venir ; insuffisance de l'autofinancement. • Identification des « potentialités du passif » par la mauvaise gestion/l'incompétence du dirigeant : défaut de paiement d'une créance importante, perte d'un marché, tardiveté du développement du commerce en ligne, sureffectif. 			
Volet économique (Environnement économique et commercial)			
« Potentialités de l'actif »	« Potentialités d'actif »	« Potentialités de passif »	« Potentialités du passif »
Clientèle	Environnement concurrentiel : détention de fortes parts de marché → position dominante	X	Litiges commerciaux
X	Contrats	X	Perte de fournisseurs → perte de références + rupture brutale de relations commerciales

	Activité économique innovante		
	Marché		
Volet social			
« Potentialités de l'actif »	« Potentialités d'actif »	« Potentialités de passif »	« Potentialités du passif »
Savoir-faire	Compétences		Litiges prud'homaux
	Situation de l'emploi		
	Age		
	Ancienneté		
	Statut des salariés : <ul style="list-style-type: none"> ° Conventions collectives ° Accords d'entreprise ° Rémunérations ° Contrats particuliers ° Avantages en nature 		
	Niveau de qualification et des salaires		

	Licenciements		
	Régimes sociaux		
	Représentation		
	Ambiance sociale générale ↓ Marque employeur		
Volet environnemental			
« Potentialités de l'actif »	« Potentialités d'actif »	« Potentialités de passif »	« Potentialités du passif »
Mesures d'urgence déjà prises : ° Mesure des niveaux sonores ° Contrôle des rejets atmosphériques		Identification du site	
Mesures d'urgence prévues ou à prendre : ° Gardiennage ° Mise hors tension totale ° Détection ° Contrôle		Description du site : bâtiments et produits dangereux	
Surveillance de l'impact		Occupation du site	

Autres remarques		Environnement du site	
		Pollutions potentielles : ° Risque d'incendie ° Rejets atmosphériques ° Niveaux sonores élevés	
Perspectives de redressement			
« Potentialités de l'actif »	« Potentialités d'actif »	« Potentialités de passif »	« Potentialités du passif »
	Contrats poursuivis		
	Revendications		
	Carnets de commande		
	Equipe R&D performante		
	Forte présence sur le marché		
	Force de vente		
	Publicité dans les sites spécialisés		
	Notoriété : ↓ Marque employeur		

121. Conclusion de section. Fondement économique de valorisation de l'actif immatériel, le bilan économique, social et environnemental constitue le cadre des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté. Il s'agit d'un cadre spécial aux procédures collectives qui ne se confond pas avec le projet de plan. En effet, il y a une double distinction entre ces deux outils économiques en droit des entreprises en difficulté.

D'une part, la distinction entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan est formelle. Conjuguée avec une distinction fonctionnelle, cette première différence fait l'objet d'une considération chronologique. Avant 2005, le bilan et le projet de plan étaient confondus. En 2005, le législateur a condamné cette confusion originare en procédant à leur désunion. De la sorte, l'opposition entre ces deux instruments est tantôt personnelle, tantôt légale.

D'autre part, la distinction entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan est matérielle eu égard à leur contenu clivant. Le projet de plan bénéficie d'un contenu circonscrit édicté par l'article L. 626-2 du Code de commerce. Partant, ce document regroupe quatre volets. Si le volet financier exclut les « potentialités », tel n'est pas le cas des trois autres volets. C'est le contenu élargi du bilan économique, social et environnemental qui permet en revanche d'identifier les « potentialités » en droit des entreprises en difficulté. Appréciée à la fois en théorie et en pratique, la définition légale du contenu du bilan d'entreprise exposée à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce est applicable aux « potentialités ». Techniquement, l'identification des difficultés de l'entreprise révèle simultanément l'existence des « potentialités de passif » et des « potentialités du passif » sans oublier la présence des « potentialités de l'actif » et des « potentialités d'actif » dans les trois volets du bilan. « Film » des « potentialités », le bilan économique, social et environnemental est donc à l'origine d'une nomenclature de ces dernières.

122. Conclusion du chapitre. C'est le bilan économique, social et environnemental qui représente le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel. Cet outil économique a le mérite de révéler l'actif immatériel qui ne se lit pas dans les comptes annuels de l'entreprise en difficulté. A deux niveaux, il constitue un cadre singulier des « potentialités » de l'entreprise défaillante.

En premier lieu, le bilan économique, social et environnemental est considéré comme un cadre singulier des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté. Il prend effectivement ses distances dans ses rapports entretenus avec les autres disciplines du droit. Deux approches attestent de la particularité du bilan du droit des entreprises en difficulté : une approche globale et une approche temporelle. La globalisation engendre une différenciation entre le bilan d'entreprise et deux occurrences voisines. Premièrement, le bilan du droit des entreprises en difficulté se distingue du bilan du droit social. Ce n'est pas un bilan quantifié de la situation sociale de l'entreprise, mais un bilan qualitatif du potentiel humain, donc *in fine* des « potentialités » sociales. Deuxièmement, il y a une distinction entre le bilan du droit des entreprises en difficulté et le bilan du droit comptable. Si le volet économique du bilan d'entreprise se rapproche apparemment d'un bilan comptable, il n'en demeure pas moins que ce dernier n'est pas en substance une structure financière construite sur des chiffres et des ratios. Or, c'est cette conception extra-comptable du bilan du droit des entreprises en difficulté qui révèle un actif immatériel para-comptable. Quant à l'approche temporelle du bilan économique, social et environnemental, elle accentue la singularité du droit des entreprises en difficulté. Parce que cet outil économique prend en considération l'avenir de l'entreprise par la représentation de sa situation future et par ses fonctions de diagnostic et de résultat, il appréhende les « potentialités » de l'entreprise en procédure collective.

En deuxième lieu, le bilan économique, social et environnemental est envisagé comme un cadre singulier des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté. En effet, la spécificité dudit bilan est également interne aux procédures collectives. Le bilan économique, social et environnemental se distingue formellement et matériellement du projet de plan. D'un point de vue formel, le bilan n'est pas le projet de plan. Originellement confondus, ils sont distincts depuis 2005, qu'il s'agisse de leurs auteurs et de leurs dispositifs légaux. Au regard du contenu, le bilan économique, social et environnemental s'oppose matériellement au projet de plan. Circonscrit, le contenu du projet de plan est strictement défini par l'article L. 626-2 du Code de commerce. Or, seul le volet financier du projet de plan n'est pas concerné par la valorisation des « potentialités » qui sont préalablement identifiées par le bilan d'entreprise. Elargi, le contenu du bilan économique, social et environnemental identifie justement les « potentialités » de l'entreprise en difficulté. La

définition de son contenu par l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce est applicable à toutes les « potentialités » de l'entreprise débitrice. C'est pourquoi, une nomenclature peut légitimement en être proposée.

*

* *

CONCLUSION DU TITRE 1

123. L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est déterminée par les fondements de valorisation qui sont à l'origine de deux conceptions opposées de l'actif immatériel : une conception comptable d'une part, une conception économique d'autre part.

Dans un premier temps, le fondement de valorisation de l'actif immatériel est communément comptable. En ce sens, l'actif immatériel fait l'objet d'une démarche bilancielle de droit commun issue de la comptabilité. Critiquable, cette démarche financière est néanmoins essentielle, afin d'arriver à la consécration d'un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté. Techniquement, le droit comptable pose un principe de rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable qui postule que tous les actifs immatériels sont des actifs incorporels. Ce principe de droit comptable met en lumière deux aspects devant être approfondis.

Le premier aspect traite du contenant de l'actif immatériel : le bilan comptable. En effet, l'actif immatériel repose sur une structure bilancielle. D'après le législateur, le pouvoir réglementaire et la doctrine, le bilan comptable est défini juridiquement comme une photographie instantanée du patrimoine de l'entité qui décrit rétrospectivement l'actif et le passif. Or, cette définition juridique du bilan comptable soulève deux caractères : un caractère temporel et un caractère patrimonial. Si l'actif immatériel est fondé sur le bilan comptable, il remplit *a priori* ce double caractère.

Le deuxième aspect du principe de rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable implique l'établissement du contenu du bilan comptable. Or, l'actif immatériel est soumis à une transcription bilancielle en immobilisation incorporelle. Avant d'être classé en actif immobilisé dans le bilan comptable, l'actif immatériel doit répondre aux critères de définition de l'actif esquissés par l'article 211-1 du Plan comptable général.

A l'épreuve du droit des entreprises en difficulté, le principe du rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable est relatif. En effet, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté conduit au détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable. Cela signifie donc que tous les actifs immatériels ne sont pas des actifs incorporels en droit des entreprises en difficulté. Il inclut effectivement une conception dualiste de l'actif immatériel, laquelle ne correspond pas à la conception unique de l'actif immatériel en droit comptable. Face aux failles du système comptable en vigueur qui définit uniquement l'actif immatériel sous l'angle de l'immobilisation incorporelle, l'emprise du droit des entreprises en difficulté sur l'actif immatériel est resserrée. Conformément à

une conception dualiste de l'actif immatériel, le droit des entreprises en difficulté saisit d'autres valeurs de l'actif ou d'actif qui ne sont pas exprimées dans le bilan comptable. En particulier, il révèle l'existence d'un nouvel actif immatériel. Pour cela, la démarche purement comptable de l'actif immatériel est rejetée au profit de l'impérialisme du droit des entreprises en difficulté, ce qui exclut généralement le rattachement à la dimension purement comptable de la cessation des paiements et spécialement le rattachement à l'actif disponible. Pragmatique, le droit des entreprises en difficulté apporte des éléments de réponse sur la consistance de l'actif immatériel grâce à une démarche économique en identifiant les « potentialités » de l'entreprise en procédure collective.

Dans un second temps, un fondement économique de valorisation de l'actif immatériel doit être mis en avant en droit des entreprises en difficulté. Malgré le faible intérêt doctrinal porté au bilan économique, social et environnemental, c'est pourtant celui-ci qui identifie un actif immatériel contemporain en droit des entreprises en difficulté. La portée de cet outil économique renaît dans cette thèse, puisqu'il est capable d'appréhender des actifs immatériels hors comptabilité que nous appelons « potentialités ». Le bilan d'entreprise illustre *de facto* un cadre spécial des « potentialités » du et en droit des entreprises en difficulté.

Cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté, le bilan économique, social et environnemental traduit d'abord la spécificité des procédures collectives vis-à-vis du droit social et du droit comptable. Au regard d'une approche globale, le bilan du droit des entreprises en difficulté se distingue effectivement non seulement du bilan du droit social, mais également et surtout du bilan du droit comptable. Ni bilan quantifié du potentiel humain, ni bilan financier, le bilan du droit des entreprises en difficulté procède à un diagnostic pluridisciplinaire de l'entreprise en difficulté grâce à ses trois volets en identifiant ses « potentialités ». Au regard d'une approche temporelle, le bilan du droit des entreprises en difficulté ne se confond pas avec son occurrence voisine qu'est le bilan du droit comptable. Représentation de la situation future de l'entreprise, le bilan économique, social et environnemental est structuré sur une démarche prospective qui permet de reconnaître une définition prospective des « potentialités ». Cumulant une fonction de diagnostic et une fonction de résultat, le bilan d'entreprise favorise le redressement de l'entreprise défaillante, donc *in fine* la caractérisation des « potentialités ».

Cadre des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté, le bilan économique, social et environnemental doit être ensuite distingué d'un instrument interne aux procédures collectives. En effet, il y a une distinction entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan en droit des entreprises en difficulté qui est tantôt formelle, tantôt matérielle.

Le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan sont deux documents formellement différents depuis 2005 qui ne se confondent donc plus pour deux motifs : un motif personnel et un motif légal. Dans une perspective matérielle, le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan n'ont pas le même contenu. Circonscrit pour le projet de plan au sens de l'article L. 626-2 du Code de commerce, le contenu est *a contrario* élargi pour le bilan économique, social et environnemental en vertu de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. Le périmètre large du bilan en droit des entreprises en difficulté contribue à identifier les « potentialités » de l'entreprise débitrice, de sorte qu'il est considéré comme leur « film ». A ce titre, il faut opérer une dichotomie conceptuelle entre deux types de « potentialités ». Certaines ont une valeur positive alors que d'autres ont une valeur négative. Les premières correspondent soit à des « potentialités de l'actif », soit à des « potentialités d'actif ». Les secondes englobent tant des « potentialités de passif » que des « potentialités du passif ». Partant, une nomenclature peut être suggérée pour classer ces actifs et ces passifs immatériels inédits, dans la mesure où la définition du contenu du bilan économique, social et environnemental exposée à l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce est applicable aux « potentialités ».

*

Identifiées par le bilan économique, social et environnemental en droit des entreprises en difficulté, les « potentialités » doivent être effectivement mises en valeur par les mécanismes économiques propres aux procédures collectives.

*

* *

TITRE 2

LES TECHNIQUES DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL

124. La division de la procédure collective. Appréhendé par sa valorisation en droit des entreprises en difficulté, l'actif immatériel est, rappelons-le, identifié en « potentialité » à partir d'un fondement économique de valorisation : le bilan économique, social et environnemental⁷⁷⁹. Révélées par ce cadre économique, les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative doivent être effectivement valorisées dans une perspective fonctionnelle. En effet, la valorisation de cet objet d'étude en droit des entreprises en difficulté est instrumentalisée au service d'une fonction : le redressement de l'entreprise débitrice.

Pour déterminer les mécanismes de valorisation de cet actif immatériel, deux systèmes s'affrontent. Premièrement, il y a les méthodes de valorisation financière édictées par le droit comptable sur le fondement du bilan comptable. Deuxièmement, il existe des techniques de valorisation économique en droit des entreprises en difficulté, dont la caractéristique principale n'est pas pécuniaire.

Puisque le droit des entreprises en difficulté est le révélateur d'un actif immatériel inédit, il est donc normal d'en extraire des techniques de valorisation dans ce champ d'investigation. D'ailleurs, le terme « technique » est préféré au terme « méthode » eu égard à la valorisation de l'actif immatériel, dans la mesure où le second terme appartient au vocabulaire financier employé par le droit comptable. Or, il faut réaffirmer que le droit des entreprises en difficulté consacre l'existence de nouvelles valeurs de l'actif ou d'actif qui ne sont pas fondées sur le bilan comptable⁷⁸⁰.

La valorisation des « potentialités » par le droit des entreprises en difficulté n'empêche pas au demeurant des interactions avec d'autres disciplines juridiques⁷⁸¹. « *Le droit des entreprises en difficulté constitue un banc d'essai et même un laboratoire pour les autres branches du droit mais aussi pour les autres techniques juridiques* »⁷⁸². Il est en somme une « *terre de rencontres* »⁷⁸³.

⁷⁷⁹ *Supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2.

⁷⁸⁰ *Supra*, n° 7 à 12, 65, 76, 92, 108 à 120.

⁷⁸¹ *Supra*, n° 20 (pluridisciplinarité du droit des entreprises en difficulté).

⁷⁸² Ph. ROUSSEL GALLE, « Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres », in Ph. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360 °, 2012, XXI et s., spéc. p. XXIV ; V° aussi : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009, n° 259, p. 317 : « *Il existe un mouvement naturel de réception du droit spécial par le droit commun* » ; n° 260, p. 318 : « *Le droit spécial sert en quelque sorte de laboratoire d'expérimentation juridique* ».

⁷⁸³ *Ibid.*

Cette valorisation en droit des entreprises en difficulté est menée à la lumière des procédures judiciaires, car elle intervient finalement quand l'entreprise va mal⁷⁸⁴. A cet égard, la démarche de valorisation de l'actif immatériel est chronologique, conformément à l'organisation de la procédure collective voulue par la loi du 25 janvier 1985⁷⁸⁵. En principe⁷⁸⁶, la procédure collective est découpée en deux étapes successives : d'abord, la période d'observation, puis le plan⁷⁸⁷. Suivant cette configuration chronologique, les techniques de valorisation de l'actif immatériel sont développées en premier lieu au niveau de la période d'observation (**chapitre 1**) et en second lieu au niveau du plan (**chapitre 2**).

Chapitre 1. La valorisation de l'actif immatériel en période d'observation

Chapitre 2. La valorisation de l'actif immatériel par le plan

⁷⁸⁴ *Supra*, n° 21.

⁷⁸⁵ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁷⁸⁶ Toutefois, le tribunal peut renoncer à l'ouverture d'une période d'observation pour prononcer immédiatement une procédure de liquidation judiciaire depuis 1994.

⁷⁸⁷ B. MEILLE, « La pratique de la loi du 25 janvier 1985 », *LPA*, 12 janvier 1994, n° 5, p. 41-44.

CHAPITRE 1

LA VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN PERIODE D'OBSERVATION

125. La « contractualisation » de l'actif immatériel⁷⁸⁸. Incontournable⁷⁸⁹ depuis sa création par la loi de 1985⁷⁹⁰, la période d'observation est une notion temporelle⁷⁹¹ qui intègre logiquement les « potentialités » définies prospectivement⁷⁹². « *Comme son nom l'indique, la période d'observation est une phase destinée à diagnostiquer les difficultés de l'entreprise, en déterminer les causes, pour savoir si des possibilités de sauvetage sont envisageables* »⁷⁹³. En effet, c'est pendant cette « période de diagnostic »⁷⁹⁴ que sont appréciées les chances de redressement de l'activité par la construction d'un bilan économique, social et environnemental⁷⁹⁵, donc que sont identifiées *a fortiori* les « potentialités » de l'entreprise en difficulté. Pour ce faire, deux règles se superposent.

D'une part, il y a des règles à vocation patrimoniale tendant à la recomposition ou à la connaissance du patrimoine de l'entreprise en difficulté. Or, la face active du patrimoine, et notamment immatérielle est déjà⁷⁹⁶ connue à ce stade de l'étude.

« Phase préparatoire à l'adoption d'un plan »⁷⁹⁷, la période d'observation est une « construction de l'avenir »⁷⁹⁸ qui permet d'autre part de proposer une solution de sauvetage de l'entreprise défaillante par des mécanismes de poursuite de l'exploitation⁷⁹⁹. « *Pendant la phase de réflexion qui suit le jugement d'ouverture, la sauvegarde du potentiel économique de l'entreprise doit être assurée* »⁸⁰⁰. « *Elle comporte toute une série de règles dont l'objet est de maintenir son potentiel économique* »⁸⁰¹. Premier moyen de poursuite de l'activité de l'entreprise au sens de

⁷⁸⁸ G. LOISEAU, « L'immatériel et le contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEUX, Liber amicorum*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 353 et s.

⁷⁸⁹ En effet, la période d'observation bénéficie d'un chapitre dans le livre VI du Code de commerce : chapitre II (« De l'entreprise au cours de la période d'observation ») du titre II (« De la sauvegarde ») du Code de commerce.

⁷⁹⁰ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁷⁹¹ Mais, il s'agit d'une période provisoire. En principe, la période d'observation a une durée maximale de six mois selon les articles L. 621-3, alinéa 1^{er} (sauvegarde) et L. 631-7 (redressement) du Code de commerce. Des prorogations et des interruptions sont néanmoins possibles. V° en ce sens : G. BERTHELOT, « La période d'observation, une notion temporelle à l'acception atemporelle », *RPC*, mai 2015, n° 3, étude 9.

⁷⁹² *Supra*, n° 92.

⁷⁹³ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 410.09, p. 826.

⁷⁹⁴ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 161, p. 133.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ Soit actif incorporel, soit « potentialité de l'actif » ou « potentialité d'actif ».

⁷⁹⁷ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 410.09, p. 826.

⁷⁹⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 567, p. 351.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, n° 566, p. 349.

⁸⁰⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 691, p. 312.

⁸⁰¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 566, p. 349.

l'article L. 622-9 du Code de commerce⁸⁰², le contrat⁸⁰³ devient dès lors une technique de valorisation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté en raison d'une analyse utilitariste⁸⁰⁴. C'est pourquoi, la « contractualisation » de l'actif immatériel emporte sa valorisation pendant la période d'observation. En effet, « *le contrat est une valeur économique qui contribue aux capacités d'exploitation et à la valorisation de l'entreprise en difficulté* »⁸⁰⁵. En général, « *les contrats sont désormais considérés comme des actifs de l'entreprise, qu'il convient de sauvegarder en vue d'un éventuel redressement* »⁸⁰⁶. « *Les potentialités de l'entreprise visent d'abord les contrats, en tant que source de richesses de l'entreprise* »⁸⁰⁷. Si la période d'observation envisage toutes les « potentialités » sans s'arrêter aux actifs incorporels, elle est par conséquent sollicitée dans sa « *vocation économique* »⁸⁰⁸ pour parvenir à la valorisation. Révélés plus précisément comme « potentialités d'actif » dans le bilan économique, social et environnemental⁸⁰⁹, les contrats obéissent à deux mesures⁸¹⁰. Soit, ils sont continués (**section 1**). Soit, de nouveaux contrats sont financés (**section 2**).

Section 1. La valorisation des « potentialités » par la continuation des contrats en cours

126. La continuation des « potentialités d'actif ». La valorisation de l'actif immatériel en période d'observation repose tout d'abord sur l'article L. 622-13 du Code de commerce. « *C'est la*

⁸⁰² Ce texte dispose que : « *L'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation, sous réserve des dispositions des articles L. 622-10 à L. 622-16* » (et sur renvoi, V° l'article L. 631-14 du Code de commerce). Conformément à ce principe de poursuite de l'activité de l'entreprise, « *[i]l n'est pas question en effet d'arrêter l'entreprise pour mieux l'observer : à l'instar du requin qui doit constamment se mouvoir pour survivre, l'entreprise doit continuer à produire des biens ou des services pour subsister* » : F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 561, p. 260.

⁸⁰³ J-F. MONTREDON, « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *JCP E* 1988, 15156 ; M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Litec, 1994 ; Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Le contrat au début du XXIème siècle : Etudes offertes Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 405 et s. ; « Contrats et droit des entreprises en difficulté », in Ph. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 287 ; Dossier « Contrat(s) et entreprises en difficulté » sous la direction de G. JAZOTTES, Toulouse, 12 octobre 2018, *BJE* janvier 2019, n° 116n5, p. 37.

⁸⁰⁴ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, préf. C. GAVALDA, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 307, 1998, spéc. p. 77.

⁸⁰⁵ « Contrat(s) et entreprises en difficulté », op. cit., p. 37, spéc. avant-propos.

⁸⁰⁶ Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », op. cit., spéc. p. 408.

⁸⁰⁷ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 146.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ *Supra*, n° 120.

⁸¹⁰ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 145 : « *Une poursuite de l'activité tendue vers le redressement de l'entreprise suppose d'une part que soit assurée la préservation des potentialités de l'entreprise et, d'autre part, que soit trouvé le financement de la poursuite d'activité* ».

question de la préservation du tissu contractuel »⁸¹¹. « N'enseigne-t-on pas qu'une entreprise est un nœud de contrats et qu'elle ne vit que par eux ? »⁸¹². Si le bilan économique, social et environnemental est le cadre des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté⁸¹³, la continuation des contrats en cours en constitue une technique de valorisation. Assimilés à des « potentialités d'actif » dans le volet économique et dans les perspectives de redressement du bilan d'entreprise⁸¹⁴, les contrats vont être poursuivis durant la période d'observation. En clair, la continuation des contrats en cours entraîne la continuation des « potentialités d'actif » au titre de la valorisation de l'actif immatériel en période d'observation. Avant d'appliquer le principe de continuation des contrats en cours aux « potentialités » (§2), exposons-le (§1).

§1. Exposé du principe de continuation des contrats en cours

127. Le caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté. Issu antérieurement⁸¹⁵ des articles 38 de la loi du 13 juillet 1967⁸¹⁶, 37 de la loi du 25 janvier 1985⁸¹⁷, 26 de la loi du 10 juin 1994⁸¹⁸, le principe de continuation des contrats en cours est relié à l'article L. 621-28⁸¹⁹ devenu l'article L. 622-13⁸²⁰ du Code de commerce avec la loi de sauvegarde des entreprises. Ce texte a été réécrit en six numéros par l'ordonnance du 18 décembre 2008⁸²¹, afin d'en améliorer la lisibilité⁸²². Etant « l'une des pièces maîtresses du sauvetage de l'entreprise en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire »⁸²³, cette technique contractuelle de valorisation des « potentialités » traduit le caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté. Appliquant l'adage *specialia generalibus derogant*, cette matière fait effectivement office de droit d'exception par deux aspects. D'une part, le droit des entreprises en difficulté institue un principe exorbitant du droit commun (A). D'autre part, ce postulat vaut *ratione materiae* pour les seules procédures collectives (B).

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 270, p. 243.

⁸¹³ *Supra*, n° 97 à 121.

⁸¹⁴ *Supra*, n° 114, 117, 120.

⁸¹⁵ Dès le 5 août 1812, la Cour de cassation avait affirmé « qu'à défaut de clause spéciale, les contrats en cours n'étaient pas résolus de plein droit par la faillite : celle-ci proclamée ce n'est que dans la mesure où le cocontractant ne reçoit pas du syndic de garanties suffisantes d'une exécution intégrale à l'échéance qu'il peut obtenir une résolution judiciaire » : S 1820, 1, 493 cité par L. BOYER, « L'incidence de la faillite sur les contrats en cours en droit français », *Ann. Univ. Sc. Soc. Toulouse* 1975, p. 101.

⁸¹⁶ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

⁸¹⁷ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

⁸¹⁸ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

⁸¹⁹ A la lumière de la codification résultant de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

⁸²⁰ Et sur renvoi, V° les articles L. 631-14 (redressement) et L. 641-11-1 (liquidation) du Code de commerce.

⁸²¹ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁸²² A. LIENHARD, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 76.21, p. 243.

⁸²³ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 195, p. 161.

A. La consécration d'un principe exorbitant du droit commun

128. L'altération du droit commun des contrats. « Par bien des côtés, le droit des procédures collectives fait exception à toutes les règles car, face à un débiteur en cessation des paiements, l'application du droit commun ne permettrait ni d'assurer l'égalité des créanciers ni, le cas échéant, le redressement de l'entreprise »⁸²⁴. Vis-à-vis du droit commun des contrats, la continuation des contrats en cours est en particulier un principe exorbitant qui facilite la poursuite de l'activité économique de l'entreprise en période d'observation. « Le droit des procédures collectives perturbe donc considérablement le droit commun des contrats, afin de permettre le maintien de l'environnement contractuel de l'entreprise en difficulté »⁸²⁵. « Ce phénomène éminemment dérogatoire au droit commun qu'est la poursuite des contrats en cours à l'occasion d'une procédure collective est sans doute le meilleur témoin de cette évolution multilinéaire qui marque l'avènement d'un droit de la faillite, droit des débiteurs »⁸²⁶. Par l'article L. 622-13 du Code de commerce, le droit spécial des entreprises en difficulté est une « terre de conflits »⁸²⁷ et non une « terre de rencontres »⁸²⁸ avec le droit commun des contrats. « La volonté affichée par le législateur étant de sauvegarder autant que faire se peut l'intérêt des entreprises, il était logique que le droit des obligations ait à pâtir d'une telle situation »⁸²⁹. Quand un cocontractant est soumis à une procédure collective, le droit des contrats s'efface en partie devant le droit des entreprises en difficulté⁸³⁰. Pourtant, il s'agit de la « branche mère du droit privé sur laquelle se développe l'essentiel des autres disciplines »⁸³¹. Il n'en demeure pas moins que cette dimension du droit civil « subit l'œil du cyclone »⁸³² engendré par les procédures collectives. Or, il est opportun de confronter le droit des obligations au droit des entreprises en difficulté⁸³³ dans la présente étude :

⁸²⁴ Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 405.

⁸²⁵ Ph. ROUSSEL GALLE, « Contrat et droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, spéc. p. 287.

⁸²⁶ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, *op. cit.*, n° 121, p. 84.

⁸²⁷ Ph. ROUSSEL GALLE, « Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres », *op. cit.*, XXI et s.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, *op. cit.*, n° 112, p. 69.

⁸³⁰ C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783.

⁸³¹ M-H. MONSERIE-BON, « Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations », in *Le contrat au début du XXIème siècle : Dialogue avec M. JEANTIN, Perspectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 429 et s., spéc. p. 430.

⁸³² D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *JCP N*, 1986, p. 180, n° 1.

⁸³³ M-H. MONSERIE-BON, « Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations », *op. cit.*, p. 430 et s. ; S. SABATHIER, *Le droit des obligations à l'épreuve des procédures collectives*, Thèse, dactyl., Toulouse, 2000 ; N. BORGA, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*,

« les relations dialectiques du droit des obligations et du droit des procédures collectives sont source d'enrichissement mutuel »⁸³⁴, et notamment pour la qualification de l'objet de cette thèse⁸³⁵. En effet, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est animée par une perspective civile qui joue non seulement au stade de la qualification, mais aussi à l'occasion de la valorisation. Sur ce point, l'utilisation de l'article L. 622-13 du Code de commerce comme technique contractuelle de valorisation des « potentialités » est fondée sur une approche objective⁸³⁶ qui est détachée des considérations personnelles. « Le contrat devra désormais remplir un rôle économique en s'affranchissant de sa soumission à la loi des parties, et en acquérant une dimension nouvelle, une dimension économique »⁸³⁷. « Le contrat se patrimonialise pour devenir un bien au même titre que d'autres éléments du fonds de commerce »⁸³⁸. Représentant une « potentialité d'actif » dans le bilan économique, social et environnemental⁸³⁹, le contrat est effectivement conçu comme une valeur économique au service du redressement de l'entreprise qu'il faut continuer. « Dans l'optique de ce droit économique, le contrat est bien moins un rapport juridique fruit de l'autonomie de la volonté et soumis au principe *pacta sunt servanda*, qu'un instrument à valeur économique ayant pour finalité de participer au redressement des entreprises »⁸⁴⁰. « Le réseau contractuel du débiteur apparaît indispensable à son redressement »⁸⁴¹. « La valeur d'une entreprise dépend, en effet, très largement de son réseau de commercialisation et une rupture de son système de distribution pourrait se traduire par sa disparition »⁸⁴². C'est pourquoi, l'article L. 622-13, II, alinéa 1^{er} du Code de commerce permet à l'administrateur judiciaire « d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur ». D'après la doctrine, « il y a là un exemple de contrat forcé d'origine judiciaire portant [...] sur la personne même de l'une des parties ; la liberté contractuelle essuie un nouvel échec »⁸⁴³. Cet organe de la procédure collective est à juste titre « le pivot du

IFR Actes de colloques n° 30 sous la direction de F. MACORIG-VENIER, colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 199 et s.

⁸³⁴ Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 407.

⁸³⁵ *Infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1 et *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1.

⁸³⁶ Sur l'objectivation du rapport contractuel, V° : N. BORGA, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations », *op. cit.*, spéc. p. 205 et s.

⁸³⁷ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, *op. cit.*, spéc. p. 69.

⁸³⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 613, p. 380.

⁸³⁹ *Supra*, n° 120.

⁸⁴⁰ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, *op. cit.*, n° 112, p. 69.

⁸⁴¹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 430.09, p. 881.

⁸⁴² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 613, p. 380.

⁸⁴³ F. DERRIDA, P. GODE, J.-P. SORTAIS avec la collaboration d'A. HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1991, n° 463, p. 340.

mécanisme de la continuation des contrats en cours »⁸⁴⁴. Dans cette réflexion, l'administrateur judiciaire est considéré comme le pivot de la révélation d'un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté, lequel est valorisé effectivement par l'article L. 622-13 du Code de commerce. Or, cette possibilité d'imposer le maintien des contrats nécessaires au sauvetage de l'entreprise est une exception au droit commun des contrats⁸⁴⁵ qui n'a pas été remise en cause par l'ordonnance du 10 février 2016⁸⁴⁶. En substance, le droit commun des contrats est altéré de deux façons par le principe de continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce.

Tout d'abord, l'article L. 622-13, I, alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit que : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* ».

« *Ainsi, fort logiquement, le nouveau I regroupe désormais, à droit constant, les dispositions posant le principe de la poursuite des contrats en cours* »⁸⁴⁷. Partant, il ressort de cet article que l'ouverture d'une procédure collective ne provoque pas la rupture automatique des contrats⁸⁴⁸. « *Le principe est donc clair : l'ouverture de la sauvegarde n'a aucune incidence sur les contrats en cours, qui continuent à lier les parties, comme le requiert d'ailleurs le principe de poursuite de l'activité* »⁸⁴⁹. « *L'une des idées force du dispositif vise à assurer la protection du contrat contre la résiliation que*

⁸⁴⁴ J. VALLANSAN, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Continuation des contrats en cours », *Fasc.* 2335, *JurisClasseur Procédures collectives*, 2019, n° 4.

⁸⁴⁵ Et notamment en ce qui concerne le respect de la parole donnée et l'exception d'inexécution. V° : M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 176 et s. p. 167 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les créanciers face au redressement judiciaire », colloque Toulouse, *LPA*, 18 mai 1992, n° 60, p. 1 ; « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », colloque Deauville, juin 1992, *RJ com*, n° spéc. novembre 1992 ; D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *op. cit.*, p. 180, n° 11.

⁸⁴⁶ Sur l'incidence de la réforme sur le droit des entreprises en difficulté, V° : P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER, F. PETIT, J. VALLANSAN, « Réforme du droit des contrats. Incidences en droit des entreprises en difficulté », *RPC*, mai 2016, n° 3, alerte 15 ; P. DUPICHOT, E. MERLY, M. SENECHAL, E. KOPF, « Réforme des contrats et difficultés des entreprises » in les AJMJ à l'heure des réformes, 17^{ème} congrès annuel du CNAJMJ, La Colle-sur-Loup, les 9 et 10 juin 2016, *BJE*, septembre 2016, n° 5, p. 352 ; J-L. VALLENS, « Procédures collectives et réforme des contrats », *RTD com.* 2016, p. 558 ; J-J. ANSAULT, « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE* mars 2017, n° 2, p. 148 ; B. THULLIER, « La réforme du droit commun des contrats et les cocontractants du débiteur en procédure collective », *BJE*, mai 2017, n° 3, p. 240 ; G. ASTRUP, M. CRUMIERE, M. GICQUEL, A. SOOGRIM, A. DE VILALLONGA, « La boîte à outils du Code civil au service des techniciens des entreprises en difficulté », *RPC*, mai 2017, n° 3, alerte 19.

⁸⁴⁷ A. LIENHARD, P. PISONI, *Code des procédures collectives* (dir.), *op. cit.*, V° le commentaire sous l'article L. 622-13 du Code de commerce.

⁸⁴⁸ C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *op. cit.*, p. 783 ; Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 405 ; Ph. ROUSSEL-GALLE, « Contrats en cours : la boucle est bouclée », *RPC*, janvier 2016, n° 1, dossier 9.

⁸⁴⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 708, p. 320.

le cocontractant pourrait être tenté d'imposer au débiteur en difficulté »⁸⁵⁰. « Aussi, le choix a été fait par le législateur de déroger lourdement au droit des contrats, en paralysant les mécanismes contractuels qui pourraient conduire à suspendre l'exécution ou à mettre fin aux liens contractuels »⁸⁵¹. Tel est le cas de l'exception d'inexécution, de l'exception anticipée d'inexécution, des clauses contractuelles anéantissant le contrat en raison de l'ouverture d'une procédure collective⁸⁵² : « le droit des entreprises en difficulté dérogeant ici à tous les mécanismes de droit civil »⁸⁵³.

Ce faisant, l'interdiction de rompre le contrat du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective évoquée par l'article L. 622-13, alinéa 1^{er} du Code de commerce n'implique pas l'interdiction de rompre brutalement les relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-1, II du Code de commerce⁸⁵⁴. Bien que cette pratique restrictive de concurrence puisse bouleverser l'avenir de l'entreprise débitrice, le droit des entreprises en difficulté l'évince du livre VI du Code de commerce, et spécialement de l'article L. 622-13 du Code de commerce. Les procédures collectives sont ainsi impuissantes à neutraliser un tel comportement. Et la réciproque est vraie, étant donné que le droit de la concurrence ne fait pas allusion à l'hypothèse spéciale des procédures collectives à l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Cette ignorance est regrettable, dans la mesure où cette pratique restrictive de concurrence prend en compte les « potentialités » sous l'angle des critères d'indemnisation. Or, le fait de rompre brutalement un contrat conduit à la privation de l'exercice d'une « potentialité d'actif » par l'entreprise en difficulté. En effet, le volet économique du bilan d'entreprise a révélé l'existence d'une « potentialité du passif », en l'occurrence la perte de fournisseurs qui peut être source non seulement de perte de références, mais aussi et surtout d'une rupture brutale de relations commerciales⁸⁵⁵. S'agissant de la perte de références, elle intervient dans la caractérisation de la brutalité de la rupture – indissociable du préavis – pour démontrer le délit civil de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. A titre d'illustration, le défaut total ou

⁸⁵⁰ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 274, p. 249.

⁸⁵¹ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 370, p. 247.

⁸⁵² Cass. com., 14 janvier 2014, n° 12-22.909, *Act. proc. coll.* 2014, n° 4, comm. 43, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE : est prohibée toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de sa mise en redressement judiciaire.

⁸⁵³ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 370, p. 248.

⁸⁵⁴ Ce texte dispose que : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels ». Sur l'articulation entre la notion de rupture brutale des relations commerciales établies et le droit des entreprises en difficulté, V° : J-E. KUNTZ et J. CAVELIER, « Rupture des relations commerciales établies et les procédures collectives », *BJE* mars 2016, n° 2, p. 131.

⁸⁵⁵ *Supra*, n° 114, 120.

quasi total de commandes donne lieu à un déréfèrement⁸⁵⁶, ce qui prouve le caractère brutal de la rupture de relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

Ensuite, le régime strict⁸⁵⁷ de l'article L. 622-13 du Code de commerce déroge au droit commun des contrats. Il s'agit de voir les modalités du principe de continuation des contrats en cours à travers l'option. « *Point central du mécanisme de poursuite des contrats* »⁸⁵⁸, l'option est « *une prérogative juridique qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine, et cela suivant une alternative précise et prévisible* »⁸⁵⁹. Techniquement, le législateur octroie à l'administrateur judiciaire⁸⁶⁰ ou à défaut au débiteur⁸⁶¹ un droit d'option⁸⁶² d'ordre public⁸⁶³ sur la continuation des contrats en cours⁸⁶⁴. « *Par cette disposition, le législateur a entendu imposer la volonté de l'administrateur judiciaire, ou en son absence, du débiteur, à ses partenaires afin de continuer la relation contractuelle* »⁸⁶⁵. Ce droit d'option présente des traits de caractère spécifiques : « *il est personnel, facultatif, contraignant, mais il peut être, pour l'administrateur, une source de responsabilité* »⁸⁶⁶. « *La finalité de ce régime très original est de permettre à l'entreprise en période d'observation d'arrêter des contrats dont l'exécution est coûteuse, inutile ou non profitable à l'entreprise et, à l'inverse, de continuer des contrats utiles que le cocontractant aurait intérêt, et en droit commun aurait le pouvoir, de ne pas continuer* »⁸⁶⁷. « *Il permet également de faire le tri entre ces contrats selon qu'ils sont utiles ou, au*

⁸⁵⁶ CA. Versailles., 22 mars 2002, *cah. dr. entr.* 2002, n° 5, p. 29, obs. D. MAINGUY ; V° aussi : Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-11.472, *D.* 2005. Pan. 150, obs. D. FERRIER ; *cah. dr. entr.* 2004, n° 6, p. 11, obs. D. MAINGUY ; *RLC* 2005, n° 1, p. 51, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; et V° aussi : F. TORT, « Feu à volonté sur le déréfèrement abusif : inventaire des munitions », *RDC*, juillet 2006, n° 3, p. 933.

⁸⁵⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 614, p. 382.

⁸⁵⁸ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, *op. cit.*, spéc, p. 85.

⁸⁵⁹ I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1967, n° 45, p. 44.

⁸⁶⁰ Cf article L. 622-13, II du Code de commerce. En procédure de liquidation judiciaire, l'option incombe au liquidateur.

⁸⁶¹ Cf articles L. 627-2 (sauvegarde) et L. 631-21, alinéa 1^{er} (redressement) du Code de commerce.

⁸⁶² P. DARROUSEZ, « La poursuite des contrats en cours (article 37, loi du 25 janvier 1985) » ; « L'option de l'administrateur judiciaire », *RJ com.* 1992, n° spéc. p. 20 ; J-P. HAEL, « L'option de l'administrateur », *LPA* 1996, n° 82, p. 5 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *RPC* 1990, p. 1.

⁸⁶³ CA. Paris., 21 mars 1997, *D. aff.* 1997, n° 22, p. 702 ; P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 160, p. 147 : « Dès lors, il n'est pas étonnant que la liberté contractuelle puisse être restreinte face à la règle édictée à l'article L. 622-13 du Code ».

⁸⁶⁴ Sur la nature juridique de ce droit d'option : V° M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 539 et s. ; p. 496.

⁸⁶⁵ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 159, p. 146.

⁸⁶⁶ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 76.27, p. 246.

⁸⁶⁷ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 744, p. 198.

contraire, devenus une charge pour l'entreprise »⁸⁶⁸. « Cette faculté d'opter consacrée par la loi revient à reconnaître à l'administrateur le pouvoir de procéder à un tri entre les contrats utiles et ceux qui ne le sont pas, de façon à ne maintenir que les premiers »⁸⁶⁹. « A l'ouverture de la procédure, il convient de faire le tri parmi les contrats liant le débiteur : certains sont indispensables à la survie de l'entreprise et doivent impérativement être maintenus, alors que d'autres constituent une charge trop lourde à supporter »⁸⁷⁰. Le titulaire de l'option est ainsi invité à faire un « choix entre les bons et les mauvais contrats (le cherry picking) »⁸⁷¹. Si « [l]e choix peut alors être motivé par le maintien nécessaire de l'actif »⁸⁷², il peut être motivé par le maintien des « potentialités d'actif » qui équivalent objectivement aux contrats sur le fondement du bilan économique, social et environnemental⁸⁷³. D'ailleurs, l'objectivation du rapport contractuel n'est pas incompatible avec l'option unilatérale de l'administrateur judiciaire. « Ce développement de l'unilatéralisme ne s'oppose pas au mouvement d'objectivation du contrat, bien au contraire »⁸⁷⁴. Lorsque l'administrateur judiciaire (ou le débiteur) exerce cette « prérogative dérogatoire au droit commun »⁸⁷⁵, « on observe une altération significative du droit commun des contrats »⁸⁷⁶. « Ce droit de vie ou de mort sur le contrat, cette option si originale qui fait fi de la force obligatoire du contrat et des conséquences qui en découlent, constitue une pièce maîtresse du dispositif exorbitant que la procédure collective met au service du redressement de l'entreprise ». « Cette prérogative déroge aux principes énoncés à l'article 1217 du Code civil. En effet, elle permet d'imposer la continuation d'un contrat en dépit d'inexécutions antérieures, voire en dépit d'une clause contraire. Réciproquement, elle permet d'échapper à l'exécution forcée d'un contrat jugé inopportun »⁸⁷⁷. Si le bilan économique, social et environnemental révèle les contrats comme illustration de « potentialités d'actif », cela signifie donc que l'actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté est l'objet de cette option. En conséquence, il peut être soit continué, soit non continué selon les prescriptions de l'article L. 622-13 du Code de commerce.

Optant en faveur de la continuation du contrat, l'administrateur judiciaire doit fournir « la prestation promise au cocontractant du débiteur » à la lumière de l'article L. 622-13, II du Code de commerce. En ce cas, le contrat se poursuit dans les mêmes conditions qu'auparavant « sans tenir

⁸⁶⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 271, p. 244.

⁸⁶⁹ *Ibid*, n° 275, p. 250.

⁸⁷⁰ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 236, p. 128.

⁸⁷¹ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 371, p. 249.

⁸⁷² J. VALLANSAN, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Continuation des contrats en cours », op. cit., n° 47.

⁸⁷³ *Supra*, n° 120.

⁸⁷⁴ N. BORGA, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations », op. cit., spéc. p. 207.

⁸⁷⁵ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 236, p. 128.

⁸⁷⁶ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 745, p. 198.

⁸⁷⁷ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 236, p. 128.

compte du passé »⁸⁷⁸ ou « *pour l'avenir seulement* »⁸⁷⁹, ce qui est conforme à la définition prospective des « potentialités » dégagée par le bilan économique, social et environnemental⁸⁸⁰. « *Pour l'avenir, le contrat se poursuit conformément aux stipulations des parties, au droit commun des contrats et au régime légal propre au contrat en cause* »⁸⁸¹. D'après l'article L. 622-13, I, alinéa 2 du Code de commerce, le cocontractant « *doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture* ». « *C'est dire que le cocontractant ne peut opposer au débiteur l'exception d'inexécution, ni tenter ou poursuivre une action en résolution fondée sur une inexécution antérieure comme le prévoit, en droit commun, l'article 1217 du Code civil* »⁸⁸². Ce partenaire contractuel est donc condamné à déclarer au passif la créance correspondant à l'inexécution antérieure⁸⁸³. « *Dans une telle optique, la relation contractuelle se trouve sublimée dans la mesure où elle quitte la sphère des relations individuelles pour entrer dans celle de l'intérêt collectif que représente la sauvegarde de l'entreprise. Dès lors, le contrat n'est plus tant un lien de droit qu'un instrument de redressement* »⁸⁸⁴.

En revanche, l'option pour la non-continuation du contrat déclenche la résiliation⁸⁸⁵ *de plano* du contrat dans les deux situations de l'article L. 622-13, III, 1° et 2° du Code de commerce, « *c'est-à-dire sans que la résiliation ait à être prononcée judiciairement, le juge-commissaire se contentant de la constater sur la demande de tout intéressé* »⁸⁸⁶ en vertu de l'article R. 622-13 du Code de commerce. Depuis la loi du 26 juillet 2005⁸⁸⁷, la résiliation des contrats en cours peut être au demeurant judiciaire. Selon l'article L. 622-13, IV du Code de commerce, l'administrateur judiciaire peut demander au juge-commissaire de prononcer la résiliation sous deux conditions : d'une part, « *si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur* » et d'autre part, si elle « *ne porte pas* » « *une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ».

129. La préservation de l'« *intuitu economicae* »⁸⁸⁸ du droit des entreprises en difficulté.

Principe exorbitant du droit commun, la continuation des contrats en cours est un « *moyen essentiel*

⁸⁷⁸ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 309, p. 152.

⁸⁷⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 728, p. 326.

⁸⁸⁰ *Supra*, n° 92.

⁸⁸¹ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 248, p. 134.

⁸⁸² *Ibid*, n° 247, p. 133.

⁸⁸³ Cf article L. 622-13, I, alinéa 2 du Code de commerce : « *Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif* ».

⁸⁸⁴ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, op. cit., spéc, p. 137.

⁸⁸⁵ P-M. LE CORRE, « Résiliation des contrats en cours : questions-réponses », *GP*, 1^{er} juillet 2014, n° 182, p. 41.

⁸⁸⁶ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 277, p. 252.

⁸⁸⁷ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁸⁸⁸ V° particulièrement : D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, op. cit., n° 322, p. 191 ; n° 707, p. 189.

du redressement de l'entreprise »⁸⁸⁹. « Le réseau contractuel du débiteur apparaît indispensable à son redressement »⁸⁹⁰. « Dans la perspective du sauvetage de l'entreprise, la poursuite de l'activité pendant la période d'observation est essentielle »⁸⁹¹. En effet, c'est la préservation d'une norme économique qui permet de déroger aux règles du droit des contrats en autorisant le principe de continuation des contrats en cours. « Le droit commun succombe à l'impératif de redressement des entreprises »⁸⁹². « Des règles dérogatoires au droit commun des contrats, favorisant la continuation des contrats liant une entreprise soumise à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, se justifient d'autant mieux que la poursuite de l'activité est devenue le principe, et qu'une entreprise se caractérise aussi par un environnement contractuel »⁸⁹³. « Conçu pour assurer le maintien de l'activité de l'entreprise »⁸⁹⁴, l'article L. 622-13 du Code de commerce constitue « une pièce en mouvement insérée dans un processus dynamique de protection de l'entreprise »⁸⁹⁵. « La poursuite de l'exploitation ne se conçoit pas sans le maintien des contrats en cours »⁸⁹⁶. « L'exploitation de l'activité de l'entreprise au cours de la période d'observation n'est en effet possible que si l'exécution des contrats conclus antérieurement au jugement d'ouverture est poursuivie »⁸⁹⁷. « De fait, le redressement d'une unité économique n'est concrètement envisageable que si l'exploitation se poursuit »⁸⁹⁸. « D'où la nécessité de maintenir par principe les contrats en cours, et d'en permettre si nécessaire la poursuite même lorsque le débiteur a manqué antérieurement à ses obligations, comme il est fréquent dans les procédures de redressement ou de liquidation, fondées sur la cessation des paiements, procédures pour et dans lesquelles le régime qui va être examiné a été élaboré »⁸⁹⁹.

En préservant ladite norme économique, le droit des entreprises en difficulté valorise les « potentialités d'actif » par leur perpétuation au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce, car elles participent au sauvetage de l'entreprise. « Certes l'objectif de la loi du 25 janvier 1985 est le redressement de l'entreprise et non la sauvegarde des contrats. Mais le maintien ou la

⁸⁸⁹ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 159, p. 146.

⁸⁹⁰ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 430.09, p. 881.

⁸⁹¹ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 159, p. 146.

⁸⁹² M-H. MONSERIE-BON, « Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations », op. cit., spéc. p. 431.

⁸⁹³ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Gestion de l'entreprise », *Rép. com.*, Dalloz, 2019, n° 122.

⁸⁹⁴ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 272, p. 244.

⁸⁹⁵ A. RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, LGDJ, t. 459, Bibl. dr. privé, 2007, n° 227, p. 222.

⁸⁹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 613, p. 380.

⁸⁹⁷ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 195, p. 161.

⁸⁹⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 612, p. 379.

⁸⁹⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 691, p. 312.

transmission des contrats est l'un des moyens d'atteindre cet objectif »⁹⁰⁰. Affiné au sujet de la présente étude, ce point de vue doctrinal indique que le maintien ou la transmission des « potentialités d'actif » est le moyen d'atteindre l'objectif de redressement de l'entreprise. En d'autres termes, la valorisation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté par le principe de continuation des contrats en cours répond aux objectifs économiques des articles L. 620-1, alinéa 1^{er} et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce. En principe, l'ouverture d'une procédure collective ne met pas fin aux contrats jugés essentiels à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise⁹⁰¹, donc *in fine* aux « potentialités d'actif » affectées à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives⁹⁰². « *L'objectif prioritaire de sauvegarde des entreprises impose une vision plus dynamique des procédures collectives tournées désormais vers le futur qui commande que tous les moyens juridiques soient mis en œuvre pour réussir. L'environnement contractuel de l'entreprise qui conditionne son activité se révèle un élément essentiel, un instrument précieux de redressement et la loi prend directement comme cible le contrat support des échanges économiques. Les droits des contractants subissent alors, à l'instar de ceux des créanciers, de nombreuses atteintes. L'aspect obligatoire du contrat s'efface au profit d'une conception plus économique, celui-ci apparaissant comme une valeur au service du redressement* »⁹⁰³. Or, la vision dynamique des procédures collectives et le futur mentionnés dans l'éminente thèse du Professeur MONSERIE-BON aspirent à la valorisation des « potentialités d'actif » : généralement par la « contractualisation », et spécialement *via* le principe de continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce.

130. Transition. La valorisation des « potentialités » par la technique contractuelle de l'article L. 622-13 du Code de commerce suscite des interactions entre le droit des entreprises en difficulté et le droit des contrats. En cette occurrence, la continuation des contrats en cours est un principe exorbitant du droit commun. C'est la préservation de l'« *intuitu economicae* » du droit des entreprises en difficulté à partir de l'article L. 622-13 du Code de commerce qui fonde effectivement l'altération du droit commun des contrats. Or, le bilan économique, social et environnemental a révélé comme « potentialités d'actif » les contrats, de sorte que cet actif immatériel potentiel est concerné par ce principe exorbitant du droit commun.

L'objet sur lequel porte le principe de continuation des contrats en cours doit être davantage précisé.

⁹⁰⁰ Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 412.

⁹⁰¹ C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *op. cit.*, p. 783 ; Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *ibid.*, spéc. p. 405.

⁹⁰² *Infra*, n° 246 à 253 (qualification de « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives) ; *infra*, n° 285 à 291 (qualification de « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives).

⁹⁰³ M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 3, p. 5.

B. Le champ d'application du principe de continuation des contrats en cours

131. La délimitation du périmètre du principe de l'article L. 622-13 du Code de commerce par la notion de contrat en cours. *A contrario* du régime, le domaine du principe de continuation des contrats en cours est très large⁹⁰⁴. « *La généralité du domaine d'application des articles L. 622-13 et L. 641-11-1 n'est plus douteuse* »⁹⁰⁵. « *La généralité des termes utilisés par la loi interdit de limiter a priori ce droit d'option à certains types de contrats* »⁹⁰⁶. « *Le code de commerce s'exprime en termes très généraux. Il ne distingue pas selon le type de contrats* »⁹⁰⁷. « *Les dispositions de l'article L. 622-13 sont d'application générale : d'une part, il est impossible d'y échapper au moyen d'une stipulation contractuelle puisque son premier alinéa condamne une telle clause ; d'autre part, aucun contrat ne peut y échapper en raison de ses caractéristiques particulières* »⁹⁰⁸. Hormis les contrats de garantie financière et les opérations sur instruments financiers, l'accord amiable de conciliation en cours d'exécution auquel il est mis fin de plein droit à l'ouverture de la procédure⁹⁰⁹ et les contrats exclus par l'article L. 622-13, VI du Code de commerce⁹¹⁰, « *tous les contrats relèvent potentiellement du régime des contrats en cours* »⁹¹¹. Or, cette conception extensive du principe de continuation des contrats en cours est un atout pour l'applicabilité aux « potentialités » à fin de valorisation de l'actif immatériel pendant la période d'observation. En effet, la règle de l'article L. 622-13 du Code de commerce bénéficie à tous les contrats, sous réserve qu'ils soient en cours au jour du jugement d'ouverture. Ainsi, la notion de contrat en cours a vocation à délimiter le périmètre du principe de la continuation des contrats en cours⁹¹², ce qui « *commande de cerner cette notion* »⁹¹³.

132. La définition du contrat en cours. « *L'expression contrat en cours constitue une des nombreuses énigmes de la matière, cette notion ne faisant l'objet d'aucune définition* »⁹¹⁴. Compte

⁹⁰⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 614, p. 382.

⁹⁰⁵ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 272, p. 244.

⁹⁰⁶ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 372, p. 250.

⁹⁰⁷ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 431.24, p. 889-890.

⁹⁰⁸ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 238, p. 128-129.

⁹⁰⁹ Cf article L. 611-12 du Code de commerce.

⁹¹⁰ « *Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail. Elles ne concernent pas non plus le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire* ».

⁹¹¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 692, p. 313.

⁹¹² M-H. MONSERIE-BON, « *Entreprise en difficulté : période d'observation – Gestion de l'entreprise* », op. cit., n° 124.

⁹¹³ *Ibid*, n° 125.

⁹¹⁴ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, op. cit., n° 179, p. 137.

tenu de l'absence⁹¹⁵ de définition légale⁹¹⁶ du contrat en cours⁹¹⁷, il faut s'en remettre, tantôt à une analyse doctrinale, tantôt à une analyse prétorienne de cette notion.

Le principe de continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce s'applique aux seuls contrats, d'où l'exclusion de statuts obligatoires⁹¹⁸. « *Positivement, est un contrat en cours, le contrat qui laisse subsister des effets essentiels à la charge du cocontractant du débiteur* »⁹¹⁹. « *Pour que le contrat soit soumis à l'option, il conviendra seulement de vérifier qu'il est bien en cours c'est-à-dire qu'il a été conclu avant le jugement d'ouverture et qu'il est toujours en cours d'exécution, faute d'avoir été ni annulé, ni résilié, ni intégralement exécuté* »⁹²⁰. Un contrat est en cours au jour du jugement d'ouverture d'une procédure collective si et seulement s'il est en cours d'existence et en cours d'exécution⁹²¹. *De facto*, deux critères président à la définition d'un contrat en cours au sens du droit des entreprises en difficulté.

D'une part, le contrat doit être en cours d'existence au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, d'où l'exigence d'un contrat né antérieurement à la date du jugement d'ouverture et d'un contrat n'ayant pas pris fin à cette date⁹²². « *L'article L. 622-13 est inapplicable en présence d'un contrat qui a été rompu antérieurement au jugement d'ouverture : si ce texte permet d'imposer la continuation d'un contrat en cours, il ne permet pas de faire revivre un contrat ayant cessé d'exister* »⁹²³. Ce premier critère de définition d'un contrat en cours exclut particulièrement les contrats en cours de formation au jour du jugement d'ouverture, les contrats arrivés à leur terme à cette date⁹²⁴, les contrats résolus ou résiliés soit à la suite d'un jugement ayant

⁹¹⁵ Ce qui nourrit un contentieux abondant : F. DERRIDA, « La notion de contrat en cours à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire », *RJDA* 6/93, p. 399 ; A. BAC, « De la notion de contrat en cours et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions », *JCP E* 2000, I, p. 22 ; C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *op. cit.*, p. 783 ; G. TEBOUL, « Le sort des contrats pendant les procédures collectives, Quels choix opérer ? », *GP*, 24 avril 2004, n° 115, p. 7, spéc. doctr. p. 938 ; Ph. ROUSSEL GALLE, « Contrats en cours : la boucle est bouclée », *op. cit.*, art. 9, p. 60.

⁹¹⁶ Le législateur se contente d'évoquer à l'article L. 622-13 du Code de commerce « les contrats » sans davantage de précision.

⁹¹⁷ F. DERRIDA, « La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire », *op. cit.*, p. 399.

⁹¹⁸ Par exemple : l'adhésion à un régime d'assurance-maladie : Cass. soc., 13 mars 1997, n° 95-18.358, *Bull. civ*, IV, n° 109 ; *D. Affaires* 1997, 540 ; *RPC* 1997, 235, obs. F. TAQUET.

⁹¹⁹ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 431.21, p. 888.

⁹²⁰ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 272, p. 245.

⁹²¹ A. MARTIN-SERF, « Les contrats en cours avant option de l'administrateur », *RJ com*, n° spéc. novembre 1992, p. 9 et s.

⁹²² E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, *op. cit.*, spéc. p. 137.

⁹²³ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 241, p. 130.

⁹²⁴ Cass. com., 17 février 1998, *JCP E* 1998, 1361, note. D. BRAULT.

force de chose jugée, soit en raison du jeu d'une clause résolutoire « *acquise avant le jugement d'ouverture* »⁹²⁵.

D'autre part, le contrat doit être en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, qu'il s'agisse de contrats à exécution successive⁹²⁶ ou d'un contrat à exécution instantanée⁹²⁷. Cela signifie donc que « *le débiteur soumis à la procédure doit en principe être encore créancier de son cocontractant à l'ouverture de la procédure ou, plus largement, doit encore attendre la réalisation d'un effet important du contrat, à charge de réciprocité* »⁹²⁸. D'après les Professeurs LE CANNU et ROBINE, c'est « *la persistance de l'effet caractéristique du contrat à la charge du cocontractant au jour de l'ouverture de la procédure, qui permet de considérer que le contrat est en cours et justiciable des dispositions de l'article L. 622-13* »⁹²⁹. Pour apprécier ce second critère de définition d'un contrat en cours, la jurisprudence fait référence à la prestation caractéristique et principale du contrat. Lorsque cette prestation a été intégralement fournie au débiteur au jour du jugement d'ouverture, le juge refuse la notion de contrat en cours, même si certaines obligations nées du contrat n'ont pas encore été exécutées. A l'inverse, la notion de contrat en cours est admise dès lors que la prestation constituant l'objet du contrat n'a pas été intégralement fournie, et notamment quand le transfert de propriété n'est pas survenu. Tel est le cas d'une vente immobilière, dont la propriété de l'immeuble n'a pas été transférée à l'acquéreur⁹³⁰. Dans un arrêt du 5 mai 2004⁹³¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé néanmoins qu'un contrat de vente de biens mobiliers, dont la propriété est réservée et dont le prix n'est pas payé lors de l'ouverture de la procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28 devenu L. 622-13 du Code de commerce. Partant, les ventes mobilières avec réserve de propriété relèvent du régime spécifique de l'article L. 624-16 du Code de commerce.

133. Transition. L'exposé du principe de continuation des contrats en cours comme technique de valorisation des « potentialités » requiert l'analyse de son champ d'application. Or, c'est la notion de contrat en cours qui délimite le périmètre extensif du principe de l'article L. 622-13 du Code de commerce. C'est pourquoi, cette notion doit être définie *nonobstant* le silence de la loi. Il s'agit

⁹²⁵ Cass. com., 21 janvier 1992, *JCP E* 1992, I, 136, obs. Ph. PETEL ; Cass. com., 2 mars 1993, *D.* 1993, 572, note. Ph. DEVESA.

⁹²⁶ Par exemple des contrats-cadre, dont l'exécution est échelonnée dans le temps : Cass. com., 20 septembre 2017, n° 14-17.225, *D.* 2017, p. 1830, obs. A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2017, repère 267, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *LEDEN*, novembre 2017, p. 5, obs. P. RUBELLIN ; *JCP G* 2017, 1688, n° 10, obs. A. THERANI.

⁹²⁷ Cass. com., 16 février 1988, *Bull. civ.*, IV, n° 72 : « (...) l'application des dispositions de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967, n'est pas limitée aux contrats à exécution successive (...) ».

⁹²⁸ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 702, p. 318.

⁹²⁹ P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 601, p. 395.

⁹³⁰ Cass. com., 1^{er} février 2000, n° 97-15.263, *D.* 2000, act. jurispr. p. 144, obs. A. LIENHARD.

⁹³¹ Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201, *JCP E* 2004, 1292, p. 1387, n° 11, obs. M. CABRILLAC.

techniquement d'un contrat en cours d'existence et en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective.

Finalement, le principe de continuation des contrats en cours semble compatible avec l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté par le bilan d'entreprise.

§2. Applicabilité du principe de continuation des contrats en cours aux « potentialités »

134. L'indifférence de l'intuitu personae. A titre de rappel, le bilan économique, social et environnemental a notamment révélé comme « potentialités d'actif » les contrats dans le volet économique et les perspectives de redressement⁹³². Pour valoriser réellement ces « potentialités » par l'article L. 622-13 du Code de commerce, précisons la qualification des contrats pouvant être continués, dont l'objet peut être immatériel. Si le caractère personnel marqué des contrats⁹³³ ne constitue plus un obstacle à la mise en place de l'article L. 622-13 du Code de commerce depuis les deux arrêts du 8 décembre 1987⁹³⁴ sur les concours bancaires⁹³⁵, le principe de continuation des contrats en cours peut viser spécifiquement deux contrats teintés d'intuitu personae qui comportent des « potentialités ». « Face à un accroissement des difficultés des entreprises, il ne pouvait être question de maintenir une attitude rigoriste conduisant à négliger le potentiel que recèlent des contrats dont l'importance peut être vitale »⁹³⁶. Puisque, « la nature du contrat importe peu dans la

⁹³² *Supra*, n° 114, 117, 120.

⁹³³ M-E. ANDRE, « L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 23 et s.

⁹³⁴ Cass. com., 8 décembre 1987, *D.* 1988, p. 52 et *LPA* 1988, n° 3, p. 9, note. F. DERRIDA ; *RD bancaire et fin.* 1988, p. 69, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *JCP G* 1988, II, 20927, note. M. JEANTIN ; *RPC* 1988, n° 1, p. 45, obs. B. DUREUIL :

° Le premier arrêt concerne une question de compétence : la connaissance des litiges relatifs à la continuation des contrats « relevait de la compétence exclusive du juge-commissaire, auquel il appartient de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence, sauf à ce que ses ordonnances soient déferées au tribunal ayant prononcé le redressement judiciaire ».

° Le second arrêt a trait à une question de fond sur le principe de continuation des contrats en cours : « Attendu que l'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne ; qu'il en résulte que l'administrateur doit, lorsqu'il le demande, obtenir la continuation pendant la période d'observation, des conventions de compte courant, d'ouverture de crédit, de découvert et d'autorisation, d'escompte en cours au jour du jugement de redressement judiciaire, sauf pour l'établissement financier à bénéficier de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et, s'il y a lieu, de celle du deuxième alinéa de l'article 60 de la loi du 24 janvier 1984 ».

V° aussi Cass. civ., 1^{ère}, 6 janvier 1998, *RJDA* 4/98, p. 330, n° 459 : « l'ouverture du redressement judiciaire n'emporte pas, par elle-même, résiliation des concours bancaires » ; Cass. civ., 1^{ère}, 21 décembre 1987, *LPA* 1988, n° 28, p. 13, obs. C-H. GALLET.

⁹³⁵ S. SABATHIER, « Contrats bancaires et droit des entreprises en difficulté », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, IFR Actes de colloques n° 30 sous la direction de F. MACORIG-VENIER, colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 303 et s.

⁹³⁶ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, op. cit., spéc. p. 207.

mise en œuvre de la poursuite des contrats en cours »⁹³⁷, l'article L. 622-13 du Code de commerce est applicable d'une part au contrat de franchise (A) et d'autre part au contrat d'apport (B).

A. L'applicabilité du principe de continuation des contrats en cours au contrat de franchise

135. La définition du contrat de franchise. Il n'y a aucune définition légale du contrat de franchise en droit français⁹³⁸. Cette négation est supplantée par l'admission d'une définition européenne du contrat de franchise. « *Les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatifs notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale une redevance du franchisé pour l'utilisation de cette méthode commerciale. La franchise peut permettre au franchiseur de mettre en place, moyennant des investissements limités, un réseau uniforme pour la distribution de ses produits. Outre la concession de la méthode commerciale, les accords de franchise contiennent généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou une obligation de non-concurrence et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions* »⁹³⁹. Partant, le contrat de franchise est apparenté en droit européen à un « *contrat de réitération* »⁹⁴⁰ du succès commercial du franchiseur par les franchisés. Bien que le contrat de franchise soit essentiellement fondé sur une réglementation européenne, il existe toutefois des définitions jurisprudentielles et doctrinales qui ont été élaborées en droit français.

Un arrêt de la cour d'appel de Toulouse a rendu une définition convaincante du contrat de franchise. C'est un contrat synallagmatique à exécution successive par lequel une entreprise dénommée franchiseur confère à une ou plusieurs autres entreprises dénommées franchisées le droit de réitérer, sous l'enseigne du franchiseur, à l'aide de ses signes de ralliement de la clientèle et de

⁹³⁷ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 308, p. 150.

⁹³⁸ Cependant, il faut noter que le contrat de franchise est régi par l'article L. 330-1 du Code de commerce issu de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social et par les articles L. 341-1 et L. 341-2 du Code de commerce issus de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁹³⁹ Cf point 189 des lignes directrices du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

⁹⁴⁰ N. DISSAUX, « Franchise », *Rép. com*, Dalloz, 2019, n° 4.

son assistance continue, le système de gestion préalablement expérimenté par le franchiseur et devant, grâce à l'avantage concurrentiel qu'il procure, raisonnablement permettre à un franchisé diligent de faire des affaires profitables⁹⁴¹.

Selon le doyen CORNU, le franchisage⁹⁴² est un « [c]ontrat – également nommé contrat de franchise – en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisé s'engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque et éventuellement s'approvisionner auprès du franchiseur (avec en général de sa part pour cet approvisionnement un engagement d'exclusivité) »⁹⁴³. En définitive, c'est la définition émise par le Code européen de déontologie de la franchise qui constitue le fondement pratique du contrat de franchise. «*La franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de services, le savoir-faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet* »⁹⁴⁴.

Fort de toutes ces définitions, le contrat de franchise se caractérise par trois éléments⁹⁴⁵. « *Le contrat de franchise assure ainsi au profit du franchisé la mise à disposition d'une enseigne, d'une marque, d'un savoir-faire et, dans le droit fil de celui-ci, d'une assistance continue* »⁹⁴⁶. Tout d'abord, le contrat de franchise exige la mise à disposition d'un savoir-faire. A la lumière du Code européen de déontologie de la franchise, le savoir-faire est « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret,*

⁹⁴¹ CA. Toulouse., ch. 2, sect. 2, 25 mai 2004, JurisData n° 2004-247226 ; V° aussi : TGI Bressuire, 19 juin 1973, *D.* 1974. 105, note. F. BORIES ; CA. Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 9 octobre 2018, RG n° 16/02631.

⁹⁴² H. KENFACK, *La franchise internationale*, Thèse, Toulouse, 1996 ; Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, coll. Litec professionnels – Droit commercial, 2^{ème} éd., 2007 ; F-L. SIMON, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2009 ; J-M. LELOUP, *La franchise, Droit et pratique*, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas – Acticités commerciales, 5^{ème} éd., 2010 ; M. KHAN, *Franchise et partenariat*, Dunod, coll. Fonctions de l'entreprise, 2^{ème} éd., 2014 ; C. GRIMALDI, S. MERESSE, O. ZAKHAVORA-RENAUD, *Droit de la franchise*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, sous coll. Droit commercial, 2017.

⁹⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Franchisage.

⁹⁴⁴ Cf point 1 du Code européen de déontologie de la franchise.

⁹⁴⁵ Cass. com., 29 avril 1997, n° 95-10.362, *D.* 1998, Somm. 338, note. D. FERRIER.

⁹⁴⁶ N. DISSAUX, « Franchise », op. cit., n° 4.

substantiel et identifié »⁹⁴⁷. Dans la même optique, le règlement d'exemption n° 330/2010 définit cette notion comme un « *ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci* »⁹⁴⁸. Cette définition européenne du savoir-faire ressemble à celle du règlement d'exemption n° 316/2014⁹⁴⁹. « *La transmission d'un savoir-faire participe de l'essence du contrat de franchise* »⁹⁵⁰. Il correspond à un avantage concurrentiel pour la Cour de cassation⁹⁵¹ et pour nous à un actif immatériel existant : la « potentialité de l'actif ». Ensuite, le franchiseur doit fournir une assistance initiale et permanente aux franchisés du réseau de distribution. Enfin, le contrat de franchise est identifié par la clientèle grâce aux signes de ralliement de cette dernière : marque, nom commercial, enseigne, dessins et modèles. Parmi ces trois éléments constitutifs du contrat de franchise, il existe des « potentialités de l'actif », donc *in fine* des actifs immatériels actuels qui ont été révélés par le bilan économique, social et environnemental. D'une part, le savoir-faire est une « potentialité de l'actif » dans le volet social du bilan en droit des entreprises en difficulté⁹⁵². D'autre part, la clientèle représente une « potentialité de l'actif » dans le volet économique du bilan d'entreprise⁹⁵³. Ainsi, révélé *per se* comme une « potentialité d'actif » dans le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel, le contrat réunit des « potentialités de l'actif » au titre des éléments constitutifs du contrat de franchise.

136. La continuation du contrat de franchise. « *Une entreprise ne peut exister sans un certain nombre de contrats stratégiques qui lui procurent un local (bail), des stocks (approvisionnement), des moyens de les écouler (distribution), de les financer (crédit), etc* »⁹⁵⁴ (c'est nous qui soulignons). D'après le Professeur ROUSSEL GALLE, l'entreprise est « *nourrie et logée* »⁹⁵⁵ par ses contrats. « *Elle est souvent logée grâce à un contrat de bail, mais elle est aussi et surtout nourrie par ses contrats ; on peut citer certains contrats de franchise, d'approvisionnement ou encore de sous-traitance* »⁹⁵⁶ (c'est nous qui soulignons), « *de sorte que son sauvetage ne peut*

⁹⁴⁷ Cf point 1 du Code européen de déontologie de la franchise.

⁹⁴⁸ Article 1^{er} § 1 g du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

⁹⁴⁹ Cf article 1 § 1 i) : « *savoir-faire : un ensemble d'informations pratiques, résultant de l'expérience et testées...* » du règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie.

⁹⁵⁰ N. DISSAUX, « Franchise », *op. cit.*, n° 4.

⁹⁵¹ Cass. com., 10 décembre 2013, n° 12-23.115.

⁹⁵² *Supra*, n° 115, 120.

⁹⁵³ *Supra*, n° 114, 120.

⁹⁵⁴ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 270, p. 243.

⁹⁵⁵ Ph. ROUSSEL GALLE, « Contrat et droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, spéc. p. 287.

⁹⁵⁶ *Ibid.*

*passer que par la préservation de ce maillage contractuel »⁹⁵⁷. « Or, des contrats essentiels pour la poursuite de l'activité, comme les contrats de distribution ou les contrats bancaires sont qualifiés de contrats *intuitus personae* »⁹⁵⁸ (c'est nous qui soulignons). « La liste des contrats dont la poursuite est nécessaire pour l'entreprise est très large. A titre d'exemples relevés en jurisprudence, on retiendra le contrat de crédit-bail, la location-gérance, la franchise, la licence de brevet, les contrats d'abonnement à l'eau et l'électricité »⁹⁵⁹, etc (c'est nous qui soulignons). La définition du contrat en cours « *inclut sans conteste les contrats à exécution successive, tel qu'un contrat de bail, de concession, de franchise ou de crédit-bail* »⁹⁶⁰ (c'est nous qui soulignons).*

Reprenant la brillante métaphore du Professeur ROUSSEL GALLE, une entreprise ne peut exister à notre avis sans « potentialités d'actif », en l'occurrence sans « contrats stratégiques » et elle est « nourrie » par des « potentialités de l'actif ». En particulier, le contrat de franchise correspond à un « contrat stratégique » nommé « potentialité d'actif » qui est « nourri » par des « potentialités de l'actif » : un savoir-faire, une clientèle. Qualifié de contrat en cours malgré l'*intuitu personae* par les juges du fond⁹⁶¹, le contrat de franchise fait l'objet du principe de continuation des contrats en cours. Or, l'inclusion du contrat de franchise dans le champ d'application de l'article L. 622-13 du Code de commerce enseigne que le principe de continuation des contrats en cours concerne les « potentialités ». Applicable aux « potentialités de l'actif » telles que le savoir-faire et la clientèle par le biais du contrat de franchise, le principe de l'article L. 622-13 du Code de commerce constitue en réalité une technique de valorisation des « potentialités » au sens large. Continuées, les « potentialités » sont donc valorisées par la technique contractuelle de l'article L. 622-13 du Code de commerce pendant la période d'observation.

137. Transition. Le principe de continuation des contrats en cours est applicable aux « potentialités » par l'intermédiaire du contrat de franchise. Généralement révélé comme « potentialité d'actif », le contrat de franchise recense singulièrement des « potentialités de l'actif » à travers ses éléments constitutifs. Or, le droit des entreprises en difficulté valorise ces actifs immatériels sur le fondement de l'article L. 622-13 du Code de commerce au moyen de la continuation du contrat de franchise.

Le principe de continuation des contrats en cours est une technique de valorisation valable pour un autre contrat, dont l'objet peut être immatériel.

⁹⁵⁷ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 270, p. 243.

⁹⁵⁸ M-H. MONSERIE-BON, « Entreprise en difficulté : période d'observation – Gestion de l'entreprise », op. cit., n° 128.

⁹⁵⁹ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 373, p. 251.

⁹⁶⁰ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 197, p. 161.

⁹⁶¹ CA. Poitiers., 20 avril 1988, *BRDA*, 15 juin 1988, n° 13.

B. L'applicabilité du principe de continuation des contrats en cours au contrat d'apport

138. La définition du contrat d'apport⁹⁶². Lien entre un apporteur en nature⁹⁶³ ou en industrie⁹⁶⁴ et la société, voire entre tout associé et la société⁹⁶⁵, le contrat d'apport ne peut être défini sans le contrat de société. Première condition du contrat de société⁹⁶⁶ imposée par l'article 1832, alinéa 1^{er} du Code civil, la jurisprudence⁹⁶⁷, la doctrine⁹⁶⁸, l'apport désigne les « *[b]iens ou valeurs que chaque associé met en société et en contrepartie desquels des parts sociales ou des actions lui seront remises ou attribuées* »⁹⁶⁹. Selon le Professeur DONDERO, l'opération d'apport traduit « *une mise à la disposition de la société d'une valeur, en contrepartie de l'attribution de la qualité d'associé* »⁹⁷⁰. Cette notion est déclinée en trois formes⁹⁷¹. « *Il s'agira le plus souvent d'une somme d'argent (apport en numéraire), mais l'apport peut aussi porter sur un bien autre, dont l'associé a la disposition, comme un immeuble, un brevet d'invention, ou des droits dans une autre société (apport en nature), ou bien encore sur l'activité de l'associé, dont il s'engage à faire bénéficier la société (apport en industrie)* »⁹⁷². Qu'il soit en numéraire, en nature ou en industrie, l'apport en société est pour le Professeur PAILLUSSEAU une « *technique qui, parmi d'autres, permet la*

⁹⁶² M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. GERMAIN, éd. Panthéon-Assas, 2011, n° 89, p. 93 : « *Une première définition du contrat liant la société à l'associé peut d'ores et déjà être donnée : l'associé effectue un apport et se voit reconnaître en contrepartie des droits sociaux. Le contrat en cause, que l'on dénommera dès à présent contrat d'apport, serait par conséquent celui en vertu duquel une personne reçoit des droits sociaux en contrepartie d'un apport* » ; n° 161, p. 145 : « *Ce contrat d'apport, qui a vocation à régir intégralement la relation entre la société et son associé, est celui par lequel une personne – l'associé – s'engage envers une autre – la société – à lui apporter un bien ou son industrie et à contribuer aux pertes, en contrepartie d'un ensemble de droits sociaux* ».

⁹⁶³ V° en dernier lieu, appliquant la nullité de la période suspecte à la « convention d'apport » d'un bien immobilier : Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-17.011, inédit.

⁹⁶⁴ S. SCHILLER, P. ETAIN, P.-J. GAUDEL, B. DELAFAYE, A.-S. KERFANT, B. ZAGDOUN, « L'apport en industrie », *Actes pratiques & ingénierie sociétaire*, mars-avril 2010, n° 124, p. 25-30 spéc. 25.

⁹⁶⁵ Sur l'analyse contractuelle de la relation entre la société et l'associé, M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préf. A. VIANDIER, LGDJ, 1998, n° 625, p. 260 ; L. GODON, *Les obligations des associés*, préf. Y. GUYON, Economica, 1999, n° 198, p. 128 ; Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2002, n° 49, p. 87 ; R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, préf. J.-J. DAIGRE, Dalloz, 2003, n° 305, p. 240 ; F. NIZAR, *Les titres négociables*, préf. H. SYNDET, Economica, 2003, n° 282, p. 128 ; F. DEBOISSY, « Le contrat de société », in *Le contrat, Travaux de l'association Henri Capitant, Société de législation comparée*, 2005, p. 119 et s., spéc. p. 136, et spéc. p. 142 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, n° 69, p. 59 ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 13^{ème} éd., 2019, n° 301 s., p. 234 et s.

⁹⁶⁶ *Contra* : T. MASSART, « La société sans apport », in *Mélanges P. DIDIER*, Economica, 2008, p. 289 et s.

⁹⁶⁷ Cass. req., 15 décembre 1920, S. 1920. I. 17, note. G. BOURCART ; Cass. com., 25 juillet 1949, *JCP* 1950, II, 5798, note. D. BASTIAN ; Cass. com., 10 novembre 1954, Bull. civ. III, n° 254 ; Cass. com., 28 juin 1976, *Revue des sociétés* 1977, p. 237, note. J. HEMARD.

⁹⁶⁸ « Pas d'apports, pas de société ».

⁹⁶⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Apport.

⁹⁷⁰ B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^{ème} éd., 2019, n° 40, p. 44.

⁹⁷¹ Cf Article 1843-3, alinéa 1^{er} du Code civil.

⁹⁷² B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 40, p. 44.

constitution du potentiel économique de l'entreprise »⁹⁷³. Or, cette audacieuse acception de l'apport en société est encore plus vraie en droit des entreprises en difficulté à l'aune de l'apport en industrie⁹⁷⁴.

En ce sens, l'associé est non seulement « *financier de la société en difficulté* »⁹⁷⁵, mais aussi et surtout débiteur d'une obligation économique qui est annexée au concept des devoirs de l'associé⁹⁷⁶. Il s'agit d'après Monsieur COUTURIER d'une « *obligation de sauvetage, ou à tout le moins de soutien de la société en difficulté, en sus des autres obligations pécuniaires* »⁹⁷⁷ et d'après nous d'une « *obligation affectée à l'intuitu economicae* » des procédures collectives⁹⁷⁸. Avant tout, l'apport en industrie⁹⁷⁹ est envisagé dans la présente étude comme une « *potentialité d'actif* », à savoir un actif immatériel potentiel qui n'existe pas immédiatement. Cet apport immatériel, futur et successif⁹⁸⁰ est défini par le doyen CORNU de la manière suivante : « *[a]pport par l'associé à la société de son activité et de ses capacités techniques (connaissances, travail, services) dans le domaine spécifié, qui rend l'apporteur comptable envers la société de tous les gains qu'il réalise par son activité* »⁹⁸¹. Partant, l'apport en industrie « *doit être pris dans son sens étymologique de travail. L'apport en industrie est donc en premier lieu un apport en travail : l'apport par un individu de son activité, de sa compétence, de son expérience professionnelle* »⁹⁸².

Ce faisant, l'apport en industrie n'est pas limité à un apport en travail⁹⁸³, puisque l'on rencontre l'apport de *know how*, l'apport de crédit ou d'influence où l'associé fait profiter la société de son nom, de sa réputation, de ses relations⁹⁸⁴. Dans un arrêt du 16 juillet 1997, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que l'influence d'un Professeur de médecine est un apport en industrie à partir du moment où sa consistance est réelle et licite⁹⁸⁵. Par cet apport, il a souhaité avantager la société de sa situation et de sa réputation. Dans cette hypothèse, l'apport en industrie équivaut à un apport du capital de confiance attaché au nom de l'apporteur du fait de sa

⁹⁷³ J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., spéc. p. 5.

⁹⁷⁴ T. MASSART, « Actifs immatériels et apport en industrie », op. cit., p. 12.

⁹⁷⁵ T. FAVARIO, « L'associé, financier de la société en difficulté », *RPC*, septembre 2017, n° 5, étude 17.

⁹⁷⁶ *Infra*, n° 229.

⁹⁷⁷ G. COUTURIER, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-P. HAEHL, LGDJ, 2013, n° 627, p. 356.

⁹⁷⁸ *Infra*, n° 246 à 253 (qualification d'« obligation affectée à l'intuitu economicae » des procédures collectives).

⁹⁷⁹ R. BAILLOD, *L'apport en industrie*, Thèse, Toulouse, 1980 ; P.-E. NORMAND, « Réflexions sur la place des apports en industrie dans les sociétés de capitaux d'exercice libéral », *JCP N* 1990, I. 282 ; Sur le régime fiscal d'un apport en usufruit, V° : J.-P. CHIFFAUT-MOLIARD, « Le statut fiscal et social de l'apporteur en industrie », *Dr. sociétés, Actes pratiques* septembre, octobre 2004, p. 44.

⁹⁸⁰ Cass. com., 13 janvier 2009, n° 07-21.704, *BJS* 2009. 452, n° 87, note. V. ALLEGEART.

⁹⁸¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Apport.

⁹⁸² V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. cours, 9^{ème} éd., 2019, n° 56, p. 43.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 16 juillet 1997, n° 95-11.837 ; *BJS* 1997. 992, obs. J.- J. DAIGRE, *Rev. sociétés* 1998. 71, note. R. BAILLOD.

notoriété dans les affaires. Or, les éléments composant l'apport en industrie ont été révélés comme « potentialités d'actif » dans le bilan économique, social et environnemental, de sorte que la définition du contrat d'apport appréhende l'actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté. Tel est le cas de la notoriété identifiée comme « potentialité d'actif » dans les perspectives de redressement du bilan d'entreprise à laquelle on peut y ajouter l'influence et la réputation⁹⁸⁶.

139. La continuation du contrat d'apport. A l'instar du contrat de franchise, le contrat d'apport doit être poursuivi en dépit de son caractère personnel marqué. Si le contrat de société est exclu du principe de la continuation des contrats en cours⁹⁸⁷, le contrat d'apport est, quant à lui, compris dans la règle de l'article L. 622-13 du Code de commerce. Par un arrêt du 19 février 2013, la chambre commerciale de la Cour de cassation a effectivement posé cette solution : « *le contrat d'apport, fût-il lié au contrat de société, constitue un contrat en cours dont l'administrateur peut exiger la continuation ou la résiliation* »⁹⁸⁸. En l'espèce, un associé coopérateur a effectué un apport de production de pommes à la société coopérative. Il s'agit d'un contrat à exécution successive qualifié de contrat en cours qui prolonge ses effets au-delà du jugement d'ouverture, dont l'application de l'article L. 622-13 du Code de commerce est possible. Mobilisée dans cette situation particulière, la notion de contrat d'apport ne semble pourtant pas cantonnée aux sociétés coopératives. En effet, le contrat d'apport s'applique en dehors des sociétés coopératives pour définir le lien entre l'apporteur en nature⁹⁸⁹ ou en industrie⁹⁹⁰ et la société. Révélé comme « potentialité d'actif » dans le bilan en droit des entreprises en difficulté⁹⁹¹, le contrat d'apport en industrie est valorisé par le principe de continuation des contrats en cours. Or, il existe des « potentialités d'actif » dans la notion d'apport en industrie qui vont pouvoir être optimisées par la technique contractuelle de l'article L. 622-13 du Code de commerce : la notoriété, voire l'influence et la réputation. Ainsi, le principe de continuation des contrats en cours est applicable aux « potentialités » grâce au rattachement du contrat d'apport à l'article L. 622-13 du Code de commerce.

⁹⁸⁶ *Supra*, n° 117, 120.

⁹⁸⁷ Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *D.* 2007. AJ 2107, obs. A. LIENHARD ; *APC* 2007, n° 163, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *GP*, 26-27 octobre 2007, p. 38, obs. F. REILLE ; *JCP E* 2007. 2474, note J-P. LEGROS ; *ibid.* 2008. 1207, n° 12, obs. Ph. PETEL ; *BJS* 2008. 46, note F.-X. LUCAS ; *RPC* 2008. 76, obs. Ph. ROUSSEL GALLE.

⁹⁸⁸ Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *D.* 2013. 1600, note. M. BUCHBERGER ; *Rev. sociétés* 2013. 629, note. I. PARLEANI ; *JCP E* 2013. 1216, n° 8, obs. Ph. PETEL ; *ibid.* 1277, note. J-P. LEGROS ; *BJE* 2013. 138, note. M-H. MONSERIE-BON ; *RJDA* 2013, n° 534 ; *BJS* 2013. 417, note. B. DONDERO ; *JCP E* 2015. 1607, n° 13, obs. D. HIEZ.

⁹⁸⁹ Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-17.011, inédit.

⁹⁹⁰ S. SCHILLER, E. ETAIN, P-J. GAUDEL, B-. DELAFAYE, A-S. KERFANT et B. ZAGDOUM, « L'apport en industrie », *op. cit.*, spéc. n° 25.

⁹⁹¹ *Supra*, n° 120.

140. Conclusion de section. En période d'observation, l'actif immatériel est valorisé par la technique de l'article L. 622-13 du Code de commerce. C'est la continuation des contrats en cours qui permet de valoriser les « potentialités ». Puisque les contrats sont appréhendés en « potentialités d'actif » dans le bilan économique, social et environnemental, le principe de continuation des contrats en cours peut leur être applicable.

L'exposé du principe de continuation des contrats en cours corrobore le caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté pour deux raisons. D'une part, la continuation des contrats en cours au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce est un principe exorbitant du droit commun des contrats. La préservation de l'« *intuitu economicae* » via l'identification de l'actif immatériel en « potentialité » emporte une altération du commun des contrats. D'autre part, le champ d'application du principe de continuation des contrats en cours singularise les procédures collectives. Le périmètre plutôt large du principe de l'article L. 622-13 du Code de commerce est délimité par la notion de contrat en cours qui est définie comme un contrat en cours d'existence et en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective.

Or, le champ d'application du principe de continuation des contrats en cours est applicable aux « potentialités ». Indifférent depuis 1987, l'*intuitu personae* ne constitue plus un frein au recours à l'article L. 622-13 du Code de commerce. C'est pourquoi, le caractère personnel de certains contrats, et notamment de franchise et d'apport ne rend plus impossible la valorisation contractuelle des « potentialités » sur le fondement de l'article L. 622-13 du Code de commerce. Assimilés aux « potentialités d'actif » dans le bilan d'entreprise, le contrat de franchise et le contrat d'apport sont deux illustrations parmi d'autres qui valident l'application pratique du principe de continuation des contrats en cours.

La continuation des contrats en cours dispose d'un corollaire pendant la période d'observation qui participe à la valorisation de l'actif immatériel.

Section 2. La valorisation des « potentialités » par le financement de nouveaux contrats

141. La « privilégiation » des « potentialités ». La continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce dépend ensuite d'un paramètre financier. « *Afin de sauver l'entreprise en lui donnant les moyens financiers de son redressement, il a fallu trouver une solution pour obtenir le soutien de ses partenaires malgré l'ouverture de la procédure de sauvegarde* »⁹⁹². C'est la raison pour laquelle le législateur leur a réservé un « traitement

⁹⁹² D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 319, p. 157.

évangélique »⁹⁹³, dans la mesure où ils acceptent de financer les nouveaux contrats de l'entreprise débitrice. Il s'agit du droit de priorité des créanciers postérieurs⁹⁹⁴ inscrit à l'article L. 622-17 du Code de commerce⁹⁹⁵ qui est considéré comme « *l'arme du redressement de l'entreprise* »⁹⁹⁶. « *Noyau dur* »⁹⁹⁷, « *pierre angulaire de la période d'observation* »⁹⁹⁸, cette « *disposition-pivot* »⁹⁹⁹ est à l'instar de l'article L. 622-13 du Code de commerce instrumentalisée pour la valorisation de l'actif immatériel en période d'observation. « *Les créances postérieures bénéficient en effet d'un droit de priorité au paiement qui est destiné [...] à assurer la préservation des actifs du débiteur au profit de tous les créanciers* »¹⁰⁰⁰. Techniquement, la valorisation des « *potentialités* » par le financement de nouveaux contrats est réalisée à partir de la « *privilégisation* » qui s'applique aux créances nées de la continuation de l'activité¹⁰⁰¹ et aux créances environnementales¹⁰⁰² révélées dans le bilan économique, social et environnemental. Partant, leur « *privilégisation* » est matérialisée par deux étapes syllogistiques. Après avoir exposé le privilège de procédure¹⁰⁰³ (§1), il conviendra de l'appliquer à ces « *potentialités* » (§2).

§1. Exposé du privilège de procédure

142. L'évolution du privilège de procédure. « *Personne, a priori, n'a envie de prêter de l'argent à un débiteur en difficulté* »¹⁰⁰⁴. « *Moteur de l'activité de l'entreprise* »¹⁰⁰⁵, le crédit contribue cependant à la perpétuation des contrats pendant la période d'observation. Pour « *appâter* »¹⁰⁰⁶ les fournisseurs de crédit, un traitement préférentiel leur est traditionnellement attribué en droit des entreprises en difficulté¹⁰⁰⁷. Abandonnant la théorie des créanciers « *de la masse* »¹⁰⁰⁸, la loi du 25

⁹⁹³ F. PEROCHON, « Le sort des créanciers postérieurs », *LPA*, 10 juin 2004, n° 116, p. 16, spéc. n° 1 ; V° aussi : Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 2, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica, 6^{ème} éd., 1997, n° 1245, p. 272 : « *Dans le redressement judiciaire, comme dans les Evangiles, les premiers seront les derniers et les derniers seront les premiers* ».

⁹⁹⁴ D. BOUSTANI, *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. LE CORRE, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, 2015.

⁹⁹⁵ Et sur renvoi, V° les articles L. 631-14 (redressement) et L. 641-13 (liquidation) du Code de commerce.

⁹⁹⁶ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 450 09, p. 1042.

⁹⁹⁷ *Ibid*, n° 450.09, p. 1043.

⁹⁹⁸ F. GREAU, « Pour un véritable privilège de la procédure », *LPA*, 12 juin 2008, n° 118, p. 4, spéc. n° 2.

⁹⁹⁹ A. LIENHARD, P. PISONI, *Code des procédures collectives (dir.)*, *op. cit.*, V° le commentaire sous l'article L. 622-17 du Code de commerce.

¹⁰⁰⁰ M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 281, p. 221.

¹⁰⁰¹ C'est-à-dire de la continuation du contrat de franchise : *supra*, n° 136 et du contrat d'apport : *supra*, n° 139.

¹⁰⁰² *Supra*, n° 116, 120 : les créances environnementales du bilan environnemental rassemblent les mesures d'urgence déjà prises, les mesures d'urgence prévues ou à prendre, la surveillance de l'impact, les autres remarques.

¹⁰⁰³ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, spéc. p. 111 et s.

¹⁰⁰⁴ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 762, p. 338.

¹⁰⁰⁵ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 278, p. 254.

¹⁰⁰⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 762, p. 339.

¹⁰⁰⁷ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 206, p. 111.

janvier 1985¹⁰⁰⁹ a créé une priorité de paiement aux créanciers postérieurs « *qui acceptent de participer à l'effort de guerre tendant à sauver ce qui peut l'être d'une entreprise en plus ou moins grande difficulté* »¹⁰¹⁰. Le siège de cette « *innovation* »¹⁰¹¹ était l'ancien article 40¹⁰¹² de la loi de 1985¹⁰¹³ suscitant la méfiance¹⁰¹⁴, dont la rédaction était très évasive. Critiquée¹⁰¹⁵, cette conception originaire du droit de priorité a été corrigée partiellement par la réforme de 1994¹⁰¹⁶, puis substantiellement par la loi du 26 juillet 2005¹⁰¹⁷ dans la lettre de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Réécrit par l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁰¹⁸, puis modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014¹⁰¹⁹ et par la loi du 18 novembre 2016¹⁰²⁰, l'article L. 622-17 du Code de commerce détermine pareillement le privilège de procédure. Cette qualification légale (A) est conditionnée (B).

¹⁰⁰⁸ A. BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, Thèse, Nancy, 1973 ; A. MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires morceaux choisis : Mélanges en l'honneur d'Adrienne HONORAT*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 143 et s. ; M. CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métépsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 69 et s.

¹⁰⁰⁹ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹⁰¹⁰ F. REILLE, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », *Fasc 2388*, Jursiclasseur Procédures collectives, 2019, n° 2.

¹⁰¹¹ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 207, p. 111.

¹⁰¹² Cet article énonçait que : « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie. En cas de cession totale ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances assorties ou non de privilèges ou suretés* ». En 2000, l'article 40 est devenu l'article L. 621-32 du Code de commerce. Ce faisant, l'article 40 de la loi de 1985 est resté célèbre, à tel point que le privilège a longtemps été désigné par son numéro : « *privilège de l'article 40* », « *créanciers de l'article 40* », etc.

¹⁰¹³ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹⁰¹⁴ Le privilège de l'article 40 a fait l'objet d'un recours pour inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel au motif que : « *les droits réels d'hypothèque et de gage constitués avant le vote de la loi sont anéantis par celle-ci* » : Cons. const., 18 janvier 1985, JO 19 janvier 1985, D. 1986, p. 425, note. T-S. RENOUX.

¹⁰¹⁵ Ph. PETEL, « Pour une relecture de l'article L. 621-32 du code de commerce [ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985] », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 917 s. ; G. JAZOTTES, « Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ? », *RLDA suppl.* au n° 80, mars 2005. 132.

¹⁰¹⁶ V° particulièrement : A. COURET, J. LARRIEU, F. MACORIG-VENIER, C. MASCALA, M-H. MONSERIE, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Commentaire de la loi du 10 juin 1994 et de son décret d'application », Montchrestien, 1995, n° 281 et s, p. 133 et s.

¹⁰¹⁷ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *GP*, 8 septembre 2005, n° 251, p. 57.

¹⁰¹⁸ F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus », *GP*, 7 mars 2009, n° 66, p. 38 ; F. MACORIG-VENIER et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *RPC* 2009, p. 65, spéc. 54 et s.

¹⁰¹⁹ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. A ce sujet, V° : P-M. LE CORRE, « Les créanciers postérieurs et l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, mai 2014, n° 3, p. 191.

¹⁰²⁰ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

A. La qualification légale du privilège de procédure

143. La négation d'un privilège avant 2005. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985¹⁰²¹, la nature du droit institué à l'article 40 était controversée. En effet, la Cour de cassation déniait la qualification de privilège au profit d'une simple priorité de paiement. Dans un arrêt de rejet du 5 février 2002, elle a exprimé ceci dans ses motifs : « *Mais attendu que la priorité de paiement instituée par l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction applicable à la cause qui ne dépend pas de la qualité de la créance ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux de la cour d'appel, l'arrêt se trouve justifié ; que le moyen n'est pas fondé ;* »¹⁰²². Or, la négation du privilège dans cette motivation était préjudiciable, en ce qu'elle était source de précarité et d'insécurité pour les créanciers de la période d'observation¹⁰²³. La critique frappait plus l'opportunité que l'orthodoxie juridique¹⁰²⁴ de la solution de 2002.

144. L'admission d'un privilège en 2005. « *Les privilèges, au moment de l'entrée en vigueur de la réforme des sûretés, continuent à présenter des charmes tellement attirants que le législateur fait de ces garanties un atout essentiel pour la sauvegarde des entreprises [...] La technique juridique de la sûreté est mise au service de l'économie* »¹⁰²⁵. « *La priorité des créanciers postérieurs constitue la pièce essentielle de la dynamique de la sauvegarde, à défaut de laquelle pourrait échouer toute tentative de sauvetage de l'entreprise* »¹⁰²⁶. Or, le privilège constitue ici non seulement une garantie pour le redressement de l'entreprise, mais aussi et surtout un « *indispensable ingrédient* »¹⁰²⁷ pour la valorisation de l'actif immatériel en période d'observation. « *Est ainsi retrouvée la justification profonde de cette situation privilégiée reconnue à certains créanciers, acteurs obligés de la sauvegarde ou du redressement de l'entreprise* »¹⁰²⁸. Dès lors, il faut insister sur la définition du privilège de procédure, ainsi que sur ses incidences.

¹⁰²¹ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹⁰²² Cass. com., 5 février 2002, Bull. civ, IV, n° 27 ; D. 2002, AJ, 805, obs. A. LIENHARD ; JCP E, 2002, 807, n° 15, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; APC 2002-8, p. 1 et n° 100, obs. S. PIEDELIEVRE.

¹⁰²³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 811, p. 360.

¹⁰²⁴ A. LIENHARD, « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in *Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz, 2006, p. 475 et s., spéc. p. 478.

¹⁰²⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », *LPA*, 14 juin 2007, n° 119, p. 70, spéc. n° 1.

¹⁰²⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 664, p. 414.

¹⁰²⁷ F. GREAU, « Pour un véritable privilège de la procédure », *op. cit.*, p. 4, spéc. n° 1.

¹⁰²⁸ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 408, p. 266.

« Si la loi de sauvegarde est datée du 26 juillet 2005 et non du 4 août... ce n'est pas fortuit car elle n'a pas aboli les privilèges ! »¹⁰²⁹. En effet, elle a mis un coup d'arrêt à « l'accident prétorien de 2002 »¹⁰³⁰ en qualifiant expressément le droit des créanciers « méritants »¹⁰³¹ de « paiement par privilège »¹⁰³². Conformément à l'adage « pas de privilège sans texte », la qualification légale du privilège de procédure est énoncée explicitement à l'article L. 622-17, II du Code de commerce. Dérogeant à la règle *prior tempore, potior jure*¹⁰³³, le législateur de 2005 instaure effectivement un privilège de procédure « ayant pour qualité de participer de la sauvegarde de l'entreprise »¹⁰³⁴. Il s'agit au sens de l'article 2324 du Code civil d'« un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ». « Il confère à son titulaire un droit de préférence sur le prix de vente de ces biens, qui n'est jamais de premier rang mais dont le classement est plus ou moins favorable selon que le débiteur est en sauvegarde ou en liquidation judiciaire »¹⁰³⁵. En la matière, « le pluriel est de mise »¹⁰³⁶, étant donné que la loi de sauvegarde des entreprises a fait éclater en deux dispositions distinctes, « quoique jumelles »¹⁰³⁷, l'ancien article L. 621-32 du Code de commerce. Il y a d'une part l'article L. 622-17 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde¹⁰³⁸. D'autre part, l'article L. 641-13 du Code de commerce est consubstantiel à la procédure de liquidation judiciaire. « Cette scission de l'ancien article L. 621-32 du Code de commerce est une manifestation de la volonté du législateur de faire de la procédure de liquidation judiciaire une procédure pleinement autonome, soumise à des règles totalement propres »¹⁰³⁹. Général, le privilège de procédure porte sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers du débiteur¹⁰⁴⁰, voire sur les « potentialités » qui sont notamment identifiées en créances issues de la continuation des contrats¹⁰⁴¹ et de l'obligation de dépollution ou de remise en état¹⁰⁴². « Tous les biens du débiteur, meubles ou immeubles, répondent du paiement des dettes postérieures »¹⁰⁴³. « Le droit de priorité s'exerce sur la totalité du patrimoine du débiteur »¹⁰⁴⁴. En

¹⁰²⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », *op. cit.*, p. 70, spéc. n° 1.

¹⁰³⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 811, p. 361.

¹⁰³¹ P-M. LE CORRE, « Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur », *GP*, 10 septembre 2005, n° 253, p. 17, spéc. n° 7 ; V° aussi : G. BERTHELOT, « Les créanciers postérieurs méritants », *RPC*, juillet 2011, n° 4, dossier 37.

¹⁰³² L-C. HENRY, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *RPC* 2008. 20 s.

¹⁰³³ Article 2425 du Code civil.

¹⁰³⁴ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 329, p. 162.

¹⁰³⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 811, p. 360.

¹⁰³⁶ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2015, n° 666, p. 497 ; n° 668, p. 498.

¹⁰³⁷ F. MACORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers – Situation particulière de certains créanciers antérieurs », *Rép. com.*, Dalloz, 2019, n° 531.

¹⁰³⁸ Et sur renvoi l'article L. 631-14 du Code de commerce applicable à la procédure de redressement judiciaire.

¹⁰³⁹ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 282, p. 221.

¹⁰⁴⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 811, p. 360.

¹⁰⁴¹ C'est-à-dire de la continuation du contrat de franchise : *supra*, n° 136 et du contrat d'apport : *supra*, n° 139.

¹⁰⁴² *Supra*, n° 117 ; *infra*, n° 158, 159, 162 à 164.

¹⁰⁴³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 682, p. 440.

effet, ce privilège « *a une portée absolument générale sur les biens du débiteur* »¹⁰⁴⁵. De la sorte, l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté pourrait être couvert par cette sûreté légale au titre de sa valorisation par l'article L. 622-17 du Code de commerce.

La prévalence d'un privilège de procédure par les créanciers postérieurs privilégiés soulève des incidences. En ce sens, un « *double avantage est conféré à ceux qui en bénéficient, tout à la fois soustraits à la discipline collective et gratifiés d'un privilège d'un rang favorable* »¹⁰⁴⁶.

Le premier avantage – principal – octroyé aux « *créances élues* »¹⁰⁴⁷ figure dans le I de l'article L. 622-17 du Code de commerce : « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* ». Autrement dit, la faveur conférée aux créanciers postérieurs privilégiés consiste en un paiement à l'échéance. Ce principe « *constitue sans aucun doute la règle la plus importante du dispositif de faveur réservé aux créanciers postérieurs dont la créance entre dans le champ d'application de ces dispositions* »¹⁰⁴⁸. Plus ou moins conforme au droit commun des obligations¹⁰⁴⁹, le principe du paiement à l'échéance présente au demeurant un intérêt majeur dans le contexte d'une procédure collective où les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture ne sont plus payées à l'échéance selon les prescriptions de l'article L. 622-7 du Code de commerce. On mesure alors la portée de ce « *véritable sésame* »¹⁰⁵⁰ accordé aux créanciers de l'article L. 622-17 du Code de commerce qui leur permet d'être payés *nonobstant* le gel du passif. Par conséquent, « *c'est la meilleure promesse qui puisse être faite à un créancier et elle a d'autant plus de chances d'être tenue que le paiement des autres créanciers est au contraire interdit et que les créances élues seront moins nombreuses* »¹⁰⁵¹. « *Cette règle tranche avec celle de l'interdiction des paiements qui frappe les créanciers antérieurs et, depuis 2005, certains créanciers postérieurs, ceux dont la créance ne répond pas au troisième critère* »¹⁰⁵². C'est pourquoi, le principe du paiement à l'échéance va de concert avec la paralysie de la discipline collective vis-à-vis des créanciers

¹⁰⁴⁴ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 430, p. 277.

¹⁰⁴⁵ P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 221, p. 202.

¹⁰⁴⁶ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 278, p. 254.

¹⁰⁴⁷ C'est-à-dire les créances qui répondent aux trois conditions de l'article L. 622-17, I du Code de commerce. V° en ce sens : F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 806, p. 358.

¹⁰⁴⁸ F. MACORIG-VENIER, *Rép. com, op, cit.*, n° 605.

¹⁰⁴⁹ En particulier, le paiement d'une créance à terme échu.

¹⁰⁵⁰ F. GREAU, « Pour un véritable privilège de la procédure », op. cit., p. 4, spéc. n° 6.

¹⁰⁵¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 807, p. 358.

¹⁰⁵² F. MACORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers – Situation particulière de certains créanciers antérieurs », op. cit., n° 605.

postérieurs privilégiés. « Dire que le créancier de la procédure est payé à l'échéance, c'est dire que la discipline de la procédure est écartée au profit d'un retour au principe du droit civil selon lequel le paiement est le prix de la course »¹⁰⁵³. Cela signifie donc qu'il n'est contraint, ni à déclarer sa créance à la procédure collective, ni à l'arrêt des poursuites individuelles¹⁰⁵⁴ et des voies d'exécution¹⁰⁵⁵. De même, il peut recourir à la compensation de sa propre dette à l'égard du débiteur avec sa créance¹⁰⁵⁶.

Le second avantage – subsidiaire – de l'article L. 622-17 du Code de commerce apparaît au II : « Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code ». Lorsque la créance n'est pas payée à l'échéance, elle le sera par privilège. « Malheureusement, une entreprise en difficulté ne se singularise pas par l'exemplarité du paiement comptant de ses dettes, fut-elle en période d'observation »¹⁰⁵⁷. A défaut de paiement à l'échéance, les créanciers postérieurs privilégiés sont payés prioritairement par rapport aux créanciers antérieurs et aux créanciers postérieurs non privilégiés en vertu de l'article L. 622-17, II et III du Code de commerce. En cette occurrence, les créances définies au I sont payées selon une hiérarchie, soit externe entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs (II), soit interne entre les créanciers postérieurs (III).

De surcroît, l'exercice du privilège de procédure est assujéti à une obligation d'information du créancier vis-à-vis des organes de la procédure collective. Cette obligation est sanctionnée drastiquement en cas de non-respect dans les termes de l'article L. 622-17, IV du Code de commerce. « Les créances impayées perdent le privilège que leur confère le II du présent article si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation. Lorsque cette information porte sur une créance déclarée pour le compte du créancier en application de l'article L. 622-24, elle rend caduque cette déclaration si le juge n'a pas statué sur l'admission de la

¹⁰⁵³ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 214, p. 115.

¹⁰⁵⁴ Cass. com., 10 juillet 1990, *JCP E* 1990, II, 140, note M. CABRILLAC ; *D.* 1990. 468, note F. DERRIDA.

¹⁰⁵⁵ Cass. com., 20 juin 1989, n° 87-19.594 et 88-10.195 ; Cass. com., 11 février 1997, n° 94-21.784.

¹⁰⁵⁶ Cass. com., 19 mars 1991, *JCP E* 1991, II, 174, note. D. LEGEAS ; *JCP E* 1991, I, 73, § 23, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *D.* 1991. 542, note. G. DUBOC ; *D.* 1992. Somm. 257 et 1993. Somm. 11, obs. F. DERRIDA.

¹⁰⁵⁷ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 796, p. 209.

créance ». La finalité de ce dispositif serait *a priori* d'accélérer les procédures collectives¹⁰⁵⁸. « Mais le législateur a eu un certain mal à trouver un point d'équilibre entre la nécessaire liberté reconnue à ces créanciers postérieurs et un minimum de discipline qui doit leur être imposée, ne serait-ce que pour accélérer la clôture de la procédure »¹⁰⁵⁹.

145. Transition. L'exposé de la qualification légale du privilège de procédure est chronologique. Avant 2005, la Cour de cassation réduisait le traitement de faveur à une simple priorité de paiement. Depuis cette date, les créanciers postérieurs de l'article L. 622-17 du Code de commerce sont devenus réellement privilégiés du fait de la reconnaissance légale du privilège de procédure. Si ce large privilège est applicable aux « potentialités », l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté peut faire l'objet *ipso facto* d'une telle sureté légale dans l'optique de sa valorisation. Cela nous amène à définir le privilège de procédure et à souligner le double avantage sous-jacent. Le privilège de procédure conserve des garde-fous exigés par l'article L. 622-17, dont on vérifiera ultérieurement l'applicabilité aux « potentialités ».

B. Les conditions légales du privilège de procédure

146. Le champ d'application du privilège de procédure. La soumission des « potentialités » au privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce au titre de la valorisation de l'actif immatériel pendant la période d'observation n'est pas systématique. Ce privilège s'applique *ratione materiae* aux créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires si et seulement si elles sont nées pour les besoins de la procédure. Ainsi, la créance privilégiée de l'article L. 622-17, I du Code de commerce¹⁰⁶⁰ est assortie d'une trilogie de conditions : la régularité (1), la postériorité (2) et la finalité (3).

1. La régularité de la créance

147. Explication du critère organique. En prévoyant que « *Les créances nées régulièrement* » bénéficient du paiement à l'échéance, l'article L. 622-17, I du Code de commerce entérine l'exigence traditionnelle de régularité de la créance. « *L'exigence légale quant à la régularité des créances postérieures au jugement d'ouverture renvoie aux normes régissant les pouvoirs du*

¹⁰⁵⁸ Rapp. X. DE ROUX, n° 2095, p. 220.

¹⁰⁵⁹ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 433, p. 279.

¹⁰⁶⁰ Et sur renvoi, V° les articles L. 631-14, I (redressement) et L. 641-13, I (liquidation) du Code de commerce.

débiteur et des organes de la procédure : la créance régulière est celle qui est née du chef d'une personne agissant dans le cadre des pouvoirs que la loi ou le tribunal lui a confiés »¹⁰⁶¹. La Cour régulatrice entend globalement ce critère organique « comme la conformité aux règles de pouvoirs, aux règles de gestion de l'entreprise, règles plus complexes dans la procédure de sauvegarde et de redressement car susceptibles en partie de modulation »¹⁰⁶². « Pour naître régulièrement, la créance doit résulter de l'action d'un auteur dûment habilité, ce qui renvoie essentiellement à la notion de pouvoir et à la problématique du dessaisissement »¹⁰⁶³. « Naît régulièrement une créance qui a été contractée dans le respect des règles qui gouvernent la répartition des pouvoirs au cours de la procédure collective, ce qui signifie que l'acte ayant donné naissance à la créance, doit avoir été passé par une personne qui avait le pouvoir de le conclure, ce qui doit être vérifié en examinant la mission confiée aux mandataires de justice »¹⁰⁶⁴. En bref, l'acte doit être passé dans le respect des règles de répartition des pouvoirs fixées par le tribunal entre les différents intervenants à la procédure collective et le débiteur¹⁰⁶⁵. « La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour considérer que l'adverbe régulièrement vise, en réalité, le respect de la répartition des pouvoirs entre les organes de la procédure, d'une part et le débiteur, d'autre part »¹⁰⁶⁶. Or, cette répartition des pouvoirs est légitime. « On conçoit mal qu'un débiteur dessaisi de la gestion autre que courant, ou devant être assisté par un administrateur, puisse créer librement un passif prioritaire, par exemple en empruntant des montants importants auprès d'une banque »¹⁰⁶⁷. Cette règle est analogue dans les trois procédures collectives¹⁰⁶⁸. Dans la procédure de sauvegarde, l'opération n'est pas régulière, s'il n'y a pas de double signature alors que l'administrateur a reçu une mission d'assistance¹⁰⁶⁹. A contrario, la créance née d'un ordre de virement donné après l'ouverture de la procédure par le débiteur sans l'assistance de l'administrateur judiciaire est régulière¹⁰⁷⁰. Dans la procédure de liquidation judiciaire, la créance d'indemnité née de l'absence de réitération du compromis est « une

¹⁰⁶¹ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 210, p. 112.

¹⁰⁶² F. MACORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers – Situation particulière de certains créanciers antérieurs », *op. cit.*, n° 573.

¹⁰⁶³ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 787, p. 207.

¹⁰⁶⁴ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 279, p. 255.

¹⁰⁶⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *op. cit.*, p. 1 ; P. ROSSI, *Du contrôle exercé par les mandataires de justice dans les procédures collectives*, 3 volumes, Thèse, Lille II, 1997, spéc. n° 425, p. 566.

¹⁰⁶⁶ P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 213, p. 196.

¹⁰⁶⁷ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 426, p. 275-276.

¹⁰⁶⁸ F. MACORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers – Situation particulière de certains créanciers antérieurs », *op. cit.*, n° 573.

¹⁰⁶⁹ Cass. com., 4 février 1992, *JCP E* 1992, I, 192, n° 3, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; D. 1993, somm. p. 5, obs. F. DERRIDA.

¹⁰⁷⁰ Cass. com., 4 mars 2014, n° 13-14.410, NP, *BJE*, juillet 2014, p. 249, R. BONHOMME.

créance postérieure née irrégulièrement et inopposable à la procédure »¹⁰⁷¹ au motif que le débiteur a réalisé seul un compromis de vente d'un terrain sans l'accord du liquidateur.

148. Application du critère organique. L'exigence de régularité de la créance inhérente au privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce a des applications concrètes en jurisprudence. Pour cela, distinguons les créances contractuelles des créances extra-contractuelles. Or, nous verrons plus loin¹⁰⁷² que les « potentialités » fondées sur le bilan économique, social et environnemental peuvent être l'objet de cette double nature juridique : contractuelle pour les créances issues de la continuation des contrats en cours comme le contrat de franchise¹⁰⁷³ et le contrat d'apport¹⁰⁷⁴ et extra-contractuelle pour les créances environnementales¹⁰⁷⁵.

En ce qui concerne les créances contractuelles, il est important de prendre en considération les règles organisant la continuation des contrats en cours¹⁰⁷⁶. Si le principe de continuation des contrats en cours est uni au privilège de procédure au regard de la régularité de la créance, cela sous-entend que les « potentialités » peuvent être simultanément valorisées par les articles L. 622-13 et L. 622-17 du Code de commerce. La seule réserve étant que la créance issue de la continuation des contrats soit régulière¹⁰⁷⁷. En particulier, le contrat doit être poursuivi avec l'accord de l'administrateur judiciaire ou du débiteur sur avis conforme du mandataire judiciaire. Aussi, les créances nées jusqu'à l'exercice de l'option sont privilégiées au sens de l'article L. 622-17 du Code de commerce¹⁰⁷⁸. Par contre, le privilège de procédure est inapplicable aux créances nées après la décision de non-continuation de l'administrateur judiciaire et avant la résiliation du contrat, sauf faute du débiteur¹⁰⁷⁹.

Bien qu'il soit conçu « *au service du crédit et partant comme le moyen de lui permettre de conclure de nouveaux contrats* »¹⁰⁸⁰, l'article L. 622-17 du Code de commerce peut couvrir une créance extra-contractuelle. Celle-ci répond à la condition légale de régularité à partir du moment où les pouvoirs respectifs du débiteur et des organes de la procédure collective n'ont pas été

¹⁰⁷¹ Cass. com., 21 février 2012, n° B 11-12235.

¹⁰⁷² *Infra*, n° 151, 159, 163.

¹⁰⁷³ *Supra*, n° 136.

¹⁰⁷⁴ *Supra*, n° 139.

¹⁰⁷⁵ *Infra*, n° 159, 162, 163.

¹⁰⁷⁶ Cass. com., 6 juillet 1999, n° 97-12.208, *RJDA* 10/1999, n° 1099.

¹⁰⁷⁷ *Infra*, n° 162.

¹⁰⁷⁸ Cass. com., 16 octobre 1990, n° 89-12.930, *Bull. civ. IV*, n° 240 ; *RTD com.* 1991. 462, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 1992, II, 300, note. P-M. LE CORRE ; Cass. com., 12 juillet 1994, n° 90-15.070, *RPC* 1995. 299, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Cass. com., 15 octobre 2002, n° 00-15.241, *RPC* 2/2003. 148, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹⁰⁷⁹ Cass. com., 18 septembre 2007, n° 06-13.824, *Bull. civ. IV*, n° 200.

¹⁰⁸⁰ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 279, p. 255.

bafoués¹⁰⁸¹. Sur ce point, la jurisprudence a décidé curieusement¹⁰⁸² que l'article L. 622-17 du Code de commerce n'est pas inconciliable avec les créances délictuelles¹⁰⁸³ naissant d'une faute ou d'une inexécution. En ce cas, il faut rechercher si la créance délictuelle est née « conformément aux règles gouvernant les pouvoirs »¹⁰⁸⁴ ou « à l'occasion d'une activité permise »¹⁰⁸⁵. « En d'autres termes, des dettes délictuelles peuvent être privilégiées si elles ont été engagées par les organes compétents ce qui revient à exclure du domaine de l'article L. 622-7, I, les dettes nées du chef du débiteur dépourvu de pouvoirs pour agir »¹⁰⁸⁶. Finalement, la naissance d'une créance à l'occasion d'une activité illicite demeure indifférente pour exercer le mécanisme de l'article L. 622-17 du Code de commerce¹⁰⁸⁷.

149. Transition. L'exercice du privilège de procédure est subordonné à une première condition ordonnée par l'article L. 622-17, I du Code de commerce : la régularité de la créance. Avant d'être effectivement appliqué aux « potentialités », ce critère organique doit être expliqué à l'appui d'exemples prétoriens. Partant, une créance contractuelle ou extra-contractuelle est née régulièrement si elle respecte le système de répartition des pouvoirs dans les procédures collectives. Le privilège de procédure comprend une seconde condition légale qui fait appel au temps.

2. La postériorité de la créance

150. Explication du critère chronologique. Après la naissance régulière des créances, l'article L. 622-17, I du Code de commerce indique que : « Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture [...] sont payées à leur échéance ». En d'autres termes, la deuxième condition légale du privilège de procédure est chronologique. « S'il est indéniable qu'il ne tient plus à ce critère seul de faire le bonheur d'un créancier, il reste détenteur des clés de l'antichambre de ce bonheur »¹⁰⁸⁸. « En cela, on ne saurait reléguer le critère chronologique au rang des curiosités historiques, pas plus que l'on ne saurait considérer que le législateur de 2005, faute de le

¹⁰⁸¹ Cass. com., 13 octobre 1998, *JCP E* 1998, 2069, n° 5, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *JCP E*, 1999, n° 1060, note. P. ROSSI ; *D. Affaires* 1998, p. 816, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 1999, p. 979, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰⁸² Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 210, p. 112 : « En ce qui concerne les créances d'origine délictuelle, on pourrait soutenir que, par nature, elles ne sont pas régulières puisqu'elles résultent d'un dommage illicite ».

¹⁰⁸³ Cass. com., 9 avril 1991, *JCP E* 1991, p. 73, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.

¹⁰⁸⁴ En matière de contrefaçon, V° la décision précitée : Cass. com., 13 octobre 1998, *JCP E* 1998, 2069, n° 5, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *JCP E*, 1999, n° 1060, note. P. ROSSI ; *D. Affaires* 1998, p. 816, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 1999, p. 979, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰⁸⁵ M. CABRILLAC, « L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application », *Banque* 1986. 115.

¹⁰⁸⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 668, p. 418.

¹⁰⁸⁷ M. CABRILLAC, « L'article 40 de la loi nouvelle et les nouveaux privilèges de procédure », *RPC*. 1986, p. 13 s., n° 11.

¹⁰⁸⁸ F. REILLE, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », op. cit., n° 23.

supprimer, l'a contourné avec ce que cela emporterait d'indifférence »¹⁰⁸⁹. Non supprimée par la loi du 26 juillet 2005¹⁰⁹⁰, cette exigence chronologique témoigne en faveur de l'importance du temps dans l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. En effet, la durée est indissociable de la valorisation de l'actif immatériel par l'article L. 622-17 du Code de commerce pendant la période d'observation. Or, il a été démontré qu'elle conduit à une définition prospective des « potentialités »¹⁰⁹¹.

Après avoir affirmé l'identité des notions d'origine et de naissance des créances¹⁰⁹², la jurisprudence a recours à la notion de fait générateur pour définir le périmètre légal du privilège de procédure. Partant, seules sont privilégiées les créances, dont le fait générateur est né après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Cela signifie donc que la date d'exigibilité des créances est reléguée au second plan¹⁰⁹³. « *La date d'exigibilité n'est que celle à laquelle le créancier peut prétendre au paiement, elle est naturellement distincte de la date de naissance qui, en principe, interviendra antérieurement. La naissance relève de la création, l'exigibilité de l'exécution* »¹⁰⁹⁴. Techniquement, le fait générateur renvoie à l'événement qui engendre la créance¹⁰⁹⁵. C'est pourquoi, il faut être particulièrement vigilant quant au fait générateur de la créance qui doit être postérieur au jugement d'ouverture, afin de profiter du privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce. « *La détermination du moment de la naissance de la créance est ainsi apparue comme une question cruciale* »¹⁰⁹⁶. « *La raison d'être d'une procédure collective fait de la limitation d'un traitement préférentiel aux seules créances nées après l'ouverture de la procédure une question centrale* »¹⁰⁹⁷. En effet, il existe une *summa divisio* en droit des entreprises en difficulté entre les créances antérieures et les créances postérieures, dont le traitement diverge fondamentalement. D'un côté, il est inscrit à l'article L. 622-24, alinéa 1^{er} du Code de commerce que : « *A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ Sur la proposition doctrinale de suppression du critère chronologique dans certaines circonstances, V° : M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », colloque du 25 mars 2004, *LPA*, 9 novembre 2004, n° 14, p. 41.

¹⁰⁹¹ *Supra*, n° 92.

¹⁰⁹² Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-14.906 : *JurisData* n° 2013-007930 ; *Bull. civ. IV*, n° 72 ; *RPC*. 2015, comm. 109, note. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *D.* 2013, p. 1128, A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2013, alerte 118, obs. L. FIN LANGER ; *BJE* juillet 2013, p. 240, note. S. BENILSI, *LEDEN* septembre 2013, p. 3, obs. P. RUBELLIN ; *GP*, 12 juillet 2013, p. 15, note. L-C. HENRY, à propos d'une créance de remboursement d'un crédit immobilier dont l'offre a été acceptée.

¹⁰⁹³ Cass. com., 27 février 2007, n° 06-11.500, *GP*, 20 juillet 2007, p. 37, obs. L-C. HENRY.

¹⁰⁹⁴ F. REILLE, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », *op. cit.*, n° 11.

¹⁰⁹⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *Interv. Colloque Cedag Paris V*, 25 mars 2004, *LPA*, 9 novembre 2004, n° 224, p. 11 s., n° 3.

¹⁰⁹⁶ F. MACORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers – Situation particulière de certains créanciers antérieurs », *op. cit.*, n° 534.

¹⁰⁹⁷ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 410, p. 266.

déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat ». Cette disposition doit être mise en parallèle avec l'article L. 622-21 du Code de commerce qui relate que : « *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17* ». D'un autre côté, les créances postérieures relevant de l'article L. 622-17 du Code de commerce doivent être payées à l'échéance ou à défaut par privilège, d'où l'exclusion des mécanismes de discipline collective prévus par les deux articles précités.

151. Application du critère chronologique. Pour apprécier la postériorité de la créance, il convient de départir les créances contractuelles des créances extra-contractuelles, dont la jurisprudence est « *loin d'être homogène. Les solutions données apparaissent parfois reposer sur des considérations d'opportunité davantage que sur une analyse rigoureuse* »¹⁰⁹⁸. Il sera surtout question dans l'applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités » du fait générateur des créances extra-contractuelles, et plus précisément environnementales¹⁰⁹⁹.

S'agissant des créances contractuelles, le critère chronologique est facilement rempli dans deux situations. D'une part, la créance contractuelle est postérieure, dès lors qu'elle résulte d'un contrat conclu après le jugement d'ouverture. D'autre part, la créance contractuelle est antérieure, lorsque le contrat est conclu avant le jugement d'ouverture et dont les effets se sont produits avant celui-ci. Pour illustration, la créance issue de la garantie des vices cachés a pour fait générateur la conclusion de la vente¹¹⁰⁰ ou les malfaçons¹¹⁰¹.

Par contre, l'établissement du critère chronologique des créances contractuelles est plus délicat quand le contrat est conclu avant l'ouverture de la procédure collective, mais dont l'exécution s'est poursuivie après celle-ci¹¹⁰² : abonnement, crédit-bail, prêt, location, etc¹¹⁰³. Dans cette hypothèse, la jurisprudence fait preuve de pragmatisme¹¹⁰⁴ en retenant la date de naissance de la créance contractuelle au jour de l'exécution du contrat¹¹⁰⁵ au lieu du jour de la conclusion du contrat¹¹⁰⁶.

¹⁰⁹⁸ F. MACORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers – Situation particulière de certains créanciers antérieurs », *op. cit.*, n° 535.

¹⁰⁹⁹ *Infra*, n° 163.

¹¹⁰⁰ Cass. com., 8 juin 1999, *JCP E* 1999, p. 1370, n° 36 ; *JCP E* 2000, p. 31, obs. M. CABRILLAC.

¹¹⁰¹ Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-15.518, *RJDA* 2011, n° 945, p. 894 ; Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-18.420, *Rev. sociétés* septembre 2013, p. 524, obs. L-C. HENRY, *D.* 1617, p. 2363, F-X. LUCAS et P-M. LE CORRE ; *Dict. perm.* juillet 2013, p. 4, note L-C. HENRY.

¹¹⁰² F. BARON, « La date de naissance des créances à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.* 2001, p. 1 ; N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007, p. 655 ; P-E. AUDIT, *La naissance des créances*, préf. D. MAZEAUD, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2015, vol. 141, n° 186 et s.

¹¹⁰³ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 288, p. 223.

¹¹⁰⁴ J-C. BOULAY, « Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *RPC* 2006-2, spéc. p. 136.

¹¹⁰⁵ V° en ce sens : P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, p. 772.

Face à la controverse née sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005¹¹⁰⁷, la chambre mixte de la Cour de cassation a tranché le débat en reconnaissant « *qu'il résulte des articles 13 et 43 de la loi du 9 juillet 1991 et des articles 69 et suivants du décret du 31 juillet 1992, que la saisie-attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement...* »¹¹⁰⁸. « *Ainsi, les créances ne sont-elles pas vues comme naissant de manière globale dès la conclusion du contrat mais au fur et à mesure de son exécution lorsque des prestations sont fournies et ouvrent droit à rémunération* »¹¹⁰⁹. Pour résumer, la conception « matérialiste »¹¹¹⁰ - réaliste et économique¹¹¹¹ - prime la conception civiliste/« volontariste », d'où le particularisme du droit des entreprises en difficulté¹¹¹². En définitive, le privilège de procédure met en évidence le caractère dérogatoire de cette discipline vis-à-vis du droit commun des contrats comme le fait le principe de continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce¹¹¹³. « *L'une des raisons majeures de l'éloignement de ces règles par rapport aux théories civilistes réside dans l'existence de dispositions propres aux procédures collectives relatives aux contrats en cours* »¹¹¹⁴. « *La délimitation entre créance antérieure et créance postérieure, en matière de créance contractuelle, est intimement liée à celle de la continuation des contrats* »¹¹¹⁵. « *C'est donc l'exécution postérieure au jugement d'ouverture qui fonde véritablement la créance du cocontractant, détermine sa qualification en notre matière et justifie le traitement de faveur dont elle bénéficie le cas échéant* »¹¹¹⁶. Or, la prise en compte de l'exécution est efficiente non seulement pour la procédure de sauvegarde qui est assise sur la poursuite de l'activité économique au cours de la période d'observation¹¹¹⁷, mais aussi pour la valorisation de l'actif immatériel. En effet, cette valorisation serait optimale, sous réserve

¹¹⁰⁶ V° le courant doctrinal considérant que le fait générateur de la créance naît de la conclusion du contrat : E. PUTMAN, *La formation des créances*, Thèse, Aix-Marseille, 1987 ; Ch. LARROUMET, obs. sous Cass. com., 7 décembre 2004, *D.* 2005, p. 230, « *Une créance contractuelle naît, sauf volonté contraire des parties, au jour de la conclusion du contrat* ».

¹¹⁰⁷ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹¹⁰⁸ Cass. mixte., 22 novembre 2002, *JCP E* 2003. 398, note D. LEGEAIS.

¹¹⁰⁹ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 245, p. 218.

¹¹¹⁰ Pour des exemples d'applications de la conception matérialiste, V° : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 442-13 et s., p. 1013 et s.

¹¹¹¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 768, p. 341.

¹¹¹² F. BARON, La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *op. cit.*, p. 1 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA*, 9 novembre 2004, n° 224, p. 11.

¹¹¹³ *Supra*, n° 127 à 129.

¹¹¹⁴ F. REILLE, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », *op. cit.*, n° 37.

¹¹¹⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 442-11, p. 1010.

¹¹¹⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 768, p. 341.

¹¹¹⁷ *Ibid.*

que l'actif immatériel soit exploité, donc *in fine* rattaché à l'activité économique¹¹¹⁸. Ceci conforte alors le réalisme de cette matière¹¹¹⁹. Par exemple, la créance d'honoraires de résultat d'un avocat naît à la date de l'exécution de la prestation caractéristique fournie au client et non à la date du paiement¹¹²⁰.

Définir le fait générateur des créances extra-contractuelles n'est pas non plus aisé, d'autant plus que la jurisprudence rend des solutions incohérentes. Tel est le cas des cotisations sociales versées après le jugement d'ouverture qui imputent un salaire pour un travail effectué avant ce jugement. Ces créances extra-contractuelles sont qualifiées de créances antérieures en raison de leur fait générateur : le travail fourni¹¹²¹ *a contrario* du paiement des salaires, ce qui illustre la non-confusion entre la naissance des créances et l'exigibilité. La chambre sociale de la Cour de cassation a adopté la même solution dans un arrêt du 21 novembre 1989, s'agissant des indemnités de congés payés¹¹²². Au contraire, les créances fiscales¹¹²³ sont privilégiées sur le fondement de l'article L. 622-17 du Code de commerce, car leur fait générateur est postérieur au jugement d'ouverture¹¹²⁴. Dans le même ordre d'idées, les créances de dépens sont sujettes au privilège de procédure à partir de l'instant où les dépens sont définis par un jugement postérieur au jugement d'ouverture¹¹²⁵. Quant aux amendes, astreintes et dommages-intérêts, ces créances extra-contractuelles ont pour origine la date de la décision de condamnation¹¹²⁶. Dès lors, les amendes infligées par le Conseil de la concurrence du fait de comportements antérieurs au jugement d'ouverture sont privilégiées à condition qu'elles soient fixées après le jugement d'ouverture¹¹²⁷. « Cette solution s'explique par la nature particulière des sanctions pécuniaires prononcées par cette autorité administrative indépendante. Elles ont un objet répressif (sanctionner l'atteinte à la concurrence sur un marché de produits ou de service déterminé). Elles n'ont donc pas de fonction réparatrice »¹¹²⁸. Ce faisant, la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu dans un arrêt récent que la créance de dommages-intérêts d'une partie civile destinée à réparer le préjudice causé

¹¹¹⁸ *Infra*, n° 171, 179, 185, 189, 195 à 197, 199, 201, 204, 205.

¹¹¹⁹ Ph. PETEL, « Pour une relecture de l'article L. 621-32 du Code de commerce (ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985), *op. cit.*, p. 923 et s.

¹¹²⁰ Cass. com., 27 septembre 2011, n° 10-21.277, *D.* 2011, p. 2398, obs. A. LIENHARD.

¹¹²¹ Cass. com., 8 novembre 1988, *D.* 1989, 36, obs. H. HONORAT.

¹¹²² Cass. soc., 21 novembre 1989, *JCP E* 1990. II. 15832, note Ph. PETEL.

¹¹²³ B. SOINNE, « Les notions d'origine, de fait générateur et d'exigibilité en droit fiscal et dans le droit des procédures collectives », *RPC*. 1987/2. 1 ; Y. GUILLOU, « Fait générateur, origine, exigibilité de l'impôt dans les procédures collectives », *RPC*. 2-3/1999. 57 ; D. GUTMAN, « La date de naissance des créances en droit fiscal », *LPA*, 9 novembre 2004, n° 224, p. 35.

¹¹²⁴ V° pour la créance de participation à l'effort de construction, dont le fait générateur se situe à la date à laquelle expire le délai imparti à l'employeur pour investir : Cass. com., 7 juillet 1998, *Bull.* IV, n° 221, p. 183.

¹¹²⁵ Cass. com., 11 juin 2002, *JCP E* 2003, 231, n° 13, obs. M. CABRILLAC.

¹¹²⁶ Cass. com., 21 janvier 2003, *JCP E* 2003, 760, n° 15, obs. M. CABRILLAC.

¹¹²⁷ Cass. com., 4 mars 1997, *JCP E* 1997, I, 681, n° 17, obs. M. CABRILLAC.

¹¹²⁸ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 286, p. 222.

par une infraction pénale naît à la date de la réalisation du dommage au lieu de la date de la condamnation¹¹²⁹.

152. Transition. La postériorité de la créance est la seconde condition légale du privilège de procédure en vertu de l'article L. 622-17, I du Code de commerce. Ce critère chronologique doit être expliqué avant d'être appliqué concrètement aux créances contractuelles et extra-contractuelles. Techniquement, l'existence d'un fait générateur postérieur au jugement d'ouverture de la procédure collective suffit en principe à privilégier, non seulement les créances, mais aussi et surtout certaines « potentialités » qui sont considérées comme des créances dans le bilan d'entreprise. Cela étant, le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce n'est plus restreint à la régularité et à la postériorité de la créance depuis 2005.

3. L'utilité de la créance

153. Explication du critère téléologique. Avant la loi du 26 juillet 2005¹¹³⁰, les tribunaux avaient pris l'habitude – discutable¹¹³¹ – de dilater le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce en s'attachant aux seuls critères organique et chronologique. Même si les créances devaient être liées théoriquement à la poursuite de l'exploitation, la jurisprudence appliquait en pratique le régime de faveur aux seules créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective¹¹³². Pour preuve, elle privilégiait la taxe foncière assise sur un immeuble non affecté à l'activité de l'entreprise sur le fondement de l'ancien article L. 621-32 du Code de commerce indifféremment du rattachement des impôts à l'exploitation¹¹³³. Une solution identique de la Cour de cassation a été rendue à propos de charges de copropriété afférentes à l'immeuble d'habitation du débiteur¹¹³⁴. La conséquence se traduisait négativement par « *un très net*

¹¹²⁹ Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-10.645, *BJE*, juillet 2019, 117b4, p. 33, obs. G. JAZOTTES.

¹¹³⁰ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹¹³¹ Rapport de la Cour de cassation 2002, La documentation française, p. 30 : « *Il paraît excessif que la créance fasse ainsi l'objet d'un paiement prioritaire du seul fait qu'elle est née après le jugement d'ouverture ; il serait plus favorable au redressement des entreprises que seules les créances nécessaires à la poursuite de l'activité après le jugement d'ouverture bénéficient d'un tel traitement de faveur* » ; V° aussi : Ph. PETEL, « Pour une relecture de l'article L. 621-32 du Code de commerce », *op. cit.*, spéc. p. 917 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances dans les procédures collectives », *op. cit.*, p. 11.

¹¹³² Sur la négation du lien entre la créance et l'activité poursuivie, V° : Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-13.942, Bull. civ. IV, n° 138 ; Cass. com., 17 janvier 1995, n° 92-16.940, Bull. civ. IV, n° 16 ; D. 1995. Somm. 216, obs. A. HONORAT ; Cass. com., 2 avril 1996, n° 90-13.942, *RPC*. 1997. 68, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Cass. com., 9 juillet 1996, n° 94-11.856, Bull. civ. IV, n° 209 ; Cass. com., 8 décembre 1998, n° 96-17.793, Bull. civ. IV, n° 294.

¹¹³³ Cass. com., 14 novembre 2000, *RPC*. 2002, 210, n° 6, obs. Ph. NEAU-LEDUC.

¹¹³⁴ Cass. civ., 3^{ème}, 2 juillet 2003, n° 99-21.270, LXB n N8632AAX, note. P-M. LE CORRE.

affaiblissement »¹¹³⁵ du privilège de procédure, ainsi que par « un assèchement de la trésorerie de l'entreprise »¹¹³⁶ en entraînant une « double dérive : d'abord celle d'une jurisprudence confuse et incapable de résoudre d'une manière intelligible la question centrale de la date de naissance des créances ; ensuite et surtout de la reconnaissance d'une priorité de paiement à des créances totalement étrangères à la finalité première de l'octroi de cette priorité (qui est de faciliter le crédit nécessaire au redressement de l'entreprise), telles que par exemple certaines résultant d'une condamnation à une peine d'amende »¹¹³⁷. « Le constat était flagrant, qu'avait établi l'ensemble des auteurs : le prétendu privilège de procédure ne remplissait plus correctement sa fonction ; loin de servir la cause de la poursuite de l'activité, il faisait chaque jour davantage figure de facteur d'alourdissement du passif de la procédure... »¹¹³⁸. Ce constat péjoratif trouve une justification évidente. « La raison principale de la médiocre efficacité de la priorité des créances postérieures était toutefois leur volume excessif : la plupart des créances nées pendant la procédure (ou qualifiées de telles) bénéficiaient en effet du régime de faveur, indépendamment de la finalité de l'opération qui en était la source, en contradiction manifeste avec l'objectif de redressement de l'entreprise »¹¹³⁹. Ainsi, « plus le nombre de privilégiés est important, moins le privilège est intéressant »¹¹⁴⁰.

« Dans le souci d'assurer une précieuse trésorerie pour l'entreprise, qui constitue une clé de son redressement futur »¹¹⁴¹, la loi de sauvegarde des entreprises a ainsi « filtré »¹¹⁴² le champ d'application de l'article L. 622-17, I du Code de commerce par la création d'un critère « bienvenu »¹¹⁴³ qui épouse la finalité économique des procédures collectives. « Alors que la question essentielle était auparavant de savoir si le créancier était un créancier antérieur ou un créancier postérieur, la nouvelle interrogation porte sur le point de savoir si le créancier est ou non un créancier postérieur méritant le traitement préférentiel »¹¹⁴⁴. « Il s'agit désormais d'adopter une démarche téléologique consistant à n'accorder de priorité de paiement à l'échéance qu'aux créances qui se révèlent utiles pour la sauvegarde de l'entreprise »¹¹⁴⁵. « Ce troisième critère, dit

¹¹³⁵ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 215, p. 197.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 404, p. 264.

¹¹³⁸ A. LIENHARD, « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », op. cit., spéc. p. 476.

¹¹³⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 764, p. 339.

¹¹⁴⁰ P-M. LE CORRE, « Les créances postérieures et l'ordonnance du 12 mars 2014 », op. cit., 191 s.

¹¹⁴¹ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 215, p. 197.

¹¹⁴² F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 280, p. 256.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 453.11, p. 1057.

¹¹⁴⁵ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 326, p. 161.

téléologique, conduit à prendre en compte le but poursuivi par l'acte qui fonde la créance »¹¹⁴⁶. « Être créancier postérieur ne suffit donc plus pour échapper à l'application d'un régime sec »¹¹⁴⁷. En conséquence, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont utiles si et seulement si elles sont nées soit « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation », soit « en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période »¹¹⁴⁸. Or, cette utilité est stimulante pour cette recherche à un double titre. Premièrement, c'est un critère économique qui coïncide avec la valorisation des « potentialités » par l'article L. 622-17 du Code de commerce. Rappelons que la révélation d'un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental¹¹⁴⁹ permet de participer utilement au redressement de l'entreprise en difficulté. Deuxièmement, l'utilité est un critère de qualification des « potentialités » au sens du droit civil des biens¹¹⁵⁰.

L'utilité de la créance est scindée en trois critères. « Derrière l'idée réductrice d'utilité de la naissance de créance, ce sont en réalité trois critères distincts qui sont proposés par référence aux besoins du déroulement de la procédure, aux besoins de la période d'observation ou à la contrepartie d'une fourniture au débiteur »¹¹⁵¹. Les deux premiers aspects du critère téléologique sont tournés vers la finalité des créances (pour les besoins) et sont plus complexes à interpréter¹¹⁵², tandis que la référence à la contrepartie traite de la cause des créances¹¹⁵³.

Les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure englobent les dépenses nécessaires ou simplement utiles à la procédure. Ce sont les frais de justice et les honoraires des organes ou des auxiliaires de la procédure ou des avocats¹¹⁵⁴. Assurant le bon fonctionnement de la

¹¹⁴⁶ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 280, p. 256.

¹¹⁴⁷ F. REILLE, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », op. cit., n° 23.

¹¹⁴⁸ V° aussi sur renvoi l'article L. 641-13, I du Code de commerce : « Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire :

-si elles sont nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L. 641-10 ;

-si elles sont nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité ou en exécution d'un contrat en cours régulièrement décidée après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, s'il y a lieu, et après le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ;

-ou si elles sont nées des besoins de la vie courante du débiteur, personne physique.

En cas de prononcé de la liquidation judiciaire, sont également payées à leur échéance, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire mentionnées au I de l'article L. 622-17».

¹¹⁴⁹ *Supra*, n° 92, 108 à 120.

¹¹⁵⁰ *Infra*, n° 262 à 268.

¹¹⁵¹ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 281, p. 256.

¹¹⁵² F. PEROCHON, « Le sort des créanciers postérieurs », op. cit., p. 16 ; Ph. PETEL, « Les créanciers postérieurs », in « Les dernières réformes », RPC. 2006-02, p. 142 ; P-M. LE CORRE, « La taxe foncière, une créance postérieure méritante ? », *GP*, 16 octobre 2010, n° 289, p. 12 ; G. BERTHELOT, « De l'avènement d'un critère téléologique ou l'art du divinatoire pour le créancier postérieur méritant », *Cah. dr. entr.* 2016, n° 4, p. 41.

¹¹⁵³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 784, p. 347.

¹¹⁵⁴ Peu importe que l'avocat ait assisté le débiteur dans l'exercice de ses droits propres : Cass. com., 1^{er} décembre 2015, n° 14-20.668, P IV, n° 165 ; D. 2015. Actu. 2558, obs. A. LIENHARD.

procédure¹¹⁵⁵, il s'agit pour le Professeur LE CORRE des créances « inhérentes »¹¹⁵⁶ à la procédure collective découlant d'une obligation légale : « celles qui n'auraient pas pu naître sans elle, c'est-à-dire, la plupart des créances nées pour le déroulement de la procédure collective, pour reprendre les termes du législateur »¹¹⁵⁷. Sont incluses dans cette catégorie les indemnités liées aux licenciements prononcés par le liquidateur¹¹⁵⁸, les cotisations sociales liées à la poursuite d'activité¹¹⁵⁹. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation¹¹⁶⁰ retient l'utilité potentielle de l'opération plutôt que son utilité réelle mesurée *a posteriori*¹¹⁶¹. En effet, « la créance doit être née d'un acte ou d'une opération potentiellement utile à la procédure lato sensu »¹¹⁶². Or, cette conception de l'utilité n'est pas anodine vis-à-vis de l'actif immatériel potentiel identifié en « potentialité d'actif » par le droit des entreprises en difficulté¹¹⁶³.

Les créances nées pour les besoins de la période d'observation sont caractérisées par les dettes d'exploitation de la période d'observation de la procédure de sauvegarde et de redressement¹¹⁶⁴. D'après le Professeur LE CORRE, ces créances sont « contingentes »¹¹⁶⁵ par rapport à la procédure collective. Ce sont « celles qui auraient pu naître indépendamment de la procédure et cette catégorie embrasserait ce que le législateur désigne comme les créances nées pour les besoins de la poursuite d'activité (période d'observation en sauvegarde et redressement ou maintien d'activité en liquidation judiciaire), en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique en liquidation judiciaire, ou encore, toujours dans le cadre de la liquidation judiciaire, celles nées en exécution d'un contrat en cours régulièrement poursuivi »¹¹⁶⁶. Sont surtout visées les créances contractuelles nées de la poursuite des contrats en cours¹¹⁶⁷. Or, ceci met en lumière le lien de parenté entre les techniques de valorisation de l'actif immatériel pendant la période d'observation qui sont fondées sur la « contractualisation » avec le principe de continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce d'une part et le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce d'autre part.

¹¹⁵⁵ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 453.21, p. 1057.

¹¹⁵⁶ *Ibid*, n° 453.27, p. 1069 et s..

¹¹⁵⁷ F. REILLE, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », op. cit., n° 60.

¹¹⁵⁸ Cass. soc., 16 juin 2010, *GP*, 15-16 octobre 2010, p. 27, obs. L-C. HENRY.

¹¹⁵⁹ Cass. civ., 2^{ème}, 16 septembre 2010, *JCP E* 2011. 1030, § 11, obs. Ph. PETEL ; Cass. com., 15 juin 2011, *D.* 2011. 1677, obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2011. 1596, § 12, obs. Ph. PETEL.

¹¹⁶⁰ Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-24.065, P, *D.* 2018. Actu. 1005.

¹¹⁶¹ F. REILLE, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », op. cit., n° 63.

¹¹⁶² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 790, p. 351.

¹¹⁶³ *Supra*, n° 12, 76, 92, 114, 115, 117, 120

¹¹⁶⁴ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 453.22, p. 1060.

¹¹⁶⁵ *Ibid*, n° 453-27, p. 1070.

¹¹⁶⁶ F. REILLE, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », op. cit., n° 60.

¹¹⁶⁷ Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18.726, jurisprudence précitée.

Les créances sont utiles nous dit l'article L. 622-17, I du Code de commerce à condition qu'elles soient nées « *en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* ». Sur ce point, la Haute juridiction a une conception étroite de la prestation ou de la contrepartie : « *la créance de restitution résultant de l'infirmité d'une décision de justice portant condamnation au profit du débiteur n'est pas née en contrepartie d'une prestation fournie à ce dernier* »¹¹⁶⁸. Il n'en demeure pas moins que ces créances doivent résulter de la période d'observation de la procédure de sauvegarde et de redressement. Tel est le cas en présence de contrats régulièrement conclus après le jugement d'ouverture et de contrats conclus avant cette date et continués régulièrement¹¹⁶⁹. De plus, les créances d'origine légale nées après le jugement d'ouverture intègrent le giron des créances privilégiées, lorsqu'elles relèvent de l'activité professionnelle du débiteur¹¹⁷⁰. Le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce ne recouvre pas en revanche les indemnités de résiliation ou de rupture du contrat¹¹⁷¹.

En outre, l'ordonnance du 18 décembre 2008¹¹⁷² a supprimé le lien entre la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur et l'activité professionnelle pour simplifier les procédures collectives en les rendant plus attractives. Dans les procédures ouvertes à partir du 15 février 2009, il n'est effectivement plus exigé que la prestation ait été fournie au débiteur « *pour son activité professionnelle* » pendant la procédure. Cela implique donc que toutes les créances qui sont la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur sont éligibles au privilège de procédure, qu'il s'agisse de créances en rapport ou non avec l'activité professionnelle du débiteur. Or, cette exigence professionnelle était pourtant conciliable avec la finalité économique des procédures collectives. Ce qui est une « *incohérence téléologique* »¹¹⁷³ ou une « *régression* »¹¹⁷⁴ pour le partage des créances jugé moins sélectif¹¹⁷⁵ qu'auparavant l'est de nouveau pour la présente étude. C'est la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté qui permet de redresser l'entreprise défaillante. Pour ce faire, les « *potentialités* » doivent être rattachées à l'exploitation, ce qui impose le maintien d'une activité professionnelle¹¹⁷⁶.

¹¹⁶⁸ Cass. com., 17 décembre 2013, n° 12-28.158, APC 2014-2, n° 26, note. P. CAGNOLI ; JCP E 2014, 1173, n° 9, obs. Ph. PETEL ; GP, 1^{er} juillet 2014, p. 24, note. D. BOUSTANI.

¹¹⁶⁹ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 295, p. 226.

¹¹⁷⁰ Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18.726, jurisprudence précitée.

¹¹⁷¹ Cass. com., 5 octobre 2010, D. 2010. 2081, obs. P-M. LE CORRE ; RTD. com. 2011, p. 173, obs. A. MARTIN-SERF.

¹¹⁷² Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

¹¹⁷³ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 453.11, p. 1057.

¹¹⁷⁴ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 787, p. 349.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

¹¹⁷⁶ *Infra*, n° 171, 179, 185, 189, 195 à 197, 199, 201, 204, 205.

154. Application du critère téléologique. L'apparition du nouveau critère téléologique en 2005 ne revient pas à exclure *ratione materiae* de l'article L. 622-17 du Code de commerce toutes les créances en raison de leur nature. Il faut préserver au contraire les créances qui conservent un intérêt dans le cadre du déroulement de l'activité économique¹¹⁷⁷. « *Autrement dit, le débat n'est pas seulement technique, il est téléologique* »¹¹⁷⁸. C'est pourquoi, les solutions antérieures à la loi de sauvegarde des entreprises sont reconduites dans le domaine contractuel quant à la poursuite des contrats en cours. Or, cela sous-entend la valorisation des « potentialités » par la continuation des contrats en cours¹¹⁷⁹ qui peut faire émerger des créances issues de la continuation du contrat de franchise¹¹⁸⁰ ou du contrat d'apport¹¹⁸¹. C'est précisément le cas quand un contrat conclu avant le jugement d'ouverture est continué après celui-ci où les prestations postérieures donnent lieu utilement à des créances privilégiées. Par exemple, le critère de l'utilité de l'article L. 622-17, I du Code de commerce est satisfait, s'agissant de la créance de restitution d'une somme due par le créancier aux fournisseurs du débiteur pour continuer des travaux en période d'observation¹¹⁸². En revanche, la qualification de l'utilité est plus compliquée pour les créances d'origine extra-contractuelle. La difficulté rebondit en matière de créance environnementale, dont les éléments sont révélés comme des « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental¹¹⁸³. Si le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce a pour finalité de permettre le fonctionnement de la procédure et la poursuite de l'activité économique, les créances totalement étrangères à cette fonction en sont exclues. Sont considérées comme inutiles les dettes de restitution ou les amendes procédant d'une décision de justice postérieure au jugement d'ouverture, mais constituant le dénouement d'une situation antérieure¹¹⁸⁴.

155. Transition. Depuis 2005, les conditions légales du privilège de procédure sont passées de deux à trois. Dire qu'une créance est utile appelle une explication et une application du critère téléologique. Utile pour la valorisation des « potentialités », ce critère est expliqué à la lumière des notions de créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure, de créances nées pour les besoins de la période d'observation, de contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation. Appliqué aux créances contractuelles et aux créances non contractuelles, le critère téléologique peut viser les « potentialités » contractuelles et non contractuelles.

¹¹⁷⁷ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 326, p. 161.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ *Supra*, n° 126 à 140

¹¹⁸⁰ *Supra*, n° 136.

¹¹⁸¹ *Supra*, n° 139.

¹¹⁸² Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-24.065, jurisprudence précitée.

¹¹⁸³ *Infra*, n° 157 à 160.

¹¹⁸⁴ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 211, p. 113.

L'exercice du privilège de procédure à partir de l'objet de cette thèse doit être éclairé.

§2. Applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités »

156. La pertinence des « potentialités » environnementales. L'applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités » permet de conclure *in fine* que l'article L. 622-17 du Code de commerce constitue une technique de valorisation de l'actif immatériel en période d'observation. Afin de parvenir à cette conclusion, le privilège de procédure doit être illustré à partir de « potentialités » qui ont été précédemment révélées par le bilan économique, social et environnemental. Or, nous choisissons de nous concentrer sur les « potentialités » environnementales fondées sur le bilan environnemental. Certes, il ne s'agit pas du seul exemple de « potentialités » pouvant faire l'objet du privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Il y en a d'autres comme les créances résultant de la continuation de deux contrats déjà abordés¹¹⁸⁵. Mais, les « potentialités » environnementales représentent à nos yeux une illustration pertinente eu égard à l'enjeu environnemental dans les procédures collectives, dont il convient d'en appliquer le privilège de procédure. La « privilégisation » des créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental (**B**) demande au préalable de revenir sur leur identification (**A**).

A. L'identification des créances environnementales en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental

157. L'identification d'une double « potentialité » par l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce. A la différence du volet économique et du volet social, le volet environnemental du bilan en droit des entreprises en difficulté est, rappelons-le, très normé¹¹⁸⁶. En effet, l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce précise explicitement le contenu du bilan environnemental : « *Ce bilan porte sur l'identification et la description du ou des sites où sont exploités la ou les installations classées et de leur environnement, l'existence de pollutions potentielles, les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises, prévues ou à prendre et les mesures réalisées afin de surveiller l'impact de l'exploitation sur l'environnement* ». A la lecture de cette définition réglementaire, il s'avère que le bilan environnemental se compose de deux espèces de

¹¹⁸⁵ C'est-à-dire de la continuation du contrat de franchise : *supra*, n° 136 et du contrat d'apport : *supra*, n° 139.

¹¹⁸⁶ *Supra*, n° 116.

« potentialités » environnementales : des « potentialités » à valeur négative et des « potentialités » à valeur positive.

158. L'identification des « potentialités » environnementales à valeur négative. En définissant le contenu du bilan environnemental, l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce allègue l'existence de « potentialités » environnementales à valeur négative : l'identification du site, la description du site, l'environnement du site, les pollutions potentielles. Or, ces « potentialités » environnementales à valeur négative ont été enrichies d'exemples dans notre nomenclature¹¹⁸⁷ grâce à une consultation pratique des bilans environnementaux des entreprises¹¹⁸⁸. En définitive, l'identification des « potentialités » environnementales à valeur négative par le bilan environnemental correspond à un passif immatériel atypique en droit des entreprises en difficulté que l'on appelle « potentialité de passif ». Contrairement aux « potentialités du passif » qui sont seulement potentielles, les « potentialités de passif » existent d'ores et déjà. Il s'agit ici de dettes de pollution ou de dettes environnementales au sens du droit positif.

Cependant, cette qualification est controversée en droit civil. Si le droit des obligations a accepté récemment¹¹⁸⁹ de considérer une dette comme un bien¹¹⁹⁰ en raison de la reconnaissance de la cession de dettes aux articles 1327 et suivants du Code civil¹¹⁹¹, le droit des biens est rétif à cette qualification réelle, à savoir à l'admission des biens à valeur négative¹¹⁹². Cette qualification est pourtant extensive¹¹⁹³. C'est pourquoi, le droit des biens n'appréhende pas les « potentialités de passif », ni du point de vue de la qualification, ni du point de vue de la valorisation. Pas de qualification, pas de valorisation. En cette occurrence, le rejet de la qualification réelle des « potentialités de passif » par le droit des biens exclut toute valorisation, ce qui encourage la valorisation par les techniques du droit des entreprises en difficulté pendant la période

¹¹⁸⁷ *Supra*, n° 120.

¹¹⁸⁸ Il faut rappeler que le résultat de cette thèse sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté résulte d'une confrontation de la théorie à la pratique. Ce travail est donc ponctué par des commentaires pratiques issus de rendez-vous pris avec des professionnels des procédures collectives. Compte tenu de la définition sibylline du bilan économique, social et environnemental dégagée par le Code de commerce, nous avons eu recours à la pratique pour vérifier que le bilan d'entreprise constitue réellement le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel.

¹¹⁸⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (JO 11 févr.), réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹¹⁹⁰ *Infra*, n° 223, 253.

¹¹⁹¹ *Infra*, n° 302.

¹¹⁹² Pour l'emploi originaire de cette expression, V° : R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, n° 57, p. 361 ; V° aussi sur ce thème : D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur négative », *RTD civ.* 2006, p. 663 ; M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur : essai sur les biens à valeur négative*, Thèse, Caen, 2012.

¹¹⁹³ La catégorie des biens à valeur négative constitue une réalité économique grandissante en pratique dans la vie des affaires. Par exemple, les droits sociaux, les terrains contaminés, les immeubles en ruine, les déchets, un animal malade, etc.

d'observation. En effet, c'est le droit des entreprises en difficulté qui jette les bases de valorisation du passif immatériel dans le bilan environnemental en faisant abstraction de la problématique conceptuelle des biens à valeur négative. En clair, la démarche fonctionnelle est prééminente vis-à-vis de la démarche conceptuelle dans la valorisation de l'objet de cette réflexion. La réticence civile envers les biens à valeur négative, dont font partie les « potentialités de passif », provient de la définition rigide d'un bien¹¹⁹⁴. Pour parer à la négation des biens à valeur négative, ce « *droit des richesses* »¹¹⁹⁵ transcrit artificiellement les biens à valeur négative en biens à valeur positive – symbolique ou d'un euro¹¹⁹⁶. Fort heureusement, le droit des entreprises en difficulté procède à une analyse pragmatique des biens à valeur négative qui tranche avec la conception superficielle du droit des biens. Intégré dans le passif environnemental de l'entreprise en difficulté¹¹⁹⁷, un site pollué¹¹⁹⁸ est un bien atypique à deux visages. « *L'un souriant : il s'agit d'un immeuble qui a une certaine valeur. L'autre grimaçant : un passif environnemental affecte la valeur de ce bien* »¹¹⁹⁹. Or, cette dualité pose difficulté dans le contexte de la cession¹²⁰⁰. Assurément, les « potentialités » environnementales à valeur négative sont dépourvues d'utilité immédiate, d'où l'exclusion de toute valorisation pendant la période d'observation¹²⁰¹. En ce sens, « *il apparaît très nettement que l'environnement représente un risque pour l'entreprise et que celui-ci doit être pleinement appréhendé* »¹²⁰². « *Cela peut générer des craintes chez les professionnels confrontés à des sites invendables ou à une incompréhension de l'administration* »¹²⁰³. Néanmoins, la valorisation

¹¹⁹⁴ *Infra*, n° 261.

¹¹⁹⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, LGDJ, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2019, n° 8, p. 18.

¹¹⁹⁶ Cette hypothèse se présente par exemple à l'occasion de la cession de droits sociaux à un prix symbolique qui ne contrevient pas à l'exigence d'un prix réel et sérieux, dès lors que le cessionnaire a pris d'autres engagements. Sur ce point, V° : T. LAMBERT, « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés* 1993. 11 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'acquisition de droits sociaux pour un prix symbolique », *Dr. et patr.* juin 1995, p. 35 ; C. FREYRIA, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997. Chron. 51.

¹¹⁹⁷ M. MEKKI, « Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide-âne », *Revue des contrats*, 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 578.

¹¹⁹⁸ Un site pollué est défini par le ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie comme étant « *un site qui, du fait d'anciens dépôts de déchets ou d'infiltration de substances polluantes, présente une pollution susceptible de provoquer une nuisance ou un risque pérenne pour les personnes ou l'environnement* » : Rép. min. n° 486 : JOAN Q 17 juin 2014, p. 4995.

¹¹⁹⁹ D. VOINOT, « Cession de sites pollués », in dossier « Les cessions isolées d'actifs », *RPC* mars 2015, n° 2, art. 26, p. 56, spéc. n° 1.

¹²⁰⁰ D. VOINOT, « Le sort des créances dans la procédure collective, L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001 p. 581 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La cession d'un site pollué », in « Les ventes dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises », *RLDA* mai 2003, n° 60, p. 55 ; T. MONTERAN, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité » (Article 227, II de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010), *D* 2010, p. 2859 ; J-N. CLEMENT, « Le droit de l'environnement dans les procédures collectives », *Journal des sociétés*, novembre 2015, n° 135, p. 43.

¹²⁰¹ Un praticien du droit des entreprises en difficulté a fait référence à l'idée de « verrue », lorsqu'il est confronté à une pollution dans le passif environnemental de l'entreprise en difficulté.

¹²⁰² F-G. TREBULLE, « Environnement et droit des affaires », *op. cit.*, spéc. p. 1035.

¹²⁰³ D. VOINOT, « Le droit de l'entreprise en difficulté : un droit inféodé au droit de l'environnement ? », in IFR Actes de colloques n° 30 sous la direction de F. MACORIG-VENIER, colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 239, spéc. p. 239-240.

demeure envisageable grâce à l'excellent concept des utilités ultérieures imaginé par le Professeur GRIMALDI¹²⁰⁴, lorsque l'obligation de remise en état¹²⁰⁵ ou de dépollution¹²⁰⁶ est effectuée. Dans le même esprit, les titres sociaux à valeur négative d'une société en difficulté sont démunis d'utilité immédiate jusqu'à l'apurement du passif de la société¹²⁰⁷ dans le cadre du plan de cession d'entreprise¹²⁰⁸. Techniquement, il s'agit d'affecter ultérieurement de la richesse sur le fondement de l'article L. 622-17 du Code de commerce. En effet, le bilan environnemental révèle des créances environnementales pouvant être privilégiées que l'on identifie comme des « potentialités de l'actif ».

159. L'identification des « potentialités » environnementales à valeur positive. Dans la définition du contenu du bilan environnemental inscrite à l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce, il y a des « potentialités » environnementales à valeur positive : les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises¹²⁰⁹, les mesures d'urgence prévues ou à prendre¹²¹⁰, la surveillance de l'impact. *De lege ferenda*, ces « potentialités » environnementales à valeur positive sont assimilées à un actif immatériel nouveau en droit des entreprises en difficulté prenant la forme de « potentialités de l'actif » dans notre nomenclature¹²¹¹. *De lege lata*, il s'agit de créances environnementales¹²¹² qui voient le jour à la suite d'une obligation de remise en état ou de dépollution¹²¹³. « *Les obligations de remise en état donnent lieu à une créance dite environnementale. Elle correspond au sens strict à une créance du Trésor public qui résulte d'une*

¹²⁰⁴ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, LGDJ, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2019, n° 18, p. 30.

¹²⁰⁵ P. CAMBOT, « Les vicissitudes de l'obligation de remise en état des sites pollués », *BDEI*, janvier 2001, n° 1, spéc. n° 3, p. 2 ; S. PELLETREAU, « Sites pollués : l'obligation de remise en état pollue-t-elle les procédures collectives ? », *LPA*, 1^{er} avril 2005, n° 65, p. 4 ; F-G. TREBULLE, « Sols pollués : évolution du régime de la remise en état des sites d'exploitation d'installations classées », *Dr. env.* 2005, n° 133, p. 262 ; J-P. BOIVIN, « Les nouveaux objectifs de la remise en état », *BDEI* 3/2006, p. 45.

¹²⁰⁶ D. VOINOT, « La dépollution des sites : nouvel objectif du droit des entreprises en difficulté ? », *RPC*, juillet 2017, n° 4, dossier 9.

¹²⁰⁷ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 18, p. 30.

¹²⁰⁸ *Infra*, n° 182, 183, 203 à 209.

¹²⁰⁹ *Supra* n° 116, 120 (exemples : mesure des niveaux sonores, contrôle des rejets atmosphériques dans notre nomenclature).

¹²¹⁰ *Supra* n° 116, 120 (exemples : gardiennage, mise hors tension totale, détection, contrôle dans notre nomenclature).

¹²¹¹ *Supra*, n° 120.

¹²¹² D. VOINOT, « Le sort des créances dans la procédure collective, l'exemple de la créance environnementale », *op. cit.*, p. 581 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La nature juridique de la créance environnementale », *RPC* 2004, p. 146 ; Sur l'apparition de la créance environnementale, V° : D. VOINOT, « Le droit de l'entreprise en difficulté : un droit inféodé au droit de l'environnement ? », *op. cit.*, spéc. p. 246 et s.

¹²¹³ V° toutefois : B. ROLLAND, « Environnement et droit des entreprises en difficulté », in Ph. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360 °, 2012, p. 681 et s, spéc. p. 685 : « *Ce bilan environnemental tel qu'il est mis en application par la voie d'arrêtés s'avère purement descriptif. On peut regretter qu'il ne présente pas aussi une dimension plus prospective, prévoyant les mesures de dépollution et de remise en état nécessaires* ».

procédure ayant pour objet de faire cesser un trouble à l'environnement »¹²¹⁴. « Avant tout, il convient de préciser que la créance dont il est ici question est une sanction pécuniaire prononcée par l'administration faisant usage de ses pouvoirs de police administrative. Le débiteur est, en effet, tenu de consigner une somme d'argent afin de financer la remise en état du site sur lequel il exploitait une ICPE mise à l'arrêt définitif (C. envir, art. L. 171-8). Il ne s'agit donc pas d'une décision visant à réparer un préjudice ouvrant droit à des dommages intérêts à la suite d'un fait dommageable mais d'une mesure répressive en réponse à l'inaction de l'exploitant face à des obligations environnementales »¹²¹⁵. Le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN rattache exactement la créance environnementale à « la créance de remise en état d'un site pollué dont est bénéficiaire le Trésor public »¹²¹⁶. Ainsi, le bilan environnemental identifie des créances environnementales en « potentialités de l'actif » à l'aune de l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce, dont la nature n'est pas contractuelle. Or, cette qualification extra-contractuelle de la créance environnementale est importante pour la suite de ce raisonnement sur l'applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités ».

160. Transition. L'applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités » nous convie à préciser quelles sont les « potentialités » valorisées sur le fondement de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Or, l'accent est mis sur la dimension environnementale. En effet, le bilan environnemental identifie des créances environnementales en « potentialités de l'actif ». Au regard de la définition de l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce, cet outil économique identifie tantôt des « potentialités » environnementales à valeur négative (les « potentialités de passif »), tantôt des « potentialités » environnementales à valeur positive (les « potentialités de l'actif »). La valorisation de ces dernières passe par leur « privilégisation ».

B. La « privilégisation » des créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental

161. Une « privilégisation » conditionnée. L'applicabilité du privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce aux créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental est conditionnée. La valorisation de ces « potentialités de l'actif » par l'article L. 622-17 du Code de commerce n'est effective qu'à partir du moment où les

¹²¹⁴ *Ibid.*, spéc, p. 694.

¹²¹⁵ D.VOINOT, « La dépollution des sites : nouvel objectif du droit des entreprises en difficulté ? », *op. cit.*, spéc. n° 14.

¹²¹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 674, p. 429.

créances environnementales sont régulières, postérieures et utiles. Dit autrement, on peut parler effectivement de « privilégisation » des créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental si et seulement si elles sont « *nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* » au sens de l'article L. 622-17, I du Code de commerce.

162. La régularité des créances environnementales. La « privilégisation » des créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental est soumise au critère organique. Partant, les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises, les mesures d'urgence prévues ou à prendre, la surveillance de l'impact sont-elles nées régulièrement selon l'article L. 622-17, I du Code de commerce ? Tout dépend en réalité de la qualification juridique qui est donnée aux créances environnementales. Or, cet aspect n'est pas facile à déterminer eu égard à la diversité des créances environnementales. Elles peuvent être de trois types. Contractuelles tout d'abord lorsque le cocontractant s'engage à prendre en charge la remise en état d'un site pollué¹²¹⁷. Les créances environnementales peuvent ensuite avoir une nature délictuelle quand un dirigeant n'a pas pris les mesures préventives nécessaires en causant un dommage autrui. Enfin, les créances environnementales sont légales dans le cas où la loi exige du dernier exploitant d'un site qu'il procède à la remise en état. « *La charge de la dépollution d'un site industriel incombant au dernier exploitant et non au propriétaire d'un bien pollué, la remise en état d'un site résultant d'une obligation légale particulière dont la finalité est la protection de l'environnement et de la santé publique, est à la charge de la locataire* »¹²¹⁸. Or, c'est cette qualification extra-contractuelle des créances environnementales qui convient le mieux à notre perspective fonctionnelle : la valorisation de l'actif immatériel pendant la période d'observation par l'article L. 622-17 du Code de commerce. L'exigence de régularité de ces créances environnementales est en conséquence respectée. « *Dès lors, cette exigence [de régularité] est étrangère aux créances légales qui naissent automatiquement, telles par exemple que les créances fiscales* »¹²¹⁹ ou les créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental.

¹²¹⁷ M. BOUTONNET, « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTD. civ* 1/2008, p. 1.

¹²¹⁸ Cass. civ., 3^{ème}, 2 avril 2008, n° 07-12.155, Bull. civ III, n° 63 ; *D.* 2008, p. 2472, obs. F-G. TREBULLE ; V. VIDALENS, « Droit des affaires et développement durable », *RLDA* 11/2008, repère 32-72.

¹²¹⁹ F. MACORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers – Situation particulière de certains créanciers antérieurs », *op. cit.*, n° 574.

163. La postériorité des créances environnementales. Le privilège de procédure n'est ouvert qu'aux créances « *nées régulièrement après le jugement d'ouverture* » en vertu de l'article L. 622-17, I du Code de commerce. Il s'agit du critère chronologique par lequel les créances privilégiées sont celles qui ont un fait générateur situé après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Pour savoir si les créances environnementales sont nées soit avant, soit après le jugement d'ouverture de la procédure collective, il faut définir leur fait générateur. Evoquons pour cela la jurisprudence qui s'est prononcée en faveur de l'identification du fait générateur des créances extra-contractuelles en matière environnementale. Trois événements concourent à la naissance des créances environnementales : premièrement, la survenance du préjudice, deuxièmement, le moment de la cessation d'activité, et troisièmement, la date des arrêtés préfectoraux ordonnant la remise en état du site. Or, ce triptyque a semé le doute au sein de la jurisprudence. En première instance, les juges ont retenu la date de cessation de l'activité polluante comme date de naissance des créances environnementales qui était en l'espèce antérieure au prononcé de la liquidation judiciaire¹²²⁰. Au contraire, la cour d'appel de Versailles¹²²¹ a opté pour la date des arrêtés préfectoraux. Dans un arrêt de principe du 17 septembre 2002, la Cour régulatrice a enrayé ce clivage prétorien en jugeant que : « *la créance du Trésor était née de l'arrêté préfectoral ordonnant la consignation, postérieure au jugement d'ouverture* »¹²²². Un arrêt postérieur en date du 19 novembre 2003 a au demeurant une position plus nuancée en adoptant l'arrêté de fermeture du site comme fait générateur de la créance liée à l'obligation de remise en état du site pollué¹²²³. En application de l'article L. 514-1 du Code de l'environnement, il incombe à l'entreprise débitrice – exploitant le site pollué – de « *consigner entre les mains d'un comptable public une somme répondant au montant des travaux à réaliser, laquelle sera restituée à l'exploitant au fur et à mesure de l'exécution des mesures prescrites* »¹²²⁴. Ainsi, la créance environnementale de remise en état d'un site pollué naît non pas à la date de l'arrêt de l'activité polluante, mais à la date de la décision administrative exigeant la dépollution et la consignation des sommes. Dès lors, les créances environnementales révélées en « *potentialités de l'actif* » dans le bilan environnemental sont privilégiées, dans la mesure où elles peuvent être postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective.

¹²²⁰ TGI. Béthune., 13 mai 1998, *Act. proc. coll.* 1999, n° 95, note. D. VOINOT.

¹²²¹ CA. Versailles., 13^e ch., 21 décembre 2000, *RPC* 2002, p. 100, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹²²² Cass. com., 17 septembre 2002, n° 99-16.507, *Bull. civ. IV*, n° 125, p. 134, *D.* 2002; *AJ* 2735, obs. A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2002, n° 221, obs. J. VALLANSAN ; *JCP E* 2003. 230, note. D. VOINOT ; *JCP E* 2003. 231, n° 15, obs. M. CABRILLAC ; *RPC* 2003. 147, n° 7, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹²²³ Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-00.943, *D.* 2004, p. 629, obs. D. VOINOT.

¹²²⁴ CE. 29 septembre., 2003, req. n° 240938, Leblay, Lebon, *JCP E* 2004, *Chron.* 151, p. 174, n° 4, obs. Ph. PETEL ; *RDI* 2004. 427, obs. F-G. TREBULLE.

164. L'utilité des créances environnementales. Depuis 2005, le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce s'applique certes aux créances régulières et postérieures, mais pas seulement. En effet, une troisième condition *sine qua non* doit être réunie pour prétendre à l'application dudit privilège : l'utilité de la créance. Partant, la « privilégiation » des créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental doit obéir au critère téléologique. En particulier, les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises, les mesures d'urgence prévues ou à prendre, la surveillance de l'impact sont-elles nées « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* », conformément à l'article L. 622-17, I du Code de commerce ? Il est vrai que la solution du 17 septembre 2002 conserve toute sa force. Sa portée a toutefois évolué depuis le changement opéré par la loi de sauvegarde des entreprises. « *On peut ainsi observer que, si la jurisprudence sur la date de notification de l'arrêté préfectoral n'a pas perdu de son intérêt, elle est aujourd'hui insuffisante à qualifier la créance environnementale en créance privilégiée* »¹²²⁵. Selon le Professeur PEROCHON, l'application de l'article L. 622-17 du Code de commerce n'est pour autant pas exclue : « *la créance environnementale liée à la cessation de l'activité consécutive à la liquidation [naît] pour les besoins de la procédure puisqu'elle est issue d'opérations dictées par ces besoins* »¹²²⁶. Si la créance environnementale est née régulièrement après le jugement d'ouverture, encore faut-il qu'elle soit utile à la procédure collective. La réponse est affirmative sur le fondement du critère des besoins du déroulement de la procédure : « *l'obligation de remise en état ne naît pas vraiment pour les besoins de la procédure, mais plutôt pour les besoins de l'environnement et de la société toute entière. Si la dépollution ou la remise en état partielle est nécessaire pour pouvoir céder l'entreprise à un repreneur, elle répond aux besoins de la procédure, car elle favorise l'adoption d'une offre de cession, et par conséquent le paiement d'un prix et le règlement des créanciers. Si la dépollution est imposée par le préfet comme condition à une continuation de l'activité, cette créance répond au besoin du déroulement de la procédure jusqu'à son terme, qui est de parvenir à l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Si l'entreprise est fermée et liquidée, cette dépense correspond peut-être au besoin de la procédure qui vise à tout mettre en ordre, à nettoyer le site avant de le fermer, mais elle ne correspond pas à un besoin du déroulement de la procédure* »¹²²⁷. Or, le fait que la doctrine majoritaire accueille favorablement le critère téléologique au bénéfice des créances environnementales est bienvenu, en vue de l'applicabilité du privilège de procédure aux

¹²²⁵ D. VOINOT, « Le droit de l'entreprise en difficulté : un droit inféodé au droit de l'environnement ? », *op. cit.*, spéc. p. 248.

¹²²⁶ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, p. 57, spéc. n° 34.

¹²²⁷ B. ROLLAND, « Environnement et droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 694-695.

« potentialités ». De façon générale, le respect des règles environnementales est nécessaire à la poursuite de l'exploitation au cours de la période d'observation¹²²⁸. Plus précisément, la créance environnementale de dépollution émanant d'un arrêté complémentaire au respect duquel le préfet subordonne la poursuite de l'activité est née pour les besoins de la période d'observation ou de la poursuite d'activité en liquidation judiciaire¹²²⁹. Par un arrêt du 31 mai 2012, les juges du fond ont caractérisé la créance de dépollution comme une créance née pour les besoins du déroulement de la procédure de liquidation judiciaire après avoir confirmé qu'elle a pour fait générateur l'arrêté préfectoral imposant la remise en état du site¹²³⁰, d'où la consécration du privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce. La Cour d'appel ajoute dans son arrêt que cette créance environnementale est utile à la procédure collective « *dès lors que les travaux de dépollution sont incontestablement de nature à faciliter la cession totale ou partielle de l'entreprise* »¹²³¹. Or, cette solution est conforme à l'opinion du Professeur SAINT-ALARY-HOUIN à laquelle nous adhérons totalement : « *la créance environnementale naît de l'obligation de remettre les lieux en l'état et n'est pas utile au déroulement de la procédure sauf dans le cas où la dépollution est le préalable nécessaire à la cession de l'entreprise et peut être utile au déroulement de la procédure* »¹²³². En conclusion, la valorisation de l'actif immatériel pendant la période d'observation est donc possible par l'intermédiaire de la technique du privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce. « *En cas de procédure collective, toute créance environnementale est assimilée à une créance postérieure privilégiée et bénéficie donc d'un paiement prioritaire* »¹²³³.

165. Conclusion de section. La technique de l'article L. 622-17 du Code de commerce permet de valoriser l'actif immatériel au cours de la période d'observation. C'est le privilège de procédure qui contribue au financement de nouveaux contrats, donc *in fine* à l'optimisation des « potentialités » révélées par le bilan économique, social et environnemental. On parle de « privilégisation » des créances nées de la continuation du contrat de franchise, du contrat d'apport et de « privilégisation » des créances environnementales extra-contractuelles. Cette mise en valeur procède en deux temps : l'exposé du privilège de procédure et l'applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités ».

¹²²⁸ T. SOLEIHAC et G. LEGRAND, « Entreprises en difficulté et droit de l'environnement : une délicate articulation », *op. cit.*, p. 2218.

¹²²⁹ F-G. TREBULLE, « Entreprise et développement durable », *op. cit.*, p. 318, n° 28.

¹²³⁰ CA. Grenoble, ch. com., 31 mai 2012, n° 11/02571 ; *RTD com.* 2013, n° 1, p. 140 ; note. A. MARTIN-SERF ; *D.* 2012, pan. p. 2196, note. F-X. LUCAS et P-M. LE CORRE ; *GP*, 8 avril 2012, n° 286-287, p. 24, note. L-C. HENRY.

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 676, p. 433 ; V° aussi : CA. Grenoble., 28 juin 2006, *RPC* 2007, p. 144, n° 4, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹²³³ L. NEYRET et N. REBOUL, « Déclaration pour la sauvegarde et la protection juridique de l'environnement », *LPA*, 21 juin 2008, n° 168, p. 10 – Art 8.

S'agissant de l'exposé du privilège de procédure, il faut observer une importante évolution qui est visible tant du point de vue de la qualification légale du privilège de procédure qu'au niveau des conditions légales du privilège de procédure. Depuis la loi de sauvegarde des entreprises, l'article L. 622-17, II du Code de commerce mentionne explicitement l'existence d'un privilège. Quant à l'article L. 622-17, I du Code de commerce, il encadre l'exercice du privilège de procédure en posant trois conditions *sine qua non*. Deux sont classiques : la régularité et la postériorité de la créance, l'une est nouvelle : l'utilité de la créance.

S'agissant de l'applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités », l'examen porte au premier chef sur les créances environnementales qui sont révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental. Fort de la définition de l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce, cet outil économique révèle deux sortes de « potentialités » : d'une part, des « potentialités de passif » à valeur négative et d'autre part, des « potentialités de l'actif » à valeur positive. Or, cet actif immatériel qui renvoie *de lege lata* aux créances environnementales fait l'objet du privilège de procédure au titre de la valorisation en raison de l'applicabilité des trois conditions légales de l'article L. 622-17, I du Code de commerce. C'est pourquoi, la « privilégisation » des créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental glisse vers la valorisation de l'actif immatériel au moyen de l'article L. 622-17 du Code de commerce pendant la période d'observation.

166. Conclusion du chapitre. Pendant la période d'observation, l'actif immatériel est valorisé par deux techniques contractuelles en droit des entreprises en difficulté. En cette occurrence, c'est la « contractualisation » qui permet la valorisation de l'actif immatériel en période d'observation. Dans cette voie, il y a la continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce d'une part et le privilège de procédure des créanciers postérieurs de l'article L. 622-17 du Code de commerce d'autre part.

En premier lieu, l'actif immatériel est valorisé par la technique contractuelle de l'article L. 622-13 du Code de commerce : la continuation des contrats en cours. Révélés comme des « potentialités d'actif » dans le bilan économique, social et environnemental, les contrats obéissent effectivement au principe de continuation des contrats en cours. Mécanisme de valorisation de l'actif immatériel en période d'observation, le principe de continuation des contrats en cours doit être exposé avant d'être appliqué aux « potentialités ». Ce principe de continuation des contrats en cours témoigne du caractère dérogoire du droit des entreprises en difficulté pour deux motifs. Premièrement, le principe de continuation des contrats est un principe exorbitant du droit commun des contrats. En effet, c'est la préservation d'une norme économique qui justifie l'altération du droit commun des contrats par la règle inscrite à l'article L. 622-13 du Code de commerce. Deuxièmement, le champ d'application du principe de continuation des contrats en cours est un indicateur du caractère dérogoire du droit des entreprises en difficulté. A cet égard, la notion singulière de contrat en cours est entendue comme un contrat en cours d'existence et en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. Or, cette définition est conciliable avec les « potentialités », de sorte que le principe de continuation des contrats leur est applicable. En dépit de la présence de l'*intuitu personae*, certains contrats sont continués selon les prescriptions de l'article L. 622-13 du Code de commerce. Il s'agit en particulier du contrat de franchise et du contrat d'apport, dont l'objet est immatériel. Par leur continuation, les « potentialités » sont effectivement valorisées grâce à l'article L. 622-13 du Code de commerce.

En second lieu, l'actif immatériel est valorisé par la technique de l'article L. 622-17 du Code de commerce. C'est le privilège de procédure des créanciers postérieurs qui contribue au financement de nouveaux contrats et par voie de conséquence à la valorisation des « potentialités ». On parle alors de « privilégisation » des « potentialités » pour désigner leur valorisation. Cette modalité contemporaine du privilège de procédure comprend un exposé au sens du droit positif et une applicabilité aux « potentialités » au sens du droit prospectif.

L'exposé du privilège de procédure est caractérisé par un profond changement, qu'il s'agisse de la qualification légale ou des conditions légales. Avant 2005, la Cour de cassation déniait toute qualification de privilège de procédure au profit d'une simple priorité de paiement. Finalement, le législateur de 2005 a mis un terme à cette position prétorienne très critiquable en consacrant la qualification légale de privilège de procédure à l'article L. 622-17, II du Code de commerce. Ce faisant, il conditionne la mise en œuvre du privilège de procédure à la régularité, à la postériorité et à la régularité de la créance à la lecture de l'article L. 622-17, I du Code de commerce. Ce privilège de procédure est appliqué aux « potentialités » qui sont notamment assimilées aux créances nées de la continuation des contrats en cours, tels que le contrat de franchise/le contrat d'apport et aux créances environnementales dans le bilan économique, social et environnemental. En la matière, l'applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités » s'intéresse plutôt aux créances environnementales extra-contractuelles qui sont révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental du fait de l'enjeu environnemental dans les procédures collectives. La « privilégiation » des créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental sous réserve des trois conditions de régularité, de postériorité et d'utilité implique avant tout leur identification. Ce n'est qu'à l'issue de ce rappel que l'on pourra conclure à la valorisation de l'actif immatériel par la technique de l'article L. 622-17 du Code de commerce à partir de la « privilégiation » des créances environnementales qui sont considérées comme des « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental.

*

Si la valorisation de l'actif immatériel intervient pendant la période d'observation par les techniques des articles L. 622-13 et L. 622-17 du Code de commerce, elle intervient aussi après cette période en droit des entreprises en difficulté.

*

* *

CHAPITRE 2

LA VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL PAR LE PLAN

167. La planification de l'actif immatériel. « *Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation* » écrit le législateur à l'article L. 626-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Issue espérée d'une procédure collective, le plan¹²³⁴ organise le sauvetage de l'entreprise, dont l'administrateur judiciaire en est l'« *animateur principal* »¹²³⁵. Cet auxiliaire de justice « *est là pour gérer aux côtés du chef d'entreprise le quotidien d'une entreprise en crise* »¹²³⁶. Apportant « *son savoir-faire dans les situations les plus délicates, d'absence de trésorerie, de conflits internes, de relations difficiles avec les fournisseurs* »¹²³⁷, il « *dispose des outils mis en place par la loi pour lui permettre de restructurer l'activité d'une société* »¹²³⁸ tels que le plan.

L'administrateur judiciaire est effectivement l'acteur principal de la valorisation de l'actif immatériel à un double échelon. D'une part, il contribue à révéler un actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté sur le fondement du bilan économique, social et environnemental¹²³⁹. Sous la houlette de cet organe de la procédure collective, le plan met réellement en place cet « effet de levier »¹²⁴⁰ identifié en « potentialité » par le bilan d'entreprise d'autre part.

Connu du système juridique français¹²⁴¹, le plan est une « *projection dans le temps* »¹²⁴² qui « *évoque toujours l'idée d'un aménagement rationnel et ordonné de l'avenir* »¹²⁴³. Pris dans un sens dynamique¹²⁴⁴, « *le plan s'inscrit dans le temps* »¹²⁴⁵. « *Le plan et le temps sont donc en intime* »

¹²³⁴ A. LYON-CAEN, « Le plan, l'entreprise et l'emploi : quelques observations sur la loi du 25 janvier 1985 », in *Critique de l'économie politique*, 1985, p. 13 ; J. PATIN, « Le plan : Elaboration et nature juridique », in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com.* 1986, n° spéc., t. 1, p. 80 s. ; A. PIROVANO, « Le caractère négocié du plan de redressement de l'entreprise », in *Changement social et Droit négocié*, 1988, *Economica*, p. 81 s. ; S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, LGDJ, 1998 ; H. POUJADE, *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, Thèse précitée.

¹²³⁵ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 390, p. 192.

¹²³⁶ C. CAVIGLIOLI, « La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire », *op. cit.*, p. 28, spéc. 1^{ère} partie.

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ *Supra*, n° 108 à 120.

¹²⁴⁰ Ce terme pratique a été entendu à l'occasion d'un rendez-vous avec un professionnel du droit des entreprises en difficulté.

¹²⁴¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 921, p. 616 : il existe des plans économiques nationaux, des plans d'urbanisme, des plans sociaux, des plans d'épargne.

¹²⁴² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Plan.

¹²⁴³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 921, p. 616.

¹²⁴⁴ S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, *op. cit.*, n° 3, p. 3.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, n° 7, p. 12.

relation »¹²⁴⁶. « Technique privilégiée de restructuration des entreprises en difficulté »¹²⁴⁷, le plan constitue pour nous une technique de valorisation de l'actif immatériel se déployant dans le temps¹²⁴⁸. Dans le langage courant, le plan est un « projet élaboré pour réaliser quelque chose »¹²⁴⁹ et la planification désigne une « organisation selon un plan »¹²⁵⁰ qui « s'inscrit dans la durée »¹²⁵¹. De la sorte, cette planification aboutit à la valorisation des « potentialités ». « L'adoption du plan est la meilleure solution possible, celle qui a la faveur du législateur, les autres n'étant que des pis-aller »¹²⁵². A l'aune du *prepack-cession*, le plan « est perçu comme un moyen de mieux valoriser l'entreprise et donc d'être propice aux intérêts des créanciers »¹²⁵³. Or, à chaque procédure collective, son plan¹²⁵⁴. D'un côté, le plan de continuation représente la technique de valorisation des « potentialités » dans la sauvegarde et le redressement judiciaire (**section 1**). D'un autre côté, les « potentialités » sont valorisées *via* un plan de cession en procédure de liquidation judiciaire (**section 2**).

Section 1. La valorisation des « potentialités » par un plan de continuation

168. L'adoption d'un plan de continuation. A la fin de la période d'observation, le tribunal ayant ouvert la procédure collective décide de l'avenir de l'entreprise en arrêtant soit un plan de sauvegarde, soit un plan de redressement¹²⁵⁵, lesquels « ont un objectif commun : pérenniser le redressement de l'activité poursuivie par le débiteur lui-même »¹²⁵⁶. Dans les deux cas, il s'agit d'un plan de continuation, puisque le débiteur reste *a priori* à la tête de son entreprise. Or, cette continuation permet de poursuivre l'exploitation de l'entreprise sauvegardée ou redressée, donc *in fine* de conserver le potentiel économique¹²⁵⁷. C'est pour cela que la valorisation des

¹²⁴⁶ *Ibid*, n° 160, p. 159.

¹²⁴⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 921, p. 616.

¹²⁴⁸ V. DE CARRIERE, E. MERLY, J-P. BEAUCHAMP, F. PEROCHON, B. LAGARDE, « Elaboration du plan, de nouveaux rapports de force, de nouvelles stratégies », *LPA*, 29 mars 2016, n° 63, p. 20 (c'est nous qui soulignons).

¹²⁴⁹ Le petit Larousse illustré, 2017, V° Plan.

¹²⁵⁰ Le petit Robert de la langue française, 2017, V° Planification.

¹²⁵¹ S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, *op. cit.*, n° 160, p. 159.

¹²⁵² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 848, p. 374.

¹²⁵³ G. TEOUL, « Le *prepack-cession* : quoi de neuf ? », *RPC*, novembre 2016, n° 6, étude 23.

¹²⁵⁴ J. VALLANSAN, « Le plan, les plans, quels plans ? (propos introductifs) », Intervention au colloque de Caen du 10 avril 2015 sur « Les plans dans le livre VI du Code de commerce », sous la direction scientifique de J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, F. FIN-LANGER, *RPC*, mai 2015, n° 3, dossier 36.

¹²⁵⁵ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 361, p. 283.

¹²⁵⁶ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 684, p. 425.

¹²⁵⁷ Sur cette idée de potentiel économique déjà présente pendant la période d'observation, V° : F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 691, p. 312 : « Pendant la phase de réflexion qui suit le jugement d'ouverture, la sauvegarde du potentiel économique de l'entreprise doit être assurée » ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 566, p. 349 : « Elle comporte toute une série de règles dont l'objet est de maintenir son potentiel économique ».

« potentialités » par la technique du plan de continuation doit être évaluée tant dans la procédure de sauvegarde (§1) que dans la procédure de redressement judiciaire (§2).

§1. La valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée

169. Le plan de sauvegarde : un plan de continuation¹²⁵⁸. Continuant l'activité avec les mêmes dirigeants, le plan de sauvegarde concourt au « *maintien de l'activité de l'entreprise sous la gestion du débiteur lui-même* »¹²⁵⁹. « *Le processus de réorganisation doit conduire à la préservation de l'entreprise et donc à sa continuation* »¹²⁶⁰. Technique de valorisation de l'actif immatériel, le plan de sauvegarde est « *un programme qui a pour vocation d'assurer la pérennité de l'entreprise selon certains moyens financiers, structurels, sociaux. C'est donc l'entreprise, ou plus exactement, la poursuite de l'activité qui doit être l'objectif à atteindre* »¹²⁶¹. En effet, ce plan de continuation optimise le « *travail de réflexion et d'investigation* »¹²⁶² réalisé en amont par le bilan économique, social et environnemental¹²⁶³. Partant, la valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée par le plan de sauvegarde repose sur une double approche : fonctionnelle (A) et matérielle (B).

A. L'approche fonctionnelle du plan de sauvegarde

170. La genèse du plan de sauvegarde. Le traitement des difficultés de l'entreprise par le mécanisme du plan puise ses fruits dans l'ordonnance du 23 septembre 1967¹²⁶⁴ « *qui, pour la première fois dans notre législation, a envisagé qu'une procédure collective de paiement pourrait se clore sans l'indispensable accord des créanciers, par un acte émanant de l'autorité*

¹²⁵⁸ F.X. LUCAS, « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », *op. cit.*, p. 35 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les plans de sauvegarde et de continuation », *RPC*, décembre 2005, n° 4, p. 364 ; P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 510.09, p. 1197 : « *Le plan de sauvegarde, qui emprunte aux règles du chapter 11 du droit américain, est à mi-chemin entre le concordat de la loi du 13 juillet 1967 et le plan de continuation de la loi du 25 janvier 1985, avec la différence notable qu'il s'applique à un débiteur qui n'est pas en état de cessation des paiements. Il emprunte au concordat avec l'instauration d'un vote à la majorité qui conditionnera l'arrêt du plan. Mais il emprunte aussi au plan de continuation de la loi du 25 janvier 1985, en ce que le tribunal peut imposer aux créanciers extérieurs, aux comités, des délais de paiement* ».

¹²⁵⁹ M-L. COQUELET, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *RPC* 2006. 188.

¹²⁶⁰ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 389, p. 191.

¹²⁶¹ J. VALLANSAN, « Le plan, les plans, quels plans ? (propos introductifs) », *op. cit.*, dossier 36.

¹²⁶² G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *Rép. com.*, Dalloz, 2019, n° 7 et s.

¹²⁶³ B. MEILLE, « La pratique de la loi du 25 janvier 1985 », *op. cit.*, p. 41 : « *Or, le bilan économique et social peut être un outil de travail, un document de référence fondamental pour permettre au tribunal ultérieurement d'apprécier la faisabilité d'un plan ou pour les répresseurs éventuels, de bâtir un plan de redressement* ».

¹²⁶⁴ Ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises ; *D.* 1967. 358. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

judiciaire »¹²⁶⁵. « Pour la première fois, le législateur a considéré que la solution d'une procédure collective affectant une entreprise en difficulté pouvait se caractériser par une décision judiciaire comportant un certain nombre de dispositions permettant de redresser cette entreprise et qui ne nécessitaient pas forcément un accord des créanciers »¹²⁶⁶. « Au centre du dispositif de sauvetage »¹²⁶⁷ et du dispositif de valorisation de l'actif immatériel, le plan de sauvegarde a été introduit dans le chapitre VI (« Du plan de sauvegarde »), du titre II (« De la sauvegarde ») du livre VI (« Des difficultés des entreprises ») du Code de commerce par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹²⁶⁸. A l'orée de cette réglementation, le plan de sauvegarde incarne l'adage « *il vaut mieux prévenir que guérir* »¹²⁶⁹. Depuis lors, le nombre de plans est passé de deux à trois. Coexistent désormais dans le paysage des procédures collectives le plan de redressement, le plan de cession et le plan de sauvegarde. Inspiré du droit américain¹²⁷⁰, cet outil a une nature controversée. Cette difficulté vient du fait que les textes du livre VI du Code de commerce ne définissent pas vraiment la nature juridique du plan de sauvegarde. Ceci explique que la doctrine ait longtemps hésité entre la nature contractuelle et la nature judiciaire du plan de sauvegarde¹²⁷¹. Partant, est-il conçu comme un contrat ou comme un acte juridictionnel ? En définitive, le plan de sauvegarde est un acte juridictionnel de nature judiciaire. « *Il est une décision de justice dont l'originalité principale réside dans son caractère négocié* »¹²⁷². Le plan de sauvegarde « *vient davantage encore se couler dans le moule d'une décision judiciaire* »¹²⁷³.

Ce faisant, la nature judiciaire du plan de sauvegarde reste relative. « *Il a, en principe, une nature judiciaire qui absorbe ses éléments contractuels, mais la loi de sauvegarde en prévoyant que des comités de créanciers peuvent être constitués pour statuer, par un vote, sur le projet de plan marque un retour à la contractualisation du plan ou, du moins à la recherche de solutions consensuelles* »¹²⁷⁴. Ainsi, le plan de sauvegarde bénéficie d'une nature hybride comme le relève justement le Professeur LE CORRE. « *Il nous semble possible d'affirmer que la procédure de sauvegarde est semi contractuelle semi judiciaire. La procédure de sauvegarde apparaît ainsi comme une procédure judiciaire préventivo-curative partiellement contractuelle. Son trait*

¹²⁶⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 921, p. 615.

¹²⁶⁶ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », op. cit., n° 1.

¹²⁶⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 921, p. 615.

¹²⁶⁸ M-H. MONSERIE-BON, « Le plan de sauvegarde issu de la loi du 26 juillet 2005 », *Droit et patrimoine*, 2006, n° 146, p. 73.

¹²⁶⁹ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », op. cit., n° 5.

¹²⁷⁰ Et notamment du *chapter 11*.

¹²⁷¹ D. DOUAOUI, « À propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 8 janvier 2007, n° 6, p. 4.

¹²⁷² M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 363, p. 283.

¹²⁷³ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », op. cit., n° 3.

¹²⁷⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 922, p. 616.

caractéristique principale nous semble résider dans son caractère hybride, intermédiaire entre la prévention et le traitement des difficultés, à mi-chemin entre le contractuel et le judiciaire »¹²⁷⁵. Malgré cette nature ambivalente¹²⁷⁶, force est de constater que le rôle joué par le plan de sauvegarde est de plus en plus important au gré des réformes successives. Il fait donc l'objet d'une dimension fonctionnelle grandissante. Renforçant son efficacité¹²⁷⁷, l'ordonnance du 18 décembre 2008¹²⁷⁸ a modifié positivement les règles relatives à l'élaboration du plan de sauvegarde. Dans cette optique, la loi du 22 octobre 2010¹²⁷⁹ a amélioré la construction du plan de sauvegarde en simplifiant l'augmentation de capital par incorporation de créances. Quant à l'ordonnance du 12 mars 2014¹²⁸⁰, elle a accru le pouvoir des créanciers dans la confection du plan de sauvegarde.

171. Le plan de sauvegarde : une technique de réorganisation. Généralement plan de continuation conduisant au maintien du potentiel, le plan de sauvegarde est précisément un plan de réorganisation¹²⁸¹. « *Le plan a pour objectif concret de réorganiser l'entreprise et de permettre ainsi sa continuation* »¹²⁸². « *Pendant logique* »¹²⁸³, « *instrument de réalisation* »¹²⁸⁴ de l'article L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce, le plan de sauvegarde répond effectivement aux finalités de la procédure de sauvegarde. « *Le plan de sauvegarde est l'instrument juridique par lequel la procédure de sauvegarde atteint l'objectif, fixé par l'article L. 620-1 du Code de commerce* »¹²⁸⁵. « *Celle-ci doit, en effet, faciliter, au moyen d'un plan dit de sauvegarde, la réorganisation de l'entreprise menacée par une cessation des paiements de sorte à permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »¹²⁸⁶. Assurant « *la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi* » au sens de l'article L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce, cet « *instrument original* »¹²⁸⁷ constitue une technique de valorisation de l'actif immatériel en raison de l'exigence d'un lien avec l'exploitation. « *Mais la valorisation de ces actifs [immatériels] ne*

¹²⁷⁵ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 510.09, p. 1197.

¹²⁷⁶ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 266, p. 144.

¹²⁷⁷ R. DAMMANN et G. PODEUR, « L'ingénierie financière et les plans : état des lieux et perspectives », in Dossier « La loi de sauvegarde à l'âge de raison », *Droit et patrimoine*, mars 2013, n° 223, p. 76.

¹²⁷⁸ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

¹²⁷⁹ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

¹²⁸⁰ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹²⁸¹ F.X. LUCAS, « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », op. cit., 35 s., spéc. partie 1.

¹²⁸² D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 410, p. 201.

¹²⁸³ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, op. cit., n° 81.11, p. 294.

¹²⁸⁴ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 848, p. 373.

¹²⁸⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 921, p. 615.

¹²⁸⁶ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, op. cit., n° 81.11, p. 294.

¹²⁸⁷ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 307, p. 285.

vaut que s'ils sont mis en œuvre »¹²⁸⁸. « Dès lors, la valeur qu'il peut en être retiré impose une exploitation d'autant plus nécessaire qu'il s'agira, pour envisager sa cession, de la conserver »¹²⁸⁹. Techniquement, les « potentialités » de l'entreprise sauvegardée nécessitent un rattachement à l'activité économique qui est consubstantiel à leur valorisation. En résumé, ces « potentialités » doivent être affectées à la norme économique qui irrigue les procédures collectives pour être effectivement valorisées. Par conséquent, l'approche fonctionnelle du plan de sauvegarde convient parfaitement à la démarche de valorisation de cet actif immatériel spécial en droit des entreprises en difficulté.

Si le plan de sauvegarde est globalement un plan de continuation et spécifiquement un plan de réorganisation, il doit se différencier en revanche du plan de cession. Exceptionnelle¹²⁹⁰, la cession doit rester volontaire¹²⁹¹ et partielle dans les conditions de l'article L. 642-1, alinéa 2 du Code de commerce¹²⁹². « Cession et sauvegarde ne sont pas incompatibles »¹²⁹³. On parle alors de « cession d'une sous-entreprise »¹²⁹⁴ dans le cadre du plan de sauvegarde. En la matière, il est inscrit à l'article L. 626-1, alinéa 2 du Code de commerce que : « Le plan de sauvegarde comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités ». « Cession totale et sauvegarde sont indubitablement antinomiques car la cession n'est concevable qu'à la condition que le débiteur conserve une partie significative de ses activités d'origine. La sauvegarde ne peut donc conduire à un dépeçage de l'entreprise »¹²⁹⁵. Ainsi, « l'entreprise en sauvegarde n'est pas à vendre »¹²⁹⁶. La cession doit être principalement réservée à la procédure de liquidation judiciaire¹²⁹⁷ et subsidiairement à la procédure de redressement judiciaire¹²⁹⁸.

¹²⁸⁸ D. BRIAND, « Cessions et réseaux de distribution », in « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars-avril 2015, art. 33, spéc. n° 2.

¹²⁸⁹ N. MARTIAL-BRAZ, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », in « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars-avril 2015, art. 29, spéc. n° 4.

¹²⁹⁰ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 414, p. 301.

¹²⁹¹ En effet, l'adoption du plan de sauvegarde est subordonnée à la volonté du débiteur qui en est l'auteur principal en présence d'un administrateur judiciaire (article L. 626-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce) et en absence d'un administrateur judiciaire (article L. 627-3 du Code de commerce).

¹²⁹² « Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités ».

¹²⁹³ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 414, p. 300.

¹²⁹⁴ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 768, p. 468.

¹²⁹⁵ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 414, p. 300.

¹²⁹⁶ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 510.09, p. 1196.

¹²⁹⁷ *Infra*, n° 178, 182, 183.

¹²⁹⁸ *Infra*, n° 203 à 209.

172. Transition. Créé en 2005, le plan de sauvegarde est une technique de réorganisation qui permet de remplir les finalités de l'article L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce d'un point de vue fonctionnel. En poursuivant l'activité et en maintenant l'emploi au sens de ce texte, le plan de sauvegarde paraît être une structure d'optimisation de l'actif immatériel, dont le rattachement à l'appareil productif est tributaire de la valorisation.

Le contenu du plan de sauvegarde doit être approfondi, dans le but d'en saisir les mécanismes de valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée.

B. L'approche matérielle du plan de sauvegarde

173. La prééminence des mesures de réorganisation juridique. Le plan de sauvegarde contient deux sortes de mesures¹²⁹⁹, dont l'une est prédominante pour la valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée. Il convient de noter que « *les mesures prévues ne sont pas figées dans le marbre* »¹³⁰⁰, d'où le renvoi à la définition prospective des « potentialités » à partir du bilan économique, social et environnemental/fondement économique de valorisation de l'actif immatériel¹³⁰¹.

Dans le plan de sauvegarde, il y a d'une part des mesures d'apurement du passif¹³⁰². Ce volet financier a trait au rééchelonnement des dettes du débiteur, en vue de faire face à une conjoncture délicate¹³⁰³. Moratoire, le plan de sauvegarde prend en compte les remises de dettes et les délais de paiement, c'est-à-dire les « *sacrifices* »¹³⁰⁴ demandés aux créanciers. Or, ces mesures financières comprises dans le plan de sauvegarde sont exclues de la valorisation de l'actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté, dont le fondement diffère du bilan comptable¹³⁰⁵. D'ailleurs, il n'est sans doute pas anodin que l'apurement du passif soit le dernier objectif de la procédure de sauvegarde cité par le législateur à l'article L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce. « *Le maintien de l'activité économique serait conservé comme priorité, le maintien de l'emploi devant être assuré dans la mesure du possible, et l'apurement du passif intervenant dans un dernier temps* »¹³⁰⁶. Cette idée se retrouve également dans la présente étude qui met à l'écart une appréhension purement financière de l'actif immatériel.

¹²⁹⁹ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 26 et s.

¹³⁰⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 922, p. 617.

¹³⁰¹ *Supra*, n° 92.

¹³⁰² G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 39 et s.

¹³⁰³ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 410, p. 201.

¹³⁰⁴ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 780, p. 471.

¹³⁰⁵ *Supra*, n° 61 à 77.

¹³⁰⁶ Rapp. J-J. HYEST, n° 335, p. 155 ; V° aussi : F-X. LUCAS et H. LECUYER, « De la sauvegarde », *LPA*, n° spéc., 8 février 2006, n° 28, p. 23 s., spéc. p. 24.

Plan de réorganisation, le plan de sauvegarde inclut d'autre part des mesures de réorganisation qui peuvent intéresser la valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée. Ces mesures de réorganisation sont déclinées en trois volets. Un volet économique¹³⁰⁷ afférent aux structures de l'entreprise est prévu par l'article L. 626-1, alinéa 2 du Code de commerce. L'article L. 626-1, alinéa 4 du Code de commerce encadre le volet social¹³⁰⁸ du plan de sauvegarde qui est dédié au sort des salariés : « *Lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi doit être élaboré, il est fait application des dispositions du III de l'article L. 1233-58 du code du travail* ». Le volet juridique du plan de sauvegarde est l'aspect sur lequel est établie substantiellement la valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée. « *Les mesures de réorganisation de l'entreprise peuvent se traduire par des modifications qui sont susceptibles d'affecter la structure de l'entreprise, mais également son fonctionnement interne* »¹³⁰⁹. En particulier, le maintien des dirigeants¹³¹⁰ et l'inaliénabilité judiciaire de certains biens sont deux mesures de réorganisation juridique du plan de sauvegarde qui constituent deux techniques de valorisation de l'actif immatériel, et particulièrement des « potentialités » révélées par le bilan d'entreprise. De la sorte, le plan est « *l'instrument juridique permettant le sauvetage de son entreprise, par le débiteur* »¹³¹¹.

174. Le maintien des dirigeants. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008¹³¹², l'arrêté d'un plan de sauvegarde par le tribunal n'a plus d'impact néfaste sur les dirigeants de l'entreprise soumise à une procédure de sauvegarde qui doit rester attractive¹³¹³. « *Le volet judiciaire de la sauvegarde a perdu un bras séculier avec l'ordonnance de 2008* »¹³¹⁴. Il résulte d'un rapport que « *désormais, le dirigeant est donc assuré de rester à la tête de son entreprise si un plan de sauvegarde est arrêté à l'issue de la période d'observation et ne risque plus une perte d'influence en tant qu'actionnaire ou associé* »¹³¹⁵. Pour ce faire, le législateur a abrogé l'article L. 626-4 du Code de commerce relatif au remplacement des dirigeants sociaux¹³¹⁶, à l'incessibilité des droits sociaux

¹³⁰⁷ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 26 et s.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, n° 36 et s.

¹³⁰⁹ *Ibid.*, n° 28.

¹³¹⁰ C. REGNAUT-MOUTIER, « Les dirigeants de société », in « Les sujets du droit des entreprises en difficulté », *RPC* 2006-2, p. 159 et s.

¹³¹¹ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 746, p. 459.

¹³¹² Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

¹³¹³ J.-J. FRAIMOUT, « La réforme des plans de sauvegarde et de redressement », *RPC* 2009, dossier n° 11, p. 84 ; C. LEBEL, « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *op. cit.*, p. 46.

¹³¹⁴ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 873, p. 231.

¹³¹⁵ Rapport au Président de la République, n° 16 II-2, art. 53.

¹³¹⁶ Ancien article L. 626-4, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « *Lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire* ».

des dirigeants¹³¹⁷, à la cession forcée des droits sociaux des dirigeants¹³¹⁸, ce qui traduit l'une des innovations « phares »¹³¹⁹. « Si c'est une procédure de sauvegarde qui est ouverte à l'encontre de la société, elle ne peut être l'occasion d'évincer les dirigeants, dont le mandat se poursuivra sauf cause d'interruption relevant du droit commun (démission, décès, révocation) »¹³²⁰. Cette procédure collective « doit être pour le débiteur une mise à l'épreuve sans risque, lui garantissant le maintien à la tête de ses affaires »¹³²¹. Or, l'éviction des dirigeants par le plan de sauvegarde¹³²² au moyen d'une cession forcée¹³²³ ou d'une incessibilité de leurs parts et actions serait contraire à l'esprit de la procédure de sauvegarde, dont le caractère est volontaire. Ce mécanisme est « beaucoup plus insolite dans la procédure volontariste de sauvegarde, dans laquelle l'idée est de laisser la maîtrise au chef d'entreprise, donc aux dirigeants »¹³²⁴. « Selon l'ordonnance 18 décembre 2008, le plan de sauvegarde repose clairement sur la volonté du débiteur, qui en sera l'acteur principal et qui a spontanément fait le choix de la sauvegarde : il est dès lors exclu de l'évincer ou de le déposséder »¹³²⁵. Ce dernier demeure donc le « chef de son entreprise et entend bien le rester tout au long de la période d'observation, de l'élaboration et de l'exécution du plan, avant de reprendre totalement les rênes de l'entreprise une fois sortie de cette passe difficile »¹³²⁶.

A notre sens, le maintien des dirigeants est une mesure de réorganisation juridique du plan de sauvegarde qui constitue une technique de valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée. Cela concerne certains actifs immatériels potentiels qui ont été identifiés en « potentialités d'actif » par le bilan économique, social et environnemental¹³²⁷. A titre de rappel¹³²⁸, l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce définit *ratione materiae* ce fondement économique de valorisation de l'actif immatériel comme suivant : « Le bilan économique et social,

¹³¹⁷ Ancien article L. 626-4, alinéa 2 du Code de commerce : « A cette fin et dans les mêmes conditions, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet ».

¹³¹⁸ Ancien article L. 626-4, alinéa 2, *in fine* du Code de commerce : « De même, il peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenus par ces mêmes personnes, le prix de cession étant fixé à dire d'expert ».

¹³¹⁹ F. VINKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – plan de sauvegarde : formation », *op. cit.*, n° 30.

¹³²⁰ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 331, p. 315.

¹³²¹ J.-J. FRAIMOUT, « La réforme des plans de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, p. 84 s., spéc. p. 86, n° 11.

¹³²² M.-H. MONSERIE-BON et Ch. THEVENOT, « Comment améliorer la procédure de sauvegarde ? », *RPC* 2008, dossier 6, spéc. n° 9.

¹³²³ Cass. com., 19 février 2008, n° 06-18.446 ; *RJDA* 5/08, n° 555, p. 551 ; *GP* 27/28 avril 2008, p. 22, note D. VOINOT ; *RTD com*, octobre 2008, n° 2, p. 852, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹³²⁴ P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 240, p. 222.

¹³²⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 849, p. 375.

¹³²⁶ A. MARTIN-SERF, « La procédure de sauvegarde – 2^{ème} partie : tout en restant chef de son entreprise », *LPA*, 14 juin 2007, n° 119, p. 21.

¹³²⁷ *Supra*, n° 12, 76, 92, 120 (distinction entre les « potentialités de l'actif » et les « potentialités d'actif »).

¹³²⁸ *Supra*, n° 109.

précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise ». Or, c'est par la voie de l'identification des difficultés de l'entreprise que les « potentialités du passif » sont identifiées, en l'occurrence la mauvaise gestion et l'incompétence du dirigeant dans notre nomenclature : défaut de paiement d'une créance importante, perte d'un marché, tardiveté du développement du commerce en ligne, sureffectif¹³²⁹. Par une analyse *a contrario*, le bilan d'entreprise pourrait engendrer des « potentialités d'actif » telles qu'une bonne gestion, la compétence du dirigeant qui seraient effectivement mises en place par le plan de sauvegarde à partir du principe du maintien des dirigeants. En plus des compétences techniques de tout entrepreneur avisé, les *soft skills*¹³³⁰ du dirigeant doivent se perpétuer selon nous dans le cadre du plan de sauvegarde, étant donné que sa diligence a permis d'éviter « *l'épée de Damoclès suspendue au-dessus de tête : la cessation des paiements* »¹³³¹. Par l'abrogation de l'article L. 626-4 du Code de commerce, « *le législateur introduit une discrimination positive en faveur de la sauvegarde, les dirigeants ayant la certitude de rester aux commandes tant qu'il n'y a pas cessation des paiements* »¹³³². « *Un dirigeant prudent, prévoyant et bien informé a demandé au juge l'ouverture d'une procédure de sauvegarde pour faire face à des difficultés qu'il ne parvient pas à surmonter* »¹³³³. C'est pourquoi, il est « *condamné à la réussite* »¹³³⁴. Ainsi, il est souhaitable de maintenir ce dirigeant diligent dans l'entreprise placée en procédure de sauvegarde d'autant plus qu'il évoque ici une « potentialité d'actif » indispensable à son retournement du fait de ses doubles compétences – techniques et « douces ».

175. L'inaliénabilité judiciaire de certains biens. « *Le débiteur, à nouveau maître de ses biens (in bonis), retrouve tous ses pouvoirs... Il est donc libre de disposer de ses biens et de gérer l'entreprise à sa convenance* »¹³³⁵. « *Une fois le plan adopté, le débiteur retrouve en principe le pouvoir de disposition sur ses biens. Mais ce pouvoir peut être restreint par une disposition particulière du jugement adoptant le plan et visant à préserver l'avenir* »¹³³⁶, voire à préserver les « potentialités » définies prospectivement¹³³⁷. « *Le plan de sauvegarde ou de redressement tend prioritairement au sauvetage de l'entreprise et des emplois. Le débiteur pourrait compromettre cet*

¹³²⁹ *Supra*, n° 113, 120.

¹³³⁰ C'est un terme qui est utilisé en pratique pour désigner les compétences douces du dirigeant : l'esprit d'entreprendre, l'audace, la créativité, etc. V° : J. BOURET, J. HOARAU, F. MAULEON, *Soft skills : développez vos compétences comportementales, un enjeu pour votre carrière*, Dunod, 2018.

¹³³¹ A. MARTIN-SERF, « La procédure de sauvegarde – 2^{ème} partie : tout en restant chef de son entreprise », *op. cit.*, p. 21.

¹³³² P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 511.41, p. 1206.

¹³³³ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 5.

¹³³⁴ A. MARTIN-SERF, « La procédure de sauvegarde – 2^{ème} partie : tout en restant chef de son entreprise », *op. cit.*, p. 21.

¹³³⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 960, p. 418-419.

¹³³⁶ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 772, p. 469.

¹³³⁷ *Supra*, n° 92.

objectif en aliénant des biens nécessaires à la poursuite de l'activité »¹³³⁸. Prérogative du propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil¹³³⁹, l'*abusus* est mis à mal sous l'effet des procédures collectives¹³⁴⁰. En effet, le droit des entreprises en difficulté est présenté comme une terre d'élection privilégiée pour les indisponibilités¹³⁴¹. La notion d'indisponibilité est associée à « *toute restriction légale, judiciaire ou conventionnelle du droit de disposer d'un bien ou d'exercer un droit* »¹³⁴².

En particulier, l'exécution du plan de sauvegarde peut entraîner une indisponibilité judiciaire de certains biens dans les termes de l'article L. 626-14 du Code de commerce. « *Une limite importante est ainsi apportée à la liberté de disposition du débiteur* »¹³⁴³. A ce propos, l'alinéa 1^{er} énonce que : « *Dans le jugement arrêtant le plan ou le modifiant, le tribunal peut 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. La durée de l'inaliénabilité ne peut excéder celle du plan* ». Or, cette mesure de réorganisation juridique intégrée dans le plan de sauvegarde est destinée à préserver l'actif, donc *in fine* à valoriser les « potentialités » de l'entreprise sauvegardée. « *Le dispositif prévient toute velléité du débiteur qui pourrait être tenté de céder ces biens pour améliorer ponctuellement sa trésorerie, au risque de compromettre la pérennité de l'entreprise* »¹³⁴⁴. « *La justification d'une telle interdiction est que le débiteur ne doit pas financer sa restructuration en vendant des actifs stratégiques, sauf à l'avoir d'emblée annoncé dans son projet de plan* »¹³⁴⁵. « *Les actifs affectés à l'exploitation de l'entreprise n'ont pas vocation à être cédés* »¹³⁴⁶ et « *il est même souhaitable de restreindre la possibilité de céder ces actifs stratégiques* »¹³⁴⁷ qui correspondent d'après nous aux « potentialités de l'actif » et aux « potentialités d'actif » révélées dans le bilan économique, social et environnemental¹³⁴⁸. En effet, la règle de l'article L. 626-14 du Code de commerce est motivée par la continuation de l'entreprise. « *Il s'agit par cette décision d'assurer la continuation de l'entreprise grâce à des biens jugés indispensables pour celle-ci* »¹³⁴⁹. « *Une telle mesure est destinée à maintenir l'actif du débiteur en vue du redressement de*

¹³³⁸ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 266, p. 243.

¹³³⁹ *Infra*, n° 357.

¹³⁴⁰ *Infra*, n° 382 à 385.

¹³⁴¹ C. LEBEL, « Les indisponibilités du droit des procédures collectives » in « L'indisponibilité en droit des affaires », Colloque organisé par le Centre Ethique et procédure de l'Université d'Artois et le Centre René Demogue de l'Université Lille 2 à la Faculté de droit de Douai le 11 avril 2013, *Droit et patrimoine*, janvier 2014, n° 232, p. 34.

¹³⁴² *Ibid.*

¹³⁴³ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 382, p. 289.

¹³⁴⁴ F. VINCKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : exécution », *op. cit.*, n° 98.

¹³⁴⁵ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 326, p. 311.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, n° 326, p. 310.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Supra*, n° 12, 76, 92, 120 (distinction entre les « potentialités de l'actif » et les « potentialités d'actif »).

¹³⁴⁹ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 61.

l'entreprise. Elle portera donc généralement sur des biens affectés à l'activité de l'entreprise. Elle peut aussi porter sur des biens qui, même non affectés à l'activité professionnelle d'un débiteur personne physique, permettent de garantir son crédit et constituent donc des sources de financement pour son entreprise »¹³⁵⁰. « *Entrave à la circulation des biens* »¹³⁵¹, l'inaliénabilité doit être malgré tout limitée à certains biens. En somme, l'inaliénabilité judiciaire de certains biens est « *sélective* »¹³⁵². Qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, cette entorse à la disposition des biens porte sur les biens indispensables à la continuation de l'entreprise¹³⁵³ tels que le fonds de commerce¹³⁵⁴ appartenant au débiteur et non à des tiers¹³⁵⁵. Or, il a été vu que le bilan d'entreprise a fait émerger une « *potentialité de l'actif* » qui est indissociable du fonds de commerce : la clientèle¹³⁵⁶. Par l'inaliénabilité judiciaire de certains biens, l'actif immatériel est valorisé dans le plan de sauvegarde, spécialement par la technique de l'inaliénabilité judiciaire du fonds de commerce. Au surplus, l'effet de l'article L. 626-14 du Code de commerce est l'insaisissabilité¹³⁵⁷ de droit commun¹³⁵⁸ dudit bien incorporel judiciairement inaliénable.

176. Transition. Pour affirmer la valorisation des « *potentialités* » de l'entreprise sauvegardée, une approche matérielle du plan de sauvegarde doit être envisagée. Or, il contient deux mesures de réorganisation juridique qui sont prééminentes pour l'optimisation de l'actif immatériel. Il s'agit d'une part du maintien des dirigeants et d'autre part de l'inaliénabilité judiciaire de certains biens. Si la première technique permet de mettre en valeur les « *potentialités d'actif* » du dirigeant, la seconde a vocation à valoriser les « *potentialités de l'actif* » affectées à la continuation de l'entreprise comme la clientèle sans laquelle le fonds de commerce ne peut exister. Les « *potentialités* » de l'entreprise peuvent être valorisées *nonobstant* la cessation des paiements dans une procédure collective donnant lieu à un plan de continuation¹³⁵⁹.

¹³⁵⁰ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 271, p. 147.

¹³⁵¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 966, p. 420.

¹³⁵² G. BLANC, « *Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement* », *op. cit.*, n° 61.

¹³⁵³ *Infra*, n° 285 à 291 (qualification de *lege ferenda* de « *biens immatériels affectés à l'intuitu economicae* »).

¹³⁵⁴ TC. Paris., 2 mars 1987, *GP*, 1987. 1, p. 482, note. J-P. MARCHI ; *RPC* 1988, p. 389, n° 12, obs. B. SOINNE ; TC. Dunkerque., 1^{er} avril 2003, *GP* 2003, somm. p. 3256, obs. C. DELATTRE ; V° aussi : F. MACORIG-VENIER, « *Clause d'inaliénabilité et procédure collective* », *RLDA*, mai 2003, n° 60, p. 39.

¹³⁵⁵ CA. Colmar., 25 mars 1987, *JCP E* 1988, II, 15114, n° 9, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT ; Cass. com., 10 février 2015, n° 13-24.659, *JCP E* 2015, n° 1204, p. 25, chron. Ph. PETEL.

¹³⁵⁶ *Supra*, n° 114, 120.

¹³⁵⁷ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 522.74, p. 1332.

¹³⁵⁸ Cass. civ., 1^{ère}, 9 octobre 1985, n° 84- 13.306, Bull. civ. I, n° 252.

¹³⁵⁹ Rapp. Xavier de Roux, n° 2095, p. 337 : « *Les conditions mises à la procédure de sauvegarde ne permettent probablement pas de traiter toutes les difficultés des entreprises de façon préventive. En effet, de nombreuses entreprises, et plus particulièrement les PME, agiront trop tardivement pour bénéficier de cette procédure. Elles doivent donc bénéficier d'une procédure ouverte après la cessation des paiements qui leur permettent de continuer éventuellement leur activité* ».

§2. La valorisation des « potentialités » de l'entreprise redressée

177. La transposition des règles du plan de sauvegarde au plan de redressement. Dans l'esprit de la loi, le plan de redressement possède un socle de règles analogues au plan de sauvegarde, sous réserve des spécificités dues à la cessation des paiements dans la procédure de redressement judiciaire¹³⁶⁰. En ce sens, les règles de la procédure de sauvegarde sont transposées à la procédure de redressement judiciaire par le législateur dans deux dispositions. D'une part, l'article L. 631-18 du Code de commerce traite de l'ouverture et du déroulement du redressement judiciaire. D'autre part, l'article L. 631-19-I, alinéa 1^{er} du Code de commerce vise le plan de redressement en prévoyant que : « *Les dispositions du chapitre VI du titre II sont applicables au plan de redressement, sous réserve des dispositions qui suivent* ». Il en va ainsi des règles d'élaboration, d'exécution et de résolution du plan. C'est la raison pour laquelle la valorisation des « potentialités » de l'entreprise redressée obéit à une approche similaire à celle étudiée dans le cadre du plan de sauvegarde. Tout d'abord, une approche fonctionnelle du plan de redressement doit être caractérisée (A). Ensuite, le plan de redressement fait l'objet d'une approche matérielle (B).

A. L'approche fonctionnelle du plan de redressement

178. Le plan de redressement : un plan de continuation ou un plan de cession. La notion de plan de redressement n'est pas unique. Selon le Doyen CORNU, le plan de redressement est défini comme suivant : « *Terme générique englobant le plan de continuation de l'entreprise ou le plan de cession de celle-ci ; plan qu'arrête le tribunal à l'issue de la période d'observation marquant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire lorsque existent pour l'entreprise de sérieuses chances de survie (la liquidation judiciaire étant prononcée au contraire) et qui a pour objet d'organiser soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession, soit sa continuation assortie d'une cession partielle, ce qui comprend dans tous les cas la désignation des personnes tenues de l'exécuter et la mention des engagements nécessaires au redressement de l'entreprise qu'elles ont souscrits quant à l'avenir de l'activité, le financement de l'entreprise, l'apurement du passif, les garanties d'exécution, les perspectives d'emploi, etc* »¹³⁶¹. Plan de continuation, le plan de redressement constitue principalement une technique de poursuite de l'activité avec le débiteur (1).

¹³⁶⁰ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 362, p. 283.

¹³⁶¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Plan.

Plan de cession, le plan de redressement est subsidiairement¹³⁶² une technique de poursuite de l'activité sans le débiteur (2).

1. Une technique de poursuite de l'activité de l'entreprise avec le débiteur

179. Le plan de redressement, réalisateur des finalités du redressement judiciaire. « *La sauvegarde comme le redressement reposent sur l'idée que par la relance de son activité, le débiteur sera en mesure de mieux désintéresser ses créanciers, le temps planifié aidant* »¹³⁶³. A l'instar du plan de sauvegarde, le plan de redressement admet le maintien de l'entreprise dans le patrimoine du débiteur quand l'activité de l'entreprise est poursuivie avec lui. Le plan de redressement est « *une mesure de restructuration qui vise à permettre aux entreprises en état de cessation des paiements de poursuivre leur activité sur la base d'une nouvelle organisation économique et financière* »¹³⁶⁴. Partant, ce plan de continuation est un instrument de réalisation des finalités de la procédure de redressement judiciaire inscrites à l'article L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce. « *Le plan de redressement, qui doit reposer sur un projet sérieux, doit être conforme aux finalités définies par l'article L. 631-1, alinéa 2, et permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, finalités identiques à celles de la sauvegarde (art. L. 620-1, al. 1^{er} « faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »)* »¹³⁶⁵. La convergence entre le redressement et la sauvegarde est dès lors incontestable à propos des finalités économiques¹³⁶⁶. A la lecture de l'article L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce, on remarque néanmoins que le législateur emploie habilement la notion de poursuite de l'activité de l'entreprise¹³⁶⁷ au lieu de l'objectif « *très angélique* »¹³⁶⁸ de sauvegarde qui nomme la procédure collective de l'article L. 620-1 du Code de commerce. Technique de poursuite de l'activité de l'entreprise avec le débiteur, le plan de redressement constitue une technique de valorisation de

¹³⁶² A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 741, p. 455 : « *La cession est donc une solution subsidiaire dans la procédure de redressement* » ; *Contra* : J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un événement et non plus une issue du cours des procédures », *D. aff.* 2006, chron, p. 1047 ; G. COUTURIER, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *BJS*, février 2008, n° 2, p. 142.

¹³⁶³ Y. CHAPUT, « 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*, Economica, 2008, p. 115 et s., spéc. 121 et s.

¹³⁶⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, C. HOUIN-BRESSAND, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de redressement », *Fasc. 2630, JurisClasseur Procédures collectives*, 2018, n° 1.

¹³⁶⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1131, p. 494.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, n° 1102, p. 477.

¹³⁶⁷ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 116.

¹³⁶⁸ A. LIENHARD, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 111.11, p. 426.

l'actif immatériel qui impose au préalable une mise en œuvre¹³⁶⁹ avant de pouvoir profiter des retombées économiques procurées par les « potentialités » du bilan économique, social et environnemental.

180. Le plan de redressement, distinct d'un plan d'apurement du passif. Si le législateur fait preuve d'habileté dans la hiérarchisation des finalités de la procédure de redressement judiciaire, il est par contre lacunaire quant à la forme empruntée par le plan de redressement. Est-il un plan de continuation ou un plan de cession ? Les deux si l'on s'en tient à la lettre des articles L. 631-19 et L. 631-22 du Code de commerce. En réalisant la poursuite de l'activité de l'entreprise avec le débiteur, le plan de redressement se situe « dans la lignée de l'ancien plan de continuation »¹³⁷⁰. « Le plan de redressement est, comme le plan de sauvegarde dont il est très proche, fondamentalement conforme au modèle antérieur du plan de continuation »¹³⁷¹. « Il demeure en revanche certain que le plan de continuation, hier comme aujourd'hui, ne peut concerner qu'une entreprise exerçant une activité économique : il ne peut pas tendre simplement à l'apurement du passif »¹³⁷². La Cour de cassation a une position sévère, en ce qui concerne cette exigence économique du plan de continuation. Dans un arrêt du 27 octobre 1999, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé « qu'en application des articles 1er, 8, 36, 61, 142 et 146 de la loi du 25 janvier 1985, les propositions d'apurement du passif ne peuvent constituer à elles seules un plan de redressement de l'entreprise »¹³⁷³. Or, la distinction entre le plan de redressement et le plan d'apurement du passif respecte notre sujet d'étude, dont les contours ne sont pas exclusivement financiers. En effet, la valorisation des « potentialités » de l'entreprise redressée est effectuée non pas par un apurement du passif, mais par le redressement intitulant au surplus le plan. De façon générale, l'appréhension de l'actif immatériel par la valorisation en droit des entreprises en difficulté aspire au redressement de l'entreprise. Malgré tout, il y a des jurisprudences dissidentes qui ne sanctionnent pas l'assimilation du plan de redressement à un plan d'apurement du passif¹³⁷⁴. « Du visa, dans cette décision, de l'article L. 631-1 alinéa 2, il convient dès lors de déduire que les trois finalités exposées du redressement judiciaire (la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif)

¹³⁶⁹ D. BRIAND, « Cessions et réseaux de distribution », *op. cit.*, spéc. n° 2 ; N. MARTIAL-BRAZ, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *op. cit.*, spéc. n° 4.

¹³⁷⁰ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 587, p. 272.

¹³⁷¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1130, p. 494.

¹³⁷² G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 121.

¹³⁷³ Cass. com., 27 octobre 1999, n° 95-19.728, *RJDA* 1999, n° 577 ; V° aussi : Cass. com., 17 février 1998, *JCP E* 1998, 1357, n° 3, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; CA. Bordeaux., 2ème ch, 25 juin 2008, *RTD com.* 2010, 185, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; J. VALLANSAN, « Plan d'apurement et plan de redressement. A propos d'un arrêt de la cours d'appel de Bordeaux du 25 juin 2008 », *JCP* 2008, n° 2435, p. 29 ; *Act. proc. coll.* 2008, n° 16, p. 7, n° 258.

¹³⁷⁴ Par exemple : Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-25.046 : « la cessation d'activité d'une personne physique ne fait pas obstacle à l'adoption d'un plan de redressement ayant pour seul objet l'apurement du passif ».

ne constituent pas des conditions cumulatives d'adoption du plan de redressement, la dernière pouvant, à elle seule, justifier celle-ci »¹³⁷⁵. De même, les articles L. 631-22, alinéa 3 et R. 631-42 du Code de commerce vont dans cette direction en reconnaissant un plan de redressement après une cession totale de l'entreprise. « *Il semble difficile ici de parler de la continuation de l'entreprise dès lors que ses actifs ont été cédés. Il vaudra donc mieux parler d'un plan de redressement fondé sur une forme de continuation du débiteur* »¹³⁷⁶. A notre avis, il serait plus prudent de mêler redressement et continuation de l'entreprise dans la planification de l'actif immatériel, dont le fondement est plus le bilan économique, social et environnemental que le bilan comptable.

181. Transition. Lorsque le plan de redressement assure la poursuite de l'activité de l'entreprise avec le débiteur, c'est un plan de continuation. Une synergie peut donc être établie avec le plan de sauvegarde qui est aussi réalisateur des finalités de la procédure collective. Or, « *la poursuite de l'activité de l'entreprise* » et « *le maintien de l'emploi* » au sens de l'article L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce sous-entendent l'incorporation des « potentialités » professionnelles dans le plan de redressement. Si ce plan permet la continuation, il ne doit pas uniquement apurer le passif. L'activité de l'entreprise redressée peut de surcroît être poursuivie par une autre personne que le débiteur lui-même.

2. Une technique de poursuite de l'activité de l'entreprise sans le débiteur

182. Le plan de redressement, un plan de cession. Technique de poursuite de l'activité de l'entreprise sans le débiteur, le plan de redressement est apparenté à un plan de cession¹³⁷⁷ sur le fondement de l'article L. 631-22 du Code de commerce. En réalité, le plan de cession est considéré comme une solution résiduelle vis-à-vis du plan de continuation¹³⁷⁸. Partant, il existe une hiérarchie entre les plans dans la procédure de redressement judiciaire, en ce que l'adoption du plan de continuation est privilégiée à celle du plan de cession¹³⁷⁹.

Traduction du postulat du doyen HOUIN¹³⁸⁰, l'incompétence du débiteur n'emporte pas la disparition de l'entreprise cédée, « *lorsqu'il apparaît que la poursuite de l'activité et le maintien de*

¹³⁷⁵ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 111.11, p. 426.

¹³⁷⁶ Ph. FROEHLICH, « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 2878, spéc. p. 2882.

¹³⁷⁷ J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, Un événement et non plus une issue de la procédure », *op. cit.*, p. 1047.

¹³⁷⁸ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 141.

¹³⁷⁹ Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-21.703 et 13-21.712 : *JurisData* n° 2014-026460 ; *GP* 2015, 1, *jurispr.* p. 418, p. 23, obs. C. LEBEL.

¹³⁸⁰ En l'occurrence, la distinction du sort du débiteur et de l'entreprise en droit des entreprises en difficulté : R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *op. cit.*, p. 609 et s.

l'emploi sont possibles, si les rênes de l'entreprise sont confiées à un tiers »¹³⁸¹. Or, on verra ultérieurement¹³⁸² que l'incompétence du dirigeant est associée à une « potentialité du passif » évincée, d'où l'intérêt de distinguer la situation du débiteur et de l'entreprise défaillante au titre de la valorisation de l'actif immatériel par le plan.

Présent aujourd'hui dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, le plan de cession est le fruit d'une longue évolution. « *Il en ressort une construction législative curieusement articulée* »¹³⁸³. En 1985, le redressement de l'entreprise était fait soit par le plan de continuation en présence du débiteur, soit par le plan de cession en présence d'un tiers. A l'image de son appellation, la loi du 25 janvier 1985¹³⁸⁴ était d'ailleurs vouée à cette « *procédure phare* »¹³⁸⁵. La loi du 26 juillet 2005¹³⁸⁶ a fait basculer le plan de cession dans la procédure de liquidation judiciaire aux articles L. 642-1 à L. 642-18 du Code de commerce. Partant, la cession de l'entreprise n'était pas considérée comme « *une option du plan de redressement* »¹³⁸⁷. De la sorte, le plan de cession en procédure de liquidation judiciaire était dicté par une dimension purement liquidative : « *la vente des actifs moyennant un prix* »¹³⁸⁸.

« *Toutefois, les parlementaires ont été sensibles à l'argument selon lequel le prononcé de la liquidation judiciaire avait un effet psychologique néfaste de nature à nuire à la réussite du plan de cession* »¹³⁸⁹. Or, cette conception étroite du plan de cession affichée par le législateur de 2005 encourageait les critiques de la doctrine¹³⁹⁰. Maintenu dans la procédure de liquidation judiciaire, le plan de cession a donc fait son retour dans la procédure de redressement judiciaire en adéquation avec les amendements¹³⁹¹. Cette procédure collective n'est donc plus le « *parent pauvre* »¹³⁹² des

¹³⁸¹ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 417, p. 302.

¹³⁸² *Infra*, n° 186.

¹³⁸³ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 740, p. 454.

¹³⁸⁴ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹³⁸⁵ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 530.04, p. 1368.

¹³⁸⁶ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹³⁸⁷ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1158, p. 305.

¹³⁸⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1206, p. 792.

¹³⁸⁹ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 263, p. 143.

¹³⁹⁰ A. COURET, « Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ? », in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 42 ; Ph. FROEHLICH, « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *op. cit.*, p. 2878 ; L-C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *GP*, 8 septembre 2005, n° 251, p. 39 ; J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives », *op. cit.*, p. 1047 ; M-L. COQUELET, « Le plan de cession a-t-il changé ? », référence précitée ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, C. HOUIN-BRESSAND, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de redressement », *op. cit.*, n° 25 à 30.

¹³⁹¹ V° l'amendement n° 490, Intervention Arnaud Montebourg, JOAN CR, 3^{ème} séance du 8 mars 2005, p. 1761 : « *la procédure de liquidation, c'est la dévalorisation des actifs* » ; Intervention Pascal Clément, JOAN CR, 3^{ème} séance du 8 mars 2005, p. 1762 : « *Tout milite pour qu'un plan de cession puisse être présenté au tribunal de commerce à tout moment de la procédure, la dimension psychologique ne doit pas non plus être oubliée : la cession de l'entreprise est vécue comme un sauvetage par le dirigeant et il ne faudrait pas que celui-ci ait le sentiment qu'il faut attendre la liquidation pour pouvoir sauver son bien. Au demeurant, le terme liquidation est très péjoratif* ».

¹³⁹² A. LIENHARD, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 111.11, p. 427.

réformes des procédures collectives¹³⁹³. La réintroduction du plan de cession dans la procédure de redressement judiciaire est récemment approuvée par les ordonnances du 18 décembre 2008¹³⁹⁴ et du 12 mars 2014¹³⁹⁵. Pour résumer, la cession a dorénavant deux caractéristiques : soit « *cession-liquidation* »¹³⁹⁶, soit « *cession-redressement* »¹³⁹⁷. Sur ce point, le plan de cession provoque la vente de l'entreprise à la lumière de l'article L. 631-13 du Code de commerce. Partant, « *l'entreprise défaillante est à vendre dès le déclenchement du redressement judiciaire* »¹³⁹⁸. « *A la différence d'une entreprise qui bénéficie de la procédure de sauvegarde, l'entreprise en redressement judiciaire est à vendre* »¹³⁹⁹. D'après l'article L. 631-22 du Code de commerce, la cession est soit partielle, soit totale¹⁴⁰⁰. Dans le premier cas, la cession porte à l'instar du plan de sauvegarde sur une ou plusieurs branches. Dans la seconde hypothèse, le plan de redressement montre sa singularité par rapport au plan de sauvegarde, dans la mesure où la cession totale de l'entreprise redressée est autorisée. « *Ainsi, si dans la procédure de sauvegarde, la cession partielle est conçue comme un simple instrument de réorganisation, dans la procédure de redressement judiciaire, la décision de céder à un tiers l'entreprise – soit partiellement, soit totalement – repose sur un préjugé négatif portant sur l'aptitude personnelle du débiteur de procéder lui-même au sauvetage de son entreprise* »¹⁴⁰¹. Or, cette aptitude personnelle négative du dirigeant qui n'a pas réussi à mettre sa structure à l'abri de la cessation des paiements fait naître une « *potentialité du passif* »¹⁴⁰². C'est ce qui explique l'éviction des dirigeants négligents dans le plan de redressement¹⁴⁰³ *a contrario* du maintien des dirigeants diligents dans le plan de sauvegarde¹⁴⁰⁴.

183. L'opportunité du plan de cession dans le redressement judiciaire. « *La cession judiciaire présente un intérêt en redressement judiciaire, alors que l'entreprise est au moins capable de faire face aux besoins propres à une poursuite d'activité, fût-elle limitée aux nécessités inhérentes à*

¹³⁹³ T. MONTERAN, « *Projet de loi de sauvegarde des entreprises : le point de vue du praticien* », *GP*, 25-26 février 2005, n° 57, p. 2, spéc. p. 11.

¹³⁹⁴ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

¹³⁹⁵ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹³⁹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1206, p. 792.

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, LGDJ, t. 2, 17^{ème} éd. par Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial, tome 2 : Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2004, n° 3172-7, p. 1133.

¹³⁹⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, C. HOUIN-BRESSAND, « *Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de redressement* », *op. cit.*, n° 25.

¹⁴⁰⁰ Ph. FROELICH, « *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises* », *op. cit.*, p. 2878.

¹⁴⁰¹ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 417, p. 302.

¹⁴⁰² *Supra*, n° 113, 120.

¹⁴⁰³ *Infra*, n° 186.

¹⁴⁰⁴ *Supra*, n° 174.

l'exploration d'une solution de cession »¹⁴⁰⁵. En dépit des remises en question, le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN soutient raisonnablement l'utilité économique¹⁴⁰⁶ du plan de cession dans la procédure de redressement judiciaire. Dans son ouvrage, cet auteur répertorie les facteurs qui parviennent à justifier le plan de cession dans cette procédure collective : la pérennité de l'entreprise et des emplois ; les redressements des entreprises sont statistiquement plus fréquents dans les plans de cession que dans les plans de continuation ; le plan de cession est économiquement un *business plan* confectionné par un tiers repreneur qui entend assurer la continuité de l'exploitation ; psychologiquement, la cession n'est pas réduite à la procédure de liquidation judiciaire¹⁴⁰⁷. Or, la conservation du plan de cession dans le redressement judiciaire est surtout salvatrice pour la valorisation des « potentialités » de l'entreprise redressée. « *Les grandes entreprises constituent un enjeu social important et comportent souvent des actifs ou une potentialité suscitant l'intérêt des repreneurs* »¹⁴⁰⁸. Il s'avère en réalité¹⁴⁰⁹ que la logique de cession est une logique de valorisation. En cas de reprise de l'entreprise redressée par un tiers, le repreneur se projette vers l'avenir¹⁴¹⁰ en se fondant nécessairement sur les « potentialités », puisque le seul bilan comptable est vraisemblablement pessimiste. Les décisions de reprise seraient alors bâties d'abord sur les « potentialités », puis sur le redressement.

184. Transition. L'approche fonctionnelle du plan de redressement détermine l'existence d'une technique de poursuite de l'activité de l'entreprise avec ou sans le débiteur. En présence d'un tiers/repreneur, le plan de redressement est considéré comme un plan de cession, dont l'opportunité est arguée dans la procédure de redressement judiciaire. Or, la valorisation des « potentialités » par le plan de cession est irréfutable, tant sur le plan théorique qu'en pratique.

Outre une approche fonctionnelle, le plan de redressement est doté d'une approche par le contenu qui nous amène à cibler les mécanismes prompts à valoriser l'actif immatériel.

B. L'approche matérielle du plan de redressement

185. Les mesures de poursuite de l'activité de l'entreprise. Le plan de redressement bénéficie d'un contenu autonome vis-à-vis du plan de sauvegarde. Par les mesures de poursuite de l'activité

¹⁴⁰⁵ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1160, p. 306.

¹⁴⁰⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1207, p. 792-793.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*

¹⁴⁰⁸ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 263, p. 143.

¹⁴⁰⁹ Cette affirmation résulte d'un rendez-vous pris avec un professionnel du droit des entreprises en difficulté.

¹⁴¹⁰ F. VINKEL, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : exécution », op. cit., n° 6 : le plan est une « *projection dans l'avenir* ».

de l'entreprise, le plan de redressement revendique en effet son particularisme. Finalement, le législateur contemporain a souhaité marquer la différence entre les deux plans en édictant des règles particulières pour le plan de redressement¹⁴¹¹, afin « *d'en améliorer la lisibilité ou l'efficacité et d'assurer leur coordination avec modifications apportées à la procédure de sauvegarde* »¹⁴¹². Techniquement, l'entreprise peut être redressée par le biais de quatre mesures de restructuration contenues dans le plan de redressement : la simplification des licenciements pour motif économique¹⁴¹³, l'atteinte aux droits des associés et actionnaires en matière d'opérations sur le capital¹⁴¹⁴, la situation des garants moins favorable¹⁴¹⁵ que celle du plan de sauvegarde¹⁴¹⁶, l'atteinte aux droits des dirigeants. Or, c'est cette dernière mesure de poursuite de l'activité de l'entreprise qui permet de valoriser les « potentialités » de l'entreprise redressée. Les dirigeants « *sont exposés à un risque de révocation voire d'exclusion* »¹⁴¹⁷. En particulier, les droits des dirigeants sont atteints par leur éviction dans le plan de redressement « *selon une approche presque traditionnelle* »¹⁴¹⁸.

186. L'éviction des dirigeants. Contrairement au maintien des dirigeants considérés comme des « potentialités d'actif » dans le plan de sauvegarde¹⁴¹⁹, l'éviction des dirigeants vise à évincer les « potentialités du passif » défavorables à l'entreprise redressée dans le plan de redressement. En clair, les « potentialités » à valeur positive sont valorisées par leur maintien dans le plan de sauvegarde, alors que les « potentialités » à valeur négative sont valorisées par leur éviction dans le plan de redressement. Dès lors, la planification n'exclut pas la valorisation du passif immatériel qui a été identifié en amont par le bilan économique, social et environnemental. En effet, l'article L. 631-18, I du Code de commerce admet que : « *Les dispositions des chapitres III, IV et V du titre II du présent livre sont applicables à la procédure de redressement judiciaire, sous réserve des dispositions qui suivent* ». Par déduction, le dispositif relatif à l'élaboration du bilan économique,

¹⁴¹¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Entreprises en difficulté : un droit enfin arrivé à maturité », *Droit et patrimoine*, mars 2009, n° 179, p. 32 ; Ph. JEANNEROT, « Le choix entre les procédures, La procédure de sauvegarde ou le redressement judiciaire », *RPC*, mai-juin 2015, n° 3, étude 10, p. 21 ; F. LEGRAND, « Convenir un plan : Est-ce qu'un plan de sauvegarde se prépare comme un plan de redressement ? », in « Les plans dans le livre VI du Code de commerce », colloque à Caen du 10 avril 2015, *RPC*, mai-juin 2015, n° 3, art. 48, p. 97.

¹⁴¹² Rapport au président de la République française relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, chapitre III : JO 19 décembre 2008, p. 19457.

¹⁴¹³ Cf article L. 631-19, III du Code de commerce.

¹⁴¹⁴ Cf article L. 631-19, II du Code de commerce.

¹⁴¹⁵ Cf article L. 631-20 du Code de commerce : « *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan* ».

¹⁴¹⁶ Cf article L. 626-11 du Code de commerce.

¹⁴¹⁷ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 331, p. 315.

¹⁴¹⁸ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 685, p. 426.

¹⁴¹⁹ *Supra*, n° 174.

social et environnemental qui organise la procédure de sauvegarde¹⁴²⁰ est applicable sur renvoi à la procédure de redressement judiciaire. Il en va ainsi plus précisément de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce qui pose une définition matérielle du bilan économique, social et environnemental¹⁴²¹. Pour rappel, il révèle des « potentialités du passif »¹⁴²² qui vont être effectivement valorisées par le plan de redressement à partir de la technique de l'éviction des dirigeants. Dans la mesure où la mauvaise gestion et l'incompétence du dirigeant pourraient nuire au redressement de l'entreprise, ces « potentialités du passif » sont écartées du plan de redressement. Il s'agit pour illustration du défaut de paiement d'une créance importante, de la perte d'un marché, de la tardiveté du développement du commerce en ligne, du sureffectif¹⁴²³. Comme le dit très bien le Professeur PETEL, « [l]a défaillance du débiteur résulte parfois de causes internes à son entreprise : insuffisance de fonds propres, médiocre rentabilité de certaines activités, personnel en surnombre, incompétence des dirigeants... »¹⁴²⁴.

« Lorsqu'il apparaît que les dirigeants d'une société en redressement judiciaire ne sont plus en situation d'être les artisans du redressement, le code (L. 631-19) permet de prendre différentes mesures à leur encontre, de façon à limiter leur influence au sein de la société et à éviter qu'ils ne perturbent la restructuration qui s'opère et à laquelle le tribunal entend qu'ils ne soient pas associés »¹⁴²⁵. Partant, l'éviction des dirigeants constitue une mesure de poursuite de l'activité de l'entreprise qui est fondée sur l'article L. 631-19-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « Lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou de plusieurs dirigeants de l'entreprise ». Initié par l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁴²⁶, l'article L. 631-19-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce reprend « presque mot pour mot »¹⁴²⁷ la formulation de l'article L. 626-4 du Code de commerce. Or, ce texte était applicable sur renvoi à la procédure de redressement judiciaire. « Repoussoir incongru dans la sauvegarde, le texte peut se justifier dans le redressement judiciaire, pour des cas où un plan de redressement raisonnable – de continuation ou de reprise interne – se dessine, avec pour seul obstacle un ou plusieurs dirigeants, dont a de bonnes raisons de penser qu'ils condamnent le plan à l'échec »¹⁴²⁸. La mise à l'écart des dirigeants par le plan de redressement est une expropriation qui ne porte pas une atteinte disproportionnée ni au droit de

¹⁴²⁰ Il s'agit du chapitre III, du titre II, du livre VI du Code de commerce.

¹⁴²¹ *Supra*, n° 109.

¹⁴²² *Supra*, n° 113.

¹⁴²³ *Supra*, n° 113, 120.

¹⁴²⁴ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 268, p. 145.

¹⁴²⁵ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 331, p. 315.

¹⁴²⁶ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

¹⁴²⁷ G. BLANC, « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *op. cit.*, n° 138.

¹⁴²⁸ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1136, p. 497.

propriété¹⁴²⁹, ni à l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴³⁰. Interprétée strictement¹⁴³¹, la subordination de l'adoption du plan de redressement au remplacement d'un ou de plusieurs dirigeants de l'entreprise doit être justifiée par la finalité économique de la procédure de redressement judiciaire. Bien que le comportement du dirigeant ne soit pas irréprochable, la mesure de l'article L. 631-19-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce ne doit pas être prononcée par les juges du fond¹⁴³² au motif que celui-ci a déployé une activité importante et utile au redressement escompté de l'entreprise. En l'espèce, le dirigeant représentait une « potentialité d'actif » affectée au redressement de l'entreprise qui doit être préservée par l'inapplicabilité de l'éviction. L'article L. 631-19-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce fait référence à l'exigence de « *redressement de l'entreprise* », donc *in fine* à « *la poursuite de l'activité* »¹⁴³³. Cette justification économique est exigée par la jurisprudence¹⁴³⁴, ce qui confirme que la règle de l'article L. 631-19-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce dépend de la survie de l'entreprise. L'éviction des dirigeants entendue comme une mesure de poursuite de l'activité de l'entreprise sert à éliminer l'influence des dirigeants malhonnêtes ou incompetents¹⁴³⁵, c'est-à-dire des « potentialités du passif » découlant de l'identification des difficultés de l'entreprise en vertu de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce¹⁴³⁶. En effet, l'exploitant n'a pas su endiguer l'apparition de l'état de cessation des paiements en raison de sa négligence. Là où commencent les similitudes entre le redressement et la sauvegarde, elles s'arrêtent avec la situation de cessation des paiements, d'où la présence d'« *une certaine défiance à l'encontre du débiteur, qui est étrangère à la sauvegarde* »¹⁴³⁷.

Dans le dessein de l'élimination, l'article L. 631-19-1, alinéa 2 du Code de commerce fait ressortir deux méthodes de « *neutralisation des dirigeants* »¹⁴³⁸, lesquelles sont érigées vers le droit

¹⁴²⁹ Cons. const., 7 octobre 2015, n° 2015-486 QPC, JO 9 octobre, p. 18829 ; D. 2015, Actu. 2006 ; QPC transmise par la Cour de cassation : Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-29.360, *LEDEN*, septembre 2015, n° 119, obs. T. FAVARIO ; *Rev. soc.*, septembre 2015, p. 543, obs. L.-C. HENRY. Cette décision du Conseil constitutionnel doit être mise en miroir avec l'éviction des actionnaires inscrite à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce : Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, D. 2015, Actu. 1693.

¹⁴³⁰ Cass. com., 12 juillet 2005, n° 03-14.045 ; Cass. com., 11 octobre 2016, n° 14-29.360.

¹⁴³¹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 531.31, p. 1377.

¹⁴³² CA. Colmar., 12 septembre 1990, *RPC* 1991, 293, obs. B. SOINNE ; *RJ com.* 1990, 400, obs. J.-L. VALLENS.

¹⁴³³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, C. HOUIN-BRESSAND, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de redressement », op. cit., n° 17.

¹⁴³⁴ CA. Colmar., 12 septembre 1990 (jurisprudence précitée).

¹⁴³⁵ G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, LGDJ, t. 2, 17^{ème} éd. n° 3172-12 par par M. GERMAIN et Ph. DELEBECQUE, *Traité de droit commercial, tome 2 : Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, op. cit., n° 3172-12, p. 1138-1140.

¹⁴³⁶ *Supra*, n° 113, 120.

¹⁴³⁷ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1102, p. 477.

¹⁴³⁸ F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 331, p. 315.

des sociétés¹⁴³⁹ : « A cette fin et dans les mêmes conditions, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet. De même, il peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenu par ces mêmes personnes, le prix de cession étant fixé à dire d'expert ».

L'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital est le premier moyen de se séparer des dirigeants dans le plan de redressement, dont l'influence est dangereuse pour le redressement de l'entreprise¹⁴⁴⁰. Entorse à la « quasi-immunité »¹⁴⁴¹ de l'associé, cette incessibilité conforte un « laminage »¹⁴⁴² des droits sociaux. A l'inverse, l'éviction des dirigeants est basée sur la cession forcée des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, conformément à l'article L. 631-19-1, alinéa 2 *in fine* du Code de commerce. En définitive, ce mécanisme paraît plus brutal que l'incessibilité qui a pour objet l'éradication de l'influence des dirigeants du groupement en empêchant que l'exécution du plan ne soit paralysée par un vote ultérieur de l'assemblée générale sans constituer une sanction¹⁴⁴³. « Ces mesures ne s'analysent pas principalement comme des sanctions, mais comme des techniques participant à la réorganisation de l'entreprise en vue de permettre la poursuite de l'activité »¹⁴⁴⁴. Dans cette thèse, les mesures d'éviction des dirigeants s'analysent comme des techniques de valorisation du passif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté, et notamment des « potentialités » à valeur négative *via* le plan de redressement. Si l'incessibilité ou la cession forcée des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital concerne les « dirigeants de l'entreprise » au sens de l'article L. 631-19-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce, force est de reconnaître l'existence d'une maladresse législative. « En retenant cette notion de dirigeant de l'entreprise, et non celle de dirigeant social, cette disposition laisse planer un doute sur la liste des dirigeants effectivement concernés, bien que le décret d'application semble

¹⁴³⁹ *Ibid*, n° 331, p. 316 : « Il y a là une remarquable illustration de la prise en compte de l'intérêt social par la procédure collective, au point de le faire prévaloir sur l'intérêt des dirigeants de la société voire de ses associés, que l'on sacrifie en vue d'assurer le sauvetage de la personne morale ».

¹⁴⁴⁰ J.-M. BERMOND DE VAULX, « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement judiciaire », *Rev. sociétés* 1990. 221 et s., n° 7.

¹⁴⁴¹ A.CERATI-GAUTHIER, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. sociétés* 2006, p. 305, spéc. n° 1.

¹⁴⁴² J.-M. CALENDINI, *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation des biens – recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, Thèse, Paris II, 1983, spéc. n° 199 et s.

¹⁴⁴³ CA. Colmar., 12 septembre 1990, jurisprudence précitée.

¹⁴⁴⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, C. HOUIN-BRESSAND, « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de redressement », *op. cit.*, n° 17.

cantonner, mais sans doute par une rédaction maladroite, cette mesure aux seules sociétés »¹⁴⁴⁵. « La référence faite par l'article L. 631-19-1 aux dirigeants de l'entreprise est en effet impropre en ce qu'elle paraît suggérer que tout entrepreneur pourrait être visé, là où ce sont en réalité les dirigeants de société qui sont seuls concernés. A proprement parler, on ne remplace pas un dirigeant d'entreprise individuelle, on l'exproprie ou on le frappe d'une interdiction d'exercice, de façon à l'éliminer de la vie des affaires »¹⁴⁴⁶.

Cependant, ce « redoutable dispositif »¹⁴⁴⁷ comporte une exception *ratione personae* à l'alinéa 4 : « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ». D'après le rapport HYEST, « l'activité de ces personnes étant caractérisée par un fort *intuitu personae*, leur remplacement ne pourrait réellement contribuer à la sauvegarde de leur activité »¹⁴⁴⁸. Validée par une réponse ministérielle¹⁴⁴⁹, cette limite de l'article L. 631-19-1, alinéa 4 du Code de commerce ne fait pourtant pas l'unanimité en doctrine¹⁴⁵⁰. D'aucuns annoncent « le privilège des notables incompetents »¹⁴⁵¹.

187. Conclusion de section. Identifié en « potentialité » par le bilan économique, social et environnemental, l'objet de la présente étude est effectivement valorisé par la technique du plan de continuation dans les procédures de sauvegarde et de redressement.

Premièrement, les « potentialités » de l'entreprise sauvegardée sont valorisées généralement par un plan de continuation et spécialement par un plan de sauvegarde. Cette planification de l'actif immatériel est abordée au niveau fonctionnel et au niveau matériel. Introduit en 2005, le plan de sauvegarde a pour fonction de réorganiser l'entreprise au sens de l'article L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Or, la réalisation de cet objectif économique par cet instrument contribue à valoriser les « potentialités » qui requièrent un rattachement à l'appareil productif au titre de leur optimisation. Quant à l'approche matérielle du plan de sauvegarde, il y a deux mesures de réorganisation juridique prééminentes qui participent effectivement à la valorisation des « potentialités ». Il s'agit d'une part du maintien des dirigeants qui permet de maintenir un certain nombre de « potentialités d'actif ». D'autre part, l'inaliénabilité judiciaire de certains biens selon l'article L. 626-14 du Code de commerce a vocation à préserver certaines « potentialités de l'actif ».

¹⁴⁴⁵ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 724, p. 446.

¹⁴⁴⁶ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 331, p. 316.

¹⁴⁴⁷ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, op. cit., n° 116.13, p.

¹⁴⁴⁸ Rapport J-J HYEST, n° 335, p. 258.

¹⁴⁴⁹ Rép. min. n° 6480, JOAN Q 20 novembre 2007, p. 7315.

¹⁴⁵⁰ F. PEROCHON, « Le privilège des notables indelicats : un nouveau privilège ? », *D.* 2005, p. 1146.

¹⁴⁵¹ F-X. LUCAS et H. LECUYER, (dir.), *La réforme des procédures collectives, La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006, spéc. p. 192.

Deuxièmement, les « potentialités » de l'entreprise redressée sont valorisées généralement par un plan de continuation et spécialement par un plan de redressement. Puisque les règles du plan de redressement sont calquées sur celles du plan de sauvegarde, il faut raisonner pareillement en abordant cette technique de valorisation de l'actif immatériel. D'un point de vue fonctionnel, le plan de redressement est principalement un plan de continuation et subsidiairement un plan de cession. Plan de continuation, le plan de redressement constitue une technique de poursuite de l'activité de l'entreprise avec le débiteur. Plan de cession, le plan de redressement est une technique de poursuite de l'activité de l'entreprise sans le débiteur qui s'avère opportune pour la valorisation des « potentialités ». En effet, ces valeurs inhérentes à l'exploitation vont pouvoir être cessibles dans la perspective d'une activité confiée à un tiers. Les mesures de poursuite de l'activité de l'entreprise entourent matériellement la particularité du plan de redressement vis-à-vis du plan de sauvegarde. Incarnant des « potentialités du passif », les dirigeants de l'entreprise redressée sont éclipsés du plan de redressement dans les termes de l'article L. 631-19-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce par la technique de l'éviction au service de la valorisation du passif immatériel.

Possible dans les procédures de sauvegarde et de redressement par un plan de continuation, la valorisation des « potentialités » l'est derechef dans la procédure de liquidation judiciaire.

Section 2. La valorisation des « potentialités » par un plan de cession

188. Le double visage de la liquidation judiciaire. En principe, la période d'observation a pour issue soit l'adoption d'un plan de sauvegarde ou d'un plan de redressement, soit le prononcé d'une procédure de liquidation judiciaire. Partant, la valorisation de l'actif immatériel par le plan doit être complétée dans cette voie liquidative¹⁴⁵². « *Dorénavant, la liquidation judiciaire n'est plus regardée comme une procédure subsidiaire ; elle est traitée sur le même plan, à l'égal du bloc sauvegarde-redressement judiciaire* »¹⁴⁵³. Cette procédure collective connaît deux modalités¹⁴⁵⁴. Lorsque le redressement du débiteur est « *manifestement impossible* »¹⁴⁵⁵, le tribunal met fin à l'activité de l'entreprise par une cession séparée de ses actifs¹⁴⁵⁶. Au regard de cette première modalité pro liquidative, la valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée est artificielle (§1).

« Pour autant, la liquidation judiciaire ne condamne pas nécessairement tout espoir de redresser l'entreprise, même si ce redressement ne peut alors passer que par l'intervention d'un tiers qui en

¹⁴⁵² Chapitre II du titre IV du livre VI du Code de commerce.

¹⁴⁵³ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, op. cit., n° 121.11, p. 492.

¹⁴⁵⁴ Dans la rédaction de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce, on constate une alternative dans le choix de la procédure de liquidation judiciaire en raison de la préposition de coordination « ou ».

¹⁴⁵⁵ Cf article L. 640-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹⁴⁵⁶ Cf article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce.

sera l'artisan à l'occasion d'un plan de cession »¹⁴⁵⁷. Depuis 2005, la procédure de liquidation judiciaire est « animée d'un souffle nouveau »¹⁴⁵⁸ en accordant un « nouveau départ »¹⁴⁵⁹ au débiteur « sous la propriété et le pouvoir d'un tiers repreneur »¹⁴⁶⁰. « De la sorte, l'idée de sauver l'entreprise envahit la liquidation judiciaire »¹⁴⁶¹. C'est la deuxième modalité économique¹⁴⁶² relative au sauvetage de l'emploi et de l'outil de production¹⁴⁶³ par le plan de cession qui fonde la valorisation naturelle des « potentialités » de l'entreprise liquidée¹⁴⁶⁴ (§2).

§1. La valorisation artificielle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en absence de plan de cession

189. L' « échec »¹⁴⁶⁵ de la liquidation judiciaire. La mise en valeur des « potentialités » de l'entreprise liquidée est quasiment éludée dans la procédure classique de liquidation judiciaire. Cet échec appelle deux remarques qui sont fondamentales pour l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. D'une part, ce paragraphe a pour incidence de configurer les caractéristiques primaires des « potentialités » révélées par le bilan économique, social et environnemental. D'autre part, l'intérêt du plan de cession est renforcé en tant que technique naturelle de valorisation de cet actif immatériel. La valorisation artificielle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en absence de plan de cession a une cause (A) et une conséquence (B).

A. La finalité de la procédure de liquidation judiciaire

190. Traditionnellement, la procédure de liquidation judiciaire sans plan de cession conduit au désintéressement des créanciers par l'apurement du passif du débiteur. Manifestation historique de la faillite et actuelle de l'*intuitu pecuniae*, cette « fonction financière »¹⁴⁶⁶ est incompatible avec la

¹⁴⁵⁷ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., p. 330.

¹⁴⁵⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1216, p. 796.

¹⁴⁵⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le rebond du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz-Litec, 2011, p. 579 et s.

¹⁴⁶⁰ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 816, p. 491.

¹⁴⁶¹ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 274, p. 250.

¹⁴⁶² Ph. PETEL, « Le redressement de l'entreprise en liquidation judiciaire », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle : Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 903 et s.

¹⁴⁶³ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 296, p. 161.

¹⁴⁶⁴ Ph. FROEHLICH, « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », op. cit., doct. 2878, spéc. conclusion : « Les nouvelles modalités de la liquidation judiciaire, qui faciliteront la valorisation des actifs et la sécurité juridique qu'elle apporte aux cessions, sont en effet de nature à permettre de reconsidérer la liquidation judiciaire, qui devient une technique de sauvegarde des entreprises à part entière » (c'est nous qui soulignons).

¹⁴⁶⁵ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 427, p. 325.

¹⁴⁶⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1215, p. 796.

finalité économique de redressement adossée à l'actif immatériel, dont le fondement de valorisation n'est pas complètement comptable¹⁴⁶⁷.

191. La manifestation historique de la faillite. « Avec la liquidation judiciaire, on retrouve l'esprit et les fonctions traditionnelles des procédures collectives : désormais, il s'agit de réaliser les actifs du débiteur dans les meilleures conditions possibles afin de payer ses créanciers »¹⁴⁶⁸. Auparavant, le spectre de la « faillite »¹⁴⁶⁹ auquel la figure balzacienne de César Birotteau demeurait attachée¹⁴⁷⁰ était omniprésent. Le Code de commerce de 1807 prévoyait effectivement à l'article 437 que : « Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite ». C'est pourquoi, certains auteurs ont écrit que la procédure de liquidation judiciaire est « l'héritière de la traditionnelle faillite, mesure d'exécution collective frappant le patrimoine du débiteur »¹⁴⁷¹. « La liquidation judiciaire a pour finalité essentielle de réaliser l'actif pour apurer le passif. C'est une procédure collective orientée vers le règlement des dettes. Elle s'inscrit, en cela, dans la tradition du droit des faillites qui a toujours eu une incidence sur la situation des créanciers »¹⁴⁷².

192. La manifestation actuelle de l'intuitu pecuniae. Hier comme aujourd'hui, la procédure de liquidation judiciaire est classiquement orientée vers la satisfaction des créanciers par l'apurement du passif du débiteur. De la sorte, cette procédure collective est à l'heure actuelle caractérisée par un *intuitu pecuniae*. Or, cette manifestation pécuniaire est en inadéquation avec la mise en valeur de l'actif immatériel révélé par le bilan économique, social et environnemental, dont les contours dépassent les chiffres¹⁴⁷³. En bref, l'*intuitu pecuniae* de la liquidation se différencie de la norme économique à laquelle sont affectées les « potentialités ». « Ici, la valeur de l'hypothèse de continuité d'exploitation est nulle ; la finalité de la procédure est clairement liquidative »¹⁴⁷⁴. Certes, le législateur escamote la finalité financière d'apurement du passif, lorsqu'il déclare à l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce que : « La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ». Parallèlement, l'apurement du passif est

¹⁴⁶⁷ *Supra*, n° 61 à 77.

¹⁴⁶⁸ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 296, p. 161.

¹⁴⁶⁹ En effet, certains ouvrages traitant du droit des entreprises en difficulté conservent cet intitulé. V° notamment le manuel de droit de la faillite du Professeur F-X. LUCAS.

¹⁴⁷⁰ H. DE BALZAC, « César Birotteau », in *La Comédie française, Scènes de la vie parisienne*, 1837 (la procédure de faillite sous le Code de commerce de 1807).

¹⁴⁷¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1216, p. 796.

¹⁴⁷² *Ibid*, n° 1369, p. 903.

¹⁴⁷³ *Supra*, n° 84, 86 à 88.

¹⁴⁷⁴ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1242, p. 328.

clairement perçu comme dernier objectif dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. « *La liquidation judiciaire est destinée à cet apurement, à l'inverse des procédures de sauvegarde et de redressement qui sont, elles, tournées vers l'objectif de sauvetage de l'entreprise* »¹⁴⁷⁵. « *La liquidation judiciaire est une véritable procédure collective de paiement, en ce sens qu'elle est essentiellement tendue vers le désintéressement des créanciers, au contraire des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire, dont l'objectif premier est la survie des entreprises* »¹⁴⁷⁶. Toujours est-il que « *l'apurement du passif constitue une finalité de la liquidation, la seule même en l'absence de cession* »¹⁴⁷⁷. « *La procédure de liquidation judiciaire est orientée vers l'apurement du passif* »¹⁴⁷⁸, laquelle est dédiée aux intérêts des créanciers¹⁴⁷⁹. « *L'apurement collectif du passif est bien sûr l'objectif majeur de la liquidation judiciaire* »¹⁴⁸⁰. « *La procédure de liquidation judiciaire est orientée à titre principal vers le règlement du passif de l'entreprise* »¹⁴⁸¹. D'un point de vue sémantique, la procédure de liquidation judiciaire correspond à une procédure d'exécution patrimoniale universelle consistant en la vente des biens du débiteur pour payer les créanciers¹⁴⁸². « *La liquidation judiciaire est une saisie collective des biens du débiteur, en principe en vue du paiement de ses créanciers placés sur un pied d'égalité* »¹⁴⁸³. Apurement du passif¹⁴⁸⁴, satisfaction des créanciers¹⁴⁸⁵, organisation du paiement des créanciers¹⁴⁸⁶, tels sont les enjeux financiers de la procédure de liquidation judiciaire. Force est alors de constater que cette procédure purement liquidative s'oppose aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire dans lesquelles la valorisation des « potentialités » est renforcée par le plan, à savoir par un instrument de réalisation des objectifs économiques des articles L. 620-1, alinéa 1^{er}¹⁴⁸⁷ et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce¹⁴⁸⁸. La différence entre cette trilogie de procédures collectives est rappelée par les juges du fond¹⁴⁸⁹. Concernant les conditions d'ouverture, la procédure de liquidation judiciaire

¹⁴⁷⁵ E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », *Rép. com.*, Dalloz, 2019, n° 123.

¹⁴⁷⁶ P-M. LE CORRE, « Liquidation judiciaire. Réalisation de l'actif. Considérations communes aux réalisations d'actifs en liquidation judiciaire », *Fasc. 2706*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019, n° 1.

¹⁴⁷⁷ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1184, p. 528.

¹⁴⁷⁸ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 550.09, p. 1417.

¹⁴⁷⁹ Rapp. Xavier de Roux, n° 2095, p. 360.

¹⁴⁸⁰ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 827, p. 497.

¹⁴⁸¹ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 497, p. 347.

¹⁴⁸² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1147, p. 505.

¹⁴⁸³ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 828, p. 499.

¹⁴⁸⁴ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 663, p. 301 : « payer les créanciers selon des modalités d'ordre public qui sont mises en œuvre par le liquidateur ».

¹⁴⁸⁵ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 274, p. 250.

¹⁴⁸⁶ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 429, p. 325.

¹⁴⁸⁷ *Supra*, n° 171.

¹⁴⁸⁸ *Supra*, n° 179.

¹⁴⁸⁹ CA. Reims., ch. civ., 1^{ère} sect., 9 novembre 2009, RG n° 08/01024 : en l'absence de plan de cession, l'objectif de paiement des créanciers prime l'objectif de sauvegarde des emplois dans les offres d'acquisition des biens du débiteur.

s'adresse à des entreprises « *en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible* »¹⁴⁹⁰ où aucun actif immatériel n'est révélé et valorisé.

193. Transition. La valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée est occultée dans la procédure classique de liquidation judiciaire sans plan de cession en raison de sa finalité exclusivement financière. En effet, cette conception manifeste historiquement la faillite et actuellement l'*intuitu pecuniae*. Or, ce caractère chiffré est inconciliable avec la valorisation de l'actif immatériel, dont le fondement est le bilan d'entreprise.

Cette finalité de la procédure de liquidation judiciaire n'est pas au demeurant dénuée de conséquences sur le plan de l'activité, ce qui permet de cerner juridiquement l'actif immatériel.

B. La destinée de la procédure de liquidation judiciaire

194. Le cadre liquidatif de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce. L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire en amont d'un plan de cession va à l'encontre de la valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée. A l'épreuve de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce, la destinée de cette procédure collective a une répercussion non seulement sur la situation de l'entreprise, mais également et surtout sur les traits de caractère de l'actif immatériel. « *Quant aux modalités de disparition, l'anéantissement de l'entreprise se fait par la cession des actifs du débiteur* »¹⁴⁹¹. En effet, le principe de cessation de l'activité de l'entreprise (1) est envisagé par la cession séparée des actifs du débiteur (2).

1. Le principe de cessation de l'activité de l'entreprise

195. Dans les développements précédents¹⁴⁹², il a été démontré que la valorisation des « potentialités » par un plan de continuation est possible dans la perspective d'une activité économique continuée, c'est-à-dire à travers une dynamique ou un déploiement dans le temps. Si la valorisation des « potentialités » de l'entreprise débitrice exige une exploitation en droit des entreprises en difficulté, il faut en conclure que l'arrêt de l'outil de production dû au principe de cessation de l'activité de l'entreprise rend leur optimisation équivoque. En définitive, cette analyse sur la valorisation artificielle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en absence de plan de cession menée à la lumière du principe de cessation de l'activité de l'entreprise présente une utilité

¹⁴⁹⁰ Cf article L. 640-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹⁴⁹¹ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 633, p. 293.

¹⁴⁹² *Supra*, n° 168 à 187.

significative dans le rappel de l'exigence d'un lien entre l'actif immatériel et une norme économique : l'« *intuitu economicae* »¹⁴⁹³. Cela annonce-t-il en filigrane une ébauche de qualification de l'actif immatériel¹⁴⁹⁴ ?

196. Exposé du principe. « *Puisqu'il n'est plus question de sauvegarder l'entreprise, la liquidation judiciaire se traduit, en principe, par l'arrêt de toute activité* »¹⁴⁹⁵. Le principe de cessation de l'activité de l'entreprise dans la procédure de liquidation judiciaire sans plan de cessation est mis en évidence par l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce. « *Le terme liquidation évoque aussi l'élimination du débiteur à l'activité duquel il est mis fin* »¹⁴⁹⁶ ou « *connaît également une acception plus inquiétante, évoquant l'extinction, la fin d'activité, la disparition, ou encore l'élimination du débiteur* »¹⁴⁹⁷. « *Si la cessation des paiements est avérée et qu'il n'y a plus d'espoir d'un redressement, le maintien de l'activité ne paraît plus utile, voire il peut être nuisible pour le débiteur lui-même, mais surtout pour ses créanciers et ses partenaires* »¹⁴⁹⁸. « *Il est même souvent urgent de mettre fin à la survie, coûteuse et largement artificielle, de l'exploitation poursuivie au cours de la période d'observation* »¹⁴⁹⁹. Compte tenu de la finalité purement financière, la destinée de la procédure de liquidation judiciaire réside en l'arrêt de l'activité de l'entreprise qui est « *la solution de principe de la liquidation judiciaire* »¹⁵⁰⁰. « *Cette solution s'impose dans la mesure où l'entreprise doit disparaître et que l'objectif désormais est de réaliser les actifs pour désintéresser les créanciers* »¹⁵⁰¹. « *Seule la procédure de liquidation judiciaire peut mener à la disparition complète de l'entreprise. Cette éviction est en effet totale dans la mesure où l'entreprise se trouve d'abord affectée dans sa personnalité – la personne morale est dissoute et la personne physique n'exerce plus cette activité économique – mais aussi en tant qu'entité économique – il n'y a plus d'activité économique du fait de la cession des actifs de l'entreprise en liquidation judiciaire* »¹⁵⁰². Dans ce cas, « *la liquidation reste la procédure symbolisant la fin de l'entreprise, pour ne pas dire une véritable catastrophe économique, sociale et humaine* »¹⁵⁰³. Elle

¹⁴⁹³ D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, op. cit., n° 322, p. 191 ; n° 707, p. 189.

¹⁴⁹⁴ *Infra*, partie 2.

¹⁴⁹⁵ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 299, p. 163.

¹⁴⁹⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1147, p. 505.

¹⁴⁹⁷ E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », op. cit., n° 1.

¹⁴⁹⁸ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 855, p. 517.

¹⁴⁹⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, loc. cit., n° 1170, p. 519.

¹⁵⁰⁰ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 554.11, p. 1482.

¹⁵⁰¹ E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », op. cit., n° 99.

¹⁵⁰² D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 632, p. 293.

¹⁵⁰³ E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », op. cit., n° 2.

implique un « *désastre patrimonial et humain* »¹⁵⁰⁴ qui peut se résumer par la règle des trois « d » : dépôt de bilan, dépression, divorce¹⁵⁰⁵. Or, ce triptyque fait en quelque sorte remonter les « potentialités de passif », et notamment les maladies, les difficultés familiales qui ont été révélées par le bilan économique, social et environnemental à l'aune de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce¹⁵⁰⁶. « *Il n'est plus question d'attribution pour le débiteur en lui donnant une nouvelle chance : il faut tenter d'apurer le passif avec le produit de la réalisation de ses actifs* »¹⁵⁰⁷. Si le principe de cessation de l'activité de l'entreprise « *a nécessairement une influence sur les contrats* »¹⁵⁰⁸, cela signifie donc que ce postulat influe également les « potentialités d'actif » qui se composent notamment des contrats dans le bilan d'entreprise¹⁵⁰⁹. Ainsi, la fin de l'activité de l'entreprise au sens de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce anéantit ces « potentialités », d'où la valorisation artificielle en absence de plan de cession.

197. Relativité du principe. « *Si la liquidation judiciaire aboutit par essence à la réalisation de l'actif du débiteur et met fin, en toute hypothèse, à son activité, elle n'est plus désormais synonyme de cessation de l'activité économique* »¹⁵¹⁰. Le principe de cessation de l'activité de l'entreprise supporte effectivement une exception à l'article L. 641-10 du Code de commerce¹⁵¹¹ : « *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 pour une durée maximale fixée par décret en Conseil d'Etat* ». Partant, l'exception au principe de cessation de l'activité de l'entreprise est le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise. « *Cette faculté qui existait auparavant avait pour objet de permettre la continuation de contrats non encore terminés. Une rupture brutale des relations d'affaires préjudicierait, en effet, à l'entreprise et rendrait plus difficiles les opérations de réalisation de l'actif* »¹⁵¹². Or, ce tempérament au principe de cessation de l'activité permet d'optimiser les contrats qui ont été révélés comme des « potentialités d'actif » dans le bilan en droit des entreprises en difficulté¹⁵¹³. Notons aussi que le volet économique du bilan a identifié la rupture brutale de relations commerciales et la perte de références en

¹⁵⁰⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Regards positifs sur la liquidation judiciaire, conférence à Nice le 13 février 2018.

¹⁵⁰⁵ E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », *op. cit.*, n° 2.

¹⁵⁰⁶ *Supra*, n° 113, 120.

¹⁵⁰⁷ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 816, p. 491.

¹⁵⁰⁸ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 276, p. 252.

¹⁵⁰⁹ *Supra*, n° 120.

¹⁵¹⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1148, p. 506.

¹⁵¹¹ Et sur renvoi, V° l'article R. 641-18 du Code de commerce.

¹⁵¹² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1253, p. 824.

¹⁵¹³ *Supra*, n° 120.

« potentialités du passif » issues de la perte de fournisseurs¹⁵¹⁴. Si le contrat représente une « potentialité d'actif », sa rupture équivaut donc à une « potentialité du passif »¹⁵¹⁵. Malgré l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, un maintien provisoire de l'activité de l'entreprise est primordial pour réaliser les stocks ou conserver la valeur de certains actifs¹⁵¹⁶ considérés ici soit comme des « potentialités de l'actif », soit comme des « potentialités d'actif ». De même, la continuation de l'activité est le prélude à la préparation du plan de cession¹⁵¹⁷ qui constitue dans la présente étude une technique prépondérante de valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée. « *La poursuite d'activité peut favoriser la reprise de l'entreprise par un tiers en ce qu'elle permet notamment la conservation de la clientèle et de l'outil de production. Elle peut profiter également aux salariés puisque les contrats de travail sont maintenus et seront transmis en même temps que l'entreprise* »¹⁵¹⁸. « *Un tel maintien peut comporter un intérêt liquidatif, par exemple le maintien des flux contractuels qui permettent la valorisation d'une unité de production destinée à être cédée comme telle* »¹⁵¹⁹. Révélés comme des « potentialités d'actif » dans le bilan économique, social et environnemental, les contrats ou les « flux contractuels » conservent alors leur potentiel, donc la valeur qui peut y être attachée par la règle du maintien exceptionnel de l'activité de l'entreprise prévue par l'article L. 641-10 du Code de commerce. Il en va aussi du fonds de commerce, dont la valeur se confond avec la subsistance de la clientèle¹⁵²⁰. Or, un tel maintien est source d'utilité économique¹⁵²¹, s'agissant des techniques de valorisation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté : maintenir la valeur des « potentialités de l'actif » et des « potentialités d'actif ». C'est pourquoi, la conservation des « potentialités » de l'entreprise liquidée peut être exceptionnellement décidée en amont du plan de cession à partir de la technique exceptionnelle de l'article L. 641-10 du Code de commerce. Exceptionnel, le correctif au principe de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce est effectivement réglementé de manière stricte. D'après l'article L. 641-10, alinéa 1^{er} du Code de commerce, le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise ne joue que dans deux hypothèses : soit en cas de cession totale ou partielle de l'entreprise, soit en vertu d'un intérêt public ou d'un intérêt des créanciers. En ce sens, l'intérêt public peut commander l'achèvement d'une fabrication pour exécuter une commande ou un

¹⁵¹⁴ *Supra*, n° 114, 120.

¹⁵¹⁵ *Supra*, n° 120.

¹⁵¹⁶ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 299, p. 163.

¹⁵¹⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *loc. cit.*, n° 1253, p. 824.

¹⁵¹⁸ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 856, p. 517.

¹⁵¹⁹ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1298, p. 341.

¹⁵²⁰ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 299, p. 163 ; M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 427, p. 325.

¹⁵²¹ E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », *op. cit.*, n° 104.

marché¹⁵²². Or, le marché désigne une « potentialité d'actif » dans le bilan en droit des entreprises en difficulté¹⁵²³. Lorsque le tribunal admet le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise, la doctrine estime que la procédure de liquidation judiciaire ouvre une « *mini-période d'observation* »¹⁵²⁴ ou une « *simili-période d'observation* »¹⁵²⁵ ou un « *succédané de période d'observation* »¹⁵²⁶. Partant, l'entorse à l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce entraîne-t-elle un retour des techniques de valorisation de l'actif immatériel en période d'observation, c'est-à-dire en un mot la « contractualisation »¹⁵²⁷ ? Assurément, la continuation des contrats en cours¹⁵²⁸ d'une part et le privilège de procédure¹⁵²⁹ d'autre part refont surface pendant la procédure de liquidation judiciaire comme le suggèrent les articles L. 641-11-1 du Code de commerce et L. 641-13 du Code de commerce. « *La solution est justifiée, car l'option relative aux contrats en cours, comme le privilège de la procédure, est une règle qui n'est pas seulement destinée à permettre la poursuite d'activité mais aussi à faciliter le bon déroulement de la procédure, par exemple en sauvegardant la valeur des actifs* »¹⁵³⁰. Ainsi, la procédure de liquidation judiciaire avec maintien provisoire de l'activité « *est en fait un peu la même chose qu'un redressement judiciaire mais qui n'a pas le même nom* »¹⁵³¹ ou elle « *ne serait plus le couperet tant redouté mais pourrait assurer le maintien de l'entreprise, d'activités susceptibles d'exploitation autonome, ainsi que le maintien de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et l'apurement du passif* »¹⁵³².

198. Transition. Le principe de cessation de l'activité est la destinée du placement de l'entreprise en procédure de liquidation judiciaire. Ce principe de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce entrave toute valorisation des « potentialités » nécessitant la continuation de l'activité de l'entreprise. Mais, le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise peut être retenu par le tribunal selon l'article L. 641-10 du Code de commerce, ce qui permet d'appréhender exceptionnellement les « potentialités » de l'entreprise liquidée en absence de plan de cession. En effet, l'existence

¹⁵²² *Ibid*, n° 103.

¹⁵²³ *Supra*, n° 120.

¹⁵²⁴ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1185, p. 529.

¹⁵²⁵ E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », *op. cit.*, n° 108.

¹⁵²⁶ L-C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *op. cit.*, spéc. p. 40, n° 4.

¹⁵²⁷ *Supra*, n° 125.

¹⁵²⁸ E. LE CORRE-BROLY, « Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », *in* dossier « La réforme du droit des entreprises en difficulté », *D.* 12 mars 2009, n° 10, p. 663.

¹⁵²⁹ *Supra*, n° 141 à 165.

¹⁵³⁰ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 301, p. 164.

¹⁵³¹ G. COUTURIER, « Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté – Table ronde », *RPC*, mai 2014, n° 3, entretien 2, p. 57.

¹⁵³² E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », *op. cit.*, n° 2.

d'une « potentialité » rend impératif le maintien d'une activité économique. Or, il s'agit d'un élément qui dessine au fur et à mesure la qualification de l'actif immatériel¹⁵³³.

Le principe de cessation de l'activité de l'entreprise est assuré par un procédé financier.

2. La cession séparée des actifs du débiteur

199. Dans le chapitre II du titre IV du livre VI du Code de commerce, le législateur extrait deux modes distincts de réalisation de l'actif¹⁵³⁴ : la « cession des actifs du débiteur »¹⁵³⁵ « *ne visant qu'à maximiser le prix de vente et partant les sommes à répartir* »¹⁵³⁶ est le « *pendant subsidiaire* »¹⁵³⁷ de la « cession de l'entreprise » « *permettant d'assurer la pérennité de l'entreprise* »¹⁵³⁸. « *Cette vente [la cession séparée des actifs du débiteur] qui s'accompagne de l'arrêt de l'activité, correspond à la fonction traditionnelle de la liquidation judiciaire* »¹⁵³⁹. D'ailleurs, on constate que la loi s'intéresse d'abord à la cession de l'entreprise pour insister sur son importance. « *Le législateur affiche son intention : ne prononcer la liquidation judiciaire qu'en dernier lieu, et en quelque, sorte, à titre subsidiaire* »¹⁵⁴⁰. Or, cette hiérarchie se retrouve dans cette thèse où le plan de cession constitue la principale technique de valorisation de l'actif immatériel. Pour autant, cet objet d'étude entre-t-il dans le champ d'application de la « cession des actifs du débiteur » ? Plus précisément, la cession séparée des actifs du débiteur – moteur du principe de cessation de l'activité de l'entreprise – appréhende-t-elle les « potentialités » ? En définitive, la réalisation des actifs mobiliers du débiteur prend ponctuellement en considération cet actif immatériel.

200. La définition de la réalisation. « *Lorsque la sauvegarde de l'entreprise par l'adoption d'un plan de cession ne peut être envisagée, le tribunal doit alors ordonner la réalisation des actifs du débiteur* »¹⁵⁴¹. Cet objectif liquidatif « *s'inscrit directement dans la notion même de liquidation. Liquider, c'est transformer des biens en liquidité. Il s'agit donc de vendre les biens du débiteur pour en retirer un prix qui sera ensuite distribué aux créanciers* »¹⁵⁴². Or, le caractère financier imprimé à la notion de réalisation dénote avec le caractère économique imprimé à l'actif immatériel, dont le

¹⁵³³ *Infra*, partie 2.

¹⁵³⁴ P-M. LE CORRE, « Les difficultés pratiques de la réalisation des actifs », in « La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans ! Entre bilan et réforme », *RLDA*, suppl. mars 2005, n° 80, p. 61 ; F. VAUVILLE, « La cession d'actifs après la réforme du 26 juillet 2005 », *Droit et patrimoine*, mars 2006, n° 146, p. 80.

¹⁵³⁵ Avant la loi du 26 juillet 2005, on parlait de cession d'unité de production.

¹⁵³⁶ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, p. 330.

¹⁵³⁷ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 125.11, p. 539.

¹⁵³⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, p. 330.

¹⁵³⁹ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 953, p. 561.

¹⁵⁴⁰ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1240, p. 328.

¹⁵⁴¹ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 456, p. 334.

¹⁵⁴² P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 550.09, p. 1417.

fondement de valorisation est le bilan économique, social et environnemental¹⁵⁴³. En effet, la définition de la réalisation intègre une donnée financière prégnante comme l'indiquent les citations suivantes. « *Traditionnellement, la réalisation des actifs du débiteur en liquidation judiciaire consiste à convertir en argent liquide tous les biens lui appartenant, sans distinguer selon qu'ils sont ou non affectés à l'entreprise, sauf dans le cas de l'EIRL pour lequel sont concernés les seuls biens inclus dans le patrimoine visé par la procédure* »¹⁵⁴⁴. « *Réaliser les actifs, c'est vendre les biens pour disposer de la liquidité nécessaire pour répartir celle-ci entre les créanciers. Réaliser les actifs, c'est également recouvrer le paiement des créances contre les tiers* »¹⁵⁴⁵.

201. La réalisation mobilière. L'objet de la cession séparée des actifs du débiteur est soit mobilier, soit immobilier¹⁵⁴⁶. Dans la deuxième partie de la présente étude, nous verrons que c'est une qualification mobilière au sens du droit civil qui s'applique réellement à l'actif immatériel¹⁵⁴⁷. De la sorte, il convient d'approfondir la cession dispersée des actifs mobiliers du débiteur pendant la procédure de liquidation judiciaire. La réalisation mobilière est régie par l'article L. 642-19 du Code de commerce au terme duquel le juge-commissaire autorise la vente de gré à gré ou ordonne la vente aux enchères publiques « *des autres biens du débiteur* », c'est-à-dire de tous les biens autres qu'immeubles. Dès lors, les « potentialités » de l'entreprise liquidée peuvent-elles être valorisées par la cession séparée des actifs à la lumière de l'article L. 642-19 du Code de commerce ? Cette interrogation revient à délimiter le périmètre de la cession. Partant, cette modalité de réalisation porte-t-elle uniquement sur les actifs doués de *corpus* ? « *Le liquidateur pourra aussi réaliser des éléments incorporels appartenant à un débiteur comme le fonds de commerce, les éléments s'y rattachant comme les fichiers clients, les marques, les brevets, les frais de recherches et de développement, les actifs financiers comme par exemple des titres de participation et les actifs incorporels* »¹⁵⁴⁸. Si la cession en ordre dispersé de l'article L. 642-19 du Code de commerce couvre aussi bien les éléments corporels que les éléments incorporels, la valorisation de certaines « potentialités » de l'entreprise liquidée en absence de plan de cession peut être affirmée. Cela étant, la mise en valeur de ces « potentialités » par l'intermédiaire de la cession isolée des actifs est

¹⁵⁴³ *Supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2.

¹⁵⁴⁴ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 874, p. 527.

¹⁵⁴⁵ J. VALLANSAN, « La réalisation des actifs hors procédure », in « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars 2015, n° 2, article 35, § 1.

¹⁵⁴⁶ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 638, p. 294 : « *La cession des actifs de l'entreprise relève ensuite de règles différentes selon la nature mobilière ou immobilière des biens cédés* ».

¹⁵⁴⁷ *Infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2.

¹⁵⁴⁸ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 563.11, p. 1560.

partielle, puisqu'elle est effective à l'épreuve de la cession du fonds de commerce¹⁵⁴⁹. « *La règle concerne, en particulier, les fonds de commerce si les circonstances ne justifient pas le recours au plan de cession* »¹⁵⁵⁰. Or, la réalisation du fonds de commerce en période de liquidation judiciaire a suscité de vives contestations entre les auteurs des procédures collectives. La question en suspens était de savoir si ce bien meuble incorporel faisait l'objet soit d'une cession isolée, soit d'une cession d'entreprise. En principe, la réalisation d'un actif mobilier opère dans le cadre de l'article L. 642-19 du Code de commerce, d'où la valorisation controversée des « potentialités » de l'entreprise liquidée en dehors d'un plan de cession. Mais surtout, la cession séparée des « potentialités » paraît compromise, car elles existent sous réserve d'une activité économique¹⁵⁵¹. Finalement, la seule possibilité de cession de ces « potentialités » est globale, c'est-à-dire dans la perspective d'une cession d'activité attribuée à un tiers. Même si la cession séparée des actifs du débiteur est difficilement applicable aux « potentialités » de l'entreprise liquidée, elle a le mérite de confirmer l'affectation de l'actif immatériel à la norme économique des procédures collectives.

202. Transition. En vertu de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce, la cession séparée des actifs du débiteur est le vecteur du principe de cessation de l'activité de l'entreprise. Face à la définition purement financière de la réalisation, les « potentialités » ne sont pas prises en compte dans la procédure classique de liquidation judiciaire, sous réserve de l'application de l'article L. 642-19 du Code de commerce au fonds de commerce. Faute de fonctionnement de l'appareil productif, les « potentialités » de l'entreprise liquidée sont valorisées artificiellement. Car elles ont besoin d'un rattachement à l'activité économique et d'une révélation dans le temps pour prospérer. En conclusion, les « potentialités » de l'entreprise liquidée ne sont pas cessibles en ordre dispersé, mais globalement dans la perspective d'une cession d'activité confiée à un tiers.

¹⁵⁴⁹ J. THERON, « Liquidation judiciaire et vente de fonds de commerce », in dossier « Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde », Actes du colloque de Toulouse des 17 et 18 janvier 2008, *RPC*, avril 2008, n° 2, art. 13 ; *Le rôle du juge dans la transmission des biens*, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, LGDJ, 2008 ; A. LIENHARD, « La cession en tant qu'actif isolé du fonds de commerce », in *Liber amicorum : Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2012, p. 477 s. ; M-H. MONSERIE-BON et B. AMIZET, « Cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire », in dossier « Les cessions isolées d'actifs », in « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars 2015, n° 2, art. 22 ; G. JAZOTTES, « La question de la cession du fonds libéral », *ibid*, art. 24 ; M-P. DUMONT-LEFRAND, « La cession isolée du contrat de bail commercial », *ibid*, art. 15.

¹⁵⁵⁰ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 306, p. 167.

¹⁵⁵¹ *Infra*, n° 309, 310 (l'exclusion de la cession séparée des « potentialités »).

§2. La valorisation naturelle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en présence du plan de cession

203. La nouvelle perspective de la liquidation. « *La liquidation judiciaire n'interdit pas de se préoccuper de la pérennité de l'entreprise, dans la mesure où cela a encore un sens* »¹⁵⁵². En effet, elle ne fait plus office de « *couperet* »¹⁵⁵³, étant donné que « *le souci de sauvegarder l'emploi et l'outil de production n'est pas absent de cette procédure, au cours de laquelle peut être ordonné un plan de cession au profit d'un repreneur* »¹⁵⁵⁴. C'est la nouvelle perspective de cette procédure collective qui constitue aux yeux du législateur de 2005 le « *terrain d'élection* »¹⁵⁵⁵ du plan de cession. « *La cession répond à l'idée qu'une entreprise viable ne doit pas périr* »¹⁵⁵⁶. « *Gage de préservation de l'outil de production* »¹⁵⁵⁷, le plan de cession est pour notre part le « *véhicule* » le plus important de préservation des « *potentialités* ». Par sa double approche à la fois fonctionnelle (A) et matérielle (B), il représente une technique de valorisation naturelle des « *potentialités* » de l'entreprise liquidée.

A. L'approche fonctionnelle du plan de cession

204. La définition fonctionnelle du plan. Dans le chapitre II du titre IV du livre VI du Code de commerce, le législateur précise les ambitions de la cession de l'entreprise¹⁵⁵⁸ en procédure de liquidation judiciaire. « *Parce qu'elle présente l'avantage de contribuer au maintien d'une activité et des emplois qui y sont attachés, il est compréhensible que le législateur l'ait placé au premier rang des dispositions régissant la réalisation de l'actif* »¹⁵⁵⁹. Cette cession n'est envisageable qu'en présence d'une « *entreprise vivante* »¹⁵⁶⁰, dont l'activité est continuée¹⁵⁶¹. En cette occurrence, l'article L. 642-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que : « *La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* »¹⁵⁶². Cette définition téléologique¹⁵⁶³ de la cession

¹⁵⁵² F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., p. 334.

¹⁵⁵³ E. MAURIOL BASSILANA, « Liquidation judiciaire », op. cit., n° 2.

¹⁵⁵⁴ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 296, p. 161.

¹⁵⁵⁵ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° n° 283, p. 261.

¹⁵⁵⁶ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, op. cit., n° 125.11, p. 539.

¹⁵⁵⁷ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 570.09, p. 1634.

¹⁵⁵⁸ J. VALLANSAN, *La cession d'entreprise*, Thèse, Caen, 1986.

¹⁵⁵⁹ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 877, p. 529.

¹⁵⁶⁰ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 354, p. 337.

¹⁵⁶¹ D'ailleurs, ce critère de la poursuite d'une activité économique permet de départager les deux modalités de cession du fonds de commerce : CA. Poitiers., 17 mai 2011, n° 10/02898, *LEDEN*, juillet 2011, n° 123, p. 1, obs. F-X. LUCAS.

¹⁵⁶² D. DEMEYERE, « Les enjeux de la cession d'entreprise en difficulté », *LPA*, 30 mai 2012, n° 108, p. 39.

de l'entreprise doit être lue en même temps que l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce sur la destinée de la procédure de liquidation judiciaire¹⁵⁶⁴. A la lecture de cette double disposition, le plan de cession remplit dès lors trois fonctions : une fonction économique : « le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome », une fonction sociale : le maintien « de tout ou partie des emplois qui y sont attachés », une fonction financière : l'apurement du passif. En résumé, la cession de l'entreprise a pour objet « *le redressement de l'entité économique, en même temps que l'apurement du passif du débiteur, finalités qu'elle partage avec la sauvegarde ou le redressement judiciaire* »¹⁵⁶⁵. Partant, le législateur a-t-il voulu instituer une hiérarchie dans la déclinaison des finalités du plan de cession ? « *On peut y voir une hiérarchie* »¹⁵⁶⁶ : « *il apparaît que le plan de cession a pour finalité première le maintien de l'exploitation et par là même, de l'emploi* »¹⁵⁶⁷ ou « *le maintien de l'activité et le sauvetage de l'emploi ayant été jugés devoir l'emporter sur l'objectif de rentabilité des réalisations d'actifs* »¹⁵⁶⁸ ou « *les trois objectifs énoncés à l'article premier sont en réalité classés dans l'ordre des priorités* »¹⁵⁶⁹. Par conséquent, le paiement des créanciers serait secondaire, à savoir la « *dernière des priorités* »¹⁵⁷⁰ *a contrario* des fonctions économique et sociale du plan de cession¹⁵⁷¹. « *Contrairement à une idée largement répandue, la liquidation judiciaire n'est pas seulement destinée à organiser le paiement des créanciers, elle sert aussi à assurer le rebond du débiteur, et tout particulièrement lorsque celui-ci est une personne physique* »¹⁵⁷². « *Des études empiriques ont montré que les tribunaux ont tendance à retenir les propositions de reprise qui offrent plus de perspectives de maintien de l'emploi plutôt que celles pour lesquelles le prix de rachat de l'entreprise est élevé et donc permet un désintéressement supérieur des créanciers* »¹⁵⁷³.

Or, cette graduation dans la définition fonctionnelle du plan de cession prescrite par l'article L. 642-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce est séduisante pour les « potentialités » de l'entreprise liquidée qui peuvent être saisies tant au niveau de la perspective économique du « maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome » qu'au niveau de la perspective sociale du maintien « de tout ou partie des emplois ». Identifiées par le bilan en droit des entreprises en difficulté, les « potentialités » sont effectivement valorisées par le plan de cession dans cette

¹⁵⁶³ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1165, p. 307.

¹⁵⁶⁴ *Supra*, n° 194.

¹⁵⁶⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1231, p. 553.

¹⁵⁶⁶ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 598, p. 278.

¹⁵⁶⁷ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 282, p. 260.

¹⁵⁶⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., p. 330.

¹⁵⁶⁹ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 571.51, p. 1661.

¹⁵⁷⁰ *Ibid*, n° 571.51, p. 1662.

¹⁵⁷¹ CA. Orléans., 1^{ère} ch. civ., 19 février 1988, *RPC* 1998, 397, n° 21, obs. B. SOINNE.

¹⁵⁷² M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 429, p. 325.

¹⁵⁷³ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 598, p. 278.

dimension fonctionnelle. D'une part, les « potentialités » révélées par le bilan économique sont optimisées de façon effective par le plan de cession dans la dimension économique du « maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome »¹⁵⁷⁴. D'autre part, la dimension sociale du plan de cession afférente au maintien « de tout ou partie des emplois » permet de mettre en œuvre les « potentialités » qui appartiennent au bilan social, c'est-à-dire au bilan humain¹⁵⁷⁵. Conformément à l'article L. 642-5, alinéa 1^{er} du Code de commerce, le tribunal sélectionne effectivement l'offre émise par le repreneur « *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* » selon une « *appréciation globale de l'opportunité économique de l'opération* »¹⁵⁷⁶. Pour preuve, le caractère sérieux de l'offre est examiné minutieusement par le tribunal qui procède à une analyse économique très détaillée en se référant à la situation du marché, à l'importance des investissements, au maintien de l'activité sur place, à la structure et à la compétence du personnel¹⁵⁷⁷, etc¹⁵⁷⁸. Cela veut donc dire que le tribunal recherche toutes les « potentialités » de l'entreprise en procédure collective à l'aide du bilan économique, social et environnemental. A titre d'exemple, la potentialité de création d'emplois par le repreneur est appréciée par le tribunal dans le choix des offres de reprise¹⁵⁷⁹. Or, ce raisonnement judiciaire coïncide avec le raisonnement issu de la pratique, car il faut procéder à un traitement *in globo* de l'entreprise sans se focaliser particulièrement sur un seul type d'actif en déterminant toutes ses forces vives¹⁵⁸⁰. Ainsi, la logique de cession est clairement une logique de valorisation.

205. Le caractère hybride du plan. Définir la nature du plan de cession n'est pas simple quand la cession de l'entreprise intervient dans un cadre liquidatif. Il n'en demeure pas moins que cet aspect est essentiel, dans la mesure où la précision de la nature du plan de cession indique la nature des « potentialités » qui sera esquissée dans la deuxième partie de la présente étude¹⁵⁸¹. Partant, le plan de cession est-il une technique de liquidation ou une technique de redressement de l'entreprise¹⁵⁸² ?

En principe, le plan de cession a un caractère liquidatif, parce qu'il est placé dans le chapitre II du titre IV du livre VI du Code de commerce relatif à la réalisation de l'actif. C'est pour cela que le

¹⁵⁷⁴ *Supra*, n° 103.

¹⁵⁷⁵ *Supra*, n° 84, 115, 120.

¹⁵⁷⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1282, p. 842.

¹⁵⁷⁷ Sur l'importance de la structure du personnel dans le choix effectué, V° : B. SOINNE, « La problématique du plan de cession », *RPC*. 1989, p. 463, n° 4.

¹⁵⁷⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1283, p. 842-843.

¹⁵⁷⁹ CA. Poitiers., 2^{ème} ch. civ., 25 mars 2009, RG n° 09/00530, *RPC*. 2010/ 6, comm. 236, note. J-J. FRAIMOUT.

¹⁵⁸⁰ Cette affirmation est issue d'un rendez-vous pris avec un professionnel du droit des entreprises en difficulté.

¹⁵⁸¹ *Infra*, partie 2.

¹⁵⁸² C. VINCENT, « La cession de l'entreprise : redressement ou liquidation ? », *in* « La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? », Litec, coll. « Colloques et Débats », 2006, p. 51 s.

plan de cession reste fondamentalement un instrument pécuniaire qui est réalisateur de la finalité financière de la procédure de liquidation judiciaire¹⁵⁸³. D'après un rapport¹⁵⁸⁴, la nature du plan de cession est essentiellement liquidative. « *En réalité, d'un point de vue strictement juridique, la situation du débiteur dont l'entreprise fait l'objet d'un tel plan relève plutôt de la liquidation judiciaire* »¹⁵⁸⁵. Techniquement, le plan de cession a vocation à transformer un actif en argent, d'où la caractérisation d'une technique de liquidation dans l'esprit du législateur¹⁵⁸⁶. « *La cession présente un caractère liquidatif indéniable si elle est analysée au regard du patrimoine du débiteur car elle opère la réalisation de l'actif et le prix reçu est censé assurer le paiement partiel des créanciers* »¹⁵⁸⁷.

Technique de liquidation, le plan de cession constitue surtout une technique de redressement de l'entreprise, ce qui explique son caractère hybride¹⁵⁸⁸. En somme, cet outil jouit d'une double nature à la fois financière et économique. « *Mais le plan de cession est plus qu'une simple opération de réalisation des actifs, puisqu'il est question de sauver une entreprise et les emplois qui y sont attachés* »¹⁵⁸⁹. « *Bien qu'elle soit située dans la liquidation, la cession s'inscrit dans l'esprit général de la loi qui est d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et le désintéressement des créanciers* »¹⁵⁹⁰. En témoigne la formulation légale de l'article L. 642-5, alinéa 1^{er} du Code de commerce qui tient à la sélection de l'offre par le tribunal : « *Après avoir recueilli l'avis du ministère public et entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur, l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et les contrôleurs, le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. Il arrête un ou plusieurs plans de cession* ». Comme le relève le Professeur COQUELET, la cession de l'entreprise peut « *constituer, selon la nature de la procédure à l'occasion de laquelle il est arrêté : tantôt une mesure au service de la liquidation du patrimoine du débiteur ; tantôt une mesure au service de son redressement,*

¹⁵⁸³ *Supra*, n° 182.

¹⁵⁸⁴ Rapport Xavier de Roux, n° 2095, p. 376.

¹⁵⁸⁵ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 296, p. 161-162.

¹⁵⁸⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1262, p. 828.

¹⁵⁸⁷ S. GORRIAS, « Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 17 février 2006, n° 35, p. 96, spéc. n° 39.

¹⁵⁸⁸ G. COUTURIER, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défailtantes », *op. cit.*, spéc. § 35, La genèse du plan de cession : « *Il apparaît ainsi qu'en raison de sa genèse, le plan de cession a un caractère hybride, puisqu'il est né de l'utilisation d'une technique liquidative, la vente à forfait, aux fins de transmission et donc de restructuration d'une entreprise en difficulté* ».

¹⁵⁸⁹ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁹⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1263, p. 829.

tantôt enfin une mesure de nature à permettre la réorganisation de son activité »¹⁵⁹¹. A cet égard, il y a une ressemblance entre les finalités de la procédure de liquidation judiciaire avec plan de cession et les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. « Les apparences ne doivent pas tromper : les objectifs du plan de cession sont ceux de la procédure de sauvegarde et ceux du redressement, ils se distinguent nettement des objectifs de la liquidation »¹⁵⁹². « Il est, pourtant, inspiré par des considérations étrangères à la logique de cette procédure et rappelant, plutôt la sauvegarde et le redressement judiciaire »¹⁵⁹³. « Il ne s'agit donc pas seulement de payer les créanciers, mais aussi de sauvegarder l'entreprise en la confiant à un repreneur apte à la redresser »¹⁵⁹⁴. « Voie royale du redressement de l'entreprise »¹⁵⁹⁵, le plan de cession est un procédé assurant le « sauvetage »¹⁵⁹⁶ ou la « pérennité »¹⁵⁹⁷ de l'entreprise. En cette occurrence, un élément temporel spécifie le plan de cession par l'intégration de l'avenir de l'entreprise. « Dès le déclenchement de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, la préparation de l'avenir de l'entreprise peut se concrétiser par des offres de reprises »¹⁵⁹⁸. Dans le même ordre d'idées, « le plan s'inscrit dans le temps, et il est nécessairement associé à un objectif de survie »¹⁵⁹⁹. « Le rôle du tribunal sera essentiel ; il sera orienté vers l'avenir et non plus vers le passé »¹⁶⁰⁰. « Entre les mains du cessionnaire, l'entreprise cédée, débarrassée du passé, c'est-à-dire de son passif et de son exploitant, a, espère-t-on, un avenir, indépendant du sort du débiteur cédant »¹⁶⁰¹. Si le plan de cession appréhende le futur de l'entreprise, force est alors d'observer que les « potentialités » de l'entreprise liquidée sont valorisées par cette technique de redressement. Rappelons que le bilan économique, social et environnemental est le fondement de la définition prospective des « potentialités »¹⁶⁰², lesquelles vont être mises en place effectivement par le plan de cession. Ainsi, c'est ce double caractère économique et temporel qui permet d'affirmer la valorisation naturelle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en présence du plan de cession.

¹⁵⁹¹ M-L. COQUELET, « Le plan de cession : faut-il déjà réformer ? », *RPC*, avril 2008, n° 2, dossier 12, p. 128, spéc. n° 5.

¹⁵⁹² L.-C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *op. cit.*, p. 39, spéc. n° 1.

¹⁵⁹³ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 296, p. 161.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 281, p. 258.

¹⁵⁹⁶ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 467, p. 338.

¹⁵⁹⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1262, p. 829.

¹⁵⁹⁸ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 601, p. 279.

¹⁵⁹⁹ A. COURET, « Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ? », *op. cit.*, spéc. p. 49, n° 47.

¹⁶⁰⁰ F. DERRIDA, P. GODE, et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises : cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, *op. cit.*, n° 7, p. 17 et s.

¹⁶⁰¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1234, p. 554.

¹⁶⁰² *Supra*, n° 92.

206. Transition. La valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée est justifiée par l'approche fonctionnelle du plan de cession. Non destiné au seul apurement du passif, le plan de cession permet de maintenir la valeur des « potentialités » de l'entreprise liquidée en raison du « maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome » et du maintien « de tout ou partie des emplois » au sens de l'article L. 642-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Tantôt technique de liquidation, tantôt technique de redressement de l'entreprise, le plan de cession prévoit l'avenir de l'entreprise, donc *in fine* la mise en valeur des « potentialités » qui ont été définies prospectivement par le bilan d'entreprise.

En outre, il convient de renseigner les mécanismes du plan de cession qui contribuent à conserver la valeur des « potentialités » de l'entreprise liquidée.

B. L'approche matérielle du plan de cession

207. La cession de l'entreprise par la cession globale des actifs. Technique naturelle de valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée, le plan de cession donne lieu à cette fin à la cession de l'entreprise par la réalisation globale des actifs à la lumière de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce. « *La cession opère ainsi de façon chirurgicale, sur décision du tribunal et sans le consentement du débiteur cédant : alors que le plan de sauvegarde ou de redressement tend à guérir le patient, la cession d'entreprise recherche la survie de ses organes sains, greffés sur un meilleur porteur, le cessionnaire* »¹⁶⁰³. Or, cette métaphore médicale très parlante s'applique à l'objet de cette thèse : la survie des organes sains renvoie à la valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée qui vont être greffées sur le repreneur. « *Affaire complexe qui échappe en grande partie au droit commun de la vente* »¹⁶⁰⁴, le plan de cession constitue un acte de plus en plus¹⁶⁰⁵ réglementé, qu'il s'agisse de ses conditions¹⁶⁰⁶ ou de ses effets¹⁶⁰⁷. Pour valoriser

¹⁶⁰³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1234, p. 554.

¹⁶⁰⁴ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 878, p. 529.

¹⁶⁰⁵ L'encadrement de la cession de l'entreprise s'est accru avec la loi de sauvegarde des entreprises qui a souhaité lutter contre les abus et l'opacité des cessions. V° : A. COURET, « Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ? », in « La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans. Entre bilan et réforme », *op. cit.*, p. 42, spéc. p. 44.

¹⁶⁰⁶ Les conditions tiennent :

° à l'offre de reprise : C. BERGER, *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001 ;

° aux caractères de l'offre qui doit être sérieuse, ferme, irrévocable et intangible selon l'article L. 642-2, V du Code de commerce ;

° à l'auteur de l'offre en ce que le repreneur doit être un tiers vis-à-vis de l'entreprise, d'où l'existence des nombreuses incompatibilités de l'article L. 642-3 du Code de commerce ;

° au contenu de l'offre : outre une exigence littérale et une condition de publicité conformément à l'article L. 642-2, IV du Code de commerce, l'article L. 642-2, II du Code de commerce impose la stipulation de huit mentions dans l'offre.

¹⁶⁰⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1298 et s., p. 851 et s.

effectivement les « potentialités » de l'entreprise liquidée, dirigeons-nous vers l'effet translatif du plan de cession.

Lorsque le tribunal arrête un plan de cession, il fixe le périmètre de la cession. Ce qui revient à exposer le contenu du plan de cession dans une approche matérielle. « *Le plan de cession est destiné à assurer non seulement la transmission des actifs de l'entreprise mais également sa survie, laquelle impose le maintien des liens juridiques vitaux pour l'entité économique cédée* »¹⁶⁰⁸. « *Le plan de cession emporte tout à la fois transfert d'actifs et de contrats* »¹⁶⁰⁹. « *La cession des biens affectés à l'exploitation et celle des contrats nécessaires au maintien de l'activité ne sont que des moyens au service du maintien durable de l'activité et de l'emploi poursuivi par la cession d'entreprise* »¹⁶¹⁰. Ainsi, les « potentialités » de l'entreprise liquidée sont valorisées par deux techniques inhérentes au plan de cession : premièrement, la transmission des actifs et deuxièmement, la transmission des contrats de l'entreprise liquidée au repreneur.

208. La transmission des actifs. « *Le plan de cession ne réalise pas à lui seul la transmission de l'entreprise. Il convient donc de procéder à des actes de cession des actifs* »¹⁶¹¹. Opération globale tendant à redresser l'entreprise, le plan de cession « *a donc pour objet le support d'une activité à exploiter, et non un ensemble d'actifs à liquider* »¹⁶¹². Toujours est-il que le plan porte sur une universalité de fait¹⁶¹³. Or, cette qualification sera confrontée à l'actif immatériel dans la deuxième partie de la présente étude¹⁶¹⁴. Comme le relate l'article L. 642-1, alinéa 2 du Code de commerce, la cession de l'entreprise « *peut être totale ou partielle* ». Si elle est « *entendue comme la réunion des éléments d'actifs et des personnes nécessaires au maintien de l'exploitation* »¹⁶¹⁵ ou comme « *une sorte de vente de tout ou partie des actifs en activité* »¹⁶¹⁶, la cession totale ou partielle de l'entreprise permettrait de réunir toutes les « potentialités » en activité qui sont affectées au maintien de l'exploitation.

En cas de cession totale de l'entreprise, le plan transmet tous les actifs affectés à l'exploitation¹⁶¹⁷. Si l'effet translatif du plan de cession a trait aux actifs affectés à l'exploitation, il

¹⁶⁰⁸ J.-J. FRAIMOUT, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Cession des contrats », *Fasc 2740*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019, n° 2.

¹⁶⁰⁹ P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁶¹⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1276, p. 577.

¹⁶¹¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1299, p. 852.

¹⁶¹² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1236, p. 555.

¹⁶¹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1265, p. 831.

¹⁶¹⁴ *Infra*, n° 279.

¹⁶¹⁵ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 874, p. 527.

¹⁶¹⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1236, p. 555.

¹⁶¹⁷ Cass. com., 3 mars 1992, *D.* 1992. IR. 104.

peut s'appliquer aux « potentialités de l'actif » et aux « potentialités d'actif »¹⁶¹⁸ révélées par le bilan économique, social et environnemental qui sont également affectées à la norme économique des procédures collectives. Répétons que la valorisation de l'actif immatériel par les techniques du droit des entreprises en difficulté ne vaut que s'il est relié à l'activité économique¹⁶¹⁹. Aussi, il faut noter que la question de la nature juridique des « potentialités » sera ultérieurement approfondie dans cette thèse¹⁶²⁰ à partir du moment où la cession conjointe d'actifs et de « potentialités » est identifiée.

Lorsque la cession est partielle, le plan « *porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités* »¹⁶²¹. Dans cette hypothèse, la transmission cible une partie des actifs affectés à l'exploitation, donc *in fine* une partie des « potentialités de l'actif » et des « potentialités d'actif » affectées à l'exploitation.

Qu'elle soit totale ou partielle, la cession de l'entreprise « *a pour objet l'entreprise ou une partie de l'entreprise, c'est-à-dire un ensemble d'actifs en exploitation et normalement destinés à le demeurer* »¹⁶²². Elle emporte une vente des actifs de l'entreprise liquidée au repreneur selon des modalités spécifiques aux procédures collectives en raison du caractère judiciaire¹⁶²³ du plan. En particulier, il n'incombe au cédant ni garantie d'éviction, ni garantie des vices cachés¹⁶²⁴.

209. La transmission des contrats. « *L'entreprise étant un nœud de contrats, la cession n'aurait guère d'intérêt si elle n'était pas accompagnée de son tissu contractuel* »¹⁶²⁵. « *La poursuite de l'activité de l'entreprise cédée dans le cadre du plan de cession se révélerait le plus souvent impossible sans le maintien de certains contrats liant l'entreprise débitrice à ses partenaires contractuels* »¹⁶²⁶. Or, il a déjà été avancé que la « contractualisation »¹⁶²⁷ participe à la valorisation de l'actif immatériel soit par la continuation¹⁶²⁸, soit par la « privilégisation »¹⁶²⁹ et que les contrats

¹⁶¹⁸ *Supra* n° 12, 76, 92, 120.

¹⁶¹⁹ D. BRIAND, « Cessions et réseaux de distribution », *op. cit.*, art. 33, spéc. n° 2 : « *Mais la valorisation de ces actifs [immatériels] ne vaut que s'ils sont mis en œuvre* » ; N. MARTIAL-BRAZ, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *op. cit.*, art. 29, spéc. n° 4 : « *Dès lors, la valeur qu'il peut en être retiré impose une exploitation d'autant plus nécessaire qu'il s'agira, pour envisager sa cession, de la conserver* ».

¹⁶²⁰ *Infra*, partie 2.

¹⁶²¹ Article L. 642-1, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁶²² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1259, p. 567.

¹⁶²³ Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-18.505, Bull. civ. IV, n° 331 ; *LPA*, 10 novembre 1993, n° 135, p. 10, note. B. SOINNE ; *LPA*, 10 juillet 1994, n° 86, p. 27, note. G. COUTURIER ; *RPC*. 1993. 496, obs. B. SOINNE ; *JCP E* 1994. 348, n° 6, obs. Ph. PETEL ; Cass. com., 12 octobre 1999, n° 96-22.901, *RJDA* 12/1999, n° 1360 ; *RTD com.* 2000. 451, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹⁶²⁴ Cass. com. 22 octobre 1996, *JCP E* 1997. 651, § 4, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 1997, Somm. 3, obs. F. DERRIDA.

¹⁶²⁵ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 617, p. 286.

¹⁶²⁶ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 297, p. 272.

¹⁶²⁷ *Supra*, n° 125.

¹⁶²⁸ *Supra*, n° 126 à 140.

sont assimilés à des « potentialités d'actif » dans le bilan en droit des entreprises en difficulté¹⁶³⁰. Continué, privilégié, les « potentialités » sont maintenant cédées par le plan de cession à partir de la transmission des contrats. Dit autrement, le contrat – objet de la cession de l'entreprise – constitue une technique de valorisation de l'actif immatériel à l'épreuve du plan de cession. En ce sens, le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN prône exactement que « *les repreneurs bénéficient du potentiel de l'entreprise en difficulté, de sa clientèle et de ses contrats* »¹⁶³¹. Pareillement, « *le repreneur peut souhaiter que lui soient transmis les contrats stratégiques qui, bien souvent, constituent la véritable richesse de l'entreprise* »¹⁶³². Dans cette thèse, le tiers cessionnaire bénéficie de toutes les « potentialités » de l'entreprise en difficulté identifiées comme telles dans le bilan économique, social et environnemental. Assurant une « *patrimonialisation du lien contractuel* »¹⁶³³, la transmission des contrats que l'on appelle ici actifs immatériels potentiels ou « potentialités d'actif » a deux origines : une origine judiciaire et une origine légale.

En premier lieu, le plan de cession organise une transmission judiciaire des contrats¹⁶³⁴ qui répond à la fonction économique de l'article L. 642-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « *assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome* ». Or, la transmission judiciaire des contrats opérée par le plan de cession détermine à nouveau le caractère dérogatoire¹⁶³⁵ du droit des entreprises en difficulté. En effet, il s'agit d'une règle exorbitante du droit commun, et spécialement vis-à-vis de l'article 1216 du Code civil. Reconnue récemment à l'article 1216 du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁶³⁶, la cession des contrats¹⁶³⁷ exige non seulement l'accord entre le cédant et le cessionnaire, mais aussi et surtout son acceptation par le cocontractant cédé au

¹⁶²⁹ *Supra*, n° 141 à 165.

¹⁶³⁰ *Supra*, n° 120.

¹⁶³¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1261, p. 828.

¹⁶³² F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 355, p. 338.

¹⁶³³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1299, p. 852.

¹⁶³⁴ Sur ce mécanisme, V° notamment : D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *op. cit.*, p. 180, n° 1 ; J-F. MONTREDON, « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *op. cit.*, p. 268, n° 31 ; M. ZUIN, « La transmission judiciaire des contrats dans les procédures collectives : premières décisions de justice », *GP*. 1989, 1, doct. 110 ; D. FABIANI, *La cession judiciaire des contrats*, préf. F. DERRIDA, colloque CRAJEFE, Nice, 1990 ; E-M. BEY, « Cession des contrats de crédit-bail », *RJDA* 8-9/92, p. 651 ; J-M. CALENDINI, « La détermination des contrats cédés en application de l'article 86 », in Colloque Deauville juin 1992, *RJ com.* 1992, n° spéc., p. 110 ; Ph. DELBECQUE, « Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 », in Colloque Deauville juin 1992, *RJ com.* 1992, n° spéc., p. 134 et s.

¹⁶³⁵ Sur l'altération au droit commun des obligations, V° : M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 255 et s., p. 245 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN « La situation des créanciers », rapport introductif au colloque de Toulouse du 31 janvier 1991, *Ann. Fac. Toulouse*, t. 38, p. 209 ; M. JEANTIN, « Rapport de synthèse », in « Les contrats dans le redressement judiciaire des entreprises », Actes du colloque de Deauville, juin 1992, *RJ com.* n° spéc., novembre 1992.

¹⁶³⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁶³⁷ *Infra*, n° 305.

moment de la conclusion du contrat ou ultérieurement. En droit des entreprises en difficulté, le tribunal peut imposer dans le cadre du plan de cession le transfert des contrats nécessaires au maintien de l'activité économique¹⁶³⁸ indépendamment de la volonté du cocontractant cédé. Par « un louable réalisme économique »¹⁶³⁹, « le droit des procédures collectives accueille un mécanisme de transfert forcé de contrat qui déroge aux principes consensualistes au nom d'un impératif d'ordre public économique : la survie de l'entreprise »¹⁶⁴⁰. Cela signifie donc que c'est la norme économique des procédures collectives qui commande la transmission forcée des contrats dans le plan de cession au détriment de la volonté individuelle. Cette transmission est justifiée « par le rôle souvent essentiel des contrats dans l'activité de l'entreprise. Certains contrats sont, économiquement, des biens précieux, indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise cédée »¹⁶⁴¹. Le rapport contractuel est derechef objectivé au stade de la valorisation de l'actif immatériel : « la cession forcée de contrat de la procédure collective fait prévaloir la valeur patrimoniale du contrat, conçu comme élément de l'actif de l'entreprise cédée sur le rapport personnel de l'obligation »¹⁶⁴². Plus précisément, le mécanisme susvisé prend la forme d'une cession judiciaire forcée des contrats¹⁶⁴³ sur le fondement de l'article L. 642-7 du Code de commerce qui est « très attentatoire à la liberté contractuelle »¹⁶⁴⁴. « Il y a, par cette cession judiciaire des contrats, transport des droits et obligations sur la tête d'un tiers, qui devient partie au contrat »¹⁶⁴⁵. C'est la seule hypothèse de cession judiciaire « sans équivalent »¹⁶⁴⁶ en droit français¹⁶⁴⁷. Or, les « potentialités d'actif » associées aux contrats peuvent-elles être l'objet de ladite cession « autoritaire »¹⁶⁴⁸ dans le plan de cession ? Pour le savoir, définissons les contrats relevant *ratione materiae* de la règle de l'article L. 642-7 du Code de commerce.

A la lumière de l'article L. 642-7, alinéa 1^{er} du Code de commerce, la cession judiciaire forcée porte sur « les contrats de crédit-bail, de location ou de fournitures de biens ou services »¹⁶⁴⁹. Il en

¹⁶³⁸ Sur l'approche du critère légal du « contrat nécessaire au maintien de l'activité » : M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, op. cit., n° 362 et s., p. 339.

¹⁶³⁹ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1203, p. 315.

¹⁶⁴⁰ J-J. FRAIMOUT, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Cession des contrats », op. cit., n° 1.

¹⁶⁴¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1267, p. 571.

¹⁶⁴² D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », op. cit., p. 180 et s. ; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats : Journées Savatier*, PUF, 1986, p. 41.

¹⁶⁴³ B. THULLIER, « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde : moins de pouvoir pour le juge », *D.* 2006, Point de vue 130.

¹⁶⁴⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1307, p. 858.

¹⁶⁴⁵ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 582.51, p. 1741.

¹⁶⁴⁶ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 355, p. 338.

¹⁶⁴⁷ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 582.51, p. 1741.

¹⁶⁴⁸ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 297, p. 273.

¹⁶⁴⁹ J-M. CALENDINI, « La détermination des contrats cédés en application de l'article 86 », op. cit., p. 110.

ressort alors un large domaine d'application, et surtout s'agissant des contrats de fournitures de biens ou services. « *Il eût été préférable de se contenter de préciser que peuvent être cédés les contrats nécessaires au maintien de l'activité* »¹⁶⁵⁰. Cette vaste¹⁶⁵¹ notion de contrat de fournitures de biens ou services est au demeurant le canal de valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée par le plan de cession au sens de l'article L. 642-7 du Code de commerce. L'expression « fournitures de biens ou services » recouvre en réalité de nombreux contrats d'affaires. C'est « *une notion économique susceptible d'englober une multitude de qualifications juridiques* »¹⁶⁵². Pour illustration, les contrats de concession¹⁶⁵³ ou de licence d'exploitation de brevets¹⁶⁵⁴ ou le bail commercial¹⁶⁵⁵ ou un contrat par lequel une vedette du sport fournit son nom, sa marque, sa notoriété, des prestations personnelles pour promouvoir la production d'une entreprise¹⁶⁵⁶ sont des contrats de fournitures de biens ou services transmis dans le plan de cession en vertu de l'article L. 642-7, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Or, la dernière illustration montre que les « potentialités d'actif » peuvent désigner un contrat de fourniture de biens ou services, puisque la notoriété, voire les prestations personnelles ont été révélées dans les perspectives de redressement du bilan économique, social et environnemental¹⁶⁵⁷. Par conséquent, un contrat de fourniture de biens ou services renferme des actifs immatériels potentiels fondés sur le bilan d'entreprise, d'où la valorisation naturelle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en présence du plan de cession.

Cependant, la soumission des contrats teintés d'*intuitu personae* à l'article L. 642-7 du Code de commerce est discutée. La jurisprudence¹⁶⁵⁸ et la doctrine¹⁶⁵⁹ émettent des opinions contrastées à propos du contrat de franchise qui est pourtant une structure d'accueil de l'actif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté¹⁶⁶⁰. A la différence de la cession d'un contrat de franchise par le franchiseur¹⁶⁶¹ qui est autorisée, la cession d'un contrat de franchise par le franchiseur est refusée¹⁶⁶²

¹⁶⁵⁰ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 617, p. 286.

¹⁶⁵¹ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 912, p. 546 : « *Il faut noter simplement une tendance jurisprudentielle à interpréter assez largement cette notion de contrat de fourniture de biens ou services qui dépasse largement les classiques contrats d'abonnement au gaz et à l'électricité ou à l'eau* ».

¹⁶⁵² Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 326, p. 177.

¹⁶⁵³ CA. Douai., 8 mars 1990, *JCP E*, 1990, II, 15 829, n° 9, obs. Ph. PETEL.

¹⁶⁵⁴ CA. Colmar., 13 juin 1990, *D.* 1991, p. 57, note. D. FABIANI.

¹⁶⁵⁵ Cass. com., 17 décembre 1996, *D.* 1997, p. 387, note M.-H. MONSERIE-BON.

¹⁶⁵⁶ CA. Poitiers., 20 avril 1988, *JCP E*, 1989, II, 15591, n° 12, obs. M. CABRILLAC.

¹⁶⁵⁷ *Supra*, n° 117, 120.

¹⁶⁵⁸ Pour la cession judiciaire forcée des contrats de franchise, V° : CA. Versailles., 13 mai 1993, *RPC* 1995, p. 172, n° 45, obs. B. SOINNE ; Contre la cession judiciaire forcée des contrats de franchise, mais dans le cas où c'est le franchiseur qui est soumis à une procédure collective, V° : CA. Paris., 15 décembre 1992, *RJ com* 1993, p. 151, note. A. MARTIN-SERF ; *JCP E*, 1993, I, 275, obs. Ph. PETEL. Pour une synthèse des jurisprudences, V° D. BRIAND, « Cessions et réseaux de distribution », op. cit., art. 33, spéc. n° 17-20.

¹⁶⁵⁹ La doctrine majoritaire est favorable à la cession judiciaire forcée des contrats de franchise.

¹⁶⁶⁰ *Supra*, n° 135 à 137 (l'applicabilité du principe de continuation des contrats en cours au contrat de franchise).

¹⁶⁶¹ CA. Versailles., 23 juin 1988, *RPC* 1989, 190, n° 2, B. SOINNE ; *JCP* 1989, II, n° 15591, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.

¹⁶⁶² CA. Orléans., 14 septembre 2000, *D.* 2001, 1017, note. Y. MAROT.

eu égard à son savoir-faire et à ses compétences. Dès lors, l'existence de l'*intuitu personae* dans ces contrats n'est pas un « *obstacle radical* »¹⁶⁶³ à l'application de l'article L. 642-7 du Code de commerce. A notre avis, la soumission des contrats conclus *intuitu personae* au principe de continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce pendant la période d'observation devrait *ipso facto* emporter leur transmission forcée selon les prescriptions de l'article L. 642-7 du Code de commerce.

En second lieu, le plan de cession permet une transmission légale des contrats. Dans cette situation, certains contrats sont cédés sans intervention du juge par le seul effet de la loi. Ils ne sont pas judiciairement, mais légalement cédés. Appartiennent à ce régime légal les contrats d'édition au sens de l'article L. 132-15 du Code de la propriété intellectuelle et les contrats de travail au sens de l'article 1224-1 du Code du travail en raison du changement dans la personne de l'employeur¹⁶⁶⁴. « *Le maintien de l'emploi, donc des contrats de travail en cours d'exécution au moment où l'entreprise est engagée dans une procédure collective, demeure l'une des ambitions majeures du législateur contemporain* »¹⁶⁶⁵. « *Les premiers contrats cédés au cessionnaire sont les contrats de travail, du moins ceux des salariés qui ne sont licenciés ni en période d'observation ni au titre du plan* »¹⁶⁶⁶. En particulier, la cession des contrats de travail est légitimement imposée au repreneur au nom de la fonction sociale du plan de cession exprimée par l'article L. 642-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce : le maintien « *de tout ou partie des emplois* »¹⁶⁶⁷. « *Le but des plans de cession est, en effet, de permettre le maintien de l'emploi* »¹⁶⁶⁸. « *La finalité économique de la cession semble se situer à long terme par la sauvegarde des emplois et du savoir-faire* »¹⁶⁶⁹. Or, le maintien des salariés dans l'entreprise cédée du fait du transfert légal des contrats de travail contribue à valoriser le « capital humain » qui apparaît dans le bilan social en droit des entreprises en difficulté¹⁶⁷⁰. « *Dans la liste des engagements souscrits par le repreneur, certains peuvent être formulés en termes très généraux (par ex. engagement de développer l'activité et les investissements...)* »¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶³ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1205, p. 317.

¹⁶⁶⁴ N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Les obligations sociales du repreneur d'une entreprise soumise à une procédure collective », *RLDA*, juillet 2008, n° 29, p. 23.

¹⁶⁶⁵ J-F. CESARO, G. DUCHANGE, « Entreprise en difficulté : salariés », op. cit., n° 148.

¹⁶⁶⁶ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1203, p. 315.

¹⁶⁶⁷ C. GAILHBAUD et D. JACOTOT, « Les plans et le maintien de l'emploi », in « Les plans dans le livre VI du Code de commerce », colloque à Caen du 10 avril 2015, *RPC*, mai 2015, n° 3, dossier 46.

¹⁶⁶⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1326, p. 871.

¹⁶⁶⁹ S. GORRIAS, « Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi de sauvegarde des entreprises », op. cit., n° 44.

¹⁶⁷⁰ *Supra*, n° 84, 115, 120.

¹⁶⁷¹ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 932, p. 554.

Parmi les engagements pris par le repreneur, il y a l'amélioration des conditions de travail¹⁶⁷². Or, cet élément peut être la garantie d'une bonne ambiance sociale générale, en l'occurrence de la marque employeur identifiée en « potentialité d'actif » dans le volet social du bilan d'entreprise¹⁶⁷³. Au-delà, le bilan social a révélé de nombreuses « potentialités d'actif » qui doivent être valorisées par le plan de cession au moyen de leur continuation. Tel est le cas des compétences, du statut des salariés, du niveau de qualification, etc¹⁶⁷⁴.

Toutefois, le repreneur est en droit de ne pas reprendre les contrats de travail mettant en péril le redressement de l'entreprise cédée, d'où la mise à l'écart de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Dès lors, le plan de cession peut « prévoir des licenciements qui éviteront au repreneur de supporter la charge d'un effectif trop important »¹⁶⁷⁵. Or, cet aspect correspond pour nous au sureffectif qui a été identifié en « potentialité du passif » dans le bilan économique, social et environnemental¹⁶⁷⁶. Il est donc tout à fait compréhensible de restructurer l'entreprise, afin d'éviter la généralisation d'un passif immatériel. Ainsi, le cessionnaire peut être amené à réorganiser les tâches dans l'entreprise cédée, dans le but de valoriser le « capital humain » qui a été découvert par le droit des entreprises en difficulté dans le bilan social¹⁶⁷⁷.

210. Conclusion de section. Ce n'est pas parce qu'une entreprise est mise en procédure de liquidation judiciaire que toute valorisation de l'actif immatériel doit être bannie.

Certes, la valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée est artificielle en absence de plan de cession. En effet, la procédure de liquidation judiciaire a pour finalité classique le désintéressement des créanciers par l'apurement du passif du débiteur. Manifestation historique de la faillite, cette procédure collective est actuellement caractérisée par l'*intuitu pecuniae* qui éclipse tout redressement de l'entreprise, et particulièrement les « potentialités » affectées à la norme économique. D'après l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce, la destinée de la procédure de liquidation judiciaire est la cessation de l'activité de l'entreprise par la cession séparée des actifs du débiteur, sauf maintien provisoire de l'activité. Même si ce destin envisage peu la mise en valeur des « potentialités » de l'entreprise liquidée, il n'en demeure pas moins que leur nature juridique se dessine peu à peu. Au lieu d'être cédé isolément au sens de l'article L. 642-19 du Code de commerce, l'objet de cette thèse est cessible *in globo* dans la perspective d'une cession d'activité confiée à un tiers.

¹⁶⁷² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1276, p. 579.

¹⁶⁷³ *Supra*, n° 115, 120.

¹⁶⁷⁴ *Supra*, n° 115, 120.

¹⁶⁷⁵ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 325, p. 177.

¹⁶⁷⁶ *Supra*, n° 113, 120.

¹⁶⁷⁷ *Supra*, n° 84, 115, 120.

En effet, le plan de cession constitue la technique naturelle de valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée, qu'il s'agisse de l'approche fonctionnelle et matérielle. A la lumière de l'article L. 642-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce, la fonction financière cohabite avec une fonction économique et sociale, ce qui érige le plan de cession en notion hybride. Assurant tantôt le maintien de l'activité économique, tantôt le maintien des emplois, cette technique de redressement appréhende naturellement les « potentialités ». Organisant la cession de l'entreprise par une réalisation globale des actifs, le plan de cession saisit les « potentialités » par son approche matérielle. Il est pourvu d'un effet translatif qui permet de transférer deux éléments. D'une part, le plan de cession opère une transmission conjointe des actifs et des « potentialités » affectés à l'exploitation, soit totalement, soit partiellement. D'autre part, cet outil contient des contrats nécessaires au maintien de l'activité et des emplois, dont la transmission est imposée soit par le juge, soit par la loi. Dans le premier cas, la cession judiciaire forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité prévue par l'article L. 642-7 du Code de commerce implique des « potentialités » à travers la notion de contrat de fournitures de biens ou de services. Dans le second cas, l'article L. 1224-1 du Code du travail ordonne le transfert des contrats de travail pour le maintien des emplois, d'où la valorisation effective des « potentialités » du bilan social par le plan de cession.

211. Conclusion du chapitre. Passé la période d'observation, le tribunal arrête un plan si et seulement si l'entreprise est susceptible d'être sauvegardée. Conformément à l'organisation de la procédure collective, le plan constitue une technique de valorisation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Révélées dans un premier temps par le bilan économique, social et environnemental, les « potentialités » sont dans un second temps valorisées par le plan. Partant, la planification est étudiée dans les trois procédures collectives.

En premier lieu, les « potentialités » sont valorisées par un plan de continuation dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Dans cette optique, la valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée ou redressée repose sur une méthode analogue. D'abord, cette optimisation nécessite une approche fonctionnelle du plan. Si le plan de sauvegarde est une technique de réorganisation de l'entreprise, le plan de redressement consiste en une technique de poursuite de l'activité de l'entreprise avec ou sans le débiteur. Dans la première situation, on parle *stricto sensu* de plan de redressement avec le débiteur, tandis que dans la seconde hypothèse, il s'agit d'un plan de cession sans le débiteur. Or, la continuation de l'activité économique dans l'une ou l'autre de ces modalités du plan aboutit à la conservation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée ou redressée, puisqu'elles supposent un lien avec l'exploitation pour exister. Ensuite, l'approche matérielle du plan doit être évoquée pour savoir par quelles mesures les « potentialités » de l'entreprise sauvegardée ou redressée peuvent être effectivement valorisées. Or, le contenu de chaque plan conserve sa singularité. Dans le plan de sauvegarde, il y a des mesures de réorganisation juridique qui donnent lieu tantôt au maintien des dirigeants diligents, tantôt à l'inaliénabilité judiciaire de certains biens indispensables à la continuation de l'entreprise au sens de l'article L. 626-14 du Code de commerce. Si la première mesure permet de maintenir les « potentialités d'actif », la deuxième mesure contribue à préserver les « potentialités de l'actif ». Parmi les mesures de poursuite de l'activité de l'entreprise redressée figure une technique de valorisation des « potentialités du passif » par le plan de redressement sur le fondement de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce : l'éviction des dirigeants négligents.

En second lieu, les « potentialités » sont valorisées par un plan de cession dans la procédure de liquidation judiciaire. Il faut en la matière tracer une frontière entre les deux facettes de cette procédure collective, dont le sort réservé aux « potentialités » diffère radicalement. Traditionnellement, la procédure de liquidation judiciaire sans plan de cession rend artificielle la valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée. A l'image des articles L. 640-1, alinéa 2 et L. 642-19 du Code de commerce, la procédure de liquidation judiciaire entraîne la cessation de

l'activité de l'entreprise par la cession séparée des actifs du débiteur. Certes, ce principe de l'arrêt de l'activité condamne la mise en valeur des « potentialités » affectées à l'activité économique. Mais, ce cadre purement liquidatif dessine les contours de leur nature juridique. Depuis 2005, la procédure de liquidation judiciaire connaît une dimension économique qui permet de prendre en compte les « potentialités ». C'est le plan de cession qui constitue la technique de valorisation naturelle des « potentialités » de l'entreprise liquidée. Pour ce faire, une approche fonctionnelle et matérielle du plan de cession doit être examinée. Cet outil économique est caractérisé par une triple finalité : principalement économique et sociale et subsidiairement financière. Or, le maintien de l'activité ou des emplois explique la conservation de la valeur des « potentialités » affectées à l'exploitation économique et sociale. Quant à l'approche matérielle du plan de cession, la valorisation est effective par la transmission conjointe des actifs et des « potentialités » liés à l'exploitation et par la transmission des contrats des articles L. 642-7 du Code de commerce et L. 1224-1 du Code du travail.

*

* *

CONCLUSION DU TITRE 2

212. En appréhendant l'actif immatériel par la valorisation, le droit des entreprises en difficulté identifie une nouvelle valeur que l'on appelle « potentialité ». Révélées par le bilan économique, social et environnemental, les « potentialités » doivent être valorisées par des techniques propres au droit des entreprises en difficulté. Or, il existe des techniques de valorisation de l'actif immatériel qui interviennent à deux stades de la procédure collective : à l'ouverture et à la fin.

L'ouverture d'une procédure collective engendre une période d'observation qui revient à y extraire les techniques de valorisation de l'actif immatériel. Pendant la période d'observation, c'est la « contractualisation » qui mène à la valorisation de l'actif immatériel. En effet, le recours au contrat est plébiscité de deux manières pour optimiser les « potentialités » identifiées par le bilan économique, social et environnemental. Soit, le contrat est continué, soit de nouveaux contrats sont financés.

Dans un premier temps, les « potentialités » sont valorisées par la continuation des contrats en cours durant la période d'observation. Révélés comme des « potentialités d'actif » dans le bilan d'entreprise, les contrats sont valorisés par la règle de l'article L. 622-13 du Code de commerce. Cette technique contractuelle de valorisation repose sur une démarche syllogistique. Le principe de continuation des contrats en cours doit être exposé *de lege lata* en droit des entreprises en difficulté. Or, cette règle du droit positif soulève le caractère dérogatoire de cette matière. Dérogatoire, le principe de l'article L. 622-13 du Code de commerce est exorbitant du droit commun. C'est la préservation de l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives qui fonde l'altération au droit commun des contrats. Affectées à cette norme économique, les « potentialités » doivent être continuées au nom du redressement de l'entreprise *nonobstant* les atteintes portées au droit des contrats. Dérogatoire, le principe de continuation des contrats en cours l'est aussi par son champ d'application. Ce postulat a trait *ratione materiae* aux contrats en cours, c'est-à-dire aux contrats en cours d'existence et en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. Or, cette définition semble compatible avec l'objet de cette thèse. Partant, le principe de l'article L. 622-13 du Code de commerce est applicable *de lege ferenda* aux « potentialités ». Compte tenu de l'indifférence de l'*intuitu personae*, le principe de continuation des contrats en cours est applicable en particulier au contrat de franchise et au contrat d'apport, dont l'objet est immatériel. Renfermant des « potentialités », ces deux exemples de contrats prouvent que l'actif

immatériel est valorisé par la technique de la continuation des contrats en cours pendant la période d'observation.

Dans un second temps, les « potentialités » sont valorisées par le financement de nouveaux contrats en période d'observation. Il s'agit du privilège de procédure qui sert à financer les contrats de l'article L. 622-13 du Code de commerce, d'où la « privilégisation » des « potentialités ». Cette valorisation obéit également à une démarche syllogistique en deux temps. En premier lieu, le privilège de procédure doit être exposé *de lege lata* selon l'article L. 622-17 du Code de commerce. C'est la majeure de notre raisonnement sur la « privilégisation » des « potentialités ». Générale, la qualification légale du privilège de procédure date de la loi de sauvegarde des entreprises qui octroie deux prérogatives aux créanciers postérieurs : un paiement à l'échéance ou un paiement par privilège. En qualifiant la priorité de paiement de privilège de procédure, le législateur de 2005 soumet l'exercice de l'article L. 622-17 du Code de commerce à trois conditions : la régularité, la postériorité et l'utilité de la créance. Expliqué puis appliqué aux créances contractuelles et aux créances extra-contractuelles, chaque critère – organique – chronologique – téléologique est confronté aux « potentialités » contractuelles et extra-contractuelles. En second lieu, le privilège de procédure est appliqué *de lege ferenda* aux « potentialités ». C'est la mineure de notre réflexion sur la « privilégisation » des « potentialités ». Pour appliquer le privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce aux « potentialités », il faut illustrer la mineure à l'aide du bilan économique, social et environnemental. Or, ce sont les « potentialités » environnementales qui constituent une illustration pertinente. En effet, le bilan environnemental a identifié des créances environnementales en « potentialités de l'actif ». Il s'agit des mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises, des mesures d'urgence prévues ou à prendre, de la surveillance de l'impact qui font suite à une obligation de remise en état ou de dépollution. Régulières, postérieures et utiles au sens de l'article L. 622-17 du Code de commerce, ces créances environnementales bénéficient du privilège de procédure. En conclusion, la « privilégisation » des créances environnementales identifiées en « potentialités de l'actif » par le bilan environnemental permet d'affirmer que l'actif immatériel est valorisé par la technique du privilège de procédure pendant la période d'observation.

L'issue de la période d'observation implique l'adoption d'un plan, lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée. En cette occurrence, le plan constitue une technique fondamentale de valorisation de l'actif immatériel. En définitive, trois plans arrivent à ce résultat. Il s'agit des plans de sauvegarde, de redressement et de cession qui coïncident avec les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires. Or, la planification de l'actif immatériel est réalisée distinctement selon les procédures collectives.

D'un côté, les « potentialités » de l'entreprise sauvegardée ou redressée sont valorisées par un plan de continuation dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. En effet, ces deux procédures collectives permettent de continuer les « potentialités » imposant un rattachement à l'activité économique, soit par un plan de sauvegarde, soit par un plan de redressement. D'un point de vue fonctionnel, le plan de sauvegarde contribue à réorganiser l'entreprise et le plan de redressement assure la poursuite de l'activité de l'entreprise avec ou sans le débiteur, ce qui permet d'appréhender les « potentialités » affectées à la norme économique. D'un point de vue matériel, il y a une distinction à faire entre les plans de sauvegarde et de redressement. Si le premier contient le maintien des dirigeants et l'inaliénabilité judiciaire de certains biens énoncé à l'article L. 626-14 du Code de commerce au titre des mesures de réorganisation juridique, le second pose l'éviction des dirigeants comme mesure de poursuite de l'activité de l'entreprise au sens de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce. Or, la valorisation concerne les « potentialités » à valeur positive dans le plan de sauvegarde et les « potentialités » à valeur négative dans le plan de redressement.

D'un autre côté, les « potentialités » de l'entreprise liquidée sont valorisées par un plan de cession dans la procédure de liquidation judiciaire. En l'absence de cet outil économique, les « potentialités » de l'entreprise liquidée sont valorisées artificiellement dans la procédure de liquidation judiciaire. Parce que l'activité de l'entreprise prend fin par la cession séparée des actifs du débiteur pour payer les créanciers dans les conditions des articles L. 640-1, alinéa 2 et L. 642-19 du Code de commerce, les « potentialités » liées à l'exploitation sont éludées. Non cédées isolément, les « potentialités » sont par contre cessibles globalement dans la perspective d'une cession d'activité confiée à un tiers. A travers les opérations de réalisation de l'actif, la nature juridique des « potentialités » transparait. En présence du plan de cession, les « potentialités » de l'entreprise liquidée peuvent être pleinement valorisées. Celui-ci est d'ailleurs leur technique naturelle de valorisation en raison de sa double approche à la fois fonctionnelle ou matérielle. Assurant « le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome », le maintien « de tout ou partie des emplois qui y sont attachés » sans oublier l'apurement du passif, le plan de cession est une notion hybride qui saisit d'un point de vue fonctionnel les « potentialités » affectées à l'activité économique et à l'emploi. Au niveau matériel, le plan de cession organise la cession de l'entreprise par une réalisation globale des actifs du débiteur. Aux termes d'un effet translatif, il transmet les actifs affectés à l'exploitation, ainsi que les contrats nécessaires au maintien de l'activité et de l'emploi au sens des articles L. 642-7 du Code de commerce et L. 1224-1 du Code du travail, donc *in fine* les « potentialités » de l'entreprise liquidée au repreneur. Identifié par le bilan économique, social et environnement, l'actif immatériel est ainsi valorisé par le plan de cession à partir de la transmission des actifs et des contrats.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

213. La révélation de la nature des « potentialités » de l'entreprise en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté a une méthodologie originale pour appréhender l'actif immatériel. Guidée par le redressement de l'entreprise, l'appréhension de l'actif immatériel est en effet déterminée par sa valorisation. Or, la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté révèle l'existence d'une valeur inédite que l'on identifie en « potentialité » dans la présente étude. La révélation de ce nouvel actif immatériel par la valorisation est établie en deux temps.

La première étape de notre démonstration est consacrée aux fondements de valorisation de l'actif immatériel. Or, cette notion fait l'objet non seulement d'un fondement comptable, mais aussi et surtout d'un fondement économique de valorisation. L'actif immatériel est appréhendé par le droit positif en actif incorporel, c'est-à-dire en immobilisation incorporelle sur le fondement du bilan comptable. En ce sens, le droit comptable pose le principe du rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable. Tous les actifs immatériels sont des actifs incorporels, ce qui est semble-t-il très réducteur. En effet, ce principe financier comporte une exception sous l'effet des procédures collectives. Le droit des entreprises en difficulté procède alors au détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable. Si tous les actifs incorporels sont des actifs immatériels, la réciproque n'est pas vraie. Tous les actifs immatériels ne sont pas des actifs incorporels en droit des entreprises en difficulté, puisque le bilan économique, social et environnemental appréhende l'objet de cette thèse en « potentialité ». Ce cadre économique singulier révèle l'existence de « potentialités » de l'entreprise en difficulté : d'une part, des « potentialités de l'actif » et des « potentialités d'actif », d'autre part, des « potentialités de passif » et des « potentialités du passif ». C'est pourquoi, il est possible de proposer *de lege ferenda* une nomenclature des « potentialités », dont la valeur est soit positive, soit négative.

La deuxième étape de cette réflexion sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté consiste à rechercher les techniques de valorisation de l'actif immatériel. En principe, une procédure collective implique d'abord l'ouverture d'une période d'observation, puis l'adoption d'un plan. Or, la valorisation de l'actif immatériel suit cette organisation chronologique de la procédure collective. Pendant la période d'observation, la valorisation de l'actif immatériel repose sur la « contractualisation ». En cette occurrence, le contrat est instrumentalisé à un double titre pour la valorisation des « potentialités » préalablement identifiées par le bilan économique,

social et environnemental. D'une part, le principe de continuation des contrats en cours de l'article L. 622-13 du Code de commerce constitue une technique de valorisation de l'actif immatériel en période d'observation. Par le financement des nouveaux contrats issus de la continuation des contrats en cours, l'actif immatériel est valorisé à partir de la technique du privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce au cours de la période d'observation d'autre part. A la fin de la période d'observation, c'est le plan qui apparaît comme une technique principale de valorisation de l'actif immatériel, d'où l'avènement d'une planification de l'actif immatériel. Pour ce faire, trois plans sont étudiés en analysant tant l'approche fonctionnelle que l'approche matérielle. Si les « potentialités » sont continuées par le plan de sauvegarde et le plan de redressement, elles peuvent être cédées par un plan de cession dans la procédure de liquidation judiciaire.

*

Finalement, l'appréhension de l'actif immatériel par la valorisation en droit des entreprises en difficulté révèle la nature des « potentialités » de l'entreprise en difficulté. En tout cas, la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté conduit *in fine* à faire ressortir les traits de caractère de cet objet de travail : la valeur (positive et négative), le déploiement dans le temps, l'utilité, l'affectation à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives. Partant, ces éléments annoncent-ils une qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté ?

*

* *

PARTIE 2

LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Le droit civil « garde le thesaurus,
le trésor des notions fondamentales [...]]
C'est à lui que les autres secteurs du droit
viendront demander leur outillage intellectuel »¹⁶⁷⁸.

214. De la démarche fonctionnelle à la démarche notionnelle de l'actif immatériel. Dans la précédente partie/inductive¹⁶⁷⁹, nous avons démontré que la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté a permis d'appréhender les contours d'un actif immatériel inédit pour redresser l'entreprise. Dans cette démarche fonctionnelle, le bilan économique, social et environnemental a identifié deux sortes de « potentialités » à valeur positive : d'une part, des « potentialités de l'actif » et d'autre part, des « potentialités d'actif ». Pour rappel, les premières désignent des actifs immatériels actuels, tandis que les secondes traduisent des actifs immatériels potentiels¹⁶⁸⁰. A cet actif immatériel inédit se superpose un passif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté correspondant soit à des « potentialités de passif », soit à des « potentialités du passif »¹⁶⁸¹.

Afin de passer du raisonnement par induction¹⁶⁸² au raisonnement par déduction¹⁶⁸³, il convient au fil de cette deuxième partie/déductive de déterminer une approche notionnelle de l'actif immatériel. C'est la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. « *Qualifier, c'est faire rentrer une situation de fait, telle qu'elle est présentée (un quelconque évènement survenu, fortuit ou volontaire) dans l'exacte catégorie que la science du droit lui destine. Si l'on préfère, c'est se prononcer sur sa nature juridique objective. Cette opération est syllogistique* »¹⁶⁸⁴. Partant, un travail d'entomologiste nous invite à rattacher les « potentialités » à une catégorie juridique existante, et notamment civile. Certes, c'est le droit des entreprises en difficulté qui a jeté les bases d'identification du nouvel actif immatériel dans une approche

¹⁶⁷⁸ J. CARBONNIER, *Doit civil, vol. I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. *Quadrige manuels*, 1^{ère} éd., 2004, n° 64, p. 109.

¹⁶⁷⁹ *Supra*, n° 29.

¹⁶⁸⁰ *Supra*, n° 12, 76, 92, 120.

¹⁶⁸¹ *Supra*, n° 12, 76, 92, 113, 120.

¹⁶⁸² *Supra*, n° 23.

¹⁶⁸³ *Supra*, n° 23.

¹⁶⁸⁴ J.-P. GRIDEL, *Le Droit, Présentation*, PUAM, 2012, n° 10, p. 35.

fonctionnelle. Mais, c'est le droit civil qui poursuit l'œuvre de qualification de l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté par le bilan d'entreprise dans une démarche notionnelle. Il faudra sur ce point confronter le droit des entreprises en difficulté au droit civil des obligations et des biens. Cette confrontation est légitimée par une nature commune et la nécessité d'un régime identique¹⁶⁸⁵. « *Le droit est fait de catégories et de distinctions, correspondant à des qualifications, dont découle le régime juridique applicable* »¹⁶⁸⁶. La qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté est recherchée à travers deux axes de réflexion.

En premier lieu, la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté obéit à des critères¹⁶⁸⁷ qui ont été mentionnés en filigrane lors de la valorisation dans la première partie de la présente étude. Or, de tels critères nous amènent *in fine* à proposer une qualification de l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental (**titre 1**).

En second lieu, la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté n'est pas limitée à la suggestion de critères de qualification. Après avoir exposé ses critères de qualification, encore faut-il lui confectionner un régime pour des raisons de rigueur juridique. En définitive, ce deuxième axe de réflexion met en exergue la portée des critères de qualification de l'actif immatériel. Dès lors, l'appréhension singulière de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté emporte des conséquences qui vont semble-t-il au-delà des procédures collectives (**titre 2**).

Titre 1. Les critères de qualification de l'actif immatériel

Titre 2. Les incidences des qualifications de l'actif immatériel

¹⁶⁸⁵ M. DOUCHY-OU DOT, *Droit civil 1^{ère} année, Introduction, Personnes, Famille*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^{ème} éd., 2019, n° 23, p. 15.

¹⁶⁸⁶ Ph. SIMLER, « Synthèse – Classification des obligations », JCI Civil Code, 2018, n° 1.

¹⁶⁸⁷ Il s'agit de la valeur positive et négative, de la durée, de l'utilité, de l'affectation à l' « *intuitu economicae* ».

TITRE 1

LES CRITERES DE QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL

215. La confrontation de l'actif immatériel aux droits patrimoniaux. La qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté débute par la précision de sa nature juridique à partir de critères de qualification. Or, ceux-ci émanent des droits subjectifs¹⁶⁸⁸, et spécialement des droits patrimoniaux¹⁶⁸⁹. Bien que la notion de droit subjectif¹⁶⁹⁰ fasse l'objet d'une « *querelle interminable* »¹⁶⁹¹ en doctrine¹⁶⁹² depuis son apparition au XIX^{ème} siècle¹⁶⁹³, c'est pourtant dans le sillage de ce « *petit droit* »¹⁶⁹⁴ que nous élaborons des critères de qualification de l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental.

Les droits subjectifs peuvent être hiérarchisés soit en droits extrapatrimoniaux, soit en droits patrimoniaux sur le fondement du critère de l'évaluation pécuniaire du droit considéré¹⁶⁹⁵ : « *les droits patrimoniaux sont accordés pour la satisfaction d'un intérêt économique et les droits extrapatrimoniaux ont pour but la satisfaction d'intérêts liés à la survie de la personne ou la sauvegarde de sa dignité* »¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁸⁸ Selon une conception communément admise par les auteurs qui reconnaissent l'existence de la notion de droit subjectif, il s'agit d'une « *prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui. Ex : droit de propriété, droit de créance* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V^o Droit). C'est « *la prérogative concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû* » (J. DABIN, *Le droit subjectif*, Thèse, préf. Ch. ATIAS, Dalloz, 2008, spéc. p. 105).

On signalera aussi d'autres définitions du droit subjectif exposées par les juristes depuis le XIX^{ème} siècle :

-la définition classique de B. WINDSCHEID et de F. C. von SAVIGNY structurée autour du sujet : le droit subjectif est une puissance de volonté ou un pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique ;

-la définition de R. von JHERING structurée autour de l'objet : le droit subjectif est un intérêt juridiquement protégé ;

-la définition mixte de JELLINEK, MICHOU, FERRARA, SALEILLES : le droit subjectif est la combinaison des deux éléments d'intérêt et de volonté.

¹⁶⁸⁹ R. NERSON, *Les droits patrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939.

¹⁶⁹⁰ G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ* 1966. 216 ; J-P. MOREAU, « Les droits subjectifs », *JCP N* 1999, n^o 49, p. 1775 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd, 2001, spéc. p. 193 (théorie sociologique du droit subjectif) ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Thèse, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2005 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, thèse précitée ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 2013, spéc. p. 150 s.

¹⁶⁹¹ Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. Droit civil, 7^{ème} éd., 2018, n^o 51 p. 77 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale*, LGDJ, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1994, n^o 172 s., p. 126 et s.

¹⁶⁹² D'un côté, la conception maximaliste (L. DUGUIT, H. KELSEN) dénie l'existence *per se* de la notion de droit subjectif et d'un autre côté, le courant relativiste (P. ROUBIER) reconnaît le caractère parcellaire de la notion de droit subjectif.

¹⁶⁹³ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, rééd. 2001, n^o 80, p. 106-107.

¹⁶⁹⁴ Par opposition au « *grand Droit* » : le Droit objectif (J. CARBONNIER, *Flexible droit*, op. cit., spéc. p. 105).

¹⁶⁹⁵ J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., n^o 204, p. 245.

¹⁶⁹⁶ O. BOSKOVIC, « La patrimonialité des droits, brèves observations sur une notion fondamentale », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005/4, p. 1783-1802, spéc. p. 1792.

Intuitivement, l'articulation entre la valorisation et la qualification de l'actif immatériel pourrait donner lieu à la reconnaissance d'une patrimonialisation affectée à l'« *intuitu economicae* »¹⁶⁹⁷ des procédures collectives à la lumière des droits patrimoniaux. Cette qualification intuitive de l'actif immatériel impose une confrontation aux critères de qualification des droits patrimoniaux. Duale, la dénomination « droits patrimoniaux » recouvre le *jus ad personam* et le *jus in re*. Or, la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté est également duale. En effet, le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel a dégagé plusieurs espèces de « potentialités », dont le caractère est hétéroclite. De la sorte, leur qualification suscite une interrogation quant à leur unité. Certaines « potentialités » non réifiées peuvent être qualifiées à l'aune des critères de qualification des droits personnels. En particulier, les devoirs des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté peuvent recevoir la qualification d'obligation (**chapitre 1**). D'autres « potentialités » peu ou prou réifiées peuvent être investies d'une qualification réelle. Il s'agit pour illustration de la clientèle/l'achalandage, des informations/données, dont la qualification de bien serait idoine (**chapitre 2**).

Chapitre 1. La qualification de l'actif immatériel en obligation

Chapitre 2. La qualification de l'actif immatériel en bien

¹⁶⁹⁷ D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, op. cit., n° 322, p. 191 : « Réalisateur, le droit des entreprises en difficulté est aussi organisateur des relations substantielles autour d'une cause économique appelée l'*intuitu economicae* ».

CHAPITRE 1

LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN OBLIGATION

216. La confrontation de l'actif immatériel aux droits personnels. Les critères de qualification de l'actif immatériel sont tout d'abord établis grâce aux droits personnels, lesquels constituent le premier volet des droits patrimoniaux. Dans ce cadre, il convient de confronter l'actif immatériel de façon générale aux critères de qualification des droits personnels et de façon particulière à l'obligation. En effet, cette notion est l'archétype des droits personnels, synonymes de droits de créance¹⁶⁹⁸. « *Le droit personnel a l'obligation comme figure éminente* »¹⁶⁹⁹.

Dans le bilan économique, social et environnemental, il existe des « potentialités » en germe qui ne sont pas réifiées. Or, cette confrontation soulève des questions : l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté par le bilan d'entreprise peut-il être qualifié en obligation ? D'une part, certaines « potentialités » à valeur positive sont-elles des créances ? D'autre part, certaines « potentialités » à valeur négative sont-elles des dettes ?

Pour trouver la réponse, la démarche employée est syllogistique. Majeure : cerner la définition et la classification de l'obligation. Mineure : appliquer la définition et la classification de l'obligation aux « potentialités » non réifiées qui sont révélées par le bilan en droit des entreprises en difficulté. Conclusion : proposer la qualification d'obligation à une partie de l'actif immatériel. Dès lors, la confrontation de l'actif immatériel aux critères de qualification des droits personnels est vraisemblablement fructueuse pour deux raisons. Premièrement, la définition de l'obligation pourrait s'appliquer aux « potentialités » non réifiées (**section 1**). Deuxièmement, la classification de l'obligation par l'objet serait applicable aux « potentialités » non réifiées (**section 2**).

Section 1. L'applicabilité de la définition de l'obligation aux « potentialités » non réifiées

217. L'absence de définition de l'obligation dans le Code civil. Si le contrat fait l'objet d'une définition légale à l'article 1101 du Code civil¹⁷⁰⁰, l'obligation en est en revanche démunie. Il n'en demeure pas moins que la notion d'obligation est polysémique, étant donné qu'elle revêt trois sens :

¹⁶⁹⁸ C. FLEURY, *Institutions au droit français*, t. I, Libr. Durand, Paris, 1858, Partie IV, Chapitre I, p. 357 : « nous avons expliqué tous les droits réels, et les manières de les acquérir ; il faut maintenant parler des droits personnels. On les appelle : obligations, comme qui dirait liens... » ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 4^{ème} éd., 1906, n° 2153, p. 673 : « les droits de créance ont pour type l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent ».

¹⁶⁹⁹ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Gualino, coll. Amphi LMD, 4^{ème} éd., 2019-2020, n° 37, p. 36.

¹⁷⁰⁰ Ce texte dispose que : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

un sens courant, un sens financier et un sens juridique sur lequel nous nous attarderons tout au long de cette étude sur la qualification de l'actif immatériel en obligation. Dans un langage courant, le terme « obligation » est synonyme de devoir ou de contrainte¹⁷⁰¹. D'un point de vue financier, l'obligation est fondue au titre, c'est-à-dire à un *instrumentum* constatant une dette¹⁷⁰². Il est communément admis en doctrine que la notion d'obligation se définit juridiquement de deux manières. D'une part, l'obligation envisagée *per se* prend la nature d'un droit personnel. C'est donc un lien de droit entre plusieurs personnes. D'autre part, l'obligation est vue comme un élément constitutif du patrimoine. En ce sens, l'obligation est tantôt une créance dans le patrimoine du créancier, tantôt une dette dans le patrimoine du débiteur. De cette définition juridique plus ou moins applicable aux « potentialités » non réifiées découlent deux aspects dans la conceptualisation de l'obligation : une conception hybride tout d'abord (§1), deux traits de caractère ensuite (§2).

§1. La conception hybride de l'obligation

218. L'objectivation de l'obligation en droit des entreprises en difficulté. Actuellement, la définition de l'obligation est sujette à une conception hybride¹⁷⁰³. Elle est certes applicable aux « potentialités » en germe qui ne sont pas réifiées, mais pas avec la même intensité. En premier lieu, l'obligation est définie subjectivement comme un lien de droit entre deux personnes (**A**). En second lieu, cette notion est conçue objectivement comme un lien de droit entre deux patrimoines. Or, c'est davantage la conception objective de l'obligation qui irrigue le droit des entreprises en difficulté par laquelle certaines « potentialités » pourraient être qualifiées en obligations (**B**).

¹⁷⁰¹ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 1, p. 23 ; *Infra* n° 228 à 232 (concept des « devoirs » en droit des entreprises en difficulté).

¹⁷⁰² Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J-B. SEUBE, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, n° 6, p. 3.

V° l'article L. 213-5 du Code monétaire et financier : « *Les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* » ; V° aussi : G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Obligation : « *Par extension, le titre qui constate la dette.*

Dans la pratique notariale : acte authentique constatant qu'une personne est débitrice d'une somme d'argent envers une autre, par exemple en vertu d'un prêt.

Dans la pratique commerciale : titre négociable, nominatif ou au porteur, remis par une société commerciale ou une collectivité publique à ceux qui lui prêtent des capitaux et dont la valeur nominale, lors de l'émission, correspond à une division du montant global de l'emprunt ».

¹⁷⁰³ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. Université, 16^{ème} éd., 2018-2019, n° 134, p. 60 : « *Toute obligation est aujourd'hui conçue à la fois comme un lien de droit entre deux personnes et comme un lien entre deux patrimoines. Il y a donc bien unicité de la notion d'obligation puisque toutes les obligations peuvent être définies de cette même façon comme un lien de droit ou un rapport juridique entre deux personnes et deux patrimoines, même si ce lien se dédouble selon que l'on prend en compte l'aspect subjectif de l'obligation (lien entre deux personnes) ou l'aspect objectif (rapport entre deux patrimoines)* ».

A. La conception subjective de l'obligation

219. La conception subjective de l'obligation peut bénéficier aux « potentialités » non réifiées, même si le droit des entreprises en difficulté favorise l'objectivation de l'obligation. Pour cela, observons la perspective historique et actuelle de la subjectivation de l'obligation.

220. La conception subjective de l'obligation initiée en droit romain. A l'époque romaine¹⁷⁰⁴, l'obligation était entendue subjectivement comme un lien de droit contraignant entre deux personnes – le créancier et le débiteur – en dehors de tout rapport avec une *res*. « *Incontournable* »¹⁷⁰⁵, le droit romain et notamment LABEON a inventé la notion d'obligation. Le premier fondement de l'obligation romaine était un texte portant sur le *nexum* dans la reconstitution des XII Tables : « *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* »¹⁷⁰⁶. Cette notion était subjectivement conçue comme un simple lien juridique entre le sujet actif – le créancier et le sujet passif – le débiteur, d'où l'appellation « droit personnel ». D'après une thèse pionnière en matière d'obligation¹⁷⁰⁷, l'apparition romaine de cette qualification juridique résulte de deux causes : d'une part, la dissociation de l'obligation et de l'action et d'autre part, de l'action en tant que moyen de faire valoir un droit. Cette période fut marquée par un double caractère répressif et sanctionnateur sur la personne du débiteur autorisant par conséquent le créancier à le vendre ou à le tuer en cas d'inexécution. Si la perception originaire de l'obligation adoptée par les juristes romains comportait des prérogatives sur la personne du débiteur, elle réfutait néanmoins tout pouvoir d'action sur les biens du débiteur¹⁷⁰⁸. Celui-ci « *s'était engagé de sa personne, de telle sorte que s'il ne s'exécutait pas, il devenait comme l'esclave de son créancier* »¹⁷⁰⁹. Force est alors de constater que la définition de l'obligation était en droit romain subordonnée aux sujets de l'obligation, donc à la personne du créancier et à la personne du débiteur. Or, ce contexte rappelle les finalités originaires du droit des entreprises en difficulté qui étaient érigées vers la personne du débiteur failli : « *assainir, d'une part, le commerce par l'élimination du commerçant ayant failli à ses engagements ; organiser, d'autre part, le règlement collectif et égalitaire des créanciers du*

¹⁷⁰⁴ J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'obligation dans le droit de la Rome antique », in *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p.19 et s.

¹⁷⁰⁵ F. TERRE, « Présentation de l'obligation », in *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 9 et s., spéc. p. 11.

¹⁷⁰⁶ P. NOAILLES, « Nexum », RHD, 1940-1941, p. 205-274 ; F. DUMONT, « Obligatio », in *Mélanges Ph. MEYLAN*, I, Lausanne, 1963, p. 77 et s.

¹⁷⁰⁷ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf de F. LEDUC, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2012, n° 223-225, p. 147-148.

¹⁷⁰⁸ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op, cit.*, n° 116, p. 52.

¹⁷⁰⁹ R. SALEILLES, « De la cession de dette », in *Annales de droit commercial*, 1890. Doctr. 1 et s, n° 45, p. 42.

commerçant failli, d'où le nom de procédures collectives »¹⁷¹⁰. Cependant, le droit des faillites d'hier n'est plus le droit des entreprises en difficulté d'aujourd'hui¹⁷¹¹...

La conception romaine de l'obligation pourrait s'appliquer globalement aux « potentialités » en germe qui ne sont pas réifiées sur le fondement du bilan économique, social et environnemental, sous réserve de remplir les caractères de l'obligation¹⁷¹². Cela étant, il ne faut pas oublier que le droit des entreprises en difficulté appréhende d'abord l'actif immatériel par sa valorisation, c'est-à-dire par sa valeur au nom du redressement de l'entreprise en difficulté¹⁷¹³. Réaffirmons que les « potentialités » doivent être affectées à la norme économique des procédures collectives pour exister. En effet, leur valorisation ne vaut que si elles sont rattachées à l'activité économique de l'entreprise¹⁷¹⁴, d'où la suprématie de la conception objective de l'obligation vis-à-vis de la conception subjective de l'obligation dans notre domaine d'investigation.

221. La conception subjective de l'obligation approuvée par le Code civil de 1804. La conception romaine de l'obligation est confirmée par le Code civil de 1804¹⁷¹⁵. Pourtant, il s'abstient d'en établir une définition. L'article 1100 du Code civil se borne à préciser la naissance de l'obligation sans y poser de définition : « *Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.*

Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ».

En réalité, la définition de l'obligation est acquise depuis longtemps en droit civil¹⁷¹⁶. POTHIER présentait l'obligation comme « *un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose* »¹⁷¹⁷. Cette présentation de l'obligation est invariable¹⁷¹⁸ depuis les Institutes de JUSTINIEN en l'an 533 de notre ère : « *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civilitatis jura* » : « *l'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes tenus par la nécessité de payer,*

¹⁷¹⁰ M-L. COQUELET, « *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit* », *op. cit.*, n° 2, p. 5-6.

¹⁷¹¹ *Supra*, n° 9.

¹⁷¹² *Infra*, n° 226 à 235.

¹⁷¹³ *Supra*, partie 1.

¹⁷¹⁴ D. BRIAND, « *Cessions et réseaux de distribution* », *op. cit.*, spéc. n° 2 : « *Mais la valorisation de ces actifs [immatériels] ne vaut que s'ils sont mis en œuvre* » ; N. MARTIAL-BRAZ, « *Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés* », *op. cit.*, spéc. n° 4 : « *Dès lors, la valeur qu'il peut en être retiré impose une exploitation d'autant plus nécessaire qu'il s'agira, pour envisager sa cession, de la conserver* ».

¹⁷¹⁵ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 116, p. 52 : « *Les juristes occidentaux se sont beaucoup inspirés des règles posées par le droit romain, qualifié par les rédacteurs du Code civil de raison* ».

¹⁷¹⁶ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Corpus Histoire du droit, 2^{ème} éd., 2012, spéc. p. 7.

¹⁷¹⁷ R-J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, éd. Siffrein, Paris, 1821, n° 1, p. 78.

¹⁷¹⁸ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau, Paris, 123, n° 2, p. 3 : « *la définition de Justinien a fait fortune (...) Tous les auteurs modernes la reproduisent ou se contentent de la traduire* ».

d'exécuter quelque chose selon le droit de notre cité »¹⁷¹⁹. Elle est complétée par PAUL en ces mots : « *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* » : « la substance des obligations ne consiste pas à faire nôtre une chose corporelle ou une servitude, mais à contraindre autrui à nous donner quelque chose, à faire quelque chose pour nous ou à exécuter une prestation en notre faveur »¹⁷²⁰. En répétant exactement la définition de JUSTINIEN dans sa présentation au corps législatif¹⁷²¹, BIGOT-PREAMENEU faisait état d'une conception subjective de l'obligation telle qu'elle ressortait du droit romain : « *les obligations conventionnelles se répètent chaque jour, à chaque instant. Mais tel est l'ordre admirable de la Providence, qu'il n'est besoin, pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la conscience, que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation* »¹⁷²². A contrario de l'obligation, la notion de contrat est, rappelons-le, définie par l'article 1101 du Code civil. Puisque le contrat est la source essentielle des obligations, le législateur fait de l'obligation une notion subjective de droit personnel. Conformément à la théorie de l'autonomie de la volonté, l'accord de volonté des parties est la source du lien personnel et subjectif¹⁷²³.

En définitive, toute cette description historique de l'obligation est utile, parce qu'elle aboutit à sa conceptualisation juridique. Aujourd'hui, la notion d'obligation repose sur une définition qui est bien ancrée en droit positif¹⁷²⁴. Il s'agit juridiquement d'un lien de droit qui unit deux personnes en vertu duquel le créancier exige du débiteur l'accomplissement d'une prestation. En d'autres termes, la notion d'obligation instaure une relation juridique interpersonnelle entre le sujet actif et le sujet passif, d'où la qualification de droit personnel par opposition au droit réel¹⁷²⁵. Pour résumer, la notion d'obligation est un droit contre une personne et non un droit contre un bien. En témoigne un passage éclairant du Traité de droit civil : « *certes, l'article 529 du Code civil inclut dans les meubles les obligations mais il s'attache à l'objet des obligations et non à l'obligation elle-même, c'est-à-dire au lien qui unit ses sujets. En réalité, il l'étude. L'obligation ne rentre pas dans la définition des biens car elle est un lien entre deux ou plusieurs personnes identifiées, un pouvoir de*

¹⁷¹⁹ JUSTINIEN, *Institutes*, 3, 13 pr.

¹⁷²⁰ D. 44, 7, 3 pr : « *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* ».

¹⁷²¹ Fenet, t. XIII, p. 219.

¹⁷²² Fenet, t. XIII, p. 214.

¹⁷²³ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 113, p. 51.

¹⁷²⁴ V° toutefois la définition spécifique de l'obligation élaborée par un auteur : « *l'obligation est un droit (subjectif) à l'exécution d'une norme de comportement* » : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, op. cit., n° 248, p. 171 et n° 299 s., p. 209 s.

¹⁷²⁵ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., n° 206, p. 249.

l'une sur l'autre. Il n'y a donc pas de rapport entre une personne et un objet, mais un rapport entre deux personnes en vue d'un résultat économique. L'obligation n'est pas un bien »¹⁷²⁶.

222. Transition. Le point de départ de la définition d'une obligation est le droit romain qui la considère subjectivement. Approuvant les prémices romaines de l'obligation, le Code civil de 1804 délimite la notion d'obligation comme un lien juridique entre deux personnes expliquant ainsi la qualification de *jus ad personam*. Or, l'élément personnel de l'obligation constitue moins un critère de qualification des « potentialités » non réifiées que l'élément économique en raison de l'exigence d'un lien avec l'activité économique.

La conception subjective de l'obligation n'est au demeurant pas exclusive.

B. La conception objective de l'obligation

223. L'objectivation de l'obligation en droit des obligations. Fortement critiquée, la conception subjective de l'obligation est écartée par la conception objective de « *dépersonnalisation* »¹⁷²⁷ de l'obligation importée d'Allemagne à la fin du XIX^{ème} siècle¹⁷²⁸. C'est le débat sur la cession de dette¹⁷²⁹ ayant fait couler beaucoup d'encre qui a encouragé l'avènement de la conception objective de l'obligation. Les tenants de cette conception appartiennent à des horizons divers : trois auteurs du positivisme sociologique : Auguste COMTE¹⁷³⁰, Emile DURKHEIM¹⁷³¹ et Léon DUGUIT¹⁷³² et un précurseur de la sociologie juridique : Raymond SALEILLES¹⁷³³.

D'un côté, les trois premiers objectivistes dénie la prééminence d'une volonté sur une autre au profit des « situations juridiques ». Cela signifie donc que ces derniers sont hostiles à la notion de droit subjectif eu égard à son caractère antisocial. Car l'homme vivant en société ne bénéficierait pas de pouvoirs, mais serait seulement doté de fonctions destinées à assurer le bien-être général.

D'un autre côté, Raymond SALEILLES milite pour une conception objective de l'obligation en se focalisant sur l'aspect objectif du lien de droit entre le créancier et le débiteur. Sans

¹⁷²⁶ J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 5, p. 7.

¹⁷²⁷ H. L, et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons du droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 15, p. 10.

¹⁷²⁸ Sur la genèse de cette conception dans la doctrine allemande, V° : H. LEVY-ULLMANN, *Répétitions écrites de droit civil approfondi*, Les Cours de droit, 1927-1928, p. 49 et s.

¹⁷²⁹ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Libr. Rousseau, Paris, 1898 ; *Infra*, n° 302.

¹⁷³⁰ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, 1839-1842 ; *Système de philosophie positive*, 1851-1854.

¹⁷³¹ E. DURKHEIM, *La division du travail social*, 1893 ; *Les règles de la méthode sociologique*, 1895.

¹⁷³² L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901.

¹⁷³³ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 1914.

nécessairement remettre en cause l'importance de la personne du créancier et du débiteur¹⁷³⁴, la conception objective de l'obligation met en lumière l'objet de l'obligation, c'est-à-dire sa valeur, positive pour le créancier et négative pour le débiteur¹⁷³⁵. La notion d'obligation est objectivée en lien de droit entre deux patrimoines, lequel est détachable de ses sujets. En effet, cet élément du patrimoine emporte un transfert de valeur d'actif du point de vue du patrimoine du créancier et un transfert de valeur de passif du point de vue du patrimoine du débiteur¹⁷³⁶. En définitive, le moment où la conception objective de l'obligation culmine apparaît en cas d'inexécution de l'obligation. C'est la consécration du droit de gage général¹⁷³⁷ des articles 2284 et 2285 du Code civil qui a remplacé la sanction physique du créancier sur la personne du débiteur en droit romain. Le pouvoir sur les biens a supplanté le pouvoir sur la personne. Certains auteurs étrangers¹⁷³⁸ rehaussent encore davantage l'objectivation de l'obligation en séparant totalement l'obligation de ses sujets, en vue de faire émerger un rapport entre différents patrimoines.

Lien juridique entre deux personnes (conception subjective), l'obligation est de surcroît un lien de droit entre deux patrimoines (conception objective), de sorte que la norme économique pénètre de plus en plus le droit des obligations. La réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁷³⁹ intensifie d'ailleurs cette « *fonction économique* »¹⁷⁴⁰ de l'obligation sur le fondement d'une « *vision matinée d'analyse économique du droit* »¹⁷⁴¹ sans pour autant remettre en question sa dimension subjective. Techniquement, l'obligation est une valeur qui est l'objet d'un contrat au même titre qu'une chose ordinaire et qui circule sous forme de cession de créance¹⁷⁴², de dette¹⁷⁴³ ou de contrat¹⁷⁴⁴.

¹⁷³⁴ Au demeurant, la personnalité du créancier et du débiteur est un aspect subsidiaire dans l'obligation : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publ. Par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, Paris, 1937 (réimpr. 1965), p. 12 : « *en effet, le créancier n'a plus aucun droit sur la personne physique du débiteur, et, dans tous les cas, il possède le droit de gage général, qui met à sa disposition, en cas d'inexécution, tout le système des saisies du code de procédure. La créance est devenue une valeur ou un assignat sur les biens.*

C'est en ce sens qu'on a pu dire que la créance et la dette modernes sont un rapport entre deux patrimoines, en même temps et plus encore qu'entre deux personnes ; que le créancier et le débiteur, ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens ».

¹⁷³⁵ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, référence précitée.

¹⁷³⁶ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 138, p. 61.

¹⁷³⁷ *Infra*, n° 390.

¹⁷³⁸ V° notamment F.K. COMPARATO, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Thèse, Dalloz, 1964.

¹⁷³⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁷⁴⁰ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, op. cit., n° 2, p. 23-24.

¹⁷⁴¹ N. BORGA, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations : Droit dérogatoire puis droit précurseur », op. cit., spéc. n° 13, p. 206.

¹⁷⁴² *Infra*, n° 300.

¹⁷⁴³ *Infra*, n° 302.

¹⁷⁴⁴ *Infra*, n° 305.

Confrontée à l'actif immatériel, la notion d'obligation est-elle subjectivement un lien ou objectivement une valeur dans notre périmètre d'investigation ? Lien, la notion d'obligation est avant tout une valeur en droit des entreprises en difficulté. En effet, l'applicabilité de la définition de l'obligation aux « potentialités » non réifiées est fondée sur un cumul et non sur une alternative de conception. Si l'actif immatériel est qualifié en obligation, il représente non seulement un lien de droit entre deux personnes, mais aussi et surtout un lien de droit entre deux patrimoines. « *Toute l'histoire de l'obligation, écrit Gaudemet, est l'histoire du progrès du second caractère sur le premier : de plus en plus on la considère comme une valeur, comme un assignat sur les biens ; et son caractère de lien entre deux personnes, sans jamais disparaître, perd de plus en plus de son importance et de ses effets* »¹⁷⁴⁵. Or, c'est cette conception objective de l'obligation qui conviendrait le mieux à l'objet de cette thèse sans toutefois enrayer sa subjectivation. Dans la mesure où le droit des entreprises en difficulté valorise l'actif immatériel par des techniques inspirées de la conception objective de l'obligation¹⁷⁴⁶, il est logique d'approfondir cette qualification objective. En effet, ces mécanismes partagent un même critère défendu par les objectivistes. Il s'agit de la valeur économique ressemblant au critère de l'*intuitu pecuniae*. Or, le droit des entreprises en difficulté a révélé l'existence de « potentialités » non réifiées sur le fondement du bilan économique, social et environnemental, dont la valeur est soit positive, soit négative dans une finalité de redressement de l'entreprise. Partant, ces deux valeurs correspondent-elles aux deux facettes de l'obligation selon la conception objective ? Dit autrement, les « potentialités de l'actif » et les « potentialités d'actif » sont-elles considérées comme des créances ? Dans le même esprit, les « potentialités de passif » et les « potentialités du passif » sont-elles appréciées comme des dettes ? Au regard de l'objectivation du contrat en droit des entreprises en difficulté, l'actif immatériel pourrait être qualifié en obligation.

224. L'objectivation du contrat en droit des entreprises en difficulté. La conception objective de l'obligation a déjà été sous-entendue dans le contexte des procédures collectives, en ce qui concerne la valorisation de l'actif immatériel par les techniques du droit des entreprises en difficulté¹⁷⁴⁷. Si l'actif immatériel est valorisé selon une conception objective par le droit des entreprises en difficulté, il peut être qualifié selon une conception objective en droit des entreprises en difficulté. Dans un premier temps, le bilan économique, social et environnemental a identifié,

¹⁷⁴⁵ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 12.

¹⁷⁴⁶ *Supra*, partie 1, titre 2.

¹⁷⁴⁷ *Supra*, n° 128, 129, 209.

répétons-le, les contrats en « potentialités d'actif »¹⁷⁴⁸. Ces actifs immatériels potentiels sont dans un second temps valorisés par les techniques du droit des entreprises en difficulté à deux stades différents de la procédure collective.

Pendant la période d'observation, les « potentialités d'actif » en question sont valorisées par la continuation des contrats en cours au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce¹⁷⁴⁹. Plus précisément, ce principe est applicable tant au contrat de franchise¹⁷⁵⁰ qu'au contrat d'apport¹⁷⁵¹, dont l'objet est immatériel. Or, la règle légale de l'article L. 622-13 du Code de commerce traduit l'objectivation du contrat en droit des entreprises en difficulté comme l'admet pertinemment le Professeur BORGA : « *la continuation des contrats en cours obéit à une approche objective du contrat, largement détachée des considérations personnelles* »¹⁷⁵².

Par le plan de cession, ces « potentialités d'actif » sont valorisées à partir de la transmission judiciaire et légale des contrats¹⁷⁵³. Soit, elles font l'objet d'une cession judiciaire forcée selon l'article L. 642-7 du Code de commerce à l'épreuve du contrat de fourniture. Soit, elles relèvent d'une cession légale en adéquation avec le principe de transfert des contrats de travail de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Dès lors, le droit des entreprises en difficulté « objectivise » le contrat au moment de la valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée par le plan de cession : « *la cession forcée de contrat de la procédure collective fait prévaloir la valeur patrimoniale du contrat, conçu comme élément de l'actif de l'entreprise cédée sur le rapport personnel de l'obligation* »¹⁷⁵⁴. Dans le même ordre d'idées, « *le contrat perd, dans la loi nouvelle, sa qualification traditionnelle de lien de droit, de rapport personnel entre contractants, et cela principalement dans l'opération de cession des contrats marquée par l'émergence d'un lien d'entreprise qui soude le sort du contrat à celui de l'entreprise et fait de lui un des nouveaux biens de l'entreprise* »¹⁷⁵⁵. « *Les contrats cessent alors d'être exclusivement un lien de droit entre des individus pour devenir les éléments d'un ensemble complexe, l'entreprise, à laquelle ils sont reliés par un lien particulier, le lien d'entreprise qui se superpose au lien contractuel d'origine* »¹⁷⁵⁶. « *Le*

¹⁷⁴⁸ *Supra*, n° 120.

¹⁷⁴⁹ *Supra*, n° 126 à 140.

¹⁷⁵⁰ *Supra*, n° 136.

¹⁷⁵¹ *Supra*, n° 139.

¹⁷⁵² N. BORGA, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations : Droit dérogatoire puis droit précurseur », *op. cit.*, n° 12, p. 205.

¹⁷⁵³ *Supra*, n° 209.

¹⁷⁵⁴ D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *op. cit.*, p. 180 et s. ; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁵⁵ M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 378, p. 353.

¹⁷⁵⁶ *Ibid*, n° 339, p. 321.

contrat est directement rattaché à l'entreprise dont il tend à devenir un bien soumis cependant à un statut particulier, notamment en matière de cession »¹⁷⁵⁷.

Or, le contrat constitue une des sources de l'obligation à la lecture de l'article 1100, alinéa 1^{er} du Code civil. C'est pourquoi, l'objectivation du contrat entraîne *ipso facto* l'objectivation de l'obligation. A cet égard, le droit des entreprises en difficulté « *a, très tôt, objectivé le rapport contractuel, mettant en évidence la valeur de certains contrats et la nécessité de les préserver »¹⁷⁵⁸. Partant, la structure des droits substantiels, et notamment des droits personnels est fragilisée par les procédures collectives en ce que l'obligation demeure définie *de lege lata* comme un lien unissant deux personnes entre elles selon une conception subjective. « *Le droit des entreprises en difficulté, par l'effacement de la personne dans les relations à l'entreprise, et par la volonté de considérer essentiellement la valeur monétaire ou économique du bien ou d'un contrat, bouleverse cet ordonnancement du droit positif »¹⁷⁵⁹. L'objectivation du contrat est particulièrement saisie en droit des entreprises en difficulté dans une éminente thèse précitée¹⁷⁶⁰. Certains passages y font d'ailleurs pleinement allusion : « *L'aspect obligatoire du contrat s'efface au profit d'une conception plus économique, celui-ci apparaissant comme une valeur au service du redressement »¹⁷⁶¹ ou en droit des entreprises en difficulté, le contrat repose sur une « *appréhension plus objective, son aspect personnel s'effaçant devant sa valeur patrimoniale »¹⁷⁶² ou « [l]e contrat alors considéré assimilé à un bien au service du redressement de l'entreprise, fait l'objet d'une préservation efficace et durable »¹⁷⁶³. Dans la même optique, le droit des entreprises en difficulté est « *le fer de lance d'une nouvelle façon d'envisager le rapport contractuel, beaucoup plus objective, dans laquelle les liens interpersonnels perdent de leur importance »¹⁷⁶⁴. « *Le droit des entreprises en difficulté tend à percevoir le contrat comme une valeur plutôt qu'un lien d'obligation entre deux individus, cette dimension, classique, étant reléguée au second plan »¹⁷⁶⁵.******

Ainsi, la valorisation des « potentialités d'actif » par les techniques contractuelles du droit des entreprises en difficulté accorde plus d'importance à la valeur économique du contrat qu'à l'idée d'un lien de droit personnel. Ce qui prouve que l'actif immatériel peut être qualifié en obligation selon une conception objective.

¹⁷⁵⁷ *Ibid*, n° 360, p. 338.

¹⁷⁵⁸ N. BORGA, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations : Droit dérogatoire puis droit précurseur », *op. cit.*, n° 7, p. 203.

¹⁷⁵⁹ D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, *op. cit.*, n° 240, p. 145.

¹⁷⁶⁰ M-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Thèse précitée.

¹⁷⁶¹ *Ibid*, n° 3, p. 5.

¹⁷⁶² *Ibid*, n° 20, p. 28.

¹⁷⁶³ *Ibid*.

¹⁷⁶⁴ N. BORGA, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations : Droit dérogatoire puis droit précurseur », *op. cit.*, spéc. p. 205.

¹⁷⁶⁵ *Ibid*, n° 12, p. 205.

225. Transition. Selon la conception objective, l'obligation est un lien de droit entre le patrimoine du créancier et le patrimoine du débiteur. Or, la qualification de l'actif immatériel en obligation s'insère plutôt dans une dynamique d'objectivation de l'obligation en droit des entreprises en difficulté. Il en va ainsi des techniques contractuelles de valorisation des « potentialités d'actif » issues des articles L. 622-13, L. 642-7 du Code de commerce et L. 1224-1 du Code du travail. Certes, la conception subjective persiste en droit des entreprises en difficulté, mais avec moins de vigueur que la conception objective de l'obligation.

L'applicabilité de la définition de l'obligation aux « potentialités » non réifiées n'est pas limitée à la conception de l'obligation, puisqu'elle doit être caractérisée comme telle.

§2. Les caractères de l'obligation

226. La caractérisation de l'obligation. Si les « potentialités » non réifiées se voient appliquer la définition de l'obligation, force est de reconnaître qu'elles possèdent les caractères relatifs à l'obligation « *qui concourent à en faire une notion fondamentale, irréductible à toute autre* »¹⁷⁶⁶. Même si l'obligation s'« objectivise » sous l'emprise des procédures collectives, elle est toujours définie subjectivement comme un lien de droit contraignant entre deux personnes en vertu duquel le créancier exige du débiteur l'accomplissement d'une prestation. La qualification de l'actif immatériel en obligation l'assujettit à l'exigence de ces deux caractères : d'une part, un lien de droit contraignant (A) et d'autre part, un lien de droit personnel (B).

A. Un lien de droit contraignant

227. Exposé du caractère en droit des obligations. Le premier caractère de définition de l'obligation est la présence d'un lien de droit contraignant : le *vinculum juris*¹⁷⁶⁷. Il s'agit non pas d'un lien d'union, mais plutôt d'une marque de domination juridique. D'ailleurs, le terme « obligation » dérivé de *ob-ligare* équivaut à l'assujettissement évoquant la soumission d'une personne à une autre dans la mise en œuvre d'une prestation¹⁷⁶⁸. En vertu dudit lien de droit contraignant, l'exécution forcée¹⁷⁶⁹ de l'obligation peut être exigée en justice et réalisée avec l'aide de la force publique. « *Or, la sanction qui émane de l'autorité sociale constitue sans doute le*

¹⁷⁶⁶ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 20, p. 29.

¹⁷⁶⁷ JUSTINIEN, *Institutes*, 3, 13 pr.

¹⁷⁶⁸ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 43, p. 37.

¹⁷⁶⁹ *Infra*, n° 315 à 338.

caractère le plus typique de tout système juridique »¹⁷⁷⁰. En somme, ce caractère est synonyme de contrainte étatique¹⁷⁷¹, d'où le renvoi au concept allemand de *Haftung*. Selon la doctrine allemande, la notion d'obligation repose sur une analyse dualiste, en ce sens qu'elle se divise en deux éléments : *Schuld* = *debitum* = dette = prestation/abstention et *Haftung* = *obligatio* = pouvoir de contrainte du créancier sur le débiteur. Les auteurs allemands Karl von AMIRA¹⁷⁷² et Otto von GIERKE¹⁷⁷³ se sont inspirés de la distinction romaine de l'obligation¹⁷⁷⁴ entre le « *debitum* » - la prestation et l'« *obligatio* » - la contrainte¹⁷⁷⁵, en vue de scinder l'obligation en deux rapports juridiques distincts : la *Schuld* et la *Haftung*¹⁷⁷⁶. Il s'agit techniquement du dualisme de l'obligation réunissant l'élément devoir et l'élément d'engagement¹⁷⁷⁷. Du point de vue du créancier, l'obligation se réfère à la *Haftung* ou à l'*obligatio*, en l'occurrence au « *pouvoir coercitif au moyen duquel le créancier peut obtenir une exécution par équivalent sur la personne ou le patrimoine du débiteur* »¹⁷⁷⁸. Dans l'esprit des théoriciens allemands, la *Haftung* apparaît comme un rapport de responsabilité aux termes duquel une personne ou une chose sont « *assujetties à la domination d'une autre personne, comme garantie de la réalisation d'un évènement quelconque* »¹⁷⁷⁹. En clair, ce premier rapport de créance correspond à un rapport de contrainte et de sujétion¹⁷⁸⁰ au niveau de la réalisation du but de l'obligation : la satisfaction d'un intérêt du créancier protégé par la loi¹⁷⁸¹. En tant que *Haftung* ou *obligatio*, l'obligation est « *le droit d'obtenir la prestation ou le bien du débiteur* »¹⁷⁸². Ce pouvoir lui permet d'obtenir le recouvrement de sa créance grâce au droit de gage général sur le patrimoine

¹⁷⁷⁰ Y. PICOD, « Obligations », *Rép. civ.* Dalloz, 2019, n° 20.

¹⁷⁷¹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 113, p. 51.

¹⁷⁷² K. Von. AMIRA, *Nordgermanisches Obligationrecht*, Leipzig, 2 vol., 1882-1895 ; *Grundriss des germanisches Rechts*, Strasbourg, 3^{ème} éd., 1913, rééd. Vdm Verlag, 2008.

¹⁷⁷³ O. Von. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 3 vol., 1885-1917 ; *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910.

¹⁷⁷⁴ G. PIERI, « Obligation », in *Archives de philosophie du droit*, t. 35, Vocabulaire fondamental du droit, Sirey, 1990, p. 221, spéc. p. 226-227 : « *la vision romaniste de l'obligatio paraît s'être orientée selon deux voies différentes selon qu'elle assimilera le vinculum iuris à un rapport liant le débiteur au créancier en raison du devoir de prestation du débiteur que le créancier a le droit d'exiger, ou qu'elle représentera ce lien comme ce qui enchaîne le débiteur vis-à-vis d'un autre qui, lui, n'est pas lié, et, dans cette acception l'obligatio renvoie à un état passif. S'opposent ainsi deux points de vue, l'un mettant l'accent sur le rapport dont l'un des termes sera l'engagement subjectif que suppose la dette et donc le devoir du débiteur, et l'autre, visant le lien objectif qui impose une contrainte au sujet* ».

¹⁷⁷⁵ J. MAILLET, *La théorie de Schuld et de Haftung en droit romain*, Thèse, Aix, 1944.

¹⁷⁷⁶ Les premiers travaux sur l'analyse dualiste de l'obligation en France sont dus à deux auteurs :

-E.A. POPA, *Les notions de debitum (Schuld) et d'obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, Thèse, Paris, 1935 ;

-F.K. COMPARATO, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Thèse précitée.

¹⁷⁷⁷ S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ* 2008, p. 401 : « *le dualisme est la doctrine qui conduit à l'existence simultanée de deux principes irréductibles l'un à l'autre* ».

¹⁷⁷⁸ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, op. cit.*, n° 43, p. 37.

¹⁷⁷⁹ F.K. COMPARATO, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé, op. cit.*, n° 6.

¹⁷⁸⁰ E.A. POPA, *Les notions de debitum (Schuld) et d'obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne, op. cit.*, n° 30, p. 46.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*

¹⁷⁸² L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 33, p. 34.

du débiteur inscrit à l'article 2284 du Code civil¹⁷⁸³. « *En d'autres termes, la première composante met l'accent sur la valeur que représente l'obligation, la seconde insiste sur le caractère contraignant du rapport de droit auquel elle donne naissance. La première envisage l'obligation comme un bien, la seconde comme un lien* »¹⁷⁸⁴.

En plus de définir la notion d'obligation¹⁷⁸⁵, le premier caractère de l'obligation permet d'éviter un amalgame entre les obligations en fixant une distinction entre l'obligation juridique/civile et l'obligation morale/naturelle¹⁷⁸⁶, dont la source se situe dans la morale, la religion ou la courtoisie. Ces dernières ne sont pas assorties de sanctions étatiques *a contrario* de l'obligation juridique ou civile qui se caractérise par un lien de droit contraignant.

228. Applicabilité du caractère en droit des entreprises en difficulté. Au regard des différentes acceptions de la notion d'obligation décrites par le doyen CORNU, on constate que l'obligation est synonyme de devoir dans un sens général¹⁷⁸⁷ et réciproquement : devoir = obligation¹⁷⁸⁸. De même, l'article 1100, alinéa 2 du Code civil annonce « *la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* » comme source de l'obligation. Partant, le concept des devoirs est le canal emprunté pour qualifier l'actif immatériel en obligation, spécialement en lien de droit contraignant. Autrement dit, il constitue l'indicateur du premier caractère de définition de l'obligation. Or, le droit des entreprises en difficulté est un cadre privilégié où les devoirs semblent se développer. En effet, le bilan économique, social et environnemental a révélé aussi bien des « potentialités » à valeur positive que des « potentialités » à valeur négative qui pourraient inspirer l'émergence de devoirs en droit des entreprises en difficulté. De la sorte, l'actif immatériel pourrait être *in fine* qualifié en obligation. Dans cette discipline, les devoirs sont supportés par les parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté : au départ, les associés, puis le dirigeant, les salariés sans oublier l'entreprise débitrice elle-même.

¹⁷⁸³ *Infra*, n° 390.

¹⁷⁸⁴ Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. précis, 12^{ème} éd., 2019, n° 2, p. 2.

¹⁷⁸⁵ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 119, p. 55 : « *L'obligation peut donc être définie comme un lien de droit en vertu duquel une personne, appelée débiteur est tenue envers une autre personne, appelée créancier, à une prestation dont l'exécution peut être obtenue au besoin avec le concours de la force publique* ».

¹⁷⁸⁶ M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse, préf. J. FLOUR, Paris, 1957 ; M. JULIENNE, « *Obligation naturelle et obligation civile* », *D.* 2009. 1709 ; M. COUDRAIS, « *L'obligation naturelle : une idée moderne* », *RTD civ.* 2011. 453.

¹⁷⁸⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Obligation ; V° aussi : R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Cours, 13^{ème} éd., 2018, n° 1, p. 1 : « *Dans le vocabulaire courant, on entend par obligation tout devoir qui pèse sur une personne* ».

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, V° Devoir : « *Souvent synonyme d'obligation, soit dans un sens vague (pour désigner tout ce qu'une personne doit ou ne doit pas faire), soit dans un sens technique précis (rapport de droit : ex. devoir de réparation à la charge du responsable)* ».

229. Les devoirs des associés en droit des entreprises en difficulté. Le développement des devoirs en droit des entreprises en difficulté vise tout d'abord les associés¹⁷⁸⁹. En dépit du faible engouement doctrinal pour ce sujet¹⁷⁹⁰, il représente pour nous un enjeu majeur : appliquer le caractère de lien de droit contraignant aux « potentialités » non réifiées par cet intermédiaire pour la qualification finale de l'actif immatériel en obligation.

« *Financier de la société en difficulté* »¹⁷⁹¹, l'associé est également débiteur d'une obligation économique greffée sur son devoir d'associé. Elle a vu le jour dans les travaux très enrichissants de Monsieur COUTURIER¹⁷⁹². Il s'agit d'une « *obligation de sauvetage, ou à tout le moins de soutien de la société en difficulté, en sus des autres obligations pécuniaires* »¹⁷⁹³, c'est-à-dire des obligations aux apports et aux dettes sociales. Selon cet auteur, les finalités du droit des entreprises en difficulté sont exactement utilisées comme fondements à la promotion d'une conception extensive des obligations des associés. Partant, l'associé est très justement un « *outil indispensable tantôt au redressement de la société, tantôt à l'apurement du passif social* »¹⁷⁹⁴. Or, cette qualification doctrinale d'« obligation de sauvetage » ou de « soutien » de la société en difficulté pourrait être mobilisée pour caractériser la « potentialité » non réifiée en lien de droit contraignant entre les associés et la société en difficulté, donc *in fine* en obligation. Si pour Monsieur COUTURIER les objectifs du droit des entreprises en difficulté aboutissent à la qualification d'obligation, le droit des entreprises en difficulté appréhende ici l'actif immatériel par sa valorisation en révélant une dimension particulière : la « potentialité ». Or, cette nouvelle valeur de l'actif ou d'actif doit dorénavant faire l'objet d'une qualification à la lumière des critères de qualification des droits personnels. Ce que Monsieur COUTURIER appelle « obligation de sauvetage » ou « obligation de soutien » correspond dans la présente étude à une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives¹⁷⁹⁵. Avec notre obligation innovante, les associés seraient davantage impliqués en droit des entreprises en difficulté, ce qui relativise le propos du Professeur LUCAS : « *le droit des entreprises en difficulté ne fait rien pour les intéresser au déroulement de la procédure. En amont, on leur reconnaît un vague pouvoir d'alerte propre à prévenir les difficultés de l'entreprise. En aval, presque rien [...] Ils ne sont pas ou peu consultés et s'il y a un représentant des salariés et un représentant des créanciers, il n'y a jamais eu de*

¹⁷⁸⁹ Le concept des devoirs de l'associé constitue d'ailleurs la thématique du 41^{ème} colloque annuel de l'association Droit & commerce organisé à Deauville les 8 et 9 avril 2016, ce qui souligne son importance scientifique.

¹⁷⁹⁰ V° cependant L. GODON, *Les obligations des associés*, *op. cit.*, n° 104 et s., p. 70 et s.

¹⁷⁹¹ T. FAVARIO, « L'associé, financier de la société en difficulté », *op. cit.*, étude 17.

¹⁷⁹² G. COUTURIER, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, Thèse précitée.

¹⁷⁹³ *Ibid.*, n° 627, p. 356.

¹⁷⁹⁴ A. CERATI-GAUTHIER, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *op. cit.*, spéc. n° 1.

¹⁷⁹⁵ *Infra*, n° 246 à 253.

représentant des associés »¹⁷⁹⁶. Sur le fondement des devoirs des associés, ces parties prenantes internes seraient effectivement débitrices d'une obligation économique qui contiendrait des « potentialités d'actif » affectées au redressement. Une frontière entre les devoirs des associés doit toutefois être tracée.

Il y a d'un côté un devoir général de loyauté¹⁷⁹⁷ des associés vis-à-vis de la société qui provient du contrat de société. « *Le devoir de loyauté est, à cet égard, une norme de comportement, qui implique la droiture, l'honnêteté, la fidélité aux engagements souscrits* »¹⁷⁹⁸. Aussi, la loyauté est « *un facteur d'efficacité économique* »¹⁷⁹⁹. Par exemple, l'exigence d'une concurrence loyale ou l'abstention d'actes de concurrence déloyaux¹⁸⁰⁰. Ce n'est pas le législateur¹⁸⁰¹ qui a introduit l'obligation de loyauté des associés, mais le juge¹⁸⁰². La doctrine est divisée, s'agissant du principe même d'un devoir de loyauté des associés¹⁸⁰³.

D'un autre côté, il y a un devoir spécifique de redressement des associés envers la société en difficulté provenant du bilan économique, social et environnemental. Or, ce devoir est composé de « potentialités d'actif » affectées à la norme économique des procédures collectives : les compétences, la notoriété, l'influence¹⁸⁰⁴.

Cependant, ce nouveau devoir économique des associés renommé ici « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » rencontre un obstacle d'ordre notionnel qui risque d'empêcher la caractérisation d'un lien de droit contraignant entre ces derniers et la société en difficulté. En effet,

¹⁷⁹⁶ F-X. LUCAS, « Les associés et la procédure collective », in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », Colloque du CRAJEFE, LPA, 9 janvier 2002, n° spéc. p. 7, spéc. n° 2 et s.

¹⁷⁹⁷ L. AYNES, « L'obligation de loyauté », in *Archives de philosophie du droit*, 2000, p. 197, spéc. n° 44 : « *La loyauté exige de ne pas tromper, ne pas mentir. Mais surtout, adopter une attitude cohérente, une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite. En ce sens, le contraire de la loyauté est la duplicité, l'attitude double qui égare autrui et ruine ses prévisions (...)* ».

¹⁷⁹⁸ G. TERRIER, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », in « Les devoirs de l'actionnaire », 41^{ème} Colloque annuel de l'association Droit et Commerce à Deauville les 8 et 9 avril 2016, GP, 6 juin 2016, n° hors-série 2, p. 24.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰⁰ D'après la jurisprudence, sauf stipulation contraire, l'associé n'est, en cette qualité, pas tenu de s'abstenir de faire concurrence à la société et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux. En clair, l'associé n'est pas débiteur d'une obligation de non-concurrence envers la société. V° Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.407 ; Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-23.888 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-25.237.

¹⁸⁰¹ Sauf l'article 1833, alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose que la société « *doit être constituée dans l'intérêt commun des associés* ».

¹⁸⁰² Cass. com., 15 novembre 2011, n° 10-15.049, Bull. civ, IV, n° 188, RJDA 2/12, n° 164 ; Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.407 ; Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-23.888.

¹⁸⁰³ Sur l'admission du principe, V° : B. DONDERO et P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2019, n° 158 et s., p. 134 et s. ; Sur la négation du principe, V° B. FAGES et D. PORACCHIA, « Fiduciary Duty of Loyalty in French Company Law », RTDF 2014, p. 51, n° 3 ; J-M. GARINOT, « La loyauté en droit des sociétés : une obligation en clair-obscur », RLDA, mars 2014, n° 91, p. 60.

¹⁸⁰⁴ *Supra*, n° 120.

la portée juridique du concept des devoirs des associés est de façon générale amoindrie par la doctrine. « *En réalité, ce devoir relève, sinon d'un vœu pieux, au mieux d'un slogan syndical ou de la rhétorique politique, mais non d'une obligation juridique* »¹⁸⁰⁵. Dans la même veine, « *l'expression n'est qu'un slogan dépourvu de portée juridique* »¹⁸⁰⁶. Aussi, il faut citer l'article 1836, alinéa 2 du Code civil sur le principe d'intangibilité des engagements des associés qui énonce que : « *En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ». Cet article du droit des sociétés est freiné par un dispositif du droit des entreprises en difficulté : l'article L. 631-19-2 du Code de commerce sur l'obligation de soutien des associés, sous peine d'une cession des droits sociaux en raison de l'intérêt de l'entreprise¹⁸⁰⁷. Pour rappel, l'exposé du caractère de lien de droit contraignant est à l'origine de la distinction entre les obligations juridiques/civiles et les obligations morales/naturelles¹⁸⁰⁸. A l'inverse des premières, les obligations morales/naturelles ne sont pas assorties d'un lien de droit contraignant. En particulier, les obligations naturelles ne sont pas susceptibles d'exécution forcée. C'est pourquoi, elles ne peuvent pas être considérées *stricto sensu* comme des obligations juridiquement sanctionnées. « *L'obligation naturelle est en quelque sorte incomplète : elle est bien un titre juridique permettant de recevoir une prestation d'un autre (debitum), mais elle n'est pas habillée de la contrainte juridique, elle n'ouvre pas droit à une action en justice (obligatio)* »¹⁸⁰⁹. Or, Monsieur COUTURIER estime que l'« obligation de sauvetage » ou de « soutien » de la société en difficulté est un devoir de l'associé qui comprend une « obligation naturelle de soutien de la société en difficulté »¹⁸¹⁰. « *L'obligation de soutien d'une société en difficulté nous semble effectivement relever d'un devoir moral de l'associé. Le devoir d'actionnaire comporte bien une obligation, mais il ne s'agit pas d'une obligation civile puisque celle-ci est dépourvue de sanction ; en d'autres termes elle comporte un debitum mais sans obligatio. L'obligation de soutien d'une société en difficulté constitue par conséquent une obligation naturelle* »¹⁸¹¹. Dans cette hypothèse, le devoir économique de l'associé s'oppose à la qualification d'obligation juridique/civile. « *La notion de devoir relève de l'ordre de la morale* »¹⁸¹². Cette remarque est formulée en philosophie. « *S'il faut*

¹⁸⁰⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^{ème} éd., 2019, n° 1112, p. 458.

¹⁸⁰⁶ F-X. LUCAS, « Les associés et la procédure collective », *op. cit.*, n° spécial, p. 7, spéc. n° 13, p. 10.

¹⁸⁰⁷ F-X. LUCAS, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, septembre 2015, n° 5, p. 317.

¹⁸⁰⁸ *Supra*, n° 227.

¹⁸⁰⁹ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 45, p. 38.

¹⁸¹⁰ G. COUTURIER, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 359-364.

¹⁸¹¹ *Ibid*, n° 640, p. 363-364.

¹⁸¹² A. COURET, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés » in « Les devoirs de l'actionnaire », 41^{ème} Colloque annuel de l'association Droit et Commerce à Deauville les 8 et 9 avril 2016, *GP*, 6 juin 2016, n° hors-série 2, p. 14, spéc. n° 1.

obéir par force, on n'a pas besoin d'obéir par devoir »¹⁸¹³. « *Le devoir c'est ce qu'on exige des autres* »¹⁸¹⁴. Ce postulat est au demeurant corrigé par la possibilité de transformer une obligation naturelle en obligation civile aux termes de l'article 1100, alinéa 2 du Code civil : « *Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* ». Cela revient à « juridiciser » le devoir économique de l'associé en obligation civile. Comme le soulève le doyen RIPERT, l'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile¹⁸¹⁵. Elle « *est à la porte du système juridique, elle peut l'intégrer* »¹⁸¹⁶. En atteste l'obligation alimentaire entre collatéraux¹⁸¹⁷. Dans notre perspective, il pourrait être opportun de doter l'« obligation naturelle affectée à l'*intuitu economicae* » d'une force juridique contraignante. En effet, les associés pourraient participer volontairement à l'exécution du redressement de la société en difficulté *via* les « potentialités d'actif » affectées à la norme économique des procédures collectives. Ainsi métamorphosées en obligations civiles du fait de l'exécution volontaire des associés, les « potentialités » rattachées au devoir économique de l'associé seraient munies du premier caractère de l'obligation : un lien de droit contraignant.

230. Les devoirs du dirigeant en droit des entreprises en difficulté. Le concept des devoirs des associés pourrait de plus constituer une étape préliminaire au développement *ratione personae* des devoirs en droit des entreprises en difficulté. En effet, cette règle de conduite pourrait être applicable par analogie au dirigeant de l'entreprise en difficulté. Selon la même optique, les devoirs du dirigeant pourraient donner lieu à une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives comprenant des « potentialités » à valeur positive et des « potentialités » à valeur négative, d'où la caractérisation d'un lien de droit contraignant entre le dirigeant et l'entreprise en difficulté. En définitive, les devoirs du dirigeant en droit des entreprises en difficulté sont sujets à une double appréhension : positive et négative.

Il est certain que les aptitudes personnelles du dirigeant à être un « bon patron » jouent positivement un rôle en faveur de la pérennité de l'entreprise. « *La gestion d'une structure juridique, quelle qu'elle soit, exige de sérieuses et de multiples compétences* »¹⁸¹⁸. En particulier, le dirigeant de l'entreprise en difficulté est titulaire non seulement de compétences techniques, mais

¹⁸¹³ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

¹⁸¹⁴ A. DUMAS fils, *Denise*, 1885.

¹⁸¹⁵ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, n° 186 et s., p. 363 et s.

¹⁸¹⁶ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 47, p. 38.

¹⁸¹⁷ Cass. req., 7 mars 1911, DP 1913. 1. 404 ; Cass. civ., 1^{ère}, 4 janvier 2005, D. 2005. 1393 ; 23 mai 2006, RTD civ. 2007. 119 ; 17 octobre 2012, D. 2013. 44 ; Cass. civ., 1^{ère}, 11 octobre 2017, n° 16-24.533.

¹⁸¹⁸ C. DELATTRE, « Le dirigeant fautif », in « Loi de sauvegarde des entreprises – Risques et responsabilités en droit des procédures collectives », Colloque à Caen le 15 octobre 2010, RPC novembre 2010, n° 6, art. 8, spéc. n° 1.

également et surtout de compétences douces/*soft skills*¹⁸¹⁹ pouvant englober des « potentialités d'actif » affectées à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives. Des exemples tirés de l'actualité abondent en ce sens¹⁸²⁰. En substance, deux devoirs incombant au dirigeant doivent être différenciés.

Certes, le dirigeant est tenu à un devoir général de loyauté vis-à-vis de la société¹⁸²¹ dans l'exécution de son mandat social¹⁸²² en lien avec la bonne foi de l'article 1104 du Code civil. Cette obligation est consubstantielle à la finalité des fonctions du dirigeant, c'est-à-dire à la poursuite de l'intérêt social¹⁸²³. Conformément à la théorie de la représentation, cette partie prenante doit agir au mieux des intérêts de la société en apportant l'activité et la diligence¹⁸²⁴ nécessaires à la réalisation de l'objet social¹⁸²⁵. L'obligation de loyauté du dirigeant envers la société recense une obligation de non-concurrence lui prohibant d'exercer une activité concurrente à celle-ci¹⁸²⁶. Dans un arrêt récent du 12 avril 2016, la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu un préjudice né de l'obligation pour le dirigeant de consacrer du temps à des tâches autre que le développement de l'activité de la société¹⁸²⁷. Or, ces deux exemples révèlent, à notre avis, des « potentialités d'actif » sous-jacentes au devoir général de loyauté du dirigeant qui ne sont, au demeurant, pas révélées par le bilan en droit des entreprises en difficulté. Cela signifie donc que les « potentialités d'actif » ont un double fondement : le contrat de société en droit des sociétés d'une part et le bilan en droit des entreprises en difficulté d'autre part.

Mais surtout, le dirigeant serait redevable envers l'entreprise en difficulté d'un devoir spécial de redressement révélé par le bilan économique, social et environnemental. Ce devoir économique

¹⁸¹⁹ *Supra*, n° 174.

¹⁸²⁰ V° : E. BOTTA, « La seconde vie de Lejaby », site l'expansion.lexpress.fr, 2018 ; Ph. LEGUELTEL, « A Caen, la madeleine Jeannette a retrouvé le bon goût d'hier », site lesechos.fr, 2019.

¹⁸²¹ Cass. com., 24 février 1998, *Bull. Joly* 1998. 813, note. B. PETIT ; Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *BJS*, août 2004, 1114, note. D. SCHMIDT (hypothèse où le dirigeant n'est pas directement partie à la cession, mais seulement intéressé en tant que dirigeant de la société cessionnaire) ; Le devoir de loyauté du dirigeant joue également à l'égard des associés : Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241 ; *RTD com.* 1999. 273, obs. H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly* 1996. 485, note. A. COURET ; *JCP E* 1996, II, 838, note. D. SCHMIDT et N. DION ; *JCP* 1996, II, 22665, note. J. GHESTIN ; *D.* 1996. 518, note. Ph. MALAURIE.

Sur le devoir de loyauté du dirigeant, B. DAILLE-DUCLOS, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E* 1998. 1486 ; H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999. 273 ; J.-J. CAUSSAIN, « A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », in *Études offertes à Barthélemy MERCADAL*, éd. F. Lefebvre, 2002, p. 303 s. ; K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, Thèse, Rennes 1, 2011.

¹⁸²² B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 308, p. 207 : « La loyauté semble être un devoir du mandataire social comme elle est un devoir du mandataire ».

¹⁸²³ S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Thèse, préf. P. LE CANNU, IRJS éd. 2009, tome 18, n° 168 et s.

¹⁸²⁴ E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de société (droit français et anglais)*, Thèse, préf. A. TUNC, LGDJ, 1998.

¹⁸²⁵ V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 181, p. 118.

¹⁸²⁶ Ce qui n'est pas forcément le cas quand le dirigeant accepte un emploi au sein d'une société concurrente : Cass. com., 8 février 2017, n° 15-17.904, *revue des sociétés* 2017. 290, obs. P. PISONI.

¹⁸²⁷ Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-29.483, *Bull. Joly*, octobre 2016, 616, note. S. MESSAI-BAHRI.

caractérise une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives prenant en compte les « potentialités d'actif ». A titre de rappel, le dirigeant doit remporter un marché, remplir un carnet de commandes, donner confiance aux clients et aux fournisseurs, digitaliser sa structure, motiver ses salariés à l'égard de l'entreprise en difficulté¹⁸²⁸. Lorsque ce devoir est respecté, le dirigeant n'est pas sanctionné. En effet, le plan de sauvegarde prévoit le principe du maintien des dirigeants dans l'entreprise sauvegardée¹⁸²⁹. Dès lors, le dirigeant jouit d'une « véritable immunité... tant qu'une procédure de sauvegarde est en cours, et... quelle que soit la nature de la sanction (ou tant que le plan s'exécute) »¹⁸³⁰.

Au-delà d'une appréhension positive, les devoirs du dirigeant en droit des entreprises en difficulté sont avant tout appréhendés négativement. Or, un tel raisonnement par la négative est couramment adopté par la pratique¹⁸³¹. Quand le dirigeant ne respecte pas son devoir de redressement vis-à-vis de l'entreprise en difficulté, il y a un manquement qui peut générer une sanction. Identifiée en « potentialité du passif » par le bilan d'entreprise dans l'origine des difficultés de l'entreprise au sens de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce¹⁸³², l'inaptitude personnelle du dirigeant est une contrainte impliquant les difficultés de l'entreprise qui doit être pour cette raison sanctionnée. Il s'agit pour illustration du non-paiement d'une créance importante, de la perte brutale d'un marché, du sureffectif, de la tardiveté du développement du commerce en ligne¹⁸³³. Afin de parer à la carence du dirigeant dans l'accomplissement de son devoir économique, le plan de redressement contient une mesure d'éviction à l'article L. 631-19-1 du Code de commerce¹⁸³⁴. Ce faisant, cette disposition est une « mesure patrimoniale non fondée sur la faute et ne se présente pas comme une sanction »¹⁸³⁵.

Par contre, la défaillance du dirigeant dans l'exercice de son « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives peut être réellement sanctionnée sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce au moyen d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif¹⁸³⁶. « Aussi, la défaillance d'une société laissant apparaître une insuffisance d'actif justifie que l'on scrute le comportement de ses dirigeants, de façon à engager la responsabilité de ceux

¹⁸²⁸ *Supra*, n° 113, 120.

¹⁸²⁹ *Supra*, n° 174.

¹⁸³⁰ C. REGNAUT-MOUTIER, « Les dirigeants de société », *op. cit.*, 159.

¹⁸³¹ C'est ce qu'il ressort de rendez-vous pris avec des professionnels du droit des entreprises en difficulté.

¹⁸³² *Supra*, n° 109.

¹⁸³³ *Supra*, n° 113, 120.

¹⁸³⁴ *Supra*, n° 186.

¹⁸³⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1672, p. 772.

¹⁸³⁶ *Infra*, n° 326 à 338.

dont le comportement apparaîtrait blâmable »¹⁸³⁷. Ici, le devoir du dirigeant est appréhendé négativement par le vecteur de la faute de gestion¹⁸³⁸. Sanctionné comme une obligation civile, le non-respect du devoir de redressement par le dirigeant instaure par conséquent un lien de droit contraignant entre celui-ci et l'entreprise en difficulté.

Ainsi, le devoir économique du dirigeant de l'entreprise en difficulté incluant des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » affectées à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives constitue une obligation en raison de l'applicabilité du premier caractère de l'obligation : un lien de droit contraignant.

231. Les devoirs des salariés en droit des entreprises en difficulté. Après les associés et le dirigeant, les salariés sont également investis de devoirs particuliers en droit des entreprises en difficulté, lesquels mettent en avant une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Or, les devoirs de cette partie prenante réunissent des « potentialités » distinctes du contrat de travail, étant donné leur révélation par le bilan social en droit des entreprises en difficulté. Partant, le développement des devoirs des salariés en droit des entreprises en difficulté encourage la qualification de l'actif immatériel en obligation par l'apparition d'un lien de droit contraignant entre ceux-ci et l'entreprise en difficulté.

Depuis la loi du 25 janvier 1985¹⁸³⁹, les salariés sont effectivement associés aux procédures collectives¹⁸⁴⁰, qu'il s'agisse du stade amiable ou judiciaire¹⁸⁴¹. Le droit des entreprises en difficulté reconnaît effectivement l'« *intégration des salariés dans l'activité économique de l'entrepreneur* »¹⁸⁴². « Il peut être avancé qu'ils constituent, aux côtés de l'entrepreneur, des acteurs de l'entreprise quand les autres créanciers sont les partenaires de celle-ci »¹⁸⁴³. De même, les salariés « ont d'abord été érigés en véritables acteurs de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires »¹⁸⁴⁴.

¹⁸³⁷ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 291, p. 291.

¹⁸³⁸ *Infra*, n° 336, 337.

¹⁸³⁹ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹⁸⁴⁰ D'après le Doyen HOUIN, la loi de 1985 est faite pour les salariés : R. HOUIN, Rapp. introductif in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com*, n° spécial, 1986, p. 11 ; R. BADINTER, « Les ambitions du législateur », in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com*, n° spécial, 1986, p. 3 ; A. LYON-CAEN, « Les orientations générales de la réforme », *Ann. Univ. Toulouse*, t. 34, p. 13 : « *Fini l'ostracisme injuste dont étaient frappés les salariés. L'entrée de leurs représentants dans la procédure correspond à une exigence, le sort de leur emploi dépend du sort de l'entreprise* »

¹⁸⁴¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 55, p. 41.

¹⁸⁴² J-F. CESARO, « Entreprises en difficulté : salariés », op. cit., n° 1.

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Situation des salariés », *Fasc. 2430, JurisClasseur Commercial*, 2019, n° 1.

Acteurs des procédures collectives, les salariés sont, à notre sens, débiteurs de devoirs en droit des entreprises en difficulté. « *L'objet du contrat de travail consiste, en effet, non à mettre en œuvre une prestation de service déterminée (il se confondrait à défaut avec celui du contrat d'entreprise) mais un ensemble indéterminé de prestations au service d'une activité économique* »¹⁸⁴⁵. Si dans l'exécution de bonne foi du contrat de travail¹⁸⁴⁶, les salariés se voient imposer un devoir de loyauté¹⁸⁴⁷, ils auraient l'obligation d'accomplir des devoirs économiques en droit des entreprises en difficulté. En effet, le bilan social est l'équivalent d'un bilan humain dans lequel le potentiel est diagnostiqué sur des données qualitatives¹⁸⁴⁸. Or, ce volet social du bilan révèle l'existence de « potentialités de l'actif », telles que le savoir-faire et de « potentialités d'actif » affectées à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives, dont les compétences, la qualification des salariés, l'ambiance sociale générale attachée à la marque employeur, etc¹⁸⁴⁹.

Ainsi, la mise en œuvre de toutes ces « potentialités » à valeur positive par les salariés pourrait donner naissance aux devoirs économiques constitutifs d'une obligation spécifique en raison d'un lien de droit contraignant entre cette partie prenante et l'entreprise en difficulté.

232. Le devoir environnemental de l'entreprise en difficulté. A côté des devoirs des associés, du dirigeant et des salariés coexiste le devoir environnemental de l'entreprise en difficulté. En effet, ce dernier devoir intègre une créance environnementale et une dette de pollution qui ont été identifiées soit en « potentialité de l'actif » pour l'une, soit en « potentialité de passif » pour l'autre par le bilan environnemental¹⁸⁵⁰. Partant, cet aspect du devoir environnemental de l'entreprise en difficulté doit être mis en perspective avec le caractère de lien de droit contraignant intrinsèque à l'obligation. Or, il est aisé de qualifier cet objet d'étude en obligation, tant la contrainte environnementale est réglementée en droit des entreprises en difficulté. En effet, des obligations environnementales pèsent sur l'entreprise en difficulté¹⁸⁵¹, d'où l'idée d'un droit des entreprises en difficulté « *inféodé au droit de l'environnement ?* »¹⁸⁵². « *L'existence d'une atteinte certaine ou potentielle à l'environnement de la part d'une entreprise, le plus souvent une installation classée*

¹⁸⁴⁵ J-F. CESARO, « Entreprises en difficulté : salariés », *op. cit.*, n° 1.

¹⁸⁴⁶ V° l'article L. 1222-1 du Code du travail : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

¹⁸⁴⁷ En effet, le salarié doit s'abstenir de tout acte de concurrence pour son compte personnel, sous peine d'être licencié pour faute grave ou faute lourde : Cass. soc., 30 juin 1988, LEXILASER. De plus, il ne doit pas utiliser les moyens de l'entreprise pour détourner la clientèle, des produits ou des commandes en sa faveur : Cass. soc., 31 mai 1990, LEXILASER.

¹⁸⁴⁸ *Supra*, n° 84.

¹⁸⁴⁹ *Supra*, n° 115, 120.

¹⁸⁵⁰ *Supra*, n° 116, 120, 158, 159.

¹⁸⁵¹ B. ROLLAND, « Environnement et procédures collectives », *Fasc. 3250, JCI Procédures collectives*, 2018, n° 3.

¹⁸⁵² D. VOINOT, « Le droit de l'entreprise en difficulté : un droit inféodé au droit de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 239 et s.

pour la protection de l'environnement (ICPE) placée en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, entraîne des obligations particulières. Chronologiquement, il existe plusieurs obligations qui visent plus ou moins directement la protection de l'environnement »¹⁸⁵³.

Au stade du bilan environnemental, certaines entreprises sont assujetties à l'obligation de bâtir ce document sur le fondement de l'article L. 623-1, alinéa 3 du Code de commerce¹⁸⁵⁴. Il s'agit des entreprises qui exploitent une installation classée au sens de l'article L. 511-1 du Code de l'environnement. Partant, l'annexe 6-1 du livre VI (annexe à l'article A 623-1) du Code de commerce enseigne la marche à suivre dans l'élaboration d'un bilan environnemental à l'appui de deux modèles établis soit par le débiteur, soit par le technicien. Qu'il soit « *réalisé à la demande de l'administrateur par le débiteur ou par un technicien désigné par le juge-commissaire* »¹⁸⁵⁵, l'objet du bilan environnemental est systématiquement normé à la lecture de l'article R. 623-2, alinéa 2 du Code de commerce. « *Ce bilan porte sur l'identification et la description du ou des sites où sont exploités la ou les installations classées et de leur environnement, l'existence de pollutions potentielles, les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises, prévues ou à prendre et les mesures réalisées afin de surveiller l'impact de l'exploitation sur l'environnement* ». Il en ressort alors une obligation de dépollution ou de remise en état à travers « *les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises, prévues ou à prendre et les mesures réalisées* » déterminant le caractère de lien de droit contraignant conféré au devoir environnemental de l'entreprise en difficulté.

Au-delà du bilan environnemental, un particulier peut demander la réparation du préjudice environnemental causé par l'exploitation d'un site pollué par une entreprise en difficulté. C'est en ce sens que l'article L. 514-20 du Code de l'environnement a institué une obligation d'information du vendeur d'un site pollué vis-à-vis de l'acheteur, dont la teneur porte sur l'existence d'une pollution affectant le bien vendu. L'inexécution de cette obligation engage la responsabilité de l'administrateur judiciaire¹⁸⁵⁶. En la matière, la charge de dépollution n'est pas transférée au nouveau propriétaire, étant donné que seul le dernier exploitant demeure tenu de l'obligation de remise en état¹⁸⁵⁷.

Ainsi, l'adoption de ce dispositif contraignant confirme la qualification du devoir environnemental de l'entreprise en difficulté en obligation du fait du caractère de lien de droit contraignant.

¹⁸⁵³ B. ROLLAND, « Environnement et procédures collectives », *op. cit.*, n° 3.

¹⁸⁵⁴ B. ROLLAND, « Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial (après la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003) », *op. cit.*, comm. 333, p. 367 ; D. VOINOT, « Le bilan environnemental dans la procédure collective », *Dr. env.*, décembre 2004, n° 127, p. 280.

¹⁸⁵⁵ Article R. 623-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹⁸⁵⁶ Cass. com., 30 novembre 2010, n° 09-71.954, *RPC* 2011, comm. 122, obs. J-Ph. RUFFIE.

¹⁸⁵⁷ B. ROLLAND, « Environnement et procédures collectives », *op. cit.*, n° 62.

233. Transition. L'applicabilité de la définition de l'obligation aux « potentialités » non réifiées est mesurée à partir des caractères de l'obligation, dont le lien de droit contraignant en constitue le premier. Après avoir été exposé au sens du droit des obligations, ce caractère est rapporté au droit des entreprises en difficulté par le biais du concept des devoirs. Or, l'essor des devoirs des associés, du dirigeant, des salariés et de l'entreprise débitrice contribue à la reconnaissance d'une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives qui comprend certaines « potentialités » en germe, dont la valeur est positive ou négative. Appliquer la définition de l'obligation à celles-ci requiert d'en caractériser les sujets.

B. Un lien de droit personnel

234. Exposé du caractère en droit des obligations. Le deuxième caractère de définition de l'obligation accroît la nature de droit personnel attribuée à l'obligation. En effet, l'obligation est caractérisée par un lien de droit entre deux personnes. Autrement dit, l'identification des sujets de l'obligation est indispensable à la caractérisation de l'obligation¹⁸⁵⁸. Le droit personnel crée un rapport juridique entre un sujet actif – le créancier et un sujet passif – le débiteur¹⁸⁵⁹. « *La notion d'obligation désigne ainsi le rapport juridique analysé sous ses deux angles : envisagée de celui qui est en droit d'exiger quelque chose de l'autre, elle s'identifie au droit de créance ; envisagée du côté de celui qui doit exécuter, elle s'identifie à la dette* »¹⁸⁶⁰. Ce second caractère de définition de l'obligation est fondamental, car il intervient dans la *summa divisio* entre les droits personnels et les droits réels, c'est-à-dire entre les obligations et les biens. Si l'obligation lie les personnes entre elles, les droits réels lient les personnes aux choses. Dès lors, « *l'obligation est un lien de droit, non pas entre une personne et une chose comme le droit de propriété, mais entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation ou une abstention* »¹⁸⁶¹ ou « *si le droit réel est celui qui donne à une personne un pouvoir direct sur une chose (jus in re), tel le droit du propriétaire d'une maison qui l'habite, le droit de créance ou droit personnel est le droit qu'a une personne, appelée créancier, d'exiger une certaine prestation d'une autre personne, le débiteur* »¹⁸⁶². Aussi, l'exigence d'un lien de droit personnel entre le créancier et le débiteur commande l'effet relatif du droit personnel sur le fondement de l'article 1199 du Code civil. Techniquement, le lien de droit entre le sujet actif et le sujet passif de l'obligation n'a d'effet

¹⁸⁵⁸ Ce faisant, les auteurs de la conception objective de l'obligation sont hostiles à la caractérisation personnelle de l'obligation. Pour eux, la notion d'obligation est rattachée à la valeur économique.

¹⁸⁵⁹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 111, p. 51.

¹⁸⁶⁰ Y. PICOD, « Obligations », *op. cit.*, n° 27.

¹⁸⁶¹ Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 2, p. 1.

¹⁸⁶² *Ibid*, n° 3, p. 2.

qu'à l'égard du créancier et du débiteur¹⁸⁶³. Cet effet du droit personnel le distingue de l'opposabilité *erga omnes* du droit réel.

235. Applicabilité du caractère en droit des entreprises en difficulté. Si l'actif immatériel peut être qualifié en obligation, appliquons le second caractère de lien de droit personnel aux « potentialités » non réifiées qui sont affectées à la norme économique des procédures collectives.

Précédemment¹⁸⁶⁴, nous avons vu que les « potentialités » en germe révélées par le bilan d'entreprise pouvaient être plus ou moins appréhendées en obligations contraignantes à partir du concept des devoirs qui tend à se généraliser à plusieurs parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. Ceci impose maintenant l'identification des deux sujets de notre obligation économique : d'une part, le créancier et d'autre part, le débiteur.

Primo, dans le concept des devoirs des associés sont identifiés la société en difficulté/créancière et les associés/débiteurs du rapport d'obligation. Quoi qu'il en soit, l'identification du créancier et du débiteur est immuable, qu'il s'agisse du devoir de loyauté au sens du droit des sociétés ou du devoir de redressement au sens du droit des entreprises en difficulté. Ces devoirs contiennent dans les deux cas des « potentialités d'actif »¹⁸⁶⁵ affectées au redressement de l'entreprise.

Secundo, le concept des devoirs du dirigeant vis-à-vis de l'entreprise en difficulté raisonne à l'identique de celui des associés envers la société en difficulté. En effet, le dirigeant doit accomplir un devoir de loyauté envers la société, ainsi qu'un devoir de redressement envers l'entreprise en difficulté aux termes desquels ressortent des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » affectées à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives¹⁸⁶⁶. Dès lors, les devoirs du dirigeant en droit des entreprises en difficulté font naître une obligation en raison de l'existence d'un lien de droit personnel entre deux sujets : un sujet actif – la société/l'entreprise en difficulté et un sujet passif – le dirigeant.

Tertio, les salariés sont débiteurs d'obligations vis-à-vis de l'entreprise défaillante en droit des entreprises en difficulté. Conformément à l'exécution du contrat de travail, les salariés ont une obligation de loyauté à l'égard de leur employeur. Mais surtout, ils se voient confier des devoirs sociaux, c'est-à-dire des « potentialités de l'actif » et des « potentialités d'actif » révélées par le bilan social en droit des entreprises en difficulté qui sont affectées à la finalité économique¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶³ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 115, p. 52.

¹⁸⁶⁴ *Supra*, n° 228.

¹⁸⁶⁵ *Supra*, n° 229.

¹⁸⁶⁶ *Supra*, n° 230.

¹⁸⁶⁷ *Supra*, n° 231.

Ainsi, le lien de droit personnel est caractérisé dans les devoirs des salariés en droit des entreprises en difficulté, dans la mesure où il existe un créancier – l'entreprise en difficulté et un débiteur – les salariés. En résumé, le concept des devoirs des salariés en droit des entreprises en difficulté nous permet d'identifier à la fois un sujet actif et un sujet passif du rapport d'obligation.

Si l'entreprise en difficulté est traitée systématiquement comme le sujet actif des devoirs des associés, du dirigeant et des salariés, elle devient en revanche débitrice au titre de son devoir environnemental, et notamment de la dette de pollution nommée « potentialité de passif »¹⁸⁶⁸. Selon le Professeur VOINOT, l'identification du débiteur du devoir environnemental est inchangée *a contrario* de la personne du créancier. « *Appliquer cette définition à l'environnement revient à chercher quelle personne (le créancier) peut exiger d'une autre personne (le débiteur) de fournir une prestation en rapport avec l'environnement. Au débiteur correspond l'entreprise en difficulté. S'agissant du créancier cela peut être aussi bien l'Etat en charge du respect des intérêts protégés par le droit de l'environnement, qu'une personne de droit privé qui subit ou risque de subir un préjudice du fait de l'environnement* »¹⁸⁶⁹. Ainsi, le devoir environnemental de l'entreprise en difficulté est caractérisé comme un lien de droit personnel, donc *in fine* comme une obligation.

Finalement, l'identification des sujets de l'actif immatériel et du passif immatériel révélés en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental est possible. Qualifiées en obligations, certaines « potentialités » à valeur positive et certaines « potentialités » à valeur négative affectées à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives disposent d'un créancier et d'un débiteur à la lumière du concept des devoirs des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. En conséquence, le second caractère de définition de l'obligation relatif au lien de droit personnel est applicable aux « potentialités » non réifiées, d'où la qualification en obligation sous le prisme des devoirs en droit des entreprises en difficulté.

236. Conclusion de section. Pour qualifier l'actif immatériel en obligation, il convient de présenter la notion d'obligation. Or, celle-ci est définie par deux paramètres qui sont applicables aux « potentialités » non réifiées : la conception hybride de l'obligation et les caractères de l'obligation.

Tout d'abord, la notion d'obligation est définie selon une conception hybride. D'après la conception subjective, c'est le lien de droit entre le créancier et le débiteur à l'exclusion de tout rapport avec une *res* qui définit la notion d'obligation. Dans cette perspective, l'obligation prend la

¹⁸⁶⁸ *Supra*, n° 232.

¹⁸⁶⁹ D. VOINOT, « Le sort des créances dans la procédure collective, l'exemple de la créance environnementale », *op. cit.*, p. 581.

nature substantielle d'un droit personnel. Héritée du droit romain, la conception subjective de l'obligation est confirmée par le Code civil de 1804. A l'image de la conception objective, la notion d'obligation est définie par un lien de droit entre le patrimoine du créancier et le patrimoine du débiteur. En somme, l'obligation est conçue en tant qu'élément constitutif du patrimoine, soit comme créance, soit comme dette. Or, cette conception est la plus attractive. Le droit des entreprises en difficulté parvient à objectiver le rapport d'obligation à travers le contrat qui peut faire l'objet soit d'une continuation, soit d'une cession. Or, l'objectivation du contrat en droit des entreprises en difficulté permet de qualifier en obligation l'actif immatériel révélé en « potentialité d'actif »/contrat dans le bilan économique, social et environnemental.

Ensuite, la notion d'obligation est caractérisée par un *vinculum juris* entre le créancier et le débiteur. Appliquer cette définition aux « potentialités » non réifiées revient à rechercher non seulement un lien de droit contraignant, mais aussi un lien de droit personnel. L'opération consiste à exposer ces deux caractères de l'obligation en les confrontant au concept des devoirs des associés, du dirigeant, des salariés et de l'entreprise débitrice en droit des entreprises en difficulté. Abrutant des « potentialités » affectées au redressement de l'entreprise, le concept des devoirs des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté est le prélude à la reconnaissance d'une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Synonyme d'obligation, ce concept de devoir permet de dire que l'actif immatériel peut être finalement qualifié en obligation du fait d'un lien de droit contraignant combiné avec un lien de droit personnel.

La qualification de l'actif immatériel en obligation doit être clarifiée par son classement.

Section 2. L'applicabilité de la classification de l'obligation par l'objet aux « potentialités » non réifiées

237. La reconsidération de la distinction des obligations de faire et de ne pas faire. La qualification d'obligation, dont l'occurrence voisine est le devoir¹⁸⁷⁰, au profit de certaines « potentialités » à valeur positive (créances) et « potentialités » à valeur négative (dettes) en germe qui ne sont pas réifiées dans le bilan économique, social et environnemental n'est pas suffisante. En effet, la nature juridique doit être précisée, dans la mesure où il existe une diversité d'obligations. Reprenons la définition de l'obligation émise par le doyen CORNU : « *En un sens technique, face passive du droit personnel (ou droit de créance) ; lien de droit (vinculum juris) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une*

¹⁸⁷⁰ *Supra*, n° 227, 228.

ou plusieurs autres – le ou les créanciers »¹⁸⁷¹. A ce titre, la « prestation » doit être mise en parallèle avec les « potentialités » non réifiées qui sont qualifiées en obligations à partir du concept des devoirs en droit des entreprises en difficulté. Pour ce faire, un éclairage de la classification de l'obligation doit être fait. Or, trois critères ont vocation à classer cette notion : la source, l'effet et l'objet¹⁸⁷². C'est la classification de l'obligation par l'objet qui s'applique généralement aux « potentialités » non réifiées, et spécialement la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire. Si ces dernières sont assimilées classiquement à des obligations de faire ou de ne pas faire (§1), le temps est propice à la reconsidération de la dichotomie entre les obligations de faire et de ne pas faire. Face à la suppression de cette distinction par la réforme du droit des obligations, nous souhaitons reconnaître l'existence d'une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives (§2).

§1. L'assimilation classique des « potentialités » non réifiées à des obligations de faire ou de ne pas faire

238. Méthode employée. Avant de rendre applicable la « principale et la plus classique »¹⁸⁷³ classification de l'obligation par l'objet aux « potentialités » non réifiées en droit des entreprises en difficulté – mineure du syllogisme (B), exposons la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire en droit des obligations – majeure du syllogisme sur la qualification de l'actif immatériel en obligation (A).

A. Exposé de la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire en droit des obligations

239. Avant la réforme de 2016. Sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016¹⁸⁷⁴, le Code civil connaissait la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire. Traduction de la « vérité éternelle »¹⁸⁷⁵, elle était la « base de la réglementation des effets de l'obligation »¹⁸⁷⁶ (article 1136 à 1145 du Code civil), bien qu'elle soit consacrée par les anciens articles 1101 et 1126 du Code civil. L'ancien article 1101 du Code civil opposait à propos de la

¹⁸⁷¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Obligation.

¹⁸⁷² Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 142 et s., p. 65 s.

¹⁸⁷³ *Ibid.*, n° 147, p. 66.

¹⁸⁷⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁸⁷⁵ Selon les propos de FAVART rapportés par P-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 13, Paris, 1827, p. 46.

¹⁸⁷⁶ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 147 et s., p. 66 s.

définition du contrat les obligations de faire aux obligations de ne pas faire. Il y était inscrit que : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Quant à l'ancien article 1126 du Code civil afférent à l'objet du contrat, il prévoyait que : « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ». En d'autres termes, la classification de l'obligation par l'objet était assise sur la nature de la prestation¹⁸⁷⁷ : faire, ne pas faire, donner. « *Les obligations de faire ou de ne pas faire sont basées sur un concept de prestation, d'action active ou passive, de la part du débiteur* »¹⁸⁷⁸.

L'obligation de faire est « *la plus diversifiée des obligations* »¹⁸⁷⁹. Techniquement, cette obligation par l'objet engendre un acte positif, d'où la notion d'obligations positives¹⁸⁸⁰. « *Le constat qui s'impose est celui de l'hypertrophie, mais aussi de la grande hétérogénéité de la catégorie des obligations de faire. Elle embrasse les obligations de livrer une chose et celles d'accomplir une action ou de fournir une prestation* »¹⁸⁸¹.

Son « *antithèse* »¹⁸⁸² est l'obligation de ne pas faire – « *sans mystère* »¹⁸⁸³ qui met à la charge du débiteur une prestation négative, telle une obligation de non-concurrence.

En réalité, l'origine de la dichotomie entre les obligations de faire et de ne pas faire est ancienne, car elle est le fruit du droit romain¹⁸⁸⁴. L'intérêt résidait dans le régime de ces obligations, et notamment dans les modes de sanction de l'inexécution¹⁸⁸⁵. Dans ce cadre, l'ancien article 1142 du Code civil déclarait que : « *toute obligation de faire et de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Par déduction, le débiteur d'une obligation de donner était contraint à une exécution forcée en nature. Dès lors, les modes de sanction de l'inexécution n'étaient pas les mêmes selon le type d'obligation.

240. Depuis la réforme de 2016. La distinction traditionnelle entre les obligations de faire et de ne pas faire n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine. Contrairement à la réforme de 2016, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription de 2005¹⁸⁸⁶ a voulu maintenir la dichotomie entre les obligations de faire et de ne pas faire en droit des obligations. Quant à l'avant-

¹⁸⁷⁷ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année Les obligations 2020*, Dalloz, coll. HyperCours, 12^{ème} éd., 2019, n° 26, p. 12.

¹⁸⁷⁸ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 147, p. 66.

¹⁸⁷⁹ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 27, p. 31.

¹⁸⁸⁰ Ph. SIMLER, « Synthèse – Classification des obligations », *op. cit.*, n° 2.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, n° 3.

¹⁸⁸² L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 27, p. 31.

¹⁸⁸³ Ph. SIMLER, « Synthèse – Classification des obligations », *op. cit.*, n° 2.

¹⁸⁸⁴ PAUL, D. 44, 7, 3 Pr.

¹⁸⁸⁵ *Infra*, n° 318.

¹⁸⁸⁶ P. CATALA, « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006. 535.

projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (version de 2008)¹⁸⁸⁷, il a entériné ladite classification de l'obligation par l'objet en y apportant une précision¹⁸⁸⁸. Au demeurant, la version de 2009 a conservé les obligations de faire et de ne pas faire à l'exclusion de l'obligation de donner¹⁸⁸⁹. Finalement, l'ordonnance du 10 février 2016¹⁸⁹⁰ a « *franchi le pas* »¹⁸⁹¹. « *Sans doute, d'abord, comme pour la cause, pour de mauvaises raisons, à commencer par la volonté inexplicable d'afficher l'abandon de quelques notions ou distinctions jugées vieillottes* »¹⁸⁹². Le législateur « *a préféré taire cette distinction pour éviter de lui donner plus d'importance qu'elle ne doit en avoir* »¹⁸⁹³. La mise à l'écart de l'opposition entre les obligations de faire et de ne pas faire est effective par l'abrogation de l'article 1142 du Code civil à cause de « *sa règle stigmatisant l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire* »¹⁸⁹⁴. La notion d'exécution forcée en nature¹⁸⁹⁵ fait son entrée dans le Code civil au sein de la sous-section 2 (« L'exécution forcée en nature ») de la section 5 (« L'inexécution du contrat ») du chapitre IV (« Les effets du contrat ») du sous-titre Ier (« Le contrat ») du titre III (« Des sources d'obligations ») du livre III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil. S'agissant de l'obligation de donner, elle disparaît du Code civil, de sorte que le transfert de propriété de la chose opère *solo contractu* au sens des articles 1196 et suivants du Code civil sur l'effet translatif du contrat qui est désormais direct. « *Dans le prolongement du projet Terré, le nouveau droit des obligations consacre la thèse selon laquelle le transfert de propriété est un effet direct du contrat, et non le résultat d'une obligation de donner, censée être exécutée dès la rencontre des volontés* »¹⁸⁹⁶.

241. Transition. L'assimilation classique des « potentialités » non réifiées à des obligations de faire ou de ne pas faire implique au préalable l'exposé de la distinction entre les obligations de faire

¹⁸⁸⁷ R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats : premières observations », *JCP* 2008. I. 190 ; D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Héroult, sur le projet », *D.* 2008. 675 ; A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2008. 2609 ; M. FABRE-MAGNAN, « Réforme du droit des contrats : un très beau projet », *JCP* 2008. I. 199 ; « La réforme du droit français des contrats », *RDC* 2009. 265.

¹⁸⁸⁸ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 148, p. 67.

¹⁸⁸⁹ V° les articles 137 : « *Le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable.*

A défaut d'exécution forcée en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts » ; et 138 : « *La seule inobservation d'une obligation de ne pas faire peut donner lieu à des dommages et intérêts. Le créancier peut également exiger l'exécution en nature de cette obligation pour l'avenir* ».

¹⁸⁹⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁸⁹¹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 149, p. 67.

¹⁸⁹² Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 347, p. 389.

¹⁸⁹³ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 26, p. 31.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, n° 28, p. 32.

¹⁸⁹⁵ *Infra*, n° 319.

¹⁸⁹⁶ Y. PICOD, « Obligations », *op. cit.*, n° 58.

et de ne pas faire. Or, cette présentation intègre une donnée chronologique. Avant la réforme de 2016, la différence entre les obligations de faire et de ne pas faire se faisait en fonction de la nature de la prestation : accomplir un acte (obligation de faire), ne pas accomplir un acte (obligation de ne pas faire). Depuis la réforme de 2016, la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire est condamnée¹⁸⁹⁷, à tort¹⁸⁹⁸, semble-t-il.

« Pour autant, il n'est pas interdit de penser que l'on continuera à s'y référer »¹⁸⁹⁹, y compris dans notre démonstration sur la qualification de l'actif immatériel¹⁹⁰⁰ en obligation.

B. Identification des obligations de faire et de ne pas faire dans les devoirs en droit des entreprises en difficulté

242. La distinction évasive des obligations de faire et de ne pas faire. La classification de l'obligation par l'objet peut s'appliquer aux « potentialités » en germe qui ne sont pas réifiées dans le bilan économique, social et environnemental. Partant, les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative comprises dans les devoirs en droit des entreprises en difficulté peuvent-elles revêtir la qualification d'obligations de faire et de ne pas faire ? En réalité, c'est la catégorie des obligations de faire qui leur est principalement applicable, alors que la catégorie des obligations de ne pas faire leur est subsidiairement applicable. Techniquement, le périmètre extensif des obligations de faire et de ne pas faire est un avantage pour l'applicabilité de la classification de l'obligation par l'objet aux « potentialités » non réifiées. « La liste n'est pas limitative : ainsi, a-t-on pu voir derrière la distinction entre obligations de donner, faire et ne pas faire une distinction qui oppose les obligations ayant pour objet une chose et celles ayant pour objet un service, conformément à la formulation donnée par Gaius, laquelle prend tout son sens à la lecture du code de la consommation »¹⁹⁰¹. La compréhension large de la distinction entre les obligations de faire et

¹⁸⁹⁷ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JO 11 février, texte 25, V° objectifs de la réforme : « l'ordonnance abandonne certaines notions présentes dans le code actuel et historiquement très ancrées dans le droit français, mais (...) dont le maintien ne paraît pas nécessaire, telles que les obligations de faire, de ne pas faire, et de donner ».

¹⁸⁹⁸ Ph. CHAUVIRE, « Les nouvelles dispositions relatives aux effets du contrat », in « La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance », Colloque organisé par l'Institut François Génys et l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française à Nancy le 6 mai 2015, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2016, p. 43.

¹⁸⁹⁹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 149, p. 67.

¹⁹⁰⁰ En effet, « les notions qu'elle met en exergue demeurent encore pour partie pertinentes » (S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année Les obligations 2020*, op. cit., n° 25, p. 12) ou « il n'est guère certain que l'oblitération formelle de la distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, puisse suffire à entraîner sa disparition, tant elle exprime, non pas une idée, mais une réalité, qui n'a pas disparu avec la réforme : un contractant s'engage toujours, soit à transférer la propriété d'une chose, soit à en concéder l'usage, soit à réaliser un ouvrage ou un service, soit à s'abstenir d'un comportement ou d'une activité » (Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 347, p. 389).

¹⁹⁰¹ Y. PICOD, « Obligations », op. cit., n° 57.

de ne pas faire est davantage prégnante du point de vue des obligations de faire. Pour rappel, il s'agit de « *la plus diversifiée des obligations* »¹⁹⁰². Dilatée, la catégorie des obligations de faire est sujette à « *hypertrophie* »¹⁹⁰³, « *hétérogénéité* »¹⁹⁰⁴. Vérifions la physionomie évasive des obligations de faire et de ne pas faire à l'épreuve des devoirs en droit des entreprises en difficulté.

243. Identification des obligations de faire dans les devoirs en droit des entreprises en difficulté. L'assimilation classique des « potentialités » non réifiées à des obligations de faire suppose l'identification de la prestation tenant à un acte positif dans les devoirs en droit des entreprises en difficulté.

Concernant les devoirs des associés, on peut caractériser une obligation de faire entre les associés et la société qui réside en l'exercice d'une concurrence loyale sur le fondement du devoir de loyauté au sens du droit des sociétés¹⁹⁰⁵. Mais surtout, ils doivent participer au redressement de la société en difficulté par le biais de « potentialités d'actif » affectées à la norme économique des procédures collectives, en l'occurrence mettre en œuvre les compétences, la notoriété, l'influence au service de la société en difficulté¹⁹⁰⁶.

Dans les devoirs du dirigeant, il y a une pluralité d'obligations de faire. Au sens du droit des sociétés, il incombe au dirigeant un devoir de loyauté vis-à-vis de la société dans l'exécution de son mandat social qui se traduit par l'accomplissement d'une activité, d'une diligence¹⁹⁰⁷, donc *in fine* par l'accomplissement d'une obligation de faire. Au sens du droit des entreprises en difficulté, le devoir de redressement du dirigeant à l'égard de l'entreprise en difficulté prend derechef la forme d'une obligation de faire. En effet, les « potentialités d'actif » affectées au redressement consistent en la réalisation d'un acte positif : remporter un marché, remplir un carnet de commandes, donner confiance aux clients et aux fournisseurs, digitaliser la structure, motiver les salariés¹⁹⁰⁸.

Quant aux devoirs des salariés, ils sont investis non seulement d'un devoir de loyauté dans l'exécution du contrat de travail, mais également de devoirs de redressement incluant soit des « potentialités de l'actif », soit des « potentialités d'actif » du bilan social en droit des entreprises en difficulté¹⁹⁰⁹. D'un côté, le savoir-faire des salariés au bénéfice de l'entreprise en difficulté représente une « potentialité de l'actif » affectée à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives qui rassemble une obligation de faire. D'un autre côté, dans les devoirs de redressement

¹⁹⁰² L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 27, p. 31.

¹⁹⁰³ Ph. SIMLER, « Synthèse – Classification des obligations », *op. cit.*, n° 3.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁹⁰⁵ *Supra*, n° 229.

¹⁹⁰⁶ *Supra*, n° 229.

¹⁹⁰⁷ *Supra*, n° 230.

¹⁹⁰⁸ *Supra*, n° 230.

¹⁹⁰⁹ *Supra*, n° 231.

des salariés vis-à-vis de l'entreprise en difficulté, il y a des « potentialités d'actif » affectées à la finalité économique : exercer les compétences, la qualification, optimiser la bonne ambiance sociale générale dans le cadre de la marque employeur¹⁹¹⁰. Or, ces devoirs correspondent à une prestation positive, à savoir à une obligation de faire.

Enfin, l'entreprise en difficulté est débitrice d'obligations de faire sur le fondement du devoir environnemental. Elle a une obligation de bâtir un bilan environnemental dans le cas où elle relève des installations classées. Sur ce point, une obligation de remise en état ou de dépollution lui est demandée, d'où l'apparition d'une obligation de faire. En dehors du bilan environnemental, un particulier peut exiger de l'entreprise en procédure collective la réparation du préjudice consécutif à la pollution. Ce qui met en lumière une obligation de réparation à la charge de l'entreprise défaillante, laquelle est assimilée classiquement à une obligation de faire. « *Quant à la prestation attendue, l'administration peut, par exemple, exiger une remise en état d'un site qui n'est plus exploité, alors qu'un particulier, peut être aussi bien victime d'une pollution et demander réparation, ou alors contractant du débiteur et, dans le cadre du contrat, exiger le respect d'une obligation environnementale* »¹⁹¹¹.

244. Identification des obligations de ne pas faire dans les devoirs en droit des entreprises en difficulté. Moins fréquentes, les obligations de ne pas faire peuvent apparaître dans les devoirs en droit des entreprises en difficulté. En ce cas, l'identification des obligations de ne pas faire est soit générale, soit spéciale.

Dans le premier cas, l'obligation de ne pas faire tient à une abstention bien connue en droit positif : l'obligation de non-concurrence. En vertu du devoir de loyauté, les associés ont l'obligation de s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale envers la société¹⁹¹². Dans le même sens, il pèse sur le dirigeant une obligation de non-concurrence¹⁹¹³. Cette exigence s'applique *ratione personae* aux salariés du point de vue du devoir de loyauté dans le cadre de l'exécution du contrat de travail¹⁹¹⁴.

Dans la seconde hypothèse, le droit des entreprises en difficulté révèle des obligations de ne pas faire spéciales en appréhendant le passif immatériel. Lorsque le devoir économique du dirigeant

¹⁹¹⁰ *Supra*, n° 231.

¹⁹¹¹ D. VOINOT, « Le sort des créances dans la procédure collective, l'exemple de la créance environnementale », *op. cit.*, p. 581.

¹⁹¹² *Supra*, n° 229.

¹⁹¹³ *Supra*, n° 230.

¹⁹¹⁴ En effet, le salarié doit s'abstenir de tout acte de concurrence pour son compte personnel, sous peine d'être licencié pour faute grave ou faute lourde : Cass. soc., 30 juin 1988, LEXILASER. De plus, il ne doit pas utiliser les moyens de l'entreprise pour détourner la clientèle, des produits ou des commandes en sa faveur : Cass. soc., 31 mai 1990, LEXILASER.

fait défaut en droit des entreprises en difficulté, il y a des « potentialités du passif » qui provoquent les difficultés de l'entreprise au sens de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce. Or, la révélation de ces « potentialités du passif » par un fondement économique pourrait occasionner des nouvelles obligations de ne pas faire : obligation de ne pas procéder au non-paiement d'une créance importante, à la perte brutale d'un marché, au sureffectif, à la tardiveté du développement du commerce en ligne.

245. Transition. Classiquement, les « potentialités » non réifiées sont associées à des obligations de faire ou de ne pas faire. Cette filiation est établie en deux temps : tout d'abord, l'exposé de la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire en droit des obligations avant et après la réforme de 2016 ; ensuite, l'identification des obligations de faire et de ne pas faire dans les devoirs des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. Or, cette caractérisation signifie que l'actif immatériel peut être qualifié en obligation par l'objet, qu'il s'agisse des « potentialités de l'actif » ou des « potentialités d'actif » affectées à la norme économique des procédures collectives. Obligations de faire ou de ne pas faire, les « potentialités » non réifiées présentent néanmoins une envergure plus moderne.

§2. L'assimilation moderne des « potentialités » non réifiées à des « obligations affectées à l'intuitu economicae » des procédures collectives

246. La reconnaissance d'une « obligation affectée à l'intuitu economicae ». L'applicabilité de la classification de l'obligation par l'objet aux « potentialités » non réifiées s'achève par une volonté de droit prospectif. En effet, la confrontation de l'actif immatériel aux critères de qualification des droits personnels doit s'inscrire dans un contexte renouvelé. Or, le droit des entreprises en difficulté permet une modernisation de l'actif immatériel, qu'il s'agisse de sa valorisation ou de sa qualification. L'assimilation moderne des « potentialités » non réifiées à des « obligations affectées à l'intuitu economicae » des procédures collectives doit être justifiée **(A)** avant d'être caractérisée **(B)**.

A. La justification de l'« obligation affectée à l'intuitu economicae » des procédures collectives

247. Les raisons propres au droit des obligations. Assurément, la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire conserve tout son intérêt, puisque ces obligations par l'objet peuvent

s'appliquer aux « potentialités » non réifiées. En effet, dans les devoirs des quatre parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté émergent à chaque fois des obligations de faire¹⁹¹⁵. Quant aux obligations de ne pas faire, elles naissent dans les devoirs des associés et du dirigeant en droit des entreprises en difficulté¹⁹¹⁶.

Pour autant, il faut répéter que l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹¹⁷ a supprimé cette distinction de l'obligation par l'objet du Code civil. Obsolète, l'opposition entre les obligations de faire et de ne pas faire mérite par conséquent un toilettage au titre de l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. C'est pourquoi, la consécration *de lege ferenda* d'une obligation proche est bienvenue, dans le but de rajeunir la confrontation de l'actif immatériel aux critères de qualification des droits personnels.

248. Les raisons propres au droit des entreprises en difficulté. Certains actifs immatériels révélés en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental appartiennent plus facilement à la catégorie des obligations de faire et de ne pas faire. En réalité, ce sont des actifs immatériels qui sont reconnus comme tels par le droit positif. Tel est le cas du devoir de loyauté des associés qui provient du contrat de société¹⁹¹⁸, du devoir de loyauté du dirigeant dans l'exécution de son mandat social au sens du droit des sociétés¹⁹¹⁹. De façon analogue, les salariés sont obligés à un devoir de loyauté dans l'exécution du contrat de travail au sens du droit social¹⁹²⁰. Quant à l'entreprise en difficulté, elle doit remplir des obligations de faire qui sont très réglementées en matière environnementale¹⁹²¹.

A l'inverse, d'autres actifs immatériels sont classés plus difficilement dans la catégorie des obligations de faire et de ne pas faire, pourtant évasive. Or, cet obstacle pourrait justifier une revisite des obligations de faire et de ne pas faire grâce et par le droit des entreprises en difficulté. En effet, la révélation de l'existence de certaines « potentialités » à valeur positive et « potentialités » à valeur négative est si peu commune, qu'il importe de configurer une obligation autonome dans la perspective du droit des entreprises en difficulté. Plus précisément, il a identifié des « potentialités » affectées à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives qui sont réellement rattachées au bilan d'entreprise sous l'angle des devoirs de redressement des associés, du dirigeant et des salariés. Les associés sont tenus à un devoir de redressement vis-à-vis de la société

¹⁹¹⁵ *Supra*, n° 229 à 232.

¹⁹¹⁶ *Supra*, n° 229, 230.

¹⁹¹⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁹¹⁸ *Supra*, n° 229.

¹⁹¹⁹ *Supra*, n° 230.

¹⁹²⁰ *Supra*, n° 231.

¹⁹²¹ *Supra*, n° 232.

en difficulté, c'est-à-dire à une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives : compétences, notoriété, influence¹⁹²². Pareillement, le dirigeant est débiteur de cette même contrainte qui n'existe nulle part ailleurs qu'en droit des entreprises en difficulté. Son devoir de redressement recouvre soit des « potentialités d'actif » : remporter un marché, remplir un carnet de commandes, donner confiance aux clients et aux fournisseurs, digitaliser la structure, motiver les salariés¹⁹²³, soit des « potentialités du passif » : non-paiement d'une créance importante, perte brutale d'un marché, sureffectif, tardiveté du développement du commerce en ligne¹⁹²⁴. Dans le bilan social où l'humain occupe une place centrale, les salariés ne sont pas exemptés de l'exigence d'un devoir économique au regard de l'entreprise en difficulté. Ils lui doivent tantôt des « potentialités de l'actif » telles un savoir-faire, tantôt des « potentialités d'actif » comme la qualification, une bonne ambiance sociale générale dérivée de la marque employeur¹⁹²⁵. A la particularité de toutes ces « potentialités » correspond une obligation particulière qui est affectée à la norme économique des procédures collectives. Si la valorisation de l'actif immatériel est appréhendée par le droit des entreprises en difficulté au regard du fondement économique et des techniques, la qualification de l'actif immatériel doit être, à nos yeux, construite en droit des entreprises en difficulté à l'aune des critères de qualification des droits personnels. Dès lors, l'assimilation moderne des « potentialités » non réifiées à des « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives doit être reconnue en droit des entreprises en difficulté pour les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative qui sont réellement fondées sur le bilan économique, social et environnemental sans être confondues avec les obligations de loyauté des autres branches du droit privé.

249. Transition. Justifiée à la fois par des raisons propres au droit des obligations et au droit des entreprises en difficulté, l'« obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives qualifiant certaines « potentialités » non réifiées doit être explicitée.

B. La caractérisation de l'« obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives

250. La trilogie de caractères. La volonté de créer une nouvelle « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives pour qualifier l'actif immatériel est subordonnée à la

¹⁹²² *Supra*, n° 229.

¹⁹²³ *Supra*, n° 230.

¹⁹²⁴ *Supra*, n° 230.

¹⁹²⁵ *Supra*, n° 231.

réunion de trois caractères. Tout d'abord, il s'agit d'une obligation au sens strict qui est apparentée à un devoir en droit des entreprises en difficulté¹⁹²⁶ du fait de l'existence d'un double lien de droit contraignant¹⁹²⁷ et personnel¹⁹²⁸. Ensuite, l'« obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives se caractérise non seulement par sa finalité, mais aussi et surtout par son affectation sur lesquelles nous allons insister.

251. Une obligation finalisée. Si le périmètre de l'« obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives est plus circonscrit que celui des obligations de faire et de ne pas faire, il n'en demeure pas moins que ce devoir finalisé peut aussi épouser les obligations classées par leur objet. En effet, le terme « objet » est synonyme de but, fin, objectif selon le vocabulaire courant¹⁹²⁹. Alors que l'objet de l'obligation est juridiquement « *somme d'argent, travail, exécution d'un ouvrage, non-concurrence* »¹⁹³⁰, l'objet de notre obligation est l'« *intuitu economicae* »¹⁹³¹. Affectée au redressement de l'entreprise, notre obligation est finalisée en droit des entreprises en difficulté. L'« obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives est effectivement en accord avec les finalités économiques du droit des entreprises en difficulté. Cela signifie donc que les devoirs de redressement des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté intégrant une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives répondent aux objectifs économiques des articles L. 620-1, alinéa 1^{er} et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce.

252. Une obligation affectée. Le troisième et dernier caractère de notre obligation contemporaine en droit des entreprises en difficulté est l'affectation. C'est une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Cette exigence veut dire qu'il s'agit d'une obligation autonome en droit des entreprises en difficulté. Deux raisons vont dans cette direction. D'une part, la première raison est sa révélation par le bilan économique, social et environnemental. Or, ce fondement économique de valorisation de l'actif immatériel constitue un cadre singulier des « potentialités » du¹⁹³² et en¹⁹³³ droit des entreprises en difficulté. D'autre part, la deuxième raison

¹⁹²⁶ *Supra*, n° 228.

¹⁹²⁷ *Supra*, n° 228 à 232.

¹⁹²⁸ *Supra*, n° 235.

¹⁹²⁹ Le Robert, *op. cit.*, V° Objet.

¹⁹³⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Obligation.

¹⁹³¹ D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit, op. cit.*, n° 322, p. 191.

¹⁹³² *Supra*, n° 80 à 96.

¹⁹³³ *Supra*, n° 97 à 121.

est le rattachement des « potentialités » à l'activité économique¹⁹³⁴ de l'entreprise pour exister au stade de la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté¹⁹³⁵.

D'un point de vue sémantique, le terme « affectation » n'est pas inconnu du droit positif, ni du droit public¹⁹³⁶, ni du droit privé¹⁹³⁷. Dans la thèse du Professeur GUINCHARD, l'affectation y est définie en droit privé comme étant l'acte de « soumettre un bien à un usage déterminé »¹⁹³⁸ ou « la soumission d'un bien à un usage déterminé »¹⁹³⁹ ou « affecter veut dire soumettre un bien à un usage déterminé ; cette idée fondamentale fournit le fil directeur autour duquel tous les éléments de l'affectation se synthétisent naturellement »¹⁹⁴⁰. « Ces affectations qui reposent sur l'idée de réalisation d'une fonction d'exploitation et que nous appelons réelles parce qu'elles se produisent en dehors de toute considération relative à la personne, peuvent être classées en deux catégories »¹⁹⁴¹. Cette vision de l'affectation est partagée par André HENRY qui l'entend comme « la soumission d'un ou plusieurs biens à un usage déterminé »¹⁹⁴². Dans le lexique des termes juridiques, la notion d'affectation reçoit cette définition : « Procédé technique original d'utilisation des biens qui consiste à soumettre ceux-ci à un usage précis, en prenant en considération, soit la protection des intérêts d'une ou plusieurs personnes (affectation personnelle), soit l'exploitation des biens indépendamment des intérêts d'une personne déterminée (affectation réelle). L'affectation d'un bien en détermine le régime juridique, fait de règles communes à toutes les affectations et de règles propres à chacune de ces deux catégories »¹⁹⁴³. A la lecture de ces définitions sur l'affectation, on peut en tirer deux conclusions.

Premièrement, l'épicentre de l'affectation est son usage ou son utilisation¹⁹⁴⁴, de sorte que cette notion est définie par ses fonctions. En bref, l'affectation appartient aux notions

¹⁹³⁴ D. BRIAND, « Cessions et réseaux de distribution », *op. cit.*, spéc. n° 2 : « Mais la valorisation de ces actifs [immatériels] ne vaut que s'ils sont mis en œuvre » ; N. MARTIAL-BRAZ, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *op. cit.*, spéc. n° 4 : « Dès lors, la valeur qu'il peut en être retiré impose une exploitation d'autant plus nécessaire qu'il s'agira, pour envisager sa cession, de la conserver ».

¹⁹³⁵ *Supra*, n° 171, 179, 185, 189, 195 à 197, 199, 201, 204, 205.

¹⁹³⁶ En droit administratif, le critère de l'affectation permet de délimiter un domaine. V° G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Affectation : « Critère permettant de définir le domaine public par rapport au domaine privé » et « Fait matériel ou acte juridique donnant à un bien incorporé au domaine sa destination particulière » ; V° aussi, L. SIORAT, « La notion d'affectation en matière domaniale », *revue de droit public* 1958, p. 866 et s.

¹⁹³⁷ S. GUINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, Thèse, préf. R. NERSON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1976, tome 145.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, n° 423, p. 364.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, n° 23, p. 23.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, n° 15, p. 15.

¹⁹⁴¹ *Ibid.*, n° 58, p. 47.

¹⁹⁴² A. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, Nancy, 1913, p. 9 et 124.

¹⁹⁴³ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, V° Affectation.

¹⁹⁴⁴ S. GUINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, *op. cit.*, n° 2, p. 2 : « Or, il est aisé de constater que lorsqu'un bien est utilisé pour un certain usage, un mot revient toujours pour expliquer cette situation, celui d'affectation » ; M-C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, Thèse, Paris 13, 2010, n° 282, p. 206 : l'affectation correspond à « la détermination de l'utilisation qui doit être faite d'un bien ». En droit

fonctionnelles¹⁹⁴⁵. Or, cet aspect de définition de l'affectation est plutôt conforme à l'objet de cette recherche, et particulièrement à notre obligation fonctionnelle qui satisfait les finalités économiques du droit des entreprises en difficulté au sens des articles L. 620-1, alinéa 1^{er} et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce. Techniquement, notre « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives a pour fonction de redresser l'entreprise. « *Comme en Droit public l'affectation se décompose en deux éléments : la détermination d'un but et la réalisation de ce but* »¹⁹⁴⁶. Or, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté permet de redresser l'entreprise défaillante. Et ce but économique est réalisé *via* la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté qui révèle l'existence de « potentialités » affectées à l'« *intuitu economicae* » pouvant être qualifiées en obligations affectées à l'*intuitu economicae* ».

Deuxièmement, le terme « affectation » est exploité pour désigner un droit réel ayant pour assiette un bien. Partant, est-il pertinent pour la qualification de l'actif immatériel en obligation autonome en droit des entreprises en difficulté ? La réponse à cette interrogation n'est pas univoque.

En apparence, la référence à l'affectation pour caractériser une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives n'est pas convaincante en raison de la dichotomie entre les droits personnels et les droits réels, c'est-à-dire entre les obligations et les biens. Ainsi, les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative contenues dans les devoirs de redressement des parties prenantes internes à l'entreprises en difficulté ne pourraient pas théoriquement être affectées à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives, parce qu'il s'agit obligations au regard des critères de qualification des droits personnels.

En réalité, il s'avère qu'un mouvement de réification¹⁹⁴⁷ traverse la notion d'obligation, laquelle est définie objectivement en droit des entreprises en difficulté¹⁹⁴⁸. De la sorte, notre

administratif, l'usage ou l'utilisation, c'est-à-dire le but est au cœur de l'affectation. V° A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, t. 2, LGDJ, Paris, 5^{ème} éd., 1970, n° 252, p. 145 : « *c'est l'acte ou le fait par suite desquels est donnée au bien sa destination particulière* ».

¹⁹⁴⁵ S. GUINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, *ibid*, n° 51 et s., p. 41 et s, spéc. n° 51, p. 41 : « *Lorsque nous disons que la notion d'affectation est une notion fonctionnelle, nous entendons par là qu'il ne s'agit pas d'une notion conceptuelle, suivant la distinction connue du Droit Public* » ; M-C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, *ibid*, n° 281, p. 205. Concernant la différence entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle, V° G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997, n° 6-1, p. 18 : « *alors que les notions conceptuelles apparaissent comme des outils techniques mis en œuvre ab initio, les notions fonctionnelles ne peuvent s'appliquer qu'a posteriori ; elles sont seulement représentatives d'effets de droit dont elles donnent la justification sans pouvoir élucider les modes de réalisation de ces effets* ».

¹⁹⁴⁶ S. GUINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, *ibid*, n° 13, p. 13.

¹⁹⁴⁷ D. VIGUIER, « Aux sources de la réification des créances et des dettes : capitalisme et comptabilité en partie-double », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1^{er} mars 2014, p. 865 et s.

¹⁹⁴⁸ *Supra*, n° 224.

obligation réifiée pourrait être véritablement affectée à l' « *intuitu economicae* » des procédures collectives.

253. Une obligation réifiée. Prise comme élément constitutif du patrimoine, l'obligation réifiée pourrait se transformer en bien selon la conception objective. Si l'obligation se réifie en bien, il faut en conclure que les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative en germe qui ne sont pas réifiées dans le bilan économique, social et environnemental pourraient évoluer vers des créances et des dettes¹⁹⁴⁹ réifiées, donc *in fine* vers des biens. Au final, la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté à l'épreuve des critères de qualification des droits patrimoniaux serait unique. En effet, la frontière entre les droits personnels et les droits réels n'est pas totalement étanche. Devenant opaque, la *summa divisio* entre les droits personnels et les droits réels est discutable, et cela depuis le XIX^{ème} siècle¹⁹⁵⁰. Aussi, c'est la conception objective de l'obligation qui est, récrivons-le, primaire en droit des entreprises en difficulté¹⁹⁵¹. Elle est matérialisée de façon originale par une équation dans la thèse de Grégoire FOREST : « dette = créance = obligation »¹⁹⁵². Appliquée à la présente étude, cette équation inspire la suivante : « potentialité de passif » + « potentialité du passif » = « potentialité de l'actif » + « potentialité d'actif » = devoir = obligation. Or, cette équation peut être complétée par la réification de l'obligation en vue de la reconnaissance d'une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives : « potentialité de passif » + « potentialité du passif » = « potentialité de l'actif » + « potentialité d'actif » = devoir = obligation = bien. En définitive, l'actif

¹⁹⁴⁹ Conformément à l'approche objective, l'obligation est conçue comme une « pièce de monnaie à deux côtés ». Côté pile, les « potentialités » à valeur positive composées soit des « potentialités de l'actif », soit des « potentialités d'actif » peuvent être des créances dans le patrimoine du créancier – l'entreprise en difficulté. Côté face, les « potentialités » à valeur négative comprenant soit des « potentialités de passif », soit des « potentialités du passif » peuvent être des dettes dans le patrimoine du débiteur – les associés, le dirigeant ou les salariés. V° G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations, t. I*, Libr. De la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897, n° 2, p. 2 : « une obligation suppose nécessairement deux personnes au moins : l'une qui est liée, c'est le sujet passif de l'obligation, le débiteur ; l'autre au profit de laquelle le lien existe, c'est le sujet actif de l'obligation, le créancier. L'obligation a donc deux faces, suivant qu'on l'envisage par rapport au débiteur ou par rapport au créancier. Pour le premier, dont elle restreint la liberté en la soumettant à une nécessité juridique, elle constitue une charge ; on la désigne alors sous le nom d'obligation passive ou dette ; elle figure dans son patrimoine comme quantité négative, par conséquent au passif. Pour le second, le créancier, l'obligation constitue un droit ; elle augmente son patrimoine, où elle prend place à l'actif, et reçoit le nom de créance ou d'obligation active ».

¹⁹⁵⁰ Quatre critiques doctrinales sont formulées à l'encontre de cette distinction. Deux sont issues de théories classiques et deux proviennent de théories modernes. Concernant les théories classiques : V° la théorie personnaliste ou subjective incarnée par Marcel PLANIOL et la théorie réaliste ou objective développée par Raymond SALEILLES. Concernant les théories modernes : V° la nouvelle définition du droit de propriété dégagée par Shalev GINOSSAR in *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Thèse, LGDJ, 1960 ; « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ* 1962, p. 573 et la dissociation entre la propriété et le droit réel avancée par le Professeur ZENATI-CASTAING in *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon III, 1981.

¹⁹⁵¹ *Supra*, n° 224.

¹⁹⁵² G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, op. cit.*, n° 244, p. 167.

immatériel serait finalement qualifié en bien en droit des entreprises en difficulté. Or, cette qualification finale est admissible, sous réserve de réifier l'obligation en bien. Sur ce point, la synergie entre les notions d'obligation et de bien est prônée par le législateur, la jurisprudence et la doctrine dans une dynamique de réification de l'obligation. Techniquement, la réification de l'obligation permet d'affirmer que les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative sont réellement affectées à l' « *intuitu economicae* » des procédures collectives.

Selon le législateur, la créance est qualifiée tantôt de bien immeuble, tantôt de bien meuble en adéquation avec l'objet auquel elle s'applique dans les termes des articles 516¹⁹⁵³ et suivants du Code civil. D'un côté, la créance a une nature immobilière quand elle a pour objet un immeuble au sens de l'article 526 du Code civil. D'un autre côté, l'article 529 du Code civil alloue une nature mobilière aux « *obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers* »¹⁹⁵⁴. Or, c'est la nature mobilière de la créance qui s'applique aux « potentialités de l'actif » et aux « potentialités d'actif », dont la qualification en créance dans le patrimoine du créancier est envisagée.

En jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme met en place une analyse extensive et autonome¹⁹⁵⁵ de la définition d'un bien *a contrario* de la Cour de cassation. D'après l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention EDH : « *tout personne physique ou morale a le 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* »¹⁹⁵⁶. A l'échelle européenne, la notion de bien a trait à tous les droits ayant une valeur patrimoniale illustrée par un intérêt économique substantiel¹⁹⁵⁷. « *On pourrait même constater que, dans la jurisprudence de la Cour EDH, l'idée de valeur s'impose à celle de bien : elle devient le bien et tend à l'absorber (les notions de bien ou de chose peuvent ne pas même être évoquées dans les décisions)* »¹⁹⁵⁸. Ce sont « *des valeurs appelées à se concrétiser dans l'avenir* »¹⁹⁵⁹. Contrairement au droit français des biens, ce critère économique de la valeur est

¹⁹⁵³ Cet article pose la *summa divisio* du droit des biens entre les meubles et les immeubles : « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ».

¹⁹⁵⁴ *Infra*, n° 282.

¹⁹⁵⁵ En ce sens que le juge communautaire ne s'estime pas lié par la qualification attribuée aux biens par les Etats membres : CEDH. 16 septembre 1996., Matos e Silva c/ Portugal, req. n° 15777/89, § 75.

¹⁹⁵⁶ Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Protocole additionnel, Article 1 « Protection de la propriété », entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

¹⁹⁵⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 233.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 234.

amplement suffisant pour qualifier la notion européenne de bien¹⁹⁶⁰. C'est pourquoi, tous les « droits et intérêts constituant des actifs » comme les créances¹⁹⁶¹, même incertaines, lorsqu'elles font naître une « *espérance légitime* »¹⁹⁶², répondent à la définition européenne d'un bien. Dès lors, cette perception autonome et économique « *ne se limite pas à la propriété des biens corporels* »¹⁹⁶³.

Enfin, la doctrine du XIX^{ème} siècle estime que : « *le mot propriété est pris ici dans l'acception étendue que lui attribue l'article 711. Quoique, de prime abord, il paraisse étrange de voir employer, en fait de créances, les expressions propriété et propriétaire, ces expressions se justifient cependant, lorsqu'on considère les créances, non plus en elles-mêmes et d'après leur nature propre, mais comme des biens, c'est-à-dire, comme des éléments constitutifs du patrimoine* »¹⁹⁶⁴. Fondamentalement, l'aspect actif de l'obligation serait *res incorporales* au sens du second livre des Institutes de GAIUS¹⁹⁶⁵. La convergence entre les notions d'obligation et de bien est derechef soutenue par la doctrine contemporaine. Qu'il s'agisse des droits personnels ou des droits réels, les droits patrimoniaux forment indéniablement une catégorie générale de biens : « *dans la langue juridique française comme dans l'allemande les biens ou das Vermögen est une notion incluant les catégories de base du droit réel et du droit des obligations, à savoir la propriété et l'obligation* »¹⁹⁶⁶. Comme le relève exactement le Professeur LARROUMET, il est normal « *d'aller au-delà des créances pour considérer que tous les droits patrimoniaux sont des*

¹⁹⁶⁰ Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, Paris, 1992, p. 217 : d'ailleurs, le substantif bien signifie généralement une valeur économique.

¹⁹⁶¹ CEDH, 9 décembre 1994., *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, D. 1996, p. 329, note. D. FIORINA (créances d'origine contractuelle) ; CEDH. 4 juin 2002., *Vessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, JCP G 2002. I. 157, n° 22, obs. F. SUDRE : le droit à une pension de vieillesse est un bien ; *idem* pour le droit de construire : CEDH. 18 novembre 2010., *Cts Richet et Le Ber c/France*, D 2011. 2302, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; *RTD civ* 2011. 150 ; obs. T. REVET ; *idem* pour « toute espérance légitime » rattachée à des intérêts patrimoniaux », CEDH. 26 avril 2011., *D 2011. 2303*, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; *RDI* 2011. 387, obs. crit. R. HOSTIOU ; *idem* pour une autorisation de construire sur le domaine public malgré sa précarité si elle s'est longtemps prolongée : CEDH. 29 mars 2010., *gde ch. Brosse-Triboulet c. France*, JCP G 2010. 1162, n° 6, obs. H. PERINET-MARQUET. V° aussi : C. QUEZEL-AMBRUNAZ « L'acception européenne du bien en mal de définition », *D 2010. 2024*.

¹⁹⁶² Jurisprudence plusieurs fois réitérée : CEDH. 29 novembre 1995., *Pressos Compania Naviera SA et autres c. Belgique*, série A, n° 332 : est un « bien » dès la survenance du dommage une créance délictuelle que le juge n'avait pourtant ni constatée, ni liquidée, car elle a pu faire naître une « espérance légitime ». Le droit français et le droit belge jugent en sens contraire. Ex : Conseil constitutionnel. 11 octobre 2013., *Gaz de schiste et fracturation hydraulique* ; Cass. civ 1^{ère}, 20 juin 2000., *Bull civ I*, n° 191 ; *D 2000. 699*, M-L. NIBOYET ; *RTD civ* 2000. 670 ; obs. N. MOLFESSIS ; CE. 31 mars 2014., *JCP G 2014. 665*, A. ZOLLINGER.

¹⁹⁶³ CEDH, 23 février 1995., *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, *GACEDH*, n° 64, p. 692-695, *RDC* 2005, p. 467, obs. A. DEBET.

¹⁹⁶⁴ AUBRY, RAU, *Droit civil français*, 6^{ème} éd., Esmein, Paris, 1952, p. 143 (1).

¹⁹⁶⁵ Gai. 2, 12-14 : « *quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales sunt hae, quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicuti hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae* ».

¹⁹⁶⁶ Ch. KRAMPE, « Obligation comme bien, Droit français et allemand », in *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 205 s., spéc. p. 206.

biens »¹⁹⁶⁷. La majorité des auteurs français en droit civil voient dans l'obligation à la fois un lien et un bien¹⁹⁶⁸. Certains auteurs contemporains comme Philippe MALAURIE et le Professeur AYNES ouvrent la notion de bien au droit des obligations¹⁹⁶⁹. L'intrusion de la notion de bien en droit des obligations est encore plus parlante dans les ouvrages dédiés au régime de l'obligation¹⁹⁷⁰.

Si l'affectation caractérise initialement les biens, il n'en reste pas moins que les « potentialités » non réifiées peuvent être considérées comme des « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives grâce au mouvement de réification de l'obligation sous l'effet cumulé de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine.

254. Conclusion de section. Au regard de la variété des obligations, la qualification de l'actif immatériel en obligation doit être affinée. Or, c'est la classification de l'obligation par l'objet qui peut s'appliquer aux « potentialités » non réifiées.

Classiquement, les « potentialités » non réifiées sont assimilées à des obligations de faire ou de ne pas faire, bien que la récente réforme du droit des obligations ait supprimé cette distinction par l'objet du Code civil. Partant, les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative dérivées du droit des sociétés pour les devoirs des associés et du dirigeant, du droit social pour les devoirs des salariés et du droit de l'environnement pour le devoir environnemental de l'entreprise débitrice sont soumises à l'accomplissement d'un acte positif ou d'un acte négatif. *De facto*, l'identification des obligations de faire et de ne pas faire dans les devoirs des parties prenantes en droit des entreprises en difficulté est réussie.

Si les « potentialités » non réifiées sont classiquement considérées comme des obligations de faire ou de ne pas faire, il n'empêche que cette opposition traditionnelle doit être reconsidérée pour reconnaître une qualification plus moderne d'obligation par l'objet en droit des entreprises en difficulté. Techniquement, ces « potentialités » pourraient être assimilées à des « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Cette suggestion *de lege ferenda* est justifiée aussi bien par des raisons propres au droit des obligations que par des raisons propres au

¹⁹⁶⁷ Ch. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil, t. 2, Les biens, droits réels principaux*, Economica, Corpus Droit privé, 6^{ème} éd., 2019, n° 8, p. 9.

¹⁹⁶⁸ *Contra* : A. SERIAUX, « Propriété », *Rép. civ.* Dalloz, 2020, n° 36 : « Faut-il en conclure, comme on tend de plus en plus à le faire aujourd'hui, que les créances elles-mêmes sont des biens ? (V. par ex. : J. MESTRE, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier, 1986, PUF, p. 56*). Ce serait excessif » ; V° aussi : J. FRANCOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Mélanges Ch. LARROUMET, Economica*, 2010, p. 149 et s. ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2002, n° 8 et 9, p. 12-14 : seules les créances pécuniaires sont des biens.

¹⁹⁶⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n° 12, p. 22-23.

¹⁹⁷⁰ *Infra*, n° 297.

droit des entreprises en difficulté. La caractérisation de cette nouvelle obligation fait état d'une trilogie d'éléments : premièrement, une obligation *stricto sensu*, deuxièmement, les finalités économiques des procédures collectives et troisièmement, l'affectation qui vise théoriquement les seuls biens. Cette qualification spéciale en droit des entreprises en difficulté conduit à la réification de l'obligation, ce qui ouvre la généralisation vers la théorie des biens au profit des « potentialités » réifiées en créances et en dettes.

255. Conclusion du chapitre. La qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté est déterminée à partir des critères de qualification des droits personnels. Partant, l'actif immatériel doit être confronté à cette première catégorie de droits patrimoniaux. Puisque l'obligation est consubstantielle aux droits personnels, la qualification de l'actif immatériel en obligation engage une réflexion. Or, l'accent est mis sur les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative en germe qui ne sont pas réifiées dans le bilan économique, social et environnemental.

La confrontation des « potentialités » non réifiées à la notion d'obligation est en premier lieu traitée au niveau de la définition de l'obligation qui leur est applicable. Appliquer la définition de l'obligation aux « potentialités » non réifiées nécessite un processus en deux étapes. La première étape de la définition de l'obligation consiste à exposer la conception hybride de l'obligation. Techniquement, l'obligation est définie non seulement comme un lien de droit entre le créancier et le débiteur (conception subjective), mais également et surtout comme un lien de droit entre le patrimoine du créancier et le patrimoine du débiteur (conception objective). Or, le droit des entreprises en difficulté fait primer la seconde conception de l'obligation sur la première en l'appliquant aux contrats. Parce que les contrats constituent des « potentialités d'actif » dans le bilan d'entreprise, les « potentialités » non réifiées peuvent être qualifiées en obligations selon la conception objective. La seconde étape de la définition de l'obligation évoque les deux caractères de l'obligation. Ce concept fondamental est caractérisé d'une part, par un lien de droit contraignant et d'autre part, par un lien de droit personnel. Dans la mesure où les « potentialités » non réifiées revêtent ce double caractère en raison du développement des devoirs des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté, elles peuvent être considérées comme des obligations entre le créancier et le débiteur.

En second lieu, les « potentialités » non réifiées doivent être confrontées à la classification adéquate des obligations. Or, c'est le critère de l'objet qui permet de répartir classiquement certaines « potentialités » à valeur positive et certaines « potentialités » à valeur négative parmi les obligations de faire et de ne pas faire. Partant, la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire doit être exposée avant de l'appliquer à celles-ci selon une approche syllogistique. La suppression de la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire par la réforme de 2016 est un gage de succès dans la quête d'une autre classification de l'obligation par l'objet. Or, c'est le droit des entreprises en difficulté qui permet de reconsidérer la dichotomie entre les obligations de faire et de ne pas faire en créant une obligation plus moderne : l'« obligation affectée à l'*intuitu*

economicae » des procédures collectives. Cette obligation concerne en réalité des « potentialités » distinctes du droit des sociétés, du droit social et du droit de l'environnement. Justifiée par le droit des obligations et le droit des entreprises en difficulté, l'existence d'une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives est caractérisée par trois éléments : une obligation au sens strict, une finalité relative à l'« *intuitu economicae* », une affectation. De prime abord conçue pour les seuls biens, cette dernière exigence contribue à comprendre autrement l'obligation. En effet, la réification de l'obligation permet *in fine* de glisser vers la qualification de l'actif immatériel en bien.

*

* *

CHAPITRE 2

LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN BIEN

256. La confrontation de l'actif immatériel aux droits réels. Après les droits personnels, les critères de qualification des droits réels constituent ensuite le deuxième axe de qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Plus précisément, la notion de bien doit être confrontée à l'actif immatériel, car elle est rattachée aux droits réels. Or, le Professeur ZENATI résume parfaitement l'enjeu de cette deuxième partie : « *les biens constituent un domaine privilégié pour une réflexion sur l'immatériel* »¹⁹⁷¹. En effet, il semblerait que cette qualification réelle soit la principale qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Notre objet de recherche serait finalement composé soit de biens, soit d'obligations peu ou prou réifiées dans le bilan économique, social et environnemental. C'est pour cette raison que le droit civil des biens est la figure de référence¹⁹⁷² de cette qualification réelle¹⁹⁷³. Dans ce cadre, le droit réel est un « *droit subjectif patrimonial qui s'exerce directement et immédiatement sur une chose sans l'intermédiaire d'une personne* »¹⁹⁷⁴. Abandonnant la distinction entre le droit réel principal et le droit réel accessoire, l'avant-projet de réforme du droit des biens porté par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique française¹⁹⁷⁵ maintient cette acception du droit réel. Contrairement aux droits personnels, le *jus in re*¹⁹⁷⁶ au sens du droit romain¹⁹⁷⁷ instaure non pas un lien de droit entre deux sujets de droit, mais un lien juridique entre un sujet de droit et un bien – objet de droit¹⁹⁷⁸.

¹⁹⁷¹ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in « Le droit et l'immatériel », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 79 et s., spéc. p. 79.

¹⁹⁷² J. CARBONNIER, *Doit civil, vol. I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, n° 64, p. 109.

¹⁹⁷³ Y. STRICKLER, *Droit des biens*, LGDJ, coll. Cours, 2017, n° 12, p. 39 : « *la distinction constatée entre le droit réel et celui de créance explique la scission des disciplines que sont le droit des obligations et le droit des biens. Ce dernier s'attache à l'analyse des droits réels* ».

¹⁹⁷⁴ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Droit réel.

¹⁹⁷⁵ V° Ch. ATIAS, « L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français (le futur nouvel article 516 du Code civil) », *D.* 2009. 1165 ; W. DROSS et B. MALLET-BRICOUT, « Avant-projet de réforme du droit des biens, premier regard critique », *D.* 2009. 508 ; F. ZENATI-CASTAING, « La proposition de refonte du Livre II du Code civil : étude critique », *RTD civ.* 2009. 211 s.

¹⁹⁷⁶ Le droit réel est qualifié de *jus in re*, c'est-à-dire de droit sur la chose : « *le droit est pour ainsi dire incarné dans la chose* » : Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens, op. cit.*, n° 351, p. 112.

¹⁹⁷⁷ Sur l'aspect historique du droit réel, V° : L. RIGAUD, *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912 ; *Contra* : M. VILLEY dénie l'existence de la notion de droit réel en droit romain classique : *Le jus in re, du droit romain classique au droit moderne*, Pub. Inst. dr. rom., Univ. Paris, t. VI, 1950, p. 199.

¹⁹⁷⁸ Dans le dictionnaire du droit des biens, on lit à l'entrée de la notion de bien ce premier sens : « *chose pouvant faire l'objet d'un droit réel* ». A l'entrée de la notion de droit réel, il est écrit que : « *le nom de droit réel vient du mot latin res (chose), on parle de droit réel à cause de la chose qui est l'objet du droit* » ; « *le droit réel implique l'intervention d'un sujet actif qui est le titulaire du droit et d'une chose qui est la chose sur laquelle porte le droit, mais l'objet du droit est l'élément prépondérant* » : B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Bien et Droit réel. V° aussi J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 155 : « *quand ils se réfèrent à l'objet et au*

Partant, l'actif immatériel doit être mis en perspective avec cette définition du droit réel. Syllogistique, cette analogie réelle est non seulement théorique, mais aussi et surtout pratique. Il faut déterminer de façon théorique la définition et la classification du bien (majeure). La définition et la classification du bien doivent être appliquées de façon pratique aux « potentialités » réifiées dans le bilan d'entreprise (mineure). A l'image du fonds de commerce¹⁹⁷⁹ - universalité de fait¹⁹⁸⁰, il pourrait être tentant de considérer l'actif immatériel comme un ensemble de biens et de créances, en l'occurrence comme une universalité¹⁹⁸¹. En somme, la comparaison avec le fonds de commerce nous sert de guide d'analyse pour proposer *in fine* une nouvelle qualification de bien applicable à l'actif immatériel (conclusion). Or, il convient d'emblée d'opérer une précision sémantique. Si au stade de la valorisation, l'incorporel s'oppose à l'immatériel¹⁹⁸², au stade de la qualification, l'incorporel se différencie de l'immatériel. A notre avis, les biens incorporels ne se confondent pas avec les biens immatériels¹⁹⁸³. Les premiers correspondent aux meubles par détermination de la loi conformément au droit des biens¹⁹⁸⁴, tandis que les seconds inspirent une catégorie autonome en droit des entreprises en difficulté¹⁹⁸⁵. Avant d'arriver à un tel résultat, la qualification de l'actif immatériel en bien obéit à un cheminement en deux étapes. En premier lieu, la définition du bien est applicable aux « potentialités » réifiées (**section 1**). En second lieu, c'est la classification des meubles par détermination de la loi qui peut éventuellement s'appliquer aux « potentialités » réifiées (**section 2**).

mode de réalisation des droits subjectifs, les auteurs établissent une distinction dualiste entre des droits dits réels, qui s'exerceraient directement à l'égard d'un bien et emporteraient des prérogatives puissantes, et des droits personnels, s'exerçant à l'égard d'une personne » ; et p. 156 : « grossièrement esquissé, le droit réel procurerait satisfaction par une emprise directe sur un bien ; le droit personnel impliquerait, pour obtenir cette satisfaction, d'agir à l'encontre d'une personne débitrice, sur son patrimoine ou son activité ».

¹⁹⁷⁹ Dans l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté, le fonds de commerce (V° P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1986) occupe une place importante, car c'est une référence pour valoriser et qualifier l'actif immatériel. Il s'agit effectivement d'une notion qui est capable de s'adapter aux évolutions technologiques. V° la notion de fonds de commerce électronique ou virtuel reconnue par la jurisprudence : CA. Paris., 28 janvier 2005, *RJDA* 2006, n° 893 ; CA. Paris., 20 novembre 2003, *JurisData* n° 2003-248813 ; *comm. com. électr.* 2004, comm. 159, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Th. VERBIEST, « Le fonds de commerce électronique : vers une reconnaissance juridique ? » *Comm. com. électr.* 2008, étude 10.

¹⁹⁸⁰ Cass. com., 26 octobre 1993, Bull. civ IV, n° 362, *RTD com.* 1994. 37, obs. J. DERRUPPE : le fonds de commerce est une « universalité mobilière ». V° A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, Thèse, Paris I, 2007 ; E. MEILLER, « L'universalité de fait », *RTD civ.* 2012, p. 651.

¹⁹⁸¹ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Universalité : « Bien incorporel issu de la réunion d'un ensemble de biens. L'universalité a une existence distincte des biens qui la composent. Les biens sont envisagés ut universi. N'étant pas susceptible de possession, l'universalité de droit ne peut être usucapée ; seuls les éléments la composant peuvent être possédés isolément et acquis par prescription acquisitive. On distingue l'universalité de droit de l'universalité de fait ».

¹⁹⁸² *Supra*, n° 7.

¹⁹⁸³ *Infra*, n° 281.

¹⁹⁸⁴ *Infra*, n° 282, 283.

¹⁹⁸⁵ *Infra*, n° 285 à 291.

Section 1. L'applicabilité de la définition du bien aux « potentialités » réifiées

257. La définition négative et positive du bien. Si « [l]e droit doit en effet embrasser et régir, au sein de la notion [de bien], tout ce qui se trouve valorisé à un moment et dans une société donnés »¹⁹⁸⁶, l'actif immatériel pourrait être qualifié en bien postérieurement à sa valorisation par le droit des entreprises en difficulté. En ce sens, la définition d'un bien peut s'appliquer aux « potentialités » à valeur positive et aux « potentialités » à valeur négative qui sont réifiées dans le bilan économique, social et environnemental. Dans cette optique, définissons négativement et positivement le bien. Dire ce que n'est pas la notion de bien revient à procéder à une distinction entre la chose et le bien (§1). Dire ce qu'est la notion de bien consiste à caractériser ses critères de définition (§2).

§1. La distinction entre la chose et le bien

258. Exposé de la distinction. Il n'existe pas de définition légale de la notion de bien dans le livre II du Code civil. Malgré cet obstacle notionnel¹⁹⁸⁷, la doctrine s'est efforcée de définir ce qu'il faut entendre par « bien »¹⁹⁸⁸. Polysémique¹⁹⁸⁹, la notion de bien peut être saisie selon une acception morale et juridique. Dans un sens moral, le bien désigne « *ce qui possède une valeur morale, qui doit être approuvé et que la morale prescrit : il s'oppose au mal* »¹⁹⁹⁰. Si la conception morale du bien est exclue de cette étude sur la qualification de l'actif immatériel en bien, la conception juridique est en revanche retenue. D'un point de vue juridique, il y a une distinction entre la chose¹⁹⁹¹ et le bien. Pourtant, le Code civil mentionne indifféremment la chose dans plusieurs articles du Code civil¹⁹⁹². « *Infecté de matérialisme, le Bien est souvent Chose* »¹⁹⁹³. Il n'en demeure

¹⁹⁸⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 210.

¹⁹⁸⁷ C. GRZEGORZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », in *Archives de philosophie du droit*, t. XXIV, 1979, p. 259 et s., spéc. p. 267 : en effet, la notion de bien juridique est un « terme primitif » impossible à construire et purement et simplement indéfinissable.

¹⁹⁸⁸ H. LECUYER, « Redéfinir et définir les biens », *JCP G*, n° 2 - n° hors-série, 2007.

¹⁹⁸⁹ A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Droit fondamental, 1989, n° 84, p. 100 : « *L'histoire confirme combien le sens du mot bien est mouvant. Aux yeux des Francs, les biens s'identifient au patrimoine personnel, catalla, tout ce qui n'est pas la terre et qui est objet de maîtrise individuelle totale. A Metz, encore au début du XIV^{ème} siècle, le vocabulaire assimile catel et biens, la pratique oppose son héritage et ses biens. Au Moyen Age, dans la plupart des coutumes, l'héritage est devenu le bien par excellence, le mot désigne indistinctement la terre et les possibilités juridiques d'en tirer profit* ».

¹⁹⁹⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens, op. cit.*, n° 2, p. 13-14.

¹⁹⁹¹ E. SABATHIE, *La chose en droit civil*, Thèse, Paris II, 2004 ; G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015 ; W. DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012.

¹⁹⁹² V° notamment :

° Article 526 du Code civil : « *Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent :
L'usufruit des choses immobilières ;
Les servitudes ou services fonciers ;
Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* ».

pas moins que la notion de bien se distingue substantiellement de la chose. « *Au sens étroit, chose signifie ce qui est saisissable, ce qui est visible, etc, ce qui est donné à portée de main (das Vorhandene). En un sens plus large, chose signifie toute affaire, tout ce dont il en va de telle ou telle manière, les choses qui adviennent dans le monde, les faits, les événements* »¹⁹⁹⁴. Dans le dictionnaire de droit des biens, la chose est définie comme un « *objet mobilier ou immobilier susceptible d'être l'objet de droits subjectifs. La chose est un objet matériel ; elle a une existence concrète.*

En raison de l'extension du champ de l'appropriation, il a été proposé de créer un droit des choses pour faire une place aux choses, qui dès lors, ne seraient plus soumises au droit des biens. Ces choses, choses communes naturelles, embryon, corps humain et ses produits, animal, dépouille... ne sont pas des biens ; elles sont en dehors de la sphère économique »¹⁹⁹⁵. Si toutes les choses ne sont pas des biens, tous les biens sont par contre des choses¹⁹⁹⁶. En ce cas, « *la chose est le genre ; le bien est une espèce* »¹⁹⁹⁷. Alors que la chose a une signification physique au sens d'objet matériel¹⁹⁹⁸, la notion de bien bénéficie d'une signification juridique¹⁹⁹⁹. « *En réalité, on peut dire que les biens sont les choses vues sous l'angle juridique* »²⁰⁰⁰. Le bien correspond « *en quelque sorte à l'image juridique de la chose* »²⁰⁰¹ ou le bien est l'appellation juridique des choses du monde physique²⁰⁰². Dans la même veine, « *le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien* »²⁰⁰³. En effet, « *les choses ne deviennent des biens que dans la mesure où elles sont l'objet de droits* »²⁰⁰⁴.

259. L'inadéquation entre la chose et les « potentialités » réifiées. Dans la distinction entre la chose et le bien, les « potentialités » réifiées se détachent de la qualification de chose. En conséquence, la chose ne constitue pas le prisme de qualification de l'actif immatériel au regard des critères de qualification des droits réels. En effet, l'inadéquation entre la chose et les

° Article 544 du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* ».

° Article 578 du Code civil : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ».

¹⁹⁹³ M. VILLEY, « Les biens et les choses », in *Archives de la Philosophie du droit*, t. 24, Sirey, 1979, p. 1 s., spéc. p. 2.

¹⁹⁹⁴ M. HEIDEGGER, *Qu'est-ce qu'une chose ?* éd. Fribourg-en-Brisgau, 1962, trad. Franç., éd. Tel, 1998, p. 17.

¹⁹⁹⁵ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Chose.

¹⁹⁹⁶ Et les choses deviennent des biens, sous réserve de respecter les critères de définition du bien.

¹⁹⁹⁷ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol IX, 1861, n° 9.

¹⁹⁹⁸ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Chose.

¹⁹⁹⁹ S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 13, p. 17.

²⁰⁰⁰ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, Sirey, coll. Université, 21^{ème} éd., 2019-2020, n° 260, p. 114.

²⁰⁰¹ S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 13, p. 15.

²⁰⁰² E. SABATHIE, *La chose en droit civil, op. cit.*, n° 91 s., p. 74 s.

²⁰⁰³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Volume II, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadriga, 2004, n° 707, p. 1592.

²⁰⁰⁴ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Bien.

« potentialités » réifiées s'explique par la matérialité de la chose distincte de l'immatérialité des « potentialités ». « *La chose est alors considérée comme matérielle, concrète et corporelle* »²⁰⁰⁵. « *La chose est ainsi entendue comme ce que l'on peut toucher ou saisir et a une existence dans l'ordre naturel par ce biais. La référence à une chose matérielle apparaît alors comme un pléonasme* »²⁰⁰⁶. « *La chose se distingue, positivement, par son caractère corporel* »²⁰⁰⁷. Or, ces éléments de définition sont éloignés de la qualification réelle de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. En effet, l'aspect matériel-concret-corporel s'oppose à l'objet de la présente thèse. Si la définition de la chose est inapplicable aux « potentialités » réifiées, il faut en conclure par déduction que c'est le bien qui constitue le pivot dans la qualification réelle de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté.

260. Transition. Pour appliquer la définition du bien aux « potentialités » réifiées, il est plus facile de commencer par dire ce que n'est pas la notion de bien. Sur ce point, le bien se distingue juridiquement de la chose. Puisque son occurrence voisine est cantonnée à une sphère pro matérielle, elle est donc exclue de la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté à l'aune des critères de qualification des droits réels.

A l'inverse, le bien est le cadre privilégié de la qualification réelle de l'actif immatériel, de sorte qu'il doit être précisé.

§2. Les critères de définition du bien

261. Le rajeunissement des critères. *Nonobstant* le silence du législateur, la doctrine du droit civil²⁰⁰⁸ a élaboré des critères de définition du bien. En particulier, le Professeur SCHILLER²⁰⁰⁹

²⁰⁰⁵ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., n° 17, p. 20.

²⁰⁰⁶ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. Ph. THERY, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 24, 2007, n° 427, p. 276.

²⁰⁰⁷ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2007, n° 199, p. 57.

²⁰⁰⁸ V° notamment :

-le Professeur BERLIOZ propose de définir la notion de bien comme étant toute chose appropriée par son propriétaire et saisissable par les créanciers, c'est-à-dire selon le double critère de l'appropriation et de saisissabilité, d'où « *le bien, une propriété à fonction de garantie* » : *ibid*, n° 625 s., p. 205 s.

-le Professeur BOFFA consacre une définition de la notion de bien sur le fondement du double critère de la nature et de la destination : R. BOFFA, *La destination de la chose*, Lextenso, 2008 ; R. BOFFA, « Quel avenir pour la notion de bien », in « L'avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 45 s., spéc. p. 61 ; V° aussi : M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, op. cit., n° 438 s., p. 283 s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 244 s.

-le Professeur LIBCHABER se réfère au double critère de l'appropriabilité et de la commercialité dans la définition du bien : R. LIBCHABER, « Biens », *Rép. civ.* Dalloz, 2019, spéc. n° 15 : « *Pour faire vite, on dira donc que les biens se signalent à l'attention du juriste par trois caractéristiques. Ils émergent d'abord dans les relations individuelles sous la forme de valeurs, qui traduisent juridiquement le désir que l'on peut en avoir. Ils sont ensuite appropriables, car l'appropriabilité est la seule relation entre un bien et une personne qui permette à cette dernière d'en faire tout ce qu'elle veut – préalable juridique à l'assouvissement du désir qui est au cœur de la notion de bien juridique. Ils doivent*

définit traditionnellement la notion de bien à partir de trois critères : l'utilité, l'appropriation et la valeur. Puisque « *l'heure n'est donc certainement pas à la sclérose du droit des biens, mais bien au contraire à celle de son changement* »²⁰¹⁰, un rajeunissement des critères est primordial « *pour que notre Code civil donc devienne aussi le code de l'immatériel* »²⁰¹¹. « *Tant et si bien qu'aujourd'hui notre droit des biens est un puzzle dans lequel il manque des pièces essentielles* »²⁰¹². Or, « *l'évolution de la conception du bien permet d'adapter la qualification au caractère prospectif des sociétés modernes hautement intellectualisées, c'est-à-dire à leur appréhension particulière de l'avenir* »²⁰¹³. Partant, la qualification de bien peut être adaptée au caractère prospectif²⁰¹⁴ de l'actif immatériel, dont l'appréhension par le droit des entreprises en difficulté a révélé l'existence de « potentialités » sur le fondement du bilan d'entreprise. Pour rappel, les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » n'existent pas immédiatement *a contrario* des « potentialités de l'actif » et des « potentialités de passif »²⁰¹⁵. Or, la qualification de bien au profit du potentiel actif ou passif est plus enrichissante. Cette qualification réelle est effectuée à la lumière du fonds de commerce qui constitue un « puits de science » pour définir *in fine* les critères de qualification de l'actif immatériel. Universalité de fait, le fonds de commerce réunit tantôt des « potentialités de l'actif » telles que la clientèle, tantôt des « potentialités d'actif » comme l'achalandage et les informations/données sur les clients. Cela étant, l'intégration réelle de ces valeurs de l'actif ou d'actif dans la notion de bien est subordonnée non pas à une suppression²⁰¹⁶, mais à un rajeunissement de l'utilité (A), de l'appropriation (B) et de la valeur (C) en raison de notre domaine d'investigation : le droit des entreprises en difficulté.

A. L'utilité

262. La modernisation temporelle de l'utilité. La qualification de l'actif immatériel en bien est conditionnée par le respect du critère de l'utilité. En effet, l'utilité est le premier critère de définition du bien qui doit être appliqué aux « potentialités » réifiées. Cantonné en droit des biens (1), le

enfin entrer dans le commerce juridique, c'est-à-dire être cessibles, car cette qualité est souvent la condition d'une appropriation, en même temps qu'elle insère les biens dans la sphère interindividuelle qui intéresse le droit ».

²⁰⁰⁹ S. SCHILLER, *Droit des biens*, op. cit., n° 13 s, p. 17 s.

²⁰¹⁰ R. BOFFA, « Avant-propos », in « L'avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 1 s., spéc. p. 1.

²⁰¹¹ D. MAZEAUD, « L'avenir du droit des biens : rapport introductif », in « L'avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 5 s., spéc. p. 9.

²⁰¹² *Ibid*, spéc. p. 5.

²⁰¹³ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 225.

²⁰¹⁴ *Supra*, n° 92.

²⁰¹⁵ *Supra*, n° 12, 76, 92, 113, 120.

²⁰¹⁶ En effet, il n'est pas souhaitable ici de remettre en cause tout le droit des biens originairement créé pour les biens corporels et la propriété immobilière comme le fait pourtant la doctrine majoritaire.

critère de l'utilité doit être enrichi en droit des entreprises en difficulté par la prise en compte d'un facteur temporel (2).

1. Le cantonnement du critère de l'utilité en droit des biens

263. Exposé du critère. La doctrine classique du XVIII^{ème} siècle et du XIX^{ème} siècle concevait déjà la notion de bien à partir de son utilité pour l'Homme. Selon PORTALIS, « *les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes* »²⁰¹⁷. De la même manière, DEMOLOMBE déclarait qu'« *il n'y a de bien pour nous Jurisconsulte que ce qui peut servir à l'Homme* »²⁰¹⁸. Cette conception utilitariste du bien est approuvée par les auteurs contemporains du droit des biens. En disant que « *les biens, c'est bon* »²⁰¹⁹, le doyen CORNU affirme que les biens sont toutes les bonnes choses de notre société utiles à l'Homme, c'est-à-dire susceptibles de lui rendre service. Tantôt, « *les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation* »²⁰²⁰, tantôt les biens englobent « *les choses qui appartiennent à l'usage de l'homme et permettent à celui-ci de satisfaire à ses besoins, en les utilisant ou en les échangeant* »²⁰²¹. Pour d'autres auteurs, « *les biens étymologiquement sont des choses qui ont une utilité pour l'homme* »²⁰²². Dans le même ordre d'idées, la notion de bien « *désigne ce qui est utile, et satisfait les besoins matériels de l'homme* »²⁰²³. Aussi, le critère de l'utilité peut être divisé en deux : le bien est utile soit objectivement, soit subjectivement²⁰²⁴. Dans le premier cas, les utilités du bien sont objectivement indépendantes de la personne de son propriétaire. Dans le second cas, les utilités du bien ne sont pas identiques pour tout le monde, parce que la perception dépend subjectivement des besoins et des aptitudes de chacun. Outre une fonction de définition du bien, le critère de l'utilité jouit d'une fonction de délimitation. Il intervient effectivement pour départager les personnes et les biens²⁰²⁵, ainsi que les biens entre eux²⁰²⁶.

²⁰¹⁷ La phrase de PORTALIS a été maintes fois reprise : Ch. DEMOLOMBE, *Cours du Code Napoléon*, ouvrage précité ; G. BAUDRY-LACANTANERIE, E et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1^{ère} éd., 1896, n° 10-11, p. 10-11 ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, LexisNexis, coll. Manuel, 12^{ème} éd., 2014, n° 1, p. 1, N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 6, p. 10.

²⁰¹⁸ *Ibid.*

²⁰¹⁹ G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 1, p. 1.

²⁰²⁰ F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 2, p. 18.

²⁰²¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2018, n° 29, p. 37.

²⁰²² F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 2, p. 18.

²⁰²³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens, op. cit.*, n° 2, p. 14.

²⁰²⁴ C. GRIMALDI, *Droit des biens, op. cit.*, n° 16, p. 28.

²⁰²⁵ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 6-7, p. 10-11 : les biens « *répondent aux aspirations de l'homme tout en conservant la même singularité, c'est d'être monnayable alors que les personnes sont hors du commerce juridique* ».

²⁰²⁶ En effet, il y a trois distinctions fondées sur l'utilisation des choses. En premier lieu, la dichotomie entre les choses consommables (V° P. BONFILS, « La consommabilité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2003/1, p.

264. Critique du critère. L'utilité d'hier n'est plus l'utilité d'aujourd'hui, en ce sens que l'usage des biens de la société rurale du XIX^{ème} siècle diffère radicalement de l'utilisation des biens de notre société de consommation du XXI^{ème} siècle imprégnée d'immatériel²⁰²⁷. Ceci amorce alors une question : si le bilan d'entreprise est le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel, le livre II du Code civil de 1804 constitue-t-il le fondement civil de qualification de l'actif immatériel ? *A priori* non, si l'on s'en tient aux critiques doctrinales entourées par deux arguments : l'un est historique, l'autre est juridique.

Envisageons tout d'abord l'argument historique. La désuétude du Code civil est avancée par le Professeur MAZEAUD dans un long passage, dont il est opportun d'en tirer les enseignements pour la qualification réelle de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. « *Alors que notre monde a très sensiblement changé, qu'il s'est même métamorphosé, en ce sens qu'il ne se confond plus avec la matière, le code de 1804, lui, est resté ce qu'il était, à savoir le code d'un monde rural, d'une civilisation agraire, d'une société bourgeoise ; un Code champêtre qui se décline à l'ombre portée de l'immeuble, qui en constitue le centre de gravité ; un code dans lequel le promeneur évolue au milieu des lapins de garennes, les pieds dans les eaux de source, se faufile entre les clôtures, les vues et les jours, la tête dans les fruits des arbres, en prenant garde de ne pas choisir les fruits et les fosses d'aisance.*

Un code des champs, en somme, et pas un code des villes ; un code des choses qui tombent sous le sens (mis à part les droits dont ces choses sont l'objet). Donc, un code désuet, reflet du jardin corporel à la française dessiné à l'encre d'une summa divisio meubles/immeubles qui n'a pas résisté à la marche du temps.

Un code déconnecté des évolutions économiques et sociales, de la révolution numérique ; un code, toujours et encore, imprégné de la doctrine des physiocrates.

181) et les choses non consomptibles est celle qui répond le plus scrupuleusement à l'utilisation concrète des choses par celui qui les détient (Y. STRICKLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 146, p. 137). En second lieu, c'est plutôt l'utilité patrimoniale que présente la chose pour son propriétaire (*ibid*) qui oppose les choses fongibles (V° A. LAUDE, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 307) aux choses non fongibles en dépit de rapports entretenus avec la consomptibilité (V° H. HUMBERT, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, Thèse, Paris, 1940 ; P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens, la consomptibilité et la fongibilité », *RTD civ.* 1945, p. 75). En troisième lieu, ce critère différencie les choses frugifères des choses non frugifères (Sur la notion de fruits et de produits, V° notamment : Ch. CROISAT, *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, Thèse, Lyon, Dalloz, 1925 ; S. PIEDELIEVRE, « Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994. 75 s. ; A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La richesse des fruits », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2001. 1225 s. ; M. JAOUËL, *La notion de fruits : étude de droit privé*, Thèse, préf. M-L. MATHIEU, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2018, t. 57).

²⁰²⁷ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 6-7, p. 10-11.

*Un code, on l'a compris, incapable d'appréhender notre société post-industrielle, notre monde actuel, avec son cortège de biens incorporels, de valeurs immatérielles et de créations intellectuelles, ferment d'un droit moderne des biens »*²⁰²⁸.

Fort des contestations du Professeur MAZEAUD, il faudrait en déduire que le Code civil de 1804 serait incapable d'appréhender les nouvelles valeurs de l'actif ou d'actif quand il dit ceci : « *Un code, on l'a compris, incapable d'appréhender notre société post-industrielle, notre monde actuel, avec son cortège de biens incorporels, de valeurs immatérielles et de créations intellectuelles, ferment d'un droit moderne des biens »*²⁰²⁹. Si les biens renvoient aux choses servant à l'usage des hommes, ils seraient historiquement des objets corporels, « *c'est-à-dire des objets que nous pouvons percevoir par nos sens, surtout ceux qu'on peut toucher de la main »*²⁰³⁰. Conformément à cette approche objective, « *le bien est associé à la chose matérielle, ayant une existence physique, un corpus »*²⁰³¹. Force est alors de constater que cette vision traditionnelle serait aux antipodes de la qualification de l'actif immatériel en bien défini positivement par son immatérialité et négativement par son défaut d'existence physique et de *corpus*. A la question – si le bilan d'entreprise est le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel, le livre II du Code civil de 1804 constitue-t-il le fondement civil de qualification de l'actif immatériel ? – la réponse est sans ambages. Hérité de 1804, le critère de l'utilité d'un bien serait obsolète pour définir l'actif immatériel en bien. En effet, ce critère restrictif empêcherait la qualification de l'actif immatériel dans une nouvelle catégorie de droit réel, donc *in fine* de bien.

Toutefois, les critiques virulentes dirigées à l'encontre de la conception traditionnelle du droit des biens nous paraissent disproportionnées. Même si le droit des biens est créé historiquement sur le modèle corporel, n'oublions pas qu'il existait des biens incorporels avant 1804, et notamment les créations intellectuelles, les inventions et les œuvres de l'esprit²⁰³², voire en droit romain²⁰³³. Ainsi, rien n'interdirait de qualifier réellement l'actif immatériel, à savoir les « potentialités » réifiées à partir des critères de qualification des droits réels. Comme l'écrit le Professeur REVET, « *compte tenu de leur importance, leur réception par le Code civil est la condition du maintien de cet instrument comme l'expression du corpus juris civilis »*²⁰³⁴. « *A côté des biens matériels, cette*

²⁰²⁸ D. MAZEAUD, « L'avenir du droit des biens : rapport introductif », *op. cit.*, spéc. p. 6-7.

²⁰²⁹ *Ibid.*

²⁰³⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens, op. cit.*, n° 12, p. 22.

²⁰³¹ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Bien.

²⁰³² N. BLANC, « Quel avenir pour l'immatériel ? », in « L'avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 121, spéc. p. 122.

²⁰³³ C'est la distinction entre les *res corporales* (les choses corporelles) et les *res incorporales* (les choses incorporelles) adoptée par GAIUS dans ses Institutes. V° R-M. RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », in « Le droit et l'immatériel », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 35 et s.

²⁰³⁴ Th. REVET, « L'incorporel en droit des biens », in « L'appréhension par le droit de l'incorporalité », Colloque à Rennes le 21 novembre 2008, *RLDC*, novembre 2009, supplément au n° 65, p. 9 s., spéc. p. 17.

société [la société industrielle] a fait surgir des biens nouveaux, qui, malgré leur défaut d'assise matérielle, deviennent des sources majeures de richesse »²⁰³⁵. « Car pour l'économiste l'incorporel, en anglais intangible, est devenu la plus précieuse des ressources économiques »²⁰³⁶.

Traisons ensuite l'argument juridique pour répondre à l'interrogation susvisée plus haut. Quasiment immuable, le livre II du Code civil a été bâti dans une société agricole dominée par la terre, à savoir l'immeuble²⁰³⁷. En 1804, le Code civil était organisé autour de la *summa divisio* entre les meubles et les immeubles²⁰³⁸ érigée vers les seuls biens corporels sur le fondement d'un double critère de valeur²⁰³⁹ et physique²⁰⁴⁰, c'est-à-dire «le possible ou l'impossible déplacement de la chose mais elle ne s'appliquait qu'aux choses matérielles »²⁰⁴¹. A ce sujet, l'article 516 du Code civil dispose que « tous les biens sont meubles ou immeubles » en faisant des meubles une catégorie résiduelle : « tout ce qui n'est pas immeuble est meuble »²⁰⁴². D'ailleurs, la structure du Livre II du Code civil est révélatrice de cette hiérarchie. En effet, le titre I^{er} de ce Livre débute par un chapitre I^{er} sur les immeubles, puis poursuit par un chapitre II sur les meubles. Le Code civil tend de surcroît à valoriser la qualification immobilière, quitte à ce qu'elle absorbe certains meubles²⁰⁴³. Dès lors, « le droit des biens ne mérite pas la généralité de son appellation »²⁰⁴⁴ d'après le Professeur LIBCHABER. Indépendamment de la rédaction séduisante de l'article 520 de l'avant-projet de réforme du droit des biens²⁰⁴⁵, la *summa divisio* entre les meubles et les immeubles est conservée

²⁰³⁵ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *op. cit.*, spéc. p. 81.

²⁰³⁶ P. TABATONI, « L'incorporel comme ressource économique, Propos introductifs », in « Le droit et l'immatériel », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 149 et s., spéc. p. 149.

²⁰³⁷ R. BOFFA, « Avant-propos », *op. cit.*, spéc. p. 1 ; J-L. BERGEL, « Paradoxes du droit immobilier français à la fin du XXème siècle, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 4 et s. ; H. PERINET-MARQUET, « L'immeuble et le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 395 et s.

²⁰³⁸ F. TERRE, « Meubles et immeubles », in *Le Discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 278 s. ; H. PERINET-MARQUET, « Evolution de la distinction meubles-immeubles », in *Droit et actualité : études offertes à Jacques BEGUIN*, LexisNexis, 2005, p. 642 s.

²⁰³⁹ D'où l'adage « *res mobilis, res vilis* » (chose mobilière, chose sans valeur).

²⁰⁴⁰ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Meuble : « bien qui se caractérise par sa mobilité. Tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. La catégorie des meubles est résiduelle. Pour déterminer ce qui est meuble et ce qui est immeuble, le Code civil procède par énumération » ; V° Immeuble : « bien immobile qui ne peut être déplacé. Le sens juridique est plus large que le sens courant car ont la qualité d'immeubles des meubles qui permettent l'exploitation d'immeubles et des droits relatifs à des immeubles. L'immeuble s'oppose au meuble. Un bien est nécessairement meuble ou immeuble ; il n'existe pas de catégorie intermédiaire. Pour déterminer ce qui est meuble et ce qui est immeuble, le Code civil procède par énumération et distingue les immeubles par nature, les immeubles par destination et les immeubles par l'objet auxquels ils s'appliquent ».

²⁰⁴¹ *Ibid.*, V° Distinction meuble/immeuble.

²⁰⁴² J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 219.

²⁰⁴³ L'exemple le plus topique est l'article 524 du Code civil relatif à l'immeuble par destination.

²⁰⁴⁴ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 299 ; J-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *LPA*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4, spéc. n° 4 : « dès 1804, le Code civil a usurpé sa généralité ».

²⁰⁴⁵ Cet article dispose que : « sont des biens au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles 522 et 523 ».

par le droit positif²⁰⁴⁶. Ce qui rend accessoire la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels²⁰⁴⁷. Il est certain au demeurant que la dichotomie annexe biens corporels/biens incorporels « *est encore aujourd'hui la plus vivante* »²⁰⁴⁸. « *Elle traduit l'un des aspects de la richesse contemporaine, à savoir l'esprit inventif de l'homme* »²⁰⁴⁹. « *A cet égard, on peut arguer que la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles est en train de supplanter la frontière dépassée qui sépare les meubles des immeubles, à bout de souffle* »²⁰⁵⁰. Cette répercussion sur l'architecture du droit des biens aurait pour mérite cette fois-ci de rajeunir cette discipline, afin qu'elle soit en adéquation avec « *notre société du XXIème siècle, dominée par l'économie numérique et son cortège de biens immatériels* »²⁰⁵¹. La volonté de moderniser le droit des biens ne constitue à vrai dire pas un plaidoyer isolé, parce qu'elle est sollicitée autant par la doctrine classique que par la doctrine contemporaine. En effet, POTHIER admettait déjà que la *summa divisio* entre les meubles et les immeubles venait après celle des choses corporelles et des choses incorporelles²⁰⁵². Plus récemment, il est soutenu que la distinction des meubles et des immeubles est « *critiquée et en recul* »²⁰⁵³ ou « *discutable et dépassée* »²⁰⁵⁴ ou « *dépassée, faussée et concurrencée* »²⁰⁵⁵. Le Professeur REVET relève que « *la frontière entre immeubles et meubles ne cesse de s'effacer, si ce n'est le principe de leur distinction* »²⁰⁵⁶. D'aucuns réclament donc que : « *l'architecture du droit des biens doit être repensée. Deux modifications sont alors envisageables. La première consisterait à faire de l'opposition entre biens corporels et incorporels la nouvelle summa divisio du droit des biens. De cette façon, c'est autour de cette caractéristique des biens que les adaptations des notions pourraient être réalisées et les mécanismes repensés. C'est ainsi, par exemple, que le maintien du transfert de propriété solo consensu pourrait être réservé aux biens corporels, alors qu'il serait possible d'introduire une exigence de publicité pour les biens incorporels, consistant en une inscription en compte ou la remise d'un titre. La seconde consisterait à abandonner purement et simplement l'idée d'une distinction fondamentale. Après tout, rien n'impose de retenir une telle distinction et un découpage différent pourrait être proposé, reposant*

²⁰⁴⁶ V° l'article 526 du Code civil : « *tous les biens sont meubles ou immeubles, selon les distinctions suivantes* ».

²⁰⁴⁷ Pourtant, une commission a antérieurement proposé de consacrer la distinction des biens corporels et des biens incorporels au sein d'une *summa divisio* : article 1^{er}, Travaux de la Commission de refonte du Code civil, 1946-1947, Sirey, 1948, p. 781 (« *tous les biens seraient corporels ou incorporels* »).

²⁰⁴⁸ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., n° 45, p. 55.

²⁰⁴⁹ *Ibid.*

²⁰⁵⁰ Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine*, mars 2004, p. 20 s., spéc. p. 23.

²⁰⁵¹ R. BOFFA, « Avant-propos », op. cit., spéc. p. 1.

²⁰⁵² J. POTHIER, *Traité des personnes et des choses*, Paris, 1825, spéc. seconde partie « Des choses ».

²⁰⁵³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens*, op. cit., n° 109, p. 45.

²⁰⁵⁴ R. BOFFA, Ph. CHAUVIRE, « Propos conclusifs : le changement en droit des biens », in « L'avenir du droit des biens, Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 207-230, spéc. p. 228.

²⁰⁵⁵ R. BOFFA, « Quel avenir pour la notion de bien », op. cit., spéc. p. 56.

²⁰⁵⁶ V° la note Th. REVET, sous Cass. civ. 1ère., 1^{er} octobre 2003, *RTD civ.* 2003. 734.

sur un corps de règles communes à tous les biens, puis une déclinaison et adaptation de ces règles dans les différents droits spéciaux des biens. L'architecture d'ensemble serait alors proche de celle qui oppose les règles de droit commun des contrats et les différents contrats spéciaux »²⁰⁵⁷. De même, le Professeur MAZEAUD remet en question non seulement l'hégémonie du corporel²⁰⁵⁸, mais aussi l'opposition entre les meubles et les immeubles²⁰⁵⁹. En plus de l'abandon de la distinction des meubles et des immeubles, une partie de la doctrine milite pour l'avènement d'autres classifications. En cette occurrence, « la destination entre les meubles et les immeubles doit être complétée, afin d'intégrer les mutations contemporaines du droit des biens »²⁰⁶⁰. Dans cette voie, le Professeur BOFFA réclame « une *summa divisio tripartite* : immeubles, meubles et biens incorporels »²⁰⁶¹.

Toutes ces revendications doctrinales sont certainement louables. Seulement, certaines d'entre elles sont sans doute trop excessives. Selon le Professeur LIBCHABER, « la division des biens que nous avons en usage n'est pas promise à un avenir favorable »²⁰⁶². A la question « quel avenir pour le droit des biens ? »²⁰⁶³, la réponse du Professeur BLANC serait trop catégorique : « à mon sens, sans l'immatériel, aucun »²⁰⁶⁴. Pour rebondir sur cette question, on peut tenter un constat d'ordre plus général. A notre avis, c'est le droit dans sa globalité qui n'aurait aucun avenir sans l'immatériel, donc pas uniquement le droit des biens. Certes, il y aurait peu de place pour l'actif immatériel fondé sur le bilan économique, social et environnemental en droit des biens caractérisé peut-être à tort de droit « pétrifié »²⁰⁶⁵, « sclérosé »²⁰⁶⁶, « hermétique aux évolutions »²⁰⁶⁷ qui « renvoie une image déformée et trompeuse de la réalité »²⁰⁶⁸. En réalité, ce n'est ni la *summa divisio* entre les meubles et les immeubles, ni la distinction accessoire entre les biens corporels et les biens incorporels qui pose problème pour notre qualification finale, mais le cantonnement

²⁰⁵⁷ R. BOFFA, Ph. CHAUVIRE, « Le changement en droit des biens » in « Le changement du droit », *Revue de droit d'Assas*, février 2015, n° spécial, n° 10, p. 67, spéc. n° 31, p. 79.

²⁰⁵⁸ D. MAZEAUD, « L'avenir du droit des biens : rapport introductif », *op. cit.*, spéc. p. 8 : « dans cette perspective, la première chose à faire c'est, si je puis dire, de sortir enfin du jardin corporel à la française dessiné par les codificateurs de 1804 et dans lequel notre droit des biens s'est enlisé depuis ».

²⁰⁵⁹ *Ibid.* : « sortir du corporel revient à tordre le cou une fois pour toutes à cette distinction séculaire et désuète, et sociologiquement dépassée, qui continue pourtant d'être présentée comme l'alpha et l'oméga du droit contemporain des biens, à savoir la distinction meubles/immeubles ».

²⁰⁶⁰ R. BOFFA, « Quel avenir pour la notion de bien », *op. cit.*, spéc. p. 59.

²⁰⁶¹ *Ibid.*

²⁰⁶² R. LIBCHABER, « Biens », *op. cit.*, n° 1.

²⁰⁶³ Cf titre du colloque sur l'avenir du droit des biens organisé à Lille le 7 mars 2014.

²⁰⁶⁴ N. BLANC, « Quel avenir pour l'immatériel ? », *op. cit.*, spéc. p. 130.

²⁰⁶⁵ J-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *op. cit.*, spéc. n° 6.

²⁰⁶⁶ Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *op. cit.*, p. 124 et s. ; R. LIBCHABER, « La recodification des biens », *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 299.

²⁰⁶⁷ J-B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », *op. cit.*, spéc. n° 6.

²⁰⁶⁸ *Ibid.*

temporel du critère de l'utilité en droit des biens. Il nous semble effectivement que l'utilité des meubles ou des immeubles, des biens corporels ou des biens incorporels soit immédiate, actuelle, existante, d'où l'apparition d'une distorsion temporelle avec certaines « potentialités » réifiées en droit des entreprises en difficulté dans le bilan d'entreprise.

265. Transition. L'utilité ou l'usage/l'utilisation est le premier critère de définition du bien qui doit être mis en corrélation avec les « potentialités » réifiées. Ce critère est cantonné en droit des biens, ce qui laisserait peu de chance à la qualification de l'actif immatériel en bien. Daté, ce critère restrictif est critiqué par la plupart des auteurs pour deux raisons : d'une part, une raison historique et d'autre part, une raison juridique.

Au lieu de condamner le critère de l'utilité, et plus largement la conception traditionnelle du droit des biens, il est préférable d'enrichir ce critère d'une perspective temporelle en droit des entreprises en difficulté. De là en découle une nouvelle *summa divisio* entre l'utilité immédiate, actuelle, existante du bien et l'utilité ultérieure, future, potentielle du bien.

2. L'enrichissement du critère de l'utilité en droit des entreprises en difficulté

266. Exposé du critère. Le critère traditionnel de l'utilité qui définit la notion de bien doit être non pas supprimé, mais précisé pour inclure les actifs et les passifs immatériels potentiels révélés en droit des entreprises en difficulté par le bilan d'entreprise. Cela signifie donc que la conception traditionnelle du droit des biens n'est pas brisée par cette thèse sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Seuls certains aspects de définition d'un bien doivent être modernisés, afin de prendre en compte la qualification finale de bien au profit des « potentialités » réifiées. En effet, l'utilité en droit des biens doit être complétée en utilité ultérieure en droit des entreprises en difficulté. D'inspiration économique²⁰⁶⁹, le critère de l'utilité ultérieure a déjà été mis en avant dans la première partie de la présente étude sous l'angle des techniques de valorisation de l'actif immatériel en période d'observation sur le fondement de l'article L. 622-17 du Code de commerce²⁰⁷⁰. A présent, il convient de développer le paramètre temporel du critère de l'utilité ultérieure au stade de la qualification réelle de l'actif immatériel. En définitive, la durée chronométrique est un critère de qualification de l'actif immatériel qui puise ses racines dans les

²⁰⁶⁹ V° un article de référence en la matière : D. MELEDO-BRIAND, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle : Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p. 467 s.

²⁰⁷⁰ *Supra*, n° 158.

critères de qualification des droits réels, et spécialement dans le critère de l'utilité inhérent à la définition du bien. Cet élément qualificatif de l'actif immatériel mérite alors réflexion.

Etant une donnée factuelle non juridique²⁰⁷¹, le temps est plutôt issu de la philosophie qui en a d'ailleurs jeté les bases. En effet, Emmanuel KANT considérait que le temps était une forme universelle permettant d'appréhender les phénomènes. Dans les confessions, SAINT-AUGUSTIN s'est interrogé sur la signification du temps : « *Qu'est-ce donc que le temps ? Qui en saurait donner facilement une brève explication ? Qui pourrait le saisir, ne serait-ce qu'en pensée, pour en dire un mot ? Et pourtant quelle évocation plus familière et plus classique dans la conversation que celle du temps ? Nous le comprenons bien quand nous en parlons ; nous le comprenons aussi, en entendant autrui en parler. Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais. Si quelqu'un pose la question et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus* »²⁰⁷². Il résulte de ce questionnement que le temps est une intuition spontanée. En effet, on comprend le temps sans pour autant l'expliquer.

Néanmoins, Henri BERGSON a expliqué dans ses travaux que le temps se distingue de la durée. D'un côté, le temps est associé à une dimension objective technique retenue *in fine* par les scientifiques. Cette conception objective du temps est éclairée par l'image de la mesure du temps par une horloge. D'un autre côté, la durée est une notion subjective perçue par les représentations de l'individu. La durée toute pure est la forme « *que prend la succession de nos états de conscience quand notre moi se laisse vivre, quand il s'abstient d'établir une séparation entre l'état présent et les états antérieurs* »²⁰⁷³. Dans cette optique, elle se conçoit comme un temps vécu par notre conscience, concret et interne, un temps efficace en somme²⁰⁷⁴. L'opposition conceptuelle entre le temps et la durée se retrouve également dans les écrits de Hans HALLEZ : « *le temps est la représentation et la durée est la chose représentée* »²⁰⁷⁵. En réalité, l'existence du temps a deux origines philosophiques. D'une part, le temps existe objectivement par la nature des choses matérielles : les faits. D'autre part, la source du temps provient subjectivement de la nature des choses immatérielles et particulièrement des idées²⁰⁷⁶. C'est dans cet environnement philosophique que s'inscrit cette recherche, dont la durée est dérivée des critères de qualification des droits réels.

²⁰⁷¹ M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, Essai d'une théorie générale*, Thèse, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013, n° 7, p. 19.

²⁰⁷² SAINT AUGUSTIN, *Les confessions*, (vers 400), Livre XI, § XIV, trad. P. Cambronne, in *Œuvres*, t. I, la Pléiade, p. 1040-1041, in C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 11.

²⁰⁷³ H. BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Quadrige, 2013, p. 74.

²⁰⁷⁴ H. BERGSON, *La pensée et le mouvant, essais et conférences*, Quadrige, 1938, p. 11.

²⁰⁷⁵ H. HALLEZ, « Le temps et la durée », *Revue philosophique de Louvain*, 1896, p. 14.

²⁰⁷⁶ M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, Essai d'une théorie générale*, op. cit., n° 29, p. 42.

Assurément philosophique, le facteur temps n'est au demeurant pas totalement exogène au droit, car il entretient des relations dialectiques avec lui²⁰⁷⁷. La notion de temps est effectivement définie par le doyen CORNU *a contrario* de la notion de durée. Faut-il en déduire que seule la notion de temps est juridique ? Trois sens juridiques la caractérisent en tout cas. Tout d'abord, il existe en droit un temps mesuré qui est la portion de durée légalement, judiciairement ou conventionnellement déterminée par opposition à ce qui est indéfini, viager ou perpétuel. Exemple : temps de la prescription, emprisonnement à temps, travail à temps partiel. Ensuite, on trouve en matière juridique le temps passé qui correspond à la durée réelle. Exemple : temps consacré à l'éducation des enfants. Enfin, la notion de temps a des occurrences voisines qui font office de synonymes comme le moment et la date²⁰⁷⁸. En substance, le juriste retient une dualité du temps²⁰⁷⁹. Dans sa thèse, Madame CRESP sélectionne deux sortes de temps : « *le temps juridique en tant que dimension temporelle juridique désigne soit un milieu organisé dans lequel les situations juridiques se succèdent, soit un espace mesuré avec lequel les situations juridiques se déroulent* »²⁰⁸⁰. D'un point de vue technique, on parle juridiquement d'un temps chronologique ou d'un temps chronométrique. Le premier équivaut à l'organisation du temps juridique²⁰⁸¹. Le deuxième est relié à la durée du temps juridique²⁰⁸².

Qu'il s'agisse de la philosophie ou du droit, c'est le critère de durée chronométrique qui caractérise l'actif immatériel au titre de sa qualification en bien. Ce critère est en revanche apprécié

²⁰⁷⁷ F. OST, *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob, 1999, spéc. p. 13 : « *Un lien puissant s'établit entre temporisation sociale du temps et institution juridique de la société. Plus précisément : le droit affecte directement la temporalisation du temps, tandis que, en retour le temps détermine la force instituante du droit. Plus précisément encore : le droit temporalise tandis que le temps institue* ».

²⁰⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Temps.

²⁰⁷⁹ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, t. II, PUAM, Aix-en-Provence, 1979, p. 1 et s. ; V° aussi : P. VOIRIN, sous Cass. civ., 20 mars 1929, D.P. 1929, I.13 : « *Aussi le mot temps reçoit-il dans la terminologie juridique deux sens distincts. Il est synonyme tantôt de date, époque ou instant, et tantôt de durée : il s'agit alors, suivant l'expression de l'article 704, d'un espace de temps* » ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 115, p. 139 : « *la notion de temps peut être abordée par rapport à la chronométrie ou par rapport à la chronologie* » ; A. ETIENNEY, *La durée de la prestation : essais sur le temps dans l'obligation*, Thèse, préf. T. REVET, LGDJ, Bdp, tome 475, 2008, n° 7, p. 4-5 ; S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA*, novembre 2004, n° 224, p. 13 qui distingue le temps chronométrique du temps chronologique ; C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations post-contractuelles*, Thèse, Paris I, 2001, n° 209 : « *le temps doit être envisagé dans son aspect de moment, le moment étant la date de naissance, le point de départ (de la période post-contractuelle). Le temps doit ensuite être envisagé dans son aspect de durée, c'est-à-dire qu'il faut mesurer la période* ».

²⁰⁸⁰ M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, op. cit., n° 4, p. 16-17.

²⁰⁸¹ Chronologie, sens 2, in *Le Petit Robert de la langue française*, éd. 2017 : « *Succession (des événements) dans le temps* » ; P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », op. cit., n°12, p. 16 : « *Parfois, le temps n'intervient que pour marquer l'ordre respectif de deux actes ou événements, caractériser une antériorité. La notion de temps n'apparaît ici qu'avec son contenu le plus réduit, ce que l'on a appelé un ordre de l'avant et de l'après* ».

²⁰⁸² Chronomètre, in *Le Petit Robert de la langue française*, *ibid* : du grec khronos, temps, et metron, mesure ; Chronométrie, sens 1, in *Le Petit Robert de la langue française*, *ibid* : « *Science de la mesure du temps* » ; Durée, sens 1, in *Le Petit Robert de la langue française*, *ibid* : « *Espace de temps qui s'écoule par rapport à un phénomène, entre deux limites observées (début et fin)* » ; V° J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n°117 s., p. 140 s.

différemment selon les « potentialités » réifiées qui sont fondées sur le bilan économique, social et environnemental : certaines existent déjà (« potentialités de l'actif »/« potentialités de passif »), alors que d'autres sont seulement potentielles (« potentialités d'actif »/« potentialités du passif »)²⁰⁸³.

267. Applicabilité du critère. La qualification de bien bénéficie à l'actif immatériel si et seulement si les « potentialités » réifiées font l'objet d'utilités ultérieures. Enrichie d'une donnée temporelle en droit des entreprises en difficulté, l'applicabilité de ce critère doit être validée à l'aide d'exemples d'actifs immatériels émanant du bilan économique, social et environnemental. Cet outil économique de valorisation de l'actif immatériel met en exergue des « potentialités de l'actif » liées au fonds de commerce telles que la clientèle²⁰⁸⁴. En effet, elle est la condition *sine qua non* du fonds de commerce depuis longtemps en jurisprudence²⁰⁸⁵. Elle « constitue le ciment nécessaire entre les autres catégories de biens et qui confère au fonds, à la fois, son originalité juridique et sa valeur économique »²⁰⁸⁶. Universalité de fait s'adaptant aux évolutions technologiques²⁰⁸⁷, le fonds de commerce constitue l'illustration la plus pédagogique de cette thèse, tant pour la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté, que pour la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté²⁰⁸⁸. En cette occurrence, l'actif immatériel pourrait être un ensemble de biens et de créances à l'instar du fonds de commerce²⁰⁸⁹.

Non défini²⁰⁹⁰ par la loi du 17 mars 1909²⁰⁹¹, le fonds de commerce est appréhendé par ses éléments constitutifs qui sont de deux types à la lecture du Code de commerce. Il y a d'une part les éléments corporels : matériel ou outillage, marchandises et d'autre part, les éléments incorporels : clientèle et achalandage, nom commercial, enseigne, droit au bail, droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique. Notons que la clientèle est la résultante de la mise en place des autres éléments constitutifs du fonds de commerce. C'est la raison pour laquelle le fonds de commerce n'existe que s'il y a clientèle et à condition qu'elle est soit effectivement mise en œuvre. De la sorte, on retrouve la notion de temps. Aussi, on admet pour l'ouverture d'un nouveau point de vente,

²⁰⁸³ *Supra* n° 12, 76, 92, 113, 120.

²⁰⁸⁴ *Supra*, n° 114, 120.

²⁰⁸⁵ Cass. req., 23 octobre 1934, S, 1934, 1, p. 392 ; Cass. req., 15 février 1937, DP 1938, Jur. P. 13, note. CORDONNIER.

²⁰⁸⁶ J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, t. 2, Dalloz, 1966, n° 1010, p. 90.

²⁰⁸⁷ V° par exemple la notion de fonds de commerce électronique ou virtuel.

²⁰⁸⁸ *Supra*, n° 49, 175, 256, 261 ; *Infra*, n° 274, 279, 383, 411.

²⁰⁸⁹ *Infra*, n° 279.

²⁰⁹⁰ L'absence de définition légale du fonds de commerce est déplorée par la doctrine : D. CHILSTEIN, « Le fonds de commerce », in P. LE CANNU (dir.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, 2008, Bibl. Institut Tunc, LGDJ, p. 305 s.

²⁰⁹¹ DP 1909. 4. 41.

notamment d'un franchisé indépendant sous enseigne connue que la clientèle existe déjà, donc *in fine* le fonds de commerce. En effet, l'enseigne représente déjà une clientèle potentielle. La « potentialité d'actif » devient dans ce contexte une « potentialité de l'actif ».

De manière générale, la clientèle est identifiée en « potentialité de l'actif » dans le bilan en droit des entreprises en difficulté²⁰⁹². Quant à l'achalandage²⁰⁹³, il désigne une « potentialité d'actif » réifiée qui pourrait être qualifiée en bien par le critère de l'utilité ultérieure en droit des entreprises en difficulté. En effet, on distingue au niveau légal, prétorien et doctrinal la clientèle de l'achalandage²⁰⁹⁴. « *Il est évident qu'il s'agit d'une potentialité, assise sur les relations d'affaires, en principe, stables (on parlera alors de clientèle) ou sur un emplacement de grand passage, de chalandis (on parlera d'achalandage)* »²⁰⁹⁵. S'agissant du périmètre du privilège du vendeur, l'article L. 141-5, alinéa 2 du Code de commerce relate que : « *Il 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* ». Ces deux derniers éléments constitutifs du fonds de commerce sont encore cités par l'article L. 142-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce sur l'assiette du nantissement de ce bien mobilier incorporel. La jurisprudence ne les confond pas. Les juges du fond ont jugé aux termes d'un arrêt du 9 juin 1987 que la clientèle est « *un élément essentiel du fonds que l'achalandage ne peut suppléer* »²⁰⁹⁶. En particulier, cette dichotomie prétorienne a été appliquée à propos de la concession d'un emplacement sur un marché²⁰⁹⁷. Pareillement, la troisième chambre civile de la Cour de cassation retient une clientèle de passage composée de pèlerins visitant un site religieux²⁰⁹⁸. En réalité, la notion d'achalandage est entendue comme une clientèle passagère, c'est-à-dire potentielle *a contrario* de la notion effective²⁰⁹⁹ de clientèle, d'où la distinction entre la clientèle – actif existant/« potentialité de l'actif » et l'achalandage – actif potentiel/« potentialité d'actif ». Dans le vocabulaire juridique, il y a deux définitions de l'achalandage qui s'opposent à la clientèle : « *virtualité de relations d'affaires, par opposition à la clientèle déjà existante* » ; et « *relations d'affaires passagères, par opposition à*

²⁰⁹² *Supra*, n° 114, 120.

²⁰⁹³ Il faut signaler que l'achalandage dispose d'une « certaine acuité » pour les fonds de commerce sur Internet : V° S. PIEDELIEVRE, *Droit commercial, Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Concurrence, Consommation*, Dalloz, coll. Cours, 11^{ème} éd., 2017, n° 217, p. 213.

²⁰⁹⁴ J. DERRUPPE, « Fonds de commerce et clientèle », in *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 231 s. ; « La distinction de la clientèle et de l'achalandage », in *Les orientations sociales du droit contemporain : Ecrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 167 et s.

²⁰⁹⁵ S. PIEDELIEVRE, *Droit commercial, Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Concurrence, Consommation, op. cit.*, n° 217, p. 212-213.

²⁰⁹⁶ CA. Paris., 9 juin 1987, *D.* 1987. IR 163, *RTD com.* 1987. 495, n° 1, obs. J. DERRUPPE.

²⁰⁹⁷ Cass. com., 3 février 1970, *D.* 1970, 626, Bull civ IV, n° 42.

²⁰⁹⁸ Cass. civ., 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 09-68.521.

²⁰⁹⁹ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. Université, 25^{ème} éd., 2019, n° 152, p. 77.

des relations d'affaires suivies et renouvelées»²¹⁰⁰. En ressortent deux caractères distinctifs : un caractère matériel et un caractère temporel. En définitive, c'est l'aspect temporel qui permet d'appliquer le critère de l'utilité ultérieure à l'achalandage, et notamment le caractère futur et potentiel de cette « potentialité d'actif » réifiée. En ce cas, le caractère futur et potentiel de l'achalandage va à l'encontre du caractère actuel et réel de la clientèle : « *le chaland est celui qui est susceptible de devenir un client. Ce caractère résulte de l'emplacement et de l'attractivité du fonds : il attire le chaland, l'homme de passage, qui peut éventuellement pousser la porte du fonds de commerce et devenir un futur client. Le chaland est donc un futur client potentiel* »²¹⁰¹. Définir le chaland comme un futur client potentiel revient à caractériser son utilité ultérieure²¹⁰². Dès lors, l'applicabilité du critère de l'utilité ultérieure à l'achalandage aboutit à sa qualification en bien potentiel.

Considérées comme des « biens informationnels »²¹⁰³, les informations/données sur les clients peuvent constituer une autre illustration de « potentialités d'actif » réifiées, dont le critère de l'utilité ultérieure pourrait être applicable. La notion d'information est complexe à définir, parce qu'elle est « *une notion générique, sous laquelle l'opinion commune range des éléments aussi variés qu'une donnée brute, un savoir-faire, une invention végétale, un secret industriel, une idée, une découverte, une création de forme, un évènement d'actualité, une donnée à caractère personnel, etc : autant de concepts plus précis que celui d'information* »²¹⁰⁴. « *C'est donc un domaine extrêmement vaste qui est concerné, car les exemples d'objets potentiels d'application de ce concept sont innombrables. Il peut s'agir aussi bien de recettes de cuisine que d'un savoir-faire, de secrets commerciaux que d'un fichier de clientèle ...* »²¹⁰⁵.

Ce faisant, ce sont les informations/données relatives à la clientèle qui retiennent toute notre attention comme un fichier de clientèle, un carnet d'adresses, l'identité, les coordonnées des clients²¹⁰⁶. En définitive, cette notion nous invite à réfléchir sur la délicate question des données personnelles²¹⁰⁷ au sens de l'article 4 § 1 du RGPD²¹⁰⁸, c'est-à-dire « *toute information se*

²¹⁰⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Achalandage.

²¹⁰¹ H. BARBIER, J. HEINICH, « Clientèle », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016, V° Clientèle, n° 20.

²¹⁰² M. ROTANDI, La nature juridique de l'achalandage, *Ann. dr. com.* 1930, p. 137.

²¹⁰³ M. VIVANT, « A propos des biens informationnels », *JCP G* 1984, I, 3132.

²¹⁰⁴ J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », in « Le renouveau du droit de propriété », 4èmes rencontres juridiques de l'Université Lumière-Lyon 2 le 20 octobre 2000, *Droit et patrimoine*, 1^{er} mars 2001, n° 91, p. 64 s., spéc. p. 64.

²¹⁰⁵ P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, n° 348, p. 104.

²¹⁰⁶ En ce sens, V° H. BARBIER, J. HEINICH, « Clientèle », *op. cit.*, n° 83.

²¹⁰⁷ J. RICHARD, « Le numérique et les données personnelles : quels risques, quelles potentialités ? », note précitée.

²¹⁰⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ». Or, c'est ce « [n]ouvel or noir »²¹⁰⁹ du XXI^{ème} siècle qui contribue à l'applicabilité de l'utilité ultérieure aux « potentialités d'actif » réifiées telles que les informations/données liées à la clientèle. Bien qu'un exemple issu de la vie courante fasse allusion implicitement au concept des utilités ultérieures dans la thèse du Professeur BERLIOZ²¹¹⁰, ledit critère enrichi d'un point de vue temporel en droit des entreprises en difficulté peut être caractérisé du point de vue des données numériques, en l'occurrence des *datas* laissées sur Internet par les internautes. « *D'un bout à l'autre de la chaîne, l'information et les données sont devenues stratégiques dans une course au ciblage toujours plus efficace, et dans la recherche d'une exploitation optimisée des inventaires* »²¹¹¹. Les données personnelles donnent lieu à des avantages concurrentiels²¹¹², donc finalement à des utilités ultérieures à partir du moment où elles sont valorisées²¹¹³. En effet, la donnée est stockée dans le *Big Data* « *en vue d'une utilité ultérieure* »²¹¹⁴. « *Incontestablement, les données personnelles sont devenues l'or noir du XXI^{ème} siècle, exploitées et stockées pour une utilisation ultérieure* »²¹¹⁵. Ainsi, l'applicabilité du critère de l'utilité ultérieure à ces informations/données identifiées en « potentialités d'actif » réifiées fonde la qualification réelle en droit des entreprises en difficulté.

268. Transition. Restrictif, le critère de l'utilité en droit des biens doit être complété en utilité ultérieure en droit des entreprises en difficulté dans une volonté de modernisation et non de

²¹⁰⁹ M. FONTAINE, S. JUILLET, D. FROGER, « La donnée numérique : l'or noir du XXI^{ème} siècle ? » in « Familles, Solidarités, Numérique – Les notaires au cœur de la société », 113^{ème} Congrès des notaires à Lille 17-20 septembre 2017, *LPA*, 8 septembre 2017, n° spécial, p. 90 ; V° aussi : ADLC, Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur Internet ; « The World's most valuable resource » - Data and the new rules of competition – « Fuel of the future », *The Economist*, 6 mai 2017.

²¹¹⁰ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., n° 1452, p. 450 : « *Lorsque nous apprenons, en ouvrant notre fenêtre le matin, qu'il va pleuvoir, nous adaptons notre tenue vestimentaire en conséquence. Nous sommes en possession d'une information sur le temps, que nous allons utiliser pour nous couvrir. Cette information va par ailleurs pouvoir faire naître une idée dans notre esprit : un jour de pluie, pourquoi ne pas aller au cinéma* ».

²¹¹¹ ADLC, Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur Internet, n° 95, p. 46.

²¹¹² Rapport de l'ADLC et du Bundeskartellamt, « Droit de la concurrence et données », 10 mai 2016 ; N. LANERET, R. KNITTEL, A. BAUDEQUIN, « Protection des données personnelles : quand le droit de la concurrence s'en mêle », *Dalloz IP/IT* 2017. 619 ; A. BANCK, « Le droit de la protection des données saisi par le droit de la concurrence », *Dalloz IP/IT* 2018. 248 ; J. BEBRAS, « Protection des données personnelles et concurrence : dépendances et interdépendances également », *Revue Lamy droit de l'Immatériel*, 1^{er} mai 2019, n° 159, p. 29 et s. ; M. BLANCHARD, « Numérique, concurrence et protection des données personnelles », *Cahier de droit de l'entreprise*, 1^{er} mai 2019, n° 3, p. 41 et s.

²¹¹³ M. FONTAINE, S. JUILLET, D. FROGER, « La donnée numérique : l'or noir du XXI^{ème} siècle ? », intervention précitée : « *il est aujourd'hui admis que les données nues ont peu de valeur. Elles doivent être manipulées pour être valorisées* ». Partant, la donnée numérique constitue vraiment une « potentialité d'actif » réifiée, dans la mesure où cette dernière nécessite une exploitation pour en retirer une valeur. Or, la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté a montré que les « potentialités » doivent être rattachées à l'activité économique pour exister, d'où l'exigence d'une affectation à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives. V° *supra*, n° 171, 179, 185, 189, 195 à 197, 199, 201, 204, 205.

²¹¹⁴ *Ibid.*

²¹¹⁵ *Ibid.*

destruction de la définition du bien. Afin d'être appliqué à l'actif immatériel potentiel, l'examen du critère de l'utilité ultérieure en droit des entreprises en difficulté repose sur un exposé temporel qui emporte *de lege ferenda* la création d'une nouvelle *summa divisio* entre l'utilité actuelle, immédiate, existante et l'utilité ultérieure, future, potentielle. Ce critère est ensuite appliqué à l'achalandage, aux informations/données sur la clientèle à titre d'exemples de « potentialités d'actif » réifiées. Utile ultérieurement, l'objet de la présente étude doit remplir d'autres critères pour valider la qualification en bien.

B. L'appropriation

269. La « propriétérisation » renouvelée. Non seulement utile, la chose doit être également appropriée pour se métamorphoser juridiquement en bien. Techniquement, l'appropriation est le second critère de définition du bien après l'utilité. Puisque le principe traditionnel est l'appropriation des seules choses corporelles en droit des biens (1), la « propriétérisation » doit être renouvelée en droit des entreprises en difficulté du fait de l'objet immatériel de cette thèse. « Appropriables », les « potentialités » à valeur positive seraient effectivement qualifiées en biens dans cette discipline (2).

1. L'appropriation des choses corporelles en droit des biens

270. Exposé du principe. A l'instar du critère de l'utilité, les auteurs classiques et modernes du droit des biens exigent l'appropriation comme condition *sine qua non* de définition du bien. Partant, les biens sont « *des choses dont l'utilité justifie l'appropriation* »²¹¹⁶ et « *toutes choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité sont susceptibles d'appropriation privée* »²¹¹⁷. De manière analogue, « *les choses deviennent des biens, au sens juridique du mot, non pas lorsqu'elles sont utiles à l'Homme mais lorsqu'elles sont appropriées* »²¹¹⁸ ou les choses « *ne sont des biens que si elles ont une valeur et son susceptibles d'appropriation* »²¹¹⁹ ou « *[t]outes les choses ne sont pas des biens. C'est qu'il faut une possibilité d'appropriation pour faire un bien d'une chose* »²¹²⁰. Ce critère de l'appropriation est préconisé par la commission de réforme du droit des biens pour définir la notion de bien à l'article 520 : « *les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une*

²¹¹⁶ F. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 2, p. 18.

²¹¹⁷ Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, op. cit., n° 1, p. 1.

²¹¹⁸ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. III. Les biens*, avec le concours de M. PICARD, LGDJ, 1926, n° 51, p. 57.

²¹¹⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, op. cit., n° 12, p. 22.

²¹²⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 707, p. 1595.

appropriation ». Ainsi paraphrasé, l'exposé du critère de l'appropriation doit être précisé, tant au regard de sa signification que de sa portée.

A l'idée d'appropriation privée « renvoie l'image de la maîtrise de cette chose par l'homme. C'est l'exercice de son pouvoir »²¹²¹. Techniquement, l'appropriation d'une chose est effectuée à partir du moment où elle devient objet d'un droit, et spécialement de propriété²¹²². En résumé, l'appropriation équivaut à la « propriétérisation » : « utile et rare une valeur au sens économique du terme devient un bien au sens juridique du mot lorsque la Société répond par le Droit aux soucis complémentaires de réservation et de commercialisation de son maître du moment, objet de droit de propriété, la chose est conceptualisée au rang de bien »²¹²³. Dans le Code civil, le bien est indissociable de la propriété et les intitulés du Livre II (« Des biens et des différentes modifications de la propriété »)²¹²⁴ et III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété ») abondent en ce sens. Pour le Professeur BERLIOZ, c'est la propriété au sens de l'article 544 du Code civil²¹²⁵, à savoir l'appropriation qui est originellement le « convertisseur »²¹²⁶ de la chose en bien.

Pour autant, ce texte conçoit étroitement le droit de propriété au profit des seules choses corporelles²¹²⁷. D'après l'ingénieuse formule du Professeur BERLIOZ, l'objet « converti »²¹²⁸ par la propriété est la chose corporelle. En effet, « les choses objet de propriété sont normalement des choses corporelles, mobilières ou immobilières, et c'est sur le modèle d'un droit réel de cette sorte que se sont manifestement appuyés les rédacteurs du code civil lors d'esquisser les traits caractéristiques du droit de propriété »²¹²⁹. « Infecté de matérialisme : dans le livre II du Code civil, le Bien est Chose, une chose matérielle, sensible corporelle »²¹³⁰. En définitive, le principe de l'appropriation des choses corporelles en droit des biens est parfaitement argumenté par un syllogisme tenace dans la thèse du Professeur LAROCHE. « L'objet de la propriété est constitué des

²¹²¹ Y. STRICKLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 10, p. 36.

²¹²² Cf article 543 du Code civil : « on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ».

²¹²³ J-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p. 281 s., spéc. p. 285 ; V° aussi : J-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 s., spéc. p. 279.

²¹²⁴ H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », in « Les biens et les choses », *Archives de philosophie du droit*, t. 24, Sirey, 1979, p. 9 s., spéc. p. 9 : « ce seul langage paraît impliquer déjà une confusion entre bien et propriété ».

²¹²⁵ *Infra*, n° 342.

²¹²⁶ P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, n° 60-134, p. 25-43.

²¹²⁷ M. XIFARAS, *La propriété : Etude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la Politique, 2004, spéc. p. 111.

²¹²⁸ P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, n° 135-244, p. 43-69.

²¹²⁹ A. SERIAUX, « Propriété », *op. cit.*, n° 36.

²¹³⁰ M. VILLEY, « Les biens et les choses », *op. cit.*, p. 2.

biens. Or, les biens sont nécessairement des choses corporelles. Donc, l'objet de la propriété est nécessairement corporel »²¹³¹.

La portée du critère de l'appropriation a trait à une fonction d'exclusion. Faute d'appropriation, les choses sans propriétaire, c'est-à-dire sans maître²¹³² et communes²¹³³, ainsi que les choses en dehors du commerce²¹³⁴ ne font pas partie de la catégorie juridique des biens au sens du droit des biens. *De facto*, ces choses ne peuvent pas être l'objet d'un droit de propriété.

271. Critique du principe. Dans une conception traditionnelle, le droit des biens élève au rang de bien toute chose matérielle susceptible d'appropriation²¹³⁵. En d'autres termes, le droit de propriété s'applique, pour rappel, aux seules choses ayant un *corpus*²¹³⁶. Comme le suggère le Professeur XIFARAS, « *la définition absolutiste et matérielle de la propriété serait incapable de rendre compte des objets de l'économie contemporaine, de la propriété des créances (actions, obligations, etc) ou des biens immatériels (marques, brevets, œuvres...), mais aussi des droits sociaux, des considérations environnementales, de la protection des consommateurs, des politiques d'aménagement du territoire, bref, des rapports de droit qui unissent actuellement les hommes et leurs richesses, devenus trop irréductiblement complexes pour être ramenés à un paradigme unique* »²¹³⁷. Compte tenu de la qualification réelle de l'actif immatériel, le syllogisme précité doit être retravaillé²¹³⁸. Reprenons-le : « *L'objet de la propriété est constitué des biens. Or, les biens sont nécessairement des choses corporelles. Donc, l'objet de la propriété est nécessairement*

²¹³¹ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, n° 425, p. 275.

²¹³² B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Bien sans maître : « *bien qui, bien que susceptible d'appropriation privée, n'a pas encore été approprié ou a cessé de l'être* ». Il s'agit en particulier des choses qui n'appartiennent à personne (les *res nullius*) et des choses abandonnées (les *res derelictae*).

²¹³³ Sur cette notion, V° notamment : J. BACQUET, *Des biens qui n'appartiennent à personne (res nullius) et des biens dont l'usage est commun à tous (res communes)*, Thèse, Paris, 1921 ; A. SERIAUX, « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », *Droit et environnement*, PUAM, 1995, p. 29 ; M-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Thèse, préf. G. LOISEAU, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006 ; B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Chose commune ; B. PARANCE et J. DE SAINT-VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS, éd. 2014.

²¹³⁴ Sur cette notion, V° notamment : I. COUTURIER, « Remarques sur quelques choses hors du commerce », *LPA* 6 septembre 1993, n° 107, p. 7 et 13 septembre 1993, n° 110, p. 7 ; I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Thèse, préf. E. LOQUIN, Dijon, 1997 ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47 ; B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Chose hors commerce.

²¹³⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Bien.

²¹³⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 280 : « *quant à la conception, la propriété comprise comme une maîtrise physique et effective de la matière par une personne renvoie assez naturellement à une emprise juridique qui lui ressemble, c'est-à-dire sur les choses corporelles* ».

²¹³⁷ M. XIFARAS, *La propriété : Etude de philosophie du droit, op. cit.*, n° 2, p. 9.

²¹³⁸ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, n° 425, p. 275 : « *il apparaît donc nécessaire de moderniser la prémisse mineure du syllogisme* » (or, les biens sont nécessairement des choses corporelles).

corporel »²¹³⁹. Plus précisément, la mineure et la conclusion sont remises en cause par l'existence de biens incorporels en droit de la propriété intellectuelle²¹⁴⁰, en droit financier²¹⁴¹, en droit de l'environnement²¹⁴², en droit commercial²¹⁴³. Or, ce n'est pas un hasard si la théorie des biens incorporels se développe en dehors du droit des biens, étant donné qu'il s'intéresse traditionnellement aux biens corporels. Mais surtout, ce syllogisme classique du droit des biens qui pose le principe de l'appropriation des choses corporelles est renversé par cette thèse, laquelle a pour ambition de caractériser les « potentialités » réifiées comme des nouveaux biens en droit des entreprises en difficulté.

272. Transition. Le droit des biens soumet la définition du bien à l'exigence d'un critère d'appropriation au sens de l'article 544 du Code civil. Comme l'utilité, le critère de l'appropriation présente des inconvénients allant à l'encontre de l'ouverture de la définition du bien à l'objet de cette analyse. Réduit aux choses corporelles, le principe de l'appropriation en droit des biens exclurait *de jure* l'appropriation des « potentialités » réifiées, dont l'objet est immatériel. C'est pour cela que le droit des entreprises en difficulté illustre la pertinence de réviser le critère de l'appropriation.

2. L'« appropriabilité » des « potentialités » à valeur positive en droit des entreprises en difficulté

273. La limitation du principe de l'appropriation des choses corporelles. Le mécanisme de l'appropriation est moins strict en droit des entreprises en difficulté qu'en droit des biens. Le principe traditionnel de l'appropriation des seules choses corporelles en droit des biens interdit la revendication des choses dépourvues de *corpus*. L'action en revendication²¹⁴⁴ contribue pourtant à renouveler la notion de bien en droit des entreprises en difficulté. Dès lors, la revendication des biens incorporels pourrait éventuellement constituer un préalable à l'« appropriabilité » des « potentialités » à valeur positive en droit des entreprises en difficulté, dont la réification apparaît dans le bilan économique, social et environnemental.

²¹³⁹ *Ibid.*

²¹⁴⁰ L'invention (article L. 611-1 du Code de la propriété intellectuelle), les dessins et modèles (article L. 513-2 du Code de la propriété intellectuelle), la marque (article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle) font expressément l'objet d'un droit de propriété. V° aussi l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle sur l'investissement d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous au profit de l'auteur d'une œuvre de l'esprit.

²¹⁴¹ V° l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier sur « la propriété de la créance cédée ».

²¹⁴² V° l'article L. 229-15 du Code de l'environnement sur la « propriété des quotas d'émission de gaz à effet de serre ».

²¹⁴³ V° l'article L. 144-1 du Code de commerce sur le « propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal ».

²¹⁴⁴ P. DUTILLEUL-FRANCOEUR, *La revendication*, Thèse, Paris II, 2003.

274. La revendication des biens incorporels²¹⁴⁵. Certes, l'action en revendication se retrouve à la fois en droit des biens²¹⁴⁶ et en droit des entreprises en difficulté²¹⁴⁷. En ce sens, la nature juridique de l'action en revendication est identique, étant donné qu'il s'agit dans les deux cas de reconnaître le droit de propriété²¹⁴⁸. La conception de la revendication diffère au demeurant d'un système juridique à l'autre ; chacun ayant une logique propre.

En droit des biens, le principe de l'appropriation des seules choses corporelles prohibe théoriquement la revendication des biens incorporels. En effet, l'exercice de l'action pétitoire en matière mobilière est ralenti par la règle de l'article 2276, alinéa 1^{er} du Code civil²¹⁴⁹. « *Les auteurs s'opposent traditionnellement à la revendication des biens incorporels, notamment sur le fondement d'une jurisprudence constante selon laquelle les biens incorporels ne relèvent pas du domaine de l'article 2279 du Code civil. Or n'étant pas susceptibles de possession, ils ne pourraient être restituables. Dès lors, la revendication ayant pour objectif la restitution du bien revendiqué, la revendication des choses incorporelles serait impossible* »²¹⁵⁰.

Le droit des entreprises en difficulté autorise à l'opposé la revendication mobilière des biens incorporels²¹⁵¹ dans le dessein de reconstituer l'actif de l'entreprise défaillante. « *La généralité de l'obligation de revendiquer se vérifie également au regard des biens considérés, la jurisprudence se refusant à exclure aucun* »²¹⁵². « *Il n'y a pas à distinguer selon que le bien meuble est corporel ou incorporel* »²¹⁵³. En définitive, il s'agit de l'application de l'adage « là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer ». Partant, le fonds de commerce²¹⁵⁴, le logiciel²¹⁵⁵, la marque ou le brevet²¹⁵⁶ sont des biens incorporels pouvant faire l'objet d'une action en revendication. Dans le même esprit, l'article L. 624-18 du Code de commerce admet la revendication d'une créance²¹⁵⁷,

²¹⁴⁵ *Infra*, n° 378.

²¹⁴⁶ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Action en revendication « *action dont le but est de permettre au propriétaire dépossédé de récupérer son bien en faisant reconnaître par un tribunal l'existence de son droit* ».

²¹⁴⁷ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 813.11, p. 2537 : « *action en reconnaissance du droit de propriété, aux fins d'opposabilité à la procédure collective, c'est-à-dire aux créanciers et à leur représentant* ».

²¹⁴⁸ *Infra*, n° 369, 376.

²¹⁴⁹ Cf ancien article 2279 du Code civil.

²¹⁵⁰ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, n° 393-394, p. 254-255.

²¹⁵¹ *Ibid*, n° 382, p. 249 : « *alors que le droit des procédures collectives reçoit leur revendication, le droit civil l'écarte et, surtout, refuse traditionnellement leur appropriation* ».

²¹⁵² F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 215, p. 208.

²¹⁵³ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 813.211, p. 2771.

²¹⁵⁴ Cass. com., 21 novembre 1995, n° 93-20.531.

²¹⁵⁵ CA. Versailles., 30 juin 1994, D. 1994, IR p. 216.

²¹⁵⁶ Cass. com., 22 octobre 1996, n° 94-17.768.

²¹⁵⁷ Sur la revendication de la créance de prix, V° : F. PEROCHON, « La revendication du prix de revente », *D affaires*. 1996, p. 1402 ; J-P. REMERY, « Revendication du prix des marchandises vendues avec réserve de propriété », *RJDA* 11/98, p. 887 ; A. JACQUEMONT, « Revendication du prix et transformation du bien », *Act. proc. coll.* 1/2004. 1 s ; E.

laquelle est vue non seulement comme un droit personnel, mais aussi et surtout comme un bien incorporel en raison de la réification de l'obligation²¹⁵⁸. Quand le bien revendiqué a été vendu par le débiteur avant l'ouverture de la procédure collective, le propriétaire dépossédé peut revendiquer le prix/ou une fraction de son bien qui n'a pas encore été payé par l'acquéreur ou le sous-acquéreur à la date du jugement ayant ouvert la procédure. En clair, il est possible de reporter la revendication sur le prix encore dû par le tiers acquéreur. Techniquement, cette revendication de la créance de prix fonctionne *via* un système de subrogation réelle entre le bien vendu et la créance du prix de revente, d'où le terme « *revendication de substitution* »²¹⁵⁹. En effet, le droit du revendiquant se reporte sur la créance qui a remplacé le bien entre les mains du débiteur. La revendication du prix de vente d'un bien approprié²¹⁶⁰ n'est cependant pas libre. Le recours à l'article L. 624-18 du Code de commerce exige effectivement la réunion de deux conditions *sine qua non*. Une condition légale est imposée par cet article : le prix dû par le tiers acquéreur ne doit pas avoir été payé par lui, réglé en valeur ou compensé au jour du jugement d'ouverture. Une condition jurisprudentielle est ordonnée par la Cour de cassation : le bien doit avoir été vendu au tiers dans son état initial. Cela implique que le bien n'ait subi ni transformation, ni incorporation à un autre bien avant la revente²¹⁶¹.

Qu'il s'agisse des droits de propriété industrielle ou des créances, la revendication des biens incorporels pourrait-elle être le préalable à l'« appropriabilité » des « potentialités » à valeur positive en droit des entreprises en difficulté, et notamment des « potentialités » réifiées qui sont liées au fonds de commerce ? Rappelons que le fonds de commerce constitue un exemple très inspirant qui nous sert de guide d'analyse pour généraliser la qualification de bien au bénéfice de l'actif immatériel.

275. L'« appropriabilité » des « potentialités » liées au fonds de commerce. Avant d'appliquer le critère de l'appropriation du droit des biens reconsidéré par le droit des entreprises en difficulté en « appropriabilité » des « potentialités » à valeur positive, il est important de dessiner ses contours.

LE CORRE-BROLY, « La revendication du prix sous l'éclairage de la jurisprudence », *GP* 2007/3, p. 3 ; F. DANOS, « Exceptions inhérentes à la dette et subrogation réelle sur la créance du prix de revente », *JCP E* 2011, Etude 1366 ; C. SOUWEINE, « Revendication du prix de revente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété : à la recherche d'une cohérence en droit des entreprises en difficulté », *D.* 2011, chron. 2617.

²¹⁵⁸ *Supra*, n° 253.

²¹⁵⁹ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, n° 450 s., p. 289 s.

²¹⁶⁰ O. STAEES, « Les biens appropriés » *in* « Le périmètre du droit de la défaillance économique », Colloque inaugural de l'Association des Juristes de la Défaillance Economique (AJDE) à Toulouse le 10 septembre 2010, *RPC*, janvier 2011, n° 1, art. 9.

²¹⁶¹ Cass. com., 20 juin 1989, *D.* 1989, 431, note F. PEROCHON.

« L'appropriabilité d'un bien peut être définie comme son aptitude à être soustrait à un usage collectif au profit d'une dévolution individuelle, exclusive de toute intervention extérieure »²¹⁶². « L'appropriabilité, c'est-à-dire la faculté d'établir une relation exclusive entre l'homme et la chose »²¹⁶³ signifie selon l'expression très parlante du Professeur ZENATI que « la propriété sort des entrailles de la communauté »²¹⁶⁴. L'« appropriabilité » dont il est question ici peut lier une personne à un bien qui n'est pas nécessairement doué de *corpus*. Si l'objet de l'« appropriabilité » n'est pas nécessairement corporel, les « potentialités » à valeur positive de l'entreprise en difficulté pourraient être « appropriables » dans l'optique de leur qualification en biens. Or, la validation de cette qualification réelle est appuyée par des illustrations de « potentialités » réifiées dans le bilan économique, social et environnemental. Au moyen d'un raisonnement par analogie²¹⁶⁵, le fonds de commerce est un bien incorporel revendiqué pour la Cour de cassation²¹⁶⁶ en droit des entreprises en difficulté. Or, cette universalité de fait constitue une structure d'accueil pour les « potentialités » à valeur positive. En effet, il existe des « potentialités de l'actif » et des « potentialités d'actif » réifiées pouvant intégrer la catégorie de bien du fait de leur « appropriabilité ».

C'est le cas, répétons-le, de la clientèle représentant une « potentialité de l'actif » indissociable du fonds de commerce dans le bilan en droit des entreprises en difficulté. En dépit de son caractère libre, la clientèle peut faire l'objet d'une « appropriabilité »²¹⁶⁷. « Désormais reconnue comme une chose appropriable, la clientèle demeure cependant un bien particulier car elle est à la fois libre et mouvante »²¹⁶⁸.

Par ailleurs, l'« appropriabilité » de la clientèle entraîne-t-elle l'« appropriabilité » des autres éléments constitutifs du fonds de commerce que l'on nomme « potentialités d'actif » ? En particulier, l'« appropriabilité » de la clientèle peut-elle glisser vers l'« appropriabilité » de l'achalandage ? En théorie, non en raison de la distinction entre la clientèle et l'achalandage²¹⁶⁹. En pratique, la clientèle est confondue avec l'achalandage, de sorte que l'« appropriabilité » de l'une emporterait l'« appropriabilité » de l'autre. Dans l'esprit de la loi de 1909, la clientèle et

²¹⁶² R. LIBCHABER, « Biens », *op. cit.*, n° 31.

²¹⁶³ M. LAMOUREUX, « Le bien énergie », *RTD com.* 2009. 239, spéc. n° 26.

²¹⁶⁴ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 193, p. 315.

²¹⁶⁵ En effet, la qualification finale de bien au profit de l'actif immatériel est construite à partir du fonds de commerce/universalité de fait. L'actif immatériel serait à l'instar du fonds de commerce un ensemble de biens et de créances.

²¹⁶⁶ Cass. com., 21 novembre 1995, n° 93-20.531.

²¹⁶⁷ *Ibid.*

²¹⁶⁸ H. BARBIER, J. HEINICH, « Clientèle », *op. cit.*, n° 15.

²¹⁶⁹ *Supra*, n° 267.

l'achalandage sont deux éléments constitutifs du fonds de commerce qui vont de pair. En effet, le législateur emploie non pas la conjonction de coordination « ou », mais la conjonction de coordination « et » à l'article L. 141-5 alinéa 2 du Code de commerce : « *Il 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* ». De même, on peut lire à l'article L. 142-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce que : « *Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions du précédent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, etc* ». La synergie entre la clientèle et l'achalandage est acquiescée par la doctrine. « *Ainsi comprise, la distinction ne présente pas d'intérêt juridique. Tous les auteurs en conviennent et l'affirment. Peu importe les motivations, les facteurs ou les circonstances qui déterminent les clients. Ils contribuent tous à la réussite du commerçant et à la prospérité de son entreprise* »²¹⁷⁰. « *Clientèle et achalandage sont deux notions très proches, et cette proximité résulte initialement d'une identité lexicale* »²¹⁷¹. Sur ce point, les deux termes sont utilisés comme synonymes²¹⁷². Le doyen CORNU adopte ce premier sens de définition de l'achalandage : « *Élément du fonds de commerce représentatif des relations d'affaires qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et le fonds ; généralement synonyme de clientèle* »²¹⁷³.

Pour un autre exemple, les informations/données sont, à titre de rappel²¹⁷⁴, des « potentialités d'actif ». Or, l'« appropriabilité » de la clientèle rend elle « appropriables » ces « potentialités d'actif » ? « *Parler de l'appropriabilité de l'information équivaut à démontrer qu'elle est un bien juridique* »²¹⁷⁵ ou « *[l]'enjeu pratique essentiel est de savoir si l'information brute, qui ne peut, faute de création, être appropriée au titre de la propriété intellectuelle, constitue un bien susceptible de propriété, au même titre que les biens corporels meubles et immeubles visés par le Code civil* »²¹⁷⁶. C'est tout l'enjeu de la confrontation de l'actif immatériel aux critères de qualification des droits réels qui essaie de qualifier les « potentialités » réifiées de l'entreprise en difficulté en biens. L'« appropriabilité » de ces éléments d'informations est un thème ô combien controversé. La doctrine y a trouvé un sujet de recherche captivant eu égard à leur

²¹⁷⁰ J. DERRUPPE, T. DE RAVEL D'ESCLAPON, « Fonds de commerce », *Rép. com*, Dalloz, 2019, n° 33.

²¹⁷¹ H. BARBIER, J. HEINICH, « Biens », *op. cit.*, n° 18.

²¹⁷² J. DERRUPPE, « Clientèle et achalandage », *op. cit.*, p. 167.

²¹⁷³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Achalandage.

²¹⁷⁴ *Supra*, n° 267.

²¹⁷⁵ E. DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63, spéc. n° 20.

²¹⁷⁶ A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, coll. Thémis, 2001, n° 462, p. 265.

patrimonialisation²¹⁷⁷. Cet aspect a au demeurant déclenché la méfiance de la plupart des auteurs²¹⁷⁸. Fort heureusement, Pierre CATALA a reconnu l'« appropriabilité » de l'information attachée à la personne, car « *sa vocation naturelle est de posséder, sauf exception, une valeur patrimoniale* »²¹⁷⁹. Un auteur contemporain attribue implicitement le caractère « appropriable » à l'information à raison de sa sanction. « *Si l'on ne peut affirmer de manière générale que l'information est appropriable en soi dans les termes du Code de la propriété intellectuelle, on soutient parfois que la sanction de certains comportements, sur le terrain de la responsabilité civile ou pénale, implique la reconnaissance d'une propriété de l'information* »²¹⁸⁰. De façon identique, « *[l]a pratique, sensible à la valeur économique de certaines de ces informations, ne s'y est pas trompée et s'efforce depuis longtemps de faire reconnaître leur caractère appropriable* »²¹⁸¹. Or, le législateur contemporain s'efforce d'affecter ce caractère aux informations/données. En droit de la propriété intellectuelle, l'article L. 611-10, 4° du Code de la propriété intellectuelle opérerait implicitement pour l'« appropriabilité » des « informations génétiques » grâce à la technique du brevet. Récemment, la loi du 30 juillet 2018²¹⁸² est venue protéger les informations/données sur le fondement du secret des affaires²¹⁸³. A l'image de l'article L. 151-1, 2° du Code de commerce²¹⁸⁴,

²¹⁷⁷ P. LECLERCQ, « Essai sur le statut juridique des informations », in « Les flux transfrontaliers de données : vers une économie informationnelle », A. MADEC (ss dir.), *Doc. fr.*, Paris, 1982 ; P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, chron., p. 98 ; et « La propriété de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 s.

²¹⁷⁸ M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, p. 361 ; et « A propos des biens informationnels », note précitée ; C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, chron., p. 229 ; G. DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G* 1996, doctr., n° 3895 ; N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, chron., p. 330 ; J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? » in « Le renouveau du droit de propriété », 4èmes rencontres juridiques de l'Université Lumière-Lyon 2 le 20 octobre 2000, *Droit et patrimoine*, mars 2001, n° 91, p. 64 ; R.M. HILTY, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle : problèmes et perspectives. Introduction », *RIDE* 2006/4, p. 353 ; C. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE* 2006/4, p. 389 ; O. P. HANCE, « L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information », *RLDI* 2011/75 ; N. OCHOA, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA* 2015, p. 1157 ; A. ANCIAUX et J. FARCHY, « Données personnelles et droit de propriété : quatre chantiers et un enterrement », *RIDE* 2015/3, p. 307.

²¹⁷⁹ P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *op. cit.*, p. 98 et « La propriété de l'information », *op. cit.*, p. 97 ; « La protection juridique des productions immatérielles », in *L'appropriation de l'information*, ouvr. coll. sous dir. J-P. CHAMOIX, Litec, coll. Droit et informatique, 1986, p. 84 ; V° aussi J-P. CHAMOIX, *L'appropriation de l'information*, Litec, 1986.

²¹⁸⁰ J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *op. cit.*, spéc. p. 66.

²¹⁸¹ E. DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *op. cit.*, p. 63, spéc. n° 3.

²¹⁸² Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires. V° P. BATTISTINI, « Présentation de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *LPA*, 15 novembre 2018, n° 229, p. 6. Cette loi a transposé la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

²¹⁸³ M. LAROCHE, « Secret des affaires et droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2016, 1458

²¹⁸⁴ Ce texte prévoit que : « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :*
2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; ».

la protection au titre du secret des affaires vise toute information, dont la valeur est « potentielle ». Et ce phénomène est connu : les inventions divulguées ne peuvent être brevetables. Or, cela implique les « potentialités d'actif » qui désignent des actifs immatériels potentiels tels que les informations/données. Autrement dit, la valeur²¹⁸⁵ potentielle au sens de la disposition précitée confirme l'existence d'une « potentialité d'actif » révélée comme un actif immatériel potentiel en droit des entreprises en difficulté par le bilan d'entreprise. Ainsi, la protection du secret des affaires pourrait être un premier pas vers l'« appropriabilité » des informations/données en vue de leur qualification en biens. « *Dès lors, toute information relative aux clients directs et indirects, réels ou potentiels, revêt une importance essentielle pour ce sous-traitant vis-à-vis de ses concurrents. Il est susceptible de la qualifier de secret d'affaires, de même que son analyse et les actions qui en découlent* »²¹⁸⁶. Dans la même veine, le RGPD²¹⁸⁷ contient des mesures de protection²¹⁸⁸ de l'information, c'est-à-dire des données personnelles, sans toutefois aller jusqu'à la reconnaissance du droit de propriété comme le revendiquent certains²¹⁸⁹.

276. Transition. En droit des biens, le principe de l'appropriation des choses corporelles combiné au principe de revendication des choses corporelles est trop réducteur pour la qualification réelle de l'actif immatériel. C'est pourquoi, le critère classique de l'appropriation est remplacé par le critère moderne de l'« appropriabilité » des « potentialités » à valeur positive en droit des entreprises en difficulté, dont l'applicabilité est illustrée par des « potentialités » réifiées qui sont liées au fonds de commerce, et notamment la clientèle, l'achalandage, les informations/données. La définition du bien pourrait être applicable à l'actif immatériel utile ultérieurement et « appropriable », sous réserve d'un troisième et dernier critère.

²¹⁸⁵ Ph. DE ROBERT-HAUTEQUERE, « Le secret des affaires, créateur de valeur », *Daloz IP/IT* 2018. 677.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

²¹⁸⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²¹⁸⁸ Comme le droit d'accès ou le droit d'opposition.

²¹⁸⁹ O. P. HANCE, « L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information », *op. cit.*, p. 66 ; F. MATTATIA, M. YAICHE, « Etre propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ? » (partie I), *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2015, n° 114, p. 50 et (partie II), *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2015, n° 115, p. 63 ; J-M. BRUGUIERE, « Droits patrimoniaux de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », *RTD civ.* 2016, p. 1 ; C. DESCHANEL, « L'instauration d'un droit de propriété des données personnelles : vrai danger ou fausse utilité » ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 1^{er} février 2019, n° 156, p. 35 ; M. DESTREGUIL, « Plaidoyer en faveur d'une approche propriétaire des données personnelles », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 1^{er} mars 2019, n° 3, p. 5.

C. Le critère de la valeur

277. Exposé du critère. A l'origine, la notion de valeur était délaissée par les juristes au bénéfice des économistes²¹⁹⁰. Pourtant, la distinction entre la valeur d'usage et la valeur d'échange des choses redevable à ARISTOTE est reprise par le Code civil²¹⁹¹. En effet, l'article 544 du Code civil fait état du « *droit de jour* » qui traduit la valeur d'usage et du droit « *de disposer des choses* » sous-entendant la valeur d'échange²¹⁹². Cette deuxième valeur semble davantage susciter les faveurs du droit. Selon Karl MARX, « *la valeur consiste dans le rapport d'échange qui se trouve entre telle chose et telle autre, entre telle mesure d'une production et telle mesure d'une autre* »²¹⁹³. « *Une chose a une valeur économique parce qu'elle est échangée* »²¹⁹⁴. Cette connexion entre la valeur et l'échange est également arguée par le Professeur ZENATI : « *la rareté des choses utiles conduit à se les procurer par le commerce puis, de proche en proche, par l'argent, lorsque l'échange devient monétaire. Devenant aliénable, la chose acquiert une valeur qui la mesure par rapport à l'objet contre lequel elle est échangée et qui n'est autre que celle de son utilité (avant que le marché ne la transforme en valeur marchande)* »²¹⁹⁵. La valeur d'échange caractérise « *l'aptitude de la chose à procurer à son maître, par le truchement d'une opération d'échange, des utilités qu'elle n'a pas naturellement* »²¹⁹⁶. Dans le vocabulaire juridique²¹⁹⁷, la notion de valeur est définie comme étant la contrepartie monétaire, en sorte que le bien est intégré dans un rapport d'échange étalonné par l'argent. En droit civil, la valeur d'échange est présente en droit des successions à travers la notion de lésion ou en droit des régimes matrimoniaux à l'épreuve de la notion de récompense et de partage. En plus du droit civil, la valeur d'échange s'impose sans surprise en droit commercial où les échanges se banalisent. Il n'est dès lors pas surprenant que la notion de bien soit définie par un ultime critère de valeur, étant donné que « *dans une première approximation, le droit des biens est celui des richesses servant à l'usage des hommes* »²¹⁹⁸ ou « *la monnaie, dans le sens d'instrument*

²¹⁹⁰ R. LIBCHABER, « Biens », *op. cit.*, n° 16.

²¹⁹¹ La dichotomie aristotélicienne entre la valeur d'usage et la valeur d'échange des choses est mentionnée à deux reprises : l'*Ethique à Eudème* (III, 4, 1231 b 3 s.) et le livre I de la *Politique* (I, 9, 1257 a 5 s.). Ce philosophe privilégie la valeur d'usage qui indique la finalité propre de la chose, en saisissant les qualités intrinsèques et particulières, tandis que la valeur d'échange est étrangère à la substance même de la chose. Elle n'est que l'expression d'une relation qui l'unit aux autres marchandises et n'apparaît qu'accidentellement. V° G. ROMEYER-DHERBEY, « Chose, cause et œuvre chez Aristote », in « Les biens et les choses », *Archives de philosophie du droit*, t. 24, 1979, p. 127 s., spéc. p. 136.

²¹⁹² W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ, Précis Domat Droit privé, 4^{ème} éd., 2019, n° 22 s., p. 33 et s.

²¹⁹³ K. MARX, *Le Capital, Œuvres complètes*, t. I, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1965, p. 563.

²¹⁹⁴ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Thèse, préf. D. PORRACHIA, PUAM, 2005, n° 189, p. 97.

²¹⁹⁵ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *op. cit.*, spéc. p. 90.

²¹⁹⁶ W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 24, p. 34.

²¹⁹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Valeur.

²¹⁹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 8, p. 18.

d'évaluation, domine le droit des biens »²¹⁹⁹. A l'image d'une doctrine traditionnelle, « la notion moderne de bien tend nécessairement à traduire dans le patrimoine toute richesse »²²⁰⁰ ou les biens sont des « éléments de fortune ou de richesse »²²⁰¹. « La notion moderne de bien embrasse tout ce qui a une valeur patrimoniale, c'est-à-dire tout ce qui peut être estimé en une somme d'argent. Le concept juridique de biens n'est pas autre chose que ce que la science économique appelle richesses »²²⁰².

Si un bien est toute chose à valeur positive, toute chose à valeur négative n'est en revanche pas un bien : « un bien est nécessairement une chose de valeur, cela seul justifiant sa possible insertion dans les échanges ; en sens inverse, une chose dépourvue de valeur ne pouvait pas constituer un bien, car nul ne pouvait déceimment désirer l'acquérir – à moins que ce ne soit pour des raisons affectives²²⁰³. Deux tendances font du critère de la valeur le levier de la définition du bien : « l'une fait de la valeur l'essence même de la notion qu'on identifie dans les choses ou dans les droits qui portent sur elles ou permettent de les obtenir, ou encore qu'on la considère en elle-même indépendamment de son support ; l'autre définit le bien comme une chose dont l'appropriation, justifiée par sa valeur et conçue principalement comme un lien d'appartenance, est possible »²²⁰⁴. La valeur est également un critère prééminent de distinction des droits subjectifs. « Il est communément admis sur ce plan que sont patrimoniaux les droits évaluables en argent, ce sont les biens ; que sont extrapatrimoniaux ceux qui n'ont pas d'expression monétaire, ce ne sont pas des biens »²²⁰⁵.

278. Critique du critère. Parallèlement aux deux précédents critères traditionnels de définition du bien²²⁰⁶, le critère de la valeur reçoit tantôt des critiques positives, tantôt des critiques négatives, s'agissant de la qualification de l'actif immatériel en bien au regard des critères de qualification des droits réels.

D'un côté, le critère de la valeur positive qui définit traditionnellement la notion de bien est adapté aux « potentialités » à valeur positive composées soit de « potentialités de l'actif », soit de « potentialités d'actif » dans le bilan en droit des entreprises en difficulté. En effet, le critère de la

²¹⁹⁹ Ch. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil, t. 2, Les biens, droits réels principaux, op. cit.*, n° 7, p. 8.

²²⁰⁰ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 3^{ème} série, Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Dalloz, 1924, n° 473, p. 151.

²²⁰¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*, LGDJ, t. I, 8^{ème} éd., 1921, n° 2171, p. 657.

²²⁰² Ph. SIMLER, *Les biens*, PUG, coll. Droit en plus, 5^{ème} éd., 2019, n° 1, p. 5.

²²⁰³ R. LIBCHABER, « Biens », *op. cit.*, n° 16.

²²⁰⁴ P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, n° 1708, p. 529.

²²⁰⁵ A. PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Aspects du droit privé en fin du 20^{ème} siècle : Etudes réunies en l'honneur de Michel DE JUGLART*, LGDJ, 1986, p. 55 s., spéc. p. 61.

²²⁰⁶ *Supra*, n° 264, 271.

valeur constitue « *l'instrument du dépassement du clivage imposé par la définition traditionnelle de la propriété entre matériel et immatériel* »²²⁰⁷. Comme la valeur économique « *se réduit à une abstraction, le clivage entre matériel et immatériel devient indifférent* »²²⁰⁸. En la matière, le Doyen SAVATIER a qualifié la valeur en bien incorporel : « *nous pensons que le bien patrimonial le plus pleinement incorporel, s'appellera finalement valeur. C'est ici encore, la logique générale de l'évolution des techniques vers la langue des figures, des signes et des nombres, évolution à laquelle n'échappe pas la technique juridique* »²²⁰⁹. Certes, les « potentialités » à valeur positive renvoient *per se* à une valeur affectée au redressement de l'entreprise défaillante quand le droit des entreprises en difficulté valorise l'actif immatériel. Mais, nous voulons aller plus loin ici en optant pour une démarche qualificative. Il est effectivement question de faire de cette valeur, c'est-à-dire de la « potentialité de l'actif » et surtout de la « potentialité d'actif » un nouveau bien. Pour notre part, la valeur d'une chose n'est pas un élément suffisant dans la définition d'un bien²²¹⁰. Ce n'est pas parce que la « potentialité de l'actif » ou la « potentialité d'actif » est dotée d'une forte valeur pour l'entreprise débitrice qu'elle devient *de plano* un bien. Tout au plus, la valeur est un des trois critères de définition d'un bien qui doit se transposer à la qualification réelle des « potentialités » à valeur positive réifiées dans le bilan économique, social et environnemental. Or, ce critère de la valeur, et spécialement celui de la valeur d'échange est satisfaisant dans la qualification de l'actif immatériel en bien, car il inclut une dimension temporelle efficiente. En effet, la durée est, rappelons-le, un critère de qualification consubstantiel aux critères de qualification des droits réels²²¹¹. Partant, « *la valeur d'usage des choses naît de leur aptitude à satisfaire les besoins humains : elle exprime les qualités immédiates de la chose pour l'homme. La valeur d'échange n'émerge au contraire que de manière médiate, dans la relation à autrui : son apparition requiert un accord entre deux personnes* »²²¹². Par ce processus d'échange, la chose « *offre des potentialités d'usage illimitées* »²²¹³, ce qui n'est pas anodin eu égard à la « potentialité d'actif » équivalant à un

²²⁰⁷ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.*, n° 19, p. 9.

²²⁰⁸ A. PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel, Essai d'approche de la notion de bien », *op. cit.*, spéc. p. 61.

²²⁰⁹ R. SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui », *op. cit.*, n° 494 et s.

²²¹⁰ *Contra* : A. PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel, Essai d'approche de la notion de bien », *op. cit.*, spéc. p. 62 : « *la notion de valeur est donc essentielle, toute valeur doit être considérée comme un bien* » ; V° aussi notamment : F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *op. cit.*, spéc. p. 90 : « *on peut rechercher la valeur, plus que dans l'enfance des biens, dans leur genèse, en sorte que les biens existaient à l'état de valeur avant même que d'être consacrés juridiquement* » ; « *par ce cheminement nécessaire, la chose, du stade de la valeur, passe à celui de bien* » ; J-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », *op. cit.*, spéc. p. 278.

²²¹¹ *Supra*, n° 266, 267.

²²¹² W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 24, p. 33.

²²¹³ *Ibid*, n° 24, p. 34.

actif immatériel potentiel. La valeur d'échange, dont l'émergence est médiate, s'articule bien avec le critère temporel de l'utilité ultérieure en droit des entreprises en difficulté²²¹⁴.

D'un autre côté, le critère de la valeur positive qui définit traditionnellement la notion de bien est inadapté aux « potentialités » à valeur négative, lesquelles sont divisées soit en « potentialités de passif », soit en « potentialités du passif ». En effet, les choses à valeur négative sont classiquement éliminées du paysage du droit des biens et ne pourront jamais acquérir la qualification de bien. Force est alors d'observer que ledit critère de définition d'un bien est strict. S'il inclut les choses à valeur positive, il exclut à l'inverse les choses à valeur négative. Pour autant, la multiplication des choses à valeur négative²²¹⁵ dans notre système de droit est incontestable grâce à leur circulation qui est très sollicitée en matière commerciale. Il n'en reste pas moins que cette nouvelle réalité de valeurs négatives au sens large est voilée par le droit des biens. Il n'hésite pas à travestir cette nouvelle réalité économique au moyen de différents procédés²²¹⁶.

279. La coexistence entre la valeur positive et la valeur négative. L'appréhension formelle des choses à valeur négative par le droit des biens diffère de l'appréhension substantielle des choses à valeur négative par le droit des entreprises en difficulté. Alors que le droit des biens ne connaît que des choses à valeur positive, coexistent en droit des entreprises en difficulté la valeur positive et la valeur négative. L'exemple environnemental le confirme²²¹⁷. Biens en droit des entreprises en difficulté, les « potentialités » à valeur négative sont considérées comme des non-biens en droit des biens, faute de valeur positive. Cette qualification de non-biens profite-t-elle à la qualification d'obligation, c'est-à-dire au premier volet des droits patrimoniaux : les droits personnels ?²²¹⁸

Pour nous, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté donne lieu à la qualification finale de bien, même s'il existe parmi les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative des créances et des dettes vraisemblablement réifiées. Si la valeur positive contribue à identifier les « potentialités de l'actif » et les « potentialités d'actif », il ne faut pas négliger les « potentialités de passif » et les « potentialités du passif » à valeur négative²²¹⁹ dans la qualification de bien. A ce titre, la dette²²²⁰ de pollution a été révélée comme

²²¹⁴ *Supra*, n° 266 à 268.

²²¹⁵ V° R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *op. cit.*, n° 57, p. 361 ; D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.*, p. 663 ; M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur : essai sur les biens à valeur négative*, Thèse précitée.

²²¹⁶ *Supra*, n° 158.

²²¹⁷ *Supra*, n° 156 à 164.

²²¹⁸ *Supra*, partie 1, titre 1, chapitre 1.

²²¹⁹ *Supra*, n° 12, 76, 92, 113, 114, 115, 116, 120, 158.

²²²⁰ Ph. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 1996.

une « potentialité de passif » par le bilan environnemental²²²¹, puis valorisée par la technique de l'article L. 622-17 du Code de commerce en période d'observation²²²². A l'issue de l'obligation de dépollution ou de remise en état, le privilège de procédure s'applique effectivement à la créance environnementale identifiée en « potentialité de l'actif » dans le bilan environnemental²²²³. Si l'actif immatériel comprend des biens et des créances apparemment réifiées et si le passif immatériel réunit des biens et des dettes éventuellement réifiées, est-il toujours rigoureux de prendre en considération le fonds de commerce – universalité de fait comme modèle de qualification réelle ?

La réponse est négative en raison du principe d'exclusion des dettes dans la composition du fonds de commerce. *« 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 les cas seulement où lesdits contrats n'ont pas été passés intuitu personae »*²²²⁴. Par conséquent, les dettes que l'on appelle « potentialités de passif » doivent être déconnectées de l'universalité de fait qu'est le fonds de commerce. Là où commence l'universalité de fait avec les « potentialités » à valeur positive, elle s'arrête avec les « potentialités » à valeur négative. Ainsi, l'appréhension réelle de l'actif immatériel ne doit pas être caractérisée globalement comme une universalité de fait, mais individuellement. Partant, la confrontation de l'actif immatériel aux critères de qualification des droits réels appelle un éclaircissement de la notion d'universalité de droit pouvant être *« l'ensemble le plus achevé »*²²²⁵ réunissant à la fois des « potentialités » à valeur positive et des « potentialités » à valeur négative. Dans la définition de l'universalité, *« [o]n distingue l'universalité de droit de l'universalité de fait »*²²²⁶.

Tout d'abord, l'universalité de fait est un *« [g]roupement de biens qui est traité comme un bien unique en raison de la volonté du propriétaire. L'universalité est autonome par rapport aux biens qui la composent. D'ailleurs, les fruits produits par l'universalité sont le résultat de son exploitation et diffèrent des fruits produits par ses composants. De même, l'universalité a une utilité différente de celle des éléments la composant. A la différence des universalités de droit, les*

²²²¹ *Supra*, n° 116, 120.

²²²² *Supra*, n° 156 à 164.

²²²³ *Supra*, n° 161 à 164.

²²²⁴ CA. Paris., 19 juin 1991, *RTD com.* 1991. 566, obs. J. DERRUPPE ; *D.* 1992. Somm. 388, obs. D. FERRIER.

²²²⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 150, p. 63.

²²²⁶ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens*, *op. cit.*, V° Universalité ; V° aussi R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, Thèse, Bordeaux, 1931.

*universalités de fait ne comprennent que des actifs. Les éléments composant l'universalité sont dissociables mais lorsqu'ils sont associés leur valeur économique est plus importante. Il existe une certaine cohésion entre ces éléments mais cette cohésion n'est pas totale : si des règles particulières sont applicables au transfert d'un bien composant l'universalité, ces règles devront être respectées même si ce bien n'est pas transféré de façon indépendante par rapport à l'universalité dont il fait partie. L'universalité de fait est créée en vue d'un rapport juridique : vente, legs... »*²²²⁷. En ressortent alors quatre enseignements vis-à-vis de l'actif immatériel. Si les universalités de fait ne comprennent que des actifs, il faut en déduire que les « potentialités de l'actif » et les « potentialités d'actif » peuvent figurer dans cet ensemble *a contrario* des « potentialités de passif » et des « potentialités du passif » (premier enseignement)²²²⁸. Si l'association des éléments composant l'universalité de fait présente une valeur économique, c'est également le cas avec l'assemblage des « potentialités de l'actif » et des « potentialités d'actif » (deuxième enseignement)²²²⁹. Si l'universalité de fait engendre un rapport juridique, donc *in fine* une affectation²²³⁰, la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est affectée à la norme économique des procédures collectives²²³¹ (troisième enseignement). « *L'universalité de fait peut être composé de biens homogènes [...] ou de biens hétérogènes tel un fonds de commerce (composé de la clientèle, du droit au bail, du nom commercial, de l'enseigne, des marques de fabrique, des marchandises, du matériel...)* »²²³². Or, l'actif immatériel représente une telle configuration (quatrième enseignement). Au regard de l'exclusion du passif de l'universalité de fait, il faut toutefois raisonner à partir de l'universalité de droit pour y incorporer notre objet d'étude : l'actif immatériel et le passif immatériel révélés en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental.

Madame BELLOIR-CAUX définit ensuite l'universalité de droit dans le dictionnaire de droit des biens comme étant un « *[b]ien incorporel issu de la réunion d'un ensemble de biens et de dettes ayant un actif et d'un passif indissociablement liés. L'universalité de droit est encore appelée universalité juridique. L'universalité de droit est soumise à un système juridique global. L'actif*

²²²⁷ *Ibid*, V° Universalité de fait.

²²²⁸ Cet enseignement permet d'affirmer que l'universalité de droit « s'oppose » à l'universalité de fait ; elle « n'est qu'un ensemble de biens » alors que la première « est, à la fois, un ensemble de biens et de dettes, comporte un passif en même temps qu'un actif, tous deux en réciproque dépendance, le passif naissant de la gestion de l'actif, l'actif affecté au paiement du passif » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 724, p. 1625.

²²²⁹ C'est l'objet de la première partie de cette thèse sur la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté.

²²³⁰ Sur la notion d'affectation, *supra* n° 252 ; *Infra*, n° 291.

²²³¹ *Supra*, n° 29, 129, 251, 252 ; *Infra*, n° 291.

²²³² B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Universalité de fait.

répond du passif. Le passif résulte de la gestion de l'actif. Grâce au mécanisme de la subrogation réelle, un bien peut être remplacé par un autre. L'universalité survit à la perte des éléments qui la composent. En droit français, il n'existe de l'avis de la doctrine dominante qu'une seule universalité de droit : le patrimoine ». Il convient d'en tirer les enseignements à l'égard de notre objet de recherche en droit des entreprises en difficulté comme on l'a fait pour l'universalité de fait. Premier enseignement : si l'universalité de droit est un bien incorporel qui rassemble des biens²²³³ et des dettes ayant un actif et un passif indissociablement liés, l'actif immatériel regroupe un ensemble de biens et de créances correspondant aux « potentialités de l'actif » et aux « potentialités d'actif » et le passif immatériel recense des biens et des dettes, à savoir des « potentialités de passif » et des « potentialités du passif » dans le bilan d'entreprise. Deuxième enseignement : si la doctrine reconnaît un seul exemple d'universalité de droit – le patrimoine²²³⁴, la révélation d'un actif immatériel et d'un passif immatériel inédit en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental pourrait générer une seconde illustration d'universalité de droit à travers le mouvement de patrimonialisation. En effet, l'objet de cette thèse repose aussi sur un système juridique global, en ce que les « potentialités » à valeur positive répondent des « potentialités » à valeur négative, et notamment en matière environnementale²²³⁵.

280. Conclusion de section. Qualifier réellement l'actif immatériel passe par la présentation de la définition du bien. Or, cette notion est définie tantôt négativement, tantôt positivement à partir d'exemples de « potentialités » réifiées dans le bilan d'entreprise rappelant les éléments constitutifs du fonds de commerce : la clientèle, l'achalandage, les informations/données.

Un bien n'est pas une chose selon la conception juridique du droit des biens. Puisque la chose est rattachée physiquement à un objet corporel, les « potentialités » réifiées s'en retrouvent détachées. Si l'actif immatériel n'est pas chose, il peut être bien.

Un bien est positivement tout élément utile, approprié et pourvu d'une valeur positive. Consciente de l'absence de définition légale de la notion de bien, la doctrine a dégagé trois critères de définition du bien : l'utilité, l'appropriation et la valeur. Or, l'exposé de chaque critère invite à la

²²³³ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, op. cit., n° 1192, p. 376 : « Comme l'universalité de fait, elle est une enveloppe contenant des biens » ; D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, op. cit., n° 227, p. 143 : « L'universalité est un ensemble de biens envisagés non pas dans leur individualité, mais en tant que formant un tout ».

²²³⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Universalité : « Ensemble de biens et de dettes formant un tout (souvent nommé universalité de droit par opposition au suivant) dont les éléments actifs et passifs sont inséparablement liés (l'actif répond du passif, l'ensemble de l'actif ne peut être transmis que sous déduction du passif, etc). Ex : le patrimoine ».

²²³⁵ A partir des utilités ultérieures, la dette environnementale (« potentialité de passif ») devient une créance environnementale (« potentialité de l'actif ») privilégiée sur le fondement de l'article L. 622-17 du Code de commerce : *supra*, n° 158.

critique sans hostilité totale, parce que le droit des biens est historiquement conçu vers la propriété corporelle de biens immobiliers. Toujours est-il que l'appréhension réelle de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté permet de rajeunir les critères traditionnels de définition du bien. Tout d'abord, l'utilité actuelle, immédiate, existante en droit des biens est modernisée en utilité ultérieure en droit des entreprises en difficulté. Ensuite, l'« appropriabilité » des « potentialités » à valeur positive en droit des entreprises en difficulté se substitue à l'appropriation des choses corporelles en droit des biens. Enfin, le critère unique de la valeur positive en droit des biens est dédoublé en valeur négative en droit des entreprises en difficulté où coexiste cette dualité de valeurs. L'objectif de rajeunissement par le droit des entreprises en difficulté conduit à terme à élargir la définition d'un bien en y incluant les « potentialités » à valeur positive, c'est-à-dire les « potentialités de l'actif » et les « potentialités d'actif », ainsi que les « potentialités » à valeur négative constituées par les « potentialités de passif » et les « potentialités du passif ». Ce qui nous amène à entreprendre une nouvelle définition du bien : « est bien toute chose utile ultérieurement et appropriable, dont la valeur est soit positive, soit négative ». Or, cette nouvelle définition du bien implique la confrontation de l'actif immatériel aux universalités. Certes, l'actif immatériel peut être mis en relation avec le fonds de commerce – universalité de fait. Mais, la révélation d'un passif immatériel par le bilan en droit des entreprises en difficulté ouvre *ratione materiae* l'universalité de droit à l'objet de la présente étude.

Nouveau bien, celui-ci doit être classé dans une catégorie civile adéquate.

Section 2. L'applicabilité de la classification des meubles par détermination de la loi aux « potentialités » réifiées

281. La distinction entre les biens incorporels et les biens immatériels. « Pour appréhender l'immense diversité des biens, le droit procède à leur classification dans des catégories juridiques regroupant les biens qui comportent entre eux des ressemblances suffisantes pour obéir à une réglementation commune »²²³⁶. Bien utile ultérieurement, « appropriable » et doté d'une valeur positive/négative, l'objet de cette thèse doit être classé dans une catégorie réelle plus précise. Or, c'est la classification des meubles par détermination de la loi insérant le « monde incorporel »²²³⁷ qui paraît être applicable aux « potentialités » réifiées. Meubles par détermination de la loi,

²²³⁶ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., n° 45, p. 61.

²²³⁷ *Ibid*, n° 88, p. 77.

certaines « potentialités » réifiées seraient qualifiées en biens incorporels²²³⁸. D'autres « potentialités » réifiées seraient apparentées selon nous à des biens immatériels en droit des entreprises en difficulté²²³⁹, d'où la distinction entre les biens incorporels et les biens immatériels. En effet, cette distinction juridique renvoie à une distinction comptable déjà étudiée²²⁴⁰. « *Reprenant la distinction du droit civil entre droits corporels et droits incorporels, le droit comptable et le droit fiscal de la plupart des pays distinguent : les immobilisations corporelles des immobilisations incorporelles* »²²⁴¹. Techniquement, il y a une concordance entre l'objet des droits réels et l'actif. Les biens donnent lieu à une transcription comptable en actif, d'où l'équation : bien = actif²²⁴². Et la réciproque est vraie : actif = bien²²⁴³. Si l'actif immatériel se distingue comptablement de l'actif incorporel, il faut en conclure que le bien immatériel ne se confond pas juridiquement avec le bien incorporel. Aussi, il faut ajouter que le bilan d'entreprise a révélé deux espèces de « potentialités » à valeur positive, dont la qualification juridico-comptable diverge fondamentalement. Si la « potentialité de l'actif » (actif immatériel existant) peut être qualifiée juridiquement en bien incorporel et comptablement en actif incorporel, ce n'est pas le cas de la « potentialité d'actif » (actif immatériel potentiel) faisant l'objet d'une qualification autonome en droit des entreprises en difficulté. Cette déduction juridico-comptable se justifie dans l'adoption du plan qui est similaire à celui choisi dans le tout premier chapitre de cette recherche²²⁴⁴. Ce qui permet de souscrire à la même démarche selon ce balancement. D'une part, le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable entraîne le rattachement des biens incorporels aux « potentialités de l'actif » en droit des biens (§1). D'autre part, le détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable engendre le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté (§2).

²²³⁸ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Meuble par détermination de la loi : « *Bien incorporel auquel la loi confère un caractère mobilier* » ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Meuble par détermination de la loi : « *Biens incorporels auxquels la loi confère un caractère mobilier* ».

²²³⁹ *Infra*, n° 285 à 291.

²²⁴⁰ *Supra*, n° 7 (distinction entre l'actif incorporel et l'actif immatériel).

²²⁴¹ J. CALVO, A. COURET, « Garantie d'actif et de passif (aspects pratiques), Les immobilisations incorporelles », *LPA*, 18 janvier 1995, n° 8, p. 9.

²²⁴² Historiquement, le terme de « bien » serait apparu à partir du mot latin *bona* signifiant actif d'un patrimoine à la fin du III^e siècle avant J-C. V° : Y. STRICKLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 11, p. 37 : le bien équivaut à « *tout ce qui peut être évalué à titre d'actif d'un patrimoine* », qu'il soit immobilisé ou circulant ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 210 : « *le bien traduit donc, en termes juridiques, un avantage, un actif, une richesse* ».

²²⁴³ Dans le vocabulaire juridique, l'actif comptable est constitué par l'ensemble des biens : G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° actif ; ou « *l'actif réunit tous les biens d'une personne* » : Y. STRICKLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 274, p. 202 ; ou « *l'actif est composé de tous ses biens* » : S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 20, p. 23.

²²⁴⁴ *Supra*, partie 1, titre 1, chapitre 1.

§ 1. Le rattachement des biens incorporels aux « potentialités de l'actif » en droit des biens

282. Exposé de la notion de meuble par détermination de la loi. Selon l'article 527 du Code civil : « *les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi* ». Cette distinction mobilière consacre en réalité la dichotomie entre les biens corporels/les meubles par nature et les biens incorporels/les meubles par détermination de la loi, d'où l'intitulé de ce paragraphe : le rattachement des biens incorporels aux « potentialités de l'actif » en droit des biens. Or, la notion de meuble par nature est évacuée de ce travail sur l'applicabilité d'une catégorie de bien à l'actif immatériel existant qui est identifié en « potentialité de l'actif » par le bilan d'entreprise. Par contre, la notion de meuble par détermination de la loi « *dont la valeur n'emprunte pas à un corps pour se manifester* »²²⁴⁵ pourrait constituer la classification réelle de l'actif immatériel, et notamment des « potentialités de l'actif » en droit des biens. Cette notion est définie par l'article 529 du Code civil « *marqué par son âge* »²²⁴⁶ qui énonce que : « *sont meubles par détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.*

Sont aussi meubles par détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers ». A la lecture de l'article 529 du Code civil, on s'aperçoit que la notion de meuble par détermination de la loi est définie par son contenu à partir d'une liste « *en apparence pauvre et limitative* »²²⁴⁷. L'alinéa 1^{er} énumère les obligations et actions, les actions ou intérêts et à l'alinéa 2 sont évoquées les rentes perpétuelles ou viagères. En définitive, le législateur cantonne les meubles incorporels aux droits personnels. A travers l'article 529 du Code civil, « *il n'est question, pour l'essentiel, que de valeurs lovées dans un droit personnel* »²²⁴⁸. « *Ne recensant que les droits personnels, la description légale des biens incorporels apparaît singulièrement limitée* »²²⁴⁹. « *Au total, la représentation des biens incorporels dans le Code civil apparaît singulièrement modeste : celui-ci n'a somme toute recensé, parmi les meubles par détermination de la loi, que des droits personnels* »²²⁵⁰. Or, la limitation du domaine de l'article 529 du Code civil aux droits personnels ayant pour objet les obligations interdit *a priori* d'appliquer la classification des meubles par détermination de la loi aux « potentialités de l'actif » qui sont confrontées aux critères de

²²⁴⁵ G. LOISEAU, « Biens – Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *Fasc. 20, JurisClasseur Civil Code > Art. 527 à 532*, 2019, n° 1.

²²⁴⁶ *Ibid.*, n° 9.

²²⁴⁷ *Ibid.*, n° 1.

²²⁴⁸ *Ibid.*, n° 1.

²²⁴⁹ M-C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, « Synthèse – Biens », *JCI Civil Code*, 2018, n° 33.

²²⁵⁰ G. LOISEAU, « Biens – Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *op. cit.*, n° 11.

qualification des droits réels. Dit autrement, la qualification des « potentialités de l'actif » en biens incorporels prohiberait le fondement de l'article 529 du Code civil qui est réservé aux obligations. Car les droits personnels s'opposent aux droits réels dans la catégorie des droits patrimoniaux. Ce faisant, les actifs immatériels confrontés aux critères de qualification des droits personnels pourraient intégrer la classification de l'article 529 du Code civil, en l'occurrence les « potentialités » en germe qui ont été qualifiées en obligations réifiées²²⁵¹.

283. Critique de la notion de meubles par détermination de la loi. Bien que le législateur soumette uniquement à l'article 529 du Code civil les droits personnels « *dans une formulation aussi désuète qu'incomplète* »²²⁵², il s'avère en réalité que la classification des meubles par détermination de la loi recouvre d'autres éléments. La notion de meuble par détermination de la loi repose substantiellement sur un double niveau de lecture. Il y a certes les droits personnels prévus par l'article 529 du Code civil, mais aussi et surtout toutes les choses incorporelles prévues en dehors de l'article 529 du Code civil qui se trouvent « *dans l'angle mort* »²²⁵³ du droit des biens. Ainsi, la consistance des meubles par détermination de la loi est contestable pour deux raisons.

D'une part, la codification des droits personnels dans le livre II du Code civil brouille la frontière entre les droits patrimoniaux, c'est-à-dire entre les droits personnels et les droits réels. Cela étant, l'ouverture de la notion de bien aux droits personnels conforte la qualification finale de l'actif immatériel. En cette occurrence, la confrontation de l'actif immatériel aux critères de qualification des droits patrimoniaux aboutit à la qualification de bien *nonobstant* la présence de créances et de dettes potentiellement réifiées dans le bilan en droit des entreprises en difficulté.

D'autre part, l'ignorance par l'article 529 du Code civil des choses incorporelles dans la définition des meubles par détermination de la loi est critiquée par les auteurs classiques et modernes. La critique est au demeurant trop évidente. Comme l'affirme le doyen CORNU, la notion de bien est traditionnellement définie comme « *[t]oute chose matérielle susceptible d'appropriation* »²²⁵⁴ et synonyme de bien corporel²²⁵⁵. Pour le doyen SAVATIER, l'article 529 du Code civil constitue une déformation « *monstrueuse* »²²⁵⁶ des biens incorporels, lesquels forment une sous-catégorie de biens meubles. Cette critique classique envers le texte fondateur des biens mobiliers incorporels est récemment entérinée par le Professeur LOISEAU. « *Consacrés ut singuli*

²²⁵¹ *Supra*, n° 253.

²²⁵² G. LOISEAU, « Biens – Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *op. cit.*, n° 8.

²²⁵³ *Ibid.*, n° 2.

²²⁵⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Bien.

²²⁵⁵ *Ibid.*

²²⁵⁶ R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958, p. 1, spéc. p. 2.

au gré de textes ou de jurisprudences particulières, ils souffrent assurément d'un manque de considération *ut universi* »²²⁵⁷. « En marge des autres catégories de biens – meubles corporels et immeubles – ils forment un groupe composite, évolutif, en peine d'identité »²²⁵⁸. Artificiellement, les biens incorporels entrent dans la classification de l'article 529 du Code civil par une fiction²²⁵⁹. Le dictionnaire du droit des biens entend effectivement par « meuble par détermination de la loi » un « bien incorporel auquel la loi confère un caractère mobilier. Le meuble par détermination de la loi est une chose incorporelle c'est-à-dire sans existence matérielle. C'est un droit qui n'est pas relatif à un immeuble ; les droits réels portant sur un meuble (tels que l'usufruit ou le gage) sont des meubles par exception faite du droit de propriété qui est toujours un immeuble »²²⁶⁰. Partant, les « potentialités de l'actif » réifiées dans le bilan économique, social et environnemental sont-elles des choses incorporelles pouvant être rattachées aux meubles par détermination de la loi ?

Pour le savoir, il faut regarder attentivement les exemples de meubles par détermination de la loi fournis par le doyen CORNU dans le vocabulaire juridique : « créances mobilières, droits d'auteur, actions ou intérêts dans les sociétés, offices ministériels, fonds de commerce »²²⁶¹. Dans cette liste de meubles par détermination de la loi, c'est le dernier exemple qui explique le rattachement des biens incorporels de l'article 529 du Code civil à la clientèle du fonds de commerce, laquelle est considérée comme une « potentialité de l'actif » réifiée. En réalité, cela devrait être également le cas pour les autres « potentialités de l'actif », dont la réification est fondée sur le bilan d'entreprise. Tel est le cas pour illustration du savoir-faire²²⁶². Afin de vérifier l'exactitude de ce propos, délimitons la notion de chose incorporelle.

« Ce sont des choses car, à la différence des droits, elles ne consistent pas dans un rapport juridique mais se présentent comme des objets artificiels ayant une utilité économique propre pour ceux qui les exploitent »²²⁶³. « Même si le classement en est difficile en raison de leur hétérogénéité, les choses incorporelles peuvent être divisées en deux types : les biens professionnels et les biens intellectuels »²²⁶⁴. Etant très vaste et hétérogène, la sphère des meubles incorporels « permet d'englober tous les meubles incorporels, non seulement les droits patrimoniaux classiques – réels et personnels – mais également les propriétés intellectuelles ou les droits de clientèle ainsi que tout

²²⁵⁷ G. LOISEAU, « Biens – Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *op. cit.*, n° 2 : « Même dans les prévisions d'évolution du droit des biens, les biens incorporels sont donc décidément orphelins d'un régime organisé *ut universi* ».

²²⁵⁸ *Ibid.*

²²⁵⁹ A-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, Thèse, Paris II, 1995, t. I, n° 201, p. 225 s.

²²⁶⁰ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens*, *op. cit.*, V° Meuble par détermination de la loi.

²²⁶¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Meuble par détermination de la loi.

²²⁶² *Supra*, n° 115, 120, 135.

²²⁶³ G. LOISEAU, « Biens – Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *op. cit.*, n° 12.

²²⁶⁴ M-C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, « Synthèse – Biens », *op. cit.*, n° 33.

autre meuble incorporel... »²²⁶⁵. « Sont également meubles par détermination de la loi les droits intellectuels »²²⁶⁶ ou « sont alors constitutifs de droits mobiliers... les droits intellectuels ou droits de propriété incorporelle »²²⁶⁷ ou « il convient de rattacher à l'énumération non exhaustive de l'article 529 du Code civil la catégorie des droits intellectuels liés aux propriétés incorporelles : offices ministériels, clientèles, œuvres littéraires et artistiques »²²⁶⁸. Parmi les choses incorporelles, on identifie les droits de clientèle²²⁶⁹ inspirant le doyen ROUBIER²²⁷⁰, ce qui inclut forcément la clientèle. Dès lors, le principe du rattachement des biens incorporels aux « potentialités de l'actif » concerne particulièrement la clientèle, voire le savoir-faire. Ce postulat a trait aux « biens incorporels véritables, c'est-à-dire les droits détachés de tout support matériel »²²⁷¹ ou aux « biens incorporels purs »²²⁷², dont font partie certaines « potentialités de l'actif » telles que la clientèle. Quant au savoir-faire, la doctrine l'appréhende en bien incorporel²²⁷³.

Toutefois, la qualification des « potentialités d'actif » en meubles par détermination de la loi, donc *in fine* en biens incorporels ne se pose pas, étant donné qu'elles n'existent pas encore. Ce sont des actifs immatériels potentiels en droit des entreprises en difficulté pour lesquels une catégorie juridique propre doit être déterminée. Parce que la qualification d'actif est inexistante pour ces « potentialités », la classification du droit positif fondée sur l'article 529 du Code civil est inapplicable. Cela veut donc dire que le droit des entreprises en difficulté peut pallier la carence du droit des biens en identifiant une catégorie de bien autonome²²⁷⁴.

284. Transition. En droit des biens, les biens incorporels sont rattachés aux « potentialités de l'actif ». Techniquement, c'est la classification des meubles par détermination de la loi au sens de l'article 529 du Code civil qui est applicable. Cette notion doit être exposée par son contenu pour

²²⁶⁵ G. LARDEUX, « Les meubles dans l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens », *Droit et patrimoine*, 1^{er} octobre 2009, n° 185, p. 58, spéc. p. 63.

²²⁶⁶ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Meuble par détermination de la loi.

²²⁶⁷ Y. STRICKLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 104, p. 99.

²²⁶⁸ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 88, p. 77.

²²⁶⁹ Il en va ainsi pour la clientèle commerciale : P. COLLOMB, « La clientèle du fonds de commerce », *RTD com.* 1979, p. 1 ; et pour la clientèle civile des professions libérales : Cass. civ., 1^{ère}, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, *JurisData* n° 2000-006729, *Bull. civ.* 2000, I, n° 283 ; *D.* 2001, p. 2400, Y. AUGUET ; *JCP G* 2001, II, 10452, note. F. VIALA.

²²⁷⁰ P. ROUBIER, « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD civ.* 1935. 251.

²²⁷¹ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 113, p. 84.

²²⁷² J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 241.

²²⁷³ A. CASALONGA, « La protection du secret de fabrique dans le contexte de l'espionnage industriel », in *Mélanges en l'honneur de Daniel BASTIAN*, t. 2, Litec, 1974, p. 199 s., spéc. 206 ; P. MATHELY, « Le nouveau droit français des brevets d'invention », *JNA* 1991. 851 ; G. BONET, « Approche et définition du savoir-faire en France et en Europe : Règlement communautaire et doctrine, RIPIA 1998. 335, spéc. n° 4 ; la Commission pour la protection internationale de la propriété industrielle de la CCI retient que le « know-how secret » est un bien présentant une valeur économique, *Doc.* 450/206, 18 novembre 1961.

²²⁷⁴ *Infra*, n° 285 à 291.

permettre ultérieurement son applicabilité aux « potentialités de l'actif », et particulièrement à la clientèle et au savoir-faire.

Pour autant, la règle de rattachement des biens incorporels n'est pas valable pour tous les actifs immatériels. Les actifs immatériels potentiels « *patientent encore dans l'antichambre du droit des biens* »²²⁷⁵, d'où le recours à une qualification spéciale en droit des entreprises en difficulté.

§ 2. Le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté

285. La reconnaissance d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* ». Le rattachement des biens incorporels aux « potentialités de l'actif » en droit des biens est contrarié par le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté. *A contrario* des « potentialités de l'actif », les « potentialités d'actif » entrent plus difficilement dans la classification des meubles par détermination de la loi de l'article 529 du Code civil, donc *in fine* des biens incorporels au sens du droit des biens. C'est pourquoi, une autre catégorie de bien doit être explorée, en vue d'une qualification optimale de l'actif immatériel potentiel. Or, c'est le droit des entreprises en difficulté qui est à l'origine d'une nouvelle classification réelle pour les « potentialités d'actif ». En effet, la reconnaissance d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives permet de les qualifier en biens autonomes en droit des entreprises en difficulté. Justifiée (A), l'apparition *de lege ferenda* d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives présente deux caractères (B).

A. La justification d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives

286. Un parallélisme comptable relatif. Le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté fait tout d'abord écho au détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable. En effet, il y a de façon générale une analogie entre le raisonnement juridique relatif à la qualification de l'actif immatériel en bien et comptable portant sur le fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel²²⁷⁶. Il faut néanmoins différencier deux situations.

²²⁷⁵ G. LOISEAU, « Biens – Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *op. cit.*, n° 12.

²²⁷⁶ *Supra*, partie 1, titre 1, chapitre 1.

D'une part, les « potentialités de l'actif » comme la clientèle et le savoir-faire sont considérées juridiquement comme des biens incorporels au sens de l'article 529 du Code civil. Cela signifie donc que ces deux biens incorporels font l'objet d'une transcription en actifs incorporels, c'est-à-dire en immobilisations incorporelles dans le bilan comptable. En effet, la notion d'immobilisation incorporelle comprend les frais d'établissement, les frais de recherche et développement, les concessions, les brevets – licences – marques – procédés – logiciels – droits et valeurs similaires, le fonds commercial, les immobilisations incorporelles en cours, les avances et acomptes. Biens incorporels au sens civil, ces « potentialités de l'actif » sont des actifs incorporels au sens comptable. En somme, ce ne sont finalement pas de véritables actifs immatériels. Le rattachement des biens incorporels aux « potentialités de l'actif » en droit des biens équivaut au rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable, d'où le retour au fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel²²⁷⁷. Ce parallélisme civil/comptable est exprimé par cette équation : « potentialités de l'actif » = biens incorporels = actifs incorporels.

D'autre part, les « potentialités d'actif » ne peuvent pas être juridiquement qualifiées en biens incorporels à la lumière de l'article 529 du Code civil. Ni biens incorporels, ces « potentialités d'actif » ne sont ni des actifs incorporels, c'est-à-dire des immobilisations incorporelles dans le bilan comptable. Le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté sous-entend le détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable, d'où l'hégémonie du droit des entreprises en difficulté²²⁷⁸. Les « potentialités d'actif » correspondent juridiquement à des biens immatériels et comptablement à des « vrais » actifs immatériels distincts des actifs incorporels. Ainsi, le parallélisme comptable est cette fois-ci relatif. Là où commence le parallélisme comptable avec le droit des biens, il s'arrête avec le droit des entreprises en difficulté²²⁷⁹. D'où l'équation : « potentialités d'actif » = biens immatériels = actifs immatériels (potentiels).

287. La justification juridique. Le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté est ensuite justifié par une raison juridique. On constate que les principaux ouvrages du droit des biens ne procèdent hélas pas à la dissociation entre les biens incorporels et les biens immatériels²²⁸⁰. A cet égard, le Professeur MASSART remarque très

²²⁷⁷ *Supra*, n° 32 à 60.

²²⁷⁸ *Supra*, n° 61 à 77.

²²⁷⁹ Pour résumer :

° Droit des biens = droit comptable = rattachement des biens incorporels aux actifs incorporels ;

° Droit des entreprises en difficulté # droit comptable = rattachement des biens immatériels aux « potentialités d'actif ».

²²⁸⁰ V° notamment : D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique », in *Archives de philosophie du droit*, t. 43, 1999, p. 65 s. : les deux classifications matériel et immatériel –

justement une différenciation entre la conception économique et la conception juridique de l'actif immatériel. « *La notion économique d'actif immatériel est ainsi plus large que celle utilisée par les juristes qui tendent à assimiler immatériel et incorporel* »²²⁸¹. Distincte juridiquement du bien incorporel et comptablement de l'actif incorporel, la « potentialité d'actif » doit être prise dans un sens économique en droit des entreprises en difficulté, ce qui fonde la qualification de « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

De surcroît, il est regrettable que les index des manuels du droit des biens se bornent à stipuler à l'entrée « bien » la sous-entrée « incorporel » en oubliant « immatériel ». A la trappe, la notion de bien immatériel n'est pas reconnue dans le Code civil, pas plus que sa catégorie²²⁸².

A notre sens, il y a une distinction entre les biens incorporels et les biens immatériels. En cette occurrence, la notion de bien incorporel serait plus restreinte que celle de bien immatériel. Juridiquement, la notion de bien incorporel est limitée aux droits personnels, aux propriétés intellectuelles et aux droits de clientèle à l'image de l'article 529 du Code civil. D'un point de vue comptable, la notion de bien incorporel est réduite à l'actif incorporel. Si bien = actif²²⁸³ et actif = bien²²⁸⁴, il en va pareillement du bien incorporel et de l'actif incorporel. Bien incorporel = actif incorporel et actif incorporel = bien incorporel. En résumé, l'actif incorporel a un fondement juridique : la notion civile de bien incorporel. Or, tous les actifs immatériels ne sont pas des actifs incorporels, donc des biens incorporels. En ce cas, la notion de bien immatériel est plus large, étant donné que sa signification dépasse les mécanismes comptables et financiers. Elle permet d'embrasser tout ce qui n'est pas juridiquement un bien incorporel, ainsi que toutes les valeurs qui sont invisibles dans le bilan comptable, mais visibles dans le bilan économique, social et environnemental à travers les « potentialités d'actif ». Il s'agit pour illustration de l'achalandage, des informations/données, des contrats, du marché²²⁸⁵, etc.

corporel et incorporel sont synonymes ; A. PELISSIER, *Possession et meuble incorporel*, Thèse, Dalloz, 2001, n° 250, p. 253 ; D. R. MARTIN, « Du corporel », *D.* 2004, chron. p. 2285 ; L. BENABOU, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *revue Lamy droit de l'immatériel*, janvier 2005, n° 1, étude p. 53 ; N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 109, p. 83-84 : « à côté de ces biens matériels figurent encore des biens souvent qualifiés d'immatériels. Il s'agit des biens incorporels » et n° 283, p. 269 = « *Le développement de l'immatériel ou de l'incorporel* » ; F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, *op. cit.*, n° 43, p. 53 ; S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, V° Bien incorporel.

²²⁸¹ T. MASSART, « Actifs immatériels et apport en industrie », *op. cit.*, p. 12, spéc. p. 18.

²²⁸² J.-M. BRUGUIERE, « L'immatériel à la trappe ? », *op. cit.*, p. 2804. V° cependant l'index de la thèse de P. BERLIOZ qui mentionne distinctement l'entrée « immatériel » et l'entrée « incorporel » sous la lettre « i ».

²²⁸³ Historiquement, le terme de « bien » serait apparu à partir du mot latin *bona* signifiant actif d'un patrimoine à la fin du III^e siècle avant J-C ; Y. STRICKLER, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 11, p. 37 : le bien équivaut à « *tout ce qui peut être évalué à titre d'actif d'un patrimoine* », qu'il soit immobilisé ou circulant ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 210 : « le bien traduit donc, en termes juridiques, un avantage, un actif, une richesse ».

²²⁸⁴ Dans le vocabulaire juridique, l'actif comptable est constitué par l'ensemble des biens : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° actif ; ou « *l'actif réunit tous les biens d'une personne* » : Y. STRICKLER, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 274, p. 202 ; ou « *l'actif est composé de tous ses biens* » : S. SCHILLER, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 20, p. 23.

²²⁸⁵ *Supra*, n° 120.

Ce faisant, il ne faut pas oublier le passif immatériel potentiel englobant les « potentialités du passif » réifiées, dont la valeur est négative telle que la perte d'un marché dans le bilan d'entreprise²²⁸⁶. Ainsi, l'apparition *de lege ferenda* d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives représenterait la classification adéquate des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » réifiées en quête d'identité juridique et comptable.

288. Transition. Détachées des biens incorporels, les « potentialités d'actif » sont rattachées aux « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives dans une perspective de droit prospectif. Le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté s'explique par deux paramètres. D'une part, un parallélisme peu ou prou comptable peut être effectué entre la qualification de l'actif immatériel en bien et le fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel. D'autre part, un facteur juridique renforce la distinction entre les biens incorporels et les biens immatériels.

La reconnaissance d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives doit être caractérisée.

B. La caractérisation d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives

289. Le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté implique la reconnaissance d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Pour ce faire, il convient d'exposer les deux caractères de ce nouveau bien autonome : premièrement, l'absence de substance matérielle et deuxièmement, l'existence d'une affectation économique.

290. L'absence de substance matérielle. Avant d'être immatériel, le bien est pour nous toute « chose utile ultérieurement, « appropriable » et pourvu d'une valeur positive/négative »²²⁸⁷. En effet, l'applicabilité de la définition du bien aux « potentialités » réifiées est possible à condition de rajeunir les trois critères traditionnels de définition d'un bien²²⁸⁸. L'absence de substance matérielle est le premier caractère général du « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des

²²⁸⁶ *Supra*, n° 114, 120.

²²⁸⁷ *Supra*, n° 280.

²²⁸⁸ *Supra*, n° 261.

procédures collectives. C'est d'ailleurs ce qui permet de distinguer la chose du bien²²⁸⁹. Dès lors, les « potentialités d'actif » composant ce bien propre aux procédures collectives ne peuvent être appréhendées matériellement, c'est-à-dire ni vues, ni touchées, ni saisies en théorie.

291. L'existence d'une affectation économique. L'idée d'un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives fait ressortir un second caractère spécifique : l'existence d'une affectation²²⁹⁰ économique – le redressement de l'entreprise en difficulté. Cette caractéristique signifie qu'il s'agit d'un bien autonome en droit des entreprises en difficulté. Autonome, ce bien est révélé par le bilan économique, social et environnemental qui constitue un cadre singulier des « potentialités » du²²⁹¹ et en²²⁹² droit des entreprises en difficulté. Autonome, ce bien rassemble des « potentialités d'actif », dont la liaison avec l'activité économique²²⁹³ est une condition *sine qua non* de valorisation et de qualification. Plus précisément, l'achalandage, les informations/données, les contrats, le marché sont notamment affectés à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives. Or, le terme « affectation »²²⁹⁴ s'avère à nos yeux rigoureux pour désigner ce nouveau bien immatériel naissant en droit des entreprises en difficulté, puisque son périmètre est réel. « Or, il est aisé de constater que lorsqu'un bien est utilisé pour un certain usage, un mot revient toujours pour expliquer cette situation, celui d'affectation »²²⁹⁵. Techniquement, le bien immatériel que l'on souhaite consacrer *de lege ferenda* est utilisé pour un usage économique : le redressement de l'entreprise débitrice. Telle est l'affectation économique des actifs immatériels potentiels identifiés en « potentialités d'actif », dont font partie particulièrement l'achalandage, les informations/données, les contrats, le marché. Ainsi, ces nouveaux « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives sont finalisés. Ce sont donc des biens fonctionnels.

292. Conclusion de section. Nouveaux biens utiles ultérieurement, « appropriables », de valeur positive ou négative, les « potentialités » réifiées peuvent être classées dans la catégorie des meubles par détermination de la loi. Une distinction s'impose toutefois entre ces « potentialités ».

²²⁸⁹ *Supra*, n° 258 à 260.

²²⁹⁰ S. GUINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, Thèse précitée. V° aussi R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé : patrimoine d'affectation*, Thèse, Paris, 1951.

²²⁹¹ *Supra*, n° 80 à 96.

²²⁹² *Supra*, n° 97 à 121.

²²⁹³ D. BRIAND, « Cessions et réseaux de distribution », *op. cit.*, spéc. n° 2 : « Mais la valorisation de ces actifs [immatériels] ne vaut que s'ils sont mis en œuvre » ; N. MARTIAL-BRAZ, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *op. cit.*, spéc. n° 4 : « Dès lors, la valeur qu'il peut en être retiré impose une exploitation d'autant plus nécessaire qu'il s'agira, pour envisager sa cession, de la conserver ».

²²⁹⁴ *Supra* n° 252 (notion d'affectation).

²²⁹⁵ S. GUINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

Si les meubles par détermination de la loi, en l'occurrence les biens incorporels sont rattachés aux « potentialités de l'actif » en droit des biens, ce n'est pas vraiment le cas pour les « potentialités d'actif » en droit des entreprises en difficulté.

D'un côté, le rattachement des biens incorporels vaut pour les « potentialités de l'actif » en droit des biens. Il s'agit par exemple de la clientèle ou du savoir-faire qui sont révélés comme des « potentialités de l'actif » dans le bilan d'entreprise. Cela nous amène à exposer la notion de meuble par détermination de la loi au sens de l'article 529 du Code civil avant d'en cerner les failles.

D'un autre côté, les critiques envers la notion de meuble par détermination de la loi parviennent au détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté. Face aux faiblesses du droit des biens, le droit des entreprises en difficulté institue une classification spécifique pour les « potentialités d'actif », telles que l'achalandage, les informations/données, les contrats, le marché et pour les « potentialités du passif » qui ont été découvertes dans le bilan économique, social et environnemental. Ni actifs incorporels, ni biens incorporels, les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » appartiennent à un nouveau bien autonome en droit des entreprises en difficulté qui est affecté aux finalités économiques des procédures collectives. C'est un « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* ».

293. Conclusion du chapitre. La qualification de l'actif immatériel est établie à partir des critères de qualification des droits réels. Partant, l'actif immatériel doit être confronté à ce second volet de droits patrimoniaux. Puisque la notion de bien est inhérente aux droits réels, la qualification de l'actif immatériel fait appel au droit des biens. Or, cette réflexion réelle accorde de l'importance au fonds de commerce, dont la qualification d'universalité de fait peut être très inspirante pour l'objet de la présente étude.

La confrontation de l'actif immatériel à la notion de bien est en premier lieu réalisée au niveau de la définition du bien qui est applicable aux « potentialités » réifiées dans le bilan économique, social et environnemental. Si elles ne sont pas des choses, elles sont des biens. Non définie par le législateur, la notion de bien fait l'objet de trois critères de définition ancrés en doctrine : l'utilité, l'appropriation et la valeur positive. Or, chaque critère doit être rajeuni par le droit des entreprises en difficulté pour arriver à la qualification réelle de l'actif immatériel à partir de trois illustrations de « potentialités » à valeur positive : la clientèle, l'achalandage, les informations/données. Appliquer la définition du bien à ces « potentialités » réifiées rend indispensable un enrichissement temporel du critère de l'utilité en droit des biens en utilité ultérieure en droit des entreprises en difficulté. Appliquer la définition du bien à la clientèle, à l'achalandage et aux informations/données requiert la correction du critère de l'appropriation en droit des biens en « appropriabilité » des « potentialités » à valeur positive en droit des entreprises en difficulté. Appliquer la définition du bien aux « potentialités » réifiées impose de dédoubler le critère de la valeur positive en droit des biens en valeur négative en droit des entreprises en difficulté, en vue d'une coexistence entre les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative. Ce qui revient à pondérer la portée de l'illustration du fonds de commerce/universalité de fait nous servant pourtant de guide d'analyse dans la qualification de l'actif immatériel en bien en raison du principe de l'exclusion des dettes, c'est-à-dire des « potentialités » à valeur négative. Finalement, c'est peut-être la qualification de l'universalité de droit qui bénéficierait à l'objet de cette recherche cumulant un actif immatériel et un passif immatériel révélés en droit des entreprises en difficulté par le bilan d'entreprise.

En second lieu, la qualification de l'actif immatériel en nouveau bien nous convie à identifier une classification judiciaire pour les « potentialités » réifiées dans le bilan économique, social et environnemental. Or, c'est la classification des meubles par détermination de la loi qui leur est applicable. En droit des biens, les biens incorporels sont rattachés aux « potentialités de l'actif ». Critiquable, la classification des meubles par détermination de la loi au sens de l'article 529 du

Code civil est au demeurant relative. Alors que les « potentialités de l'actif » (clientèle et savoir-faire) sont rattachées à ce texte en droit des biens, les « potentialités d'actif » en sont détachées en droit des entreprises en difficulté. De la sorte, il y a une différence entre les biens incorporels et les biens immatériels. Ni biens incorporels, ni actifs incorporels, les actifs immatériels potentiels/« potentialités d'actif » comme l'achalandage, les informations/données, les contrats, le marché intègrent une catégorie inédite en droit des entreprises en difficulté. C'est ce que l'on appelle le « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives comprenant tantôt les « potentialités d'actif », tantôt les « potentialités du passif » affectées au redressement de l'entreprise.

*

* *

CONCLUSION DU TITRE 1

294. Des critères de qualification permettent de qualifier l'actif immatériel révélé en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental. Or, ces critères sont déterminés globalement à partir des droits subjectifs et spécifiquement à partir des droits patrimoniaux, lesquels se composent d'une part, des droits personnels et d'autre part, des droits réels.

Tout d'abord, l'actif immatériel est confronté aux critères de qualification des droits personnels sur le fondement du droit des obligations. En ce cas, la qualification de l'actif immatériel en obligation a trait aux « potentialités » à valeur positive et aux « potentialités » à valeur négative en germe qui ne sont pas réifiées au départ dans le bilan d'entreprise.

En tant qu'obligations, les « potentialités » non réifiées se voient appliquer dans un premier temps une définition. Pour définir l'obligation, il faut envisager non seulement la conception, mais aussi les caractères de cette notion en raison du silence du législateur dans le Code civil.

S'agissant de la conception de l'obligation, elle est hybride. Une obligation est définie subjectivement comme un lien de droit entre deux personnes et objectivement comme un lien de droit entre deux patrimoines. Dans le contexte des procédures collectives, c'est la conception objective de l'obligation qui l'emporte sur la conception subjective de l'obligation. En particulier, le droit des entreprises en difficulté « objectivise » le rapport contractuel au titre de sa valeur économique soit en le continuant, soit en le cédant. Or, les contrats sont identifiés en « potentialités d'actif » dans le bilan économique, social et environnemental, ce qui encourage la qualification de l'actif immatériel en obligation selon une conception objective.

S'agissant des caractères de l'obligation, il y en a deux. L'exigence d'un lien de droit contraignant est le premier caractère de l'obligation qui peut être applicable aux « potentialités » non réifiées du fait de l'existence d'une contrainte. Synonyme d'obligation, cette contrainte est recherchée dans les devoirs des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté qui recensent des « potentialités » à valeur positive et des « potentialités » à valeur négative affectées à la norme économique des procédures collectives. Le deuxième caractère de l'obligation est l'exigence d'un lien de droit personnel qui sous-entend l'identification des sujets – actif et passif – des « potentialités » à valeur positive et des « potentialités » à valeur négative dans les devoirs en droit des entreprises en difficulté. En somme, le créancier et le débiteur doivent être caractérisés parmi les parties prenantes internes à l'entreprise défaillante.

En tant qu'obligations, les « potentialités » non réifiées doivent être classées en second lieu dans une catégorie précise de droit personnel. En ce sens, c'est la classification de l'obligation par l'objet qui peut leur être applicable. Classiquement, les « potentialités » non réifiées sont assimilées à des obligations de faire ou de ne pas faire. Cela implique l'accomplissement d'une prestation positive ou négative. Critiquée et supprimée par la récente réforme du droit des obligations, la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire génère une classification modernisée d'obligation en droit des entreprises en difficulté. Il s'agit dans cette situation de proposer une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives qui a vocation à réifier certaines « potentialités » à valeur positive (les créances) et certaines « potentialités » à valeur négative (les dettes). D'où l'évolution de la qualification de l'actif immatériel vers la théorie réelle.

Ensuite, l'actif immatériel est confronté aux critères de qualification des droits réels sur le fondement du droit des biens. En cette occurrence, la qualification de l'actif immatériel en bien est effectuée à la lumière du fonds de commerce qui représente une universalité de fait. Pour ce faire, ce sont les « potentialités » réifiées dans le bilan économique, social et environnemental qui sont soumises à cette qualification réelle.

Biens, les « potentialités » réifiées dans le bilan d'entreprise se distinguent des choses par leur immatériabilité, ce qui confirme l'applicabilité de la définition du bien. Compte tenu de l'absence de définition légale de la notion de bien par le Code civil, il faut mobiliser les critères doctrinaux de définition du bien. Il y en a trois : l'utilité, l'appropriation et la valeur positive. Or, ces critères traditionnels de définition du bien exigent un rajeunissement par le droit des entreprises en difficulté pour intégrer réellement les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative dans la qualification de bien. Dans ce cadre, le raisonnement est ponctué par trois illustrations en lien avec le fonds de commerce : la clientèle, l'achalandage, les informations/données. Pour nous, est bien « toute chose utile ultérieurement et appropriable, dont la valeur est soit positive, soit négative ». Cette nouvelle définition du bien met un coup d'arrêt à l'analogie entre l'actif immatériel et le fonds de commerce/universalité de fait. L'exclusion des dettes ou des « potentialités de passif » dans la composition de cette universalité de fait emporte la mise en œuvre de l'universalité de droit. Elle pourrait inclure non seulement les « potentialités » à valeur positive, mais également et surtout le passif immatériel.

Biens, les « potentialités » réifiées dans le bilan économique, social et environnemental doivent être classées dans une catégorie adéquate de droit réel. En apparence, la classification des meubles par détermination de la loi, donc *in fine* des biens incorporels bénéficie à ces « potentialités ».

Néanmoins, il s'avère en réalité que les biens incorporels sont rattachés uniquement aux « potentialités de l'actif » telles que la clientèle et le savoir-faire. Juridiquement biens incorporels, ces éléments sont comptablement enregistrés en actifs incorporels dans le bilan comptable, d'où le sentiment d'un « retour en arrière » avec le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable. A l'inverse, les « potentialités d'actif » sont détachées des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté. Il s'agit des actifs immatériels potentiels qui renvoient notamment à l'achalandage, aux informations/données, aux contrats, au marché. Techniquement, le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté traduit le détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable. Partant, la qualification spéciale des « potentialités d'actif » fait émerger une catégorie autonome en droit des entreprises en difficulté appelée « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

*

La qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté à l'aune des critères de qualification des droits patrimoniaux tend à une qualification finale. Confronté d'abord aux critères de qualification des droits personnels, puis aux critères de qualification des droits réels, l'actif immatériel serait finalement qualifié en bien *nonobstant* l'existence de « potentialités » à valeur positive et de « potentialités » à valeur négative en germe qui ne sont pas réifiées au départ dans le bilan économique, social et environnemental. En clair, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté aboutit à l'identification de « potentialités » qui sont principalement qualifiées en biens et subsidiairement qualifiées en obligations peu ou prou réifiées.

Cette double qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté n'est pas dépourvue de conséquences.

*

* *

TITRE 2

LES INCIDENCES DES QUALIFICATIONS DE L'ACTIF IMMATERIEL

295. Le régime de l'actif immatériel. D'après Christophe GRZEGORCZYK, l'essence de la qualification juridique est caractérisée par un raisonnement en deux étapes : « *plus précisément, appeler une chose (ou une personne) par un nom juridique revient à attacher à ce nom toute une série de conséquences juridiques qui n'eussent pas apparu si ce nom ne lui avait été attribué. Cela constitue même l'essence de ce que l'on appelle la qualification juridique* »²²⁹⁶.

Dans cette thèse, la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté suit une méthodologie similaire. D'une part, nous avons attribué un nom juridique à l'actif immatériel par le biais de critères de qualification²²⁹⁷. Or, il ne suffit pas de dire que l'actif immatériel est rattaché soit à la catégorie des droits personnels²²⁹⁸, soit à la catégorie des droits réels²²⁹⁹. Qualifier l'actif immatériel en obligation²³⁰⁰ ou en bien²³⁰¹ n'est donc pas exhaustif. C'est pourquoi, il convient d'autre part, d'assortir cette double qualification de conséquences juridiques, afin d'imprimer un régime à l'actif immatériel.

« *La méthode des classifications permet, grâce à la conjonction des diverses catégories auxquelles se rattache une même situation et des conséquences juridiques que ces qualifications complexes entraînent, de découvrir son régime juridique* »²³⁰². « *Le droit n'appréhende pas les choses directement, dans leur individualité, mais indirectement, au travers de catégories. Il classe les biens : meubles et immeubles, corporels et incorporels. Il classe les obligations : de faire et de donner ; de moyens et de résultat. A chaque catégorie est affecté un régime juridique. Ainsi les droits patrimoniaux sont cessibles, transmissibles, saisissables et prescriptibles, alors que les droits extrapatrimoniaux présentent les caractères inverses. D'où le couple classique nature-régime. C'est la nature d'une chose qui dicte son régime* »²³⁰³.

²²⁹⁶ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *op. cit.*, spéc. p. 268.

²²⁹⁷ *Supra*, partie 2, titre 1.

²²⁹⁸ *Supra*, n° 216

²²⁹⁹ *Supra*, n° 256.

²³⁰⁰ *Supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

²³⁰¹ *Supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2.

²³⁰² J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n° 191, p. 246 ; V° aussi J-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 122 et s.

²³⁰³ F. GRUA, N. CAYROL, *Méthode des études de droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 4^{ème} éd., 2017, n° 24, p. 23-24. V° aussi dans le même sens : S. GUINCHARD, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, *op. cit.*, n° 1, p. 1 : « *Le régime juridique d'un bien dépend normalement de sa nature, de la catégorie dans laquelle il se trouve classé. Ainsi oppose-t-on, traditionnellement, les biens corporels aux biens incorporels, les meubles aux immeubles, les choses fongibles aux choses non fongibles, etc...* ».

Partant, la construction d'un régime de l'actif immatériel consiste à déterminer les règles qui lui sont applicables²³⁰⁴ en tant qu'obligation et en tant que bien à l'issue de sa confrontation au droit civil des obligations et des biens. Par conséquent, les incidences des qualifications de l'actif immatériel sont duales. Tout d'abord, la première incidence est relative à la qualification de l'actif immatériel en obligation. Ainsi, la proposition d'un régime de l'actif immatériel emprunte cette qualification à la lumière des droits personnels (**chapitre 1**). Ensuite, la deuxième incidence concerne la qualification de l'actif immatériel en bien, de sorte que le régime de l'actif immatériel est envisagé du point de vue de cette qualification réelle (**chapitre 2**).

Chapitre 1. Les incidences de la qualification de l'actif immatériel en obligation

Chapitre 2. Les incidences de la qualification de l'actif immatériel en bien

²³⁰⁴ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., V° Régime : « En théorie du droit, désigne l'ensemble des règles applicables à une notion ». V° aussi : J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 192, p. 246 : « Tout rattachement d'une situation, d'une personne, d'une chose, d'une institution... à une catégorie juridique a pour effet de la soumettre à certaines règles attachées à cette catégorie ».

CHAPITRE 1

LES INCIDENCES DE LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN OBLIGATION

296. Le régime de l'actif immatériel qualifié en obligation. La confrontation de certains actifs immatériels aux critères de qualification des droits personnels a donné lieu, rappelons-le, à la qualification d'obligation²³⁰⁵. Techniquement, c'est le concept des devoirs²³⁰⁶ qui constitue le catalyseur du rattachement des « potentialités » non réifiées dans le bilan économique, social et environnemental à cette qualification générale. Plus précisément, certaines « potentialités » non réifiées sont assimilées classiquement à des obligations de faire ou de ne pas faire à partir du devoir de loyauté²³⁰⁷. D'autres « potentialités » non réifiées sont assimilées *de lege ferenda* à une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives à partir du devoir de redressement des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté²³⁰⁸. Cette nouvelle qualification en droit des entreprises en difficulté entraîne la réification²³⁰⁹ de l'obligation. De la sorte, les « potentialités » à valeur positive et les « potentialités » à valeur négative sont plus ou moins réifiées en créances et en dettes dans le bilan d'entreprise. Or, cette qualification variable d'obligation a des incidences qui conduisent à établir un régime de l'actif immatériel. Cette réflexion est l'occasion de travailler sur la pertinence des qualifications d'obligations de faire et de ne pas faire en régime général des obligations codifié fort heureusement²³¹⁰ dans le nouveau titre IV²³¹¹ du Livre III du Code civil depuis l'ordonnance du 10 février 2016²³¹² face aux « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives en droit des entreprises en difficulté²³¹³. « *L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime*

²³⁰⁵ *Supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

²³⁰⁶ *Supra*, n° 227, 228.

²³⁰⁷ *Supra*, n° 238 à 245.

²³⁰⁸ *Supra*, n° 246 à 253.

²³⁰⁹ *Supra*, n° 253.

²³¹⁰ Sur la nécessité de l'isolement des dispositions relevant du régime général des obligations, V° notamment : L. ANDRIEU, « Les projets de réforme et le régime général de l'obligation : entre tradition et modernité », *RLDC 2014*, n° 113, n° 5366, spéc. n° 3.

²³¹¹ « *Au cœur de l'activité économique* » (M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *D.* 2016. 608, spéc. n° 1), ce titre comprend cinq chapitres traitant successivement des modalités de l'obligation, des opérations sur obligations, des actions ouvertes au créancier, de l'extinction des obligations et des restitutions. En somme, cette partie du Code civil organise les différentes phases de l'obligation : la naissance, la circulation, les modifications, la protection, l'extinction et les restitutions de l'obligation.

²³¹² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²³¹³ P. PAILLER, « Régime général de l'obligation et procédures collectives » *in* « Le régime général des obligations, ciment du droit privé ? », Colloque à Angers le 7 novembre 2013, *RLDC*, mars 2014, n° 113, p. 89 et s.

général et de la preuve des obligations a nécessairement une incidence sur l'application des dispositions du livre VI du Code de commerce relatives au droit des difficultés des entreprises »²³¹⁴. En particulier, l'identification préalable des « potentialités » peu ou prou réifiées en obligations a pour effet de les soumettre à deux types de règles liées à cette qualification. Premièrement, la conception objective²³¹⁵ de l'obligation – réifiée²³¹⁶ explique la soumission de ces « potentialités » aux règles relatives à la cession (**section 1**). Deuxièmement, celles-ci sont soumises aux règles relatives à l'exécution, lesquelles sont justifiées en amont par la caractérisation d'un lien de droit contraignant²³¹⁷ (**section 2**).

Section 1. La soumission des « potentialités » qualifiées en obligations aux règles relatives à la cession

297. La « patrimonialisation » des « potentialités ». La qualification de certaines « potentialités » en obligations provoque la mise en œuvre d'un régime bâti sur la cession du fait de la conception objective de l'obligation. Pour rappel, la notion d'obligation est définie non seulement comme un lien de droit entre deux personnes²³¹⁸, mais aussi et surtout comme un lien de droit entre deux patrimoines²³¹⁹. Dès lors, l'obligation est devenue une valeur économique grâce à la circulation²³²⁰, d'où la « patrimonialisation » de l'obligation²³²¹ et par voie de conséquence des

²³¹⁴ A. CERATI-GAUTHIER, V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Réforme du droit des obligations et droit des entreprises en difficulté », in *Influence de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, Hors collection, 1^{ère} éd., 2018, n° 7.11, p. 71 ; V° aussi : M. LATINA, P-M. LE CORRE, « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce, enrichi des observations du comité permanent des diligences de l'IFPPC », *IFPPC*, 2016 ; P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER, F. PETIT, J. VALLANSAN, « Réforme du droit des contrats, Incidences en droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, alerte 15 ; J-L. VALLENS, « Procédures collectives et réforme du droit des contrats », *op. cit.*, p. 558 ; G. TEBOUL, « La réforme du droit des contrats : quoi de neuf pour le droit des entreprises en difficulté ? », *GP*, 10 mai 2016, n° 17, p. 17 ; Ph. ROUSSEL GALLE, « Brèves observations sur la réforme du droit des contrats et les procédures collectives », *Dict. perm. Diff. entr.* Bull n° 379, mars 2016, p. 2 ; Ph. DUPICHOT, E. MERLY, M. SENECHAL, F. KOPF, « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *op. cit.*, p. 352.

²³¹⁵ *Supra*, n° 218, 223 à 225.

²³¹⁶ *Supra*, n° 253.

²³¹⁷ *Supra*, n° 227 à 232.

²³¹⁸ *Supra*, n° 219 à 222 (conception subjective de l'obligation).

²³¹⁹ *Supra*, n° 218, 223 à 225 (conception objective de l'obligation).

²³²⁰ Sur la notion de circulation, V° notamment : R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 404, p. 353 : « la circulation de l'obligation inconcevable pour la conception traditionnelle qui considérait l'obligation comme un lien de droit, a été favorisée par l'émergence d'une approche nouvelle, considérant l'obligation comme un bien susceptible d'être transmis ».

²³²¹ C'est la réification de l'obligation, *supra*, n° 253 ; V° aussi : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, op. cit.*, spéc. p. 35 : « une créance est un bien appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l'effet d'un droit de propriété » ; *La transmission des obligations*, Travaux des IXèmes Journées Jean Dabin, organisées par le Centre de droit des obligations, 23-24 novembre 1978, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Litec, 1980, spéc. p. 4 : « la transmission des obligations est étroitement liée à une évolution profonde de cette notion. Elle suppose, en effet, que celle-ci ne soit plus seulement considérée comme un lien entre deux personnes, le créancier et le débiteur ; mais aussi comme un véritable bien, au sens juridique et économique du terme » ; spéc. p. 5 : « l'obligation, tout au moins dans son aspect actif, c'est-à-dire la créance, est un bien qui a une

« potentialités ». En effet, « l'ordonnance consacre et accentue un mouvement déjà largement amorcé en 1804 : celui de la patrimonialisation de l'obligation, jadis strict lien de droit insusceptible de transmission, désormais devenue un bien (presque) comme les autres, pouvant être à ce titre, non seulement saisi, mais également cédé »²³²². « La transmission de l'obligation a une histoire : celle d'une circulation sans cesse facilitée »²³²³. Avant d'être traitée en droit des entreprises en difficulté (§2), la cession des « potentialités » qualifiées en obligations est appréciée dans le « ciment du droit privé »²³²⁴ (§1).

§ 1. La cession des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations

298. La cession des « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire. « Le régime général des obligations est en effet tout à la fois un exposé des règles prévalant pour toutes les obligations et un ensemble de techniques permettant de valoriser des créances ou des dettes »²³²⁵. Intéressante pour la présente étude, cette définition implique une conception objective du régime général des obligations qui est prégnante au niveau des « opérations sur obligations »²³²⁶

valeur patrimoniale » ; O. KRAMPE, « Obligation comme bien, Droit français et allemand », *op. cit.*, p. 205 s. ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 6, p. 7 : « c'est la créance qui s'analyse parfois comme un bien ayant une nature particulière » ; P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.*, n° 1018, p. 326 : « si la créance peut ainsi être qualifiée de bien » ; Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Droit et patrimoine*, avril 2015, n° 246, p. 20 : « Pourquoi réformer le droit des opérations sur créances ? Parce qu'ainsi qu'Eugène Gaudemet l'a amplement démontré, la créance est aujourd'hui un bien et pas seulement un lien ; le *vinculum juris* a cédé la place à la valeur économique, à la financiarisation de ces actifs particuliers - mobiliers et incorporels - que sont les créances. Or, ces actifs sont aujourd'hui l'objet d'opérations variées entre agents économiques qui les envisagent avant tout comme des biens, et des objets de propriété » ; M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *op. cit.*, spéc. n° 1 : « Le titre IV est au cœur de l'activité économique. L'obligation n'y est pas seulement appréhendée comme un lien, mais surtout comme un bien » ; Ph. SIMLER, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *CCC*, mai 2016, n° 5, art. 8, spéc. n° 1 : « Une créance est un bien qui, sauf clause contraire, est dans le commerce juridique » ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019*, *op. cit.*, n° 1135, p. 547 : « L'obligation étant aujourd'hui considérée, au-delà du lien de droit qu'elle crée entre le créancier et le débiteur, comme un bien, elle doit pouvoir faire l'objet d'une transmission d'un patrimoine à un autre ».

²³²² F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019/2020*, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2^{ème} éd., 2018, spéc. p. 211.

²³²³ L. ANDREU, « Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat) », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 123 s., spéc. p. 123.

²³²⁴ Cf titre d'un colloque organisé à Angers le 7 novembre 2013 : « Le régime général des obligations, ciment du droit privé ? ».

²³²⁵ D. MAINGUY, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, libres propos », *JCP E* 2016, act. 151.

²³²⁶ Sur la critique de l'emploi de ce terme par le législateur, V° le commentaire général des articles 1321 à 1340 du Code civil par le Professeur MIGNOT in « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, n° 83, p. 6 : « Le mot opération n'a pas un sens juridique très précis. Le législateur l'utilise dans les sens les plus divers. Il semble que le mot soit considéré comme un équivalent du mot acte. Le titre suggère donc que les opérations citées sont des actes juridiques dont la particularité est qu'ils portent sur une obligation, sur une créance ou sur une dette. La

sur le fondement des articles 1321 à 1340 du Code civil²³²⁷. En cette occurrence, l'obligation est transmise²³²⁸ à la fois dans sa face active²³²⁹ et dans sa face passive d'un patrimoine à un autre²³³⁰. « *Chapitre souvent discret des exposés du droit des obligations, la transmission des obligations connaît dans la pratique des applications aussi fréquentes que diversifiées* »²³³¹. Partant, cette transmission des obligations connaît ici une application à l'épreuve des « potentialités » qualifiées en obligations. En ce sens, la technique de la cession s'applique aux « potentialités » qui ont été classiquement assimilées à des obligations de faire ou de ne pas faire à partir du devoir général de loyauté²³³². Pour cela, la cession est déclinée dans ses trois aspects : de créance tout d'abord (A), de dette ensuite (B), de contrat enfin (C).

A. La cession de créance

299. Exposé de la cession de créance. Apparentée primitivement aux « *dettes actives* »²³³³, la cession des créances²³³⁴ est une opération translative sur obligations qui porte sur la face active de l'obligation, étant donné que la créance est transmise du patrimoine du cédant à celui du

catégorie opération sur obligation n'a aucune homogénéité. Beaucoup d'autres institutions du régime général sont des actes portant sur des obligations : le paiement, la compensation par acte unilatéral ou conventionnelle, la dation en paiement, la subrogation conventionnelle, la remise de dette, etc ».

²³²⁷ Sur la cessibilité et la transmissibilité de l'obligation, V° : *La transmission des obligations, op, cit.*, p. 4 ; J. STOUFFLET, « Propos sur la transmission des créances », in *Etudes dédiées à Alex WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 511 s. ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, ouvrage précité ; J. FRANCOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », *op, cit.*, p. 149 s. ; V° aussi deux thèses : Y. EMERICH, *La propriété des créances. Approche comparative*, préf. F. ZENATI, LGDJ, 2006 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ, 2012.

²³²⁸ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. 7, Obligations*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1954, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, n° 1105, p. 481 : « *Transmettre une obligation, c'est substituer pour l'avenir une personne nouvelle à l'une de celles qui figuraient déjà dans le rapport juridique, sans que ce rapport cesse d'être exactement celui qu'il était jusqu'alors* » ; M. BILLIAU, J. GHESTIN, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op, cit.*, n° 281, p. 294 : « *en d'autres termes, la transmission de l'obligation, c'est la substitution d'une personne dans le lien de droit, dans le vinculum juris* » ; « *transmettre, c'est substituer en mettant une personne à la place d'une autre qui sort du lien* ».

²³²⁹ C. OPHELE, « Cession de créance », *Rép. civ.* Dalloz, 2019, n° 15 : « *Aujourd'hui, la doctrine contemporaine lie l'étude des modes de transmission des obligations à la présentation du régime des obligations, en justifiant le mécanisme par la vision objective de la créance* ».

²³³⁰ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2018, n° 184, p. 341 : « *l'on envisagera d'abord les deux modes de transmission désormais consacrés par le code : la transmission active ou cession de créance ; la transmission passive ou cession de dette. La première aboutit à changer la personne à qui le paiement est dû, la seconde conduit au contraire à changer la personne qui doit payer* ».

²³³¹ *La transmission des obligations, op, cit.*, spéc. p. 613.

²³³² *Supra*, n° 238 à 245.

²³³³ En 1773, ROGUE précisait dans sa jurisprudence consulaire et instruction des négociants, lib. Guillin, à Paris, Quai des Augustins, t. 1, ch. XXIII, 7, p. 231 que les dettes actives étaient celles dont on a le droit de se faire payer et les dettes passives étaient celles qu'on est obligé de payer.

²³³⁴ C. SOUCHARD, *De la cession des créances*, Thèse, Paris I, 1977.

cessionnaire. Cette transmission active est inspirée du projet Terré²³³⁵. « *Sur le plan économique, les créances sont des valeurs dont la circulation peut légitimement être favorisée* »²³³⁶. Selon le Professeur SYNDET – « *père semble-t-il de l'expression opérations sur créances* »²³³⁷ – « *la circulation des créances constitue une partie non négligeable de l'économie moderne. Elle relève de l'activité quotidienne des professionnels de l'argent et du crédit. Ceux-ci ont un besoin impératif d'efficacité, de sécurité et de rapidité* »²³³⁸. Si le créancier est titulaire d'un droit personnel contre une personne²³³⁹, il n'en demeure pas moins que la créance est un élément d'actif du patrimoine du créancier « *capable de circuler* »²³⁴⁰ selon la conception objective de l'obligation. Réifiée en bien²³⁴¹, la créance se prête alors à la cession en adéquation avec le « *commerce juridique des créances* »²³⁴² et le « *phénomène de patrimonialisation des créances* »²³⁴³. Depuis 2016, la cession de créance est régie par les articles 1321 à 1326 du Code civil²³⁴⁴. Dès lors, « *la cession de créance quitte logiquement le giron du droit de la vente pour rejoindre le régime général des obligations* »²³⁴⁵. Aujourd'hui, cette opération sur obligations est déconnectée du droit des contrats spéciaux, et notamment des articles 1689 et suivants du Code civil. « *Après s'être vidé au profit des lois et codes spéciaux, le Code civil doit retrouver son rôle de matrice* »²³⁴⁶. Plus précisément, l'article 1321 du Code civil élabore cette définition du « *nouveau visage* »²³⁴⁷ de la cession de créance. C'est « *un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire. Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables. Elle s'étend aux accessoires de la créance.*

²³³⁵ Le projet est découpé en trois ouvrages : *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2013.

²³³⁶ *La transmission des obligations*, *op. cit.*, spéc. p. 15.

²³³⁷ Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », spéc. p. 21.

²³³⁸ H. SYNDET, « Opérations sur créances, Exposé des motifs », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, p. 70 s.

²³³⁹ *Supra*, n° 219 à 222, 234.

²³⁴⁰ E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », in *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, t. XXIII, PUAM, 1998-3, p. 817 s., spéc. p. 818.

²³⁴¹ *Contra* : J. FRANCOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », *op. cit.*, spéc. p. 179 : « *contrairement à Ginossar et ses successeurs, il est permis de considérer que les créances ne sont pas des biens en tant qu'elles seraient la propriété de leur créancier, car elles ne sont pas des choses appropriables mais des droits* ».

²³⁴² J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 280, p. 293 : les créances « *peuvent être l'objet d'une convention à titre particulier, notamment translatives* ».

²³⁴³ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 140, p. 61.

²³⁴⁴ Ce faisant, il faut noter qu'à côté de la cession de créance de droit commun prévue par les articles 1321 et suivants du Code civil, il existe des cessions de créances de droit spécial en marge du Code civil.

²³⁴⁵ A. GOUEZEL, « Les opérations translatives », *AJCA*, 2016, p. 135.

²³⁴⁶ Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *op. cit.*, spéc. p. 21.

²³⁴⁷ Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance » in dossier coordonné par L. AYNES, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat : les nouvelles règles », *Droit et patrimoine*, juillet 2016, n° 260, p. 48.

Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible ».

Or, cette définition légale de la cession de créance doit être confrontée aux « potentialités » identifiées plus haut en obligations²³⁴⁸ au titre du régime de l'actif immatériel. Il s'agit plus précisément des « potentialités » réifiées en créances qui sont issues des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté²³⁴⁹.

300. Applicabilité de la cession de créance aux « potentialités » réifiées en créances. La cession de créance constitue-t-elle un élément déterminant le régime de l'actif immatériel qualifié en obligation ? La reconnaissance de la cession de créance aux articles 1321 et suivants du Code civil peut-elle entraîner la reconnaissance de la cessibilité des « potentialités » réifiées en créances ? Dans les devoirs de loyauté des associés²³⁵⁰, du dirigeant²³⁵¹, des salariés²³⁵² et de l'entreprise en difficulté²³⁵³, il existe effectivement des « potentialités » réifiées en créances qui prennent la forme classique d'obligations de faire ou de ne pas faire²³⁵⁴. En particulier, ces « potentialités » rattachées aux obligations de faire et de ne pas faire sont-elles cessibles au titre de la nouvelle cession de créance en sachant que la réforme du droit des obligations « *tend naturellement à favoriser l'exploitation conventionnelle de cet actif incorporel qu'est la créance, dont il met clairement en avant le caractère patrimonial* »²³⁵⁵ ? Il est vrai que la cession de créance présente de nombreux intérêts. Seulement, cette opération sur obligations reste artificielle dans la confection d'un régime de l'actif immatériel qualifié en obligation sur le fondement du régime général des obligations.

Au regard de l'objet de la présente étude, les intérêts de la cession de créance sont mis en perspective à l'article 1321, alinéa 2 du Code civil. Cette opération sur obligations « *peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables* ». A la lecture de cet article, il semblerait que la technique de la cession de créance entraîne la cessibilité des « potentialités » réifiées en créances pour deux raisons : une raison temporelle d'une part, et une raison matérielle d'autre part.

D'après l'article 1321, alinéa 2 du Code civil, le législateur autorise la cession de créances futures. « *De ce point de vue, il apparaît que toute transmission de la créance assure sa*

²³⁴⁸ *Supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

²³⁴⁹ *Supra*, n° 229 à 232.

²³⁵⁰ *Supra* n° 229 (devoir général de loyauté des associés dans l'exécution du contrat de société).

²³⁵¹ *Supra* n° 230 (devoir général de loyauté du dirigeant dans l'exécution de son mandat social).

²³⁵² *Supra* n° 231 (devoir général de loyauté des salariés dans l'exécution du contrat de travail).

²³⁵³ *Supra* n° 232 (devoir environnemental de l'entreprise en difficulté).

²³⁵⁴ *Supra*, n° 238 à 245.

²³⁵⁵ M. JULIENNE, « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *Droit et patrimoine*, juillet-août 2015, n° 249, p. 69 et s., spéc. p. 69.

continuation dans le temps »²³⁵⁶. Il en ressort qu'une créance future, « *c'est-à-dire inexistante au jour où sa transmission est projetée* »²³⁵⁷ ou pas encore née mais « *en germe parce que l'un des éléments générateurs de celles-ci est déjà présent au jour de la conclusion du contrat de cession* »²³⁵⁸, peut être cédée à condition qu'elle soit effectivement identifiée. L'article 1323, alinéa 3 du Code civil retient aussi que « *le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers* ». Par la cession de créances futures, le législateur reconnaît la cession d'un droit purement éventuel défini par la Cour de cassation comme un « *droit encore imparfait qui ne réunit pas toutes les composantes nécessaires à son existence, sa perfection même dépendant non seulement d'événements futurs mais incertains* »²³⁵⁹. Le principe de libre cessibilité des créances vise les « *créances simplement éventuelles, c'est-à-dire les créances dont la perfection dépend d'évènements non seulement futurs mais encore incertains* »²³⁶⁰. « *Sous cette dénomination de créances éventuelles, sont généralement visées des créances futures qui ne sont ni des créances à terme, dont l'existence n'est pas mise en cause et dont seule l'exigibilité est repoussée, ni des créances conditionnelles, affectées d'une modalité temporelle quant à sa naissance* »²³⁶¹. « *Restée longtemps une pratique exceptionnelle, voire marginale, la cession de créances futures est devenue aujourd'hui une pratique courante, répondant à des besoins économiques reconnus, spécialement dans certains secteurs d'activité (...). Elle est un instrument de développement économique indiscutable* »²³⁶². Or, la cession de créances futures au sens de l'article 1321, alinéa 2 du Code civil renvoyant à la cession d'une « *chimère* »²³⁶³ ou d'« *une simple espérance* »²³⁶⁴ appréhenderait le critère temporel de qualification de l'actif immatériel. Réaffirmons que la durée chronométrique est un critère de qualification des « *potentialités* »²³⁶⁵. Aussi, le bilan économique, social et environnemental est à l'origine d'une définition prospective

²³⁵⁶ E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », *op. cit.*, spéc. p. 821.

²³⁵⁷ J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 294, p. 311.

²³⁵⁸ F. LEBORGNE, « Cession de créance, cession d'hérédité, cession litigieuse », Synthèse 1030, JCI Civil Code, 2018, n° 7 : V° aussi Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-10.062.

²³⁵⁹ Cass. soc., 5 novembre 1987, *Bull. civ.* V, n° 619, p. 393.

²³⁶⁰ F. LEBORGNE, « Cession de créance, cession d'hérédité, cession litigieuse », *op. cit.*, n° 7. V° aussi : Cass. civ., 1^{ère}, 20 mars 2001, n° 99-14.982, *Bull. civ.* I, n° 76 ; D. 2001. 3110, note. L. AYNES ; JCP 2002, II, 10124, note. I. GOAZIOU : « *des créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'un contrat, sous la réserve de leur suffisante identification* ».

²³⁶¹ C. OPHÈLE, « Cession de créance », *op. cit.*, n° 67.

²³⁶² J. STOUFFLET, « Les financements par cession de créances futures - Étude en droit français », *RD bancaire et financier* janvier/février 2003, p. 67 et s., spéc. p. 70.

²³⁶³ R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 723 et s. ; « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906, p. 231 et s. ; E. PUTMAN, *La formation des créances*, *op. cit.*, n° 342 et s., p. 376 et s. ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 294, p. 312

²³⁶⁴ *Ibid.*

²³⁶⁵ *Supra*, n° 266, 267.

des « potentialités »²³⁶⁶. Parmi les « potentialités » à valeur positive, certaines existent déjà, tandis que d'autres sont seulement potentielles²³⁶⁷. On parle de « potentialités de l'actif » dans le premier cas et de « potentialités d'actif » dans le second cas. Or, les devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise défaillante contiennent *a priori* des « potentialités de l'actif » qui seraient réifiées en créances, d'où l'idée de leur cessibilité.

Malgré le silence du législateur à l'article 1321, alinéa 2 du Code civil, l'objet de la cession peut abriter toutes sortes de créances. Ce qui impute à la cession de créance un caractère original : « *l'originalité irréductible de la convention réside dans son objet* »²³⁶⁸. Au premier chef, les créances de somme d'argent sont cessibles, mais pas seulement. Dans un ancien arrêt du 12 décembre 1932, la cour d'appel de Paris a jugé que « *tous les droits incorporels... peuvent faire l'objet d'un transport, pourvu qu'ils ne soient pas hors du commerce ou que l'aliénation n'en ait pas été prohibée par quelque loi particulière* »²³⁶⁹. Outre les créances de somme d'argent, les obligations de faire et les obligations de ne pas faire sont cessibles, bien qu'elles soient pourtant par essence non monétaires. En ce qui concerne les obligations de faire, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que la créance d'une obligation de faire résultant d'un pacte de préférence était cessible²³⁷⁰. Dans cette optique, une partie de la doctrine est favorable à la cession d'une obligation de faire à la lumière de l'article 1321 du Code civil en raison de l'abandon de *l'intuitu personae* comme critère de validité de l'acte pour le débiteur cédé²³⁷¹. En définitive, « *la conception patrimoniale de la créance n'a fait que se développer avec la diminution de l'intuitus personae* »²³⁷². Quant aux obligations de ne pas faire, la cession de créance dans les conditions de l'article 1321 du Code civil est possible²³⁷³. Or, il a été vu que la classification de l'obligation par l'objet est applicable aux « potentialités » sous l'angle de la qualification de l'actif immatériel en

²³⁶⁶ *Supra*, n° 92.

²³⁶⁷ *Supra*, n° 12, 76, 92, 120.

²³⁶⁸ C. OPHÈLE, « Cession de créance », *op. cit.*, n° 37.

²³⁶⁹ CA. Paris., 12 décembre 1932, DH 1935. 89.

²³⁷⁰ Cass. civ., 3^{ème}, 4 janvier 1995, Bull. civ. III, n° 8.

²³⁷¹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 857, p. 734 ; *Contra* : J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 290, p. 307 : « *s'agissant des obligations de faire, elles n'engendrent pas plus une créance cessible* ».

²³⁷² *La transmission des obligations*, *op. cit.*, spéc. p. 7.

²³⁷³ *Contra* : J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 8, p. 9 : « *sans doute, cette obligation crée-t-elle des conditions favorables à la prospérité du commerce, mais cette créance ne peut être envisagée abstraitement puisqu'elle repose entièrement sur un comportement passif simplement destiné à éviter une captation de clientèle, de sorte qu'elle ne peut être l'objet de cession* » ; n° 290, p. 307 : « *les créances résultant des obligations de ne pas faire ne peuvent être cédées à titre isolé car, même si elles ont une valeur économique, elles ne sont pas détachables des titulaires de l'obligation. Prenons, par exemple, le cas déjà évoqué de l'obligation de non-concurrence (ou de non-rétablissement) souscrite par le vendeur d'un fonds de commerce...* ».

obligation²³⁷⁴. En effet, le devoir général de loyauté pesant sur les associés, le dirigeant, les salariés et l'entreprise en difficulté recense tantôt des obligations de faire, tantôt des obligations de ne pas faire aux termes desquelles figurent des « potentialités de l'actif », c'est-à-dire des créances cessibles. D'un côté, la société en difficulté est créancière de l'exigence d'une concurrence loyale des associés, ainsi que de l'exigence d'activité et de diligence du dirigeant, lesquels sont donc débiteurs d'obligations de faire²³⁷⁵. D'un autre côté, elle est créancière de l'abstention d'actes de concurrence déloyaux des associés, d'une obligation de non-concurrence du dirigeant et des salariés et d'une obligation de ne pas utiliser les moyens de l'entreprise pour détourner la clientèle, les produits et les commandes par les salariés, donc *in fine* d'obligations de ne pas faire²³⁷⁶. L'entreprise en difficulté est en revanche débitrice d'une obligation environnementale qui englobe plusieurs obligations de faire : obligation de faire un bilan environnemental au sens de l'article L. 623-1, alinéa 3 du Code de commerce en raison des obligations de dépollution ou de remise en état, obligation de réparer le préjudice né de l'exploitation d'un site pollué, obligation d'information en cas de vente d'un site pollué aux termes de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement²³⁷⁷. Cela signifie donc que toutes ces « potentialités de l'actif » comprises dans les devoirs généraux des parties prenantes internes à l'entreprise débitrice pourraient être cessibles en tant qu'obligations de faire ou de ne pas faire en vertu de l'article 1321, alinéa 2 du Code civil pour deux motifs : un motif temporel tenant à la cession des créances futures et un motif matériel afférent à l'objet large de la cession de créance.

Toutefois, le recours à la technique de l'article 1321 du Code civil en vue de céder les « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations demeure superficiel. Il résulte de l'article 1321, alinéa 1^{er} du Code civil que la cession de créance est définie *ratione personae* comme une relation triangulaire entre trois personnes²³⁷⁸ : le créancier cédant, le débiteur cédé, le tiers cessionnaire. Au demeurant, il s'agit fondamentalement d'un contrat bipartite²³⁷⁹ en raison de l'indifférence de consentement du débiteur cédé à l'opération exprimée par l'article 1321 *in fine* du Code civil, d'où « *la consécration la plus nette du caractère patrimonial de la créance* »²³⁸⁰. Or, l'identification des sujets de l'obligation a caractérisé un mécanisme binaire au stade de la qualification de certains actifs immatériels en obligations de faire ou de ne pas faire²³⁸¹.

²³⁷⁴ *Supra*, n° 237 à 254.

²³⁷⁵ *Supra*, n° 229, 230, 243.

²³⁷⁶ *Supra*, n° 229, 230, 231, 244.

²³⁷⁷ *Supra*, n° 232, 243.

²³⁷⁸ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse dactyl., Bordeaux, 1968.

²³⁷⁹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 854, p. 732

²³⁸⁰ *La transmission des obligations*, *op. cit.*, spéc. p. 17.

²³⁸¹ *Supra*, n° 235.

En effet, le caractère de lien de droit personnel conféré à l'obligation a seulement permis d'en identifier le créancier et le débiteur à l'aune des devoirs généraux de loyauté des associés²³⁸², du dirigeant²³⁸³, des salariés²³⁸⁴ et de l'entreprise en difficulté²³⁸⁵. Ainsi, le mécanisme de la cession de créance au sens de l'article 1321 du Code civil donnerait lieu artificiellement à la cessibilité des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations, faute de tiers cessionnaire. En découle un régime imparfait de l'actif immatériel qualifié en obligation à l'épreuve de la cession de créance de l'article 1321 du Code civil. Cela nous incite à adopter un régime juridique en dehors du régime général des obligations.

301. Transition. Qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire, les « potentialités » peuvent être cédées en régime général des obligations par la technique de la cession de créance. Avant de l'appliquer aux « potentialités » réifiées en créances, il faut l'exposer. Nouveauté de la réforme du droit des obligations, la cession de créance est inscrite aux articles 1321 à 1326 du Code civil, dont la définition apparaît en tête du dispositif légal. En effet, c'est l'article 1321, alinéa 2 du Code civil qui constitue le fondement temporel et matériel de la cessibilité des « potentialités de l'actif » émanant des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. Cette opération translatrice sur obligations présente au demeurant un caractère superficiel pour fonder le régime de l'actif immatériel en régime général des obligations.

La transmission passive de l'obligation conduit peut-être à une cession moins stéréotypée.

B. La cession de dette

302. Exposé de la cession de dette. En dépit de la thèse pionnière d'Eugène GAUDEMET²³⁸⁶ et des travaux de grands auteurs²³⁸⁷, la cession de dette était interdite par le législateur dans le Code civil de 1804 jusqu'à la modification intervenue le 10 février 2016.

²³⁸² *Supra*, n° 229, 235 (créancier du devoir général de loyauté = société en difficulté et débiteurs du devoir général de loyauté = associés).

²³⁸³ *Supra*, n° 230, 235 (créancier du devoir général de loyauté = entreprise en difficulté et débiteur du devoir général de loyauté = dirigeant).

²³⁸⁴ *Supra*, n° 231, 235 (créancier du devoir général de loyauté = employeur-société et débiteurs du devoir général de loyauté = salariés).

²³⁸⁵ *Supra*, n° 232, 235.

²³⁸⁶ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Thèse précitée ; Pour une analyse de cette thèse, V° : F. CHENEDE, « Eugène Gaudemet, Le transport de dettes », *RDC*, janvier 2010, n° 1, p. 363.

²³⁸⁷ R. SALEILLES, « De la cession de dettes », *Annales de droit commercial*, 1890, p. 1-47 ; Pour une présentation synthétique de cette étude : F. CHENEDE, « Un modèle de méthode historico-comparative : Raymond Saleilles et la cession de dette », *Tribonien*, n° 1, 2018, p. 20 s. ; V° aussi ces deux thèses : L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse, Paris, Economica, 1984 ; L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, Thèse, préf. D-R. MARTIN, Dalloz, 2010.

« Rien n'était indiqué sur la cession de dette, dont la seule expression a longtemps paru hérétique »²³⁸⁸. Paradoxalement à la cession de créance, la cession de dette n'était ni organisée, ni citée *per se* par le Code civil de 1804²³⁸⁹. Ce « maillon faible des opérations sur obligations »²³⁹⁰ faisait donc « figure d'épouvantail en droit français »²³⁹¹. Auparavant, trois facteurs présidaient à la prohibition de la cession de dette : la non-patrimonialité de la dette, le principe selon lequel « nul ne peut être contraint de changer de débiteur »²³⁹², la cause et plus particulièrement l'impossibilité pour le cessionnaire de reprendre la dette du cédant avec sa cause initiale²³⁹³. Si la cession de dette était prohibée dans le droit antérieur à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, l'opération économique pouvait être réalisée indirectement. Afin de parer à la prohibition absolue de la cession de dette, la pratique employait des « subterfuges »²³⁹⁴ en se fondant sur la liberté contractuelle²³⁹⁵, dont le résultat économique était comparable à une cession de dette²³⁹⁶.

Depuis la réforme du 10 février 2016, le chapitre II du titre IV (« Du régime général des obligations ») du livre III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil jouit d'un nouvel intitulé. Le législateur fait dorénavant référence aux « opérations sur obligations » au lieu des « opérations sur créances ». Or, il ne s'agit pas d'une simple modification formelle. En effet, ce changement d'intitulé n'est pas innocent eu égard à la conception objective de l'obligation. La substitution des « opérations sur obligations » aux « opérations sur créances » montre effectivement que l'obligation se transmet dans son double aspect de créance et de dette²³⁹⁷, d'où l'équation suivante : cession de l'obligation = cession de créance + cession de dette. Avec l'ordonnance du 10 février 2016²³⁹⁸, la cession de dette est enfin sortie de la « clandestinité »²³⁹⁹.

²³⁸⁸ N. DISSAUX, Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz, 2016, V° le commentaire sous l'article 1326 du Code civil.

²³⁸⁹ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations, op. cit.*, n° 190, p. 347.

²³⁹⁰ M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *op. cit.*, spéc. n° 21.

²³⁹¹ A. DANIS-FATOME, A. MELOT-CORDONNIER, « La transmission des obligations », *AJ contrat* 2018, p. 304, spéc. p. 305.

²³⁹² J. CARBONNIER, *Droit civil, Volume II, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 1238, p. 2462.

²³⁹³ B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2019, n° 565, p. 481.

²³⁹⁴ Ce terme a déjà été utilisé en droit des biens à propos de la remise en cause de la théorie classique du patrimoine d'AUBRY et RAU. V° : N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 36 et s., p. 30 et s.

²³⁹⁵ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019, op. cit.*, n° 1168, p. 555.

²³⁹⁶ Ph. DELBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, LexisNexis, coll. Objectif Droit Cours, 9^{ème} éd., 2018, n° 301, p. 225.

²³⁹⁷ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 502, p. 174.

²³⁹⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²³⁹⁹ Y. PICOD, « Cession de dette et droit des sûretés », *AJ contrat* 2017. 268.

sous l'influence des législations étrangères²⁴⁰⁰, de l'avant-projet du Groupe de Pavie (art. 126, spéc.), des Principes du droit européen des contrats (art. 12 : 101 et 12 : 102), du Projet de cadre commun de référence (art. III-5 : 201 et III-5 : 202), de la pratique des affaires²⁴⁰¹ et de l'avant-projet Catala²⁴⁰². L'adoption de la cession de dette aux articles 1327 à 1328-1 du Code civil était donc très attendue. « *La cession de dette, absente du code civil, a été créée par la pratique et permet à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier un autre débiteur. Compte tenu de l'importance de cette opération pour les praticiens, d'ailleurs connue dans de nombreuses législations étrangères, et admise en droit interne par la jurisprudence, il est apparu essentiel de l'introduire dans le code civil* »²⁴⁰³. Le régime de la cession de dette est fixé par les articles 1328 (opposabilité des exceptions) et 1328-1 (garanties de paiement) du Code civil. Quant aux articles 1327, 1327-1 et 1327-2 du Code civil, ils encadrent les conditions de formation de la cession de dette. Cette « *petite révolution juridique* »²⁴⁰⁴ fait l'objet d'une définition légale à l'article 1327 du Code civil. Ce texte prévoit « *laconiquement* »²⁴⁰⁵ que : « *Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette.*

La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité ».

« *Au regard de la terminologie, la cession de dette a été pensée par le législateur par symétrie avec la cession de créance. Le cédant est celui qui transmet sa dette, le cédé est le créancier, le cessionnaire est le nouveau débiteur. Dans chaque cas, il suffit de remplacer le terme de débiteur par celui de créancier pour retrouver une même structure dans l'opération. Toutefois, la comparaison tourne court* »²⁴⁰⁶. Partant, le lien de parenté entre la cession de créance et la cession de dette est relatif : « *protection du créancier oblige, la symétrie avec la cession de créance se limite à la dénomination : l'accord du créancier est nécessaire* »²⁴⁰⁷. A l'image des articles 1327, alinéa 1^{er}, 1327-1 et 1327-2 du Code civil, l'accord du créancier cédé est une condition de fond cruciale de la cession de dette qui diverge fondamentalement de la cession de créance. C'est le

²⁴⁰⁰ C. suisse des oblig., art. 175 s ; B. G. B., § 414 s. (Schuldübernahme) ; C. civ. italien, art. 1268 s. ; Sur le droit allemand, V° § 414 BGB ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis, 1997, n° 304 et s., p. 319 ; V. LASSERRE, « La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016, 1578.

²⁴⁰¹ R. MORTIER, « Vive la cession de dette au service des sociétés ! », *Droit des sociétés*, avril 2016, comm. 50.

²⁴⁰² *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, P. CATALA (dir.), remis au Garde des Sceaux en 2005.

²⁴⁰³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO du 11 février 2016, spéc. p. 26 (version électronique authentifiée publiée au JO n° 0035 du 11/02/2016).

²⁴⁰⁴ J. FRANCOIS, « Les opérations sur la dette » *in* Colloque « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? » Paris le 16 février 2016, RDC, avril 2016, n° spécial, p. 45.

²⁴⁰⁵ F. ROUVIÈRE, « Cession de dette », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018, n° 1.

²⁴⁰⁶ *Ibid.*, n° 3.

²⁴⁰⁷ A. BENABENT, L. AYNES, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016. 434.

« nœud de l'opération cession de dette »²⁴⁰⁸ ou « un garde-fou évident contre des opérations qui consisteraient à reporter la charge de la dette sur la tête d'un nouveau débiteur (personne physique ou morale) totalement insolvable ce qui serait contre l'intérêt du créancier »²⁴⁰⁹. Puisque la cession de dette n'est pas une opération neutre pour le créancier cédé, son consentement en constitue la condition *sine qua non*, ce qui est conforme aux recommandations de la pratique et d'une poignée d'auteurs²⁴¹⁰. Elle repose sur un contrat entre le débiteur cédant et le débiteur cessionnaire auquel le créancier cédé doit obligatoirement donner son accord²⁴¹¹. Il s'agit non pas d'une condition d'opposabilité de la cession, mais d'une condition de validité²⁴¹². Toute cession de dette récusant le consentement du créancier n'existe jamais²⁴¹³. C'est pour cette raison que la Cour de cassation a jugé que la cession ne peut « avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti »²⁴¹⁴. « A première vue, il s'agit d'un consentement qu'il y donne, ce dont il résulte que la cession de dette est une convention tripartite, et non pas bipartite comme la cession de créance. Mais il est vrai qu'une autre lecture est possible. L'accord du créancier cédé pourrait être analysé en une autorisation. Le créancier cédé autoriserait la convention de cession convenue entre le débiteur cédant et le débiteur cédé, sans y devenir partie »²⁴¹⁵.

Ce faisant, la consécration d'une telle cession de dette par le législateur « laisse un goût d'inachevé »²⁴¹⁶ en comparaison avec le projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015. Appliquant la maxime de TALLEYRAND (« ne suivez jamais votre premier mouvement, car il est bon »)²⁴¹⁷, ce projet était à l'origine d'une « vraie » cession de dette en considérant réellement le caractère patrimonial de l'opération, dans la mesure où la dette était transmise à un tiers sans que le créancier n'exprime son accord à ce transfert²⁴¹⁸. Compte tenu de la formulation légale de l'article 1327 du Code civil, la cession de dette serait en apparence une opération bipartite. Même si la loi mentionne le débiteur et le

²⁴⁰⁸ A. DANIS-FATOME, A. MELOT-CORDONNIER, « La transmission des obligations », *op. cit.*, spéc. p. 305.

²⁴⁰⁹ F. ROUVIÈRE, « Cession de dette », *op. cit.*, n° 1.

²⁴¹⁰ V° notamment : R. BOFFA, « Les opérations translatives dans le projet d'ordonnance », *GP*, 4 juin 2015, n° 155, p. 8 ; M. BILLIAU, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA*, 4 septembre 2015, n° 177, p. 107.

²⁴¹¹ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019*, *op. cit.*, n° 1172, p. 556.

²⁴¹² F. DANOS, « La cession de dette », in *Etudes en la mémoire de Philippe NEAU-LEDUC*, LGDJ, 2018, p. 309 et s. spéc. p. 310.

²⁴¹³ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019*, *loc. cit.* n° 1172, p. 556.

²⁴¹⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11. 093, *Deffrénois* 2009. 1289, obs. R. LIBCHABER ; *JCP* 2009, n° 27, comm. 73, p. 17, note. J-J. ANSAULT ; *D.* 2009. 2400, obs. L. ANDREU ; *RTD civ.* 2009. 531, obs. B. FAGES ; *RDC* 2009/4. 1363, obs. D. MAZEAUD.

²⁴¹⁵ J. FRANCOIS, *Traité de droit civil, t. 4 : Les obligations, Régime général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 4^{ème} éd., 2017, n° 617, p. 573.

²⁴¹⁶ F. DANOS, « La cession de dette », *op. cit.*, spéc. p. 309.

²⁴¹⁷ *Ibid.*, spéc. p. 323.

²⁴¹⁸ *Ibid.*, spéc. p. 309.

créancier à l'alinéa 1^{er} du texte susvisé, la cession de dette correspond en substance à une convention tripartite entre le débiteur cédant, le créancier cédé, le tiers cessionnaire.

A l'instar de ce qui a été entrepris pour la cession de créance, il faut confronter la définition légale de la cession de dette aux « potentialités » identifiées plus haut en obligations²⁴¹⁹ au titre du régime du passif immatériel. En effet, il y a des « potentialités » réifiées en dettes dans les devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté²⁴²⁰.

303. Applicabilité de la cession de dette aux « potentialités » réifiées en dettes. La cession de dette constitue-t-elle un élément d'identification du régime du passif immatériel qualifié en obligation ? La consécration de la cession de dette aux articles 1327 et suivants du Code civil peut-elle emporter la consécration de la cessibilité des « potentialités » réifiées en dettes ? Plus précisément, les « potentialités de passif » rattachées aux obligations de faire et de ne pas faire dans les devoirs de loyauté des associés²⁴²¹, du dirigeant²⁴²², des salariés²⁴²³ et de l'entreprise en difficulté²⁴²⁴ sont-elles cessibles au titre de la nouvelle cession de dette ? Certes, la cession de dette est une opération sur obligations qui est plus parlante dans le contexte des procédures collectives que dans celui du régime général des obligations. De la sorte, elle peut davantage inspirer la cessibilité des « potentialités de passif » en droit des entreprises en difficulté²⁴²⁵. Pour autant, la cession de dette présente à la fois des avantages et des inconvénients identiques à la cession de créance en régime général des obligations.

Concernant le champ d'application, le législateur fait preuve de discrétion à l'article 1327 du Code civil en ne précisant pas quelles sont les dettes couvertes par la cession. Ce qui est un avantage pour le passif immatériel en régime général des obligations. La loi ne pose effectivement aucune distinction quant à l'objet – matériel et temporel – de la dette cédée²⁴²⁶, d'où l'ouverture du périmètre de la cession de dette aux « potentialités de passif ». A l'article 1327, alinéa 1^{er} du Code civil est seulement évoquée « sa dette ». La doctrine en conclut avec raison que « *toutes les dettes paraissent pouvoir être cédées : présentes, futures, conditionnelles ou à terme, pourvu simplement qu'elles soient déterminées ou déterminables* ». Par exemple, une dette environnementale identifiée en « potentialité de passif » par le bilan environnemental au titre du devoir environnemental de

²⁴¹⁹ *Supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

²⁴²⁰ *Supra*, n° 229 à 232.

²⁴²¹ *Supra* n° 229 (devoir général de loyauté des associés dans l'exécution du contrat de société).

²⁴²² *Supra* n° 230 (devoir général de loyauté du dirigeant dans l'exécution de son mandat social).

²⁴²³ *Supra* n° 231 (devoir général de loyauté des salariés dans l'exécution du contrat de travail).

²⁴²⁴ *Supra* n° 232 (devoir environnemental de l'entreprise en difficulté).

²⁴²⁵ *Infra*, n° 313.

²⁴²⁶ J. FRANCOIS, *Traité de droit civil, t. 4 : Les obligations, Régime général, op. cit.*, n° 613, p. 570.

l'entreprise en difficulté²⁴²⁷ pourrait être cessible dans les conditions de cet article sans restriction. Techniquement, la cession peut impacter les dettes futures au sens de l'article 1163, alinéa 1^{er} du Code civil qui dit bien que l'obligation « *a pour objet une prestation présente ou future* »²⁴²⁸. En conséquence, l'admission de la cession des dettes futures déterminées ou déterminables²⁴²⁹ à la lumière des articles 1327 et 1163, alinéa 1^{er} du Code civil permet d'appliquer cette opération translatrice sur obligations aux « potentialités » réifiées en dettes, en l'occurrence aux « potentialités de passif » résultant des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise défaillante, dont la durée est un critère de qualification de l'actif immatériel et symétriquement du passif immatériel²⁴³⁰.

Si la cession de créance souligne un régime artificiel de l'actif immatériel en régime général des obligations, il n'est pas exclu que la cession de dette arrive à un tel résultat vis-à-vis du passif immatériel, d'où l'opportunité des mécanismes propres au droit des entreprises en difficulté. Notons que la cession de dette instaure une convention tripartite entre le débiteur cédant, le créancier cédé, le tiers cessionnaire. Ce qui constitue cette fois-ci un désavantage pour le régime du passif immatériel par l'opération de cession. En effet, la qualification de certains actifs immatériels et de certains passifs immatériels en obligations est envisagée *via* la caractérisation d'un lien de droit contraignant entre deux sujets des obligations de faire et de ne pas faire à travers les devoirs généraux de loyauté²⁴³¹. Or, ceci remet en cause le régime du passif immatériel fondé sur l'article 1327 du Code civil en régime général des obligations.

304. Transition. Considérées objectivement comme des éléments de passif dans le patrimoine du débiteur, les « potentialités » réifiées en dettes peuvent être cédées en tant qu'obligations de faire ou de ne pas faire par la technique de la cession de dette en régime général des obligations. Espérée, cette opération translatrice sur obligations a finalement fait son entrée dans le Code civil aux articles 1327 et suivants du Code civil. Certes, les formulations laconiques du législateur constituent une aubaine pour l'applicabilité de ce mécanisme aux « potentialités de passif » constitutives de dettes dans le patrimoine des parties prenantes internes à l'entreprise débitrice au titre des devoirs généraux de loyauté. Mais, la cession de dette reste perfectible dans l'identification du régime du passif immatériel en régime général des obligations.

²⁴²⁷ *Supra*, n° 116, 120, 232.

²⁴²⁸ J-D. PELLIER, « La cession de dette dans le projet de réforme du régime général des obligations », *LPA*, 5 octobre 2015, n° 198, p. 8, spéc. n° 2.

²⁴²⁹ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 191, p. 349.

²⁴³⁰ *Supra*, n° 266, 267.

²⁴³¹ *Supra*, n° 228 à 232.

En réalité, la cession de créance et la cession de dette ne sont pas les deux seules techniques translatives à se côtoyer. « *Si la créance, activement, et la dette, passivement, sont des éléments du patrimoine, le contrat, à première vue, n'y trouve pas sa place. La réalité économique est pourtant différente* »²⁴³².

C. La cession de contrat

305. Exposé de la cession de contrat. Inspirée de l'avant-projet Terré (article 146), la cession conventionnelle de contrat est reconnue par l'ordonnance du 10 février 2016²⁴³³ aux articles 1216 à 1216-3 du Code civil²⁴³⁴. Le législateur a finalement opté pour une conception moniste de la cession de contrat²⁴³⁵ initiée par le Professeur AYNES²⁴³⁶. C'est la « *convention par laquelle on transfère d'un contractant à un tiers l'ensemble des rapports juridiques issus d'un contrat* »²⁴³⁷ ou plutôt la transmission de sa qualité de partie au contrat. « *Le législateur ne s'est pas contenté de réglementer l'opération, il a également pris position dans le débat relatif à la conception classique et dualiste (addition de cessions de créances et de dette) ou moderne et unitaire (substitution de position contractuelle) de la cession de contrat, en privilégiant la seconde* »²⁴³⁸. Par la cession de contrat, il érige objectivement le contrat en bien transmissible, ce qui dénote avec la conception subjective du contrat²⁴³⁹. Or, l'application de la conception objective de l'obligation au rapport contractuel est également partagée par le droit des entreprises en difficulté²⁴⁴⁰. Par conséquent, la cession des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations par le procédé des

²⁴³² Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1666, p. 1736.

²⁴³³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁴³⁴ Ce faisant, cette transmission était réalisable avant la réforme au-delà des seules hypothèses prévues par la loi : Cass. civ., 1^{ère}, 14 décembre 1982, *D.* 1983. 413, note. L. AYNES : « *la cession d'un contrat synallagmatique permet au cédé de poursuivre directement le cessionnaire qui est tenu envers lui en vertu du contrat transmis* ». V° aussi : Cass. com., 7 janvier 1992, *JCP* 1992, IV, 692 et *JCP* 1992, I, 3591, n° 17, obs. C. JAMIN.

²⁴³⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO du 11 février 2016, spéc. p. 16 (version électronique authentifiée publiée au JO n° 0035 du 11/02/2016) : « *L'ordonnance consacre une conception unitaire de la cession de contrat, qui n'est pas la seule adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance, mais qui a pour objet de permettre le remplacement de l'une des parties au contrat par un tiers, sans rupture du lien contractuel* ».

²⁴³⁶ L. AYNES, note sous Cass. com., 14 décembre 1982, *D.* 1983. 416 : la cession de contrat est un « *transfert unitaire et intégral de la qualité contractant, laquelle est un ensemble complexe de droits et d'obligations* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, n° 849, p. 475.

²⁴³⁷ Ch. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Thèse, préf. J. RADOUANT, Strasbourg, 1950, n° 1, p. 9.

²⁴³⁸ F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019/2020, op. cit.*, n° 127.06, p. 134.

²⁴³⁹ Y. BUFFELAN-LANOIRE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1787, p. 586 ; n° 1789, p. 586 : « *Pour autant, la conception objective du contrat, considéré comme un bien et faisant abstraction des liens entre parties, n'est pas consacrée jusqu'au bout, puisque la cession reste subordonnée à l'accord du cédant. C'est, en effet, la principale condition de la cession de contrat et de son efficacité totale* ».

²⁴⁴⁰ *Supra*, n° 209, 224.

articles 1216 et suivants du Code civil est en accord avec cette conception objective²⁴⁴¹. Autrement dit, c'est la conception objective de l'obligation qui structure les incidences de la qualification de l'actif immatériel en obligation. L'emplacement légal de la cession de contrat dans le droit commun des obligations est au demeurant condamnable. Elle est devenue une « *institution nommée* »²⁴⁴² en droit commun des contrats. Il est effectivement décevant que cette notion ne soit pas introduite dans les opérations sur obligations, c'est-à-dire dans le chapitre II du titre IV du Livre III du Code civil. En effet, ce chapitre comprend quatre sections : une section 1 sur la cession de créance (articles 1321 à 1326), une section 2 sur la cession de dette (articles 1327 à 1328-1), une section 3 sur la novation (articles 1329 à 1335), une section 4 sur la délégation (articles 1336 à 1340) en éclipsant toute cession de contrat. « *Il n'est cependant pas sûr que ce choix soit le plus pertinent. Compte tenu des liens qu'elle entretient avec la cession de créance et la cession de dette il était peut-être plus logique, d'un point de vue pédagogique, de l'envisager avec ces dernières opérations (comme cela était le cas dans les versions préparatoires de l'ordonnance)* »²⁴⁴³. Une section externe au régime général des obligations²⁴⁴⁴ est par contre dévolue à la cession de contrat en conformité avec les préconisations du Professeur AYNES. Elle « *n'a pas de rapport avec la cession de créance, ni avec la cession de dette. C'est dans les effets du contrat, entre la durée du contrat et l'inexécution du contrat, que l'institution a sa place* »²⁴⁴⁵. Il s'agit de la section 4 (« La cession de contrat ») du chapitre IV (« Les effets du contrat ») du titre III (« Des sources d'obligations ») du Livre III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil²⁴⁴⁶. « *Nul ne peut nier la logique abstraite de cette solution. Ce qui est propre au contrat paraît avoir naturellement sa place dans la rubrique correspondante du code. Il reste que le mécanisme de la cession de contrat ne peut se comprendre – et donc s'enseigner – que par référence à la cessibilité des créances et des dettes, ce que confirme derechef le simple rapprochement des textes* »²⁴⁴⁷. « *C'est logique, dira-t-on, puisque le contrat est précisément l'objet de la cession. La pertinence de l'argument est indéniable. C'est pourtant en contemplation du régime de la cession de créance et, surtout, de la cession de dette,*

²⁴⁴¹ *Supra*, n° 218, 223 à 225.

²⁴⁴² E. JEULAND, N. BALAT, « Cession de contrat », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019, n° 12.

²⁴⁴³ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 805, p. 304.

²⁴⁴⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO du 11 février 2016, spéc. p. 16 (version électronique authentifiée publiée au JO n° 0035 du 11/02/2016) : « *la cession de contrat prend logiquement place au sein de la section dévolue aux effets du contrat, entre les dispositions relatives à sa durée et celles relatives à son inexécution, puisqu'elle a justement pour objet de permettre le maintien du contrat, voire d'en prévenir l'inexécution* ».

²⁴⁴⁵ L. AYNES, « La cession de contrat » in dossier « Régime général des obligations : l'essentiel d'une réforme substantielle », *Droit et patrimoine*, juillet-août 2015, n° 249, p. 73, spéc. p. 73-74.

²⁴⁴⁶ Inspiration de la cession de contrat : avant-projet Catala (article 1165-4).

²⁴⁴⁷ Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1665, p. 1736. D'ailleurs, cet ouvrage continue d'étudier la cession de contrat après la cession de créance et de dette.

qu'a été conçu et que peut se comprendre celui de la cession de contrat »²⁴⁴⁸. Partant, le premier article affecté à la cession de contrat a trait à sa définition. En cette occurrence, l'article 1216, alinéa 1^{er} du Code civil dispose que : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ». Techniquement, la cession est « la convention par laquelle une partie, le cédant, transfère à un tiers, cessionnaire, les effets de droit issus du contrat qui le lie à un contractant, appelé cédé »²⁴⁴⁹. « Désormais, tout contractant peut se faire remplacer au cours de l'exécution du contrat et quitter le théâtre contractuel en investissant un tiers de la qualité de partie au contrat »²⁴⁵⁰. Comme la cession de dette, le consentement du cocontractant cédé est impératif dans la lettre de l'article 1216, alinéa 1^{er} du Code civil²⁴⁵¹. Les modalités de cet accord sont matérialisées par l'article 1216, alinéa 2 du Code civil²⁴⁵². L'alinéa 3²⁴⁵³ du texte susvisé prévoit un formalisme *ad validitatem* de la cession de contrat, d'où l'existence d'un contrat solennel²⁴⁵⁴. A la lumière des articles 1216-1 et suivants du Code civil, l'effet principal de la cession de contrat est semblable à celui de la cession de créance et de dette. Elle est pourvue d'un effet translatif signifiant que la position contractuelle est transmise du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire²⁴⁵⁵. Or, il convient de se poser la même question qu'en matière de cession de créance et de cession de dette. Au titre du régime de l'actif immatériel et du passif immatériel, la technique de la cession de contrat est-elle applicable aux « potentialités » identifiées plus haut en obligations²⁴⁵⁶ qui sont réifiées en créances et en dettes dans les devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté²⁴⁵⁷ ?

306. Applicabilité de la cession de contrat aux « potentialités » réifiées en créances et en dettes. L'appréhension du contrat en « potentialité » dans le bilan économique, social et

²⁴⁴⁸ Ph. SIMLER, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *op. cit.*, spéc. n° 3.

²⁴⁴⁹ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 805, p. 304.

²⁴⁵⁰ L. AYNES, « La cession de contrat » in dossier coordonné par L. AYNES, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat : les nouvelles règles », *Droit et patrimoine*, juillet 2016, n° 260, p. 63, spéc. p. 63.

²⁴⁵¹ Eu égard au principe d'effet relatif des contrats : Cass. com., 6 mai 1997, *D.* 1997, 588, note. M. BILLIAU et C. JAMIN ; *JCP E* 1997, II, 1027, note. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1997, art. 36633, note. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1997. 936, obs. J. MESTRE ; V° aussi : C. JAMIN, M. BILLIAU, « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1997. 145 ; L. AYNES, « Cession de contrat, nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1997. 25 et s. ; C. LACHIEZE, « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000. 184.

²⁴⁵² Ce texte énonce que : « Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte ».

²⁴⁵³ L'article 1216, alinéa 3 du Code civil indique que : « La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité ».

²⁴⁵⁴ D'où sa « solennisation » : Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1668, p. 1740.

²⁴⁵⁵ L. ANDREU, « Contrat – Effets du contrat – Cession de contrat », *Fasc. unique, JurisClasseur Civil Code – art. 1216 à 1216-3*, 2018, n° 1.

²⁴⁵⁶ *Supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

²⁴⁵⁷ *Supra*, n° 229 à 232.

environnemental²⁴⁵⁸ a-t-elle pour incidence la cession sur le fondement des articles 1216 et suivants du Code civil au titre de la qualification en obligation selon la conception objective ? La cession de contrat peut-elle comprendre la cession des « potentialités » qui y sont contenues ? Puisque la cession des contrats visés par les articles L. 642-7 du Code de commerce et L. 1224-1 du Code du travail représente une technique de valorisation de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté²⁴⁵⁹, la cession de contrat du Code civil constitue-t-elle une technique d'identification du régime de l'actif immatériel et du passif immatériel qualifiés en obligations ? En particulier, la technique de la cession de contrat des articles 1216 et suivants du Code civil permet-elle d'envisager la cessibilité des « potentialités » réifiées en créances et en dettes dans les devoirs contractuels²⁴⁶⁰ des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté ? Si la cession de contrat frappe un droit de propriété intellectuelle²⁴⁶¹, il est possible de souscrire à la cession d'un contrat selon les prescriptions des articles 1216 et suivants du Code civil, dont l'objet unique est un actif immatériel. « Depuis que l'on connaît la notion de fonds de commerce, il est admis que son propriétaire, en cédant le fonds, cède aussi le bail qui en est un élément »²⁴⁶².

Ce faisant, le champ d'application du mécanisme des articles 1216 et suivants du Code civil est assez restreint, en ce que tous les contrats ne peuvent pas être cédés *nonobstant* le principe de liberté contractuelle²⁴⁶³.

D'un côté, les contrats à exécution successive ou non encore exécutés, à savoir les instruments d'échanges futurs font l'objet d'une cession²⁴⁶⁴. « Il ne fait pas de doute que le terrain d'élection de la cession de contrat est le contrat successif »²⁴⁶⁵. C'est pourquoi, la cession de contrat est tournée vers l'avenir²⁴⁶⁶, ce qui inclut les « potentialités » définies prospectivement par le bilan d'entreprise²⁴⁶⁷ et les « potentialités » dérivées notamment du contrat de travail²⁴⁶⁸ et du contrat de

²⁴⁵⁸ *Supra*, n° 120.

²⁴⁵⁹ *Supra*, n° 209.

²⁴⁶⁰ En effet, les devoirs généraux de loyauté proviennent du contrat de société, du mandat social, du contrat de travail : *supra*, n° 229 à 231.

²⁴⁶¹ S. CHATRY, « La réforme en pratique. La cession de contrat portant sur un droit de propriété intellectuelle », *AJCA* 2015. 313.

²⁴⁶² Y. LEQUETTE, F. TERRE, Ph. SIMLER, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1666, p. 1737.

²⁴⁶³ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année Les obligations 2020, op. cit.*, n° 1181, p. 565.

²⁴⁶⁴ A. HONTEBEYRIE, « Quelques observations sur la délimitation temporelle de la cession de contrat », *RDC* 2017.

378 : L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, op. cit.*, n° 124-125, p. 95-96.

²⁴⁶⁵ E. JEULAND, N. BALAT, « Cession de contrat », *op. cit.*, n° 29.

²⁴⁶⁶ A. HONTEBEYRIE, « Quelques observations sur la délimitation temporelle de la cession de contrat », *op. cit.*,

378 : L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, op. cit.*, n° 124-125, p. 95-96.

²⁴⁶⁷ *Supra*, n° 92.

²⁴⁶⁸ Nous avons relevé qu'il existe un devoir général de loyauté des salariés issu du contrat de travail dans lequel il y a des « potentialités » apparentées soit à des obligations de faire, soit à des obligations de ne pas faire : *supra*, n° 231, 243, 244.

distribution²⁴⁶⁹. « Or, si l'utilité principale de la cession de contrat concerne effectivement des contrats inscrits dans la durée, contrat de travail, contrat de distribution, etc »²⁴⁷⁰.

D'un autre côté, échappent à cette transmission les contrats conclus *intuitu personae*²⁴⁷¹, dont ceux qui sont constitutifs d'obligations de faire pour lesquels le choix d'un cocontractant déterminé a été décisif²⁴⁷², les contrats produisant leurs effets en un seul instant. Or, l'incessibilité de certaines obligations de faire est un obstacle pour les « potentialités » qui ont été rattachées à cette qualification²⁴⁷³ à travers l'exigence d'une concurrence loyale des associés, l'exigence d'activité et de diligence du dirigeant, l'obligation de faire un bilan environnemental, l'obligation de réparer le préjudice né de l'exploitation d'un site pollué, l'obligation d'information de l'entreprise en difficulté. Cet inconvénient illustre globalement les insuffisances de la cession des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations.

Finalement, la cession de contrat dans le cadre du livre VI du Code de commerce²⁴⁷⁴ permet de dépasser les artifices de la cession de contrat du Code civil dans l'élaboration d'un régime de l'actif immatériel et du passif immatériel qualifiés en obligations. « La cession de contrat peut, en particulier, s'avérer très utile en tant que mécanisme accessoire à la vente d'un bien ou à la cession d'une entreprise »²⁴⁷⁵. Pour rappel, il a été relevé que la cession de certains contrats en droit des entreprises en difficulté est un mécanisme accessoire à la cession de l'entreprise par le biais du plan de cession, lequel constitue la technique naturelle de valorisation des « potentialités » de l'entreprise liquidée²⁴⁷⁶.

307. Transition. Les incidences de la qualification de l'actif immatériel en obligation sont visibles au niveau de la cession conventionnelle des « potentialités ». Délignée des opérations sur obligations, la cession de contrat des articles 1216 et suivants du Code civil peut *a priori* s'appliquer aux « potentialités » réifiées en créances et en dettes dans les devoirs contractuels de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. En effet, la prise en compte de la conception objective

²⁴⁶⁹ *Supra*, n° 136 (continuation du contrat de franchise).

²⁴⁷⁰ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.*, p. 546.

²⁴⁷¹ Cependant, la jurisprudence antérieure à la réforme reconnaissait la cession des contrats *intuitu personae* si et seulement si le consentement était donné par le cédé. Par exemple : Cass. com., 13 février 2007, Bull. civ, IV, n° 38, *D.* 2007. 648, note. A. LIENHARD ; *JCP G* 2007, II, 10114, note. B. THULLIER (à propos d'un pacte de préférence). V° aussi : M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris II, 1973.

²⁴⁷² Cass. com., 13 février 2007, jurisprudence précitée.

²⁴⁷³ *Supra*, n° 243.

²⁴⁷⁴ *Supra*, n° 209 ; *Infra*, n° 313.

²⁴⁷⁵ E. JEULAND, N. BALAT, « Cession de contrat », *op. cit.*, n° 1.

²⁴⁷⁶ *Supra*, n° 203 à 209.

de l'obligation et du futur par la cession de contrat sont deux arguments qui militent pour son applicabilité aux « potentialités » susvisées.

Compte tenu du périmètre limité, la technique de la cession de contrat est plus satisfaisante en procédures collectives, d'où l'hégémonie générale des règles du droit des entreprises en difficulté sur les règles du régime général des obligations.

§ 2. La cession des « potentialités » qualifiées en obligations en droit des entreprises en difficulté

308. La cession des « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* ». Précédemment, certaines « potentialités » ont été assimilées à des « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives²⁴⁷⁷ à partir de notre exemple tiré du devoir spécial de redressement des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté²⁴⁷⁸. Dans cette perspective contemporaine, le droit des entreprises en difficulté a révélé l'objet de la présente étude en « potentialités d'actif » et en « potentialités du passif » affectées au redressement de l'entreprise sur le fondement du bilan économique, social et environnemental²⁴⁷⁹. Or, la cession de ces « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » participe à la construction d'un régime de l'actif immatériel et du passif immatériel potentiels en droit des entreprises en difficulté. Dans cette discipline, la qualification en obligation autonome impose un régime autonome. En effet, la nature professionnelle des « potentialités » sous-entend un régime singulier de cession en droit des entreprises en difficulté. Alors que la cession séparée des « potentialités » est impossible (A), la cession globale des « potentialités » est possible (B).

A. L'exclusion de la cession séparée des « potentialités »

309. La corrélation entre les techniques de valorisation et le régime des « potentialités ».

L'exclusion de la cession séparée des « potentialités » doit être mise en relief avec la valorisation artificielle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en absence de plan de cession²⁴⁸⁰. Si la valorisation des « potentialités » est artificielle dans la procédure classique de liquidation judiciaire tendant au seul désintéressement des créanciers par l'apurement du passif du débiteur, le régime de

²⁴⁷⁷ *Supra*, n° 246 à 253.

²⁴⁷⁸ *Supra*, n° 229 à 232.

²⁴⁷⁹ *Supra*, n° 120,

²⁴⁸⁰ *Supra*, n° 189 à 202.

cession des « potentialités » identifiées en obligations n'est donc pas établi à partir de cette modalité purement liquidative en droit des entreprises en difficulté.

310. L'indifférence des articles L. 640-1, alinéa 2 et L. 642-19 du Code de commerce. La cession des « potentialités » qualifiées en obligations n'est pas séparée dans les termes de l'article L. 640-1, alinéa 2 du Code de commerce²⁴⁸¹. Si la cession isolée des actifs est le « *pendant subsidiaire de la cession de l'entreprise* »²⁴⁸², elle est derechef subsidiaire, voire inopérante dans l'édification d'un régime de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté. Pour le saisir, il faut réitérer la nature professionnelle des « potentialités » exigeant le maintien de l'activité économique de l'entreprise en vue de leur existence²⁴⁸³. « *Dès lors, la valeur qu'il peut en être retiré impose une exploitation d'autant plus nécessaire qu'il s'agira, pour envisager sa cession, de la conserver* »²⁴⁸⁴. Pas d'exploitation des « potentialités », pas de cession des « potentialités ». On peut imaginer pour illustration la cession d'une dette à l'environnement avec la vente d'un terrain à dépolluer nécessitant ainsi une exploitation de « potentialité de passif ». Or, le principe de cessation de l'activité de l'entreprise²⁴⁸⁵ via la cession en ordre dispersé des actifs mobiliers du débiteur selon l'article L. 642-19²⁴⁸⁶ du Code de commerce empêche les « potentialités » de prospérer, tant dans leur valorisation, que dans leur qualification. Force est alors de constater que la suppression de l'appareil productif dans la traditionnelle procédure de liquidation judiciaire exclut la cession séparée des « potentialités » déployées dans le cadre de la continuation de l'activité économique de l'entreprise. Par leurs « potentialités d'actif » affectées au redressement, telles que la compétence, la notoriété, l'influence²⁴⁸⁷, les associés sont effectivement débiteurs d'« obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives jouant en cas de poursuite de l'activité économique de l'entreprise. Dans le même esprit, le dirigeant est redevable d'« obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives englobant des « potentialités d'actif » destinées à la finalité économique : l'aptitude à remporter un marché, à remplir un carnet de commandes, à donner confiance aux clients et aux fournisseurs, à digitaliser la structure, à motiver les salariés²⁴⁸⁸. Ces obligations consubstantielles à la pérennité de l'exploitation sont également

²⁴⁸¹ *Supra*, n° 199 à 202.

²⁴⁸² A. LIENHARD, *Procédures collectives*, n° 125.11, p. 539.

²⁴⁸³ D. BRIAND, « Cessions et réseaux de distribution », *op. cit.*, art. 33 ; N. MARTIAL-BRAZ, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *op. cit.*, art. 29.

²⁴⁸⁴ N. MARTIAL-BRAZ, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *ibid.*, spéc. n° 4.

²⁴⁸⁵ Sauf le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise selon l'article L. 641-10 du Code de commerce.

²⁴⁸⁶ *Supra*, n° 201.

²⁴⁸⁷ *Supra*, n° 120.

²⁴⁸⁸ *Supra*, n° 120.

valables pour les salariés, dont les « potentialités d'actif » sont tournées vers la norme économique : la compétence, la qualification, la bonne ambiance sociale générale/la marque employeur²⁴⁸⁹.

311. Transition. La qualification de certaines « potentialités » en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives à travers les devoirs spéciaux de redressement a pour incidence la cession en droit des entreprises en difficulté. Puisque la procédure classique de liquidation judiciaire met fin à l'activité de l'entreprise par la cession séparée des actifs, cette modalité purement liquidative de cession au sens des articles L. 640-1, alinéa 2 et L. 642-19 du Code de commerce est inapplicable aux « potentialités » rattachées à l'activité économique de l'entreprise.

Ces « potentialités » ne sont pas cessibles séparément, mais globalement à un tiers.

B. L'inclusion de la cession globale des « potentialités » dans un plan de cession

312. La corrélation entre les techniques de valorisation et le régime des « potentialités ». Il y a une analogie entre la valorisation naturelle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en présence du plan de cession²⁴⁹⁰ et l'inclusion de la cession globale des « potentialités » dans un plan de cession. C'est la nouvelle perspective de la procédure de liquidation judiciaire ; celle-ci donnant lieu à la cession de l'entreprise par un plan de cession. Cet outil économique constitue la principale technique de valorisation de l'actif immatériel²⁴⁹¹. C'est pourquoi, il est normal que le plan de cession intervienne de nouveau dans la configuration d'un régime des « potentialités » identifiées en obligations. Valorisées, ces « potentialités » sont cédées en droit des entreprises en difficulté par l'intermédiaire d'un plan de cession. L'importance du rôle du plan de cession est ainsi affichée à deux stades dans cette thèse : d'une part, au niveau de la valorisation de l'actif immatériel et d'autre part, au regard de la qualification de l'actif immatériel en obligation, voire en bien²⁴⁹².

313. L'importance des articles L. 642-1, alinéa 1^{er}, L. 642-7 du Code de commerce et de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Le basculement du plan de cession de la procédure de redressement judiciaire à la procédure de liquidation judiciaire²⁴⁹³ permet-il de basculer vers la cessibilité des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » qui ont été qualifiées en

²⁴⁸⁹ *Supra*, n° 120.

²⁴⁹⁰ *Supra*, n° 203 à 209.

²⁴⁹¹ *Supra*, n° 207 à 209.

²⁴⁹² *Infra*, n° 385.

²⁴⁹³ *Supra*, n° 182.

« obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives ? Dans la mesure où la cession de l'entreprise assure « le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés »²⁴⁹⁴ par un tiers, les « potentialités » qualifiées en obligations autonomes sont cessibles en droit des entreprises en difficulté par un plan de cession. Plus précisément, seules les « potentialités d'actif » comprises dans les « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives sont cessibles globalement dans la perspective d'une activité économique continuée par un repreneur. Techniquement, la cession *in globo* de ces « potentialités » à valeur positive en cas de cession de l'entreprise est réalisée par la transmission des actifs et des contrats. Partant, le régime des « potentialités » identifiées en obligations spéciales suppose de préciser deux éléments : d'une part, le périmètre de la cession et d'autre part, les mécanismes de la cession.

Dans un premier temps, la cession globale des « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » dans un plan de cession ne vaut qu'à l'égard des actifs immatériels potentiels, c'est-à-dire des « potentialités d'actif ». « Parmi les créances, seules devraient pouvoir être cédées celles qui sont véritablement liées à l'exploitation »²⁴⁹⁵. Il s'agit uniquement de la face active des « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives, en l'occurrence de la créance de l'entreprise en difficulté²⁴⁹⁶ qui est liée à l'exploitation. C'est le cas notamment des compétences des associés et des salariés ou des aptitudes personnelles du dirigeant vis-à-vis de l'entreprise en difficulté²⁴⁹⁷. En effet, la cession de l'entreprise vise une universalité de fait qui réunit, réaffirmons-le, les biens et les créances à l'exclusion des dettes²⁴⁹⁸. Si les créances sont incluses dans la cession de l'entreprise, les dettes sont en revanche exclues. Le plan de cession prohibe en ce sens toute transmission universelle ou à titre universel²⁴⁹⁹, d'où l'exclusion des « potentialités » à valeur négative dans la cession de l'entreprise. « Le cessionnaire n'est pas en principe tenu des dettes générées par l'activité avant sa cession »²⁵⁰⁰. C'est pourquoi, le tribunal ne peut pas lui imposer de prendre à sa charge une partie des dettes liées à l'activité cédée²⁵⁰¹. D'ailleurs, l'article L. 642-2, II, 1° du Code de commerce ne cite pas les dettes parmi les mentions

²⁴⁹⁴ Cf article L. 642-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

²⁴⁹⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1260, p. 567.

²⁴⁹⁶ En effet, elle est créancière des « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives à partir des devoirs de redressement des associés, du dirigeant et des salariés, *supra*, n° 235.

²⁴⁹⁷ *Supra*, n° 229 à 231 ; 235.

²⁴⁹⁸ *Supra*, n° 208, 279.

²⁴⁹⁹ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 919, p. 548.

²⁵⁰⁰ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 487, p. 343.

²⁵⁰¹ Cass. com., 30 mars 1993, *D.* 1993, 384, note. P. LE CANNU.

obligatoires requises dans l'offre de reprise : « *De la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre* »²⁵⁰².

Pour autant, la charge d'une dette du cédant peut être exceptionnellement due par le repreneur à la lumière de l'article L. 642-12, alinéa 4 du Code de commerce. Sur ce point, le législateur prescrit le transfert au cessionnaire de la charge des crédits ayant financé un bien inclus dans le plan et garantis par une sûreté spéciale grevant ce bien. De même, les tribunaux peuvent admettre une cession de dette par le tiers dans le plan de cession. La Cour de cassation l'accepte en jugeant que : « *le cessionnaire peut prendre l'engagement, par une clause spéciale de l'acte de cession, de payer une dette antérieure du cédant* »²⁵⁰³. Cette situation est analogue quand le passif est généré par une sanction au titre du droit de la concurrence, car la continuation de l'activité – support de la pratique anti-concurrentielle – est prise en considération indépendamment de la personne juridique qui l'organise.

Dans un second temps, la cession globale des « potentialités d'actif » rattachées aux éléments de l'activité cédée dans un plan de cession opère par la cession des actifs et des contrats. S'agissant de la cession des actifs dans le plan de cession, sont cédés les actifs affectés à l'exploitation²⁵⁰⁴. Partant, on peut imaginer la cession de la face active des « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives dans le plan de cession. A titre d'illustration, on peut admettre que l'entreprise en difficulté (cédant) transmette la digitalisation de la structure²⁵⁰⁵ (« potentialité d'actif ») à titre de créance contre le dirigeant (cédé) à un tiers repreneur (cessionnaire). Ainsi, la cession globale desdites « potentialités » en cas de cession de l'entreprise est matérialisée par la cession des créances relatives aux « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Quant aux cessions de contrats en lien avec la transmission de l'entreprise²⁵⁰⁶, elles ont deux sources : une source judiciaire et une source légale. La cession judiciaire des contrats dans le plan de cession s'applique, on l'a vu²⁵⁰⁷, aux contrats de fournitures de biens ou de services d'après l'article L. 642-7, alinéa 1^{er} du Code de commerce. On a remarqué précédemment que le tribunal peut forcer la cession d'un contrat par lequel une vedette du sport fournit son nom, sa marque, sa notoriété, des prestations personnelles pour promouvoir la production d'une entreprise²⁵⁰⁸. Or, cette illustration jurisprudentielle permet d'affirmer que les

²⁵⁰² F. FEUGERE, « Le devoir de loyauté dans les cessions d'entreprises en difficulté », *GP*, 5 décembre 2000, n° 340, p. 76.

²⁵⁰³ Cass. com., 3 janvier 1995, *JCP E* 1995, I, 455, § 4, obs. Ph. PETEL ; *RJ com.* 1995, 198, rapp. J-P. REMERY.

²⁵⁰⁴ *Supra*, n° 208.

²⁵⁰⁵ C'est une « potentialité d'actif » affectée à l'« *intuitu economicae* » des procédures collectives qui apparaît dans le devoir de redressement du dirigeant vis-à-vis de l'entreprise en difficulté : *supra*, n° 120, 230.

²⁵⁰⁶ E. JEULAND, N. BALAT, « Cession de créance », *op. cit.*, n° 36 et s.

²⁵⁰⁷ *Supra*, n° 209.

²⁵⁰⁸ CA. Poitiers., 20 avril 1988, *JCP E*, 1989, II, 15591, n° 12, obs. M. CABRILLAC.

parties prenantes internes (les cédées) doivent fournir ces « potentialités d'actif » (la notoriété, l'influence, voire les prestations et les aptitudes personnelles) contenues dans les « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » à l'entreprise en difficulté (cédant). C'est pour cela que ces obligations économiques peuvent être cédées globalement dans la perspective d'une activité économique perpétuée par le tiers cessionnaire sur le fondement de la cession de contrat de l'article L. 642-7 du Code de commerce. La cession légale des contrats dans le plan de cession a trait en particulier aux contrats de travail selon l'article 1224-1 du Code du travail²⁵⁰⁹. Or, les salariés (cédés) sont, à l'instar des associés et du dirigeant, débiteurs d' « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives à l'égard de l'entreprise en difficulté (cédant). Par la cession des contrats de travail au tiers cessionnaire, les « potentialités d'actif » comme les compétences et la qualification sont cessibles globalement dans un plan de cession.

314. Conclusion de section. La qualification de certains actifs immatériels en obligations a pour première incidence la soumission des « potentialités » aux règles relatives à la cession en régime général des obligations et en droit des entreprises en difficulté.

En régime général des obligations, la cession concerne les « potentialités » qui ont été qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire à partir des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. Or, cette qualification de droit positif comprend des « potentialités » réifiées en créances et en dettes. Afin de céder ces « potentialités », deux opérations sur obligations et une opération contractuelle sont mises en lumière. Les techniques de la cession de créance des articles 1321 et suivants du Code civil et de la cession de dette des articles 1327 et suivants du Code civil aboutissent à la cessibilité des « potentialités de l'actif » pour l'une et des « potentialités de passif » pour l'autre en raison de l'appréhension matérielle et temporelle de la cession. Selon les articles 1216 et suivants du Code civil, la cession de contrat n'est certes pas une opération sur obligations, mais elle peut constituer un mécanisme de transmission des « potentialités » du fait de l'objet immatériel de la cession. Toujours est-il que ces procédés de cession des « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire restent artificiels en régime général des obligations, d'où la prééminence des techniques de cession propres aux procédures collectives.

En droit des entreprises en difficulté, la cession vise les « potentialités » qui ont été qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives à partir des devoirs spéciaux de redressement des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. Or, cette

²⁵⁰⁹ *Supra*, n° 209.

qualification autonome commande un régime autonome en droit des entreprises en difficulté pour les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » finalisées, dont la nature professionnelle est prédominante au stade de la valorisation et de la qualification. Si la cession séparée de ces « potentialités » est exclue, leur cession globale est au demeurant incluse dans un plan de cession. Puisqu'elles imposent un rattachement à l'exploitation, elles peuvent être cédées dans la perspective d'une activité économique continuée par un tiers cessionnaire au moyen de la cession des actifs et des contrats.

En outre, la qualification de certains actifs immatériels en obligations n'est pas dépourvue d'incidences du point de vue de la contrainte.

Section 2. La soumission des « potentialités » qualifiées en obligations aux règles relatives à l'exécution

315. La portée du *vinculum juris*. « *Qu'est-ce qu'une obligation sans sanction ? Presque rien, un fantôme de droit* »²⁵¹⁰. Au regard des propos du Professeur DISSAUX, la qualification de certains actifs immatériels en obligations effectives doit être assortie d'une sanction. Celle-ci « *est un instrument de régulation de l'activité professionnelle* »²⁵¹¹. Or, la valorisation²⁵¹² et la qualification²⁵¹³ de l'actif immatériel ont mis en exergue la nature professionnelle des « potentialités ». Partant, l'applicabilité de la définition de l'obligation aux « potentialités » due à la caractérisation d'un *vinculum juris*, c'est-à-dire d'un lien de droit contraignant²⁵¹⁴ génère la soumission aux règles relatives à l'exécution. Face à la qualification d'obligation contraignante, les « potentialités » doivent être exécutées ou au moins délivrées en cas de manquement. Dans le vocabulaire juridique, le doyen CORNU définit l'exécution comme ceci : « *Accomplissement par le débiteur, de la prestation due ; fait de remplir son obligation (impliquant satisfaction donnée au créancier)* »²⁵¹⁵. Transposée à la délivrance des « potentialités » conçues comme des obligations, cette définition sur l'exécution fait toutefois l'objet d'une appréciation différente entre le régime général des obligations (§1) et le droit des entreprises en difficulté (§2).

²⁵¹⁰ N. DISSAUX, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *AJ Contrat* 2017, p. 10.

²⁵¹¹ N. DELATTRE, « Le dirigeant fautif », *op. cit.*, p. 85 s, spéc. n° 20 ; V° aussi table ronde entre M. MENJUCQ, F. LEGRAND, O. BOURU, Ch. DELATTRE, « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales dans le droit des procédures collectives ? » *in* débat le 17 septembre 2009, *RPC*, septembre 2009, n° 5, entretien 2.

²⁵¹² *Supra*, n° 171, 179, 185, 189, 195 à 197, 199, 201, 204, 205.

²⁵¹³ *Supra*, n° 246 à 253 ; 285 à 291.

²⁵¹⁴ *Supra*, n° 227.

²⁵¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Exécution.

§1. L'exécution des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations

316. L'exécution des « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire. En régime général des obligations, l'exécution porte sur les « potentialités » qui sont qualifiées en obligations par l'objet²⁵¹⁶ à partir des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté²⁵¹⁷. Dès lors, l'article 1221 du Code civil est-il applicable aux « potentialités », dont la qualification est assimilée à une obligation de faire ou de ne pas faire ? Le principe de l'exécution forcée en nature²⁵¹⁸ édicté par l'article 1221 du Code civil (A) est inapplicable en cas d'impossibilité, d'où l'existence d'un régime imparfait de l'actif immatériel en régime général des obligations (B).

A. Le principe de l'exécution forcée en nature

317. Les sanctions de l'inexécution d'une obligation contractuelle. La qualification des « potentialités » en obligations de faire ou de ne pas faire en droit des obligations²⁵¹⁹ conduit normalement à l'applicabilité du principe de l'exécution forcée en nature sur le fondement de l'article 1221 du Code civil en régime général des obligations. En matière contractuelle, l'article 1341 du Code civil énonce que : « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi* ». Or, cet article peut s'appliquer aux « potentialités » qui ont été identifiées en obligations de faire ou de ne pas faire à partir des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. Pour illustration, l'entreprise en difficulté (créancière) peut contraindre les associés, le dirigeant et les salariés (débiteurs) à exécuter/délivrer les « potentialités de l'actif » et les « potentialités de passif » comprises dans les obligations de loyauté, lesquelles sont issues respectivement du contrat de société, du mandat social et du contrat de travail. Plus précisément, l'article 1217 du Code civil énumère la « *panoplie* »²⁵²⁰ des sanctions en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle par le débiteur : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :*

-refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;

²⁵¹⁶ *Supra*, n° 237 à 254.

²⁵¹⁷ *Supra*, n° 229 à 232.

²⁵¹⁸ V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine de l'exécution en nature*, Thèse, PUAM, 2003 ; I. CORNESSE, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2003. 2433 ; *Contra* : Y-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005/1, p. 161.

²⁵¹⁹ *Supra*, n° 238 à 245.

²⁵²⁰ Y-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat » *in* dossier « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », Paris, le 16 février 2016, *RDC* 2016, n° hors-série, p. 39.

-poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;

-obtenir une réduction du prix ;

-provoquer la résolution du contrat ;

-demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

D'après le rapport relatif à l'ordonnance²⁵²¹, il n'y a pas de hiérarchie entre les sanctions inscrites à l'article 1217 du Code civil. Cela étant, on remarque un élargissement²⁵²² de l'éventail des sanctions. Il y a l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la réduction du prix, la résolution du contrat et la réparation. En particulier, la poursuite de l'exécution forcée en nature de l'obligation est la deuxième sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle par le débiteur. « Parmi les sanctions relatives à l'exécution du contrat, l'exécution forcée est sûrement la plus sensible, celle qui enflamme le plus de passions »²⁵²³. Or, l'introduction de cette sanction dans le Code civil accentue l'autonomie du droit à l'exécution forcée vis-à-vis des procédures civiles d'exécution²⁵²⁴. La poursuite de l'exécution forcée en nature de l'obligation représente pour nous un révélateur du régime de l'actif immatériel en régime général des obligations. « Poursuivre l'exécution en nature signifie que le créancier de l'obligation inexécutée peut forcer le débiteur à lui fournir exactement ce à quoi il s'était engagé »²⁵²⁵. En l'absence de définition légale et prétorienne, l'exécution forcée en nature désigne « l'exercice par le créancier d'un moyen de contrainte contre le débiteur, afin de le forcer à s'exécuter »²⁵²⁶. Ainsi, il faut « se placer du côté du créancier, en analysant ce qu'il reçoit plutôt que du côté du débiteur »²⁵²⁷. « L'exécution en nature consiste, en effet, en la satisfaction du créancier d'une obligation contractuelle par la fourniture à celui-ci de l'avantage promis »²⁵²⁸. Ce droit du créancier avait déjà été proclamé sous l'empire du Code civil de 1804 par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 16 janvier

²⁵²¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO du 11 février 2016, spéc. p. 17 (version électronique authentifiée publiée au JO n° 0035 du 11/02/2016) : « L'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation ».

²⁵²² S. TISSEYRE, « La fin du contrat : l'éventail élargi des sanctions », in Colloque « Quel renouveau pour le droit des contrats ? : une réforme entre tradition et modernité », Actes du colloque à Pau le 20 mai 2016, Larribau-Terneyre, Virginie et Pellé, Sébastien (eds.), Presses de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Série « Droit en mouvement ; 5 », Pau, p. 187.

²⁵²³ N. DISSAUX, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 10.

²⁵²⁴ Y.- M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles. Articles 1217 à 1231-7 », *JCP* 2015, suppl. au n° 21, p. 47, n° 13.

²⁵²⁵ M. LATINA, G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 636, p. 584.

²⁵²⁶ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019*, *op. cit.*, n° 541, p. 280.

²⁵²⁷ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 379, p. 261.

²⁵²⁸ F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Hommage en l'honneur de Grégoire FOREST*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 121 s., spéc. p. 124.

2007 : « la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a pas été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible »²⁵²⁹. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016²⁵³⁰, il est incontournable de poser une distinction chronologique entre l'exécution forcée en nature de l'obligation antérieure à 2016 et l'exécution forcée en nature de l'obligation postérieure à 2016. Force est alors de mesurer le chemin parcouru depuis la publication du célèbre article de Denis TALLON en 1994²⁵³¹.

318. L'exécution forcée en nature de l'obligation antérieure à 2016. Sous l'empire du droit antérieur, l'inexécution des obligations de faire et de ne pas faire était organisée par l'article 1142 du Code civil : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Illustration de l'adage « *nemo praecise potest cogi ad factum* »²⁵³², cet article posait le principe de l'exécution forcée par équivalent²⁵³³ des obligations de faire et de ne pas faire, « ce qui correspond au versement d'une somme d'argent équivalente à la valeur de la prestation attendue et inexécutée »²⁵³⁴ ou à « une compensation, sous forme monétaire, au profit du créancier qui n'a pu obtenir une exécution spontanée de son débiteur »²⁵³⁵. « Lorsque quelqu'un s'est obligé à faire quelque chose, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de contraindre le débiteur précisément à faire ce qu'il est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner en ses dommages et intérêts, faute d'avoir satisfait à son obligation. C'est en cette obligation de dommages et intérêts que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose ; car *Nemo potest praecise cogi ad factum* »²⁵³⁶. Par déduction, toute exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire était mise à l'écart par ce texte « *simpliste* »²⁵³⁷. Cette conception originaire des règles de l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire ne fut pas à l'abri des critiques. « Si l'interdiction de l'exécution forcée des obligations de faire a tout son sens lorsque le débiteur s'est obligé à une prestation personnelle – qui fait appel à son art, ses compétences, son corps, etc..., elle n'a aucune raison d'être lorsque le débiteur s'est obligé en rapport avec un objet (qu'il doit par exemple délivrer ou remplacer)... »²⁵³⁸. Compréhensible pour

²⁵²⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 16 janvier 2007, n° 06-13983.

²⁵³⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁵³¹ D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

²⁵³² Signifiant littéralement : « nul ne peut être contraint à faire quelque chose ».

²⁵³³ Sur les critiques de cette expression, V° notamment : F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil. Contrats Théorie générale. Quasi-contrats*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2014, n° 173, p. 311.

²⁵³⁴ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 891, p. 330.

²⁵³⁵ D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016. 2477.

²⁵³⁶ R-J. POTHIER, *Traité des obligations et Traité du contrat de vente*, t. 1, 1830, p. 41.

²⁵³⁷ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 890, p. 329.

²⁵³⁸ *Ibid.*

les obligations de faire pourvues d'un caractère personnel²⁵³⁹ « (celles que le débiteur est seul à pouvoir accomplir, telle l'obligation pour le peintre de réaliser le tableau commandé ou pour le comédien de donner la représentation prévue) »²⁵⁴⁰, l'exécution de l'article 1142 du Code civil était par contre incompréhensible pour les autres obligations de faire et de ne pas faire. Au demeurant, la jurisprudence « a progressivement mis entre parenthèses les termes de l'article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe »²⁵⁴¹. Dans un arrêt du 11 mai 2005, la Cour de cassation a retenu que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsque celle-ci est possible »²⁵⁴². De la sorte, un droit à l'exécution en nature naît progressivement aux termes duquel le créancier est titulaire d'un droit de l'obtenir et le débiteur est assujéti à un droit de la fournir²⁵⁴³.

319. L'exécution forcée en nature de l'obligation postérieure à 2016. Le principe originaire de l'article 1142 du Code civil est devenu l'exception avec la consécration de l'ordonnance du 10 février 2016²⁵⁴⁴. La situation s'est donc inversée. Si avant 2016, le principe était l'exécution forcée par équivalent et l'exception était l'exécution forcée en nature, le législateur de 2016 a bouleversé cet ordonnancement. Actuellement, le principe est l'exécution forcée en nature et l'exception est l'exécution forcée par équivalent. Positionné sous la rubrique de l'inexécution du contrat²⁵⁴⁵, l'article 1221 du Code civil pose dorénavant le principe²⁵⁴⁶ de l'exécution forcée en nature de toutes les obligations sans distinction par le débiteur²⁵⁴⁷. « Plus aucune distinction n'est faite selon les

²⁵³⁹ W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976. 700 s. ; P. WERY, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil », Kluwer, 1993 ; E. DEBILY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Thèse, Poitiers, 2002.

²⁵⁴⁰ F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *op. cit.*, spéc. p. 125. V° aussi : CA. Paris., 3 mars 1855, S. 1855. 2. 410 (Rachel dans le rôle de Médée, pourtant composé à son intention).

²⁵⁴¹ J. MESTRE, « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat » *in* Colloque organisé par l'Institut de droit des affaires à Aix-en-Provence le 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 91 s.

²⁵⁴² Cass. civ., 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136, Bull. civ. III, n° 103 ; *D.* 2005. 1504 ; *RDI* 2005. 299, obs. P. MALINVAUD ; *RDI* 2006. 307, obs. O. TOURNAFOND ; *RTD civ.* 2005. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²⁵⁴³ V. FORTI, « Exécution forcée en nature », *Rép. civ.*, Dalloz, 2020, n° 24. Sur le droit du débiteur de fournir l'exécution en nature, V° : Cass. civ., 3^{ème}, 27 mars 2013, n° 12-13.734, Bull. civ. III, n° 40 ; *D.* 2013. 910 ; *AJDI* 2014. 203, obs. G. MAIRE ; *RTD civ.* 2013. 603, obs. H. BARBIER ; *RDC* 2013. 890, obs. T. GENICON ; *RDC* 2013. 903, obs. G. VINEY ; *RDC* 2013. 974, obs. J-B. SEUBE.

²⁵⁴⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁵⁴⁵ Et non dans le titre traitant du régime général des obligations comme le souhaitent pourtant certains : M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI) », *LPA*, 4 avril 2016, n° 67, p. 5.

²⁵⁴⁶ Y-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 52 : l'article 1221 du Code civil « érige le droit à l'exécution forcée en nature en règle de principe ».

²⁵⁴⁷ Et non pas le tiers. En effet, il existe deux variantes de l'exécution forcée : d'une part, l'exécution forcée en nature – directe par le débiteur (article 1221 du Code civil) et d'autre part, l'exécution forcée indirecte par le tiers (article 1222 du Code civil).

obligations »²⁵⁴⁸. « L'exécution en nature concerne toute obligation »²⁵⁴⁹. « Elle concerne au moins en principe toute obligation et pas seulement les obligations contractuelles. Toute obligation, quelle que soit sa source, est susceptible d'exécution en nature »²⁵⁵⁰. « Peu importe qu'il s'agisse d'obligations de donner, faire ou ne pas faire, d'obligations monétaires ou non monétaires »²⁵⁵¹. En relatant à l'article 1221 du Code civil que : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature », le législateur a recours à l'adage : « là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer » dans la lignée de l'avant-projet Terré²⁵⁵². En principe, les obligations de faire, de ne pas faire, donner font l'objet d'une exécution forcée en nature au sens de l'article 1221 du Code civil. Il s'agit de l'« [e]xécution d'une convention ou d'un jugement imposée au débiteur sur la personne ou sur ses biens par le ministère d'un officier public compétent, et, au besoin, de la force armée, en observant les formalités prescrites par la loi »²⁵⁵³. Dans le sillage de la jurisprudence antérieure, le législateur ne soumet pas le principe de l'exécution forcée en nature ni à la preuve d'une « inexécution suffisamment grave »²⁵⁵⁴, ni à l'existence d'un préjudice pour le créancier²⁵⁵⁵. Ce postulat exige néanmoins une formalité légale tenant à une mise en demeure. Cette condition de forme procède de l'exigence de bonne foi dans l'exécution contractuelle²⁵⁵⁶.

Si le principe de l'exécution forcée en nature recouvre toutes les obligations contractuelles, il n'en demeure pas moins que l'article 1221 du Code civil s'adresse au premier chef aux obligations de sommes d'argent, donc *in fine* aux obligations pécuniaires²⁵⁵⁷. « L'exécution forcée en nature de l'obligation est a priori possible pour toutes les obligations mais elle connaît toutefois des domaines privilégiés tel, par exemple les obligations de somme d'argent, dont elle constitue le mode normal d'exécution en cas de défaillance du débiteur. Du fait de la totale fongibilité de la monnaie, le créancier peut en effet toujours obtenir exécution de ce paiement, notamment en pratiquant des

²⁵⁴⁸ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1813, p. 596.

²⁵⁴⁹ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et la preuve des obligations (VI) », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁵⁰ *Ibid.*

²⁵⁵¹ M. LATINA, G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 636, p. 584.

²⁵⁵² V° les articles 105 et 106 de l'avant-projet Terré.

²⁵⁵³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Exécution.

²⁵⁵⁴ Cass. civ., 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12- 16.217 ; RDC 2014. 22, obs. Y- M. LAITHIER ; JCP 2013. 974, n° 11, obs. P. GROSSER.

²⁵⁵⁵ Cass. civ., 3^{ème}, 6 mai 1980, n° 78-16.390, Bull. civ. III, n° 91. 5.

²⁵⁵⁶ M. LATINA, G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 634, p. 583.

²⁵⁵⁷ L-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé*, Thèse, préf. J-P. TOSI, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2010, t. 518.

saisies sur le patrimoine du débiteur »²⁵⁵⁸ ou « [l]'obligation de payer une somme d'argent se situe au cœur du domaine de l'exécution forcée en nature »²⁵⁵⁹.

En revanche, l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire est plus délicate. Lorsqu'elles présentent un caractère personnel, ce problème s'intensifie. « *La portée du principe de l'exécution forcée en nature est nulle pour les obligations de faire à caractère personnel, c'est-à-dire celles dont l'exécution dépend des qualités personnelles du débiteur* »²⁵⁶⁰. « *L'obligation de faire et l'obligation de ne pas faire se situent, l'une comme l'autre, à la frontière du domaine de l'exécution forcée en nature* »²⁵⁶¹. Qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire à partir des devoirs généraux de loyauté, les « potentialités » se situent dans ce cas de figure. En effet, l'applicabilité de l'article 1221 du Code civil leur semble compromise. Car les devoirs généraux de loyauté des associés, du dirigeant, des salariés et de l'entreprise en difficulté présentent de prime abord un caractère non monétaire. Il en va ainsi du devoir général de loyauté des associés envers la société en difficulté qui est dérivé du contrat de société comme l'exigence d'une concurrence loyale/obligation de faire ou l'abstention d'actes de concurrence déloyaux/obligation de ne pas faire²⁵⁶². Dans le cadre de l'exécution de son mandat social, le dirigeant doit agir au mieux des intérêts de la société en apportant l'activité et la diligence²⁵⁶³ nécessaires à la réalisation de l'objet social²⁵⁶⁴, ce qui sous-entend une obligation de faire extra-financière. Il est investi d'un devoir général de loyauté qui passe aussi par une obligation de non-concurrence, donc une obligation de ne pas faire lui prohibant d'exercer une activité concurrente à la société²⁵⁶⁵. Les salariés sont également débiteurs d'une obligation générale de loyauté dans l'exécution de bonne foi du contrat de travail²⁵⁶⁶ prenant la forme d'obligations de ne pas faire. Cette partie prenante doit effectivement s'abstenir de tout acte de concurrence pour son compte personnel sous peine d'être licencié pour faute grave ou faute lourde²⁵⁶⁷ et ne doit pas utiliser les moyens de l'entreprise pour détourner la clientèle, les produits ou les commandes²⁵⁶⁸.

²⁵⁵⁸ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019, op. cit.*, n° 542, p. 280.

²⁵⁵⁹ V. FORTI, « Exécution forcée en nature », *op. cit.*, n° 44.

²⁵⁶⁰ *Ibid.*, n° 49.

²⁵⁶¹ *Ibid.*, n° 46.

²⁵⁶² D'après la jurisprudence, sauf stipulation contraire, l'associé n'est, en cette qualité, pas tenu de s'abstenir de faire concurrence à la société et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux. En clair, l'associé n'est pas débiteur d'une obligation de non-concurrence envers la société. V° Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.407 ; Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-23.888 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-25.237.

²⁵⁶³ E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de société (droit français et anglais)*, Thèse précitée.

²⁵⁶⁴ V. MAGNIER, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 181, p. 118.

²⁵⁶⁵ Ce qui n'est pas forcément le cas quand le dirigeant accepte un emploi au sein d'une société concurrente : Cass. com., 8 février 2017, n° 15-17.904, *revue des sociétés* 2017. 290, obs. P. PISONI.

²⁵⁶⁶ V° l'article L. 1222-1 du Code du travail : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

²⁵⁶⁷ Cass. soc., 30 juin 1988, LEXILASER.

²⁵⁶⁸ Cass. soc., 31 mai 1990, LEXILASER.

Ainsi, il faut reconnaître que le principe de l'exécution forcée en nature de l'article 1221 du Code civil s'applique imparfaitement aux « potentialités », dont la qualification en obligation de faire ou de ne pas faire – non chiffrée est retenue. Dès lors, l'exécution de ces « potentialités » en régime général des obligations à la lumière de l'article 1221 du Code civil est discutable, ce qui témoigne à nouveau du régime artificiel de l'actif immatériel dans cette discipline.

320. Transition. En régime général des obligations, l'exécution des « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire est analysée du point de vue du principe de l'exécution forcée en nature. Malgré les multiples sanctions en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle par le débiteur, c'est la poursuite de l'exécution forcée en nature qui contribue *a priori* à façonner le régime de l'actif immatériel. A ce titre, une distinction chronologique s'impose entre le système antérieur et le système postérieur à la réforme de 2016. Depuis cette date, le principe de l'exécution forcée en nature de l'article 1221 du Code civil a substitué le principe de l'exécution forcée par équivalent de l'article 1142 du Code civil. Il n'est pas certain que ce nouveau système s'applique correctement à l'actif immatériel, dont le caractère extra-financier est prononcé dans cette thèse.

Le sentiment d'imperfection des règles relatives à l'exécution forcée en nature en régime général des obligations se renforce quand on continue la lecture de l'article 1221 du Code civil.

B. Les exceptions au principe de l'exécution forcée en nature

321. La relativité de l'article 1221 du Code civil. Le principe de l'exécution forcée en nature est tempéré par un « *bémol* »²⁵⁶⁹, si l'on poursuit la lecture de l'article 1221 du Code civil : « *sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». « *Alors l'exécution forcée en nature, oui ; sauf si* »²⁵⁷⁰. En conséquence, le « *remède principal à l'inexécution* »²⁵⁷¹ connaît deux exceptions eu égard au mot « *sauf* » : d'une part, l'impossibilité et d'autre part, la disproportion manifeste. Soit, l'exécution est devenue impossible, soit l'exécution est devenue manifestement disproportionnée. Or, l'inapplicabilité du principe de l'exécution forcée en nature aux « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire peut étendre le cercle des exceptions. Dit autrement, l'objet de la présente étude constituerait un tempérament supplémentaire au principe de l'exécution forcée

²⁵⁶⁹ Ph. SIMLER, « Contrat - Inexécution du contrat - Exécution forcée en nature », *Art. 1221 et 1222 - Fasc. unique*, JurisClasseur Civil Code, 2017, n° 2.

²⁵⁷⁰ M. MEKKI, « Fiche pratique : l'exécution forcée en nature, sauf si... », *GP*, 5 juillet 2016, n° 25, p. 16.

²⁵⁷¹ J. LE BOURG, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations » *in* dossier « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », *RDC*, 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 782.

en nature de l'article 1221 du Code civil. En cas d'exécution impossible des « potentialités » identifiées en obligations de faire ou de ne pas faire, le principe de l'article 1221 du Code civil serait donc écarté. Ainsi, la relativité de l'article 1221 du Code civil doit être corroborée par la précision des deux exceptions au principe de l'exécution forcée en nature.

322. L'exception nouvelle au principe de l'exécution forcée en nature. La disproportion manifeste est la première exception – nouvelle au principe de l'exécution forcée en nature de l'article 1221 du Code civil. Originellement consumériste²⁵⁷², voire environnementale²⁵⁷³, l'exécution devenue trop onéreuse est effectivement inédite en droit commun des obligations²⁵⁷⁴. Elle caractérise une hypothèse spécifique d'abus de droit ou de manquement au principe de proportionnalité²⁵⁷⁵. « *On peut songer au cas d'une piscine qui aurait quelques centimètres de moins que celui prévu par le contrat de construction : le créancier ne devrait pas dans ce cas pouvoir obtenir la destruction de la piscine et sa reconstruction selon les stipulations contractuelles, mais des dommages et intérêts* »²⁵⁷⁶. Cette limite économique est entourée par deux conditions de mise en œuvre : premièrement, une disproportion manifeste²⁵⁷⁷ entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier et deuxièmement, la bonne foi du débiteur issue de la loi de ratification du 20 avril 2018²⁵⁷⁸. L'intégration du coût excessif à l'article 1221 du Code civil « *vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit* »²⁵⁷⁹. Pour autant, la nouvelle exception au principe de l'exécution forcée en nature liée au coût manifestement disproportionné n'est pas épargnée par certains auteurs qui y regrettent l'apparition d'une atteinte à la force obligatoire du contrat²⁵⁸⁰.

²⁵⁷² V° l'article L. 217-9 du Code de la consommation.

²⁵⁷³ *Supra*, n° 232 (article L. 514-20 du Code de l'environnement).

²⁵⁷⁴ L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op. cit.*, n° 894, p. 330.

²⁵⁷⁵ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019, op. cit.*, n° 547, p. 282.

²⁵⁷⁶ R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 481, p. 401.

²⁵⁷⁷ Cass. civ., 3^{ème}, 21 janvier 2016, *JCP* 2016, 345, n° 6.

²⁵⁷⁸ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016.

²⁵⁷⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO du 11 février 2016, spéc. p. 18 (version électronique authentifiée publiée au JO n° 0035 du 11/02/2016).

²⁵⁸⁰ T. GENICON, « Contre l'introduction du coût manifestement déraisonnable comme exception à l'exécution forcée en nature » in dossier « Réforme du droit des contrats, le débat », *Droit et patrimoine*, octobre 2014, n° 240, p. 63 : « *En introduisant une nouvelle exception à l'exécution forcée en nature, tenant au coût manifestement déraisonnable de la mesure, le projet fait reculer les droits des créanciers contractuels et opère un changement d'orientation notable du droit des contrats, d'autant plus regrettable qu'il est subreptice et nourri d'un économisme mal à propos* » ; V° aussi : L. LEVENEUR, « La réforme du droit des obligations : incidences sur la pratique notariale », *JCP N* 2015. 1236, n°

323. L'exception classique au principe de l'exécution forcée en nature. L'impossibilité est la deuxième exception – classique au principe de l'exécution forcée en nature de l'article 1221 du Code civil qui était déjà autorisée par l'ancien article 1184, alinéa 2 du Code civil. « *C'est au fond une règle de bon sens : à l'impossible nul n'est tenu* »²⁵⁸¹. Non définie par le législateur²⁵⁸², l'impossibilité peut revêtir trois formes.

Tout d'abord, la poursuite de l'exécution forcée en nature de l'obligation peut être impossible matériellement. « *Il en va ainsi chaque fois que la prestation promise ne peut pas être exécutée, indépendamment du bon ou du mauvais vouloir du débiteur, à condition que l'impossibilité qui paralyse l'exécution ne coïncide pas elle-même avec un cas de force majeure* »²⁵⁸³. Par exemple, l'exécution de l'obligation contractuelle est matériellement impossible quand la chose promise a été détruite ou n'est plus commercialisée²⁵⁸⁴, lorsque les meubles d'époque devant être restitués ont été détruits²⁵⁸⁵, etc.

Ensuite, l'impossibilité de poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation est juridique en présence d'un obstacle légal²⁵⁸⁶, administratif²⁵⁸⁷ ou judiciaire²⁵⁸⁸.

Enfin, la poursuite de l'exécution forcée en nature de l'obligation peut être impossible moralement. « *L'impossibilité morale, qui ne manque pas de souplesse, est sans doute celle qui laisse au juge la plus grande marge d'appréciation. Elle se confond traditionnellement avec la règle de l'ancien article 1142 du code civil, selon laquelle les obligations de faire et de ne pas faire – à caractère personnel – se résolvent en dommages et intérêts : s'il apparaît moralement impossible de le forcer à l'exécution en nature de l'obligation, c'est que la prestation dépend des*

24 ; M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *GP*, 30 avril 2015, n° 120, p. 37, spéc. n° 10 ; Ph. CHAUVIRE, « Les dispositions relatives aux effets du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 56-57 ; *Contra* : D. MAINGUY, « Du coût manifestement déraisonnable à un droit d'option » in dossier « Réforme du droit des contrats, le débat », *Droit et patrimoine*, octobre 2014, n° 240, p. 60 : « *De lege ferenda, alors, la nouveauté paraît moins terrifiante. La nouveauté de l'article 129 du projet repose sur la considération par le juge du coût manifestement déraisonnable de l'exécution forcée en nature du contrat. Ce type de considération n'est pas nouveau : l'article 1152, al. 2, du Code civil, la question de l'économie du contrat, l'appréciation du caractère proportionné d'une obligation, la question de l'erreur sur la rentabilité, etc, sont autant de situations dans lesquelles le juge dispose de la faculté d'apprécier la valeur d'une prestation, du fait de la loi ou parce qu'il se l'est reconnue* ».

²⁵⁸¹ Y-M. LAITHIER, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », in Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), « Réforme du droit des contrats et pratique des affaires », Actes du colloque du 8 avril 2015, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 97, spéc. p. 98.

²⁵⁸² P. LEMAY, « L'inexécution du contrat : l'exécution forcée en nature (projet, art. 1221) », in M. LATINA, G. CHANTEPIE (dir.), « Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Analyses et propositions », Dalloz, 2015, p. 76.

²⁵⁸³ V. FORTI, « Exécution forcée en nature », *op. cit.*, n° 63.

²⁵⁸⁴ Cass. com., 5 octobre 1993, Bull. civ. IV, n° 313 ; *RTD com.* 1994. 343, obs. B. BOULOC : impossibilité de livrer un véhicule dont la fabrication a été arrêtée.

²⁵⁸⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 9 décembre 1986, n° 85-15.160, Bull. civ. I, n° 291 ; *JCP* 1987, IV, 60.

²⁵⁸⁶ V. FORTI, « Exécution forcée en nature », *op. cit.*, n° 64.

²⁵⁸⁷ *Ibid.*, n° 65.

²⁵⁸⁸ *Ibid.*, n° 66.

qualités personnelles du débiteur qui ne peuvent pas s'exprimer sous la contrainte »²⁵⁸⁹. Il s'agit de l'exemple de la commande d'une œuvre de l'esprit²⁵⁹⁰. « La ligne de partage est très floue. Il est même quelque peu absurde de prétendre caractériser une obligation par un caractère personnel plus accusé : toute obligation, par définition, est un lien personnel et son exécution porte naturellement atteinte à la liberté du débiteur. Mais l'idée est qu'il ne faut pas aller trop loin dans l'intrusion des âmes, de l'être même du débiteur »²⁵⁹¹.

« Au total, les cas où l'exécution forcée en nature est exclue et où seul l'octroi de dommages et intérêts est susceptible de sanctionner une inexécution demeurent exceptionnels »²⁵⁹².

324. Applicabilité de l'exception classique aux « potentialités ». Bien que les exceptions au principe de l'article 1221 du Code civil soient d'interprétation stricte, notons que la poursuite de l'exécution forcée en nature est de surcroît impossible pour certaines obligations de faire et de ne pas faire.

Pour les obligations de faire telles une obligation de respecter une clause de non-concurrence, la Cour régulatrice²⁵⁹³ accepte l'exécution forcée par équivalent du fait de l'impossible exécution forcée en nature. Or, les associés ont dans le cadre du contrat de société l'obligation d'exercer une concurrence loyale au titre de leur devoir général de loyauté²⁵⁹⁴, ce qui revient à nier le principe de l'exécution forcée en nature pour les « potentialités » qualifiées en obligations de faire.

Pour les obligations de ne pas faire, dont l'inexécution est parfois définitive²⁵⁹⁵, c'est l'exécution forcée par équivalent qui prévaut. « Il est d'emblée assez évident qu'on ne peut contraindre par la force le débiteur d'une obligation de ne pas faire à s'abstenir de tout acte qui contreviendrait à cette obligation, du moins au plan civil »²⁵⁹⁶. « Ainsi, si le débiteur a violé une obligation de non-concurrence, l'exécution forcée n'aurait aucun sens puisque le préjudice est déjà définitivement constitué pour le créancier. Seule la responsabilité contractuelle est alors envisageable »²⁵⁹⁷. Signalons que le dirigeant et les salariés sont débiteurs d'une obligation de non-concurrence à l'aune des devoirs généraux de loyauté provenant du mandat social²⁵⁹⁸ et du contrat

²⁵⁸⁹ *Ibid*, n° 67.

²⁵⁹⁰ CA. Paris., 2 décembre 1897, DP 1898, 2, p. 465, note. PLANIOL ; S. 1900, 2, p. 101, note. WAHL.

²⁵⁹¹ P. LEMAY, « L'inexécution du contrat : l'exécution forcée en nature », *op. cit.*, spéc. p. 77.

²⁵⁹² Ph. SIMLER, « Contrat - Inexécution du contrat - Exécution forcée en nature », *op. cit.*, n° 18.

²⁵⁹³ Par exemple : Cass. com., 3 décembre 1985, Bull. civ. IV, n° 286, p. 244.

²⁵⁹⁴ *Supra*, n° 229, 243.

²⁵⁹⁵ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019, op. cit.*, n° 544, p. 280.

²⁵⁹⁶ Ph. SIMLER, « Contrat - Inexécution du contrat - Exécution forcée en nature », *op. cit.*, n° 58.

²⁵⁹⁷ S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2^{ème} année, Les obligations 2019, op. cit.*, n° 544, p. 280.

²⁵⁹⁸ *Supra*, n° 230, 244.

de travail²⁵⁹⁹, d'où l'exécution forcée par équivalent des « potentialités » qualifiées en obligations de ne pas faire en cas d'impossible exécution forcée en nature.

Qu'il s'agisse d'obligations de faire ou de ne pas faire, dont l'exécution forcée en nature est impossible, il faut revenir au principe initial qui gouvernait les règles de l'exécution forcée avant la récente réforme du droit des obligations. En cas d'impossibilité, la responsabilité contractuelle²⁶⁰⁰ refait surface avec l'exécution forcée par équivalent au sens de l'ancien article 1147 du Code civil. Depuis 2016, l'article 1231-1 du Code civil a remplacé l'ancien article 1147 du Code civil. Cette nouvelle mouture dispose que : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* ».

Finalement, la qualification de certaines « potentialités » en obligations de faire ou de ne pas faire constitue une illustration de la relativité de l'article 1221 du Code civil. En effet, l'exécution forcée en nature de ces « potentialités » paraît impossible. Cette impossibilité traduit en définitive une exception classique de l'article 1221 du Code civil. Plus précisément, les devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté révèlent des obligations de faire et des obligations de ne pas faire insusceptibles d'exécution forcée en nature du fait de leur exécution impossible. On imagine mal comment l'entreprise en difficulté pourrait par exemple contraindre le dirigeant à lui apporter l'activité et la diligence nécessaires en tant que « bon » patron au moyen d'une exécution forcée en nature. C'est pourquoi, le principe de l'article 1221 du Code civil a une faible incidence sur le régime de l'actif immatériel en régime général des obligations. Si les « potentialités » ne peuvent être exécutées/délivrées sur le fondement de l'article 1221 du Code civil, elles peuvent l'être sur le fondement de l'ancien article 1147 du Code civil, c'est-à-dire du nouvel article 1231-1 du Code civil au titre de la responsabilité contractuelle. « *D'un côté, certains partisans d'une conception plus économique du contrat n'attachent pas une importance particulière à l'exécution forcée en nature. Adeptes de l'efficient breach of contract, ils conçoivent que l'attribution de dommages et intérêts est souvent tout aussi satisfaisante et conforme à la force obligatoire du contrat* »²⁶⁰¹. Ainsi, c'est une considération économique qui dirige l'attribution d'un régime à l'actif immatériel qualifié en obligation. Omniprésente dans ce travail, la norme économique permet d'appréhender l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté tant du point de vue de la valorisation que du point de vue de la qualification, et spécialement du régime.

²⁵⁹⁹ *Supra*, n° 231, 244.

²⁶⁰⁰ P. REMY, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997. 323 ; E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.* 1999. 1.

²⁶⁰¹ M. MEKKI, « Fiche pratique : l'exécution forcée en nature, sauf si... », *op. cit.*, p. 16, spéc. n° 2.

325. Transition. Le principe de l'exécution forcée en nature n'est pas absolu en régime général des obligations. Relatif, l'article 1221 du Code civil comporte deux exceptions : une exception nouvelle tenant à la disproportion manifeste et une exception classique relative à l'impossibilité. Or, les « potentialités » identifiées en obligations de faire ou de ne pas faire à partir des devoirs généraux de loyauté entrent dans cette seconde exception. Impossible, l'exécution forcée de ces « potentialités » est détachée de l'article 1221 du Code civil pour être rattachée *in fine* au nouvel article 1231-1 du Code civil.

L'exécution des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations présente de nombreux défauts, d'où le recentrage du régime de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté.

§2. L'exécution des « potentialités » qualifiées en obligations en droit des entreprises en difficulté

326. L'exécution des « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'intuitu economicae ». En droit des entreprises en difficulté, l'exécution est inhérente aux « potentialités » qui ont été qualifiées en « obligations affectées à l'intuitu economicae » des procédures collectives²⁶⁰² à partir de notre exemple tiré du devoir spécial de redressement des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté²⁶⁰³. Pour rappel, il a révélé des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » sur le fondement du bilan d'entreprise qui sont entendues comme des obligations autonomes. Or, cette qualification autonome engendre un régime autonome en droit des entreprises en difficulté. Techniquement, l'exécution de ces « potentialités » est indissociable de la fonction répressive du droit des entreprises en difficulté²⁶⁰⁴ envisagée par les articles L. 650-1 et suivants du Code de commerce au titre du caractère sanctionnateur des procédures collectives²⁶⁰⁵. En effet, l'inexécution ou la mauvaise exécution des « potentialités » susmentionnées par le dirigeant vis-à-vis de l'entreprise en difficulté est sanctionnée par une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Si la délivrance des « potentialités d'actif » participe à la bonne gestion de l'entité, le défaut de délivrance peut être la cause de cette sanction. En quoi, l'absence de délivrance de « potentialités d'actif » par le dirigeant à l'entreprise défaillante est-elle fautive au sens de

²⁶⁰² *Supra*, n° 246 à 253.

²⁶⁰³ *Supra*, n° 229 à 232.

²⁶⁰⁴ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 540, p. 375.

²⁶⁰⁵ Ph. ROUSSEL GALLE, « Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ? », Actes du colloque à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense le 25 novembre 2011 sur le thème « Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? », *RPC*, mai 2012, n° 3, art. 17. V° la récente remise en cause de la dimension sanctionnatrice du droit des entreprises en difficulté par la loi PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019 (articles 768, 5° et 769, 1° du Code de procédure pénale).

l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce ? De même, la délivrance de « potentialités du passif » à l'entreprise en procédure collective engage-t-elle la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant ? Pour répondre à ces interrogations sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, il est primordial d'en préciser la nature d'une part (**A**), les conditions d'autre part (**B**).

A. La nature de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

327. La nature hybride de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. L'action des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce est assurément une sanction civile de droit commun (1). Mais, la persistance de spécificités²⁶⁰⁶ en fait une sanction autonome au droit des entreprises en difficulté (2).

1. L'existence d'une sanction civile de droit commun

328. La genèse des sanctions civiles patrimoniales. Les sanctions²⁶⁰⁷ civiles²⁶⁰⁸ sont plurielles en droit des entreprises en difficulté. « Parmi les sanctions civiles, se distinguent des mesures patrimoniales quand un dirigeant social fait l'objet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif et extra-patrimoniales, lorsque le débiteur est mis en faillite personnelle ou subit une interdiction de gérer une entreprise commerciale, artisanale ou agricole »²⁶⁰⁹. Certaines ont une nature extra-patrimoniale quand elles sanctionnent le dirigeant ou le débiteur dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Il s'agit de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer. D'autres ont *a contrario* une nature patrimoniale²⁶¹⁰. Ces sanctions civiles patrimoniales « visent à faire supporter au dirigeant tout ou partie du passif de l'entreprise lorsqu'il trouve sa cause dans une faute de gestion »²⁶¹¹. En effet, elles permettent de reconstituer le patrimoine de l'entreprise liquidée, à savoir l'insuffisance d'actif en faisant supporter aux dirigeants fautifs les conséquences patrimoniales de leur mauvaise gestion²⁶¹². Introduites par un décret-loi en 1935, les sanctions civiles patrimoniales ont été étendues aux sociétés anonymes le 16 novembre 1940. A

²⁶⁰⁶ S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Thèse, préf. T. AZZI, Fond. Varenne, 2012.

²⁶⁰⁷ C. MASCALA, « Les sanctions en droit des entreprises en difficulté : flux, reflux et incohérences », *GP*, mars 2013, n° 223, p. 80.

²⁶⁰⁸ J-P. LEGROS, « Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté », in Ph. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. 743 s.

²⁶⁰⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1424, p. 934.

²⁶¹⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1668, p. 770.

²⁶¹¹ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 545, p. 376.

²⁶¹² F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 290, p. 290.

l'époque, les sanctions civiles patrimoniales étaient décomposées en deux. Il y avait sous l'empire du droit antérieur une coexistence entre une action en comblement de passif²⁶¹³ et une action en ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire personnelle à l'encontre des dirigeants²⁶¹⁴. Cette deuxième sanction civile patrimoniale a été abrogée par la loi du 26 juillet 2005²⁶¹⁵ pour créer une obligation aux dettes sociales à son tour supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁶¹⁶. « *L'emploi du pluriel est toutefois largement trompeur* »²⁶¹⁷, étant donné que les sanctions civiles patrimoniales sont actuellement réduites à une seule sanction. C'est pour cette raison que l'on parle depuis la réforme de 2008 d'une sanction civile patrimoniale au singulier²⁶¹⁸ : l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. « *Connue sous le nom d'action en comblement de passif ou en paiement de l'insuffisance d'actif, cette action se présente comme une action en responsabilité de nature patrimoniale car elle comporte un aspect sanctionnateur et participe à l'effort de moralisation de la vie des affaires* »²⁶¹⁹. Or, ce réaménagement légal des sanctions civiles patrimoniales exempt de modification par l'ordonnance du 12 mars 2014²⁶²⁰ respecte les attentes de la doctrine²⁶²¹. « *Les deux actions faisaient en effet double emploi* »²⁶²².

329. L'exégèse d'une action en responsabilité civile délictuelle. Sanction civile patrimoniale²⁶²³, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif caractérise surtout l'existence d'une sanction

²⁶¹³ J-P. SORTAIS, « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », in *Le juge et le droit de l'économie : Mélanges en l'honneur de Pierre BEZARD*, LGDJ, 2002, p. 320 et s.

²⁶¹⁴ En pratique, elle portait le nom trompeur d'une action en extension. V° : Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 417, p. 232.

²⁶¹⁵ P. LE CANNU, « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *RPC* 2005, p. 743 ; D. GIBIRLA, « Les responsabilités et les sanctions du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Defrénois* 2006, art. 38412 ; J-P. LEGROS, « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Le sort des membres et dirigeants des personnes morales », *Dr. sociétés*, janvier 2006, n° 1, étude 2, p. 10 ; C. MASCALA, « L'amélioration de la situation du chef d'entreprise », *RPC* 2005-12, p. 371 ; T. MONTERAN, « Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005 », *GP*, 10 septembre 2005, n° 253, p. 37 ; C. REGNAUT-MOUTIER, « Les dirigeants de société », note précitée ; Ph. ROUSSEL. GALLE, « Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP E* 2005, n° 42, 1512 ; G. TEBOUL, « Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique (IV) », *LPA*, 2 novembre 2005, n° 218, p. 7 ; A-F. ZATTARA-GROS, « Les sanctions civiles », *LPA*, 20 mars 2007, n° 57, p. 33.

²⁶¹⁶ A. MARTIN-SERF, « Réforme des procédures collectives – sanctions civiles » in dossier « Réforme des procédures collectives : ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *RPC*, janvier 2009, n° 1, art. 14, p. 99 s, spéc. n° 20 s.

²⁶¹⁷ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 545, p. 376.

²⁶¹⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1437, p. 947.

²⁶¹⁹ A. LIENHARD, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 132.13, p. 592.

²⁶²⁰ J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'évolution des sanctions », *BJE*, mai-juin 2014, n° 3, p. 206.

²⁶²¹ C. MASCALA, « Le dirigeant d'une société en liquidation : faut-il réformer les sanctions ? » in « Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde », Colloque organisé par le Centre de Droit des Affaires de l'Université de Toulouse 1, le Conseil National des Administrateurs et Mandataires Judiciaires et l'Ordre des Avocats de la Cour d'Appel de Toulouse les 17 et 18 janvier 2008 à Toulouse, *RPC*, avril 2008, n° 2, art. 11, p. 123 et s.

²⁶²² M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, op. cit.*, n° 545, p. 376.

²⁶²³ Cass. com., 19 mai 1982, Bull. civ. IV, n° 191.

civile de droit commun. « *L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est une action propre à la procédure collective, mais elle n'en est pas moins une application particulière du droit de la responsabilité* »²⁶²⁴. Elle constitue une action en responsabilité civile délictuelle pour faute de droit commun au sens de l'article 1240 du Code civil²⁶²⁵. « *Il s'agit d'une responsabilité pour faute prouvée qui, quant à la technique utilisée, s'appuie sur le droit commun de la responsabilité civile mais avec des aménagements* »²⁶²⁶. « *L'action en comblement de passif est une action en responsabilité civile. Elle a pour objet d'obliger le dirigeant fautif à réparer le préjudice causé aux créanciers sociaux par sa faute* »²⁶²⁷. « *Il s'agit d'une véritable action en responsabilité civile* »²⁶²⁸. C'est pourquoi, les conditions de l'engagement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif sont celles de toute action en responsabilité civile *nonobstant* quelques nuances²⁶²⁹. En découle alors un principe de non cumul²⁶³⁰ entre l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en droit des entreprises en difficulté et l'action en responsabilité civile délictuelle pour faute en droit des obligations²⁶³¹ ou entre les actions des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce en droit des entreprises en difficulté et L. 225-251 du Code de commerce en droit des sociétés²⁶³².

330. Transition. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif traduit l'existence d'une sanction civile patrimoniale, dont la nature est apparentée à une action en responsabilité civile délictuelle pour faute en vertu de l'article 1240 du Code civil.

Pour autant, l'action des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce est propre au droit des entreprises en difficulté, ce qui permet potentiellement de prendre en compte notre qualification autonome d'obligation sous l'angle de l'exécution.

2. L'existence d'une sanction autonome au droit des entreprises en difficulté

331. L'autonomie du fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif atteste l'existence d'une sanction autonome au droit des entreprises en difficulté. En effet, elle légiférée par le chapitre 1^{er} (« De la

²⁶²⁴ A. LIENHARD, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 132.17, p. 593.

²⁶²⁵ G. VINEY, « Pour ou contre un principe général de responsabilité pour faute ? », in *Le droit privé à la fin du XXème siècle : Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 555 s.

²⁶²⁶ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 686, p. 314.

²⁶²⁷ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 418, p. 233.

²⁶²⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 291, p. 291.

²⁶²⁹ *Infra*, n° 333.

²⁶³⁰ Pour une critique de la règle du non-cumul : F-X. LUCAS, « Responsabilité pour insuffisance d'actif, une étrange indulgence », *BJS*, juin 2015, n° 6, p. 265, éditorial.

²⁶³¹ Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-12.810.

²⁶³² Cass. com., 28 février 1995, *D.* 1995, 390, note F. DERRIDA ; *JCP E* 1995, I, 487, § 15, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.

responsabilité pour insuffisance d'actif») du titre V (« Des responsabilités et des sanctions ») du livre VI (« Des difficultés des entreprises ») du Code de commerce. Fondées sur un cadre singulier en droit des entreprises en difficulté²⁶³³, les « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'intuitu economicae » des procédures collectives peuvent être soumises à ces règles en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution. En effet, la carence du dirigeant dans la délivrance des « potentialités » identifiées en obligations autonomes peut engendrer cette sanction autonome en droit des entreprises en difficulté.

332. L'autonomie du domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. L'action des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce renvoie à une sanction autonome au droit des entreprises en difficulté par rapport à l'action de l'article 1240 du Code civil à raison du domaine matériel et personnel.

D'une part, le déclenchement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif nécessite *ratione materiae* l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire comme l'expose l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif ». En conséquence, l'exécution ou la délivrance des « potentialités » qualifiées en obligations en droit des entreprises en difficulté ne joue que dans une seule procédure collective, ce qui instaure un régime restrictif de l'actif immatériel et du passif immatériel dans cette discipline. Il n'empêche que les « potentialités » de l'entreprise liquidée sont appréhendées par le droit des entreprises en difficulté au stade de la valorisation de l'actif immatériel par le plan²⁶³⁴.

D'autre part, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est exercée *ratione personae* à l'encontre des « dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales et aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée »²⁶³⁵. A l'image de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif s'applique en définitive aux dirigeants de droit et de fait des personnes morales. La notion de dirigeant de droit « recouvre toute personne, rémunérée ou non, qui est régulièrement nommée et investie d'un pouvoir de gestion, même si ce pouvoir ne s'accompagne pas d'un pouvoir de représentation à l'égard des tiers »²⁶³⁶. Il s'agit des organes de direction statutaire, c'est-à-dire

²⁶³³ *Supra*, n° 97 à 121.

²⁶³⁴ *Supra*, n° 188 à 210.

²⁶³⁵ Cf article L. 651-1 du Code de commerce.

²⁶³⁶ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 552, p. 378.

« tous ceux qui sont légalement et statutairement investis d'un pouvoir général de gestion »²⁶³⁷. « La notion de dirigeant de fait permet, quant à elle, d'agir contre toute personne (physique ou morale) qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité de gestion au sein d'une personne morale à la place de ses dirigeants légaux »²⁶³⁸. « Sont dirigeants de fait ceux qui exercent en fait les pouvoirs normalement attribués aux dirigeants de droit »²⁶³⁹. Cette notion²⁶⁴⁰ est d'essence jurisprudentielle²⁶⁴¹. « La jurisprudence a progressivement cerné cette notion de manière très pragmatique en qualifiant ainsi toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité de gestion au sein de la personne morale à la place de ses dirigeants légaux. Elle repose sur des actes de gestion effectués en toute indépendance »²⁶⁴². Sont considérés dirigeants de fait une société-mère²⁶⁴³, un associé²⁶⁴⁴, un directeur salarié²⁶⁴⁵, le frère du dirigeant²⁶⁴⁶. Or, parmi ces illustrations, il a été démontré que l'associé/partie prenante interne à l'entreprise en difficulté est débiteur d'une « obligation affectée à l'intuitu economicae » des procédures collectives à partir du devoir spécial de redressement²⁶⁴⁷. A travers la notion de dirigeant de fait, on peut en conclure que l'exécution ou la délivrance des « potentialités » par l'associé à l'entreprise défaillante est possible *ratione personae* sur le fondement de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Aussi, il est inscrit à l'alinéa 2 que : « Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, le tribunal peut, dans les mêmes conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté ». Conformément à ces textes, on peut légitimement attendre des dirigeants, et notamment de fait ou de l'entrepreneur individuel la délivrance de « potentialités d'actif » à l'entreprise placée en procédure de liquidation judiciaire, telles que la compétence, la bonne gestion, le charisme, l'audace, la notoriété, etc.

²⁶³⁷ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1073, p. 641.

²⁶³⁸ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 553, p. 378.

²⁶³⁹ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1079, p. 644.

²⁶⁴⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficultés », *RPC* 2001, p. 147, spéc. n° 13.

²⁶⁴¹ C. DELATTRE, « L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait », *JCP E* 2007. 1872 ; V° Cass. com., 27 juin 2006, *Revue des sociétés* 2006. 900, note. D. PORACCHIA ; *D.* 2007. pan. 1696, obs. A. BALLOT-LENA.

²⁶⁴² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1433, p. 941-942.

²⁶⁴³ CA. Paris., 7 février 1997, *Bull. Joly* 1997. 480, note. J-J. DAIGRE.

²⁶⁴⁴ Cass. com., 12 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 971.

²⁶⁴⁵ Cass. com., 24 juin 2008, *Droit des sociétés* 2009, comm. 14, obs. J-P. LEGROS.

²⁶⁴⁶ Cass. com., 17 septembre 2002, *RJDA* 2002, n° 1307.

²⁶⁴⁷ *Supra*, n° 229, 248.

333. L'autonomie des conditions de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Il est vrai que les conditions de fond²⁶⁴⁸ du prononcé de la responsabilité pour insuffisance d'actif rappellent celles de la responsabilité subjective de droit commun. « *Ces conditions sont calquées sur celles de l'action en responsabilité civile* »²⁶⁴⁹, d'où l'invitation à la critique²⁶⁵⁰. « *Les conditions de la responsabilité sont celles du droit commun adaptées au marché des entreprises en difficulté* »²⁶⁵¹. Certes, la faute de gestion et le préjudice de l'action en responsabilité en droit des entreprises en difficulté doivent respecter une exigence probatoire qui est équivalente à l'action en responsabilité en droit des obligations. Mais, l'action des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce prend ses distances vis-à-vis de l'action de l'article 1240 du Code civil à propos du lien de causalité. L'établissement d'un lien de causalité entre la faute de gestion et le préjudice n'est pas une condition *sine qua non* d'engagement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, car la contribution de la faute de gestion à la réalisation du préjudice suffit. Sur ce point, l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce conforte l'autonomie de cette action en indiquant qu'« *en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif...* ».

334. L'autonomie des effets de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. L'autonomie de l'action susvisée en droit des entreprises en difficulté s'exprime enfin au regard des effets²⁶⁵² qui divergent du droit commun de la responsabilité civile. Le régime²⁶⁵³ de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est effectivement fixé à l'article L. 651-3 du Code de commerce.

335. Transition. Sanction civile de droit commun, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif reste en réalité une sanction autonome au droit des entreprises en difficulté. Or, l'autonomie de cette action est un atout pour la qualification autonome des « potentialités » en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Autonome, la responsabilité en droit des entreprises en difficulté montre son indépendance vis-à-vis de la responsabilité en droit des obligations quant à son fondement, son domaine, ses conditions, et ses effets.

²⁶⁴⁸ *Infra*, n° 336.

²⁶⁴⁹ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 554, p. 379 ; V° aussi Cass. Com., 16 avril 1991, Bull. civ. IV, n° 144.

²⁶⁵⁰ V° les obs. de F-X. LUCAS, Panorama - Droit des entreprises en difficulté, *D.* 2015, p. 1970 : « *Conforme à la Constitution, cet article L. 651-2 du code de commerce n'en reste pas moins une bizarrerie et, à vrai dire, un texte inutile que l'on gagnerait à rayer du code* ».

²⁶⁵¹ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 690, p. 316.

²⁶⁵² Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 423, p. 236-237.

²⁶⁵³ A. DIESBECQ, « Conditions procédurales de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com, article L. 651-2 : quelques conseils pratiques) », *RPC*, juillet 2012, n° 4, prat. 1.

L'exécution/la délivrance des « potentialités » qualifiées en obligations en droit des entreprises en difficulté est conditionnée.

B. Les conditions de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

336. Exposé du triptyque de conditions. « *Bien que singulière, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est construite sur le modèle de la responsabilité civile de droit commun* »²⁶⁵⁴. L'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est effectivement tributaire des « *trois éléments habituels de la responsabilité (faute, préjudice et lien de causalité), chacun présentant toutefois d'importantes particularités* »²⁶⁵⁵. L'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce impose en ce sens un triptyque de conditions d'engagement de la responsabilité : une faute de gestion, une insuffisance d'actif et la contribution de la faute de gestion à l'insuffisance d'actif.

A la lecture de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce, la faute de gestion²⁶⁵⁶ est la première condition d'engagement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. En l'absence de faute de gestion, l'apparition d'une insuffisance d'actif est insuffisante à caractériser ladite action. Citée par ce texte, la faute de gestion est néanmoins dépourvue de définition légale. Ce constat peut être dupliqué au droit commun de la responsabilité du fait personnel où la notion de faute ne reçoit aucune définition légale²⁶⁵⁷. C'est pourquoi, une analyse notionnelle nous astreint à tracer les contours jurisprudentiels et doctrinaux de la faute de gestion.

Non défini par le Code de commerce, ce « pivot »²⁶⁵⁸ de la responsabilité pour insuffisance d'actif est interprété très largement par la jurisprudence dès lors que l'attitude du dirigeant²⁶⁵⁹ a une incidence sur la gestion de l'entreprise en difficulté. « *Il faut que des irrégularités spécifiques ou*

²⁶⁵⁴ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions », *Rép. com.*, Dalloz, 2020, n° 67.

²⁶⁵⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1696, p. 781.

²⁶⁵⁶ T. FAVARIO, « La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce », *RPC*, mai 2011, n° 3, art. 15, p. 34 s.

²⁶⁵⁷ En effet, le législateur évoque une faute involontaire (délict) à l'article 1240 du Code civil et une faute d'imprudence ou de négligence (quasi-délict) à l'article 1241 du Code civil sans davantage de précision. Cela étant, la faute est définie selon la conception de PLANIOL comme étant la violation d'une obligation préexistante. V° aussi l'article 5 du projet Terré : « *La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence* » ; l'article 1352 du Projet Catala et l'article 1242 du projet de réforme : « *Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ».

²⁶⁵⁸ C. MASCALA, « Le comportement fautif du chef d'entreprise : de la sanction à la réparation ? » in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », Colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 71 s., spéc. p. 77.

²⁶⁵⁹ N. DELATTRE, « Le dirigeant fautif », *op. cit.*, art. 8, p. 85 s

des insuffisances manifestes dans les opérations ou le suivi de la gestion se soient produites. La notion économique d'erreur de gestion ne suffit pas à caractériser la notion juridique de faute de gestion »²⁶⁶⁰. La conception vaste de la faute de gestion fait écho à celle qui est retenue en matière de responsabilité des dirigeants d'une société *in bonis*²⁶⁶¹. En droit des entreprises en difficulté, la caractérisation de la faute de gestion appartient au pouvoir souverain des juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation²⁶⁶².

Outre la jurisprudence, la doctrine perçoit avec pertinence la faute de gestion du dirigeant comme une « *faute finalisée* »²⁶⁶³. « *La faute doit résulter d'une décision engageant la personne morale pour l'avenir* »²⁶⁶⁴. C'est une « *épée de Damoclès au-dessus de sa tête* »²⁶⁶⁵. Pour le doyen ROBLOT, la faute de gestion est une « *faute commise dans l'administration générale de la société, par action ou omission... Quelle qu'en soit la gravité, une faute peut entraîner la responsabilité de son auteur si elle figure parmi les causes qui ont conduit à l'insuffisance d'actif, même si elle n'en est pas la cause unique, voire la cause principale* »²⁶⁶⁶. Selon un ancien garde des Sceaux, la faute de gestion est appréciée par rapport « *à des normes de gestion* »²⁶⁶⁷. « *Aussi, la défaillance d'une société laissant apparaître une insuffisance d'actif justifie que l'on scrute le comportement de ses dirigeants, de façon à engager la responsabilité de ceux dont le comportement apparaîtrait blâmable* »²⁶⁶⁸. Pour ce faire, le juge prend en considération le « *comportement passé du dirigeant par comparaison à ce qu'aurait été le comportement d'un dirigeant normalement compétent et placé dans la même situation* »²⁶⁶⁹. En définitive, il retient diverses fautes de gestion, d'où la présence d'une « *notion protéiforme* »²⁶⁷⁰. De façon générale, les infractions pénales, les cas de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer, l'incurie des dirigeants de droit, la méconnaissance des règles du droit des sociétés, l'incompétence manifeste en matière de gestion constituent des fautes de gestion. « *L'incompétence et l'absence de décision (abstention-passivité), loin d'exonérer le dirigeant ou l'EIRL, peuvent constituer des fautes de gestion* »²⁶⁷¹. « *L'incompétence évidente en*

²⁶⁶⁰ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1496, p. 397.

²⁶⁶¹ S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2002.

²⁶⁶² Position constante de la Cour de cassation : V° notamment Cass. com., 13 novembre 2007, GP, 2008-1, p. 68, note. T. MONTERAN.

²⁶⁶³ T. FAVARIO, « La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce », op. cit., spéc. n° 17, p. 37.

²⁶⁶⁴ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 922.212, p. 3069.

²⁶⁶⁵ M. QUENILLET, « La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif, pratique judiciaire », *JCP E* 1998. 455, spéc. n° 2.

²⁶⁶⁶ Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial, tome 2 : Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, op. cit., n° 3285, p. 1265.

²⁶⁶⁷ JO Sénat 8 juin 1984, p. 1443.

²⁶⁶⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 291, p. 268.

²⁶⁶⁹ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1085, p. 647.

²⁶⁷⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1441, p. 950.

²⁶⁷¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1700, p. 782.

matière de gestion peut être constitutive d'une faute de gestion »²⁶⁷². De façon plus précise, les fautes de gestion sont soit des fautes par action, soit des fautes par omission à l'exclusion d'une « *simple négligence* »²⁶⁷³.

S'agissant des fautes de gestion commises par action, cela peut être, pour illustration, la conclusion d'un contrat se révélant catastrophique pour la société déjà fragile²⁶⁷⁴ ou l'emploi d'une masse salariale trop importante²⁶⁷⁵ ou la poursuite de l'activité de l'entreprise dans l'intérêt des dirigeants ou dans l'intérêt d'une ou plusieurs sociétés du groupe à laquelle elle appartient²⁶⁷⁶.

S'agissant des fautes de gestion accomplies par omission, on peut citer en particulier l'omission de déclarer la cessation des paiements²⁶⁷⁷, la passivité face aux difficultés de l'entreprise²⁶⁷⁸, l'omission de reconstituer les capitaux propres quand elle est requise²⁶⁷⁹, la tenue d'une comptabilité incomplète²⁶⁸⁰, l'abstention de remporter un marché ou de diversifier la clientèle²⁶⁸¹.

Qu'il s'agisse de fautes de gestion par action ou par omission, la preuve de la faute de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce est facilitée par la multiplication des obligations comptables²⁶⁸².

« *Authentique action en responsabilité civile, l'action fondée sur l'article L. 651-2 ne nécessite pas seulement la preuve d'une faute mais également celle d'un préjudice qui en est résulté* »²⁶⁸³. Comme le soulève le législateur à l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce, la liquidation judiciaire d'une personne morale doit faire « *apparaître une insuffisance d'actif* ». Après la faute de gestion, l'insuffisance d'actif est la deuxième condition d'engagement de la responsabilité pour insuffisance d'actif. C'est « *la condition centrale* »²⁶⁸⁴. A l'instar de la faute de gestion, le législateur a omis de définir ce préjudice à l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce. D'après la doctrine, l'insuffisance d'actif renvoie à « *une insuffisance d'actif pour*

²⁶⁷² P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 922.241, p. 3078.

²⁶⁷³ M. MENJUCQ, « La négligence ne peut plus fonder l'action en comblement de passif », *RPC*, janvier 2017, n° 1, repère 1. V° aussi : F-X. LUCAS, « Réforme de l'action en comblement de passif », *BJS*, janvier 2017, n° 1, p. 1. L'article L. 651-2, alinéa 1^{er} in fine du Code de commerce précise depuis la loi Sapin 2 que : « *Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée* ».

²⁶⁷⁴ Cass. com., 7 juin 2005, n° 04-13.262.

²⁶⁷⁵ Cass. com., 28 mars 2000, *Bulletin Joly* 2000, n° 134, note. J-J. DAIGRE.

²⁶⁷⁶ Cass. com., 7 décembre 1999, *RJDA* 2000, n° 458.

²⁶⁷⁷ Cass. com., 8 décembre 1998, n° 96-16.339.

²⁶⁷⁸ Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975.

²⁶⁷⁹ Cass. com., 29 avril 2014, n° 13-11.798.

²⁶⁸⁰ CA. Paris., 25 octobre 2002, *RJDA* 2003, n° 172.

²⁶⁸¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1441, p. 951.

²⁶⁸² *Ibid*, n° 1441, p. 953.

²⁶⁸³ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 294, p. 294.

²⁶⁸⁴ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions », op. cit., n° 68.

couvrir les dettes antérieures ». C'est la différence entre le montant du passif à régler et celui de l'actif à répartir²⁶⁸⁵. Le Professeur PEROCHON estime qu' « *il y a traditionnellement insuffisance d'actif lorsque le passif antérieur externe de l'entreprise est supérieur à l'actif existant au moment où le juge statue* »²⁶⁸⁶. Elle doit être certaine²⁶⁸⁷. *A contrario* des dettes antérieures²⁶⁸⁸, les dettes qui sont nées après le jugement d'ouverture de la procédure collective sont exclues dans l'appréciation de l'existence et du montant de l'insuffisance d'actif²⁶⁸⁹.

Prouver une faute de gestion, une insuffisance d'actif ne suffit pas à condamner le dirigeant en responsabilité pour insuffisance d'actif. Il manque une troisième condition émise par l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « *en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif* ». Cette troisième et dernière condition « *améliore le sort des dirigeants dont le tribunal devra relever à leur encontre la contribution de chacun à la faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif* »²⁶⁹⁰. Contrairement à l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice mentionnée à l'article 1240 du Code civil, le législateur fait ressortir à l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce une simple contribution de la faute de gestion au préjudice d'insuffisance d'actif. C'est « *une conception lâche du lien de causalité* »²⁶⁹¹ qui est choisie, en l'occurrence l'équivalence des conditions : « *le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable, sur le fondement de l'article L. 642-3 du Code de commerce, même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et peut être condamné à supporter en totalité ou partie les dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles* »²⁶⁹². Dans cette optique, « *il ne s'agit pas d'une causalité pure : il n'est pas nécessaire que la faute de gestion soit la cause exclusive du préjudice* »²⁶⁹³. Partant, le demandeur à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif doit prouver en quoi la faute de gestion reprochée au dirigeant ou à l'entrepreneur individuel a contribué à l'insuffisance d'actif pour obtenir réparation sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce²⁶⁹⁴.

²⁶⁸⁵ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 294, p. 294.

²⁶⁸⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1705, p. 784.

²⁶⁸⁷ Cass. com., 15 novembre 2005, *RJDA* 2006, n° 313.

²⁶⁸⁸ Cass. com., 17 septembre 2013, n° 12-21.686 : *JurisData* n° 2013-019856 ; *RPC* mai 2014, comm. 83, note. A. MARTIN-SERF.

²⁶⁸⁹ Cass. com., 28 avril 2008, *RTD com.* 1999. 187, obs. A. LAUDE.

²⁶⁹⁰ T. MONTERAN, « Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, spéc. p. 37.

²⁶⁹¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1708, p. 786.

²⁶⁹² Rappel régulier de la jurisprudence : Cass. com., 11 octobre 2011, n° 10-20.423 ; Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-12.087, *D.* 2005. 1850, obs. A. LIENARD ; *GP*, 4 novembre 2005, p. 59, obs. T. MONTERAN ; *RPC* 2005. 385, obs. A. MARTIN-SERF ; Cass. com., 30 novembre 1993 ; *RPC* 1996. 401, obs. A. MARTIN-SERF ; *BJS* 1994. 410. obs. Ph. PETEL.

²⁶⁹³ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1498, p. 398.

²⁶⁹⁴ Cass. com., 21 juin 2005, jurisprudence précitée.

337. Applicabilité du triptyque de conditions aux « potentialités ». La délivrance des « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives *via* l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce n'est pas automatique. En effet, l'inexécution ou la mauvaise exécution de ces « potentialités » par le dirigeant à l'égard de l'entreprise en difficulté est sanctionnée par une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, sous réserve de l'applicabilité du triptyque de conditions. Partant, le manquement à l'« obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives par le dirigeant dans le cadre de son devoir de redressement vis-à-vis de l'entreprise en difficulté est-il constitutif d'une faute de gestion ? D'un côté, l'absence de délivrance de « potentialités d'actif » par le dirigeant à l'entreprise liquidée est-elle fautive au sens de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce ? La défaillance du dirigeant à remporter un marché, à remplir un carnet de commandes, à donner confiance aux clients et aux fournisseurs, à digitaliser la structure, à motiver les salariés²⁶⁹⁵ constitue-elle une faute de gestion susceptible d'engager sa responsabilité pour insuffisance d'actif ? D'un autre côté, la délivrance de « potentialités du passif » par le dirigeant à l'entreprise liquidée est-elle fautive au sens de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce ? Le non-paiement d'une créance importante, la perte brutale d'un marché, le sureffectif, la tardiveté du développement du commerce en ligne²⁶⁹⁶ par le dirigeant constituent-ils des fautes de gestion susceptibles d'engager sa responsabilité pour insuffisance d'actif ? Plusieurs arguments permettent de retenir la faute de gestion du dirigeant en cas de problème de délivrance des « potentialités » identifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. De la sorte, une action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut abriter ces « potentialités » si et seulement si les deux autres conditions sont remplies : d'une part, l'insuffisance d'actif et d'autre part, la contribution de la faute de gestion au préjudice d'insuffisance d'actif.

L'absence de définition légale de la faute de gestion par l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce est un avantage pour exécuter/délivrer les « potentialités » qualifiées en obligations en droit des entreprises en difficulté. « *Si la faute visée ne se réduit pas aux cas d'infraction pénale, elle ne comprend pas non plus toutes les hypothèses d'échec économique* »²⁶⁹⁷. En cette occurrence, l'interprétation large de la faute de gestion par la jurisprudence contribue à intégrer dans cette notion les éléments constitutifs de l'objet de cette thèse : les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » affectées au redressement.

²⁶⁹⁵ *Supra*, n° 113, 120.

²⁶⁹⁶ *Supra*, n° 113, 120.

²⁶⁹⁷ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1496, p. 397.

En doctrine, la faute de gestion est une notion téléologique qui doit tendre vers une finalité. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est un « *moyen de modifier les comportements des personnes qui gravitent autour de l'entreprise. L'objectif est d'inciter les personnes à adopter une conduite orientée dans le sens de la sauvegarde de l'entreprise* »²⁶⁹⁸. « *Sa finalité première est en effet de réparer le préjudice subi par la personne morale du fait du comportement de ses dirigeants* »²⁶⁹⁹. Or, cette appréhension doctrinale est cohérente avec la qualification autonome des « potentialités » en obligations affectées²⁷⁰⁰ à partir du devoir de redressement par le dirigeant.

Si la faute de gestion provient d'une décision engageant la personne morale pour l'avenir, il faut répéter que la délivrance dans le temps est un critère de valorisation²⁷⁰¹ et de qualification²⁷⁰² de l'actif immatériel et du passif immatériel révélés en droit des entreprises en difficulté par le bilan économique, social et environnemental.

Lorsque le juge examine l'existence ou non de la faute de gestion, il se réfère au comportement du dirigeant par la figure du dirigeant normalement compétent. En effet, l'incompétence en matière de gestion est généralement considérée comme une faute de gestion. Or, le dirigeant est redevable de compétences – techniques/douces – à l'égard de l'entreprise en difficulté dans la délivrance de ses « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives, donc *in fine* des « potentialités d'actif ». En effet, les aptitudes personnelles inhérentes aux *soft skills*²⁷⁰³ telles que le charisme, l'audace, le *leadership* de cette partie prenante interne ont vocation à être utilisées au service du redressement de l'entreprise en procédure collective. A défaut, la non-délivrance de ces actifs immatériels potentiels par le dirigeant à l'entreprise défaillante fait émerger à notre avis une faute de gestion répréhensible par une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Puisque l'emploi d'une masse salariale trop importante est assimilé à une faute de gestion par action, le sureffectif qui a été révélé comme une « potentialité du passif » par le bilan d'entreprise²⁷⁰⁴ peut être considéré comme une faute de gestion par action du dirigeant. Cette observation peut être transposée à d'autres « potentialités du passif » - objets de fautes de gestion par omission du dirigeant. Si l'abstention de remporter un marché traduit une faute de gestion par omission, la perte brutale d'un marché est une « potentialité du passif » fondée sur le bilan en droit

²⁶⁹⁸ D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 685, p. 313.

²⁶⁹⁹ E. MOUIAL BASSILANA, « Entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions », op. cit., n° 20.

²⁷⁰⁰ *Supra*, n° 248.

²⁷⁰¹ *Supra*, n° 41, 90 à 95, 132, 150, 151, 158, 163, 167, 170, 171, 178 à 183.

²⁷⁰² *Supra*, n° 266, 267.

²⁷⁰³ *Supra*, n° 174.

²⁷⁰⁴ *Supra*, n° 113, 120.

des entreprises en difficulté²⁷⁰⁵ qui peut donner lieu à une faute de gestion par omission du dirigeant.

Assurément, la preuve de la faute de gestion est simplifiée par la multiplication des obligations comptables. Allant encore plus loin, on pourrait imaginer que la faute de gestion composée par la non-délivrance des « potentialités d'actif » ou par la délivrance des « potentialités du passif » soit prouvée par l'outil économique en droit des entreprises en difficulté. Celui-ci pourrait permettre de reconstituer *a posteriori* les erreurs de gestion des dirigeants. En plus d'être le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel²⁷⁰⁶, le bilan économique, social et environnemental constituerait un fondement probatoire pour justifier une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Ainsi, tous ces arguments arrivent au même résultat : bâtir un régime de l'actif immatériel et du passif immatériel qualifiés en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives par l'exécution/la délivrance des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté.

338. Conclusion de section. La qualification de certains actifs immatériels en obligations a pour deuxième incidence la soumission des « potentialités » aux règles relatives à l'exécution en régime général des obligations et en droit des entreprises en difficulté.

En régime général des obligations, l'exécution s'applique aux « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire à partir des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. En ce sens, leur exécution est fondée sur le nouvel article 1231-1 du Code civil au lieu du nouvel article 1221 du Code civil. En d'autres termes, il est impossible pour les parties prenantes d'exécuter en nature les « potentialités de l'actif » et les « potentialités de passif » issues des obligations de faire ou de ne pas faire, dont le caractère est extra-financier. Cela signifie donc que ces « potentialités » représentent une exception classique au principe de l'exécution forcée en nature qui irrigue pourtant le régime général des obligations depuis la réforme de 2016. L'exécution des « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire confirme la relativité de l'article 1221 du Code civil et plus généralement du régime général des obligations dans la recherche d'un régime opportun. Si la voie de l'exécution forcée en nature est fermée, la voie de l'exécution forcée par équivalent est en revanche ouverte.

En droit des entreprises en difficulté, l'exécution a trait aux « potentialités d'actif » et aux « potentialités du passif » qui ont été qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives à partir du devoir de redressement du dirigeant. A cette qualification

²⁷⁰⁵ *Supra*, n° 113, 120.

²⁷⁰⁶ *Supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2.

autonome d'obligation correspond un régime autonome en droit des entreprises en difficulté. Il s'agit alors d'analyser l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce en déterminant la nature et les conditions de cette action. Hybride, cette action constitue à la fois une sanction civile de droit commun et une sanction autonome au droit des entreprises en difficulté. Or, ceci permet de sanctionner le manquement du dirigeant à son « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives en ne délivrant pas les « potentialités d'actif » ou en délivrant les « potentialités du passif » à l'entreprise liquidée. La seule réserve étant la satisfaction du triptyque de conditions de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce : une faute de gestion qui contribue à l'insuffisance d'actif de la personne morale débitrice en procédure de liquidation judiciaire.

339. Conclusion du chapitre. Les incidences des qualifications de l'actif immatériel sont tout d'abord examinées au niveau de sa qualification en obligation à la lumière des critères de qualification des droits personnels. Or, la cession et l'exécution sont les deux incidences attribuées à cette qualification.

En tant qu'obligations réifiées selon une conception objective, les « potentialités » sont en premier lieu soumises aux règles relatives à la cession. Cette soumission a pour conséquence la « patrimonialisation » des « potentialités » identifiées en obligations en régime général des obligations et en droit des entreprises en difficulté.

En régime général des obligations, la cession des « potentialités » est possible du fait de leur qualification en obligations de faire ou de ne pas faire à partir des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté. Partant, la cession des « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire implique une confrontation aux opérations sur obligations récemment reconnues dans le Code civil. Il s'agit premièrement de la cession de créance des articles 1321 et suivants du Code civil, deuxièmement de la cession de dette des articles 1327 et suivants du Code civil et troisièmement de la cession de contrat qui est au demeurant codifiée aux articles 1216 et suivants du Code civil. Si la cession des « potentialités » à valeur positive et des « potentialités » à valeur négative est envisagée par ces trois techniques translatives, force est de reconnaître le caractère artificiel du régime de ces « potentialités » réifiées en créances et en dettes en régime général des obligations.

En droit des entreprises en difficulté, la cession bénéficie aux « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives à partir du devoir spécial de redressement des associés, du dirigeant, des salariés. Cette qualification autonome au profit des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » ouvre un régime autonome de cession en droit des entreprises en difficulté. Or, il convient de différencier deux modes de cession qui n'ont pas le même impact sur le régime de l'actif immatériel et du passif immatériel en droit des entreprises en difficulté. La cession séparée des « potentialités » est exclue, tandis que leur cession globale est incluse dans un plan de cession. En cette occurrence, seule la cession totale ou partielle de l'entreprise permet de transférer les « potentialités » indissociables de l'exploitation dans le cadre d'une activité économique ou d'une branche d'activité continuée par un tiers cessionnaire au moyen de la transmission des actifs et des contrats.

En tant qu'obligations contraignantes, les « potentialités » sont en deuxième lieu soumises aux règles relatives à l'exécution. A cet égard, il ne faut pas confondre les qualifications d'obligations,

car les sanctions divergent entre le régime général des obligations et le droit des entreprises en difficulté.

Qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire, les « potentialités » font l'objet d'une exécution en régime général des obligations sur le fondement de l'article 1221 du Code civil. Depuis la réforme de 2016, le principe est effectivement l'exécution forcée en nature de toutes les obligations contractuelles. Ce principe n'est cependant pas absolu. Deux exceptions amoindrissent considérablement la portée du principe de l'exécution forcée en nature : d'une part, l'exception nouvelle de la disproportion et d'autre part, l'exception classique de l'impossibilité. Or, certaines « potentialités » viennent renforcer la relativité de l'article 1221 du Code civil en cas d'impossible exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire. Dans cette hypothèse, l'exécution des « potentialités » identifiées en obligations de faire ou de ne pas faire est réalisée par le nouvel article 1231-1 du Code civil : l'exécution forcée par équivalent.

Qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives, les « potentialités » sont exécutées/délivrées en droit des entreprises en difficulté par une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. En ce cas, l'inexécution ou la mauvaise exécution concerne le manquement du dirigeant à son « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives en ne délivrant pas les « potentialités d'actif » ou en délivrant les « potentialités du passif » à l'entreprise liquidée. Ce régime autonome est étayé par un exposé de la nature et des conditions de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif au sens des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce. Or, la non-délivrance des « potentialités d'actif » ou la délivrance des « potentialités du passif » à l'entreprise défaillante peut constituer une faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant selon l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

Les incidences des qualifications de l'actif immatériel peuvent être réelles conformément à la théorie des biens.

*

* *

CHAPITRE 2

LES INCIDENCES DE LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN BIEN

340. Le régime de l'actif immatériel qualifié en bien. Confrontés aux critères de qualification des droits réels, certains actifs immatériels ont été qualifiés, pour rappel, en biens²⁷⁰⁷ à partir des critères de l'utilité ultérieure²⁷⁰⁸, de l'« appropriabilité »²⁷⁰⁹ et de la double valeur²⁷¹⁰. Pour nous, est bien « toute chose utile ultérieurement, appropriable, dont la valeur est soit positive, soit négative », d'où l'inclusion d'une majorité de « potentialités » à valeur positive et de « potentialités » à valeur négative dans cette catégorie réelle. En particulier, des « potentialités » sont classées soit dans la catégorie classique des meubles par détermination de la loi au sens de l'article 529 du Code civil²⁷¹¹, soit dans la catégorie inédite des « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives²⁷¹². Qualifié en bien incorporel ou en bien immatériel, l'actif immatériel fait l'objet d'un régime réel consubstantiel à sa qualification générale de bien. Le raisonnement ne concerne donc pas les « potentialités » qui ont été précédemment identifiées en obligations²⁷¹³. Nouvelle illustration d'universalité *de jure*²⁷¹⁴, l'objet de cette thèse s'expose ici à deux incidences, l'une dans l'ordre interne, l'autre dans l'ordre externe. « *L'universalité est un outil juridique qui est susceptible d'intéresser deux catégories de personnes : son titulaire mais aussi, et surtout, les tiers, notamment les créanciers* »²⁷¹⁵. Objets de droit²⁷¹⁶, les « potentialités » sont soumises en premier lieu aux règles relatives à la propriété en raison de la reconnaissance en biens « appropriables »²⁷¹⁷ (**section 1**). En second lieu, elles sont soumises aux règles relatives à la saisissabilité départageant les droits patrimoniaux des droits extra-patrimoniaux²⁷¹⁸ (**section 2**).

²⁷⁰⁷ *Supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2.

²⁷⁰⁸ *Supra*, n° 266 à 268.

²⁷⁰⁹ *Supra*, n° 273 à 276.

²⁷¹⁰ *Supra*, n° 279.

²⁷¹¹ *Supra*, n° 282, 283.

²⁷¹² *Supra*, n° 285 à 291.

²⁷¹³ *Supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

²⁷¹⁴ *Supra*, n° 279.

²⁷¹⁵ A-S. FERMANEL DE WINTER, « Universalité de fait et universalité de droit » (première partie), *RJO* 2008/4, p. 409 s., spéc. p. 447.

²⁷¹⁶ *Ibid*, spéc. p. 451.

²⁷¹⁷ *Supra*, n° 273 à 276.

²⁷¹⁸ Les droits patrimoniaux sont saisissables *a contrario* des droits extra-patrimoniaux qui sont insaisissables. Or, les critères de qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté ont été déterminés à partir des droits patrimoniaux : *supra*, n° 215.

Section 1. La soumission des « potentialités » qualifiées en biens aux règles relatives à la propriété

341. Une incidence dans l'ordre interne. La propriété est la première incidence de la qualification des « potentialités » en biens qui intervient dans l'ordre interne, à savoir entre le bien et le titulaire/propriétaire. C'est la plus évidente. « *L'on conçoit que, dans ces conditions, le terme de propriété serve fréquemment de référence pour la détermination du régime applicable à d'autres biens* »²⁷¹⁹. En effet, la propriété constitue tantôt un critère de qualification de l'actif immatériel en bien²⁷²⁰, tantôt un élément d'identification du régime réel de l'actif immatériel. De la sorte, la soumission des « potentialités » qualifiées en biens aux règles relatives à la propriété engendre leur « propriétérisation ». Techniquement, cette incidence réelle traduit un pouvoir juridique *a contrario* d'un pouvoir de fait²⁷²¹ sur les « potentialités » identifiées en biens. En clair, la « propriétérisation » domine la possession²⁷²² de ces « potentialités ». Différenciée selon nos champs d'investigation, la « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en biens doit être approfondie d'abord en droit des biens (§1), puis en droit des entreprises en difficulté (§2).

§1. La « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en biens en droit des biens

342. La « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en biens incorporels. En droit des biens, la « propriétérisation » constitue le régime réel applicable à certaines « potentialités » qui ont été qualifiées en biens incorporels. Plus précisément, c'est la classification des meubles par détermination de la loi au sens de l'article 529 du Code civil qui s'applique à quelques

²⁷¹⁹ A. SERIAUX, « Propriété », *op. cit.*, n° 39.

²⁷²⁰ Sur le critère de l'appropriation : *supra*, n° 270 à 272 ; sur le critère de l'« appropriabilité » : *supra*, n° 273 à 276.

²⁷²¹ P. ORTSCHIEDT, *La possession en droit civil français et allemand*, Thèse, Strasbourg, 1877 ; J. NOIREL, « Le droit civil contemporain et les situations de fait », *RTD civ.* 1959. 456 ; Ch-E. CLAEYS, « La notion de possession. Pour une approche pédagogique nouvelle », in *Mélanges G. DEHOVE*, PUF, 1983, p. 111 s. ; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, Thèse, Paris II, LGDJ, 1990.

²⁷²² Bien que la possession requiert un *corpus*, c'est-à-dire une emprise matérielle sur un bien, on recense un certain nombre de travaux sur la possession immatérielle : V° notamment A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, préf. M. CABRILLAC, Thèse précitée ; « La possession à l'épreuve de l'immatériel », in « La possession : une notion en mutation ? », Colloque organisé par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine à Bordeaux le 13 juin 2013 sous la direction de B. SAINTOURENS, *Droit et patrimoine*, novembre 2013, n° 230, p. 48 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Thèse, préf. L. AYNES, Paris I, LGDJ, 2003 ; P. TAFFOREAU, « Possession et propriété intellectuelle », in J-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN (dir.), « Propriété intellectuelle et droit commun », PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2007, p. 111 et s. Pour autant, la possession est « l'exercice de fait d'un droit » (Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 482, p. 165). La possession « se définit très simplement comme le fait de se comporter comme si l'on était titulaire du droit correspondant. Le concept s'applique, en effet, non seulement au droit de propriété – hypothèse dans laquelle la possession du droit tend à se confondre avec la possession physique de la chose – mais aussi à d'autres droits réels, tels qu'un usufruit ou une servitude » (Ph. SIMLER, *Les biens*, *op. cit.*, n° 34, p. 39) ; « Le concept de possession est ainsi au service de la propriété » ou la possession est « le bastion avancé de la propriété » : (*ibid.*, n° 36, p. 40).

« potentialités de l'actif » : la clientèle et le savoir-faire²⁷²³ notamment. Or, le point de départ de cette première incidence réelle est éclairé par la définition de la propriété. « *Employé seul, désigne la propriété privée – droit individuel de propriété – et la pleine propriété, type le plus achevé de droit réel : droit d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi (article 544 du Code civil)* »²⁷²⁴. A la lecture de cette définition, la notion de propriété est délimitée par deux éléments : l'individualisme (« propriété privée – droit individuel de propriété ») et la plénitude (« la pleine propriété, type le plus achevé de droit réel »). Or, ces deux éléments doivent être transposés aux « potentialités » identifiées en biens incorporels, en vue de leur « propriétérisation » en droit des biens. On examinera donc l'individualisme du droit de propriété d'une part (A), la plénitude du droit de propriété d'autre part (B).

A. L'individualisme du droit de propriété

343. L'approche historique de la propriété. Si l'individualisme du droit de propriété est le fruit de l'histoire²⁷²⁵, retraçons-en une approche historique en prenant en considération trois périodes à l'épreuve des « potentialités » qualifiées en biens incorporels : la période antérieure au Code civil, la période du Code civil, la période postérieure au Code civil²⁷²⁶.

344. L'approche historique de la propriété avant le Code civil²⁷²⁷. Marquée par une forte conception chrétienne, la propriété est née vers 2500 avant Jésus-Christ au moment de l'apparition de terrains découpés en champs individuels. A Rome, la propriété était non pas collective, mais individuelle avec la figure du *pater familias*. Sous l'Ancien droit, la propriété foncière était démembrée en deux droits, en ce sens qu'elle était simultanée²⁷²⁸ sur un même fonds. Il y avait d'un côté le domaine éminent des seigneurs et d'un autre côté le domaine utile des exploitants de la terre. Or, cette modalité collective de propriété a été abandonnée par les révolutionnaires pendant la nuit du 4 août 1789 au profit de la propriété individuelle où primait l'intérêt de l'individu. Inspirée des idées romaines, la propriété révolutionnaire était en principe absolue et exclusive. C'est pourquoi,

²⁷²³ *Supra*, n° 115, 120, 135.

²⁷²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Propriété.

²⁷²⁵ PORTALIS, « Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété (26 nivôse an XII) », in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, coll. des publications du Centre de philosophie du droit, 1988, p. 112-113 : « si nous découvrons le berceau des nations, nous demeurons convaincus qu'il y a des propriétaires depuis qu'il y a des hommes ».

²⁷²⁶ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, p. 223 et s.

²⁷²⁷ *Ibid*, n° 220-224, p. 223-225.

²⁷²⁸ A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1989, n° 1, p. 15 ; D. MELEDO-BRIAND, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », *op. cit.*, p. 467 s.

l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a érigé la propriété en droit de l'homme en la qualifiant de droit naturel et imprescriptible²⁷²⁹. Quant à l'article 17, il la sacralise en « *droit inviolable et sacré* »²⁷³⁰. A la Révolution française, « *la propriété matière, puissance immédiate et totale de l'individu sur l'immeuble hors de tout lien d'obligation succède à la propriété jouissance d'utilité, propriété médiante, tenue de Dieu, de la famille ou bien encore du seigneur, et enserrée dans un lacis d'obligations et de contraintes juridiques ou sociales liées au respect du droit des autres sur le même immeuble* »²⁷³¹.

345. L'approche historique de la propriété au sens du Code civil de 1804²⁷³². Lorsque le doyen RIPERT parlait du Code civil, il se référait au « Code des propriétaires ». Parce que « *le sujet du Code : c'est un propriétaire et la matière du Code : c'est la propriété* »²⁷³³. En effet, le droit de propriété est « *le premier des droits réels principaux dont il constitue l'archétype, l'expression la plus complète* »²⁷³⁴ ou en est « *l'exemple le plus topique* »²⁷³⁵. D'ailleurs, l'emploi du terme « propriété » par le législateur dans le livre II (« Des biens et des différentes modifications de la propriété »)²⁷³⁶ et III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété ») du Code civil de 1804 est symptomatique de son ampleur²⁷³⁷ en droit civil²⁷³⁸. Plus particulièrement, c'est l'article 544 du Code civil²⁷³⁹ qui fonde l'individualisme du droit de propriété. « *A son heure, la formule de l'article 544 exprimait davantage un slogan, célébrant la propriété privée fraîchement délivrée du joug féodal, qu'une norme ayant valeur de règle de droit* »²⁷⁴⁰. En effet, les rédacteurs du Code

²⁷²⁹ Cet article dispose que : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

²⁷³⁰ Cet article dispose que : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

²⁷³¹ A-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens » in *L'évolution contemporaine du droit des biens : Journées Savatier*, PUF, 1991, p. 5.

²⁷³² N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., n° 225-227, p. 225-226.

²⁷³³ Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », op. cit., p. 21.

²⁷³⁴ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019, n° 48, p. 53.

²⁷³⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 160.

²⁷³⁶ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens*, op. cit., n° 81, p. 95 : « *La propriété dont s'occupe le livre II du Code civil est la propriété individuelle que l'article 544 du Code civil définit par l'ensemble des pouvoirs qu'elle donne à son titulaire, sous réserve des restrictions qui peuvent lui être apportées* ».

²⁷³⁷ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006. 445 s.

²⁷³⁸ C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », op. cit., spéc. p. 272 : « *De même appeler un objet bien juridique conditionne par exemple l'application à son égard du livre III du Code civil. Ensuite le qualifier de bien meuble ou immeuble revient à le faire entrer dans deux réseaux différents des relations juridiques* ».

²⁷³⁹ W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* 2017, p. 27 s.

²⁷⁴⁰ Ph. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n° 13, p. 19

napoléonien percevaient la propriété comme un droit au détriment de la fonction²⁷⁴¹. C'est un droit réel « *reconnu à une personne et lui conférant un pouvoir absolu sur un bien. Les rédacteurs du Code civil ont conçu le droit de propriété comme un droit individuel qui apparaît comme un modèle, une référence pour les autres modalités du droit de propriété* »²⁷⁴². Au cours des travaux préparatoires du Code civil, NAPOLEON avait déclaré que : « *[l]a propriété, c'est l'inviolabilité dans la personne de celui qui la possède : moi-même, avec les nombreuses armées qui sont à ma disposition, je ne pourrais m'emparer d'un champ, car violer le droit de propriété d'un seul, c'est le violer dans tous* » (Locré, t. IV, p. 235). L'importance octroyée à la propriété individuelle implique un « *élan protecteur* »²⁷⁴³ de ce droit réel principal qui se vérifie à l'échelle internationale²⁷⁴⁴, européenne²⁷⁴⁵ et nationale²⁷⁴⁶. Ainsi, le droit de propriété est la « *clef de voûte du système des biens* »²⁷⁴⁷. « *Concept clé ou idée phare* »²⁷⁴⁸, la propriété est le « *pilier* »²⁷⁴⁹ du droit des biens.

346. L'approche historique de la propriété depuis le Code civil de 1804²⁷⁵⁰. Au cours du XX^{ème} siècle, la propriété a profondément évolué en allant dans trois directions.

Tout d'abord, le principe révolutionnaire de la propriété individuelle est limité par la renaissance de la propriété collective²⁷⁵¹. Si traditionnellement, c'est le « *modèle de la propriété pure et simple qui constitue la norme de référence* »²⁷⁵² ou le principe est la « *tendance naturelle à l'appropriation individuelle : en quelque sorte, le droit commun de la propriété* »²⁷⁵³ ou « *[l]'appropriation individuelle des choses constitue la norme tant statistiquement que*

²⁷⁴¹ *Contra* : L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^{ème} éd., 1912, spéc. 1920 : la propriété est une fonction sociale.

²⁷⁴² B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens*, op. cit. V° Propriété individuelle.

²⁷⁴³ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., n° 242, p. 238.

²⁷⁴⁴ V° l'article 17-1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948.

²⁷⁴⁵ Le droit de propriété est un droit fondamental de l'homme : V° la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre et l'article 1^{er} de son Protocole additionnel n° 1 ; V° aussi l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000. Ce principe fondamental est confirmé par les juridictions européennes : V° CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, JCP G 1999. II. 10172, note. J. DE MALAFOSSE ; JCP G 1999, I 175, n° 3, obs. H. PERINET-MARQUET ; JCP G 2000. I. 203, n° 28 et 32, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000. 360, obs. T. REVET ; CJCE, 22 octobre 1991, *Georg von Detzen* ; *Rec. CJCE*, 2603.

²⁷⁴⁶ Le droit de propriété a une valeur constitutionnelle fondamentale : Cons. const., 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, JO du 17 janvier, p. 299, *D.* 1983. 169, note. L. HAMON ; Cons. const., 11 février 1982, déc. n° 81-139 DC, JO du 12 février, p. 560. La protection de la propriété privée est assurée par les tribunaux de l'ordre judiciaire : Cass. civ., 1^{ère}, 31 janvier 2018, n° 16-28.508, *JCP G* 2018. 387, obs. G. LEROY et N. REBOUL-MAUPIN. En ce sens, le droit de propriété est un droit fondamental à valeur constitutionnelle : Cass. civ., 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Bull. civ.*, I, n° 4 ; *D.* 1995, Somm. 328, obs. M. GRIMALDI ; *JCP* 1996, I, 3921, n° 1, obs. H. PERINET-MARQUET ; *RTD civ.* 1996. 932, obs. F. ZENATI-CASTAING.

²⁷⁴⁷ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », op. cit., spéc. p. 304.

²⁷⁴⁸ Ch. ATIAS, « Destins du droit de propriété », *Droits, Rev. fr. théorie juridique* 1985, p. 9.

²⁷⁴⁹ J. CARBONNIER, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 345 s.

²⁷⁵⁰ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, op. cit., n° 228-242, p. 228-238.

²⁷⁵¹ *Ibid.*, n° 232-234, p. 229-230.

²⁷⁵² Ph. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n° 149, p. 123.

²⁷⁵³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens*, op. cit., n° 650, p. 227.

conceptuellement : c'est fondamentalement sur le modèle de l'exclusivité qu'est pensée l'appropriation²⁷⁵⁴, le « processus d'individualisation du droit de propriété »²⁷⁵⁵ est contrarié par deux situations dérogatoires, c'est-à-dire par deux modes particuliers d'appropriation²⁷⁵⁶. Techniquement, la propriété est soit « divisée »²⁷⁵⁷, soit « partagée »²⁷⁵⁸. Dans le premier cas, elle est démembrée²⁷⁵⁹ et dans le second cas, elle est collective²⁷⁶⁰.

Ensuite, on constate le développement de la propriété mobilière depuis le Code civil de 1804²⁷⁶¹. Pourtant, le droit des biens est classiquement conçu sur la propriété des immeubles en ignorant la valeur mobilière, d'où l'adage « *res mobilis, res vilis* »²⁷⁶². Il n'empêche qu'une valeur certaine est conférée à de nouveaux biens mobiliers : le fonds de commerce, les valeurs mobilières, les informations. Ceux-ci sont qualifiés soit en biens incorporels pour les deux premiers²⁷⁶³, soit en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives pour les informations/données dans la présente étude²⁷⁶⁴.

Enfin, le développement de la propriété mobilière s'est accompagné de la dématérialisation des biens meubles en raison de la consécration d'une propriété incorporelle, ce qui élargit le domaine de la propriété²⁷⁶⁵ à de nouveaux biens²⁷⁶⁶.

347. L'applicabilité de la conception classique/moderne de la propriété aux « potentialités ».

Par quelle manière les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels sont-elles « propriétaireses » ? La « propriétairesation » est-elle reliée à la conception classique ou à la conception moderne du droit de propriété ? En définitive, la réponse à cette question n'est pas alternative. Le principe traditionnel de la propriété individuelle décrit par l'article 544 du Code civil peut s'appliquer pour illustration à la clientèle ou au savoir-faire caractérisés comme des « potentialités de l'actif »/biens incorporels²⁷⁶⁷.

Cependant, la conception moderne du droit de propriété, consécutive aux changements de visage de la propriété depuis le Code civil, coïncide aussi avec notre objet de recherche pour trois raisons. La

²⁷⁵⁴ W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 153, p. 141.

²⁷⁵⁵ Ph. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 150, p. 125.

²⁷⁵⁶ *Ibid.*, n° 149, p. 123.

²⁷⁵⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 321.

²⁷⁵⁸ Y. STRICKLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 616, p. 373.

²⁷⁵⁹ Il s'agit de l'usufruit, du droit réel de jouissance spéciale et des servitudes.

²⁷⁶⁰ Il s'agit de l'indivision et de la copropriété des immeubles bâtis.

²⁷⁶¹ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 235-237, p. 230-231.

²⁷⁶² *Supra*, n° 264.

²⁷⁶³ *Supra*, n° 282, 283.

²⁷⁶⁴ *Supra*, n° 285 à 291.

²⁷⁶⁵ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 237, p. 231.

²⁷⁶⁶ H. PERINET-MARQUET, « Regard sur les nouveaux biens », *JCP* 2010. 1100, p. 2701 s.

²⁷⁶⁷ C'est la plénitude du droit de propriété : *infra*, n° 349 à 374.

première raison est l'introduction de nouvelles formes de propriété non individuelles dans le Code civil qui ont pour assiette l'immatériel. Il s'agit de l'usufruit de créances, de l'usufruit de propriété intellectuelle, de la propriété commune de l'œuvre de collaboration, de l'usufruit d'universalité telle que le fonds de commerce. Or, la clientèle est, rappelons-le, une « potentialité de l'actif » indissociable du fonds de commerce²⁷⁶⁸, dont la qualification de bien incorporel a été retenue²⁷⁶⁹. Par l'usufruit d'universalité, cet actif immatériel existant peut donc être « propriétérisé » en droit des biens. La deuxième raison qui permet d'appliquer la conception moderne de la propriété aux « potentialités » provient du développement de la propriété mobilière. Or, il a été vu que c'est la classification mobilière de l'article 529 du Code civil qui s'applique spécialement à la clientèle et au savoir-faire identifiés en « potentialités de l'actif »²⁷⁷⁰. La troisième raison tient à l'avènement de la propriété mobilière qui a provoqué la dématérialisation en étendant la propriété à de nouveaux biens – incorporels en droit des biens, voire immatériels en droit des entreprises en difficulté.

348. Transition. La « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en biens incorporels est historiquement individuelle en droit des biens. Aux termes d'une approche historique de la propriété, il s'avère que les « potentialités » réelles reposent sur une conception à la fois classique et moderne de la propriété. Au XXème siècle, la propriété a montré sa capacité d'adaptation face à la montée en puissance de l'immatériel dans la société contemporaine.

La conception classique de la propriété renvoyant à la pleine propriété de l'article 544 du Code civil est au demeurant applicable aux « potentialités » qualifiées en biens incorporels au titre de la « propriétérisation » en droit des biens.

B. La plénitude du droit de propriété

349. La définition de la pleine propriété par l'article 544 du Code civil. La propriété est un droit réel plein et entier selon l'article 544 du Code civil qui la définit comme « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Or, la qualification de certaines « potentialités » en biens incorporels a pour incidence réelle la mise en oeuvre du droit de propriété de l'article 544 du Code civil avec toutes ses modalités que l'on rassemble sous le terme « propriétérisation ».

²⁷⁶⁸ *Supra*, n° 114, 120, 267.

²⁷⁶⁹ *Supra*, n° 282, 283.

²⁷⁷⁰ *Supra*, n° 114, 115, 120, 282, 283.

Conformément à ce texte, la plénitude du droit de propriété procède de l'addition de prérogatives (1) et de caractères (2).

1. Les prérogatives du droit de propriété

350. La trilogie de prérogatives. Le législateur mentionne à l'article 544 du Code civil deux prérogatives du droit de propriété : d'une part, le droit de jouir (*fructus*) et d'autre part, le droit de disposer (*abusus*). Or, le droit de propriété permet au propriétaire de réunir la pleine utilité²⁷⁷¹ sur son bien, c'est-à-dire la *plena in re potestas : usus + fructus + abusus*²⁷⁷². En réalité, l'*usus* est « *virtuellement contenu dans jouir, car il désigne cette sorte de jouissance qui consiste à retirer personnellement ou par sa famille, l'utilité que peut procurer par elle-même une chose non productive ou non exploitée* »²⁷⁷³. Fort heureusement, la proposition d'article 534 de l'avant-projet de réforme du droit des biens rectifie la maladresse rédactionnelle de la loi en définissant la propriété comme une somme de trois prérogatives²⁷⁷⁴. Si les « *prérogatives du propriétaire s'adaptent nécessairement à la nature du bien qui fait l'objet du droit* »²⁷⁷⁵, l'*usus* (a), le *fructus* (b) et l'*abusus* (c) sont adaptés à la nature réelle de certaines « potentialités » qui font l'objet d'une « propriététarisation » en droit des biens.

a. L'*usus*

351. Exposé de l'*usus*. « *Pour autoriser sur un terrain quelconque le droit de premier occupant, il faut qu'on en prenne possession, non par une vaine cérémonie, mais par le travail et la culture, seul signe de propriété qui, à défaut de titre juridique doive être respecté d'autrui* »²⁷⁷⁶. *Jus utendi* en droit romain, l'*usus* correspond au droit d'user de la chose. Cette prérogative du droit de propriété est définie soit positivement, soit négativement. D'un côté, l'*usus* indique que le titulaire du droit de propriété peut se servir de la chose. D'un autre côté, l'*usus* offre au propriétaire le droit de ne pas utiliser la chose. Bien que l'*usus* ait été omis par le législateur dans la lettre de l'article 544 du Code civil, cet attribut du droit de propriété ne doit pas être négligé. Il « *désigne cette sorte*

²⁷⁷¹ D'ailleurs, l'utilité est un des trois critères de définition du bien : *supra*, n° 262 à 268.

²⁷⁷² W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 6, p. 21 : « *D'un verger planté de pommiers, seul le propriétaire pourra légitimement s'y promener (usus), en croquer les pommes (fructus) ou décider de le vendre à autrui (abusus)* ».

²⁷⁷³ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 3, Les biens : monnaie, immeubles, meubles*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 19^{ème} éd., 2000, n° 68, p. 129.

²⁷⁷⁴ Cet article énonce de *lege ferenda* que : « *La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits.*

Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent ».

²⁷⁷⁵ V. BONNET, « La durée de la propriété », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2002-1, p. 273 s., spéc. p. 303.

²⁷⁷⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre I, chap. IX, Garnier-Flammarion, 1966, p. 57.

de jouissance qui consiste à retirer personnellement ou par sa famille, l'utilité que peut procurer par elle-même une chose non productive ou non exploitée »²⁷⁷⁷. Prérogative significative du droit de propriété, l'*usus* conduit dans cette thèse à « propriétaireiser » les « potentialités de l'actif » en droit des biens.

352. Applicabilité de l'*usus* aux « potentialités de l'actif ». Certaines « potentialités de l'actif » classées en meubles par détermination de la loi au sens de l'article 529 du Code civil sont-elles pourvues d'*usus* ? En particulier, l'entreprise en difficulté a-t-elle le droit d'utiliser et le droit de ne pas utiliser la clientèle qui a été qualifiée en bien incorporel en droit des biens ? De même, est-elle titulaire de l'usage du savoir-faire qui est révélé comme une « potentialité de l'actif » dans le bilan en droit des entreprises en difficulté²⁷⁷⁸ et qualifié en bien incorporel en droit des biens ? Théoriquement, l'*usus* ne s'applique pas à ces actifs immatériels en raison du périmètre strictement matériel de cette prérogative, « la plus élémentaire et la plus tangible du droit de propriété »²⁷⁷⁹. « L'usage est un acte concret qui laisse penser que les biens incorporels ou immatériels ne puissent en faire l'objet »²⁷⁸⁰. Si l'*usus* « n'est pas envisageable pour les choses non corporelles comme les valeurs mobilières »²⁷⁸¹ ou si « une part dans une société donnera droit à une partie des bénéfices que celle-ci distribuera mais non à un usage particulier »²⁷⁸², il faut en déduire que le propriétaire de biens incorporels, et pour illustration de la clientèle ou du savoir-faire, ne peut pas en user, ni positivement, ni négativement. Ainsi, la limitation *ratione materiae* de l'*usus* aux seuls biens doués de *corpus* fait ressortir un régime artificiel de l'actif immatériel par la « propriétaireisation » en droit des biens, d'où la légitimité de construire un régime de « propriétaireisation » en droit des entreprises en difficulté.

Néanmoins, l'*usus* s'applique en pratique à l'actif immatériel de façon générale. Il en va ainsi par exemple du contrat de licence²⁷⁸³ de marque en vertu de l'article L. 714-1 du Code de la propriété intellectuelle par lequel le titulaire d'une marque (bien incorporel) autorise le licencié à l'apposer sur ses propres produits pour en faire un usage commercial (*usus*)²⁷⁸⁴. Partant, la marque est un bien

²⁷⁷⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 3, Les biens : monnaie, immeubles, meubles, op. cit.*, n° 68, p. 129.

²⁷⁷⁸ N. BINCTIN, « Savoir-faire », *Rép. com.*, Dalloz, 2020, n° 19 : « La force de travail appartient à celui qui la développe ; le savoir-faire est le fruit de la force de travail, elle appartient à son émetteur ».

²⁷⁷⁹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 83, p. 97.

²⁷⁸⁰ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 246, p. 240.

²⁷⁸¹ S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 76, p. 70.

²⁷⁸² *Ibid.*

²⁷⁸³ Sur cette notion, V° : A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Thèse, pref. M. VIVANT, LGDJ, 2008.

²⁷⁸⁴ La notion de contrat de licence peut être élargie aux autres droits de propriété intellectuelle. En effet, l'objet de ce contrat peut être le brevet (article L. 613-8 du Code de la propriété intellectuelle), les dessins/modèles (article L. 513-2

incorporel à l'instar de la clientèle et du savoir-faire comprenant l'*usus*, ce qui revient à « propriétériser » les « potentialités » qualifiées en biens incorporels en droit des biens.

353. Transition. L'*usus* est la première prérogative du droit de propriété qui peut s'appliquer à certaines « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels, notamment la clientèle et le savoir-faire. De prime abord, le droit d'user conserve une dimension matérielle qui est incompatible avec ces « potentialités de l'actif ». En réalité, la pratique est toute autre. Il y a des exemples qui ont vocation à « propriétériser » ces actifs immatériels en droit des biens à partir de l'*usus*.

L'*usus* n'est pas le seul pouvoir du propriétaire qui alimente ce régime de « propriétérisation ».

b. Le *fructus*

354. Exposé du *fructus*. Le *jus fruendi* en droit romain constitue la première prérogative du droit de propriété qui est placée en tête dans la définition légale de la propriété à l'article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir... ». « La jouissance est le mode maximal d'utilisation d'une chose ; elle absorbe l'*usus* et se résorbe dans le *fructus* »²⁷⁸⁵ ou « le droit de jouir emporte celui d'user de la chose dont on est propriétaire »²⁷⁸⁶. Comme l'*usus*, la définition du *fructus* possède une facette négative, dans la mesure où le propriétaire a le droit de ne pas recueillir les fruits de la chose ou de ne pas faire des actes matériels ou juridiques lui permettant de percevoir certains fruits²⁷⁸⁷. Mais surtout, le droit de jouir comprend positivement la perception des fruits naturels, civils, et industriels²⁷⁸⁸ de la chose et l'exploitation de la chose à travers le droit de l'exploiter. Ce qui pose la question ô combien retentissante de l'image d'un bien²⁷⁸⁹. Or, c'est la facette positive de la définition du *fructus* qui parvient à la « propriétérisation » des « potentialités de l'actif » en droit des biens.

355. Applicabilité du *fructus* aux « potentialités de l'actif ». La « propriétérisation » de certains actifs immatériels en droit des biens s'explique par l'applicabilité de la double facette positive du *fructus* à des « potentialités de l'actif » comme la clientèle et le savoir-faire.

du Code de la propriété intellectuelle), le droit d'auteur (A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, Thèse, LexisNexis, 2013).

²⁷⁸⁵ A. SERIAUX, « Propriété », *op. cit.*, n° 58.

²⁷⁸⁶ *Ibid.*, n° 59.

²⁷⁸⁷ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 249, p. 241.

²⁷⁸⁸ Cf article 582 du Code civil.

²⁷⁸⁹ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Thèse, préf. J-M. BRUGUIERE, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 05/2008, t. 33.

Défini positivement comme la perception des fruits, le *fructus* est applicable aux « potentialités de l'actif » susvisées. En effet, il est indéniable que celles-ci, notamment la clientèle et le savoir-faire génèrent des revenus. « *Les actifs de l'entreprise peuvent ainsi désigner les actifs matériels comme les immeubles, les stocks tous autres biens corporels, mais aussi les actifs immatériels tels que le fonds de commerce, les créances, mais aussi les marques et brevets, dessins et modèles, licences, droits de propriété littéraire et artistique, bases de données, fichiers (clients), savoir-faire... tous éléments qui sont précisément générateurs de revenus dans l'activité de distribution* »²⁷⁹⁰. La clientèle est assimilée à un bien incorporel au sens de l'article 529 du Code civil, dont la jouissance par l'entreprise en procédure collective procure des revenus, donc *in fine* un *fructus*. Dans le commerce juridique, la clientèle est objet d'opérations²⁷⁹¹ entraînant une monétarisation. Cette « potentialité de l'actif » est effectivement cessible²⁷⁹², transmissible indirectement *via* la cession de parts de société ou l'apport en société²⁷⁹³. Quand elle est appropriée de façon illicite, une action en concurrence déloyale est engagée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil²⁷⁹⁴. D'où la « propriétérisation » de cette « potentialité de l'actif » qualifiée en bien incorporel en droit des biens à partir du *fructus*. « *Le savoir-faire étant un bien intellectuel, il fait l'objet de prérogatives patrimoniales sous certaines conditions* »²⁷⁹⁵. Bien incorporel selon nous, le savoir-faire est investi du *fructus* de l'article 544 du Code civil. « *La patrimonialité du savoir-faire est certaine et le transfert des droits de son titulaire ou sa mise à jouissance par contrat est une réalité quotidienne* »²⁷⁹⁶. « *En tant qu'élément de l'actif de l'entreprise, le savoir-faire peut être l'objet de contrats à titre onéreux* »²⁷⁹⁷. A l'instar de la clientèle, le savoir-faire est objet d'opérations – licites²⁷⁹⁸ dues à son importance économique²⁷⁹⁹ qui sont à l'origine d'une contrepartie, d'une rémunération ou d'une redevance, c'est-à-dire d'un *fructus*. Cette « potentialité

²⁷⁹⁰ D. BRIAND, « Cessions et réseaux de distribution, *op. cit.*, spéc. n° 2.

²⁷⁹¹ H. BARBIER, J. HEINICH, « Clientèle », *op. cit.*, n° 24 et s.

²⁷⁹² Dans un arrêt du 29 Thermidor An IX du 16 août 1801, le tribunal d'appel de Paris avait déjà considéré que l'opération de « cession d'une boutique » ne visait pas seulement une propriété physique, c'est-à-dire corporelle. En effet, ce procédé portait également sur un élément immatériel lié à la « possession de la confiance du public » : Trib. d'appel de Paris, 29 Thermidor An IX, Dalloz Sirey, 1^{er} vol. an XII, 2^{ème} partie, p. 36. Mais surtout, c'est un arrêt du 7 novembre 2000 qui met un terme au principe séculaire de non-commercialité en adoptant la cessibilité de la clientèle civile : Cass. civ., 1^{ère}, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, Bull. civ, I, 283, jurisprudence précitée.

²⁷⁹³ S'il existe l'apport de fonds de commerce (V° notamment M. THIOYE, « L'apport d'un fonds de commerce », *Journal des sociétés*, septembre 2013, n° 11, p. 16), la clientèle peut aussi faire l'objet d'un apport en société, d'autant plus qu'elle est cessible depuis la jurisprudence précitée du 7 novembre 2000.

²⁷⁹⁴ *Infra*, n° 369.

²⁷⁹⁵ N. BINCTIN, « Savoir-faire », *op. cit.*, n° 17.

²⁷⁹⁶ *Ibid*, n° 20.

²⁷⁹⁷ *Ibid*, n° 44.

²⁷⁹⁸ Cass. com., 13 juillet 1966, *JCP* 1967 III, n° 15131 note. P. DURAND.

²⁷⁹⁹ F. PANEL, « Les conditions d'une balance favorable des échanges de matière grise au niveau de l'entreprise », in « Propriété industrielle et marché commun », Colloque Lyon 1965, éd. Dunod, 1966 ; A. CHAVANNE, « Le contrat de Know-How », Tout Lyon, Moniteur judiciaire, 11 janvier 1968.

de l'actif » peut être « contractualisée » par deux opérations : d'une part, un contrat de cession, et d'autre part, un contrat de licence.

Défini positivement comme l'exploitation de la chose, le *fructus* est derechef applicable aux « potentialités de l'actif » référencées plus haut en biens incorporels. « *Force est de constater que la jouissance de l'article 544 s'applique incontestablement aux meubles incorporels, dont une des finalités principales réside dans l'exploitation* »²⁸⁰⁰. Si le *fructus* caractérise l'exploitation de la chose, réaffirmons que l'exploitation est non seulement un critère de valorisation²⁸⁰¹, mais aussi et surtout un critère de qualification²⁸⁰² de l'actif immatériel au regard des droits patrimoniaux. « *Dès lors, la valeur qu'il peut en être retiré impose une exploitation d'autant plus nécessaire qu'il s'agira, pour envisager sa cession, de la conserver* »²⁸⁰³. D'après Pierre CATALA, les biens incorporels ont « *besoin de cette activité pour subsister tout autant que pour naître* »²⁸⁰⁴. « *Le fonds est ainsi comme le sillage d'un navire ; il n'existe que lorsque celui-ci est en mouvement* »²⁸⁰⁵. Rattachée au fonds de commerce, la clientèle est une illustration de « potentialité de l'actif » qui prouve que la jouissance de l'actif immatériel existant qualifié en bien incorporel requiert une exploitation. Cette observation est également valable pour le savoir-faire, dont la jouissance est inhérente à son exploitation²⁸⁰⁶.

356. Transition. Contrairement à l'*usus*, le *fructus* est clairement énoncé à l'article 544 du Code civil parmi les prérogatives du droit de propriété. Défini positivement comme le droit de jouir de la chose et négativement comme le droit de ne pas jouir de la chose, le *fructus* peut s'appliquer aux « potentialités » qualifiées en biens incorporels en droit des biens. Or, c'est la définition positive du *fructus* qui permet de « propriétériser » en particulier certaines « potentialités de l'actif », dont font partie la clientèle et le savoir-faire.

« *Les mots jouir, jouissance peuvent être réputés synonymes des mots disposer, disposition* »²⁸⁰⁷.

²⁸⁰⁰ C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162, spéc. § 8.

²⁸⁰¹ *Supra*, n° 171, 179, 185, 189, 195 à 197, 199, 201, 204, 205.

²⁸⁰² *Supra*, n° 246 à 253 ; 285 à 291.

²⁸⁰³ N. MARTIAL-BRAZ, « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *op. cit.*, spéc. n° 4.

²⁸⁰⁴ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *op. cit.*, spéc. p. 203, n° 22.

²⁸⁰⁵ D. CHILSTEIN, « Le fonds de commerce », *op. cit.*, spéc. p. 315.

²⁸⁰⁶ En ce sens, le savoir-faire est exploité *via* un contrat d'exploitation de savoir-faire.

²⁸⁰⁷ CA. Paris., 30 août 1853, DP 1854. 2. 111.

c. L'abusus

357. Exposé de l'abusus. Le *jus abutendi* en droit romain constitue la deuxième prérogative du droit de propriété venant après le *fructus* dans la définition légale de la propriété à l'article 544 du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses* ». Ce pouvoir du propriétaire est « *le plus significatif, le plus fondamental* »²⁸⁰⁸, puisqu'il va de concert avec le caractère absolu du droit de propriété²⁸⁰⁹. « *Cette dernière prérogative, parce qu'elle démontre le caractère absolu du pouvoir sur les biens, est la plus valorisée* »²⁸¹⁰. L'importance de l'abusus en tant qu'attribut du droit de propriété existe depuis la Révolution française de 1789. Au XVIIIème siècle, MIRABEAU avait dit que : « *[l]a propriété ne s'entend que de celui qui peut aliéner le fond* »²⁸¹¹. Cette conception révolutionnaire de la propriété n'est pas balayée par le droit positif ; bien au contraire. « *Un droit de propriété sans droit de disposition paraît inconcevable* »²⁸¹². « *Le droit du propriétaire de disposer de sa chose, l'abusus, attribut spécifique du droit de propriété, constitue l'expression la plus complète de son pouvoir* »²⁸¹³. En ce sens, le Conseil constitutionnel²⁸¹⁴ a admis que le « *droit de disposer librement de son patrimoine* » est « *un attribut essentiel du droit de propriété* ». Cette solution a deux conséquences. Premièrement, le droit de propriété ne peut être privé définitivement d'abusus. « *La pleine aliénabilité, cessibilité, transmissibilité du bien est un attribut capital de la propriété. Il peut sans doute exister des propriétés inaliénables, mais cette inaliénabilité n'est jamais entière, ni perpétuelle* »²⁸¹⁵. Deuxièmement, l'idée d'un droit de propriété sans *usus* ou sans *fructus* est concevable, sous réserve de la survivance de l'abusus²⁸¹⁶. Ce pouvoir réel tiré du droit de propriété englobe positivement le droit de disposer – matériellement ou juridiquement – de la chose et négativement le droit de ne pas disposer de la chose. A ce titre, il s'agit du « *droit de conserver ses biens, de ne pas les céder à d'autres, même contre de l'argent* »²⁸¹⁷. Dans une dimension positive, l'abusus est synonyme d'aliénabilité, de cessibilité, de transmissibilité. « *La pleine aliénabilité, cessibilité, transmissibilité du bien est un attribut capital*

²⁸⁰⁸ Ph. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 25, p. 30.

²⁸⁰⁹ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Abusus.

²⁸¹⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 283.

²⁸¹¹ V° le « Discours sur la suppression ou le rachat des dîmes », 10 août 1789, in *Orateurs de la Révolution française*, I, p. 660.

²⁸¹² Ph. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 25, p. 30.

²⁸¹³ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 87, p. 102.

²⁸¹⁴ Cons. const., déc. n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *RTDC* 1998, p. 799, obs. N. MOLFESSIS ; *D.* 1999, p. 270, note. W. SABATE ; *RTD civ.* 1999, p. 132, obs. F. ZENATTI.

²⁸¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 3, Les biens – Monnaie, immeubles, meubles, op. cit.*, n° 68, p. 129.

²⁸¹⁶ S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 79, p. 73.

²⁸¹⁷ A. SERIAUX, « Propriété », *op. cit.*, n° 91.

de la propriété »²⁸¹⁸. Or, cette perspective de circulation a déjà été soulignée, non seulement en matière de valorisation de l'actif immatériel²⁸¹⁹, mais aussi et surtout en matière de qualification de l'actif immatériel²⁸²⁰. Par contre, il convient ici de procéder à une analogie entre la disposition juridique²⁸²¹ et les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels au titre de la « propriété » en droit des biens.

358. Applicabilité de l'*abusus* aux « potentialités de l'actif ». C'est la possibilité de réaliser des actes juridiques d'aliénation qui tend à la « propriété » des « potentialités » qualifiées en biens incorporels en droit des biens. Autrement dit, cette définition juridique de l'*abusus* permet d'appliquer cette prérogative du droit de propriété à une partie des « potentialités de l'actif ». Aliénées, ces « potentialités de l'actif » sont « propriété » en droit des biens. « *Disposer, c'est aliéner* »²⁸²². « *Ainsi, l'obligation de présentation, ou encore celle d'enseigner un certain savoir-faire éventuellement assorties d'obligation de non-concurrence ou d'exclusivité, donneraient une réalité objective à la clientèle et au savoir-faire, qui représentent pour leur titulaire une valeur importante, en faisant d'eux l'objet d'une véritable aliénation* »²⁸²³. Or, l'aliénation de ces deux « potentialités de l'actif » qui ont été qualifiées en biens incorporels emporte la « propriété » en droit des biens à partir de l'*abusus*. Dans la mesure où il existe des prérogatives de disposition sur la clientèle²⁸²⁴, ce bien incorporel est un objet de propriété d'après la jurisprudence européenne²⁸²⁵. « *Il en est de même pour le pouvoir de disposer : les différents biens immatériels du Code de la propriété intellectuelle sont tous susceptibles d'être cédés* »²⁸²⁶.

359. Transition. Après le *fructus*, l'article 544 du Code civil inclut l'*abusus* dans les prérogatives du droit de propriété. Envisagé surtout comme le droit de disposer de la chose, l'*abusus* peut s'appliquer à deux « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels au titre de la « propriété » en droit des biens. Plus précisément, c'est l'aliénation juridique qui permet d'assortir la clientèle et le savoir-faire d'*abusus*.

²⁸¹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 3, Les biens – Monnaie, immeubles, meubles, op. cit.*, n° 68, p. 129.

²⁸¹⁹ A travers le plan de cession : *supra*, n° 207 à 209 ; 312, 313.

²⁸²⁰ A travers la cession des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations : *supra*, n° 298 à 307 et en droit des entreprises en difficulté : *supra*, n° 308 à 313.

²⁸²¹ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, Thèse, dactyl. Nancy, 1969.

²⁸²² A. SERIAUX, « Propriété », *op. cit.*, n° 82.

²⁸²³ P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, n° 555, p. 180.

²⁸²⁴ *Ibid.*, n° 358, p. 107.

²⁸²⁵ CEDH. Marckx, 13 juin 1979, n° 63, cité par J. DUFFAR, « La protection des droits économiques par la CEDH », *GP* 1995, doct. 1105.

²⁸²⁶ C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, spéc n° 8.

La qualification des « potentialités » en biens incorporels a pour incidence l'applicabilité des autres aspects de « propriété » de l'article 544 du Code civil.

2. Les caractères du droit de propriété

360. La trilogie de caractères. La qualification des « potentialités » en biens incorporels en droit des biens engendre un droit de propriété plein et entier au sens de l'article 544 du Code civil qui se traduit par plusieurs caractères réels. En ce sens, le droit de propriété ne présente pas seulement un caractère absolu. La formule légale de l'article 544 du Code civil est par conséquent incomplète du point de vue des caractères du droit de propriété. Parallèlement au droit positif, la proposition d'article 534 de l'avant-projet de réforme du droit des biens²⁸²⁷ recense de façon exhaustive les caractères du droit de propriété. En réalité, l'absolutisme du droit de propriété envelopperait deux autres caractères²⁸²⁸. « *Le propriétaire a été conçu à l'image du roi soleil. Monarque absolu, son pouvoir n'est partagé avec personne (exclusivité), lui confère une puissance à priori illimitée sur son bien (totalité) et n'est affecté d'aucun terme qui viendrait le frapper d'extinction (perpétuité)* »²⁸²⁹. Dès lors, la qualification des « potentialités » en biens incorporels permet au propriétaire d'avoir sur ces dernières une maîtrise juridique pleine et entière à travers un caractère absolu (a), exclusif (b) et perpétuel (c).

a. L'absolutisme du droit de propriété

361. Exposé de l'absolutisme du droit de propriété. A la lumière de l'article 544 du Code civil, le droit de propriété revêt non pas un caractère fondamental, mais un caractère absolu. En définitive, ces deux caractères ne doivent pas être confondus : « *l'affirmation du caractère fondamental du droit de propriété ne signifiait pas qu'il fût absolu – dans aucun sens de ce terme – mais, de façon bien différente, que ce droit a, dans la société politique, un rôle constitutif : il est au fondement de la société* »²⁸³⁰. Partant, le premier caractère du droit de propriété prévu explicitement à l'article 544 du Code civil reçoit une définition à la fois historique, philosophique et juridique.

La reconnaissance de l'absolutisme du droit de propriété est tout d'abord historique. « *Mais il importe de discerner cet absolu à travers la signification que notre histoire a donnée à la propriété*

²⁸²⁷ Cet article prévoit que : « *La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits.*

Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent ».

²⁸²⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 3, Les biens – Monnaie, immeubles, meubles, op. cit.*, n° 68, p. 129.

²⁸²⁹ W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 41, p. 48.

²⁸³⁰ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, Thèse, LGDJ, 1997, n° 61, p. 51.

privée »²⁸³¹. En employant le superlatif « la plus », voire un pléonasme pour certains²⁸³² à l'article 544 du Code civil, le législateur de 1804 a entériné la « grande force »²⁸³³ du principe de la propriété individuelle à partir du caractère absolu. Compte tenu de cette supériorité, « le propriétaire peut en principe tout faire »²⁸³⁴. En 1789, l'abandon de la distinction féodale entre le domaine éminent et le domaine utile²⁸³⁵ a fait naître une propriété souveraine, c'est-à-dire un droit absolu²⁸³⁶. C'est dans ce cadre souverain et absolu que Charles DEMOLOMBE a défini la propriété. « Le mot propriété, dans son acception la plus générale, exprime le pouvoir souverain et absolu qui appartient à une personne sur un bien quelconque, corporel et incorporel, et qui le lui rend propre »²⁸³⁷. A l'époque libérale bourgeoise du XIX^{ème} siècle, la propriété privée était caractérisée par un droit souverain et illimité sous l'influence du droit naturel²⁸³⁸. Aucune restriction de la part des particuliers ou de l'Etat ne devait assombrir l'exercice du droit de propriété par le propriétaire, lequel était donc discrétionnaire²⁸³⁹.

Ensuite, le premier caractère du droit de propriété a une résonance philosophique. C'est « le caractère de ce qui n'a rien de contingent, ni de relatif »²⁸⁴⁰.

Juridiquement, le caractère absolu du droit de propriété a enfin deux sens en droit positif. D'une part, ce premier caractère du droit de propriété est synonyme de « propriété-matière ne nécessitant pas le passage par un droit attribué par l'Etat »²⁸⁴¹. D'autre part, il représente un « lien de puissance totale de l'homme propriétaire à l'égard de la matière de sa chose, lien assis sur une emprise physique »²⁸⁴². C'est pour cela que le doyen ROUBIER a écrit que : « la notion du droit de propriété sur les choses corporelles, mobilières ou immobilières, peut être considérée comme la forme la plus complète du droit subjectif »²⁸⁴³. « Le droit de propriété a été ainsi conçu comme l'expression la plus complète des droits subjectifs »²⁸⁴⁴ ou le droit de propriété est le « droit

²⁸³¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op, cit.*, n° 143, p. 148.

²⁸³² B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op, cit.*, V° Absolutisme du droit de propriété : « l'absolu ne peut avoir de degrés sinon ce n'est plus l'absolu ».

²⁸³³ S. SCHILLER, *Droit des biens, op, cit.*, n° 89, p. 81.

²⁸³⁴ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op, cit.*, n° 97, p. 112.

²⁸³⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op, cit.*, n° 143, p. 148.

²⁸³⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens, op, cit.*, n° 455, p. 157.

²⁸³⁷ Cité par G. MEMETEAU, *Droit des biens, Paradigme*, 12^{ème} éd., 2020, n° 89, p. 87.

²⁸³⁸ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op, cit.*, n° 96, p. 112.

²⁸³⁹ *Ibid*, n° 97, p. 112.

²⁸⁴⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op, cit.*, n° 143, p. 148.

²⁸⁴¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op, cit.*, p. 285.

²⁸⁴² *Ibid*, p. 286.

²⁸⁴³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, p. 29.

²⁸⁴⁴ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op, cit.*, n° 97, p. 112.

subjectif par excellence »²⁸⁴⁵. Fort de cette suprématie, d'aucuns ont soutenu que le droit de propriété exprime le droit commun tout au plus des droits subjectifs et tout au moins des droits patrimoniaux²⁸⁴⁶. D'autres sont allés encore plus loin en arguant que le droit privé est intégralement construit sur le droit de propriété²⁸⁴⁷. L'absolutisme est de plus la conséquence des trois prérogatives du droit de propriété. C'est parce que le droit de propriété accorde au propriétaire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* sur la chose qu'il est qualifié d'absolu²⁸⁴⁸. Cela signifie donc que le propriétaire peut retirer toutes les utilités de la chose, étant donné qu'il peut l'utiliser à sa guise, la donner, l'échanger, la vendre²⁸⁴⁹ et la donner en garantie. Or, c'est dans ce sillage juridique de l'absolutisme du droit de propriété que s'inscrivent notamment deux « potentialités de l'actif » au titre de la « propriétérisation » en droit des biens, dont la qualification en biens incorporels a été validée.

362. Applicabilité de l'absolutisme du droit de propriété aux « potentialités de l'actif ».

L'exercice de la trilogie de prérogatives du droit de propriété par l'entreprise en difficulté emporte juridiquement l'applicabilité de l'absolutisme aux deux « potentialités de l'actif » qui ont été qualifiées en biens incorporels. En d'autres termes, ce caractère est imprimé à la clientèle et au savoir-faire après avoir identifié l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Le caractère absolu du droit de propriété est au demeurant devenu relatif en droit des biens. En effet, la définition de la propriété à l'article 544 du Code civil contient une restriction à l'absolutisme du droit de propriété : « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Seuls le législateur et le pouvoir réglementaire ont le pouvoir de restreindre le droit de propriété en dehors de toute autorité²⁸⁵⁰. Le pouvoir réglementaire intervient pour maintenir l'ordre public²⁸⁵¹. Quant au législateur, il est compétent pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels sur le fondement de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Partant, le qualificatif d'absolu « *n'a qu'une portée, si l'on ose dire, relative* »²⁸⁵². En bref, « *absolu ne veut pas dire illimité* »²⁸⁵³. C'est pourquoi, le droit de propriété n'a désormais qu'un « caractère

²⁸⁴⁵ *Ibid.*

²⁸⁴⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 143, p. 148.

²⁸⁴⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 80.

²⁸⁴⁸ S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 89, p. 81.

²⁸⁴⁹ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Absolutisme du droit de propriété.

²⁸⁵⁰ Cass. crim., 3 décembre 1904, *DP* 1905, I, 290 ; CE. 3 février 1905, *DP* 1906, 3, 85.

²⁸⁵¹ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 98, p. 114.

²⁸⁵² Ph. SIMLER, *Les biens, op. cit.*, n° 28, p. 32.

²⁸⁵³ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 262, p. 247.

absolu... relatif »²⁸⁵⁴. « *On insiste plus souvent, aujourd'hui, sur le caractère relatif du droit de propriété que sur son absolutisme* »²⁸⁵⁵. « *L'absolutisme, que peut prôner une idéologie, n'est qu'un leurre en droit positif et ne s'y est jamais accompli* »²⁸⁵⁶. Les altérations à l'absolutisme du droit de propriété sont grandissantes en droit des biens, et notamment quand la propriété est immobilière²⁸⁵⁷. Force est alors d'en conclure que « *la propriété n'a plus rien d'un droit illimité et que son déclin est devenu un véritable poncif* »²⁸⁵⁸. Ainsi, l'atteinte au caractère absolu du droit de propriété atteste vraisemblablement du régime superficiel de l'actif immatériel en droit des biens, ce qui nous pousse à réfléchir sur un régime plus pertinent en droit des entreprises en difficulté. Cela étant, la relativité à l'absolutisme du droit de propriété est davantage prononcée dans le contexte des procédures collectives²⁸⁵⁹.

363. Transition. Au regard de la « *propriétarisation* » en droit des biens, les « *potentialités* » constituent des biens incorporels, dont le caractère est absolu à la lumière de l'article 544 du Code civil. Exposé dans un sens historique, philosophique et juridique, l'absolutisme du droit de propriété est appliqué à certaines « *potentialités de l'actif* » qui font l'objet de la trilogie de prérogatives du droit de propriété. Si ce premier caractère alloue au propriétaire de la clientèle et du savoir-faire un droit puissant, il n'est pas exercé sans barrière. Relatif, l'absolutisme du droit de propriété donne naissance à un régime relatif de « *propriétarisation* » de ces actifs immatériels en droit des biens. Absolu, le droit de propriété est caractérisé par un autre élément.

b. L'exclusivisme du droit de propriété

364. L'ampleur de l'exclusivisme du droit de propriété. Si le caractère exclusif est absent dans la définition de la propriété à l'article 544 du Code civil en droit interne, il est présent en droit européen²⁸⁶⁰. « *Si l'article 544 du Code civil n'évoque pas l'exclusivité, chacun sait qu'il s'agit là d'un caractère essentiel de la propriété* »²⁸⁶¹. « *Le caractère exclusif de la propriété est inhérent à*

²⁸⁵⁴ M-L. MATHIEU-IZORCHE, *Droit civil – Les biens*, Sirey, coll. Sirey université, Série Droit privé, 2006, n° 214 et s., p. 85 s.

²⁸⁵⁵ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 98, p. 113.

²⁸⁵⁶ *Ibid.*, n° 97, p. 113.

²⁸⁵⁷ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 263-266, p. 248-249.

²⁸⁵⁸ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 97, p. 113.

²⁸⁵⁹ *Infra*, n° 375 à 385.

²⁸⁶⁰ CEDH., 29 avril 1999, « Chassagnou et autres c. France », jurisprudence précitée.

²⁸⁶¹ C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, spéc. n° 8.

sa définition »²⁸⁶². En effet, la propriété était individuelle à l'époque révolutionnaire, donc *in fine* exclusive²⁸⁶³. « *La propriété exclusive, consacrée par le Code civil, est naturellement la propriété individuelle* »²⁸⁶⁴. Or, l'exclusivisme du droit de propriété a une ampleur considérable qui dépasse le champ d'étude du droit des biens. Afin de saisir l'étendue de ce second caractère du droit de propriété, il faut en préciser sa définition (α) et sa portée (β).

α . La définition de l'exclusivisme du droit de propriété

365. L'imbrication de l'exclusivisme dans l'absolutisme du droit de propriété. Pour la doctrine classique²⁸⁶⁵, le caractère exclusif du droit de propriété traduit « *l'essence de ce droit* »²⁸⁶⁶. D'après la doctrine contemporaine, l'exclusivisme du droit de propriété est imbriqué dans l'absolutisme du droit de propriété²⁸⁶⁷. « *Le caractère absolu de la propriété était donc compris comme relié à son caractère exclusif* »²⁸⁶⁸. « *Le caractère exclusif paraît si proche du caractère absolu qu'il est même difficile de les distinguer* »²⁸⁶⁹. « *Le caractère exclusif du droit de propriété est le corollaire de l'absolutisme* »²⁸⁷⁰. « *Il est l'expression des pleins pouvoirs sur la chose dévolus au propriétaire* »²⁸⁷¹.

366. La filiation entre l'exclusivisme du droit de propriété et le monopole. Le dictionnaire de droit des biens comporte cette définition de l'exclusivisme du droit de propriété : « *[r]econnaissance au seul propriétaire de toutes les prérogatives du droit de propriété. Lorsqu'une personne est propriétaire d'une chose, cela signifie qu'elle lui appartient privativement à elle et à elle seule. La loi réserve au propriétaire l'exclusivité des utilités du bien* »²⁸⁷². Dès lors, la notion de monopole est au cœur du caractère exclusif du droit de propriété, étant donné que l'exclusivité réserve les utilités du bien, c'est-à-dire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* au profit du seul

²⁸⁶² J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 99, p. 115.

²⁸⁶³ *Supra*, n° 344, 345.

²⁸⁶⁴ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 99, p. 116.

²⁸⁶⁵ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd., 1938, n° 1471, p. 809.

²⁸⁶⁶ Œuvres par DUPIN, p. 114 et 119.

²⁸⁶⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 288 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens, op. cit.*, n° 145, p.150.

²⁸⁶⁸ *Ibid.*

²⁸⁶⁹ S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 90, p. 82.

²⁸⁷⁰ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 272, p. 253.

²⁸⁷¹ *Ibid.*

²⁸⁷² B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Exclusivisme du droit de propriété.

propriétaire à l'exclusion de l'Etat et des tiers²⁸⁷³. « *Le droit de propriété est un monopole conférant au propriétaire toutes les utilités des biens* »²⁸⁷⁴. De même, « *le propriétaire – personne physique ou personne morale – serait investi d'un monopole* »²⁸⁷⁵. D'ailleurs, l'étymologie le confirme : « *la propriété est ce qui m'est propre, autrement dit ce que je ne partage avec personne* »²⁸⁷⁶. Or, cette caractéristique de la propriété favorise un rapprochement entre le droit des biens et le droit de la propriété intellectuelle²⁸⁷⁷. En effet, l'exclusivisme du droit de propriété, dont le monopole du propriétaire sur son bien en constitue l'élément clé, est commun à la définition du droit de la propriété intellectuelle. « *Or, tous les droits de propriété intellectuelle confèrent à leur titulaire un monopole et donc un pouvoir exclusif* »²⁸⁷⁸. Tous les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété exclusifs. « *Droits exclusifs et temporaires conférés au titulaire d'une œuvre qui lui permettent de l'exploiter* »²⁸⁷⁹. « *Or, les propriétés intellectuelles ont pour objet une chose par essence immatérielle* »²⁸⁸⁰ qui est à notre sens incorporelle. Techniquement, le propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle peut user, jouir et disposer de son bien incorporel en bénéficiant d'une exclusivité, en l'occurrence d'un monopole d'exploitation qui lui permet de l'exploiter seul en interdisant tout usage aux tiers. Selon le doyen ROUBIER, les droits de propriété industrielle ont la nature juridique de « *droits de clientèle* »²⁸⁸¹ qui se caractérisent par une exclusivité, c'est-à-dire un monopole. Or, cet argument suffit à appliquer l'exclusivisme du droit de propriété à certaines « *potentialités de l'actif* » qui ont été qualifiées en biens incorporels. Par le monopole, ces actifs immatériels sont pourvus du caractère exclusif non seulement en droit des biens, mais aussi et surtout en droit de la propriété intellectuelle, d'où la « *propriétarisation* » à partir du second caractère du droit de propriété.

367. Transition. Deuxième caractère du droit de propriété, l'exclusivisme doit être défini. Il y a une adéquation entre l'exclusivisme et l'absolutisme du droit de propriété d'une part, et entre celui-ci et le monopole d'autre part. Or, cette notion assure une convergence entre le droit des biens et le

²⁸⁷³ W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 42, p. 48.

²⁸⁷⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 99, p. 115.

²⁸⁷⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 146, p. 150.

²⁸⁷⁶ W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 42, p. 48.

²⁸⁷⁷ C. CARON, « *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle* », article précité in *JCP G* 2004, I, 162.

²⁸⁷⁸ *Ibid*, n° 8.

²⁸⁷⁹ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Propriété intellectuelle.

²⁸⁸⁰ V. BONNET, « *La durée de la propriété* », *op. cit.*, spéc. p. 303.

²⁸⁸¹ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Recueil Sirey, 1952, n° 9 s., p. 86 s. ; « *Droits intellectuels ou droits de clientèle* », note précitée.

droit de la propriété intellectuelle, donc *in fine* entre le caractère exclusif du droit de propriété et les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels.

L'étude de l'exclusivisme du droit de propriété n'est pas limitée à sa conceptualisation.

β. La portée de l'exclusivisme du droit de propriété

368. La protection de l'exclusivisme du droit de propriété. Le propriétaire de l'article 544 du Code civil se voit attribuer toutes les utilités sur son bien en excluant toute autre personne, d'où la référence à l'expression : « *seul maître à bord après Dieu* »²⁸⁸². Partant, la portée de l'exclusivisme du droit de propriété est la protection issue de ce droit d'exclusion au profit du propriétaire. Dans cette optique, le droit des biens protège la propriété exclusive par une action en revendication. « *Envisagée sous l'angle pratique, l'exclusivité s'incarne dans l'action en revendication* »²⁸⁸³. « *Elle n'est donc qu'une manière pour le propriétaire, sur la seule démonstration de sa qualité, d'obtenir l'exclusion de l'usurpateur en lui opposant son droit exclusif sur la chose* »²⁸⁸⁴. Ce faisant, le principe de l'appropriation des choses corporelles en droit des biens²⁸⁸⁵ exclut l'action en revendication des « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels. En particulier, la clientèle et le savoir-faire sont deux « potentialités de l'actif » non appropriées, donc non revendiquées du fait du principe réducteur en droit des biens. Or, ce frein est un indicateur supplémentaire de la « propriétérisation » imparfaite de cet actif immatériel en droit des biens qui prône le retour des règles du droit des entreprises en difficulté. Si la protection de la propriété exclusive d'un bien incorporel n'est pas effectuée par le droit des biens, il est indispensable de trouver une autre piste de réflexion. A ce sujet, il existe d'autres actions en dehors du droit des biens qui garantissent la protection de la propriété exclusive, dont l'objet est notamment l'actif immatériel. De la sorte, il est « propriétérisé » à travers la protection de l'exclusivisme du droit de propriété. Certaines actions sont civiles, tandis que d'autres actions sont pénales. Caractérisons alors la protection civile et pénale de l'exclusivisme du droit de propriété à l'aune de notre objet de recherche précédemment identifié en bien incorporel : la « potentialité de l'actif ».

369. La protection civile de l'exclusivisme du droit de propriété. Le dictionnaire de droit des biens termine la définition du caractère exclusif du droit de propriété par la mention de l'action en responsabilité civile. « *Les actions civiles tendent à la restitution, à la réparation ou aux deux*

²⁸⁸² Y. STRICKLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 483, p. 312.

²⁸⁸³ W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 43, p. 49.

²⁸⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁸⁵ *Supra*, n° 270 à 272.

résultats. Si la restitution est la sanction normale du droit de propriété, le propriétaire peut préférer demander réparation et exercer une action en responsabilité civile. Le propriétaire n'a pas à établir l'existence d'une faute ; toute atteinte à la propriété constitue une faute »²⁸⁸⁶. Or, cette action en responsabilité civile peut s'appliquer aux « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels au moyen d'une action en concurrence déloyale²⁸⁸⁷ ou d'une action en parasitisme. Cette applicabilité dépasse en filigrane le rejet de l'appropriation des « potentialités de l'actif » par le droit des biens²⁸⁸⁸ qui se manifeste par le rejet d'une action pétitoire.

« Subsidiaire »²⁸⁸⁹, l'action en concurrence déloyale « est en effet une action en responsabilité civile subjective, laquelle en constitue le terreau, à la différence de la plupart des pays modernes qui ont légiféré en la matière »²⁸⁹⁰. La concurrence déloyale représente un ensemble « de procédés commerciaux contraires à la loi ou aux usages, constitutifs d'une faute intentionnelle ou non et de nature à causer un préjudice aux concurrents, dont ils pourront demander réparation »²⁸⁹¹. Dans un arrêt du 26 janvier 1999, la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu cette définition de l'action en parasitisme : « le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »²⁸⁹². Or, les « potentialités de l'actif » peuvent être l'objet de ces actions civiles, et spécialement la clientèle et le savoir-faire identifiés en biens incorporels.

En effet, l'appropriation illicite de la clientèle est sanctionnée par une action en concurrence déloyale ou en parasitisme. *« Pour une raison tenant au respect, d'une part, de la personne et, d'autre part, des principes fondamentaux de liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté de la concurrence, il est en effet impossible de permettre à une personne qui exploite une clientèle d'interdire à un tiers de la lui prendre. La protection de la clientèle ne peut être assurée que par des ersatz : actions en parasitisme ou en concurrence déloyale, c'est-à-dire plus généralement par la responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle »²⁸⁹³. En 1931, Jean PERCEROU était à*

²⁸⁸⁶ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Exclusivisme du droit de propriété.

²⁸⁸⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens, op. cit.*, n° 122, p. 50.

²⁸⁸⁸ *Supra*, n° 271, 273.

²⁸⁸⁹ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires, op. cit.*, n° 644, p. 367.

²⁸⁹⁰ Y. PICOD, « Concurrence déloyale et responsabilité civile », *AJCA* 2014. 152.

²⁸⁹¹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, V° Concurrence déloyale.

²⁸⁹² Cass. com., 26 janvier 1999, n° 96-22457, *D. Affaires* 2000. 87, note. Y. SERRA ; F. FAJGENBAUM et T. LACHACINSKI, « Concurrence déloyale, parasitisme et contrefaçon », *AJCA*, juillet 2014, p. 158 ; V° aussi : Y. SAINT-GAL, « Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires », *RIPIA*, 1957, p. 19 : le parasitisme économique est « le fait pour un tiers de vivre dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits »

²⁸⁹³ P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, n° 356, p. 107 ; P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, op. cit.*, n° 150, p. 139.

l'origine d'une présentation audacieuse de la théorie de la concurrence déloyale qui ne se dément pas aujourd'hui : « *il est permis de disputer à des confrères la clientèle, en opérant mieux et autrement qu'eux, mais à la condition de le faire par des procédés honnêtes. Le préjudice qu'on leur occasionne en augmentant son propre chiffre d'affaires n'est pas, en soi-même, la source d'une réparation. Mais on doit s'abstenir de leur nuire au moyen d'agissements répréhensibles* »²⁸⁹⁴. Si le principe est la liberté de concurrence²⁸⁹⁵, l'exception est la concurrence déloyale exhibant des « *manœuvres des tiers qui tendent à détourner la clientèle de son entreprise* »²⁸⁹⁶. Par exemple, le détournement de clientèle²⁸⁹⁷ ou de fichier-clientèle²⁸⁹⁸ ou de l'information de clientèle²⁸⁹⁹ est sanctionné par l'article 1240 du Code civil sur le fondement de la concurrence déloyale.

A l'instar de la clientèle, le savoir-faire est une « potentialité de l'actif » donnant lieu à une action en concurrence déloyale²⁹⁰⁰. Techniquement, l'appréciation de la faute constitutive de l'acte de concurrence déloyale prend en compte l'exploitation non autorisée du savoir-faire. Pour illustration : l'accès non autorisé au savoir-faire en employant le travail de recherche et les efforts intellectuels développés par autrui pour développer un produit ou un service²⁹⁰¹. De façon analogue, l'évaluation du préjudice est établie par la diminution ou la perte de valeur d'un avantage concurrentiel comme le savoir-faire détourné²⁹⁰².

Ainsi, l'applicabilité des actions civiles à ces deux « potentialités de l'actif » conduit à la protection civile de l'exclusivisme du droit de propriété. En clair, l'exclusivisme du droit de propriété est un caractère applicable aux « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels.

370. La protection pénale de l'exclusivisme du droit de propriété. La propriété exclusive est pénalisée, si l'on s'en tient au dictionnaire de droit des biens. « *La loi pénale sanctionne sévèrement les atteintes portées à la propriété d'autrui. Le vol, l'abus de confiance... sont des infractions dont*

²⁸⁹⁴ E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, par J. PERCEROU, éd. Rousseau et Cie, 1931, n° 95, p. 79.

²⁸⁹⁵ D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, Sirey, coll. Université, 4^{ème} éd., 2016, n° 1137, p. 587 : « *La concurrence roule sur un principe de liberté* ».

²⁸⁹⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens, op. cit.*, n° 209, p. 85.

²⁸⁹⁷ CA. Paris., 23 janvier 2014, RG n° 12/ 02577.

²⁸⁹⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, « Le détournement de fichier-clientèle par le cédant constitue un acte de concurrence déloyale », CCC, juin 2013, n° 6, p. 23.

²⁸⁹⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, « L'information de la clientèle est-elle constitutive d'un acte de concurrence déloyale ? », CCC, juin 2006, n° 6, p. 48.

²⁹⁰⁰ V° le rapport de l'Observatoire de l'Immatériel, in « La protection du savoir-faire, Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle », 5 mai 2015, spéc. p. 9.

²⁹⁰¹ R. FABRE, L. SERSIRON, « Réserve du savoir-faire », *Fasc. 1850*, JurisClasseur Contrats – Distribution, 2020, n° 103 et s.

²⁹⁰² Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats (dir.)*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 11^{ème} éd., 2018-2019, n° 2214.32, p. 851.

sont victimes les propriétaires de biens corporels. En revanche, le délit de contrefaçon sanctionne, quant à lui des atteintes à des biens incorporels »²⁹⁰³. Partant, il en ressort une espèce de lien de causalité entre l'action pénale et l'objet du droit de propriété. En d'autres termes, le choix de l'infraction pénale est dicté par la nature du bien approprié. Or, ce sont les actions pénales formées par les propriétaires de biens incorporels – victimes d'infractions qui nous importent pour la « propriétérisation » des « potentialités de l'actif ». Sur ce point, l'ouvrage précité est cantonné à l'unique délit de contrefaçon. « *La contrefaçon serait à la propriété intellectuelle ce que le vol est à la propriété matérielle* »²⁹⁰⁴. Certes, le délit de contrefaçon nous vient d'emblée à l'esprit quand on veut protéger le caractère exclusif du droit de propriété relatif à un bien incorporel, tel que le savoir-faire²⁹⁰⁵. Au demeurant, il y a d'autres actions pénales dématérialisées qui protègent la propriété exclusive de biens incorporels. En droit de la propriété intellectuelle, l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle encadre le délit de révélation du secret de fabrication. Mais surtout, le droit pénal instaure une protection de l'exclusivisme du droit de propriété sur un bien incorporel en sanctionnant l'appropriation frauduleuse de la propriété d'autrui par le vol et l'abus de confiance.

Classé dans les appropriations frauduleuses, le vol constitue la première infraction intentionnelle dans le livre III du Code pénal intitulé « Des crimes et délits contre les biens ». « *La soustraction est le procédé le plus simple d'atteinte au droit de propriété* »²⁹⁰⁶, d'où la synergie évidente entre le droit pénal et le droit des biens²⁹⁰⁷. En définissant le vol comme « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* » à l'article 311-1 du Code pénal, le législateur ne précise pas quelle est la chose d'autrui visée par cette incrimination. Or, « *il n'y a pas de terme plus vague et imprécis dans toute la langue française* »²⁹⁰⁸. Traditionnellement, la qualification de vol épouse les seuls biens meubles corporels. Si le droit pénal n'envisage *a priori* que le vol de biens corporels, il est important de relever que la chambre criminelle de la Cour de cassation a accepté le vol d'électricité dès 1912²⁹⁰⁹. Cette solution est validée par le législateur à l'article 311-2 du Code pénal²⁹¹⁰. Depuis lors, l'ouverture du vol aux biens incorporels est généralisée par la Haute juridiction à condition toutefois que ces biens soient intégrés dans un support matériel. Partant, la

²⁹⁰³ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Exclusivisme du droit de propriété.

²⁹⁰⁴ F. STASIAK, « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. com. élect.* janvier 2009, n° 1, étude 1, spéc. n° 1.

²⁹⁰⁵ Sous réserve que cette « potentialité de l'actif » soit éligible à la protection par un droit de propriété intellectuelle.

²⁹⁰⁶ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 8^{ème} éd., 2018, n° 748, p. 417.

²⁹⁰⁷ A. MIHMAN, M-P. LUCAS DE LEYSSAC, « Vol », *Rép. pén.* Dalloz, 2017, n° 10 : « *On entend dire par là que le droit pénal vient alors sanctionner les atteintes aux prérogatives de la propriété* » ; M-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2018, n° 99, p. 126 : le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance sont des infractions heurtant la propriété privée.

²⁹⁰⁸ M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, coll. Université, 17^{ème} éd., 2019, n° 474, p. 314.

²⁹⁰⁹ Cass. crim., 3 août 1912, *Bull. crim.* n° 450, *DP* 1913. I. 439 ; S.1913, I, 337, note J-A. ROUX.

²⁹¹⁰ Cet article dispose que : « *La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol* ».

Cour de cassation retient le vol d'électricité²⁹¹¹, d'informations²⁹¹² incorporées dans un document contenant un plan de restructuration d'une entreprise²⁹¹³. « Rien n'interdit donc d'incriminer comme vol la simple lecture de données et leur utilisation ou transmission sans soustraction du support matériel de ces données »²⁹¹⁴.

Egalement infraction intentionnelle contre les biens, l'abus de confiance est répertorié dans la catégorie des appropriations frauduleuses. C'est une atteinte aux biens effectuée par faiblesse et non par soustraction²⁹¹⁵. En effet, la propriété d'autrui subit une atteinte par l'abus de confiance, car le possesseur de la chose remise à titre précaire se comporte comme le véritable propriétaire de celle-ci²⁹¹⁶. « La caractéristique essentielle de cette infraction consiste en une remise préalable et volontaire d'un bien par la future victime, bien ayant une affectation ou un usage déterminé »²⁹¹⁷. La définition légale de ce « prototype des détournements » figure à l'article 314-1, alinéa 1^{er} du Code pénal. Ce texte définit ce délit comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». Partant, l'abus de confiance appréhende classiquement les biens corporels. C'est la position traditionnelle de la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis un arrêt du 9 mars 1987 portant sur l'abus de confiance entre un salarié et un employeur²⁹¹⁸. La restriction *ratione materiae* de l'abus de confiance aux seuls biens corporels était la règle en droit pénal jusqu'à un important revirement en date du 14 novembre 2000. Dans cette affaire, la Cour de cassation a reconnu l'abus de confiance relatif au détournement de numéro de carte bancaire en considérant « que les dispositions de l'article 314-1 du code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel »²⁹¹⁹. « Cette jurisprudence extensive traduit une tendance très nette à la dématérialisation du bien susceptible d'être l'objet d'un détournement »²⁹²⁰. Puisque l'abus de confiance concerne « un bien quelconque », il faut en déduire que les biens incorporels ne sont pas

²⁹¹¹ Cass. crim., 3 août 1912, jurisprudence précitée.

²⁹¹² Cass. crim., 8 janvier 1979, *D.* 1979. 509, note P. CORLAY, et *IR* 182, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985. Chron. 43 ; Cass. crim., 12 janvier 1989, Bourquin, *Bull. crim.*, n° 14 ; *RSC* 1990. 346 et 507, obs. P. BOUZAT et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC ; Cass. crim., 24 octobre 1990, Antonioli, *Bull. crim.*, n° 355 ; *RSC* 1991. 575, obs. P. BOUZAT ; Cass. crim., 4 mars 2008, *D.* 2008, 2213, note. S. DETRAZ. V° aussi sur cette thématique : E. DREYER, « Consécration - provisoire - du vol de données informatiques », *AJ pénal* 2015. 413 ; L. SAENKO, « Vol par téléchargement de données numériques », *D.* 2015. 1466.

²⁹¹³ Cass. crim., 8 janvier 1979, jurisprudence précitée.

²⁹¹⁴ M. VERON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 477, p. 315.

²⁹¹⁵ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 827, p. 481.

²⁹¹⁶ C. MASCALA, « Abus de confiance », *Rép. pén.*, Dalloz, 2019, n° 2.

²⁹¹⁷ M. VERON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 545, p. 357.

²⁹¹⁸ Cass. crim., 9 mars 1987, *JCP G*.1988, II, 20913 note. J. DEVEZE ; V° aussi : Cass. crim., 1^{er} décembre 2010, *Droit pénal* 2011, n° 29 obs. M. VERON.

²⁹¹⁹ Cass. crim., 14 novembre 2000, *D.* 2001, p. 1423 B. DE. LAMY ; *JCP G* 2001, I, 346, obs. M. VERON.

²⁹²⁰ M. VERON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 547, p. 360.

mis à l'écart par cette incrimination. En témoigne la consécration prétorienne de l'abus de confiance relatif au détournement d'une connexion Internet²⁹²¹, d'un projet de mise au point d'un appareil²⁹²², du temps de travail²⁹²³, d'un terminal de jeux²⁹²⁴, du contenu d'un enregistrement²⁹²⁵, des informations²⁹²⁶, et particulièrement de la clientèle²⁹²⁷.

Finalement, la protection pénale de l'exclusivisme du droit de propriété par les sanctions dématérialisées en droit pénal permet d'appliquer le caractère exclusif du droit de propriété aux « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels, et particulièrement à la clientèle et au savoir-faire. De manière générale, les « potentialités de l'actif » sont « propriétéarisées » à partir de la caractérisation de l'exclusivisme du droit de propriété.

371. Transition. L'exclusivisme est un caractère du droit de propriété non dénué de portée. Il s'agit de protéger la propriété exclusive de l'article 544 du Code civil. Compte tenu de l'action en revendication des biens corporels en droit des biens, il faut rechercher d'autres actions qui protègent l'exclusivisme du droit de propriété relatif aux biens incorporels. Or, ce sont les actions en concurrence déloyale et en parasitisme du droit civil, ainsi que le vol et l'abus de confiance du droit pénal qui permettent de défendre l'exclusivisme du propriétaire de « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels.

Le droit de propriété a un caractère temporel qui peut être mis en relation avec ces éléments.

c. La perpétuité du droit de propriété

372. Exposé de la perpétuité du droit de propriété. Caractère « énigmatique »²⁹²⁸ du droit de propriété, la perpétuité est ignorée du droit romain et de l'Ancien droit²⁹²⁹. Ceci explique peut-être

²⁹²¹ Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 126 ; *D.* 2004. 2748, note. B. DE LAMY : « *Se rend coupable d'abus de confiance le salarié qui, au moyen de l'ordinateur et de la connexion Internet mis à sa disposition pour les besoins de son activité professionnelle, visite des sites pornographiques et stocke sur son disque dur de très nombreux messages de même nature* ».

²⁹²² Cass. crim., 22 septembre 2004, *Droit pénal* 2004, n° 179, obs. M. VERON ; *JCP G* 2005, II, 10034 note. A. MENDOZA-CAMINADE.

²⁹²³ Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031, *Droit pénal* 2013, n° 158, obs. M. VERON ; *D.* 2013. 1936, note. G. BEAUSSONIE : « *l'utilisation par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance* ».

²⁹²⁴ Cass. crim., 16 octobre 2013, *AJ pénal*, janvier 2014, n° 33, obs. J. GALLOIS.

²⁹²⁵ Cass. crim., 16 décembre 2015, *Droit pénal* 2016. 40, comm. Ph. CONTE ; *D.* 2016. 587, note L. SAENKO ; *RTD com.* 2016. 345, note B. BOULOC.

²⁹²⁶ Cass. crim., 16 mai 2011, *Droit pénal* 2012. 1 ; *JCP G* 2012. 538, note S. DETRAZ ; *D.* 2012. 137, note G. BEAUSSONIE.

²⁹²⁷ Cass. crim., 16 novembre 2011, *Droit pénal* 2012, n° 1 obs. M. VERON ; Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929, *Dalloz actualité*, 21 avril 2017, obs. C. FONTEIX : « *constitue un abus de confiance le fait, pour une personne, qui a été destinataire, en tant que salariée d'une société, d'informations relatives à la clientèle de celle-ci, de les utiliser par des procédés déloyaux dans le but d'attirer une partie de cette clientèle vers une autre société* ».

²⁹²⁸ Ph. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n° 32, p. 35.

son absence dans la définition actuelle de la propriété inscrite à l'article 544 du Code civil de 1804 qui est cependant corrigée par la proposition d'article 537²⁹³⁰. « *En règle générale, le temps n'a pas d'emprise sur le droit de propriété, aucun terme ne vient généralement l'affecter à la différence des droits personnels et de certains droits réels comme l'usufruit* »²⁹³¹. Toujours est-il que la perpétuité constitue le troisième caractère du droit de propriété après l'absolutisme et l'exclusivisme. En effet, la doctrine²⁹³² perçoit ce caractère tel un dogme²⁹³³ sans discussion eu égard aux nombreux écrits²⁹³⁴ qui lui sont dédiés. « *La perpétuité trouve son expression culminante dans la propriété* »²⁹³⁵. « *Nul ne conteste plus, de nos jours, que le droit de propriété ait un caractère perpétuel* »²⁹³⁶. Contrairement aux autres droits réels viagers ou temporaires²⁹³⁷, le droit de propriété est perpétuel²⁹³⁸. A l'instar du caractère exclusif, le caractère perpétuel du droit de propriété est « *un dérivé du caractère absolu* »²⁹³⁹ ou « *prolonge son caractère absolu* »²⁹⁴⁰. Il correspond à « *ce qui ne s'éteint pas au décès de son titulaire mais se transmet de génération en génération* »²⁹⁴¹. Cette définition entoure trois conséquences. Tout d'abord, la propriété est un droit héréditaire et non viager. Ensuite, la propriété est un droit imprescriptible²⁹⁴². Enfin, « *le caractère perpétuel implique que le droit de propriété dure tant que dure la chose qui en est l'objet. Tant qu'il y a un bien, la propriété subsiste même si elle change de titulaire* »²⁹⁴³. Qu'elle soit objective²⁹⁴⁴ ou subjective²⁹⁴⁵, la perpétuité renvoie à la durée du droit de propriété. Or, ce caractère

²⁹²⁹ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 104, p. 123.

²⁹³⁰ Ce texte énonce que : « *La propriété ne se perd pas par le non-usage. L'action en revendication est perpétuelle* ».

²⁹³¹ N. REBOUL-MAUPIN, *Droit des biens, op. cit.*, n° 271, p. 252.

²⁹³² V° déjà : A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XXI, Thorel, 1837, n° 344, p. 562-565.

²⁹³³ W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 79, p. 78.

²⁹³⁴ V° notamment : J. CHAUFFARDET, *Le problème de la perpétuité de la propriété*, Thèse, Aix, 1933 ; L. AULAGNON, « La pérennité de la propriété (étude de sociologie juridique à propos d'un ouvrage récent) », *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1934, p. 277 s. ; J-F. BARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Thèse, Toulouse, 1977 ; P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », article précité ; C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, Thèse, préf. C. ATIAS, Montpellier, PUAM, 2000 ; V. BONNET, « La durée de la propriété », article précité.

²⁹³⁵ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *op. cit.*, spéc. p. 25.

²⁹³⁶ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 104, p. 123.

²⁹³⁷ S. SCHILLER, *Droit des biens, op. cit.*, n° 94, p. 84.

²⁹³⁸ *Ibid.*

²⁹³⁹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 286.

²⁹⁴⁰ J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, J-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens, op. cit.*, n° 104, p. 123.

²⁹⁴¹ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Perpétuité du droit de propriété.

²⁹⁴² T. LAMARCHE, « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *RTD civ.* 2004, p. 403.

²⁹⁴³ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Perpétuité du droit de propriété.

²⁹⁴⁴ V. BONNET, « La durée de la propriété », *op. cit.*, spéc. p. 276 : « *puisque c'est son attachement à l'objet du droit qui la fonde* ».

²⁹⁴⁵ *Ibid* : « *dans la mesure où elle ramène l'examen de la durée de la propriété à la dimension d'une seule vie humaine, et la subordonne à l'action ou l'absence d'action du propriétaire* ».

temporel du droit de propriété doit être mis en rapport avec les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels, dont le caractère est aussi temporel.

373. Applicabilité de la perpétuité aux « potentialités de l'actif ». La durée/chronométrique²⁹⁴⁶ nourrit le fil rouge de cette thèse sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Ce critère temporel intervient non seulement dans la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté²⁹⁴⁷, mais également dans la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté²⁹⁴⁸. Or, la durée s'impose de nouveau dans l'élaboration d'un régime de « propriétérisation » de l'actif immatériel en droit des biens. Si la propriété est perpétuelle, les « potentialités de l'actif » considérées comme des biens incorporels le sont-elles aussi au titre de la « propriétérisation » en droit des biens ? Dénominateur commun au droit de propriété et à ces actifs immatériels, la durée fait par contre l'objet d'une appréciation différente. Il s'agit donc d'un critère à géométrie variable. Alors que le droit de propriété est animé d'un caractère perpétuel, lesdites « potentialités » soumises aux règles relatives à la propriété en droit des biens ont un caractère temporaire. Elles se déploient assurément dans le temps, mais leurs effets temporels sont restreints. Pour rappel, il y a une sorte de lien de cause à effet entre le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable²⁹⁴⁹ et le rattachement des biens incorporels aux « potentialités de l'actif » en droit des biens²⁹⁵⁰. D'un point de vue comptable, certains actifs immatériels que l'on appelle « potentialités de l'actif » bénéficient d'une durée de vie limitée à cause de leur amortissement au sens de l'article 214-1 du Plan comptable général. Il en va ainsi par exemple de la clientèle²⁹⁵¹ qui représente à nos yeux à la fois un bien incorporel au sens de l'article 529 du Code civil et un actif incorporel immobilisé au bilan comptable. Cela étant, le caractère perpétuel du droit de propriété est relatif, puisqu'il existe des propriétés temporaires²⁹⁵². En ce sens, « *on ne compte plus les hypothèses dans lesquelles un propriétaire ne conservera cette qualité que jusqu'à une date donnée, un autre étant alors appelé à prendre sa place dans la maîtrise de la chose* »²⁹⁵³. Dans le dictionnaire de droit des biens, la notion de propriété temporaire est définie selon trois acceptions. « 1. *Se dit d'un droit de propriété portant sur une chose et qui cesse au bout d'un certain temps si bien que la chose qui appartenait à une*

²⁹⁴⁶ *Supra*, n° 266.

²⁹⁴⁷ *Supra*, 41, 90 à 95, 132, 150, 151, 158, 163, 167, 170, 171, 178 à 183.

²⁹⁴⁸ *Supra*, n° 266, 267.

²⁹⁴⁹ *Supra*, n° 32 à 60.

²⁹⁵⁰ *Supra*, n° 282 à 284.

²⁹⁵¹ D. KIMMERLIN, « La clientèle est-elle un élément amortissable ? », *Bulletin des conclusions fiscales*, 1^{er} juillet 1999, n° 8, p. 6.

²⁹⁵² V. BONNET, « La durée de la propriété », *op. cit.*, spéc. p. 289 et s.

²⁹⁵³ W. DROSS, *Droit des biens, op. cit.*, n° 79, p. 79

personne retourne à la collectivité. Les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique sont qualifiés de propriétés temporaires tout au moins par ceux qui pensent que ce sont des propriétés (Pour certains auteurs, il ne s'agit pas de propriétés mais de protections juridiques d'un monopole d'exploitation). Ces droits relatifs à des propriétés intellectuelles accordent un monopole d'exploitation qui est le plus souvent temporaire. Ainsi le droit d'auteur ne dure que cinquante ou soixante-dix ans, le monopole du brevet vingt ans...

2. Se dit d'un droit de propriété portant sur un bien qui est affecté d'une clause ou d'une stipulation affectant le mécanisme de transmission du droit de propriété d'un titulaire à un autre. La propriété peut être assortie d'un terme ; c'est ce qui se produit en cas de vente avec une clause de réserve de propriété, lorsque le droit de propriété est affecté d'une condition, en cas de vente à réméré...

3. Se dit de la propriété conférée par certains contrats tels que l'emphytéose, le bail à construction, la concession de mines... au preneur alors que le propriétaire a un droit de propriété perpétuel »²⁹⁵⁴.

Ainsi modulable, le caractère perpétuel du droit de propriété peut s'appliquer aux deux « potentialités de l'actif » envisagées sur le plan de leur « propriétérisation » en droit des biens.

374. Transition. Bien que non évoquée par le législateur à l'article 544 du Code civil, la perpétuité est le troisième et dernier caractère du droit de propriété. Si au départ, ce caractère semble difficilement applicable aux « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels, il n'en demeure pas moins que cette valeur de l'actif est définie par le temps. Mais surtout, la transformation de la propriété perpétuelle en propriété temporaire aboutit à adapter la « propriétérisation » aux « potentialités de l'actif » susvisées en droit des biens. En définitive, la conciliation délicate entre la perpétuité du droit de propriété et l'actif ôté de *corpus* révèle globalement les insuffisances du droit des biens quant au régime de « propriétérisation ».

C'est la raison pour laquelle on sollicite le droit des entreprises en difficulté.

§2. La « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en biens en droit des entreprises en difficulté

375. La « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'intuitu economicae ». En droit des entreprises en difficulté, la « propriétérisation » constitue le régime réel qui bénéficie à certains actifs immatériels/passifs immatériels potentiels qualifiés en

²⁹⁵⁴ B. BELLOIR-CAUX, *Dictionnaire de droit des biens, op. cit.*, V° Propriété temporaire.

« biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives²⁹⁵⁵. L'admission de ce bien autonome sous-entend un régime autonome en droit des entreprises en difficulté. Or, la « propriété » des « potentialités » qualifiées en biens immatériels en droit des entreprises en difficulté diffère de la « propriété » des « potentialités » qualifiées en biens incorporels en droit des biens. En effet, l'article 544 du Code civil offre au propriétaire un droit de propriété plein et entier sans atteinte en droit des biens²⁹⁵⁶. Le droit des entreprises en difficulté s'inscrit au contraire dans une démarche d'altération du droit de propriété en raison d'une norme économique. Ces deux branches du droit privé reposent donc sur des intérêts contradictoires²⁹⁵⁷. L'intérêt du propriétaire de l'article 544 du Code civil tranche avec la préservation des intérêts de l'entreprise en difficulté²⁹⁵⁸. « *Quel que soit l'angle sous lequel on se place, celui du débiteur ou celui des créanciers, ou plus largement des tiers, la confrontation entre propriété et procédures collectives est frontale* »²⁹⁵⁹. De facto, l'ouverture d'une procédure collective impacte la situation de deux propriétaires, dont l'objet de propriété peut être certaines « potentialités d'actif »/« potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Il s'agit d'une part, des tiers (A) et d'autre part, du débiteur (B).

A. Les restrictions au droit de propriété des tiers

376. L'expression de la propriété des tiers par une action en revendication. En droit des entreprises en difficulté, la propriété est exprimée au premier plan par une action en revendication sur le fondement des articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce²⁹⁶⁰. « *Le régime de la revendication obéit à des règles qui combinent le droit de propriété, le droit des sûretés, et les dispositions propres au droit des procédures collectives* »²⁹⁶¹. « *On n'étonnera personne en affirmant que la revendication est l'action qui tend à la protection de la propriété telle que l'article 544 du Code civil la définit : droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus*

²⁹⁵⁵ *Supra*, n° 285 à 291.

²⁹⁵⁶ *Supra*, n° 349.

²⁹⁵⁷ J. THERON, « Les procédures collectives, révélatrices des limites de la propriété ? » in « Propriété et procédures collectives », 8^{ème} journée toulousaine organisée par l'AJDE en partenariat avec le centre de droit des affaires et l'une de ses équipes, le CREDIF, à l'Université de Toulouse Capitole le 13 octobre 2017, *RPC*, novembre 2017, n° 6, art. 14, spéc. n° 1.

²⁹⁵⁸ *Ibid*, voire aussi les intérêts des créanciers et des salariés.

²⁹⁵⁹ F. MACORIG-VENIER, « Propriété et procédures collectives » in « Propriété et procédures collectives », 8^{ème} journée toulousaine organisée par l'AJDE en partenariat avec le centre de droit des affaires et l'une de ses équipes, le CREDIF, à l'Université de Toulouse Capitole le 13 octobre 2017, *RPC*, novembre 2017, n° 6, art. 13.

²⁹⁶⁰ M. LAROCHE, « La propriété sous l'emprise du droit des procédures collectives », in P. LE CANNU (dir.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, t. 17, Bibliothèque de l'institut André Tunc, 2008, p. 273 s.

²⁹⁶¹ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 921, p. 572.

absolue »²⁹⁶². Pourtant, la nature juridique de l'action en revendication n'est pas explicitée par le livre VI du Code de commerce. On sait juste que cette action répond à l'objectif financier des articles L. 620-1, alinéa 1^{er} et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce. Il n'en demeure pas moins que l'action en revendication désigne une action réelle pétitoire, qu'il s'agisse du droit des biens²⁹⁶³ ou du droit des entreprises en difficulté²⁹⁶⁴. Plus précisément, la revendication du droit de propriété par les tiers constitue une démonstration de l'exclusivisme au sens de l'article 544 du Code civil²⁹⁶⁵. Partant, l'exclusivisme est au cœur du droit de propriété dans les procédures collectives. C'est un moyen de défense et de survie du droit de propriété des tiers²⁹⁶⁶. Qu'ils soient propriétaires immobiliers ou propriétaires mobiliers, les tiers ne sont pas délaissés par cette thèse sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. En effet, la « propriété » des « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » intéresse cette partie prenante externe *via* l'exercice d'une action en revendication. Dès lors, les tiers peuvent-ils revendiquer les « potentialités d'actif » qui ont été identifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » par le droit des entreprises en difficulté ? En particulier, les clients potentiels, les partenaires contractuels, les fournisseurs, les actionnaires investisseurs ou les pouvoirs publics peuvent-ils exercer une action en revendication sur l'achalandage, les informations/données, les contrats, le marché ? En définitive, la réponse à ce questionnement soulève un paradoxe entre restriction des conditions de l'action en revendication des biens meubles par les tiers et extension du domaine de l'action en revendication aux « potentialités d'actif ». Avant d'être en mesure de revendiquer ces biens mobiliers, les tiers doivent respecter en amont des conditions rigoureuses de revendication qui restreignent alors leur droit de propriété.

377. La restriction des conditions de l'action en revendication des biens meubles par les tiers.

Exprimé par une action en revendication, le droit de propriété des tiers subit des restrictions par le

²⁹⁶² W. DROSS, « La revendication dans les procédures collectives : une imposture ? », *Droit et patrimoine*, février 2011, n° 200, p. 30, spéc. p. 31.

²⁹⁶³ *Supra*, n° 274.

²⁹⁶⁴ La nature juridique de l'action en revendication apparaît implicitement à l'article L. 624-10 du Code de commerce : « *Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité...* ». Cette acception légale de l'action en revendication est approuvée par la jurisprudence : V° Cass. com., 20 octobre 1992, Bull. civ. IV, n° 316, *Droit des sociétés*, 1994, n° 93, obs. Y. CHAPUT : « à faire reconnaître son droit de propriété » ; *Contra* : W. DROSS, « La revendication dans les procédures collectives : une imposture ? », *op. cit.*, p. 30 s.

²⁹⁶⁵ *Supra*, n° 369.

²⁹⁶⁶ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, *op. cit.*, n° 183, p. 119.

déclenchement des procédures collectives. Ce qui revient à heurter l'exclusivisme²⁹⁶⁷ qui caractérise la propriété de l'article 544 du Code civil. Sur ce point, il convient néanmoins d'opérer une dichotomie entre les tiers : ceux qui sont propriétaires d'immeubles et ceux qui sont propriétaires de meubles. « *En effet, si l'action en revendication d'un immeuble est soumise au droit commun que l'on ne reprendra pas ici, celle portant sur un meuble est régie par les dispositions spéciales prévues aux articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce* »²⁹⁶⁸.

D'un côté, l'action en revendication des biens immobiliers par les tiers n'est pas assujettie à la réglementation particulière du droit des entreprises en difficulté. Elle obéit par conséquent au droit commun. Cela signifie donc que les propriétaires d'immeubles détenus par le débiteur ont la faculté de revendiquer leur bien immobilier sans aucune restriction. « *Si leur droit est contesté, ils peuvent agir en revendication, dans les conditions de droit commun, devant le tribunal de grande instance* »²⁹⁶⁹. Dès lors, le droit de propriété est réellement qualifié dans cette hypothèse de droit absolu et exclusif au sens de l'article 544 du Code civil. « *Leur situation est assez sereine du point de vue du droit de propriété ; elle s'explique par la protection juridique traditionnelle de l'immeuble, par la fiabilité du régime de publicité foncière et par le faible risque de montage d'opérations financières artificielles à partir d'immeubles* »²⁹⁷⁰. Ainsi, l'action en revendication immobilière unit ici la « propriété » du droit des entreprises en difficulté à la « propriété » du droit des biens. « *Le droit des procédures collectives reste classiquement muet sur la situation du propriétaire immobilier. Tel n'est pas le cas de la situation du propriétaire de meuble* »²⁹⁷¹.

D'un autre côté, l'action en revendication des biens mobiliers par les tiers est encadrée par une réglementation drastique en droit des entreprises en difficulté. En ce sens, ces propriétaires de meubles détenus par le débiteur doivent satisfaire une discipline rigoureuse. « *Cette restriction à l'exercice du droit de propriété sur les biens se justifie à la fois par la solvabilité apparente que procure la détention par le débiteur en difficulté de biens dont il n'est pas propriétaire et le principe d'égalité des créanciers* »²⁹⁷². Techniquement, les restrictions au droit de propriété des tiers se vérifient à plusieurs niveaux, d'où la dérogation à la définition de la propriété de l'article 544 du Code civil. « *On s'éloigne fortement du droit absolu et perpétuel affirmé par le Code*

²⁹⁶⁷ *Supra*, n° 368 à 371.

²⁹⁶⁸ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 922, p. 573.

²⁹⁶⁹ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 811.11, p. 2518.

²⁹⁷⁰ D. VIDAL, G. CESARE GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 650, p. 177.

²⁹⁷¹ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 810.09, p. 2517.

²⁹⁷² J. VALLANSAN, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Revendication et restitution des biens meubles », *Fasc. 2540*, *JurisClasseur Procédures collectives*, 2019, n° 1.

civil »²⁹⁷³. En effet, « les tiers s'estimant propriétaires d'un bien meuble qui se trouve entre les mains du débiteur doivent le revendiquer dans des conditions strictes, faute de quoi leur droit sera inopposable à la procédure »²⁹⁷⁴. Ils n'ont pas la faculté de revendiquer leur bien mobilier, mais une obligation²⁹⁷⁵ de le faire dans des conditions de fond et de forme très strictes, sous peine d'inopposabilité de leur droit de propriété à la procédure collective du débiteur²⁹⁷⁶.

D'après l'article L. 624-9 du Code de commerce, leur action en revendication mobilière doit être tout d'abord exercée dans le délai préfix²⁹⁷⁷ de trois mois qui court à partir de la publication du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires au BODACC. Bien que le dispositif de l'article L. 624-9 du Code de commerce malmène le droit de propriété, et particulièrement son caractère perpétuel, « les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter de ce texte répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée »²⁹⁷⁸. Dans la même veine, l'inopposabilité²⁹⁷⁹ de la propriété à la procédure collective est curieusement conforme au motif que « l'inopposabilité du droit de propriété sur le bien qui n'a pas été revendiqué dans le délai prévu par la disposition critiquée sanctionne la défaillance du propriétaire à se soumettre à la discipline collective instaurée en vue de la connaissance rapide du contenu du patrimoine du débiteur et du gage des créanciers, laquelle répond à un objectif d'intérêt général, sans porter une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice de ce droit au regard de l'objectif poursuivi, dès lors, en outre, que le délai ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir »²⁹⁸⁰. Dans un arrêt très récent du 3 avril 2019, la Cour régulatrice a jugé que la sanction de l'absence de revendication par le propriétaire d'un bien « ne consiste pas à transférer ce bien non revendiqué dans le patrimoine du débiteur mais à rendre le droit de propriété sur ce bien inopposable à la procédure collective, ce qui a pour effet d'affecter le bien au gage commun des créanciers, permettant ainsi, en tant que de besoin, sa réalisation au profit de

²⁹⁷³ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 919, p. 572.

²⁹⁷⁴ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 345, p. 190.

²⁹⁷⁵ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 306, p. 239 : « La revendication est une obligation pour tout propriétaire de biens meubles remis à titre précaire au débiteur (ex. dépôt, prêt, location), vendus avec clause de réserve de propriété ou bien encore transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant ».

²⁹⁷⁶ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 346, p. 191.

²⁹⁷⁷ Cass. com., 29 mai 1984, n° 83-11.516, Bull. civ. IV, n° 181 ; D. 1985. IR 1, 6^{ème} espèce, obs. F. DERRIDA ; *RTD com.* 1985. 566, obs. J. HEMARD et B. BOULOC.

²⁹⁷⁸ Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-40.073, Bull. civ. IV, n° 44 ; D. 2011. 815, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2011. 642, obs. A. MARTIN-SERF ; *BJE* 2011. 194, note M. LAROCHE.

²⁹⁷⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'inopposabilité à la procédure collective », in P-M. LE CORRE (dir.), « Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté », Actes du Colloque organisé à l'Université Côte d'Azur le 6 avril 2018 par le CRAJEFE et le CERDP, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 47 s.

²⁹⁸⁰ Cass. com., 19 décembre 2017, n° 17- 40.057, *RTD com.* 2018. 475, obs. A. MARTIN-SERF; Cass. com., 7 mars 2017, n° 16-22.000.

leur collectivité ou son utilisation en vue du redressement de l'entreprise, afin d'assurer la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ; que s'il en résulte une restriction aux conditions d'exercice du droit de propriété de celui qui s'est abstenu de revendiquer son bien, cette atteinte est prévue par la loi et se justifie par un motif d'intérêt général, dès lors que l'encadrement de la revendication a pour but de déterminer rapidement et avec certitude les actifs susceptibles d'être appréhendés par la procédure collective afin qu'il soit statué, dans un délai raisonnable, sur l'issue de celle-ci dans l'intérêt de tous...»²⁹⁸¹.

Sur la forme, les tiers propriétaires doivent ensuite adresser une lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur judiciaire et à défaut au débiteur, ainsi qu'une copie au mandataire judiciaire. Dans ce cadre, ils doivent identifier les biens revendiqués. C'est pourquoi, la revendication est une obligation « féroce »²⁹⁸² pour tout propriétaire de biens meubles « remis à titre précaire au débiteur », « vendus avec clause de réserve de propriété » ou bien encore « transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant » selon les alinéas 1^{er} et 2 de l'article L. 624-16 du Code de commerce.

378. L'extension du domaine de l'action en revendication aux « potentialités d'actif ». Après avoir rempli les conditions restrictives de l'action en revendication exposées plus haut, les tiers peuvent-ils revendiquer la propriété mobilière des « potentialités d'actif », et notamment de l'achalandage, des informations/données, des contrats, du marché ? La « propriétérisation » des actifs immatériels potentiels est-elle possible en droit des entreprises en difficulté à partir de l'action en revendication des « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives ? La réponse étant affirmative, expliquons pourquoi et comment.

Dans un premier temps, il est nécessaire d'établir la raison de la « propriétérisation » des actifs immatériels potentiels en droit des entreprises en difficulté à partir de l'action en revendication des « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Il faut répéter que l'action en revendication en droit des entreprises en difficulté est plus étendue *ratione materiae* que l'action en revendication en droit des biens²⁹⁸³. « La revendication prévue par le Livre VI du Code de commerce dans les procédures collectives se

²⁹⁸¹ Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-11.247, D. 2019. 1903, obs. F-X. LUCAS ; RTD com. 2019. 490, obs. A. MARTIN-SERF ; APC 2019, n° 114, obs. L. FIN-LANGER ; BJE 2019, n° 4, p. 38, note. M. LAROCHE ; JCP E 2019, 1375, n° 17, obs. Ph. PETEL.

²⁹⁸² F. PEROCHON, « Le droit de revendication du propriétaire en droit des affaires » in « Droit des biens et pratique des affaires », Colloque organisé par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine à l'Université de Bordeaux le 10 novembre 2017, *Droit et patrimoine*, mars 2018, n° 278, p. 54 s., spéc. p. 56.

²⁹⁸³ *Supra*, n° 271, 273, 274.

distingue à bien des égards de la revendication classique du droit civil, que l'on envisage sa notion, y inclus son fondement, ses caractères et sa nature, ou son domaine d'application tant à l'égard des personnes concernées que de son objet »²⁹⁸⁴. « Le contraste avec le droit commun est frappant »²⁹⁸⁵. En particulier, la revendication des biens incorporels²⁹⁸⁶ en droit des entreprises en difficulté pourrait-elle être le préalable à la revendication des « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives ? L'obligation de revendiquer est générale tant dans la loi²⁹⁸⁷ que dans la jurisprudence²⁹⁸⁸, ce qui laisse à penser que les biens immatériels²⁹⁸⁹ entrent dans le domaine de l'action en revendication. « Le droit de propriété est le véritable enjeu de la revendication en procédure collective car il faut donner au débiteur toutes les chances de se redresser »²⁹⁹⁰. Or, la révélation des « potentialités d'actif » par le bilan économique, social et environnemental comme des biens immatériels permet d'envisager une telle action en revendication. Ainsi, l'action en revendication des « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives est possible du fait de l'extension du domaine de cette action réelle.

Dans un second temps, l'action en revendication des « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives est illustrée par le contrat. Si le contrat publié échappe à l'action en revendication au profit de la restitution²⁹⁹¹, ce n'est plus le cas du contrat en cours. Le contrat publié est restitué, tandis que l'objet du contrat en cours doit être revendiqué. Au stade de la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté, le bilan économique, social et environnemental a identifié les contrats poursuivis en « potentialités d'actif »²⁹⁹². Au stade de la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté, il a été avancé que ces « potentialités d'actif » sont assimilées à des « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives²⁹⁹³. Au stade du

²⁹⁸⁴ F. PEROCHON, « Le droit de revendication du propriétaire en droit des affaires », *op. cit.*, spéc. p. 54.

²⁹⁸⁵ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, Thèse, préf. M-H. MONSERIE-BON, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002, n° 772, p. 832.

²⁹⁸⁶ Cass. com., 21 novembre 1995, *JCP E* 1996, I, 554, § 20, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 1996. 211, note. C. REGNAUT MOUTIER ; *D.* 1996. Somm. 214, obs. F. PEROCHON ; *RTD civ*, avril-juin 1997, p. 454, obs. F. ZENATI : « Attendu que l'obligation de revendiquer dans le délai du trois mois posé à celui qui doit faire reconnaître son droit de propriété contre une personne soumise à une procédure de redressement judiciaire n'est pas limitée aux meubles corporels ».

²⁹⁸⁷ Le législateur mentionne à l'article L. 624-16, alinéa 1^{er} du Code de commerce « les biens meubles remis à titre précaire au débiteur », ce qui laisse à penser que les biens incorporels et les biens immatériels sont compris dans le champ d'application de l'action en revendication.

²⁹⁸⁸ V° par exemple : Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103.

²⁹⁸⁹ F-X. LUCAS, « La revendication des biens immatériels », in *Mélanges André LUCAS*, LexisNexis, 2014, p. 533 s.

²⁹⁹⁰ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, *op. cit.*, n° 772, p. 833.

²⁹⁹¹ Cf article L. 624-10 du Code de commerce.

²⁹⁹² *Supra*, n° 117, 120.

²⁹⁹³ *Supra*, n° 285 à 291.

régime de « propriété » de cet actif immatériel potentiel en droit des entreprises en difficulté, les « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » font l'objet d'une action en revendication sur le fondement des articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce. « *Le bien à revendiquer est donc souvent entre les mains du débiteur en vertu d'un contrat en cours dont l'avenir doit être déterminé par l'administrateur ou le liquidateur exerçant l'option qui lui incombe* »²⁹⁹⁴. Depuis un revirement de jurisprudence survenu le 5 novembre 2013²⁹⁹⁵, la décision de poursuivre ou non le contrat par l'organe de la procédure collective n'équivaut pas à la reconnaissance du droit de propriété, d'où l'obligation de revendiquer l'objet du contrat. Postérieurement à cet arrêt, la Haute juridiction a précisé que : « *la décision de l'administrateur judiciaire de poursuivre un contrat en cours portant sur des biens faisant l'objet d'une requête en revendication ne vaut pas acquiescement à celle-ci* »²⁹⁹⁶. Finalement, la « propriété » des actifs immatériels potentiels en droit des entreprises en difficulté découle de la revendication des « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Deux arguments mettent en avant ce régime réel. D'une part, la généralité *ratione materiae* du principe de revendication qui s'applique aux biens incorporels, voire aux biens immatériels. D'autre part, la soumission des contrats de l'article L. 622-13 du Code de commerce à l'action en revendication permet d'y associer les « potentialités d'actif », donc *in fine* les « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

379. Transition. Le droit de propriété des tiers/propriétaires de biens mobiliers connaît des restrictions. Avant de pouvoir revendiquer les « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » au titre de la « propriété » en droit des entreprises en difficulté, ils doivent remplir des conditions de fond et de forme très strictes. Expression à la fois de la propriété et de la « propriété », l'action en revendication des « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » est posée sous l'angle d'un régime réel des actifs immatériels potentiels. Par la soumission des contrats continués aux articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce, la revendication peut viser les « potentialités d'actif » considérées d'abord comme des contrats au stade de la valorisation, puis comme des « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » au stade de la qualification, enfin comme des biens revendiqués au stade des incidences de la qualification de l'actif immatériel en bien.

²⁹⁹⁴ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 347, p. 192.

²⁹⁹⁵ Cass. com., 5 novembre 2013, n° 12-25765, *JCP E* 2014. 1020, § 10, obs. Ph. PETEL ; Cass. com., 12 janvier 2016, n° 14-11943, *JCP E* 2016. 1198, § 8, obs. Ph. PETEL ; *Act. proc. coll.* 2016, comm. 20, obs. J. VALLANSAN.

²⁹⁹⁶ Cass. com., 12 janvier 2016, *ibid.*

Les restrictions au droit de propriété ne touchent pas uniquement les tiers.

B. Les restrictions au droit de propriété du débiteur

380. L'appréhension indirecte de la propriété du débiteur par le patrimoine. « *En dépit des apparences, la question de la propriété soumise à une procédure collective ne se limite pas à celle des revendications* »²⁹⁹⁷. Si l'ouverture d'une procédure collective a des effets sur la situation des tiers du point de vue de la revendication, elle a également des répercussions sur le sort du débiteur en termes de pouvoirs juridiques²⁹⁹⁸. Seulement, le droit de propriété du débiteur est appréhendé indirectement par le livre VI du Code de commerce. « *Le droit des procédures collectives porté par ce Code ne saisit pas la propriété en elle-même, comme notion ou droit subjectif, mais la saisit à travers les biens sur lesquels elle porte, valeurs susceptibles d'être appréhendées pour le règlement commun* »²⁹⁹⁹. En effet, c'est le patrimoine du débiteur composé par l'ensemble des biens et des dettes³⁰⁰⁰ qui suscite l'intérêt du droit des entreprises en difficulté. A ce titre, la propriété est prise dans un sens économique³⁰⁰¹. Or, cet aspect économique n'est pas innocent eu égard à l'apparition d'un bien autonome affecté à la norme économique des procédures collectives. C'est pourquoi, la « *propriétarisation* » des « *potentialités d'actif* » et des « *potentialités du passif* » qualifiées en « *biens immatériels affectés à l'intuitu economicae* » constitue un régime particulièrement adéquat en droit des entreprises en difficulté. Ni pleine, ni entière au sens de l'article 544 du Code civil, cette « *propriétarisation* » est au demeurant écornée au nom du redressement de l'entreprise en difficulté. En effet, le caractère relatif s'est substitué au caractère absolu du droit de propriété du débiteur du fait de la multiplication des entorses aux prérogatives de l'article 544 du Code civil.

381. Le caractère relatif du droit de propriété du débiteur. A la question – la formule de l'article 544 du Code civil qui pose le principe du caractère absolu du droit de propriété continue-t-elle à se vérifier en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation ?³⁰⁰² – la réponse est sans équivoque. « *C'est dire que les pouvoirs du débiteur sont toujours affectés par l'ouverture d'une procédure collective* »³⁰⁰³. Compte tenu des multiples restrictions aux prérogatives du droit de propriété du débiteur dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation

²⁹⁹⁷ M. LAROCHE, « La propriété sous l'emprise du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 273.

²⁹⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰⁰ L'objet de la présente étude constitue potentiellement une nouvelle illustration d'universalité de droit après le patrimoine : *supra*, n° 279.

³⁰⁰¹ M. LAROCHE, « La propriété sous l'emprise du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 274.

³⁰⁰² P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 810.09, p. 2517.

³⁰⁰³ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 150, p. 79.

judiciaires, la conséquence est la diminution de la portée de l'article 544 du Code civil sur le caractère absolu du droit de propriété. En effet, la formule de la loi sur l'absolutisme de la propriété est en conséquence largement remise en question en droit des entreprises en difficulté³⁰⁰⁴. Loin d'être absolu, le droit de propriété du débiteur serait plutôt relatif en droit des entreprises en difficulté, et notamment en cas de redressement ou de liquidation. « *L'image d'Epinal du droit de propriété, droit inviolable et sacré, complément de la liberté individuelle selon les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et reconnu par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, droit le plus complet sur les choses selon l'article 544 du Code civil, paraît bien lointaine dans le domaine qui est le nôtre* »³⁰⁰⁵. Ainsi, les correctifs à l'absolutisme sont si nombreux « *au point que l'on ait pu avoir l'impression que du statut d'exceptions ils étaient passés à l'état de principe* »³⁰⁰⁶. Finalement, la « *propriétarisation* » des « *potentialités d'actif* » et des « *potentialités du passif* » qualifiées en « *biens immatériels affectés à l'intuitu economicae* » n'est pas absolue, mais relative en droit des entreprises en difficulté. C'est ce que nous allons voir en substance à travers les entorses aux prérogatives du droit de propriété du débiteur parmi lesquelles l'*abusus* en ressort atteint par les procédures collectives.

382. Les entorses à l'*abusus* du débiteur. Conformément à l'article 544 du Code civil, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* devraient être normalement exercés par le débiteur en tant que prérogatives du droit de propriété. Pourtant, le droit de propriété du débiteur est altéré en droit des entreprises en difficulté en raison des multiples entorses à l'exercice des prérogatives de l'article 544 du Code civil. Plus précisément, c'est l'*abusus* du débiteur qui est limité par l'indisponibilité³⁰⁰⁷ de tous ses biens entrant dans l'effet réel à partir du jugement d'ouverture³⁰⁰⁸. « *L'ouverture d'une procédure collective quelle qu'elle soit, y compris la procédure de sauvegarde, affecte le patrimoine du débiteur et ses prérogatives de propriétaire (de même qu'elle gèle les droits de ses créanciers)* »³⁰⁰⁹. Le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN parle en ce cas d'un « *dessaisissement à la carte* »³⁰¹⁰ selon les procédures collectives qui sont prononcées à l'encontre du débiteur.

³⁰⁰⁴ J. THERON, « Les procédures collectives, révélatrices des limites de la propriété ? », *op. cit.*, spéc. n° 10-12.

³⁰⁰⁵ F. MACORIG-VENIER, « Propriété et procédures collectives », *op. cit.*, art. 13.

³⁰⁰⁶ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie du droit de propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 et s.

³⁰⁰⁷ C. LEBEL, « Les indisponibilités du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 68 : « *toute restriction légale, judiciaire ou conventionnelle du droit de disposer d'un bien* ».

³⁰⁰⁸ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, *op. cit.*, n° 94, p. 115 ; n° 515, p. 544 : « *Le jugement d'ouverture doit être perçu comme une véritable charnière temporelle et conceptuelle. Il marque la fin de la règle du prix de la course et, corrélativement, l'avènement d'une saisie collective et universelle* ».

³⁰⁰⁹ F. MACORIG-VENIER, « Propriété et procédures collectives », *op. cit.*, art. 13.

³⁰¹⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La gestion de l'entreprise », in « Les innovations », *RTD com.* 1986, p. 37, n° 10.

« Atteinte aux pouvoirs issus de la propriété puisqu'il interdit tout acte d'administration ou de disposition »³⁰¹¹, le dessaisissement n'a en revanche pas la même vigueur dans toutes les procédures collectives du débiteur³⁰¹². « Actuellement, les restrictions de pouvoirs du débiteur sur son patrimoine sont moindres dans les procédures curatives qu'en liquidation judiciaire »³⁰¹³. Les restrictions aux pouvoirs du débiteur en miroir de l'*abusus* sont dès lors modulées selon les procédures collectives³⁰¹⁴, d'où la présence d'une « propriétérisation » non figée des actifs immatériels potentiels en droit des entreprises en difficulté.

383. Les entorses à l'*abusus* du débiteur dans la procédure de sauvegarde. En principe, la gestion incombe librement au débiteur dans la procédure de sauvegarde. A la lumière de l'article L. 622-1, I du Code de commerce, le principe de libre gestion³⁰¹⁵ implique aucune restriction au droit de propriété du débiteur dans cette procédure collective. De la sorte, il « continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration » sans y être dessaisi en vertu de l'article L. 622-3, alinéa 1^{er} du Code de commerce. « En outre, pour tenir compte du caractère volontariste de la procédure de sauvegarde, le législateur a considéré que le débiteur ne pourrait jamais être dessaisi de l'administration de ses droits patrimoniaux, au contraire de la solution retenue en redressement judiciaire »³⁰¹⁶. « Au-delà de la simple justification qu'il est le mieux à même de piloter la réorganisation de son entreprise, cette absence de dessaisissement du débiteur est la condition évidente d'une saisie volontaire par le tribunal »³⁰¹⁷. « C'est un débiteur attentif, diligent, soucieux de redresser la situation, qui a su anticiper et a librement saisi le tribunal afin de faire bénéficier son entreprise de la chance d'un traitement judiciaire précoce. Il n'a donc jamais été question de le dessaisir, et le principe a toujours été celui de la gestion par le débiteur »³⁰¹⁸.

Si la gestion est en principe libre dans la procédure de sauvegarde, il y a malgré tout deux bornes à cette liberté. La première limite au principe de libre gestion par le débiteur est la nomination d'un administrateur judiciaire pour le surveiller et l'assister, ce qui provoque une

³⁰¹¹ M. LAROCHE, « La propriété sous l'emprise du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 275.

³⁰¹² C. LEBEL, « Les indisponibilités du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 68.

³⁰¹³ *Ibid.*, spéc. p. 69.

³⁰¹⁴ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 145, p. 132 : « Le législateur a souhaité moduler la réduction des pouvoirs du débiteur en fonction des besoins du redressement de l'entreprise ».

³⁰¹⁵ L-C. HENRY, Ch-H. CARBORI, « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement » in « Le dirigeant de l'entreprise en difficulté », Colloque organisé par le Master 2 Juriste d'affaires de l'Université Paris Descartes et par le Professeur Ph. ROUSSEL GALLE le 24 mai 2016, *RPC* juillet 2016, n° 4, art. 24, p. 55.

³⁰¹⁶ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 145, p. 132-133.

³⁰¹⁷ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 328, p. 222.

³⁰¹⁸ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 659, p. 299.

répartition des pouvoirs³⁰¹⁹, donc *in fine* une « *administration contrôlée* »³⁰²⁰. Quant à la deuxième limite, elle s'applique aux « potentialités d'actif » qui ont été qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Si en droit des biens, l'*abusus* est applicable sans entrave aux « potentialités de l'actif »³⁰²¹, ce n'est pas le cas en droit des entreprises en difficulté pour les « potentialités d'actif ». En effet, les entorses à l'*abusus* du débiteur dans la procédure de sauvegarde heurtent ces actifs immatériels potentiels, dont la qualification en biens immatériels a été retenue. Il s'agit techniquement de l'inaliénabilité judiciaire de certains biens au stade du plan de sauvegarde dans les termes de l'article L. 626-14 du Code de commerce³⁰²². Rappelons que cette entorse à l'*abusus* est décidée pour un motif économique décrit à l'alinéa 1^{er} : « *la continuation de l'entreprise* ». Dans la mesure où elle « *portera donc généralement sur des biens affectés à l'activité de l'entreprise* »³⁰²³, l'inaliénabilité judiciaire peut entraver la « *propriétarisation* » des « potentialités d'actif » qui sont considérées comme des « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Par exemple, le fonds de commerce³⁰²⁴ est un bien incorporel affecté à l'activité de l'entreprise qui peut être inaliénable au sens de l'article L. 626-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Or, il a été dit que l'achalandage est un élément constitutif du fonds de commerce à l'instar de la clientèle³⁰²⁵. Actif immatériel potentiel, l'achalandage est d'abord révélé en « potentialité d'actif », puis qualifié en « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. L'inaliénabilité judiciaire du fonds de commerce entraîne l'inaliénabilité judiciaire de l'achalandage. En conséquence, l'applicabilité de l'article L. 626-14 du Code de commerce à cette « potentialité d'actif » qualifiée en « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives donne lieu à une « *propriétarisation* » relative en droit des entreprises en difficulté.

384. Les entorses à l'*abusus* du débiteur dans la procédure de redressement judiciaire. En principe, le débiteur placé en procédure de redressement judiciaire continue à exercer sur son patrimoine les prérogatives du droit de propriété comme l'indiquent les articles L. 622-3, alinéa 1^{er} et L. 631-14 du Code de commerce. Aux manettes de son entreprise, il conserve « *intact son pouvoir de gestion* »³⁰²⁶.

³⁰¹⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », note précitée.

³⁰²⁰ P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 145, p. 132.

³⁰²¹ *Supra*, n° 358.

³⁰²² *Supra*, n° 175.

³⁰²³ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, *op. cit.*, 271, p. 147.

³⁰²⁴ T. com. Dunkerque, 1^{er} avril 2003, *GP*, 2003, somm. 3256, obs. Ch. DELATTRE.

³⁰²⁵ *Supra*, n° 114, 120, 267.

³⁰²⁶ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 168, p. 135.

« Toutefois, en raison de la situation de cessation des paiements de l'entreprise, il existe un doute sur ses qualités de gestionnaire et son aptitude à conserver les rênes de l'entreprise pendant la période d'observation »³⁰²⁷. Partant, les entorses aux prérogatives du débiteur fondées sur l'article 544 du Code civil sont plus accrues dans la procédure de redressement judiciaire. « Afin de favoriser l'anticipation, la procédure de redressement judiciaire est plus sévère pour le débiteur dont les pouvoirs de gestion sont restreints »³⁰²⁸. On relève deux entorses à l'*abusus* du débiteur. Il y a premièrement la nomination d'un administrateur judiciaire pour assister et représenter³⁰²⁹ le débiteur dans les conditions de l'article L. 631-12 du Code de commerce. « Il s'agit tantôt de maintenir le potentiel économique d'une entreprise (c'est notamment le cas lorsqu'on interdit la cession d'un actif dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire) tantôt pour protéger les créanciers ce qui entraîne des mesures de dessaisissement »³⁰³⁰. Deuxièmement, l'expropriation du dirigeant constitue une atteinte à l'*abusus* dans la procédure de redressement judiciaire. « Si une procédure de redressement est ouverte, elle a une incidence sur les droits patrimoniaux des dirigeants, et de manière générale, sur le patrimoine du débiteur »³⁰³¹. Le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire a une incidence sur les droits sociaux des dirigeants. Plus précisément, l'article L. 631-10 du Code de commerce prévoit leur inaccessibilité. Pour rappel, le plan de redressement peut contenir des mécanismes dérogatoires qui assurent le redressement de l'entreprise. En effet, cet outil économique contient une mesure d'éviction³⁰³² sur le fondement de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce. « Ici encore l'intérêt général permet de porter atteinte au droit de propriété des dirigeants d'une entreprise sociétaire en redressement judiciaire »³⁰³³. Techniquement, l'*abusus* est une prérogative du droit de propriété qui subit une altération pour cause d'expropriation du dirigeant. « Les dirigeants sont donc simplement privés du droit de disposer de leurs titres pendant la période d'observation »³⁰³⁴ et au stade du plan de redressement. Il est certain que la neutralisation du dirigeant concerne les droits sociaux soit par une inaccessibilité, soit par une cession forcée. Toujours est-il néanmoins que l'expropriation du dirigeant permet de l'évincer en tant que « potentialité du passif », ce qui n'est pas sans conséquence sur la « propriététarisation » de l'objet de la présente étude en droit des entreprises en difficulté.

³⁰²⁷ *Ibid.*

³⁰²⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1113, p. 730.

³⁰²⁹ D. BACHASSON, « La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives », *GP*, 12 décembre 1998, doct. 2 et s.

³⁰³⁰ J. ATTARD, M. LAUGIER, D. VOINOT, « Introduction » in « L'indisponibilité en droit des affaires », Colloque organisé par le Centre Ethique et procédure de l'Université d'Artois et le Centre René Demogue de l'Université Lille 2 à la Faculté de droit de Douai le 11 avril 2013, *RLDA*, octobre 1993, n° 86, p. 64.

³⁰³¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1114, p. 731.

³⁰³² *Supra*, n° 186.

³⁰³³ C. LEBEL, « Les indisponibilités du droit des procédures collectives », *op. cit.*, spéc. p. 69.

³⁰³⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1116, p. 732.

385. Les entorses à l'abus du débiteur dans la procédure de liquidation judiciaire. Les restrictions au droit de propriété du débiteur sont les plus intenses quand l'entreprise est mise en liquidation judiciaire. « *L'espoir de rétablissement économique du débiteur qui fonde son maintien de principe à la tête de son entreprise pendant la période d'observation n'a pas cours dans la liquidation judiciaire* »³⁰³⁵. Dans cette procédure liquidative, la gestion de l'entreprise est « *confisquée* » au débiteur par le liquidateur, puisqu'il est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens. « *L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire fait entrer en scène un nouvel organe de la procédure, le liquidateur* »³⁰³⁶ pour exercer les droits et les actions à la place du débiteur. Il a pour mission de représenter les créanciers et le débiteur dessaisi et de gérer l'entreprise³⁰³⁷.

« *La traduction majeure de la réduction des droits du débiteur résulte de l'article L. 641-9, I du code de commerce* »³⁰³⁸. L'alinéa 1^{er} de ce texte prévoit que : « *Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur* ». En dépit de la limitation apportée à l'abus du débiteur, le dessaisissement³⁰³⁹ de l'article L. 641-9 du Code de commerce est constitutionnel³⁰⁴⁰. Par le dessaisissement, il s'agit « *d'enlever à quelqu'un ce qu'il possède* »³⁰⁴¹. En particulier, cette notion « *désigne la réduction des pouvoirs du débiteur résultant de l'effet de saisie collective des droits patrimoniaux du débiteur par la procédure, laquelle désigne chacun des créanciers antérieurs, ainsi que le représentant de leur intérêt collectif, le liquidateur* »³⁰⁴². « *S'il est massif, de principe et opère de plein droit, le*

³⁰³⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1152, p. 508.

³⁰³⁶ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., n° 431, p. 326.

³⁰³⁷ V° l'article L. 641-10 du Code de commerce, supra, n° 197.

³⁰³⁸ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 552.09, p. 1431.

³⁰³⁹ C. LEBEL, « Le dessaisissement », in *Droit, histoire et société : Mélanges en l'honneur de Christian DUGAS de la BOISSONNY*, PU Nancy, coll. Histoire du droit, 2008, p. 127 s. ; J. VALLANSAN, « Le dessaisissement de la personne physique », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz, Sirey, 2011, p. 599 s. ; S. LENORMAND, « Le dessaisissement du débiteur à l'épreuve des évolutions récentes », *JCP E* 2012, 1337 ; B. THULLER, « Que reste-t-il du dessaisissement ? » in « Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? », Actes du Colloque de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 25 novembre 2011, *RPC*, mai 2012, n° 3, art. 14 ; J. THERON, « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire » in « Personne physique et procédures collectives », Séminaire AJDE à Toulouse le 12 octobre 2012, *RPC*, janvier 2013, n° 1, art. 3.

³⁰⁴⁰ Cass. com., QPC, 18 décembre 2012, *Dr. sociétés* 2013, comm. 54, obs. J-P. LEGROS.

³⁰⁴¹ J. VALLANSAN, « Liquidation judiciaire – Conséquences de l'ouverture de la procédure – Régime – Administration de l'entreprise – Liquidation judiciaire simplifiée », *Fasc. 2702*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019, n° 16.

³⁰⁴² P-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 278, p. 254.

dessaisissement n'en est pas moins une anomalie juridique, portant gravement atteinte aux droits et libertés du débiteur »³⁰⁴³. Relative en droit des entreprises en difficulté, la propriété n'est ni pleine, ni entière au sens de l'article 544 du Code civil. « *Il s'agit seulement ici de priver le débiteur de ses prérogatives sur certains biens afin de préserver les droits des créanciers* »³⁰⁴⁴. « *Concrètement, le dessaisissement conduit à priver le débiteur de la possibilité de réaliser certains actes sur ses biens. Sont ici concernés les actes d'administration comme les actes de disposition* »³⁰⁴⁵. Si le dessaisissement sacrifie les prérogatives du droit de propriété du débiteur telles que l'*abusus*, il n'en demeure pas moins que celui-ci reste propriétaire de ses biens. De la sorte, il n'est pas question de créer une « *inaptitude patrimoniale* »³⁰⁴⁶. D'ailleurs, le dessaisissement est pour la CEDH une ingérence établissant non pas une privation de propriété, mais une réglementation de l'usage des biens³⁰⁴⁷. Cette « *mesure de défiance à l'encontre du débiteur* »³⁰⁴⁸ s'applique à tous les biens présents et à venir du débiteur, affectés ou non à l'exploitation, ce qui inclut forcément certaines « *potentialités d'actif* » assimilées aux « *biens immatériels affectés à l'intuitu economicae* » des procédures collectives. En effet, l'article L. 641-9, I, alinéa 3 du Code de commerce exclut les droits extra-patrimoniaux du champ d'application du principe du dessaisissement. Par déduction, les droits patrimoniaux sont compris dans la règle du dessaisissement. Or, l'actif immatériel a été qualifié en droit des entreprises en difficulté à l'épreuve des critères de qualification des droits patrimoniaux. Donc, le principe du dessaisissement en procédure de liquidation judiciaire s'applique à certains actifs immatériels potentiels qualifiés en « *biens immatériels affectés à l'intuitu economicae* » des procédures collectives. Les entorses à l'*abusus* du débiteur dans la procédure de liquidation judiciaire emportent donc une « *propriétarisation* » dérogatoire des « *potentialités d'actif* » en droit des entreprises en difficulté.

Aux vues de l'opinion du Professeur THERON, le débiteur est exproprié pour deux causes dans cette procédure collective : soit pour cause d'utilité d'entreprise en présence d'un plan de cession, soit pour cause d'utilité privée des créanciers en amont d'un plan de cession³⁰⁴⁹. Or, il faut réaffirmer que le plan de cession peut comprendre la cession forcée de certains contrats selon l'article L. 642-7 du Code de commerce³⁰⁵⁰, d'où le tempérament à l'exercice de l'*abusus* par le

³⁰⁴³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1155, p. 510.

³⁰⁴⁴ A. JACQUEMONT, N. BORGA, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 829, p. 501.

³⁰⁴⁵ *Ibid.*, n° 832, p. 503.

³⁰⁴⁶ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 552.09, p. 1431.

³⁰⁴⁷ CEDH 5^{ème} sect., 22 septembre 2011, req. n° 60983/09, Tetu c/ France, GP, 21 janvier 2012, n° 20, p. 6, note. J.-F. RENUCCI ; RPC 2012, études 3, p. 16, note. B. SAINTOURENS et Ph. DUPRAT ; *Act. proc. coll.* 2011/19, comm. 286, note. N. FRICERO ; *Rev. sociétés* 2011. 728, note. Ph. ROUSSEL GALLE ; LPA, 3 janvier 2012, n° 2, p. 11, note. L.-C. HENRY.

³⁰⁴⁸ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1153, p. 509.

³⁰⁴⁹ J. THERON, « Les procédures collectives, révélatrices des limites de la propriété ? », *op. cit.*, spéc. n° 1.

³⁰⁵⁰ *Supra*, n° 209.

débiteur en tant que prérogative de l'article 544 du Code civil. Si la cession forcée recouvre les contrats « nécessaires au maintien de l'activité », on peut en déduire que cette technique légale pourrait rendre cessible de force l'objet de cette thèse. D'abord révélées comme des contrats dans le bilan économique, social et environnemental, les « potentialités d'actif » ont ensuite été qualifiées en biens autonomes en droit des entreprises en difficulté. Par conséquent, la « propriétérisation » de cet actif immatériel potentiel est très impactée dans la procédure de liquidation judiciaire en raison des deux entorses à l'*abusus* du débiteur : le dessaisissement d'une part, la cession judiciaire forcée de certains contrats utiles au redressement de l'entreprise d'autre part.

386. Conclusion de section. La qualification de l'actif immatériel en bien a une incidence dans l'ordre interne, d'où la soumission aux règles relatives à la propriété. Biens « appropriables », les « potentialités » font effectivement l'objet d'une « propriétérisation » en droit des biens et en droit des entreprises en difficulté.

En droit des biens, la « propriétérisation » porte sur certaines « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels, telles que la clientèle et le savoir-faire. Le fondement est l'article 544 du Code civil qui définit une propriété individuelle/pleine et entière. Ces actifs immatériels sont confrontés à l'individualisme du droit de propriété au titre de la « propriétérisation » en droit des biens. Pour cela, une approche historique de la propriété est réalisée. Quant à la plénitude du droit de propriété de l'article 544 du Code civil, elle résulte de l'assemblage d'une trilogie de prérogatives et de caractères. Si les « potentialités de l'actif » sont « propriétérisées » en droit des biens, cela veut donc dire que l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, ainsi que l'absolutisme, l'exclusivisme et la perpétuité du droit de propriété sont applicables. Or, le régime de l'actif immatériel bâti à partir des modalités de l'article 544 du Code civil est artificiel, d'où le recours aux mécanismes du droit des entreprises en difficulté.

Dans cette discipline, la « propriétérisation » s'intéresse à certains actifs immatériels potentiels qualifiés en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Par exemple : l'achalandage, les informations/données, les contrats, le marché/la perte. Réunissant à la fois des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif », ce bien autonome requiert un régime autonome en droit des entreprises en difficulté. Or, la « propriétérisation » en droit des entreprises en difficulté est indépendante de la « propriétérisation » en droit des biens du fait des restrictions apportées au droit de propriété des tiers et du débiteur. Les tiers ont un droit de propriété restreint qui s'exprime à travers l'action en revendication des articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce. Pour revendiquer la propriété mobilière des « potentialités d'actif »/biens immatériels, cette partie prenante externe doit remplir des conditions restrictives de revendication.

Expression de la propriété, l'action en revendication exprime aussi la « propriétérisation » des « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » par la généralité et la soumission des contrats poursuivis à cette règle. En définitive, le régime de l'action en revendication n'est pas plus contraignant pour une « potentialité » qualifiée en bien que pour les autres biens. En ce sens, les « potentialités » reposent sur un même régime, ce qui facilite leur intégration dans le régime des biens soumis au droit des entreprises en difficulté. Quant au débiteur, il bénéficie d'un droit de propriété restreint. Ce droit réel principal apparaît alors relatif en raison de la multiplication des entorses aux prérogatives de l'article 544 du Code civil, spécialement à l'*abusus* dans les trois procédures collectives. Ainsi, la « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en biens immatériels en droit des entreprises en difficulté n'est ni pleine, ni entière.

La qualification de l'actif immatériel en bien a une seconde incidence.

Section 2. La soumission des « potentialités » qualifiées en biens aux règles relatives à la saisissabilité

387. Une incidence dans l'ordre externe. *« Les tiers sont nécessairement concernés par le mécanisme des universalités. Ce dernier leur assure l'effectivité de leurs droits : c'est l'hypothèse du droit de gage général. Il implique aussi la possibilité pour eux de protéger leurs droits : c'est l'hypothèse des sûretés »*³⁰⁵¹. Objets de droit pour les tiers, les « potentialités » constituent éventuellement une nouvelle illustration d'universalité de droit³⁰⁵² saisissable. En effet, les « potentialités » qualifiées en biens sont soumises aux règles relatives à la saisissabilité dans l'ordre externe, c'est-à-dire entre ces biens et les tiers/créanciers. Il s'agit de la deuxième incidence de la qualification de l'actif immatériel en bien qui est assurément la moins évidente. Si cette thèse appréhende l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté du point de vue de l'entreprise débitrice, il ne faut pas minimiser le rôle des créanciers. Critère de qualification opposant les droits patrimoniaux aux droits extra-patrimoniaux, critère de définition d'un bien³⁰⁵³, la saisissabilité est pour nous un élément d'identification du régime de certains actifs immatériels qualifiés soit en biens incorporels en droit des biens, soit en biens immatériels en droit des entreprises en difficulté. C'est pourquoi, la soumission des « potentialités » qualifiées en biens aux

³⁰⁵¹ A-S. FERMANEL DE WINTER, « Universalité de fait et universalité de droit » (première partie), *op. cit.*, spéc. p. 451.

³⁰⁵² *Supra*, n° 279.

³⁰⁵³ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, *op. cit.*, n° 679 et s., p. 222 et s. ; p. 421 et s. ; V° aussi : Cass. civ., 2^{ème}, 3 mai 2007, *LPA*, 9 janvier 2008, p. 10, note. P. BERLIOZ.

règles relatives à la saisissabilité est examinée dans cette double perspective : premièrement en droit des biens (§1) et deuxièmement en droit des entreprises en difficulté (§2).

§1. La saisissabilité des « potentialités » qualifiées en biens en droit des biens

388. La saisissabilité des « potentialités » qualifiées en biens incorporels. La saisissabilité est une notion vaste qui suscite des interférences entre le droit des biens et les voies d'exécution. Dans les articles L. 112-1 à L. 112-4³⁰⁵⁴ du Code des procédures civiles d'exécution, les biens sont effectivement pris en considération sous l'angle de leur saisissabilité. « *La saisissabilité serait de l'essence du bien* »³⁰⁵⁵. Or, cette synergie prouve que le régime de certains actifs immatériels se situe au carrefour des règles du droit des biens et des voies d'exécution. Dès lors, la saisissabilité des « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels comme la clientèle et le savoir-faire nous invite à les rapprocher du principe de saisissabilité des biens, lequel est à la fois général (A) et relatif (B).

A. Le principe général de saisissabilité des biens

389. Le principe général de saisissabilité des biens s'applique-t-il à certaines « potentialités de l'actif » qui ont été qualifiées en biens incorporels en droit des biens ? En particulier, la clientèle et le savoir-faire sont-ils réellement saisissables en tant que « potentialités de l'actif »/biens incorporels sur le fondement du principe général de saisissabilité des biens ? Pour le savoir, il convient d'exposer le principe général de saisissabilité des biens avant de l'appliquer à ces deux « potentialités de l'actif ».

390. Exposé du principe général de saisissabilité des biens. Synonyme d'aliénabilité, de cessibilité, de commercialité et de disponibilité³⁰⁵⁶, la notion de saisissabilité renvoie à la saisie qui est définie par le doyen CORNU en ces mots : « *[v]oie de droit sur le patrimoine ; moyen d'action offert par la loi au créancier sur les biens du débiteur afin d'assurer la conservation et, le cas échéant, la réalisation de son gage* »³⁰⁵⁷. « *Une saisie est une procédure d'exécution qui permet à un créancier de mettre sous main de justice le bien de son débiteur, de le rendre indisponible pour*

³⁰⁵⁴ C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, coll. Cours, 10^{ème} éd., 2019, n° 53, p. 32.

³⁰⁵⁵ C. WITZ, « Droit de gage général - Art. 2284 et 2285 », *Fasc. unique*, JurisClasseur Civil Code, 2016, n° 31.

³⁰⁵⁶ F. PLANCKEEL, « Les notions d'indisponibilité » in « L'indisponibilité en droit des affaires », Colloque organisé par le Centre Ethique et procédure de l'Université d'Artois et le Centre René Demogue de l'Université Lille 2 à la Faculté de droit de Douai le 11 avril 2013, *RLDA*, octobre 2013, n° 86, p. 65.

³⁰⁵⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Saisie.

l'affecter éventuellement au désintéressement du créancier »³⁰⁵⁸. A la lecture de cette double définition, la saisissabilité des biens du débiteur est la traduction du droit de gage général des créanciers au sens des articles 2284 et 2285 du Code civil. Le premier texte dispose que : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Le second texte est voué au régime du droit de gage général : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». Or, ces deux articles « *sont d'une richesse exceptionnelle rejaillissant sur l'ensemble du droit des obligations et des biens* »³⁰⁵⁹, mais pas seulement. En effet, le Code des procédures civiles d'exécution est le « *reflet* »³⁰⁶⁰ des articles 2284 et 2285 du Code civil. Il en va ainsi de l'article L. 111-1, alinéa 1^{er} du Code des procédures civiles d'exécution : « *Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* ». L'article L. 112-1, alinéa 1^{er} du Code des procédures civiles d'exécution « *ne fait que relayer ce principe dans le droit de l'exécution* »³⁰⁶¹ en déclarant que « *les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers* ». Cet article pose le principe général de saisissabilité des biens en droit de l'exécution qui s'immisce aussi en droit des biens. « *Le principe est donc celui de la saisissabilité et, du point de vue du droit des biens on doit également considérer que la saisissabilité est le principe parce qu'il est de principe, justement, que le propriétaire d'un bien doit pouvoir en retirer toutes les utilités. Or, l'une des utilités essentielles d'un bien est de servir au crédit du propriétaire, et la conséquence du crédit est le risque d'impayé, donc de mesures d'exécution sur le bien* »³⁰⁶². Or, ce postulat est le corollaire du droit de gage général des créanciers. « *Traduction du droit de gage général* »³⁰⁶³, la saisie est « *l'archétype des procédures civiles d'exécution, la technique élémentaire de l'exécution forcée* »³⁰⁶⁴, dont le domaine est plutôt large.

Si le principe de saisissabilité des biens est dit général, il faut en déduire que le domaine de la saisissabilité l'est également, d'où l'apparition d'une « *saisissabilité indifférenciée de n'importe*

³⁰⁵⁸ X. DAVERAT, « Saisie », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2019, n° 1.

³⁰⁵⁹ C. WITZ, « Droit de gage général - Art. 2284 et 2285 », *op. cit.*, n° 1.

³⁰⁶⁰ *Ibid.*, n° 6.

³⁰⁶¹ A. LEBORGNE, O. SALATI (dir.), *Code des procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2020, V° le commentaire sous l'article L. 112-1.

³⁰⁶² *Ibid.* ; V° aussi : O. SALATI, « Le mythe du droit de gage général : les biens insaisissables », in A. LEBORGNE et E. PUTMAN (dir.), « Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions », *Droit et procédures*, EJT 2009, p. 11, spéc. n° 17.

³⁰⁶³ C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 61, p. 37.

³⁰⁶⁴ *Ibid.*, n° 53, p. 32.

quel bien du débiteur »³⁰⁶⁵. En ce sens, la partie réglementaire du Code des procédures civiles d'exécution met en valeur la généralité du principe de saisissabilité des biens en précisant ce que recouvre la notion de biens saisissables. L'article R. 112-1 du Code des procédures civiles d'exécution indique que : « *Tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une mesure conservatoire, si ce n'est dans les cas où la loi prescrit ou permet leur insaisissabilité* ». Partant, les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, actuels ou futurs sont en principe saisissables³⁰⁶⁶ à l'image de ce texte. « *Peu importe que le bien soit un meuble ou un immeuble, peu importe également qu'il soit corporel ou incorporel, il suffit qu'il entre dans le gage commun pour pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée* »³⁰⁶⁷. Contrairement au droit des biens, le droit des voies d'exécution a fait preuve de modernité en prenant en compte les biens démunis de *corpus* par des mesures d'exécution forcée. « *Prenant acte du processus de dématérialisation amorcé dans la deuxième partie du XXe siècle et de l'apparition dans notre paysage juridique d'une foule de biens incorporels, la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, aujourd'hui codifiée, a institué des procédures destinées spécifiquement à les appréhender* »³⁰⁶⁸. « *En effet, depuis une quarantaine d'années, certains biens nouveaux, de nature incorporelle, issus de la transformation des patrimoines, ont imposé un véritable test d'adaptation au droit de l'exécution, test auquel le législateur de 1991 a fait face en instituant des procédures spécifiques destinées à appréhender la plupart d'entre eux, notamment les valeurs mobilières et les droits d'associés* »³⁰⁶⁹. Plus précisément, le législateur a reconnu le principe de saisissabilité des biens incorporels à l'article 59 de la loi du 9 juillet 1991³⁰⁷⁰. Il est codifié à l'article L. 231-1 du Code des procédures civiles d'exécution aux termes duquel un créancier titulaire d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut « *faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire* ». En définitive, ce sont les articles R. 231-1 à R. 233-9 du Code des procédures civiles d'exécution qui organisent substantiellement la saisie des droits incorporels. En particulier, la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières est consacrée par les articles R. 232-1 à R. 233-9 du Code des

³⁰⁶⁵ S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2018/2019, n° 0151.06, p. 153.

³⁰⁶⁶ A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 2014, 2^{ème} éd. n° 496, p. 239 ; M. et J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2017, n° 264, p. 99.

³⁰⁶⁷ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, *op. cit.*, n° 295, p. 307.

³⁰⁶⁸ O. SALATI, E. BOTREL, « Saisie des droits incorporels – Droits incorporels autres que les droits d'associés et valeurs mobilières – Généralités », *Fasc. 630, JurisClasseur Voies d'exécution*, 2014, n° 1.

³⁰⁶⁹ S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, *op. cit.*, n° 0151.06, p. 152.

³⁰⁷⁰ Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

procédures civiles d'exécution, laquelle est d'ailleurs applicable par analogie aux autres biens incorporels. « *On pouvait regretter que les procédures conçues pour saisir les droits intellectuels des entreprises, les droits de propriété intellectuelle, voire les clientèles civiles et commerciales n'aient pas été englobées dans la réforme de 1991. Il était possible cependant de lire les dispositions de la loi de 1991 comme le droit commun des saisies de droits incorporels et d'examiner la question de leur patrimonialité et donc de leur saisissabilité, indépendamment de toute procédure spécifique, ce que la jurisprudence a confirmé assez rapidement. Et cela d'autant plus que depuis 1991, il fallait tenir compte du développement des instruments financiers saisissables, ce qui militait pour une adaptation, au cas par cas, des procédures existantes aux droits incorporels nouveaux* »³⁰⁷¹. Dans ces conditions, sont ainsi saisissables une licence de taxi ou une licence de débit de boissons, un brevet³⁰⁷², une marque³⁰⁷³. Le fonds de commerce est en revanche hors champ de la saisie des droits d'associés et valeurs mobilières³⁰⁷⁴. « *Le principe est donc que, même en l'absence d'une réglementation spéciale, on peut normalement saisir les biens incorporels par l'utilisation analogique de la saisie des droits d'associés et valeurs mobilières* »³⁰⁷⁵. « *Ainsi, si la catégorie des droits incorporels est peu homogène, le corps de règles prévu pour les saisies de droits d'associés et valeurs mobilières est apparu suffisant, sous réserve d'adaptations, pour constituer le droit commun de la saisie de tous les droits incorporels* »³⁰⁷⁶.

Général, le principe de saisissabilité des biens n'est au demeurant pas libre. En effet, l'effectivité de la saisissabilité³⁰⁷⁷ exige trois conditions de fond. Tout d'abord, le bien doit appartenir au débiteur, de sorte qu'il doit être soit propriétaire, soit titulaire de celui-ci³⁰⁷⁸. Ensuite, le bien doit respecter une condition de disponibilité entre les mains du débiteur, ce qui exclut les indisponibilités³⁰⁷⁹. Enfin, le bien doit être compris dans le gage général des créanciers³⁰⁸⁰. En principe, le droit de gage des créanciers est général, sauf en cas de création d'un patrimoine d'affectation. A cet égard, le principe de saisissabilité est passé d'une « *saisissabilité indifférenciée*

³⁰⁷¹ C. BRENNER, A. LEBORGNE, C. GIJSBERG, *Droit de l'exécution*, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2019, n° 1527, p. 702.

³⁰⁷² V° l'article L. 613-21 du Code de la propriété intellectuelle.

³⁰⁷³ V° l'article R. 714-4 du Code de la propriété intellectuelle ; TGI Paris 28 mai 2003, *Dr. et proc.* 2003, n° 6, p. 373, obs. M. CHARDON.

³⁰⁷⁴ V° l'article L. 143-5 du Code de commerce.

³⁰⁷⁵ C. BRENNER, « La saisie du fonds d'entreprise », *in* dossier : « La saisie des biens de l'entreprise », Conférence donnée au cours d'une matinée-débats organisée par les éditions Lamy, *Droit et patrimoine*, janvier 2009, n° 177, p. 51 s., spéc. p. 62.

³⁰⁷⁶ C. BRENNER, A. LEBORGNE, C. GIJSBERG, *Droit de l'exécution*, *op. cit.*, n° 1528, p. 702.

³⁰⁷⁷ C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 62, p. 37.

³⁰⁷⁸ *Ibid.*, n° 63-65, p. 37-39.

³⁰⁷⁹ *Ibid.*, n° 66, p. 39-40.

³⁰⁸⁰ *Ibid.*, n° 67, p. 40-41.

de n'importe quel bien du débiteur »³⁰⁸¹ à une « saisissabilité différenciée, voire affectée »³⁰⁸². C'est pourquoi, « la saisissabilité est désormais morcelée, ou en tout cas son sens évolue »³⁰⁸³.

391. Applicabilité du principe général de saisissabilité des biens aux « potentialités de l'actif ». Plusieurs arguments détaillés dans l'exposé du principe général de saisissabilité des biens plaident en faveur de l'applicabilité dudit principe aux « potentialités de l'actif » qui ont été qualifiées en biens incorporels en vertu de l'article 529 du Code civil. « Dès lors que tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire (C. pr. exéc., art. L. 231- 1), le champ des voies d'exécution englobe l'immatériel »³⁰⁸⁴.

L'admission même d'un principe général permet *a priori* d'étendre la saisissabilité à tous les biens sans exclure les biens incorporels. Qu'il s'agisse des textes du Code civil ou du Code des procédures civiles d'exécution, certains actifs immatériels qualifiés en biens incorporels paraissent effectivement saisissables.

S'agissant des articles 2284 et 2285 du Code civil, le droit de gage général intègre les biens incorporels en raison de l'étendue matérielle et temporelle du mécanisme. D'une part, la consistance matérielle du droit de gage général recouvre tous les biens – mobiliers et immobiliers. D'autre part, le droit de gage général porte sur tous les biens – présents et à venir. « Certes, le principe est celui de la saisissabilité : le droit de gage général implique que tous les biens du débiteur soient saisissables si la loi ne prévoit pas spécialement le contraire. Par conséquent, dès l'instant que des valeurs incorporelles accèdent au statut de bien, elles entrent dans le droit de gage général »³⁰⁸⁵. Plus précisément, l'article 2284 du Code civil « envisage ainsi tous les biens mobiliers présentant une valeur économique, donc sont aussi concernés les biens incorporels. La possibilité de principe pour les créanciers de saisir tous les droits incorporels ne semble dès lors pas faire de doute »³⁰⁸⁶. Si l'objet du droit de gage général est un bien mobilier à venir, cela signifie donc que les « potentialités de l'actif » identifiées en biens incorporels peuvent être affectées au paiement des dettes selon les articles 2284 et 2285 du Code civil. De ce fait, le créancier aurait le droit de saisir les « potentialités de l'actif » du débiteur telles que la clientèle et le savoir-faire pour être payé de son dû. Toutefois, c'est la partie active du patrimoine du débiteur qui constitue

³⁰⁸¹ S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., n° 0151.06, p. 153.

³⁰⁸² *Ibid.*

³⁰⁸³ *Ibid.*

³⁰⁸⁴ *Ibid.*, n° 0730.05, p. 855.

³⁰⁸⁵ C. BRENNER, « La saisie du fonds d'entreprise », op. cit., spéc. p. 60.

³⁰⁸⁶ O. SALATI, E. BOTREL, « Saisie des droits incorporels – Droits incorporels autres que les droits d'associés et valeurs mobilières – Généralités », op. cit., n° 5.

l'assiette du droit de gage général, ce qui exclut les « potentialités de passif » à valeur négative représentant la partie passive du patrimoine du débiteur.

Concernant les articles L. 112-1, alinéa 1^{er} et R. 112-1 du Code des procédures civiles d'exécution, le principe général de saisissabilité au bénéfice des « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels est plus explicite. En effet, la saisie vise tous les biens du débiteur, et notamment mobiliers, incorporels et futurs dès lors qu'ils entrent dans le périmètre du gage commun. « *Que l'incorporel fasse l'objet de procédures d'exécution n'est jamais qu'une conséquence particulière de l'existence du droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de leurs débiteurs, et constitué de tous ses biens mobiliers ainsi que le dit l'article 2284 du Code civil* »³⁰⁸⁷. Par l'appréhension des nouveaux biens incorporels que sont les droits d'associés et les valeurs mobilières, la loi du 9 juillet 1991³⁰⁸⁸ applique le principe général de saisissabilité aux biens dépourvus de *corpus*, donc *in fine* aux « potentialités de l'actif ». En effet, la saisie des biens incorporels est expressément prévue à l'article L. 231-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Conformément aux articles R. 231-1 à R. 233-9 du Code des procédures civiles d'exécution, la saisie des biens incorporels est reliée par analogie à la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières due à la négation de règles spécifiques, ce qui englobe les clientèles civiles et commerciales³⁰⁸⁹ considérées à la fois comme des « potentialités de l'actif » et des biens incorporels.

Outre le législateur, la jurisprudence s'inscrit dans ce sillage incorporel en appliquant le principe général de saisissabilité aux biens incorporels, et particulièrement aux licences. Or, cette consécration jurisprudentielle peut être le prélude à la saisissabilité des autres biens incorporels. Pour illustration, la clientèle est un bien incorporel cessible³⁰⁹⁰ qui devrait être *ipso facto* saisissable. « *Tous ces droits incorporels [les droits de propriété intellectuelle mais aussi les clientèles civiles et commerciales, les licences et autorisations d'exercice ou d'exploitation] qui, offrant un monopole d'exploitation à leur titulaire, représentent une valeur saisissable par les créanciers en vertu du droit de gage général de l'article 2284 C. civ. et des dispositions de l'article L. 112-1 (anc. art. 13 de la loi de 1991)* »³⁰⁹¹. Précisons néanmoins que la saisissabilité de la clientèle – civile³⁰⁹² ou commerciale³⁰⁹³ – ne se fait pas de façon autonome.

³⁰⁸⁷ S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., n° 0730.05, p. 855.

³⁰⁸⁸ Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

³⁰⁸⁹ C. BRENNER, A. LEBORGNE, C. GIJSBERG, *Droit de l'exécution*, op. cit., n° 1527, p. 702.

³⁰⁹⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 7 novembre 2000, jurisprudence précitée.

³⁰⁹¹ C. BRENNER, A. LEBORGNE, C. GIJSBERG, *Droit de l'exécution*, op. cit., n° 1581, p. 718.

³⁰⁹² J. MESTRE, B. FAGES, « La clientèle civile, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, peut valablement constituer l'objet d'un contrat de cession ! », *RTD civ.* 2001. 130.

³⁰⁹³ En effet, la clientèle commerciale est saisissable simultanément avec le fonds de commerce : Cass. com., 31 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 180.

392. Transition. La saisissabilité de certains actifs immatériels en droit des biens implique une incursion dans les voies d'exécution, dans la mesure où les biens sont envisagés par leur saisissabilité dans le Code des procédures civiles d'exécution. En la matière, il existe un principe général de saisissabilité des biens, dont l'objet peut être associé aux « potentialités de l'actif »/biens incorporels. Avant d'appliquer ce principe à ces « potentialités de l'actif », il faut l'exposer au regard des textes du Code civil et du Code des procédures civiles d'exécution. Puisque le principe général de saisissabilité des biens concerne les biens mobiliers, incorporels et futurs, il peut notamment s'appliquer à la clientèle et au savoir-faire, donc *in fine* aux « potentialités de l'actif ». Le principe général de saisissabilité des biens n'est cependant pas absolu.

B. L'exception au principe général de saisissabilité des biens

393. Exposé de l'exception au principe général de saisissabilité des biens. Le principe général de saisissabilité des biens a une exception. C'est l'insaisissabilité des biens au sens de l'article R. 112-1 *in fine* du Code des procédures civiles d'exécution : « *si ce n'est dans les cas où la loi prescrit ou permet leur insaisissabilité* ». Comme toute exception en droit, l'insaisissabilité des biens est interprétée strictement³⁰⁹⁴. Sur ce point, il n'y a pas d'insaisissabilité sans texte. Mais, l'exception au principe général de saisissabilité des biens a deux sources : d'une part, la loi et non le règlement³⁰⁹⁵ : article L. 112-2, 1^o³⁰⁹⁶, 2^o³⁰⁹⁷, 3^o³⁰⁹⁸, 5^o³⁰⁹⁹, 6^o³¹⁰⁰, 7^o³¹⁰¹ du Code des procédures

³⁰⁹⁴ Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-13.643, D. 2014, 1326.

³⁰⁹⁵ CE. 9 février 2000, JCP 2000, II, 10314, note. H. CROZE et T. MOUSSA ; Cass. civ., 1^{ère}, 4 novembre 2003, Bull. civ, I, n° 222.

³⁰⁹⁶ Ce texte dispose que : « *Ne peuvent être saisis :*

1° *Les biens que la loi déclare insaisissables ;* ».

³⁰⁹⁷ Ce texte dispose que : « *Ne peuvent être saisis :*

2° *Les biens que la loi rend incessibles à moins qu'il n'en soit disposé autrement ;* ».

³⁰⁹⁸ Ce texte dispose que : « *Ne peuvent être saisis :*

3° *Les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ;* ».

³⁰⁹⁹ Ce texte dispose que : « *Ne peuvent être saisis :*

5° *Les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix, dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat et sous réserve des dispositions du 6°. Ils deviennent cependant saisissables s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement, s'ils sont des biens de valeur, en raison notamment de leur importance, de leur matière, de leur rareté, de leur ancienneté ou de leur caractère luxueux, s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce ;* ».

³¹⁰⁰ Ce texte dispose que : « *Ne peuvent être saisis :*

6° *Les biens mobiliers mentionnés au 5°, même pour paiement de leur prix, lorsqu'ils sont la propriété des bénéficiaires de prestations d'aide sociale à l'enfance prévues aux articles L. 222-1 à L. 222-7 du code de l'action sociale et des familles ;* ».

³¹⁰¹ Ce texte dispose que : « *Ne peuvent être saisis :*

7° *Les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades* ».

civiles d'exécution et d'autre part, la volonté : article L. 112-2, 4^o³¹⁰² du Code des procédures civiles d'exécution.

394. Applicabilité de l'exception au principe général de saisissabilité des biens aux « potentialités de l'actif ». Si le principe général de saisissabilité des biens épouse les biens incorporels, les insaisissabilités épousent aussi les biens incorporels³¹⁰³. Partant, l'exception au principe général de saisissabilité des biens s'applique-t-elle aux « potentialités de l'actif » qui ont été qualifiées en biens incorporels en droit des biens ? « *Au titre des insaisissabilités imposées par la loi, l'article L. 112-2, 4^o excepté, déroule une liste de biens insaisissables corporels ou incorporels qui, on s'en doute, ne peut pas être exhaustive* »³¹⁰⁴. Tel est le cas des parts d'un associé en industrie. Elles sont « *représentatives de l'activité que l'associé consacre à la société, elles sont liées à sa personne et par là même incessibles. Cette incessibilité entraîne leur insaisissabilité* »³¹⁰⁵. Puisque l'apport en industrie³¹⁰⁶ est assimilé pour notre part à l'apport d'un potentiel de l'associé à la société, il ne s'agit pas d'une « potentialité de l'actif », donc *in fine* d'un bien incorporel. Au contraire, l'apport en industrie est d'abord valorisé en « potentialité d'actif », puis qualifié en bien immatériel dans les procédures collectives. Cet exemple montre en filigrane que l'insaisissabilité des biens ne doit pas être recherchée en droit des biens à l'orée des biens incorporels, mais en droit des entreprises en difficulté à l'aune des biens immatériels. « *Car c'est incontestablement dans cette substitution forcée d'une exécution collective à l'exécution individuelle que réside désormais la principale limite à la saisie des biens de l'entreprise* »³¹⁰⁷. En réalité, le régime de saisissabilité des actifs immatériels potentiels est plus attractif en droit des entreprises en difficulté.

395. Transition. Relatif, le principe général de saisissabilité des biens supporte une exception qui réside en une insaisissabilité. Si un bien incorporel peut être insaisissable, l'exception au principe général de saisissabilité des biens peut s'appliquer aux « potentialités de l'actif »/biens incorporels. Cela étant, il existe un domaine dans lequel les insaisissabilités occupent une place spécifique : les procédures collectives. Le droit des entreprises en difficulté est globalement à l'origine d'un régime de saisissabilité plus séduisant pour les actifs immatériels potentiels.

³¹⁰² Ce texte dispose que : « *Ne peuvent être saisis :*

4^o *Les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur, sauf autorisation du juge, et, pour la portion qu'il détermine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ;* ».

³¹⁰³ S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., n° 0151.101, p. 169-170.

³¹⁰⁴ A. LEBORGNE, O. SALATI (dir.), *Code des procédures civiles d'exécution*, op. cit., V° le commentaire sous l'article L. 112-3 du Code des procédures civiles d'exécution.

³¹⁰⁵ R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, hors-collection, 3^{ème} éd., 2013, n° 694, p. 606.

³¹⁰⁶ *Supra*, n° 20, 138, 139, 229.

³¹⁰⁷ C. BRENNER in « La saisie des biens de l'entreprise », op. cit., spéc, p. 51.

§2. La saisissabilité des « potentialités » qualifiées en biens en droit des entreprises en difficulté

396. La saisissabilité des « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* ». Individuelle, la saisie présente également une dimension collective quand les procédures collectives interfèrent avec les voies d'exécution³¹⁰⁸. C'est la raison pour laquelle la saisissabilité des « potentialités » est tantôt individuelle en droit des biens, tantôt collective en droit des entreprises en difficulté. Dans ce cadre, il s'agit de rendre saisissables les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Or, ce bien autonome commande un régime autonome de saisissabilité en droit des entreprises en difficulté. Dans l'ordre externe, ce régime est caractérisé par deux aspects : d'une part, la définition spéciale de la notion de saisissabilité (A) et d'autre part, l'affirmation générale du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur (B).

A. La définition spéciale de la notion de saisissabilité

397. Le fondement spécial de la saisissabilité. Spéciale, la notion de saisissabilité est définie par un double fondement – propre aux procédures collectives : légal (1) et doctrinal (2).

1. Le fondement légal de la saisissabilité

398. L'apurement du passif. La saisissabilité en droit des entreprises en difficulté est fondée non pas sur le Code des procédures civiles d'exécution, mais spécialement sur deux dispositions du livre VI du Code de commerce : les articles L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce sur la procédure de sauvegarde et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce sur la procédure de redressement judiciaire. Partant, c'est l'objectif financier d'apurement du passif qui fonde la saisissabilité des biens et par voie de conséquence des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. « *L'apurement du passif, dernier des objectifs affichés, est réalisé dans un cadre collectif, censé assurer une égalité de traitement entre les différents créanciers* »³¹⁰⁹. Apparemment convergent aux

³¹⁰⁸ L. CAMENSULI-FEUILLEARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution. Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Dalloz-Sirey, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008.

³¹⁰⁹ P. CAGNOLI, « Le droit des entreprises en difficulté, un droit dérogatoire et précurseur au service de l'entreprise – Au regard des règles d'exécution », in « Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ? », F. MACORIG-VENIER (dir.), IFR Actes de colloques n° 30 du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 183 et s., spéc. p. 184.

procédures collectives et aux voies d'exécution, cet objectif financier d'apurement du passif s'avère fondamentalement divergent.

399. Un objectif convergent aux procédures collectives et aux voies d'exécution. Fort de l'apurement du passif, la saisissabilité des biens du débiteur a vocation à désintéresser le créancier. Ceci est en harmonie avec la notion d'intérêt collectif, c'est-à-dire « *la protection et la reconstitution du gage commun des créanciers* »³¹¹⁰. « *Cet effet réel considéré comme la saisie collective du gage commun des créanciers ravive les conceptions les plus traditionnelles du droit des entreprises en difficulté, principalement la fonction de paiement des créanciers passée en objectif mineur dans la nouvelle architecture donnée par le législateur au droit des entreprises en difficulté* »³¹¹¹. Partant, cet objectif financier incarne le trait d'union entre les procédures collectives et les voies d'exécution à propos de la notion de saisissabilité. Par l'apurement du passif, les procédures collectives ressemblent à des voies d'exécution selon la conception traditionnelle du droit des entreprises en difficulté qui prévalait avant la loi Badinter. « *Avant la loi du 25 janvier 1985, le droit de la faillite tendait principalement au paiement des créanciers et donc à l'exécution forcée des biens du débiteur* »³¹¹². « *Ne disait-on pas, autrefois, du droit des faillites qu'il constituait les voies d'exécution du droit commercial ? L'affirmation est toujours exacte, même si les préoccupations du législateur des faillites ont largement évolué et ne sont plus tournées, loin s'en faut, vers la seule satisfaction des créanciers* »³¹¹³. En effet, cette loi a fait de l'entreprise³¹¹⁴ l'épicentre des procédures collectives, ce qui « *a fait perdre de vue l'effet de saisie collective du patrimoine du débiteur traditionnellement attaché à la faillite* »³¹¹⁵. « *Il ne s'agit pas d'abandonner le souci louable de redresser les entreprises en difficulté lorsque cela est possible, il s'agit de proposer une nouvelle lecture du droit des procédures collectives par le prisme de l'effet réel, c'est-à-dire par un retour à la fonction de voie d'exécution traditionnellement reconnue à cette branche du droit* »³¹¹⁶. « *Il semble donc que les finalités modernes assignées au droit des procédures*

³¹¹⁰ Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, FSPBRI, *act. proc. coll.* 2015-12, n° 184, repère F-X. LUCAS; *D.* 2015, act. 1205, obs. A. LIENHARD; *DPDE* juillet 2015, bull. 372, p. 13, note. L-C. HENRY; *JCP E* 2015, 1422, n° 7, obs. Ph. PETEL; *BJE*, septembre 2015, p. 269, éditorial P-M. LE CORRE; *GP*, 22 septembre 2015, n° 265, p. 19, note. J. THERON.

³¹¹¹ M-H. MONSERIE-BON, « L'effet réel », in P-M. LE CORRE (dir.), « Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté », Actes du Colloque organisé à l'Université Côte d'Azur le 6 avril 2018 par le CRAJEFE et le CERDP, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 63 s., spéc. p. 63.

³¹¹² M. SENECHAL, « L'effet réel de la procédure collective », *BJE*, mars 2014, n° 2, p. 65.

³¹¹³ P. CAGNOLI, « Le droit des entreprises en difficulté, un droit dérogatoire et précurseur au service de l'entreprise – Au regard des règles d'exécution », *op. cit.*, spéc. p. 184.

³¹¹⁴ *Supra*, n° 10, 11.

³¹¹⁵ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 184, p. 163-164.

³¹¹⁶ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, *op. cit.*, n° 4, p. 10.

collectives n'ont pas rendu obsolète l'idée selon laquelle la procédure collective est une variété de voie d'exécution »³¹¹⁷.

400. Un objectif divergent aux procédures collectives et aux voies d'exécution. Si l'objectif financier d'apurement du passif est commun aux procédures collectives et aux voies d'exécution, il n'en demeure pas moins que la satisfaction des intérêts des créanciers fait l'objet d'une appréciation divergente entre ces deux branches du droit privé. En effet, on constate des logiques antagonistes entre les procédures civiles d'exécution et les procédures collectives³¹¹⁸. Le premier système « *cherche à procurer satisfaction de la façon la plus efficace au seul créancier poursuivant en causant le moins de gêne possible au débiteur. On n'y perçoit pas de dimension collective. Chaque créancier pourvoit à la satisfaction de ses propres intérêts et la loi donne priorité au plus diligent* »³¹¹⁹. A l'inverse, les procédures collectives « *reposent sur le postulat d'une pluralité de créanciers et d'une pénurie de gage au sens des articles 2092 et 2093 du Code civil. Elles tendent à empêcher que les créanciers les mieux informés ou ceux disposant des plus grands moyens de pression sur le débiteur soient seuls payés au détriment des autres. Elles sont, par essence, des procédures de distribution où chacun doit être payé à son rang dans la mesure de ce que permet le patrimoine du débiteur* »³¹²⁰. « *La collision entre une procédure individuelle d'exécution et une procédure collective d'exécution est inéluctable. Les deux corps de règle vont nécessairement se heurter tant leurs objectifs sont diamétralement opposés. La voie d'exécution permet à un créancier, avec le concours de l'autorité publique, d'obtenir l'exécution forcée des engagements pris envers lui. Une procédure collective est, quant à elle, une procédure dans laquelle le règlement des dettes du débiteur, qui bénéficie de la protection de la justice, n'est pas abandonné à l'initiative individuelle de chaque créancier* »³¹²¹. En droit des entreprises en difficulté, l'objectif financier doit cohabiter avec les objectifs économiques des procédures collective, lorsqu'il s'agit de rendre saisissables les biens du débiteur par le créancier. Dans cette thèse, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est surtout orientée du point de vue de l'entreprise débitrice, donc *in fine* au niveau des objectifs économiques des procédures collectives. Cela est vrai en ce qui concerne la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en

³¹¹⁷ *Ibid.*, n° 5, p. 12.

³¹¹⁸ Ph. TERY, « Procédures collectives et voies d'exécution », *Fasc. 475*, JurisClasseur Voies d'exécution, 2016, n° 1.

³¹¹⁹ J-P. SENECHAL, « Procédures civiles d'exécution et procédures collectives », *LPA*, 22 décembre 1999, n° 254, p. 34.

³¹²⁰ *Ibid.*

³¹²¹ J-J. BISSIEUX, V. CUISINIER, « Les voies d'exécution à l'épreuve des procédures collectives » *in* « Le titre exécutoire et le recouvrement des créances », dossier spécial, *Procédures*, août 2008, n° 8-9, art. 8, spéc. n° 3.

difficulté³¹²². Un régime de l'actif immatériel est pour autant avancé dans l'ordre externe en droit des entreprises en difficulté en raison des incidences à l'égard des tiers/créanciers. En effet, la saisissabilité des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » en droit des entreprises en difficulté rend compte aussi de l'objectif financier d'apurement du passif. En conséquence, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est caractérisée principalement par les objectifs économiques au niveau de la valorisation et subsidiairement par l'objectif financier au niveau du régime de l'actif immatériel.

401. Transition. Le fondement légal de la saisissabilité justifie la définition spéciale de cette notion. Ce sont les articles L. 620-1, alinéa 1^{er} et L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce sur l'apurement du passif qui fondent la saisissabilité en droit des entreprises en difficulté. Commun aux procédures collectives et aux voies d'exécution, cet objectif financier doit être jumelé avec les objectifs économiques du droit des entreprises en difficulté. Or, ces derniers sont hiérarchisés pour appréhender l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté.

Les contours de la notion de saisissabilité sont avant tout dessinés par un auteur réputé.

2. Le fondement doctrinal de la saisissabilité

402. L'effet réel de la procédure collective amorcé par la doctrine. La notion de saisissabilité en droit des entreprises en difficulté ne peut être détachée de l'effet réel de la procédure collective qui est amorcé par Monsieur SENECHAL dans ses travaux³¹²³. « *La construction de Marc Sénéchal permet d'avoir une approche plus juridique et rigoureuse de la procédure collective, éloignée du bavardage sur l'intérêt de l'entreprise et la nécessité de son sauvetage, objectifs qui ne sont évidemment pas négligeables mais qui doivent être conciliés avec les droits de la collectivité des créanciers qui appréhende le gage commun que constituent les actifs saisissables du débiteur* »³¹²⁴. Le fondement doctrinal de la saisissabilité est par conséquent l'effet réel « défini comme l'effet de saisie de l'ensemble des biens du débiteur par ses créanciers »³¹²⁵. « *L'effet réel peut être défini comme l'effet de saisie des biens du débiteur par la collectivité de ses créanciers et la mise en*

³¹²² *Supra*, partie 1.

³¹²³ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, Thèse précitée.

³¹²⁴ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 298, p. 265.

³¹²⁵ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, op. cit., n° 5, p. 11.

œuvre de leur gage commun dans la procédure collective »³¹²⁶. Dans l'ouvrage du Professeur COQUELET, cette notion doctrinale est d'ailleurs répertoriée dans une liste de définitions : « [e]xpression d'origine doctrinale désignant l'étendue des effets de l'ouverture d'une procédure collective sur les biens composant le patrimoine du débiteur »³¹²⁷.

403. L'effet réel de la procédure collective approuvé par la jurisprudence. D'abord amorcé par Monsieur SENECHAL, l'effet *in rem* de la procédure collective est ensuite approuvé par deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2010³¹²⁸. Depuis lors, l'effet réel de la procédure collective traduit un effet classique du droit des entreprises en difficulté, en ce que les biens du débiteur constituent le gage commun des créanciers en vertu des articles 2284 et 2285 du Code civil³¹²⁹. Ainsi, la saisissabilité des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » en droit des entreprises en difficulté est inséparable de cet effet réel. Dit autrement, la saisissabilité serait l'effet réel de certains actifs immatériels potentiels identifiés en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

404. Transition. La notion de saisissabilité est définie par un fondement doctrinal particulier en droit des entreprises en difficulté : l'effet réel de la procédure collective. Amorcée par Monsieur SENECHAL, cette notion doctrinale est ancrée en droit positif comme l'atteste son approbation par la Cour de cassation en 2010.

Dès lors, la saisissabilité de certains actifs immatériels potentiels doit être délimitée à partir de l'effet réel de la procédure collective qui fonde un principe général.

B. L'affirmation générale du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur

405. La relativité du principe. En droit des entreprises en difficulté, l'ouverture d'une procédure collective a un effet réel qui correspond au principe de saisie collective et automatique de tous les

³¹²⁶ M. SENECHAL, « L'effet réel de la procédure collective », *op. cit.*, p. 65.

³¹²⁷ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, spéc. p. 149.

³¹²⁸ Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, Bull. civ, IV, n° 55, D. 2010, chron. p. 112, obs. M. BELAVAL; *Act. proc. coll.* 2010, n° 122, obs. J. VALLANSAN, LEDEN, mai 2010, p. 1, obs. F-X. LUCAS ; *GP*, 2-3 juillet 2010, p. 13, obs. L. ANTONINI-COCHIN ; *RPC*. 2010, n° 248, obs. G. BERTHELOT ; *Cah. dr. entr.*, p. 5, obs. Ph. ROUSSEL GALLE / Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, Bull. civ, IV, n° 78, D. 2010, p. 1072 ; D. 2011, p. 1509, obs. A. LEBORGNE ; *RTD com.* 2010, p. 794, obs. J-L. VALLENS ; *JCP E* 2010, 1534, note. Ch. LEBEL, 1742 ; *Actualité proc. coll.* 2010, n° 137, obs. L. FIN-LANGER ; *LEDEN*, juin 2010, obs. P. RUBELLIN ; *RPC*. 2012, n° 33, obs. P. CANET ; *GP*, 2-3 juillet 2010, p. 27, obs. D. VOINOT ; *Procédures* 2010, n° 236, obs. B. ROLLAND.

³¹²⁹ Ph. ROUSSEL GALLE, « Effet personnel et effet réel des procédures judiciaires », *in* dossier « La loi de sauvegarde à l'âge de raison », *Droit et patrimoine*, mars 2013, n° 223, p. 60.

biens composant le patrimoine du débiteur par les créanciers (1). Ce principe général est toutefois assorti d'exceptions (2).

1. Le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur

406. Le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur s'applique-t-il à certains actifs immatériels potentiels qui ont été qualifiés en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives ? En particulier, les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » sont-elles réellement saisissables en tant que biens immatériels sur le fondement du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur ? La réponse à cette interrogation suppose un raisonnement en deux étapes. En premier lieu, il faut exposer le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur à titre de majeure. En second lieu, ce principe doit être réellement rapproché des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » à titre de mineure.

407. **Exposé du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur.** Il est vrai que la personne du débiteur se trouve au centre de la procédure collective³¹³⁰. « *Cependant, la personne du débiteur n'est en réalité qu'un vecteur vers le patrimoine qui est la véritable cible de la procédure collective* »³¹³¹. A *contrario* de l'effet *in personam*, l'effet *in rem* de la procédure collective appréhende moins la personne du débiteur que le patrimoine du débiteur : « *la porte d'entrée de la procédure collective est une personne, mais très vite, les règles applicables concernent ses biens, son patrimoine, un peu comme si la personne passait au second plan* »³¹³². Cet effet permet de tracer une frontière entre la personne et le patrimoine. De ce fait, le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur résultant de l'effet réel de la procédure collective présente une dimension patrimoniale manifeste. « *Emanation de la personne et universalité servant de réceptacle à son actif et à son passif, le patrimoine est nécessairement appréhendé par la procédure collective, qui, en visant le débiteur, atteint son patrimoine sur lequel s'opère une saisie exercée par la collectivité des créanciers* »³¹³³. Cet effet réel indissociable du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur « *appréhende l'ensemble du patrimoine du débiteur, lequel se trouve, si l'on en croit une autre expression imagée et évocatrice, placé sous main de justice* »³¹³⁴. C'est pourquoi, ce principe règle la question du périmètre des procédures collectives qui est posée à trois niveaux³¹³⁵ : tout

³¹³⁰ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 298, p. 211.

³¹³¹ *Ibid.*

³¹³² Ph. ROUSSEL GALLE, « Effet personnel et effet réel des procédures judiciaires », op. cit., p. 60.

³¹³³ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 92, p. 94.

³¹³⁴ *Ibid.*

³¹³⁵ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, op. cit., n° 158, p. 83.

d'abord, au niveau de l'étendue de l'assistance ou du dessaisissement, ensuite, au niveau de l'identification des biens échappant aux poursuites individuelles des créanciers, enfin au niveau des biens réalisés en procédure de liquidation judiciaire. Partant, le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur comme effet réel de la procédure collective est d'application générale. Cette généralité est le résultat de deux facteurs. Premièrement, ce postulat est applicable dans toutes les procédures collectives, dont la nature est judiciaire³¹³⁶. Il intervient donc dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires. « *Ce principe de saisie collective et automatique de tous les biens composant le patrimoine du débiteur personne physique par la procédure collective est un principe général, c'est-à-dire commun à toutes les procédures (sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire)* »³¹³⁷. « *C'est une chose de dire que la procédure collective produit les effets d'une vaste saisie collective, c'en est une autre que d'identifier les biens qu'elle appréhende et qui du coup subissent l'effet réel attaché au jugement d'ouverture* »³¹³⁸. Deuxièmement, tous les biens du débiteur constitutifs du gage commun des créanciers au sens des articles 2284 et 2285 du Code civil sont en principe incorporés dans le périmètre de ces trois procédures collectives³¹³⁹. « *Contrairement aux procédures civiles d'exécution, le droit des procédures collectives donne naissance à un effet réel universel, c'est-à-dire portant immédiatement sur l'ensemble du patrimoine du débiteur dont les manifestations les plus évidentes sont l'arrêt des poursuites individuelles et le dessaisissement* »³¹⁴⁰. La saisie « *est également universelle dans la mesure où son effet réel englobe la totalité du patrimoine du débiteur conformément aux articles 2092 et 2093 du code civil* »³¹⁴¹. Techniquement, le principe de saisissabilité est applicable *ratione materiae* à tous les biens du débiteur sans distinction. En conséquence, les biens absorbés dans le périmètre de la procédure collective sont de deux sortes. Il y a les biens non affectés à l'activité économique et les biens affectés à l'activité économique. « *On pourrait penser que seuls les biens professionnels du débiteur subissent l'emprise d'une procédure collective qui ne bénéficie qu'à des professionnels. Il n'en est rien et ce sont tous les biens du débiteur qui subissent l'emprise de sa faillite, qu'ils soient ou non affectés à son exercice professionnel* »³¹⁴². A l'image du principe « *séculaire* »³¹⁴³ de l'unité du patrimoine, les procédures

³¹³⁶ Ph. ROUSSEL GALLE, « Effet personnel et effet réel des procédures judiciaires », *op. cit.*, p. 60.

³¹³⁷ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 182, p. 141.

³¹³⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 185, p. 164.

³¹³⁹ Cass. com., 9 juin 1992, *RJDA* 1992, n° 950 ; Cass. com., 27 novembre 1991, *D.* 1992, 81, note. F. DERRIDA ; *JCP E* 1992, I, 136, n° 3, obs. Ph. PETEL.

³¹⁴⁰ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, *op. cit.*, n° 438, p. 461.

³¹⁴¹ *Ibid.*, n° 515, p. 544.

³¹⁴² F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, *op. cit.*, n° 185, p. 164.

³¹⁴³ M-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, n° 182, p. 141.

collectives ont des répercussions sur tous les biens du débiteur, y compris ceux qui sont étrangers à son activité professionnelle³¹⁴⁴.

408. Applicabilité du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur aux « potentialités ». Le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur s'applique à certains actifs immatériels potentiels qui ont été qualifiés en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. En cette occurrence, les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » sont réellement saisissables en tant que biens immatériels sur le fondement du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur. Elles sont donc insérées dans l'effet réel de la procédure collective pour différentes raisons.

La qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté met en perspective une dimension patrimoniale qui accompagne le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur issu de l'effet réel de la procédure collective. En effet, l'objet de la présente thèse est qualifié à la lumière des critères de qualification des droits patrimoniaux, ce qui veut dire que la dimension patrimoniale de l'actif immatériel peut se conjuguer avec l'effet réel de la procédure collective au titre de la saisissabilité en droit des entreprises en difficulté.

Les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » sont réellement saisies dans le périmètre des procédures collectives, et notamment au niveau de l'étendue de l'assistance ou du dessaisissement³¹⁴⁵ et au niveau des biens réalisés en procédure de liquidation judiciaire³¹⁴⁶.

La généralité du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur est très opportune pour la saisissabilité des « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » en droit des entreprises en difficulté. Si le principe joue dans les procédures judiciaires, l'actif immatériel est également appréhendé dans les procédures judiciaires par le droit des entreprises en difficulté³¹⁴⁷. Mais surtout, le principe de saisissabilité couvre à la fois les biens non affectés à l'activité économique et les biens affectés à l'activité économique. Or, la saisie s'exerce sur tous ces actifs qui vont « *globalement être affectés à la finalité assignée à la procédure, qu'il s'agisse de restructurer l'entreprise ou de la liquider* »³¹⁴⁸. Valorisé comme « potentialité » inhérente au redressement de l'entreprise, l'actif immatériel est réellement qualifié en « bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » en droit des entreprises en difficulté. Techniquement, ce bien autonome réunit des « potentialités d'actif » qui ne peuvent exister sans une

³¹⁴⁴ Sauf en présence d'une EIRL où l'effet réel a un « effet sélectif » *ibid*, n° 183, p. 141-142.

³¹⁴⁵ *Supra*, n° 383 à 385.

³¹⁴⁶ *Supra*, n° 201.

³¹⁴⁷ *Supra*, n° 21.

³¹⁴⁸ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite, op. cit.*, n° 184, p. 164.

activité économique. De la sorte, la saisissabilité est possible, sous réserve du maintien de l'activité économique qui sert de support à ces « potentialités »/biens immatériels. Autrement dit, les « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives ne peuvent être saisissables seules, c'est-à-dire sans l'activité économique leur servant de support. Pour illustration, on songe à l'achalandage qui est affecté à l'exploitation du fonds de commerce³¹⁴⁹ ou aux contrats qui sont affectés à l'appareil productif pendant la période d'observation au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce³¹⁵⁰. Puisque le principe de saisissabilité a trait aux biens affectés à l'activité économique, il est par conséquent applicable aux « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

409. Transition. Le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur peut s'appliquer aux « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives au titre de la saisissabilité en droit des entreprises en difficulté. En effet, l'affirmation générale dudit principe à caractère patrimonial dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires conduit à ne pas exclure les biens affectés à l'activité économique dans le périmètre de ces procédures collectives.

Le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur n'est pas exempt de toute restriction.

2. Les exceptions au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur

410. Exposé des exceptions au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur. Non absolu, le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur en droit des entreprises en difficulté est assorti d'exceptions. Ce principe n'a effectivement pas la même vigueur dans toutes les procédures collectives. Il a plus de force dans la procédure de liquidation judiciaire que dans les deux autres procédures collectives où la logique de la période d'observation renvoie à l'immobilisation de l'ensemble des biens dans la perspective de leur affectation au plan ou de liquidation si le redressement est impossible³¹⁵¹. Plus précisément, le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur a deux exceptions, de sorte que tous les biens du débiteur ne sont pas saisissables par les créanciers en droit des entreprises en difficulté.

S'agissant de la première exception au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur, le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective assujettit les créanciers antérieurs à

³¹⁴⁹ *Supra*, n° 267.

³¹⁵⁰ *Supra*, n° 134 à 139.

³¹⁵¹ Ph. PETEL, *Procédures collectives, op. cit.*, n° 159, p. 83.

une discipline collective contrairement aux créanciers postérieurs³¹⁵². Ils ne sont plus autorisés à saisir les biens du débiteur. L'ouverture d'une procédure collective entraîne le gel du passif qui comprend deux « piliers »³¹⁵³ : d'une part, l'interdiction du paiement des créances antérieures et d'autre part, son « corollaire »³¹⁵⁴ : l'interdiction des poursuites individuelles. Dans cette hypothèse, les voies d'exécution s'affrontent aux procédures collectives. L'article L. 622-21, II du Code de commerce relate en ce sens que : « *Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture* ». Or, cette disposition est générale. Premièrement, l'interruption des poursuites individuelles exercées par les créanciers antérieurs à l'encontre du débiteur vise les biens intégrés au périmètre de la procédure collective, c'est-à-dire tous les biens mobiliers et immobiliers du débiteur faisant partie du gage commun des créanciers selon les articles 2284 et 2285 du Code civil. Deuxièmement, l'article L. 622-21, II du Code de commerce concerne généralement toutes les voies d'exécution. De façon analogue, les voies d'exécution sont neutralisées par l'article L. 632-2, 2 du Code de commerce sur le fondement des nullités facultatives de la période suspecte : « *Toute saisie administrative, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulée lorsqu'elle a été délivrée ou pratiquée par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci* ». Cela étant, les créanciers antérieurs titulaires d'une sûreté réelle spéciale en procédure de liquidation judiciaire peuvent reprendre leurs poursuites individuelles en vertu de l'article L. 643-2 du Code de commerce.

S'agissant de la deuxième exception au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur, certains biens insaisissables sont endigués du périmètre de la procédure collective. Donc, ils échappent au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur. « *Si seuls les biens saisissables subissent l'effet réel, il faut en déduire que les biens insaisissables vont eux y échapper* »³¹⁵⁵. Il s'agit des insaisissabilités d'intérêt général³¹⁵⁶ et des insaisissabilités d'intérêt privé³¹⁵⁷. En général, l'inaliénabilité est mise en œuvre avant l'insaisissabilité. Pour rappel, « *le tribunal peut décider que les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés, pour*

³¹⁵² Sur la préservation du droit de poursuite individuelle des créanciers postérieurs : V° M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, op. cit., n° 534 et s., p. 565 et s. Dans ce cas, les procédures civiles d'exécution sont utilisées « au service de la procédure collective » : A. BRENAC, K. LECLERC, « Voies d'exécution et droit des entreprises en difficulté » in Ph. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. 469 s., spéc. p. 483.

³¹⁵³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 562, p. 260.

³¹⁵⁴ *Ibid*, n° 563, p. 260.

³¹⁵⁵ F-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., n° 185, p. 165.

³¹⁵⁶ M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, *ibid*, n° 296 et s., p. 309 et s.

³¹⁵⁷ *Ibid*, n° 352 et s., p. 375 et s.

une durée qu'il fixe, sans son autorisation »³¹⁵⁸. Ainsi, l'inaliénabilité judiciaire de certains biens les rend *a posteriori* insaisissables.

411. Applicabilité des exceptions au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur aux « potentialités ». Les exceptions au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur sont-elles applicables à certains actifs immatériels potentiels qui ont été qualifiés en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives ? En particulier, les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » représentent-elles une nouvelle exception réelle au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur ? Aux termes de l'article L. 622-21, II du Code de commerce, le jugement d'ouverture empêche les créanciers antérieurs de saisir tous les biens mobiliers du débiteur qui sont contenus dans le périmètre de la procédure collective, donc *in fine* les « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Ce texte prévoit effectivement que : « *Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture* ». Partant, la soumission des « potentialités »/biens immatériels à la règle de prohibition des poursuites individuelles de l'article L. 622-21, II du Code de commerce emporte leur insaisissabilité. Dit autrement, le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur au profit desdites « potentialités » est relativisé par l'exception de l'article L. 622-21, II du Code de commerce.

De plus, l'inaliénabilité judiciaire de certains biens affectés à la continuation de l'entreprise au sens de l'article L. 626-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce qui est pour rappel applicable aux « potentialités d'actif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives³¹⁵⁹ aboutit à leur insaisissabilité. Cela signifie donc que les exceptions au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur sont applicables à l'objet de la présente réflexion par l'intermédiaire de l'article L. 626-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce. En bref, les « potentialités »/biens immatériels peuvent être insaisissables du fait de leur inaliénabilité.

412. Conclusion de section. La qualification de l'actif immatériel en bien a une incidence dans l'ordre externe par sa soumission aux règles relatives à la saisissabilité. En la matière, le destinataire de ces règles n'est pas l'entreprise débitrice, mais les tiers. Cette partie prenante n'est pas évincée par la qualification de l'actif immatériel en bien, spécialement en nouvel exemple d'universalité de

³¹⁵⁸ Cf article L. 626-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

³¹⁵⁹ *Supra*, n° 175, 285 à 291.

droit. Les tiers en sont créanciers au titre de la saisissabilité des « potentialités » qualifiées en biens en droit des biens et en droit des entreprises en difficulté.

En droit des biens, la saisissabilité est envisagée sous l'angle de la qualification des « potentialités de l'actif » en biens incorporels. Il s'agit pour illustration de la clientèle ou du savoir-faire. Or, cette confrontation impose une articulation entre le droit des biens et les voies d'exécution aux termes de laquelle un principe général de saisissabilité peut s'appliquer relativement à ces « potentialités de l'actif »/biens incorporels. En effet, il existe un principe général de saisissabilité des biens, dont l'objet est incorporel au sens du Code civil et du Code des procédures civiles d'exécution. Or, la généralité dudit principe rend saisissables les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels. Le principe de saisissabilité des biens comporte cependant une exception qui tient à une insaisissabilité grandissante.

En droit des entreprises en difficulté, la saisissabilité frappe les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Or, ces « potentialités » sont saisissables selon un double processus. Dans un premier temps, la saisissabilité de ces actifs immatériels potentiels nécessite une définition spéciale de la notion de saisissabilité. Elle est rattachée d'une part à l'objectif légal d'apurement du passif et d'autre part à l'effet réel de la procédure collective. Dans un second temps, la saisissabilité des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives donne lieu à l'admission générale du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur. Compatible avec ces « potentialités » en raison de la dimension patrimoniale, du périmètre des procédures collectives, de l'affectation professionnelle des biens, ce principe demeure relatif. Même si les « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives sont saisissables en droit des entreprises en difficulté, elles peuvent être déclarées insaisissables par la mise en place des articles L. 622-21, II et L. 626-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

413. Conclusion de chapitre. Les incidences des qualifications de l'actif immatériel sont ensuite soulignées au niveau de la qualification en bien à la lumière des critères de qualification des droits réels. Or, la « propriétérisation » et la saisissabilité sont les deux implications réelles qui résultent de la qualification de certains actifs immatériels en biens.

En tant que biens « appropriables », les « potentialités » sont en premier lieu soumises aux règles relatives à la « propriétérisation » dans l'ordre interne. Cette première incidence – réelle appelle une distinction entre la « propriétérisation » des « potentialités »/biens incorporels en droit des biens et la « propriétérisation » des « potentialités »/biens immatériels en droit des entreprises en difficulté.

En droit des biens, la « propriétérisation » couvre les « potentialités de l'actif » qui ont été qualifiées en biens incorporels. Il s'agit par exemple de la clientèle ou du savoir-faire. Partant, la « propriétérisation » de ces deux actifs immatériels est fondée sur l'article 544 du Code civil. Or, cet article définit une propriété individuelle, pleine et entière. L'individualisme du droit de propriété repose sur une approche historique de la propriété. Finalement, les différentes conceptions de la propriété sont applicables aux « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels. La plénitude du droit de propriété est une modalité importante de l'article 544 du Code civil qui doit être combinée avec les deux « potentialités de l'actif » référencées au titre de la « propriétérisation » en droit des biens. Puisque les trois prérogatives du propriétaire, à savoir l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* sont applicables aux « potentialités de l'actif » telles que la clientèle et le savoir-faire, certains actifs immatériels sont « propriétérisés » en droit des biens. Parce que la trilogie de caractères du droit de propriété, en l'occurrence l'absolutisme, l'exclusivisme et la perpétuité sont applicables à ces éléments, la « propriétérisation » est instrumentalisée pour le régime de l'actif immatériel en droit des biens. Pourtant, ce régime réel reste imparfait en droit des biens, ce qui encourage la « propriétérisation » des autres actifs immatériels dans un contexte de difficulté des entreprises.

En droit des entreprises en difficulté, la « propriétérisation » est différente pour deux raisons. D'une part, ce sont les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives qui sont soumises à la « propriétérisation » en droit des entreprises en difficulté. Par exemple, l'achalandage, les données/informations, les contrats, le marché/la perte. D'autre part, la « propriétérisation » de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté déroge à la « propriétérisation » individuelle, pleine et entière de l'actif immatériel en droit des biens. En effet, la « propriétérisation » des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu*

economicae » des procédures collectives subit des restrictions, tant à l'égard des créanciers à travers l'action en revendication, qu'à l'égard du débiteur en raison des entorses à l'exercice des prérogatives de l'article 544 du Code civil. Non absolue, la « propriétérisation » de ces « potentialités »/biens immatériels est relative en droit des entreprises en difficulté au nom d'un impératif économique.

En tant que biens, les « potentialités » sont en second lieu soumises aux règles relatives à la saisissabilité dans l'ordre externe. Cette seconde incidence – réelle est assurément moins évidente. Certes, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté est analysée du point de vue de l'entreprise à redresser. Mais, le rôle des tiers/créanciers ne doit pas être enrayé du régime de l'actif immatériel qualifié en bien, qu'il s'agisse du droit des biens ou du droit des entreprises en difficulté.

En droit des biens, ce sont les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels qui sont soumises à la saisissabilité. Pour ce faire, la clientèle et le savoir-faire sont pour illustration articulés avec le principe général de saisissabilité des biens du débiteur qui est au demeurant relatif. Dans ce cadre, une incursion dans les voies d'exécution est indispensable, étant donné que le Code des procédures civiles d'exécution appréhende les biens par leur saisissabilité.

En droit des entreprises en difficulté, la saisissabilité porte sur les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. En effet, ce bien autonome exige un régime autonome de saisissabilité en droit des entreprises en difficulté. D'un côté, la notion de saisissabilité est définie spécifiquement en droit des entreprises en difficulté du fait d'un double fondement – légal et doctrinal – autonome. Il s'agit de l'objectif légal d'apurement du passif et de l'effet réel de la procédure collective amorcé en doctrine, puis approuvé par la jurisprudence. D'un autre côté, la saisissabilité est établie sur un principe général qui prend en compte les « potentialités »/biens immatériels en raison de la dimension patrimoniale, du périmètre des procédures collectives, de l'affectation professionnelle des biens. Ce postulat connaît par contre des exceptions qui sont propres aux procédures collectives.

*

* *

CONCLUSION DU TITRE 2

414. La qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté ne s'arrête pas aux critères de qualification déterminés à partir des droits patrimoniaux. Qualifié en obligation à partir des critères de qualification des droits personnels, l'actif immatériel doit faire l'objet d'un régime inhérent à cette qualification. Qualifié en bien à partir des critères de qualification des droits réels, l'actif immatériel doit être configuré dans un régime consubstantiel à cette qualification. C'est pourquoi, cette double qualification d'obligation ou de bien au profit de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté donne lieu à des incidences.

Puisque l'objet de la présente étude englobe des « potentialités » à valeur positive et des « potentialités » à valeur négative peu ou prou réifiées en obligations, il faut alors rechercher un régime tenant compte de cette qualification d'obligation. Les incidences quant au régime concernent alors la qualification de l'actif immatériel en obligation. Or, il y a deux implications liées à la nature de ce droit personnel : d'une part, la cession et d'autre part, l'exécution.

Parce que l'actif immatériel est qualifié en obligation, il est cessible. Aux vues de la conception objective, les « potentialités » réifiées en obligations se voient conférer un régime de cession qui participe à leur « patrimonialisation » aussi bien au regard du régime général des obligations qu'au regard du droit des entreprises en difficulté.

En régime général des obligations, la qualification d'obligation de faire ou de ne pas faire obtenue à partir des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise défaillante a pour incidence la cession des « potentialités ». Partant, la cession des « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire est caractérisée par un examen des opérations sur obligations introduites en 2016 dans le Code civil. Il s'agit plus précisément de la cession de créance des articles 1321 et suivants du Code civil, de la cession de dette des articles 1327 et suivants du Code civil et de la cession de contrat des articles 1216 et suivants du Code civil. Au titre du régime de l'actif immatériel et du passif immatériel en droit des obligations, ces techniques sont confrontées aux « potentialités » réifiées en créances pour la cession de créance, aux « potentialités » réifiées en dettes pour la cession de dette, aux « potentialités » réifiées en créances et en dettes pour la cession de contrat. Or, ces trois opérations sur obligations révèlent des artifices concernant la cession des « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire en régime général des obligations, d'où l'opportunité de recourir aux mécanismes propres aux procédures collectives.

En droit des entreprises en difficulté, la qualification d'« obligation affectée à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives tirée des devoirs spéciaux de redressement des parties prenantes internes à l'entreprise débitrice a pour conséquence la cession des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif ». Or, cette qualification autonome engendre un régime autonome de cession en droit des entreprises en difficulté sur le fondement du livre VI du Code de commerce. Si la cession séparée de ces « potentialités » est exclue, la cession globale est en revanche incluse dans un plan de cession. Techniquement, l'exigence de rattachement des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » à l'exploitation implique une cession totale ou partielle de l'entreprise, afin de les transférer dans le cadre d'une activité économique ou d'une branche d'activité continuée par un tiers cessionnaire. Ce transfert opère par la transmission des actifs et des contrats, donc *in fine* des « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

Parce que l'actif immatériel est qualifié en obligation, il doit être exécuté. Compte tenu de l'admission d'obligations contraignantes, les « potentialités » sont soumises aux règles relatives à l'exécution, d'où l'établissement d'une sanction en régime général des obligations et en droit des entreprises en difficulté.

En régime général des obligations, l'exécution s'applique aux « potentialités » qui ont été qualifiées en obligations de faire ou de ne pas faire à partir des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise en procédure collective. Sur ce point, les règles relatives à l'exécution sont énoncées par l'article 1221 du Code civil. Par la récente réforme du droit des obligations survenue le 10 février 2016, le législateur a effectivement reconnu un principe général d'exécution forcée en nature de toutes les obligations contractuelles. Ce faisant, le principe édicté par l'article 1221 du Code civil est relatif en raison de la présence de deux exceptions. Une exception est nouvelle : c'est la disproportion. Une exception est classique : c'est l'impossibilité. Or, la révélation de certaines « potentialités » par le bilan économique, social et environnemental s'inscrit dans le sillage de la relativité de l'article 1221 du Code civil en cas d'impossible exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire. Dans cette hypothèse, l'exécution forcée en nature des « potentialités » identifiées en obligations de faire ou de ne pas faire est impossible, ce qui provoque le retour du principe de l'exécution forcée par équivalent.

En droit des entreprises en difficulté, l'exécution vise les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » qui ont été qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives à partir du devoir spécial de redressement du dirigeant. Dans ce cas de figure, ces « potentialités » sont exécutées/délivrées par une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Il s'agit plus particulièrement de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de

l' « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » par le dirigeant qui n'a pas délivré les « potentialités d'actif » ou qui a délivré les « potentialités du passif » à l'entreprise liquidée. Ce régime singulier d'exécution/de délivrance est corroboré par un exposé de la nature et des conditions de l' action en responsabilité pour insuffisance d'actif au sens des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce. Hybride, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif correspond à la fois à une sanction civile de droit commun et à une sanction autonome au droit des entreprises en difficulté. A la lecture de l'article L. 651-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce, l'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ordonne la réunion de trois conditions *sine qua non* : premièrement, une faute de gestion, deuxièmement, une insuffisance d'actif et troisièmement, la contribution de la faute de gestion à l'insuffisance d'actif. Or, la carence du dirigeant dans la non-délivrance de « potentialités d'actif » ou dans la délivrance de « potentialités du passif » à l'entreprise liquidée est une faute de gestion qui contribue à engager sa responsabilité pour insuffisance d'actif.

Dans la mesure où l'objet de la présente thèse inclut majoritairement des « potentialités » à valeur positive et des « potentialités » à valeur négative identifiées en biens, un régime réel doit être esquissé. Les incidences sont alors tournées vers la qualification de l'actif immatériel en bien. Or, il y a deux conséquences tenant à la nature de ce droit réel : d'une part, une incidence dans l'ordre interne et d'autre part, une incidence dans l'ordre externe.

Dans l'ordre interne, c'est-à-dire dans les rapports entretenus entre le bien et le titulaire/propriétaire, les « potentialités » sont soumises aux règles relatives à la « propriétérisation » du fait de la qualification en biens « appropriables ». Oscillante, cette « propriétérisation » diffère entre le droit des biens et le droit des entreprises en difficulté.

En droit des biens, ce sont les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels qui sont « propriétérisées ». On pense par exemple à la clientèle et au savoir-faire. La soumission de ces deux « potentialités de l'actif »/biens incorporels aux règles relatives à la « propriétérisation » obéit aux modalités de l'article 544 du Code civil. Ce qui nous convie à procéder à un rapprochement entre la définition de la propriété dégagée par ce texte et les « potentialités de l'actif » considérées comme des biens incorporels. Or, le législateur entend la propriété par son individualisme et sa plénitude. Individuelle, l'approche de la propriété est le fruit d'une évolution historique aux termes de laquelle les « potentialités de l'actif »/biens incorporels reposent sur une double conception à la fois moderne et classique. Pleine et entière, la propriété de l'article 544 du Code civil commande un assemblage de trois prérogatives : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* et de trois caractères : l'absolutisme, l'exclusivisme et la perpétuité. Si la « propriétérisation » constitue le régime réel de certains actifs

immatériels en droit des biens, force est de constater que les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels revêtent non seulement ces prérogatives, mais aussi ces caractères du droit de propriété. Encore faut-il que les modalités de la propriété de l'article 544 du Code civil ne soient pas superficielles dans l'avènement d'un régime de l'actif immatériel qualifié en bien.

En droit des entreprises en difficulté, la « propriétérisation » embrasse les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Sont « propriétérisés » l'achalandage, les données/informations, les contrats, le marché/la perte. Dans cette perspective, la « propriétérisation » en droit des entreprises en difficulté se distingue de la « propriétérisation » en droit des biens. Au lieu d'être pleine et entière au sens de l'article 544 du Code civil, la « propriétérisation » des « potentialités d'actif » et des « potentialités du passif » qualifiées en biens autonomes est relative eu égard aux restrictions au droit de propriété des tiers et du débiteur. Les premiers subissent des atteintes par l'action en revendication, dont l'expression de la propriété en constitue le *leit-motiv*. Certes, l'action en revendication des biens meubles par les tiers est enfermée dans des conditions de fond et de forme très strictes. Mais, le domaine vaste de l'action en revendication permet aux tiers de revendiquer la propriété mobilière de l'achalandage, des données/informations, des contrats, du marché en tant que biens immatériels. Quant au débiteur, les restrictions au droit de propriété s'expliquent par la multiplication des entorses à l'exercice des prérogatives de l'article 544 du Code civil, et notamment à l'*abusus* dans les trois procédures collectives. Or, cette altération écorne la « propriétérisation » des « potentialités »/biens immatériels en droit des entreprises en difficulté.

Dans l'ordre externe, à savoir dans les rapports entretenus entre le bien et le tiers/créancier, les « potentialités » sont soumises aux règles relatives à la saisissabilité. Si le sujet de cette thèse est orienté du point de vue du redressement de l'entreprise, il ne doit pas négliger la place des tiers/créanciers dans l'élaboration d'un régime de saisissabilité de l'actif immatériel qualifié en bien en droit des biens et en droit des entreprises en difficulté.

En droit des biens, les « potentialités de l'actif » qualifiées en biens incorporels sont saisissables. Partant, le principe à la fois général et relatif de saisissabilité des biens du débiteur s'applique à ces éléments en adéquation avec les prescriptions du Code des procédures civiles d'exécution où les biens sont traités par le vecteur de la saisissabilité.

En droit des entreprises en difficulté, les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives sont saisissables. A cette qualification de bien autonome se superpose un régime autonome en droit des entreprises en difficulté. En cette occurrence, la saisissabilité est une

technique spécifique fondée sur l'objectif légal d'apurement du passif et le concept de l'effet réel de la procédure collective. Si la technique de saisissabilité est spéciale, un principe général de saisissabilité est affirmé. Or, ce principe appréhende les « potentialités »/biens immatériels en raison de la dimension patrimoniale, du périmètre des procédures collectives, de l'affectation professionnelle des biens. A l'instar du droit des biens, le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur est toutefois limité par des exceptions relatives à la discipline collective des créanciers antérieurs et à l'insaisissabilité de certains biens.

*

Au final, les incidences des qualifications de l'actif immatériel sont de quatre sortes. En tant qu'obligation, l'actif immatériel est tantôt cessible, tantôt exécuté/délivré. En tant que bien, l'actif immatériel est soit « propriétéarisé », soit « saisissable ».

*

* *

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

415. La précision de la nature des « potentialités » de l'entreprise en difficulté. Puisqu'il est appréhendé par le droit des entreprises en difficulté en « potentialité » dans le bilan économique, social et environnemental, l'actif immatériel doit pouvoir recevoir une qualification en droit des entreprises en difficulté. D'abord identifié, puis valorisé par les techniques du droit des entreprises en difficulté, l'actif immatériel est assurément susceptible de qualification dans le champ des procédures collectives, mais à la lumière du droit civil. Si la première partie de cette thèse permet de révéler la nature civile des « potentialités », la deuxième partie de cette thèse permet de préciser la nature civile des « potentialités » au terme d'une qualification de l'actif immatériel. En effet, l'actif immatériel est qualifié à l'épreuve des droits patrimoniaux. Ce qui revient à confronter l'actif immatériel dans un premier temps aux droits personnels et dans un second temps aux droits réels. Autrement dit, une qualification de l'actif immatériel est proposée non seulement à partir du droit des obligations, mais aussi et surtout à partir du droit des biens, qu'il s'agisse des critères de qualification de l'actif immatériel ou des incidences de qualification de l'actif immatériel. A l'issue de cette démarche qualificative, l'objet de la présente étude est qualifié subsidiairement en obligation et principalement en bien.

A titre subsidiaire, le bilan d'entreprise a révélé l'existence de « potentialités » que nous avons identifiées en obligations selon une conception objective en raison de la caractérisation d'un lien de droit contraignant/personnel. Certaines « potentialités » sont rattachées aux obligations de faire ou de ne pas faire en droit des obligations *via* le concept des devoirs généraux de loyauté des parties prenantes internes à l'entreprise, alors que d'autres « potentialités » sont reliées aux « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives en droit des entreprises en difficulté *via* le concept des devoirs spéciaux de redressement des parties prenantes internes à l'entreprise. Les premières sont tantôt cessibles grâce aux opérations sur obligations prévues par les articles 1321, 1327 et 1216 du Code civil, tantôt exécutées sur le fondement du principe de l'exécution forcée par équivalent. En revanche, l'autonomie des secondes justifie un régime autonome de cession dans le cadre d'un plan de cession, ainsi qu'un régime propre d'exécution ou de délivrance dans la perspective de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif au sens des articles L. 651-1 et suivants du Code de commerce.

A titre principal, le bilan en droit des entreprises en difficulté a révélé l'existence de « potentialités » qui ont été identifiées en biens utiles ultérieurement, « appropriables », de valeur positive ou négative. Si les « potentialités de l'actif » sont qualifiées en biens incorporels « propriétérisés » et saisissables en droit des biens, les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif » sont par contre qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives en droit des entreprises en difficulté.

*

Pour conclure, la nature civile de la qualification de l'actif immatériel est ainsi précisée par cette équation finale : **actif immatériel = obligation + bien**. Elle résulte de deux équations particulières :

° *Actif immatériel = obligation de faire/obligation de ne pas faire + « obligation affectée à l'intuitu economicae ».*

° *Actif immatériel = bien incorporel + « bien immatériel affecté à l'intuitu economicae ».*

*

* *

CONCLUSION GENERALE

416. L'appréhension inéluctable de l'actif immatériel. Conclure sur notre étude intitulée « L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté » est une invitation à l'ouverture de notre démonstration. Prenons le recul nécessaire non pas par rapport aux problèmes particuliers soulevés au cours des propos introductifs³¹⁶⁰, mais par rapport à la problématique générale posée dès le départ. Dans cette conclusion générale, il convient effectivement d'afficher le fait que le droit des entreprises en difficulté dispose dorénavant des outils pour saisir toutes les dimensions de l'actif immatériel. Pourquoi une telle appréhension de l'actif immatériel est-elle la plus inéluctable dans cette discipline économique ? Souvenons-nous que c'est la finalité économique de redressement de l'entreprise défaillante portée par le livre VI du Code de commerce qui guide l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté. Tous les éléments de valorisation de l'entreprise ont été recherchés à partir de l'actif immatériel en intégrant les « forces vives » au travers de ses acteurs, dans le dessein de favoriser un redressement ou une cession optimisée. En filigrane de cet intérêt économique interviennent d'autres enjeux qui rendent la prise en compte de l'actif immatériel inévitable par les procédures collectives. Redressons les entreprises, sauvons les emplois, payons les créanciers, puisque l'entreprise incarne un lieu de rencontre entre divers intérêts catégoriels formés par plusieurs parties prenantes : dirigeants, associés, salariés, créanciers, clients, fournisseurs, pouvoirs publics... ADN de l'entreprise en difficulté, l'actif immatériel jouit désormais d'une essence et d'une consistance singulières grâce et par le droit des entreprises en difficulté. Pour mesurer les apports³¹⁶¹ du droit des entreprises en difficulté en ce sens, répondons de façon directe à la problématique générale sous-jacente au sujet de cette thèse : dans quelle mesure le droit des entreprises en difficulté appréhende-t-il l'actif immatériel dans toutes ses dimensions en conformité avec la finalité économique de redressement de l'entreprise défaillante prévue par le livre VI du Code de commerce ? Le droit des entreprises en difficulté appréhende l'actif immatériel en deux temps. En premier lieu, l'actif immatériel est valorisé par le droit des entreprises en difficulté. En second lieu, l'actif immatériel est qualifié en droit des entreprises en difficulté. Au terme de cette recherche sur la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté et la qualification de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté, il est possible d'en formuler six positions de thèse.

³¹⁶⁰ *Supra*, n° 25.

³¹⁶¹ *Supra*, n° 20.

417. Première position de thèse : *l'actif immatériel n'équivaut pas toujours à l'actif incorporel dans le bilan comptable.*

Valoriser l'actif immatériel nous amène à procéder à un constat de l'évaluation financière de l'actif selon les règles du droit comptable. Dans ce cadre comptable, l'actif immatériel est uniquement appréhendé en actif incorporel, spécialement en immobilisation incorporelle dans le bilan comptable. Sont activés en immobilisations incorporelles dans cet instrument financier les droits de propriété industrielle tels que les brevets ou les marques. D'autres éléments de l'actif immatériel comme les *soft skills*, les contrats ou la marque employeur ne sont en revanche pas valorisés sur le fondement du bilan comptable. En marge du droit comptable, ces « potentialités » sont appréhendées substantiellement par le droit des entreprises en difficulté.

418. Deuxième position de thèse : *l'actif immatériel est appréhendé en « potentialité » par le droit des entreprises en difficulté dans le bilan économique, social et environnemental.*

Valoriser l'actif immatériel nous conduit surtout à évaluer le potentiel de l'entreprise en difficulté par un fondement économique proche du fondement comptable de valorisation de l'actif immatériel. Face à l'appréhension imparfaite de l'actif immatériel par le droit comptable, le droit des entreprises en difficulté opère une distinction entre les actifs immatériels et les actifs incorporels en révélant l'existence de « potentialités » non fondées sur les chiffres des comptes annuels de l'entreprise. « Film » des « potentialités », le bilan économique, social et environnemental recense soit des « potentialités » à valeur positive composées par des « potentialités de l'actif » et des « potentialités d'actif », soit des « potentialités » à valeur négative composées par des « potentialités de passif » et des « potentialités du passif ».

419. Troisième position de thèse : *l'actif immatériel appréhendé en « potentialité » est valorisé par les techniques de la « contractualisation » et de la « planification » en droit des entreprises en difficulté.*

Parce que le fondement économique de valorisation de l'actif immatériel est le bilan économique, social et environnemental en droit des entreprises en difficulté, les techniques de valorisation de l'actif immatériel émergent en droit des entreprises en difficulté. Partant, les « potentialités » sont effectivement valorisées *via* la « contractualisation » au sens des articles L. 622-13 et L. 622-17 du Code de commerce pendant la période d'observation et *via* la « planification » à l'issue de la

période d'observation. En cette occurrence, c'est le plan de cession qui constitue la technique prégnante de valorisation de l'actif immatériel en raison de la continuation de l'activité économique ou de la branche d'activité par un tiers/repreneur.

420. Quatrième position de thèse : l'actif immatériel appréhendé en « potentialité » est qualifié subsidiairement en obligation et principalement en bien.

Parmi les « potentialités » révélées par le bilan économique, social et environnemental, certaines « potentialités » sont qualifiées à l'aune des critères de qualification des droits personnels *a contrario* des autres « potentialités » qualifiées à l'épreuve des critères de qualification des droits réels. En somme, cet outil économique propre aux procédures collectives révèle l'existence de « potentialités » qui sont qualifiées soit en obligations, soit en biens au sens civil.

D'un côté, il y a des « potentialités » fondées sur le bilan d'entreprise qui sont qualifiées généralement en obligations et spécialement en obligations de faire ou de ne pas faire ou en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

De manière générale, la qualification d'obligation est retenue à l'encontre des « potentialités » peu ou prou réifiées en créances et en dettes pour deux raisons. Premièrement, la conception objective de l'obligation prime la conception subjective de l'obligation dans un contexte de difficulté des entreprises. Deuxièmement, l'exigence d'un lien de droit contraignant/personnel est caractérisée à partir du concept des devoirs de loyauté et de redressement des parties prenantes internes à l'entreprise en difficulté : les associés, le dirigeant, les salariés sans oublier l'entreprise en difficulté elle-même au titre de son devoir environnemental.

De manière plus précise, les « potentialités » issues des devoirs de loyauté sont identifiées en obligations de faire ou de ne pas faire. Quant aux « potentialités » issues des devoirs de redressement, elles sont identifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Pour illustration, les associés sont débiteurs non seulement d'obligations de faire (concurrence loyale = devoir de loyauté), mais également d'obligations affectées à l'*intuitu economicae* » (mettre en oeuvre les compétences, la notoriété, l'influence = devoirs de redressement) vis-à-vis de la société en difficulté. Dans la même optique, le dirigeant doit accomplir une activité/diligence, donc une obligation de faire et remporter un marché, remplir un carnet de commandes, digitaliser la structure, donc une obligation économique à l'égard de l'entreprise en difficulté. Il incombe aux salariés une obligation de faire tenant à la loyauté dans l'exécution du

contrat de travail et une « obligation affectée à l'*intuitu economicae* » inhérente à la qualification, à la bonne ambiance sociale générale, etc.

D'un autre côté, il y a des « potentialités » fondées sur le bilan économique, social et environnemental qui sont qualifiées généralement en biens et spécialement en meubles par détermination de la loi/biens incorporels ou en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

De manière générale, un bien est traditionnellement défini en vertu de trois critères de définition en droit des biens : l'utilité, l'appropriation et la valeur positive. Or, l'inclusion des « potentialités » réifiées dans la qualification de bien est conditionnée au rajeunissement des trois critères classiques de définition d'un bien par le droit des entreprises en difficulté. Pour nous, est bien « toute chose utile ultérieurement, « appropriable » et dotée d'une valeur positive/négative ». Cette définition modernisée d'un bien permet de qualifier réellement aussi bien les « potentialités » à valeur positive telles que la clientèle, l'achalandage, le savoir-faire, les informations/données, les contrats, le marché que les « potentialités » à valeur négative dont font partie par exemple la perte d'un marché. De manière plus précise, ces « potentialités » réifiées sont identifiées soit en meubles par détermination de la loi/biens incorporels, soit en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives. Si les actifs incorporels sont rattachés aux actifs immatériels dans le bilan comptable, les biens incorporels sont rattachés aux « potentialités de l'actif », notamment la clientèle et le savoir-faire en droit des biens. Si les actifs immatériels sont détachés des actifs incorporels du bilan comptable, les « potentialités d'actif » sont détachées des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté. Tel est le cas de l'achalandage, des informations/données, des contrats, du marché/sa perte qui sont effectivement reliés à une catégorie autonome aux procédures collectives que l'on appelle « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* ». En effet, l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté a eu pour ambition de cesser toute assimilation comptable entre les actifs immatériels et les actifs incorporels et toute assimilation juridique entre les biens immatériels et les biens incorporels.

421. Cinquième position de thèse : l'actif immatériel qualifié subsidiairement en obligation est cessible et exécuté/délivré.

En tant qu'obligations, les « potentialités » plus ou moins réifiées en créances et en dettes sont de façon générale cessibles et exécutées/délivrées. De façon plus particulière, les « potentialités » qualifiées en obligations de faire ou de pas faire sont cessibles au titre de la cession de créance, de

dette et de contrat. Elles sont de surcroît exécutées selon les prescriptions du nouvel article 1231-1 du Code civil.

En outre, les « potentialités » qualifiées en « obligations affectées à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives sont cessibles dans la perspective d'une activité économique ou d'une branche d'activité cédée à un tiers cessionnaire. Elles sont délivrées grâce à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif dans les conditions de l'article L. 651-2 du Code de commerce.

422. Sixième position de thèse : l'actif immatériel qualifié principalement en bien est « propriétaire » et saisissable.

En tant que biens, les « potentialités » réifiées font l'objet d'une « propriété » et d'une saisissabilité. En particulier, les « potentialités » qualifiées en biens incorporels sont « propriété » au nom de la « propriété » individuelle, pleine et entière de l'article 544 du Code civil et saisissables au sens des règles du Code civil et du Code des procédures civiles d'exécution. A l'inverse, ce sont les règles spécifiques du livre VI du Code de commerce qui organisent la « propriété » et la saisissabilité des « potentialités » qualifiées en « biens immatériels affectés à l'*intuitu economicae* » des procédures collectives.

423. Vers l'appréhension de l'actif immatériel par le droit privé ? En appréhendant l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté au double niveau de la valorisation et de la qualification, nous avons souhaité apporter un éclairage à la fois théorique et pratique à la notion d'actif immatériel. Il est vrai que cette thèse a été menée par le prisme du droit des entreprises en difficulté sans être au demeurant totalement enfermée dans la sphère des procédures collectives. L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté s'insère finalement dans une approche pluridisciplinaire à la croisée du droit des affaires et du droit civil. Les prémices d'une appréhension *in globo* de l'actif immatériel par le droit privé ont certes été étudiées, mais un approfondissement est sans aucun doute opportun. Partant, la présente étude sur l'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté offre apparemment des perspectives en terme de recherche. En d'autres termes, elle traduit le début d'un processus de recherche qui peut être complété. A cet égard, la qualification finale d'obligation ou de bien au profit de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté montre *a priori* qu'une telle appréhension de l'actif immatériel se présente possiblement en dehors du champ d'investigation des procédures collectives.

Dès lors, une appréhension de l'actif immatériel par le droit privé tend à se dessiner, dans la mesure où notre société évolue sans cesse vers une perspective immatérielle de plus en plus présente.

*

* *

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX : TRAITES, MANUELS, COURS

ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, coll. Amphi LMD, 4^{ème} éd., 2019-2020.

ATIAS (C.) :

° *Epistémologie juridique*, PUF, 1985.

° *Droit civil, Les biens*, LexisNexis, coll. Manuel, 12^{ème} éd., 2014.

AUBERT (J-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. Université, 17^{ème} éd., 2018.

AUBRY et RAU, *Droit civil français*, Esmein, Paris, 6^{ème} éd., 1952.

BARRAUD (B.), *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit - Bibliothèque de philosophie du droit, 2017.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations, t. I*, Libr. De la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897.

BAUDRY-LACANTANERIE (G.), CHAUVEAU (E et M.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1^{ère} éd., 1896.

BENABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 13^{ème} éd., 2019.

BERGEL (J-L.) :

° *Méthodologie juridique*, PUF, 2001.

° *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2012.

BERGEL (J-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.), ROUX (J-M.), TRANCHANT (L.), *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2019.

BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), VOIRIN (P.), *Cours de droit civil français, t. 4, les biens*, Rousseau, 2^{ème} éd., 1938.

BILLIAU (M.), *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2002.

BLANDIN (A-L.) et DEYSINE (M-A.), *Mémento Pratique Comptable*, Francis Lefebvre, 35^{ème} éd., 2016.

BONSERGENT (D.), RAMOND (O.), BATSCH (L.), *Les 100 mots de la comptabilité, Que sais-je ?*, PUF, 3^{ème} éd., 2016.

- BOUNFOUR (A.)**, *Le capital organisationnel, principes, enjeux, valeur*, Springer, 2011.
- BRENNER (C.)**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, coll. Cours, 10^{ème} éd., 2019.
- BRENNER (C.), LEBORGNE (A.), GIJSBERG (C.)**, *Droit de l'exécution*, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2019.
- BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**,
- ° *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. Université, 16^{ème} éd., 2018-2019.
 - ° *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, Sirey, coll. Université, 21^{ème} éd., 2019-2020.
- CABRILLAC (R.)**, *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Cours, 13^{ème} éd., 2018.
- CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PETEL (Ph.)**, *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2015.
- CARBONNIER (J.) :**
- ° *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd, 2001.
 - ° *Doit civil, vol. I, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige manuels, 1^{ère} éd., 2004.
 - ° *Droit civil, Volume II, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 19^{ème} éd., 2004.
 - ° *Droit civil, t. 3, Les biens : monnaie, immeubles, meubles*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 19^{ème} éd., 2000.
- CASPAR (B.), ENSELME (G.)**, *Manuel de comptabilité approfondie*, LexisNexis, 18^{ème} éd., 2015.
- CHAMPAUD (C.)**, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, coll. Droit, management et stratégies, 2011.
- CHAMPAUD (C.), PAILLUSSEAU (J.)**, *L'entreprise et le droit commercial*, A. Colin, coll. U, 1970.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.)**, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2016.
- CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.
- CHAPUT (Y.)**, *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, PUF, 1996.
- CHARVERIAT (A.)** (avec la contribution de), *Mémento Cessions de parts et actions 2019-2020*, éd. Francis Lefebvre, coll. Memento Expert, 2019-2020.
- CHENEDE (F.)**, *Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019/2020*, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2^{ème} éd., 2018.
- COASE (R.H.)**, *Le coût du droit*, PUF, 2000.

COLASSE (B.) :

° *Les fondements de la comptabilité*, La Découverte, « Repères », 2012.

° *Introduction à la comptabilité*, Economica, coll. Gestion-Economica, 14^{ème} éd., 2018.

COMTE (A.), *Cours de philosophie positive*, 1839-1842 et *Système de philosophie positive*, 1851-1854.

COQUELET (M-L.), *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^{ème} éd., 2017.

CORNU (G.), *Droit civil, Les biens*, Montchrestien , 13^{ème} éd., 2007.

COZIAN (M.), **GAUDEL (P-J.)**, *La comptabilité racontée aux juristes*, préf. F. DEBOISSY, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2017.

COZIAN (M.), **VIANDIER (A.)**, **DEBOISSY (F.)**, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^{ème} éd., 2019.

DEGOS (J-G.), *Histoire de la comptabilité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998.

DE LAUBADERE (A.), *Traité élémentaire de Droit administratif, t. 2*, LGDJ, Paris, 5^{ème} éd., 1970.

DE LAUZAINGHEIN (Ch.), **J-L. NAVARRO (J-L.)**, **NECHELIS (D.)**, *Droit comptable*, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 2004.

DELEBECQUE (Ph.), **GERMAIN (M.)**, *Traité de droit commercial, tome 2 : Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2004.

DELBECQUE (Ph.), **PANSIER (F-J.)**, *Droit des obligations, Régime général*, LexisNexis, coll. Objectif Droit Cours, 9^{ème} éd., 2018.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau, Paris, 123.

DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon*, vol IX, 1861.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, Corpus Histoire du droit, 2^{ème} éd., 2012.

DERRIDA (F.), **GODE (P.)**, **SORTAIS (J-P.)**, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, Sirey, 2^{ème} éd., 1990 et 3^{ème} éd., 1991.

DE WOOT (Ph.), *Pour une doctrine de l'entreprise*, préf. F. BLOCH-LAINE, Editions du Seuil, 1968.

DISSAUX (N.), **JAMIN (Ch.)**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz, 2016.

DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^{ème} éd., 2019.

DONDERO (B.) et LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 8^{ème} éd., 2019.

DONNIER (M et J-B.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2017.

DOUCHY-OUDOT (M.), *Droit civil 1^{ère} année, Introduction, Personnes, Famille*, Dalloz, coll. HyperCours, 10^{ème} éd., 2019.

DROSS (W.) :

° *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012.

° *Droit des biens*, LGDJ, Précis Domat Droit privé, 4^{ème} éd., 2019.

DUGUIT (L.) :

° *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901.

° *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^{ème} éd., 1912.

DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XXI, Thorel, 1837.

ESNAULT (B.), *Comptabilité financière*, PUF, coll. « Que sais-je ? ».

EVRAERT (S.), PRAT DIT HAURET (Ch.), *Les documents de synthèse : bilan, compte de résultat, annexe*, éd. e-theque, 2002.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2019.

FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

FENET (P-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 13, Paris, 1827.

FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis, 1997.

FLEURY (C.), *Institutions au droit français*, t. I, Libr. Durand, Paris, 1858.

FOURASTIE (J.), *La comptabilité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 10^{ème} éd., 1963.

FRANCOIS (J.), *Traité de droit civil, t. 4 : Les obligations, Régime général*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 4^{ème} éd., 2017.

FRISON-ROCHE (M-A.), BONFILS (S.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005.

FUSTEC (A.), MAROIS (B.), *Valoriser le capital immatériel de l'entreprise*, Editions d'Organisation, coll. Finance, 2006.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, publ. Par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, Paris, 1937 (réimpr. 1965).

GERMAIN (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Traité de droit commercial, tome 2 : Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2004.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, t. I, Introduction générale*, LGDJ, Montchrestien, 4^{ème} éd., 1994.

GRIDEL (J-P.), *Le Droit, Présentation*, PUAM, 2012.

GRIMALDI (C.), *Droit des biens*, LGDJ, coll. Manuel, 2^{ème} éd., 2019.

GRIMALDI (C.), MERESSE (S.), ZAKHAVORA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, sous coll. Droit commercial, 2017.

GRUA (F.), CAYROL (N.), *Méthode des études de droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 4^{ème} éd., 2017.

GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.), (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2018/2019.

GUYON (Y.) :

° *Droit des affaires, t. 2, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica, 6^{ème} éd., 1997.

° *Traité des contrats, Les sociétés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2002.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.), *Traité de droit commercial, t. 2*, Dalloz, 1966.

HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial*, Sirey, coll. Université, 4^{ème} éd., 2016.

JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2019.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil, t. 1*, Sirey, 3^{ème} éd., 1938.

KHAN (M.), *Franchise et partenariat*, Dunod, coll. Fonctions de l'entreprise, 2^{ème} éd., 2014.

LAGARRIGUE (J-P.), *Le Droit comptable, Tome I, Les sources*, préf. S. ROZES, éd. SA, coll. Institut Supérieur de Gestion, 1985.

LARROUMET (Ch.), MALLET-BRICOUT (B.), *Traité de droit civil, t. 2, Les biens, droits réels principaux*, Economica, Corpus Droit privé, 6^{ème} éd., 2019.

LEBORGNE (A.), *Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 2014, 2^{ème} éd., 2014.

LEBORGNE (A.), SALATI (O.), (dir.), *Code des procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2020.

LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2020.

LE CORRE (P-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 9^{ème} éd., 2016.

LE CORRE (P-M.), LE CORRE-BROLY (E.), *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, coll. Université, 2^{ème} éd., 2006.

LEFRANCQ (S.), OGER (B.), *Lire les états financiers*, PUF, coll. Quadrige, 2014.

LEGEAIS (D.), *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. Université, 25^{ème} éd., 2019.

LE LAMY DROIT COMMERCIAL, spéc. partie 4 – Entreprises en difficulté, 2020.

LELOUP (J-M.), *La franchise, Droit et pratique*, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas – Activités commerciales, 5^{ème} éd., 2010.

LEQUETTE (Y.), TERRE (F.), SIMLER (Ph.), CHENEDE (F.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. précis, 12^{ème} éd., 2019.

LE TOURNEAU (Ph.) :

° *Les contrats de franchisage*, Litec, coll. Litec professionnels – Droit commercial, 2^{ème} éd., 2007.

° *Droit de la responsabilité et des contrats* (dir.), Dalloz, coll. Dalloz Action, 11^{ème} éd., 2018-2019.

LEVY-ULLMANN (H.), *Répétitions écrites de droit civil approfondi*, Les Cours de droit, 1927-1928.

LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas, 8^{ème} éd., 2019-2020.

LIENHARD (A.), PISONI (P.), (dir.), *Code des procédures collectives*, Dalloz, 17^{ème} éd., 2019.

LUCAS (F-X), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2016.

LUCAS (A.), DEVEZE (J.), FRAYSSINET (J.), *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, coll. Thémis, 2001.

MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. cours, 9^{ème} éd., 2019.

MALABAT (V.), *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. HyperCours, 8^{ème} éd., 2018.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), *Les biens*, LGDJ, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2019.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Droit civil, 10^{ème} éd., 2018.

- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.),** *Droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018.
- MALAURIE (Ph.), MORVAN (P.),** *Introduction au droit*, LGDJ, coll. Droit civil, 7^{ème} éd., 2018.
- MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J-B.),** *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019.
- MATHIEU-IZORCHE (M-L.),** *Droit civil – Les biens*, Sirey, coll. Sirey université, Série Droit privé, 2006.
- MAZEAUD (H, L et J.), F. CHABAS (F.),** *Leçons du droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998.
- MELIN (F.),** *La faillite internationale*, LGDJ, coll. Systèmes, 2004.
- MEMETEAU (G.),** *Droit des biens*, Paradigme, 12^{ème} éd., 2020.
- MIKOL (A.),** *Gestion comptable et financière*, PUF, Que sais-je ?, 11^{ème} éd., 2019.
- OST (F.),** *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob, 1999.
- PATAULT (A-M.),** *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1989.
- PAUGAM (S.),** *Les 100 mots de la sociologie*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2010.
- PEROCHON (F.),** *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2014.
- PERROT (R.), THERY (Ph.),** *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, hors-collection, 3^{ème} éd., 2013.
- PETEL (Ph.),** *Procédures collectives*, Dalloz, coll. Cours, 9^{ème} éd., 2017.
- PEYRAMAURE (Ph.), SQUARCIONI (P.),** *L'entreprise en difficulté*, Delmas, 1988.
- PIEDELIEVRE (S.),** *Droit commercial, Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Concurrence, Consommation*, Dalloz, coll. Cours, 11^{ème} éd., 2017.
- PLANIOL (M.),** *Traité élémentaire de droit civil, t. 1*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1906 et 8^{ème} éd., 1921.
- PLANIOL (M), RIPERT (G.) :**
- ° *Traité pratique de droit civil français, t. III. Les biens*, avec le concours de M. PICARD, LGDJ, 1926.
- ° *Traité pratique de droit civil français, t. 7, Obligations*, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, LGDJ, 2^{ème} éd., 1954.
- PORCHY-SIMON (S.),** *Droit civil 2^{ème} année Les obligations 2020*, Dalloz, coll. HyperCours, 12^{ème} éd., 2019.

POTHIER (R.-J.) :

- ° *Traité des obligations*, t. I, éd. Siffrein, Paris, 1821.
- ° *Traité des personnes et des choses*, Paris, 1825, spéc. seconde partie « Des choses ».
- ° *Traité des obligations et Traité du contrat de vente*, t. 1, 1830.

POTTIER (F.), *La compta avec ou sans comptes*, Ems, Hors-collection, 2014.

RASSAT (M.-L.), *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2018.

REBOUL-MAUPIN (N.), *Droit des biens*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^{ème} éd., 2018.

RIPERT (G.) :

- ° *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949.
- ° *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951.

RIPERT (G.), **ROBLOT (R.)**, *Traité de droit commercial, Tome 2 : Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2004.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 2013.

RODIERE (R.), **OPPETIT (B.)**, *Droit commercial : Effets de commerce, Contrats commerciaux, Faillites*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 1978.

ROGUE, *Jurisprudence consulaire et instruction des négociants*, lib. Guillin, à Paris, Quai des Augustins, t. 1, 1773.

ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Recueil Sirey, 1952.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, coll. Domat, 11^{ème} éd., 2018.

SAVATIER (R.) :

- ° *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^{ème} série, *Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Dalloz, 1924.
- ° *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris, Dalloz, 1969.

SAVATIER (R.) et **SAVATIER (J.)**, **LELOUP (J.-M.)**, *Le droit des affaires*, Sirey, coll. Administration des entreprises, 2^{ème} éd., 1967.

SCHILLER (S.), *Droit des biens*, coll. Cours, Dalloz, 9^{ème} éd., 2019.

SCHMALENBACH (E.), *Le bilan dynamique*, Dunod, l'Economie d'Entreprise, 1961.

SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2018.

SIMLER (Ph.), *Les biens*, PUG, coll. Droit en plus, 5^{ème} éd., 2019.

SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 2009.

SIMONNET (D.), *Les 100 mots de l'entreprise*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2016.

STRICKLER (Y.), *Droit des biens*, LGDJ, coll. Cours, 2017.

TERRE (F.), Ph. SIMLER (Ph.), *Droit civil, les biens*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2018.

THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, par J. PERCEROU, éd. Rousseau et Cie, 1931.

TOUZEIL-DIVINA (M.), *Initiation au droit, Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, préf. J.-L. DEBRE, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014.

VERON (M.), *Droit pénal spécial*, Sirey, coll. Université, 17^{ème} éd., 2019.

VIDAL (D.), CESARE GIORGINI (G.), *Cours de droit des entreprises en difficulté*, Gualino, coll. Amphi LMD, 2^{ème} éd., 2016-2017.

VILLEY (M.),

° *Le jus in re, du droit romain classique au droit moderne*, Pub. Inst. dr. rom., Univ. Paris, t. VI, 1950.

° *Philosophie du droit*, Dalloz, rééd. 2001.

VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Droit & Economie, sous la dir. de M-A. FRISON-ROCHE, 2007.

VON AMIRA (K.), *Nordgermanisches Obligationrecht*, Leipzig, 2 vol., 1882-1895 ; *Grundriss des germanisches Rechts*, Strasbourg, 3^{ème} éd., 1913, rééd. Vdm Verlag, 2008.

VON GIERKE (O.), *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 3 vol., 1885-1917 ; *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.) :

° *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008.

° *Cours de droit civil. Contrats Théorie générale. Quasi-contrats*, PUF, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2014.

II. OUVRAGES SPECIAUX : THESES, MEMOIRES, MONOGRAPHIES

ABELLO (A.), *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Thèse, préf. M. VIVANT, LGDJ, 2008.

ANDRE (E.), *Les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté*, Thèse, préf. N. BORGA, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2020, vol. 191.

- ANDREU (L.),** *Du changement de débiteur*, Thèse, préf. D-R. MARTIN, Dalloz, 2010.
- AUBRY (M-C.),** *Le patrimoine d'affectation*, Thèse, Paris 13, 2010.
- AUDIT (P-E.),** *La naissance des créances*, Thèse, préf. D. MAZEAUD, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2015, vol. 141.
- AYNES (L.),** *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse, Paris, Economica, 1984.
- BACQUET (J.),** *Des biens qui n'appartiennent à personne (res nullius) et des biens dont l'usage est commun à tous (res communes)*, Thèse, Paris, 1921.
- BAILLOD (R.),** *L'apport en industrie*, Thèse, Toulouse, 1980.
- BARBIERI (J-F.),** *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Thèse, Toulouse, 1977.
- BERGER (C.),** *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, Thèse, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.
- BERLIOZ (P.),** *La notion de bien*, Thèse, préf. L. AYNES, LGDJ, 2007.
- BERRA (D.),** *Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, Thèse, dactyl. Nancy, 1969.
- BEUCHERIE (G.),** *La cessation des paiements*, Mémoire sous la dir. de M. HARDOUIN, Rennes 1, 1986-1987.
- BINCTIN (N.),** *Le capital intellectuel*, Thèse, préf. de G. BONET et M. GERMAIN, LGDJ, coll. FNDE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2007.
- BLAZY (R.),** *La Faillite, Eléments d'analyse économique*, Thèse, préf. P. MORIN, Economica, 2000.
- BOFFA (R.),** *La destination de la chose*, Thèse, Lextenso, 2008.
- BOISSON (A.),** *La licence de droit d'auteur*, Thèse, LexisNexis, 2013.
- BOUSTANI (D.),** *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, Thèse, préf. P-M. LE CORRE, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, 2015.
- BRUNET (A.),** *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, Thèse, Nancy, 1973.
- BUCHBERGER (M.),** *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, Thèse, préf. M. GERMAIN, éd. Panthéon-Assas, 2011.
- CALENDINI (J-M.),** *Le régime juridique des sociétés commerciales en règlement judiciaire ou en liquidation des biens – recherches sur l'interaction du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, Thèse, Paris II, 1983.

- CAMENSULI-FEULLARD (L.)**, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution. Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Dalloz-Sirey, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008.
- CASEAU-ROCHE (C.)**, *Les obligations post-contractuelles*, Thèse, Paris I, 2001.
- CHAMPAUD (C.)**, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Thèse, Paris, Sirey, 1961.
- CHARDEAUX (M-A.)**, *Les choses communes*, Thèse, préf. G. LOISEAU, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006.
- CHAUFFARDET (J.)**, *Le problème de la perpétuité de la propriété*, Thèse, Aix, 1933.
- COMPARATO (F.K)**, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Thèse, Dalloz, 1964.
- CONTAMINE-RAYNAUD (M.)**, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris II, 1973.
- COUTURIER (G.)**, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, Thèse, préf. J-P. HAEHL, LGDJ, 2013.
- CREMIEUX-ISRAEL (D.)**, *Leasing et crédit-bail mobiliers. Aspects juridiques, comptables et fiscaux*, Thèse, 1975, Dalloz.
- CRESP (M.)**, *Le temps juridique en droit privé, Essai d'une théorie générale*, Thèse, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013.
- CROISAT (Ch.)**, *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, Thèse, Lyon, Dalloz, 1925.
- DABIN (J.)**, *Le droit subjectif*, préf. Ch. ATIAS, Dalloz, 2008.
- DEBILY (E.)**, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Thèse, Poitiers, 2002.
- DENIZOT (A.)**, *L'universalité de fait*, Thèse, Paris I, 2007.
- DESPAX (M.)**, *L'entreprise et le droit*, Thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1957, tome 1.
- DUTILLEUL-FRANCOEUR (P.)**, *La revendication*, Thèse, Paris II, 2003.
- EMERICH (Y.)**, *La propriété des créances. Approche comparative*, Thèse, préf. F. ZENATI, LGDJ, 2006.
- ETIENNEY (A.)**, *La durée de la prestation : essais sur le temps dans l'obligation*, Thèse, préf. T. REVET, LGDJ, Bdp, 2008, tome 475.

- FOLLIET (E.),** *Le bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable*, Thèse, Payot, 1946.
- FOREST (G.),** *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Thèse, préf F. LEDUC, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2012.
- FUSTEC (A.),** *Mesure extra-financière et financière du capital immatériel de l'entreprise*, Thèse, Lyon, 2017.
- GARNIER (P.),** « *La comptabilité, algèbre du droit, méthode d'observation des phénomènes économiques* », Thèse, Paris, Dunod, 1947.
- GARY (R.),** *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, Thèse, Bordeaux, 1931.
- GAUDEMET (E.),** *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Libr. Rousseau, Paris, 1898.
- GINOSSAR (S.),** *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Thèse, LGDJ, 1960.
- GLEIZE (B.),** *La protection de l'image des biens*, Thèse, préf. J-M. BRUGUIERE, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 05/2008, tome 33.
- GOBERT (M.),** *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse, préf. J. FLOUR, Paris, 1957.
- GODON (L.),** *Les obligations des associés*, Thèse, préf. Y. GUYON, Economica, 1999.
- GOLDIE-GENICON (C.),** *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Thèse, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009.
- GREVAIN-LEMERCIER (K.),** *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, Thèse, Rennes 1, 2011.
- GUINCHARD (S.),** *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, Thèse, préf. R. NERSON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1976, tome 145.
- HADJI-ARTINIAN (S.),** *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2002.
- HAEHL (J-Ph.),** *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, Thèse, préf. P. DIDIER, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Libraires Techniques, 1981.
- HENRY (A.),** *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, Nancy.
- HUMBERT (H.),** *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, Thèse, Paris, 1940.
- JAOUL (M.),** *La notion de fruits : étude de droit privé*, Thèse, préf. M-L. MATHIEU, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2018, t. 57.
- JOUFFIN (E.),** *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Thèse, préf. C. GAVALDA, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1998, tome 307.

- KENFACK (H.)**, *La franchise internationale*, Thèse, Toulouse, 1996.
- LAPP (Ch.)**, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Thèse, préf. J. RADOUANT, Strasbourg, 1950.
- LAROCHE (M.)**, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Thèse, préf. Ph. THERY, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2007, tome 24.
- LARROUMET (Ch.)**, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse dactyl., Bordeaux, 1968.
- LAURENT (J.)**, *La propriété des droits*, Thèse, LGDJ, 2012.
- LEBEL (C.)**, *L'élaboration du plan de redressement de l'entreprise en redressement judiciaire*, Thèse, PUAM, 2000.
- LE FLOCH (P.)**, *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1986.
- LEGUEVAQUES (Ch)**, *Les défaillances bancaires*, Thèse, Economica, 2001.
- LEROYER (A-M.)**, *Les fictions juridiques*, Thèse, Paris II, 1995, tome I.
- LEVENEUR (L.)**, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, Thèse, Paris II, LGDJ, 1990.
- LONIS-APOKOURASTOS (V.)**, *La primauté contemporaine de l'exécution en nature*, Thèse, PUAM, 2003.
- MAILLET (J.)**, *La théorie de Schuld et de Haftung en droit romain*, Thèse, Aix, 1944.
- MAUCLAIR (S.)**, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Thèse, préf. T. AZZI, Fond. Varenne, 2012.
- MELEDO-BRIAND (D.)**, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, Thèse, Rennes, 1992.
- MERCIER (V.)**, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, Thèse, préf. D. PORRACHIA, PUAM, 2005.
- MESSAI-BAHRI (S.)**, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Thèse, préf. P. LE CANNU, IRJS éd. 2009, tome 18.
- MOINE (I.)**, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Thèse, préf. E. LOQUIN, Dijon, 1997.
- MOLFESSIS (N.)**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1997.
- MONSALLIER (M-C.)**, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Thèse, préf. A. VIANDIER, LGDJ, 1998.

- MONSERIE (M-H.),** *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Thèse, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Litec, 1994.
- MORTIER (R.),** *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Thèse, préf. J.-J. DAIGRE, Dalloz, 2003.
- MOTULSKY (H.),** *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1948.
- MOZAS (Ph.),** *La notion de dette en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 1996.
- NAJJAR (I.),** *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Thèse, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1967.
- NERSON (R.),** *Les droits patrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939.
- NEUVILLE (S.),** *Le plan en droit privé*, Thèse, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, LGDJ, 1998.
- NIZAR (F.),** *Les titres négociables*, Thèse, préf. H. SYNDET, Economica, 2003.
- ORTSCHEIDT (P.),** *La possession en droit civil français et allemand*, Thèse, Strasbourg, 1877.
- PAILLUSSEAU (J.),** *La société anonyme : technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, Sirey, 1967.
- PARANCE (B.),** *La possession des biens incorporels*, Thèse, préf. L. AYNES, Paris I, LGDJ, 2003.
- PELLISSIER (A.),** *Possession et meubles incorporels*, Thèse, préf. M. CABRILLAC, Dalloz, nouv. coll. 2001.
- PENGLAOU (C.),** *Introduction à la technique comptable*, Thèse, préf. J. CHARPENTIER, PUF, 1929.
- PERCEROU (R.),** *La personne morale de droit privé : patrimoine d'affectation*, Thèse, Paris, 1951.
- PIGNARRE (L-F.),** *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé*, Thèse, préf. J.-P. TOSI, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2010, tome 518.
- POPA (E.A.),** *Les notions de debitum (Schuld) et d'obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, Thèse, Paris, 1935.
- POUJADE (H.),** *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, Thèse, Toulouse, 2014.
- POURQUIER (C.),** *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, Thèse, préf. C. ATIAS, PUAM, 2000.
- PUTMAN (E.),** *La formation des créances*, Thèse, Aix-Marseille, 1987.

- RAYBAUD-TURRILLO (B.),** *Le modèle comptable patrimonial : les enjeux d'un droit comptable substantiel et droit comptable*, Thèse, Nice, 1993.
- RENOUF (M.),** *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur : essai sur les biens à valeur négative*, Thèse, Caen, 2012.
- RIGAUD (L.),** *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912.
- RIZZI (A.),** *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, Thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2007, tome 459.
- ROSSI (P.),** *Du contrôle exercé par les mandataires de justice dans les procédures collectives*, 3 volumes, Thèse, Lille II, 1997.
- ROUBIER (P.),** *Droits subjectifs et situations juridiques*, Thèse, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2005 (et 1963).
- SABATHIE (E.),** *La chose en droit civil*, Thèse, Paris II, 2004.
- SABATHIER (S.),** *Le droit des obligations à l'épreuve des procédures collectives*, Thèse, dactyl., Toulouse, 2000.
- SALEILLES (R.),** *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 1914.
- SCHOLASTIQUE (E.),** *Le devoir de diligence des administrateurs de société (droit français et anglais)*, Thèse, préf. A. TUNC, LGDJ, 1998.
- SENECHAL (M.),** *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective du gage des créanciers*, Thèse, préf. M-H. MONSERIE-BON, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002.
- SOUCHARD (C.),** *De la cession des créances*, Thèse, Paris I, 1977.
- THERON (J.),** *Le rôle du juge dans la transmission des biens*, Thèse, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, LGDJ, 2008.
- VALLANSAN (J.),** *La cession d'entreprise*, Thèse, Caen, 1986.
- VIDALENS (V.),** *Droit des sociétés et droit de l'environnement*, Thèse, dactyl. Toulouse, 2011.
- WICKER (G.),** *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, tome 253.
- XIFARAS (M.),** *La propriété : Etude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la Politique, 2004.
- ZENATI-CASTAING (F.),** *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon III, 1981.

III. DICTIONNAIRES

BELLOIR-CAUX (B.), *Dictionnaire de droit des biens*, Ellipses, coll. Dictionnaires de Droit fondée par J-P. SCARANO, 2013.

CHAGNOLLAUD DE SABOURET (D.), *Dictionnaire élémentaire du droit*, Dalloz, Hors-collection Dalloz, 2^{ème} éd., 2016.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant (et coll.), PUF, coll. Quadrige, 12^{ème} éd., 2017.

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, coll. Lexiques, 27^{ème} éd., 2019.

LAFOND (E.), *Dictionnaire économique et financier de l'anglais au français*, éd. de l'Homme, 1972.

LE PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ, 2017.

LE PETIT ROBERT DE LA LANGUE FRANÇAISE, éd. 2017.

LE ROBERT, Dictionnaire historique de la langue française, Paris, 1992.

ROLAND (H.), BOYER (L.), *Locutions latines du droit français*, Litec, 3^{ème} éd., 1993.

SILEM (A.), (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, coll. Lexiques, 15^{ème} éd. 2018.

TEULON (F.), *Vocabulaire économique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996.

IV. MELANGES et COLLECTIFS

ALFANDARI (E.), « Le droit économique en France », in *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS*, Dalloz, 2002, p. 231 s.

ANDRE (M-E.) :

° « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 23 s.

° « Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat) », in *F. TERRE (dir.)*, *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 123 s.

AUBERT (F.), « Les finalités des procédures collectives », in *Prospectives du droit économique : Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 367 s.

AYNES (L.), « L'obligation de loyauté », in *Archives de philosophie du droit*, 2000, p. 197.

BATIFFOL (H.), « Problèmes contemporains de la notion de biens », in « Les biens et les choses », *Archives de philosophie du droit*, t. 24, Sirey, 1979, p. 9 s.

BEGUIN (J.), « Un îlot de résistance à l'internationalisation », in *L'internationalisation du droit : Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 3 s.

BERGEL (J.-L.), « Paradoxes du droit immobilier français à la fin du XX^{ème} siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 4 s.

BOUTHINON-DUMAS (H.) et MASSON (A.), « Préface », in *C. CHAMPAUD (dir.), Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Larcier, coll. Droit, management et stratégies, 2011.

BOY (L.), **RACINE (J.-B.)**, **SIIRAINEN (F.)**, « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in *l'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur de Antoine PIROVANO*, Paris, Éd. Frison-Roche, 2002, p. 23 s.

BOYER (L.), « L'incidence de la faillite sur les contrats en cours en droit français », *Ann. Univ. Sc. Soc. Toulouse* 1975, p. 101.

BRENAC (A.), **LECLERC (K.)**, « Voies d'exécution et droit des entreprises en difficulté » in *Ph. ROUSSEL GALLE (dir.), Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. 469 s.

BRUNET (B.), « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 471 s.

CABRILLAC (M.), « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 69 s.

CASALONGA (A.), « La protection du secret de fabrique dans le contexte de l'espionnage industriel », in *Mélanges en l'honneur de Daniel BASTIAN*, t. 2, Litec, 1974, p. 199 s.

CATALA (P.) :

° « La propriété de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 s.

° « La protection juridique des productions immatérielles », in *L'appropriation de l'information*, ouvr. coll. sous dir. J.-P. CHAMOUX, Litec, coll. Droit et informatique, 1986, p. 84 s.

CAUSSAIN (J.-J.), « A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », in *Études offertes à Barthélemy MERCADAL*, éd. F. Lefebvre, 2002, p. 303 s.

CERATI-GAUTHIER (A.), **PERRUCHOT-TRIBOULET (V.)**, « Réforme du droit des obligations et droit des entreprises en difficulté », in *Influence de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, Hors collection, 1^{ère} éd., 2018.

CHAMOUX (J.-P.), *L'appropriation de l'information*, Litec, coll. Droit et informatique, 1986.

CHAPUT (Y.) :

° « Crise du droit des affaires et/ou révolution économique du droit », in Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 11 s.

° « 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*, Economica, 2008, p. 115 s.

CHILSTEIN (D.), « Le fonds de commerce », in P. LE CANNU (dir.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, 2008, Bibl. Institut Tunc, LGDJ, p. 305 s.

CLAEYS (Ch-E.), « La notion de possession. Pour une approche pédagogique nouvelle », in *Mélanges G. DEHOVE*, PUF, 1983, p. 111 s.

COURET (A.), **LARRIEU (J.)**, **MACORIG-VENIER (F.)**, **MASCALA (C.)**, **MONSERIE (M-H.)**, **SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, « Commentaire de la loi du 10 juin 1994 et de son décret d'application », Montchrestien, 1995.

COZIAN (M.), « La notion d'activité économique vue au travers du prisme de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle : Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p. 235 s.

DANOS (F.), « La cession de dette », in *Etudes en la mémoire de Philippe NEAU-LEDUC*, LGDJ, 2018, p. 309 s.

DEBOISSY (F.), « Le contrat de société », in *Le contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant, Société de législation comparé, 2005, p. 119 s.

DELVILLE (J-P.), « Norme et règle », *Penser la norme : approches philosophiques et juridiques*, Centre de Recherche sur la Logique et son Histoire, Rennes, 1995, publication de l'Université de Rennes I, 1995, p. 21 et s.

DERRIDA (F.), « Sur la notion de cessation des paiements », in *Mélanges J-P. SORTAIS*, Bruylant, 2002, p. 73 s.

DERRUPPE (J.) :

° « Fonds de commerce et clientèle », in *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 231 s.

° « La distinction de la clientèle et de l'achalandage », in *Les orientations sociales du droit contemporain : Ecrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 167 s.

DIDIER (P.) :

° « Esquisse de la notion d'entreprise », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1966, p. 209 s.

° « Une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 84 s.

DRAGO (G.), « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 299 s.

DUMONT (F.), « Obligatio », in *Mélanges Ph. MEYLAN*, I, Lausanne, 1963, p. 77 s.

DURAND (P.), « La notion juridique de l'entreprise », in *Travaux de l'association H. Capitant*, t. III, D 1947, 45.

FRANCOIS (J.), « Les créances sont-elles des biens ? », in *Mélanges Ch. LARROUMET*, Economica, 2010, p. 149 s.

FRIEDEL (G.), « A propos de la notion d'entreprise... », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 97 s.

GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'obligation dans le droit de la Rome antique », in *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p.19 s.

GRELON (B.), « Prévention et cessation des paiements », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, Dalloz, 2011, p. 423 s.

GRZEGORZYK (C.), « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », in *Archives de philosophie du droit*, t. XXIV, 1979, p. 259 s.

GUTMANN (D.), « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique », in *Archives de philosophie du droit*, t. 43, 1999, p. 65 s.

GUYON (Y.) :

° « Une faillite au XIXème siècle selon le roman de Balzac, César Birotteau », in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 377 s.

° « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Le contrat au début du XXIème siècle : Etudes offertes Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 405 s.

HANNEQUART (A.), « Droit et Economie », in *Encyclopédie économique*, éd. X. GREFFE, J. MAIRESSE, J-L. REIFFERS, Economica, 1990, p. 253 s.

HEBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, t. II, PUAM, Aix-en-Provence, 1979, p. 1 s.

HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, Gent, 1965.

IDOT (L.), « A propos des entreprises en difficulté et du droit communautaire », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 403 s.

JACOTOT (D.), « Droit social et droit des entreprises en difficulté », in Ph. ROUSSEL-GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, 2012, p. 555 s.

KRAMPE (Ch.), « Obligation comme bien, Droit français et allemand », in *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 205 s.

LAROCHE (M.), « La propriété sous l'emprise du droit des procédures collectives », in P. LE CANNU (dir.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, t. 17, Bibliothèque de l'institut André Tunc, 2008, p. 273 s.

LEBEL (C.), « Le dessaisissement », in *Droit, histoire et société : Mélanges en l'honneur de Christian DUGAS de la BOISSONNY*, PU Nancy, coll. Histoire du droit, 2008, p. 127 s.

LECLERCQ (P.), « Essai sur le statut juridique des informations », in A. MADEC (ss dir.), *Les flux transfrontaliers de données : vers une économie informationnelle*, Doc. fr., Paris, 1982.

LE DOLLEY (E.), (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2010.

LEDUC (F.), « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Hommage en l'honneur de Grégoire FOREST*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 121 s.

LEGROS (J-P.), « Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté », in Ph. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. 743 s.

LEMAY (P.), « L'inexécution du contrat : l'exécution forcée en nature (projet, art. 1221) », in M. LATINA, G. CHANTEPIE (dir.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 76.

LIBCHABER (R.), *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 361 s.

LIENHARD (A.) :

° « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in *Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz, 2006, p. 475 s.

° « La cession en tant qu'actif isolé du fonds de commerce », in *Liber amicorum : Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, 2012, p. 477 s.

LOISEAU (G.), « L'immatériel et le contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 353 s.

LUCAS (F-X.), « La revendication des biens immatériels », in *Mélanges André LUCAS*, LexisNexis, 2014, p. 533 s.

LUCAS (F-X.) et LECUYER (H.), *La réforme des procédures collectives, La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006, spéc. p. 192.

LYON-CAEN (A.) :

° « Le plan, l'entreprise et l'emploi : quelques observations sur la loi du 25 janvier 1985 », in *Critique de l'économie politique*, 1985, p. 13.

° « Les orientations générales de la réforme », *Ann. Univ. Toulouse*, t. 34, p. 13.

MARTIN-SERF (A.), « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires morceaux choisis : Mélanges en l'honneur d'Adrienne HONORAT*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 143 s.

MASSART (T.), « La société sans apport », in *Mélanges P. DIDIER*, Economica, 2008, p. 289 s.

MELEDO-BRIAND (D.), « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle : Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p. 467 s.

MERCADAL (B.), « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise : Mélanges offerts à Jean DERRUPPE*, Litec et GLN-Joly, 1991, p. 9 s.

MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats : Journées Savatier*, PUF, 1986, p. 41 s.

MONSERIE-BON (M-H.), « Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations », in *Le contrat au début du XXIème siècle : Dialogue avec M. JEANTIN, Perspectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 429 s.

MOUSSERON (J-M.), « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 277 s.

MOUSSERON (J-M.), **RAYNARD (J.)**, **REVEL (Th.)**, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p. 281 s.

OPPETIT (B.), « Droit et économie », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 169 s.

OST (F.), **VAN DE KERCHOVE (M.)**, « Jalons pour une théorie critique du droit », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint- Louis, 1987, p. 70.

PAGES (J.), « De l'irréductible et incontournable entreprise », in *Prospectives du droit économique, Dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 849 s.

PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Etudes offertes à Roger Houin*, Dalloz, 1985, p. 109 s.

PARANCE (B.) et **DE SAINT-VICTOR (J.)**, (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS, éd. 2014.

PATAULT (A-M.), « Regard historique sur l'évolution du droit des biens » in *L'évolution contemporaine du droit des biens : Journées Savatier*, PUF, 1991, p. 5 s.

PERINET-MARQUET (H.) :

- ° « L'immeuble et le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 395 s.
- ° « Evolution de la distinction meubles-immeubles », in *Droit et actualité : études offertes à Jacques BEGUIN*, LexisNexis, 2005, p. 642 s.

PETEL (Ph.) :

- ° « Le redressement de l'entreprise en liquidation judiciaire », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle : Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 903 s.
- ° « Pour une relecture de l'article L. 621-32 du code de commerce [ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985] », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 917 s.

PIEDELIEVRE (A.), « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Aspects du droit privé en fin du 20^{ème} siècle : Etudes réunies en l'honneur de Michel DE JUGLART*, LGDJ, 1986, p. 55 s.

PIERI (G.), « Obligation », in *Archives de philosophie du droit*, t. 35, Vocabulaire fondamental du droit, Sirey, 1990, p. 221 s.

PIROVANO (A.), « Le caractère négocié du plan de redressement de l'entreprise », in *Changement social et Droit négocié*, 1988, Economica, p. 81 s.

PORTALIS, « Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété (26 nivôse an XII) », in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, coll. des publications du Centre de philosophie du droit, 1988, p. 112 s.

RAMPELBERG (R-M.), « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », in « Le droit et l'immatériel », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 35 et s.

ROLLAND (B.), « Environnement et droit des entreprises en difficulté », in *Ph. ROUSSEL GALLE (dir.)*, *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360 °, 2012, p. 681 s.

ROMEYER-DHERBEY (G.), « Chose, cause et œuvre chez Aristote », in « Les biens et les choses », *Archives de philosophie du droit*, t. 24, 1979, p. 127 s.

ROUSSEL GALLE (Ph.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012 :

- ° « Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres », XXI et s.
- ° « Contrats et droit des entreprises en difficulté », p. 287 s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) :

° « Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle : Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Dalloz 1998, p. 539 s.

° « L'irruption du droit de l'entreprise dans le droit des biens : les copropriétés en difficulté », in *Aspects organisationnels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 457 s.

° « 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, PU Toulouse I, 2005, p. 299 s.

° « Les procédures collectives : Le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2007, p. 135 s.

° « Le rebond du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz-Litec, 2011, p. 579 s.

SALATI (O.), « Le mythe du droit de gage général : les biens insaisissables », in *A. LEBORGNE et E. PUTMAN (dir.), Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, Droit et procédures, EJT 2009, p. 11.

SALEILLES (R.), « De la cession de dette », in *Annales de droit commercial*, 1890. Doctr. 1 s. n° 45, p. 42.

SEVE (R.), « La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », in « Les biens et les choses », *Archives de philosophie du droit*, tome XXIV, Sirey, 1979, p. 247 s.

SORTAIS (J-P.), « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », in *Le juge et le droit de l'économie : Mélanges en l'honneur de Pierre BEZARD*, LGDJ, 2002, p. 320 s.

STOUFFLET (J.), « Propos sur la transmission des créances », in *Etudes dédiées à Alex WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 511 s.

SYNVET (H.), « Opérations sur créances, Exposé des motifs », in *P. CATALA (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, p. 70 s.

TABATONI (P.), « L'incorporel comme ressource économique, Propos introductifs », in « Le droit et l'immatériel », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 149 s.

TAFFOREAU (P.), « Possession et propriété intellectuelle », in *J-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN (dir.), « Propriété intellectuelle et droit commun »*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2007, p. 111 et s.

TERRE (F.) :

° « Présentation de l'obligation », in *Archives de philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 9 s.

° « Meubles et immeubles », in *Le Discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 278 s.

TREBULLE (F-G.), « Environnement et droit des affaires », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 1035 s.

VALLANSAN (J.), « Le dessaisissement de la personne physique », in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz, Sirey, 2011, p. 599 s.

VILLEY (M.), « Les biens et les choses », in *Archives de la Philosophie du droit*, t. 24, Sirey, 1979, p. 1 s.

VINEY (G.), « Pour ou contre un principe général de responsabilité pour faute ? », in *Le droit privé à la fin du XXème siècle : Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 555 s.

VIVANT (M.), « L'immatériel en sûreté », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 405 s.

VOGEL (L.), « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in *Une certaine idée du droit : Mélanges André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 605 s.

ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », in « Le droit et l'immatériel », *Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999, p. 79 s.

V. ARTICLES et CHRONIQUES

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, p. 772.

ANDRE (E.), « L'évaluation des biens incorporels à l'ouverture de la procédure collective », *BJE* 2018, n° 4, p. 278.

ANDRIEU (L.), « Les projets de réforme et le régime général de l'obligation : entre tradition et modernité », *RLDC 2014*, n° 113, n° 5366.

ANGER (C.), « Le savoir-faire : un actif immatériel au service des musées », *Jurisart*, 1^{er} octobre 2016, n° 39, p. 37.

ANSAULT (J-J.), « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE*, mars 2017, n° 2, p. 148.

ASTRUP (G.), CRUMIERE (M.), GICQUEL (M.), SOOGRIM (A.), DE VILALLONGA (A.), « La boîte à outils du Code civil au service des techniciens des entreprises en difficulté », *RPC*, mai 2017, n° 3, alerte 19.

ATIAS (Ch.) :

° « Destins du droit de propriété », *Droits, Rev. fr. théorie juridique* 1985, p. 9.

° « L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français (le futur nouvel article 516 du Code civil) », *D.* 2009. 1165.

AULAGNON (L.), « La pérennité de la propriété (étude de sociologie juridique à propos d'un ouvrage récent) », *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1934, p. 277 s.

AYNES (L.) :

- ° « Cession de contrat, nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1997. 25 et s.
- ° « La cession de contrat » in « Régime général des obligations : l'essentiel d'une réforme substantielle », *Droit et patrimoine*, juillet-août 2015, n° 249, p. 73.
- ° « La cession de contrat » in dossier coordonné par L. AYNES, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat : les nouvelles règles », *Droit et patrimoine*, juillet 2016, n° 260, p. 63.

BAC (A.), « De la notion de contrat en cours et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions », *JCP E* 2000, I, p. 22.

BACHASSON (D.), « La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives », *GP*, 12 décembre 1998, doct. 2 et s.

BANCK (A.), « Le droit de la protection des données saisi par le droit de la concurrence », *Dalloz IP/IT* 2018. 248.

BARBIERI (J-F.), *RPC* 2005. 346, n° 15 (choix des techniques de traitement).

BARON (F.), « La date de naissance des créances à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.* 2001, p. 1.

BATTISTINI (P.) « Présentation de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *LPA*, 15 novembre 2018, n° 229, p. 6.

BAUER (B.), REINAUD (F.), « La santé et l'entreprise : vers la fin d'un tabou ? », *LPA*, 4 septembre 2019, n° 176-177, p. 3.

BAUJET (B.), et alii, « La souffrance morale des entrepreneurs », *Cahiers de droit de l'entreprise*, mars 2016, n° 2, entretien 2.

BEBRAS (J.), « Protection des données personnelles et concurrence : dépendances et interdépendances également », *Revue Lamy droit de l'Immatériel*, 1^{er} mai 2019, n° 159, p. 29 et s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les plans de sauvegarde et de continuation », *RPC*, décembre 2005, n° 4, p. 364.

BENABENT (A.), AYNES (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016. 434.

BENABOU (L.), « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, janvier 2005, n° 1, étude p. 53.

BERMOND DE VAULX (J-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement judiciaire », *Rev. sociétés* 1990. 221 et s, n° 7.

BERTHELOT (G.) :

- ° « Les créanciers postérieurs méritants », *RPC*, juillet 2011, n° 4, art. 37.

° « La période d'observation, une notion temporelle à l'acception atemporelle », *RPC*, mai 2015, n° 3, étude 9.

° De l'avènement d'un critère téléologique ou l'art du divinatoire pour le créancier postérieur méritant », *Cah. dr. entr.* 2016, n° 4, p. 41.

BESSIEUX-OLLIER (C.), WALLISER (E.), « Le capital immatériel. Etat des lieux et perspectives », *Revue française de gestion* 2010/8, n° 207, p. 85 s.

BEY (E-M.), « Cession des contrats de crédit-bail », *RJDA* 8-9/92, p. 651.

BIGOT (J-P.), « Quelle valeur pour les actifs immatériels tels que les logiciels ? », *GP*, 18 juillet 2007, n° 199, p. 15.

BILLIAU (M.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA*, 4 septembre 2015, n° 177, p. 107.

BLANC (G.), « Les frontières de l'entreprise en droit commercial (Brève contribution...) », *D.* 1999, chron. p. 415-418.

BLANCHARD (M.), « Numérique, concurrence et protection des données personnelles », *Cahier de droit de l'entreprise*, 1^{er} mai 2019, n° 3, p. 41 et s.

BOFFA (R.), « Les opérations translatives dans le projet d'ordonnance », *GP*, 4 juin 2015, n° 155, p. 8.

BOIVIN (J-P.), « Les nouveaux objectifs de la remise en état », *BDEI* 3/2006, p. 45.

BONET (G.), « Approche et définition du savoir-faire en France et en Europe : Règlement communautaire et doctrine », *RIPIA* 1998. 335.

BONFILS (P.), « La consomptibilité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2003/1, p. 181.

BONNET (F.), « La cessation des paiements, Approche financière de la loi sur les faillites », *Guide de gestion RF, revue fiduciaire*, 2000, p. 28-29.

BONNET (V.), « La durée de la propriété », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2002-1, p. 273 s.

BOSKOVIC (O.), « La patrimonialité des droits, brèves observations sur une notion fondamentale », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2005/4, p. 1783-1802.

BOULAY (J-C.), « Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *RPC*. 2006-2, spéc. p. 136.

BOUNFOUR (A.), « Actifs immatériels, entre grammaire et photographie », *Analyse financière*, juillet-août-septembre 2012, n° 44, spéc. p. 8.

BOUTONNET (M.), « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTD. civ* 1/2008, p. 1.

BRESSE (P.), « L'évaluation financière des actifs immatériels technologiques », *Propriétés intellectuelles*, 1^{er} juillet 2002, n° 4, p. 15.

BROCARD (E.), « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *LPA*, 11 mai 2011, n° 93, p. 4.

BRUGUIERE (J-M.) :

° « L'immatériel à la trappe ? », *D.* 2006, p. 2804.

° « Droits patrimoniaux de la personnalité. Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », *RTD civ.* 2016, p. 1.

BRUNETTI-PONS (C.), « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783.

CABRILLAC (M.),

° « L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application », *Banque* 1986. 115.

° « L'article 40 de la loi nouvelle et les nouveaux privilèges de procédure », *RPC.* 1986, p. 13 s.

CABRILLAC (R.), « Le projet de réforme du droit des contrats : premières observations », *JCP* 2008. I. 190.

CAGNOLI (P.), **FIN-LANGER (L.)**, **PETIT (F.)**, **VALLANSAN (J.)**, « Réforme du droit des contrats. Incidences en droit des entreprises en difficulté », *RPC*, mai 2016, n° 3, alerte 15.

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE, « Comité d'études pour la réforme de l'entreprise », 1975, 3/4, p. 29-30.

CALVO (J.), « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », *LPA*, 7 septembre 1999, n° 178, p. 4.

CALVO (J.), **COURET (A.)**, « Garantie d'actif et de passif (aspects pratiques), Les immobilisations incorporelles », *LPA*, 18 janvier 1995, n° 8, p. 9.

CAMBOT (P.), « Les vicissitudes de l'obligation de remise en état des sites pollués », *BDEI*, janvier 2001, n° 1, p. 2.

CANCIANI (B.), « Prévention et règlement des difficultés des entreprises immobilières, solutions palliatives à la crise actuelle », *Professions immobilières*, juillet-septembre 1992.

CARON (C.), « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 162.

CATALA (P.) :

° « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185.

° « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, chron., p. 98.

° « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2006. 535.

CAYOL (A.), « L'obligation réelle environnementale ou les potentialités environnementales du droit des contrats et du droit des biens », *LPA*, 10 mai 2005, n° 94, p. 98.

CAYROL (N.), « La nature de la procédure de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 19 septembre 2006, n° 187, p. 3.

CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. sociétés* 2006, p. 305.

CHADUTEAU (O.), « Quand la compliance devient un avantage compétitif », *Revue des Juristes de Sciences Po*, janvier 2019, n° 16, 5.

CHAMPAUD (C.), « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron. XXIV.

CHARBONNIER-VOIRIN (A.), **LISSILLOUR (M.)**, « La marque employeur comme outil de fidélisation organisationnelle », *Recherches en Sciences de Gestion-Management Sciences-Ciencias de Gestion*, janvier 2018, n° 125, p. 97.

CHARBONNIER-VOIRIN (A.), **VIGNOLLES (A.)** :

° « Marque employeur interne et externe. Un état de l'art et un agenda de recherche », *Revue française de gestion*, 2015/1, n° 246, p. 63.

° « Enjeux et outils de gestion de la marque employeur : point de vue d'experts », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2016/1, n° 112, p. 153.

CHATRY (S.), « La réforme en pratique. La cession de contrat portant sur un droit de propriété intellectuelle », *AJCA* 2015. 313.

CHENEDE (F.) :

° « Eugène Gaudemet, Le transport de dettes », *RDC*, janvier 2010, n° 1, p. 363.

° « Un modèle de méthode historico-comparative : Raymond Saleilles et la cession de dette », *Tribonien*, n° 1, 2018, p. 20 s.

CHERON (F.), « 3 questions L'actionnariat salarié dans les sociétés non cotées », *JCP E*, 19 janvier 2017, 45.

CHIFFAUT-MOLIARD (J-P.), « Le statut fiscal et social de l'apporteur en industrie », *Dr. sociétés, Actes pratiques* septembre, octobre 2004, p. 44.

CHILSTEIN (D.), « Les biens à valeur négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.

CLEMENT (J-N.), « Le droit de l'environnement dans les procédures collectives », *Journal des sociétés*, novembre 2015, n° 135, p. 43.

COASE (R.H.) :

° « The Problem of Social Cost », *Journal of Law & Economics* III, October 1960, 1-44.

° « Notes on the Problem of social Costs », The University of Chicago Press, 1988.

° « The Institutional Structure of Production », The Nobel Foundation, 1991.

COLASSE (B.), « Commentaire analytique et critique du cadre conceptuel du CPDC », *Revue Française de Comptabilité*, 1996, p. 72-73.

COLLOMB (P.), « La clientèle du fonds de commerce », *RTD com.* 1979, p. 1

COQUELET (M-L.) :

° « Le plan de cession a-t-il changé ? », *RPC* 2006. 188.

° « Le plan de cession : faut-il déjà réformer ? », *RPC*, avril 2008, n° 2, art. 12, p. 128.

CORNESSE (I.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2003. 2433.

COUDRAIS (M.), « L'obligation naturelle : une idée moderne », *RTD civ.* 2011. 453.

COUTURIER (G.), « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *BJS*, février 2008, n° 2, p. 142.

COUTURIER (I.), « Remarques sur quelques choses hors du commerce », *LPA*, 6 septembre 1993, n° 107, p. 7 et 13 septembre 1993, n° 110, p. 7.

DAILLE-DUCLOS (B.), « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E* 1998. 1486.

DANIS-FATOME (A.), **MELOT-CORDONNIER (A.)**, « La transmission des obligations », *AJ contrat* 2018, p. 304.

DANJAUME (G.), « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G* 1996, doct., n° 3895.

DANOS (F.), « Exceptions inhérentes à la dette et subrogation réelle sur la créance du prix de revente », *JCP E* 2011, Etude 1366.

DARAGON (E.), « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63.

DE CARRIERE (V.), **MERLY (E.)**, **BEAUCHAMP (J-P.)**, **PEROCHON (F.)**, **LAGARDE (B.)**, « Elaboration du plan, de nouveaux rapports de force, de nouvelles stratégies », *LPA*, 29 mars 2016, n° 63, p. 20.

DEHARVENG (J.), « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un événement et non plus une issue du cours des procédures », *D. aff.* 2006, chron, p. 1047.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « L'acquisition de droits sociaux pour un prix symbolique », *Droit et patrimoine*, juin 1995, p. 35.

DELATTRE (C.) :

° « La notion d'actif disponible au sens de l'article L. 621-1 (devenu L. 631-1) du Code de commerce », *RPC* 2007, p. 109.

° « L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait », *JCP E* 2007. 1872.

° « La souffrance du chef d'entreprise face à la défaillance de son entreprise », *BJE*, juillet 2015, n° 4, p. 201.

DELAZAY (Y.), « De la faillite au redressement des entreprises en difficulté : La redéfinition de la division du travail entre le notable, l'homme du droit et l'expert et l'importation du modèle américain du professionnel du conseil en entreprise », *Droit et sociétés* 1987, n° 7, p. 379.

DELENEUVILLE (J.-M.) :

° « L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985 », *RPC* 1998-5, p. 519.

° « La cessation des paiements n'est pas une notion comptable », *RPC*, mai 2000, n° 2, p. 52.

DELPECH (X.), « Faillite de compagnie aérienne : quels droits pour les passagers ? », *JT* 2019, n° 223, p. 3.

DEMEYERE (D.), « Les enjeux de la cession d'entreprise en difficulté », *LPA*, 30 mai 2012, n° 108, p. 39.

DEMOGUE (R.) :

° « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 723 et s.

° « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906, p. 231 et s.

DE ROBERT-HAUTEQUERE (Ph.), « Le secret des affaires, créateur de valeur », *Dalloz IP/IT* 2018. 677.

DERRIDA (F.) : « La notion de contrat en cours à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire », *RJDA* 6/93, p. 399.

DESCHANEL (C.), « L'instauration d'un droit de propriété des données personnelles : vrai danger ou fausse utilité ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 1^{er} février 2019, n° 156, p. 35.

DESTREGUIL (M.), « Plaidoyer en faveur d'une approche propriétaire des données personnelles », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 1^{er} mars 2019, n° 3, p. 5.

DIESBECQ (A.), « Conditions procédurales de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com, article L. 651-2 : quelques conseils pratiques) », *RPC*, juillet 2012, n° 4, prat. 1.

DIRECTION GENERALE DES ENTREPRISES, « Signature de la convention de déploiement Signaux Faibles : vers une meilleure anticipation des difficultés des entreprises », *RPC* juillet 2019, n° 4, alerte 24.

DISSAUX (N.), « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *AJ Contrat* 2017, p. 10.

DOUAOUI (D.), « À propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 8 janvier 2007, n° 6, p. 4.

DREYER (E.), « Consécration - provisoire - du vol de données informatiques », *AJ pénal* 2015. 413.

DROSS (W.) :

° « La revendication dans les procédures collectives : une imposture ? », *Droit et patrimoine*, février 2011, n° 200, p. 30 s.

° « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* 2017, p. 27 s.

DROSS (W.) et MALLET-BRICOUT (B.), « Avant-projet de réforme du droit des biens, premier regard critique », *D.* 2009. 508.

DUFFAR (J.), « La protection des droits économiques par la CEDH », *GP* 1995, doct. 1105.

DUPICHOT (Ph.), « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Droit et patrimoine*, avril 2015, n° 246, p. 20.

ECKOUDT (M.), « La prévention de la faillite bancaire », *LPA*, janvier 2010, n° 10, p. 3.

FABRE-MAGNAN (M.) :

° « Réforme du droit des contrats : un très beau projet », *JCP* 2008. I. 199.

° « La réforme du droit français des contrats », *RDC* 2009. 265.

FAGES (B.) et PORACCHIA (D.), « Fiduciary Duty of Loyalty in French Company Law », *RTDF* 2014, p. 51, n° 3.

FAJGENBAUM (F.) et T. LACHACINSKI (T.), « Concurrence déloyale, parasitisme et contrefaçon », *AJCA*, juillet 2014, p. 158.

FAURE (B.), « Les nouvelles procédures de regroupement des collectivités territoriales : vers de réelles possibilités (potentialités) de recomposition des territoires ? », *Revue Le Lamy Collectivités Territoriales*, 1^{er} mars 2012, n° 77, p. 71.

FAURY (D.), « La notion de cessation des paiements et la loi dite de sauvegarde des entreprises », *GP*, 23 janvier 2007, n° 23, p. 8.

FAVARIO (T.) :

° « La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce », *RPC*, mai 2011, n° 3, art. 15, p. 34 s.

° « L'associé, financier de la société en difficulté », *RPC*, septembre 2017, n° 5, étude 17.

FERMANEL DE WINTER (A-S.), « Universalité de fait et universalité de droit » (première partie), *RJO* 2008/4, p. 409 s.

FEUGERE (F.), « Le devoir de loyauté dans les cessions d'entreprises en difficulté », *GP*, 5 décembre 2000, n° 340, p. 76.

FONTAINE (M.), **MARRAUD DES GROTTES (G.)**, « Il va falloir valoriser ces actifs immatériels que constituent les données, et éventuellement, les fiscaliser », *Revue Lamy droit civil*, 1^{er} octobre 2017, n° 152, p. 33.

- FRAIMOUT (J-J.)**, « La réforme des plans de sauvegarde et de redressement », *RPC* 2009, dossier n° 11, p. 84.
- FRAUD (E.)**, « La notion de transfert de créance », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, t. XXIII, PUAM, 1998-3, p. 817 s.
- FREYRIA (C.)**, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997. Chron. 51.
- FROEHLICH (Ph.)**, « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 2878.
- GALLOUX (C.)**, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, chron., p. 229.
- GARINOT (J-M.)**, « La loyauté en droit des sociétés : une obligation en clair-obscur », *RLDA*, mars 2014, n° 91, p. 60.
- GAUDU (F.)**, « Flexibilisation de la vie du travail, potentialités et défis pour le droit du travail », *Revue internationale de droit comparé*, 1^{er} avril 1998, n° 2, p. 513.
- GEIGER (C.)**, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE* 2006/4, p. 389.
- GENICON (T.)**, « Contre l'introduction du coût manifestement déraisonnable comme exception à l'exécution forcée en nature » in « Réforme du droit des contrats, le débat », *Droit et patrimoine*, octobre 2014, n° 240, p. 63.
- GHOZI (A.) et LEQUETTE (Y.)**, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2008. 2609.
- GIBIRLA (D.)**, « Les responsabilités et les sanctions du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Deffrénois* 2006, art. 38412.
- GINOSSAR (S.)**, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ* 1962, p. 573.
- GIJSBERS (Ch.)**, « Le nouveau visage de la cession de créance » in dossier coordonné par L. AYNES, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat : les nouvelles règles », *Droit et patrimoine*, juillet 2016, n° 260, p. 48.
- GORRIAS (S.)**, « Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 17 février 2006, n° 35, p. 96.
- GOUEZEL (A.)**, « Les opérations translatives », *AJCA*. 2016, p. 135.
- GOULARD (G.)**, « Immobilisation des droits de propriété industrielle », *RJF* 10/94 du 25 septembre 1994.
- GOUTTENOIRE-CORNUT (A.)**, « La richesse des fruits », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2001. 1225 s.

GREAU (F.), « Pour un véritable privilège de la procédure », *LPA*, 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

GUILLOU (Y.), « Fait générateur, origine, exigibilité de l'impôt dans les procédures collectives », *RPC* 1999/2-3. 57.

GUTMAN (D.), « La date de naissance des créances en droit fiscal », *LPA*, 9 novembre 2004, n° 224, p. 35.

GUYENOT (J.), « Qu'entend-on aujourd'hui par cessation des paiements dans les procédures collectives de règlement du passif ? », *GP*. 1983, 1, doct. 46.

HAEL (J-Ph) :

° « Vers l'élaboration d'un droit économique de l'entreprise en difficulté, bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 sept. 1967 », *RJ com.* 1979, p. 1 s.

° « L'option de l'administrateur », *LPA* 1996, n° 82, p. 5.

HALLEZ (H.), « Le temps et la durée », *Revue philosophique de Louvain*, 1896, p. 14.

HANCE (O.P.), « L'information et le droit : la question du statut juridique de l'information », *RLDI* 2011/75.

HARAVON (M.), « Doing business 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ? », *D.* 2009. Chron. 244.

HENRY (L-C.) :

° « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *GP*, 8 septembre 2005, n° 251, p. 39.

° « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *RPC* 2008. 20 s.

° « La directive relative aux restructurations préventives... et la seconde chance de l'entrepreneur », *BJE*, mars 2019, n° 2, p. 9.

HILTY (R.M.), « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle : problèmes et perspectives. Introduction », *RIDE* 2006/4, p. 353.

HONTEBEYRIE (A.), « Quelques observations sur la délimitation temporelle de la cession de contrat », *RDC* 2017. 378

IWEINS (D.), « Que cache la réalité du statut de collaborateur ? », *GP*, 9 février 2016, n° 6, p. 8.

JACQUEMONT (A.), « Revendication du prix et transformation du bien », *Act. proc. coll.* 1/2004. 1 s.

JAMIN (C.), BILLIAU (M.), « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1997. 145.

JAUBERT (P.), « Deux notions du droit des biens, la consomptibilité et la fongibilité », *RTD civ.* 1945, p. 75.

JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976. 700 s.

JEANNEROT (Ph.), « Le choix entre les procédures, La procédure de sauvegarde ou le redressement judiciaire », *RPC*, mai-juin 2015, n° 3, étude 10, p. 21

JEANTIN (M.) :

° « Aspects de droit social de l'avant-projet de loi relatif au traitement des difficultés des entreprises », *Dr. soc.* 1983, p. 465.

° « La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », *Droit social*, 1984, p. 599 et s.

JULIENNE (M.) :

° « Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009. 1709.

° « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *Droit et patrimoine*, juillet-août 2015, n° 249, p. 69 et s.

KIMMERLIN (D.), « La clientèle est-elle un élément amortissable ? », *Bulletin des conclusions fiscales*, 1^{er} juillet 1999, n° 8, p. 6.

KUNTZ (J-E.) et CAVELIER (J.), « Rupture des relations commerciales établies et les procédures collectives », *BJE* mars 2016, n° 2, p. 131.

LACHIEZE (C.), « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000. 184.

LAFORTUNE (M-A.), « Le périmètre de l'état de cessation des paiements du débiteur dans l'actualité jurisprudentielle », *LPA*, 25 juillet 2002, n° 148, p. 14.

LAIGNEAU (M.), « L'entreprise et le citoyen salarié : vers une logique d'individualisation ? », *Revue juridique de l'économie publique*, juin 2011, n° 687, repère 6.

LAITHIER (Y-M.) :

° « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005/1, p. 161.

° « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles. Articles 1217 à 1231-7 », *JCP* 2015, suppl. au n° 21, p. 47, n° 13.

LAMARCHE (T.) :

° « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *RTD civ.* 2004, p. 403.

° « La notion d'entreprise », *RTD com.* 2006. 709.

LAMBERT (T.), « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés* 1993. 11.

LAMOUREUX (M.), « Le bien énergie », *RTD com.* 2009. 239.

LANERET (N.), KNITTEL (R.), BAUDEQUIN (A.), «Protection des données personnelles : quand le droit de la concurrence s'en mêle », *Dalloz IP/IT* 2017. 619.

LARDEUX (G.), « Les meubles dans l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens », *Droit et patrimoine*, 1^{er} octobre 2009, n° 185, p. 58.

LAROCHE (M.), « Secret des affaires et droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2016, 1458.

LASSERRE (V.), « La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016, 1578.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'évolution des sanctions », *BJE*, mai-juin 2014, n° 3, p. 206.

LAUDE (A.), « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 307.

LEBEL (C.) :

° « Etre ou ne pas être en cessation des paiements », *GP*, 8 septembre 2005, n° 251, p. 14 et s.

° « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *GP*, 7 mars 2009, n° 66, p. 46.

LE BOURG (J.), QUEZEL-AMBRUNAZ (C.), « Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations » in « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », *RDC*, 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 782.

LE CANNU (P.), « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *RPC* 2005, p. 743.

LE CORRE (P-M.) :

° « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi du 26 juillet 2005) », *D.* 2005, n° 41.

° « Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur », *GP*, 10 septembre 2005, n° 253, p. 17, spéc. n° 7.

° « La taxe foncière, une créance postérieure méritante ? », *GP*, 16 octobre 2010, n° 289, p. 12.

° « Les créanciers postérieurs et l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, mai 2014, n° 3, p. 191.

° « Résiliation des contrats en cours : questions-réponses », *GP*, 1^{er} juillet 2014, n° 182, p. 41.

LE CORRE-BROLY (E.), « La revendication du prix sous l'éclairage de la jurisprudence », *GP* 2007/3, p. 3.

LECUYER (H.), « Redéfinir et définir les biens », *JCP G*, n° 2 - n° hors-série, 2007.

LE DELEY (B.), « Les femmes et le travail : le point de vue de l'ANDRH », *JCP S*, 8 mars 2019, act. 108.

LEDOUBLE (D.), « La comptabilité est-elle encore l'algèbre du droit ? », *LPA*, 8 septembre 2005, n° 179, p. 16.

LEGROS (J-P.), « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Le sort des membres et dirigeants des personnes morales », *Dr. sociétés*, janvier 2006, n° 1, étude 2, p. 10.

LE NABASQUE (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999. 273.

LENORMAND (S.), « Le dessaisissement du débiteur à l'épreuve des évolutions récentes », *JCP E* 2012, 1337.

LEVENEUR (L.), « La réforme du droit des obligations : incidences sur la pratique notariale », *JCP N* 2015. 1236, n° 24.

LIENHARD (A.), « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, chron. 110, spéc. p. 112.

LOISEAU (G.) :

° « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47.

° « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.

LUBY (M.), « Le droit économique aujourd'hui : brèves sur un droit typique et conquérant », *RLDA*, juin 2006, n° 6, p. 347.

LUCAS (F-X.) :

° « Responsabilité pour insuffisance d'actif, une étrange indulgence », *BJS*, juin 2015, n° 6, p. 265, éditorial.

° Panorama - Droit des entreprises en difficulté, *D.* 2015, p. 1970.

° « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, septembre 2015, n° 5, p. 317.

° « Réforme de l'action en comblement de passif », *BJS*, janvier 2017, n° 1, p. 1.

LUCAS (F-X.) et LECUYER (H.), « De la sauvegarde », *LPA*, n° spéc., 8 février 2006, n° 28, p. 23 s.

LUCAS DE LEYSSAC (M-P.), « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985. Chron. 43.

LUCET (F.), « Ingénierie financière : nouvelles potentialités de l'ordonnance valeurs mobilières », *LPA*, 22 novembre 2004, n° 233, p. 3.

MAC KAAY (E.), « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE* 1986, n° 1, p. 43.

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* 2009, p. 65.

MAINGUY (D.) :

- ° « Du coût manifestement déraisonnable à un droit d'option » *in* dossier « Réforme du droit des contrats, le débat », *Droit et patrimoine*, octobre 2014, n° 240, p. 60.
- ° « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, libres propos », *JCP E* 2016, act. 151.

MALaurie-VIGNAL (M.) :

- ° « L'information de la clientèle est-elle constitutive d'un acte de concurrence déloyale ? », *CCC*, juin 2006, n° 6, p. 48.
- ° « Les valeurs immatérielles et virtuelles de l'entreprise, entre protection et liberté », *D.* 2013, p. 1919.
- ° « Le détournement de fichier-clients par le cédant constitue un acte de concurrence déloyale », *CCC*, juin 2013, n° 6, p. 23.

MALLET-POUJOL (N.), « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, chron., p. 330.

MARTIN (D.), « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *JCP N*, 1986, p. 180.

MARTIN (D.R.), « Du corporel », *D.* 2004, chron. p. 2285.

MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, 1356.

MARTIN-SERF (A.) :

- ° « Le droit communautaire de la faillite : une construction laborieuse et complexe », *RJ com* 2004, p. 146.
- ° « La procédure de sauvegarde – 2^{ème} partie : tout en restant chef de son entreprise », *LPA*, 14 juin 2007, n° 119, p. 21.
- ° « Réforme des procédures collectives – sanctions civiles » *in* « Réforme des procédures collectives : ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *RPC*, janvier 2009, n° 1, art. 14, p. 99 s.

MASCALA (C.) :

- ° « L'amélioration de la situation du chef d'entreprise », *RPC* 2005-12, p. 371.
- ° « Les sanctions en droit des entreprises en difficulté : flux, reflux et incohérences », *GP*, mars 2013, n° 223, p. 80.

MASSART (T.), « Actifs immatériels et apport en industrie », *Journal des Sociétés*, 1^{er} février 2010, n° 73, p. 12.

MATHELY (P.), « Le nouveau droit français des brevets d'invention », *JNA* 1991. 851.

MATTATIA (F.), YAICHE (M.), « Etre propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir aux régimes traditionnels de propriété ? » (partie I), *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2015, n° 114, p. 50 et (partie II), *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2015, n° 115, p. 63.

MAZEAUD (D.) :

° « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet », *D.* 2008. 675.

° « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016. 2477.

MEDUS (J-L.), « De quelques problématiques contemporaines de droit comptable (suite et fin) », *LPA*, 8 février 1999, n° 27, p. 4.

MEILLE (B.), « La pratique de la loi du 25 janvier 1985 », *LPA*, 12 janvier 1994, n° 5, p. 41-44.

MEILLER (E.), « L'universalité de fait », *RTD civ.* 2012, p. 651.

MEKKI (M.) :

° « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *GP*, 30 avril 2015, n° 120, p. 37.

° « Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide-âne », *Revue des contrats*, 1^{er} septembre 2015, n° 3, p. 578.

° « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *D.* 2016. 608.

° « Fiche pratique : l'exécution forcée en nature, sauf si... », *GP*, 5 juillet 2016, n° 25, p. 16.

MENJUCQ (M.), « La négligence ne peut plus fonder l'action en comblement de passif », *RPC*, janvier 2017, n° 1, repère 1.

MESTRE (J.), FAGES (B.), « La clientèle civile, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, peut valablement constituer l'objet d'un contrat de cession ! », *RTD civ.* 2001. 130.

MICHAELIDES-NOUAROS (G.), « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ* 1966. 216.

MIGNOT (M.) :

° « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI) », *LPA*, 4 avril 2016, n° 67, p. 5.

° « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, n° 83, p. 6.

MONSERIE-BON (M-H.) : « Le plan de sauvegarde issu de la loi du 26 juillet 2005 », *Droit et patrimoine*, mars 2006, n° 146, p. 73.

MONSERIE-BON (M-H.) et THEVENOT (Ch.), « Comment améliorer la procédure de sauvegarde ? », *RPC* 2008, dossier 6.

MONTERAN (T.) :

- ° « L'état de cessation des paiements, clef de voûte des procédures collectives », *RPC* 2001, p. 1.
- ° « Projet de loi de sauvegarde des entreprises : le point de vue du praticien », *GP*, 25-26 février 2005, n° 57, p. 2.
- ° « Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005 », *GP*, 10 septembre 2005, n° 253, p. 37.
- ° « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité » (Article 227, II de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010), *D* 2010, p. 2859.

MONTREDON (J-F.), « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *JCP E* 1988, II, 15156, p. 268, n° 31.

MOREAU (P.), « Les droits subjectifs », *JCP N* 1999, n° 49, p. 1775.

MORTIER (R.), « Vive la cession de dette au service des sociétés ! », *Droit des sociétés*, avril 2016, comm. 50.

MORVAN (P.), « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n° 1511, p. 1751.

MULSANT (C.), « L'employabilité des avocats d'affaires », *LPA*, 23 juin 2016, n° 125, p. 6.

NEYRET (L.) et REBOUL (N.), « Déclaration pour la sauvegarde et la protection juridique de l'environnement », *LPA*, 21 juin 2008, n° 168, p. 10 – Art 8.

NOIREL (J.), « Le droit civil contemporain et les situations de fait », *RTD civ.* 1959. 456.

NORMAND (P-E.), « Réflexions sur la place des apports en industrie dans les sociétés de capitaux d'exercice libéral », *JCP N* 1990, I. 282.

OCHOA (N.), « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA* 2015, p. 1157.

PAILLUSSEAU (J.) :

- ° « Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté ? », *RF compt.* 1976, p. 379 et *RJ. com.* 1976, p. 259.
- ° « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle (ou les nouveaux fondements et notions de droit des affaires) », *RJ com.*, décembre 1987, p. 377 s.
- ° « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, p. 97 ; « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999, p. 157.

PELLETREAU (S.), « Sites pollués : l'obligation de remise en état pollue-t-elle les procédures collectives ? », *LPA*, 1^{er} avril 2005, n° 65, p. 4.

PELLIER (J-D.), « La cession de dette dans le projet de réforme du régime général des obligations », *LPA*, 5 octobre 2015, n° 198, p. 8.

PERINET-MARQUET (H.), « Regard sur les nouveaux biens », *JCP* 2010. 1100, p. 2701 s.

PEROCHON (F.) :

° « La revendication du prix de revente », *D affaires*. 1996, p. 1402.

° « Le sort des créanciers postérieurs », *LPA*, 10 juin 2004, n° 116, p. 16.

° « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *GP*, 8 septembre 2005, n° 251, p. 57.

° « Le privilège des notables indécis : un nouveau privilège ? », *D*. 2005, p. 1146.

PETEL (A.), « Future of work – Les enjeux de demain – spéc. DRH de demain : devenez l'influenceur de votre politique RH de votre entreprise », *Les cahiers du DRH*, juin 2019, n° 265, p. 53.

PETEL (Ph.), « Les créanciers postérieurs », *in* « Les dernières réformes », *RPC*. 2006-2, p. 142.

PEYRAMAURE (Ph.) :

° « Droit des entreprises en difficulté ; le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985 », *JCP E* 1986, 15167.

° « Les entretiens de la sauvegarde du 28 janvier 2008 », *Dict. perm. diff. ent.*, 291, p. 4439.

PICOD (Y.) :

° « Concurrence déloyale et responsabilité civile », *AJCA* 2014. 152.

° « Cession de dette et droit des sûretés », *AJ contrat* 2017. 268.

PIEDELIEVRE (S.), « Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994. 75 s.

PIETRANCOSTA (A.), VERMEILLE (S.), « Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit Perspectives d'avenir ? », *RTDF* 2010, n° 1, p. 4.

PRIGENT (S.), « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ* 2008, p. 401.

QUENILLET (M.), « La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif, pratique judiciaire », *JCP E* 1998. 455.

QUEZEL-AMBRUNAZ (C.), « L'acception européenne du bien en mal de définition », *D* 2010. 2024.

RACINE (J-B.) et SIIRIAINEN, (F.), « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, n° 3, 2007, p. 259.

RAYBAUD-TURRILLO (B.), « Droit comptable et droit économique : une approche renouvelée de la patrimonialité », *Comptabilité, Contrôle, Audit* 1995/1, tome 1, p. 24 s., spéc. p. 40.

REGNAUT-MOUTIER (C.), « Les dirigeants de société », *in* « Les sujets du droit des entreprises en difficulté », *RPC* 2006-2, p. 159 et s.

REILLE (F.), « Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus », *GP*, 7 mars 2009, n° 66, p. 38.

REMERY (J-P.), « Revendication du prix des marchandises vendues avec réserve de propriété », *RJDA* 11/98, p. 887.

REMY (P.), « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997. 323

REVET (T.), « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine*, mars 2004, p. 20 s.

RICHARD (J.), « Le numérique et les données personnelles : quels risques, quelles potentialités ? », *Revue du droit public*, 1^{er} janvier 2016, n° 1, p. 87.

ROLLAND (B.) :

° « Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial », *JCP E* 2004, comm. 333, p. 367.

° « Procédures collectives et sites contaminés », *Environnement*, octobre 2006, n° 10, étude 16.

° « Les procédures collectives à l'épreuve du droit de l'environnement », *BJE*, mai 2013, n° 3, p. 184, comm. 77.

ROSSIGNOL (J-L.) :

° « La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (1^{ère} partie) », *LPA*, 16 juillet 2001, n° 140, p. 4.

° « La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (suite et fin) », *LPA*, 17 juillet 2001, n° 141, p. 4.

ROTANDI (M.), La nature juridique de l'achalandage, *Ann. dr. com.* 1930, p. 137.

ROUBIER (P.), « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *RTD civ.* 1935. 251.

ROUSSEL-GALLE (Ph.) :

° « Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP E* 2005, n° 42, 1512.

° « Contrats en cours : la boucle est bouclée », *RPC*, janvier 2016, n° 1, dossier 9.

° « Brèves observations sur la réforme du droit des contrats et les procédures collectives », *Dict. perm. Diff. entr.* Bull n° 379, mars 2016, p. 2.

SAENKO (L.), « Vol par téléchargement de données numériques », *D.* 2015. 1466.

SAGHROUN (J.), SIMON (C.), « Primauté du bilan ou du compte de résultat, le principe du pendule », *Comptabilité, Contrôle - Audit* 1999/1, tome 5, p. 59 s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) :

- ° A propos de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises : *D.* 1967. 358.
- ° « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *RPC* 1990, p. 1.
- ° « Les copropriétés en difficulté », *Droit et Ville* 2001.
- ° « La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficultés », *RPC* 2001, p. 147.
- ° « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA*, 9 novembre 2004, n° 224, p. 11.
- ° « La nature juridique de la créance environnementale », *RPC* 2004, p. 146.
- ° « De nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », *RPC*, mars 2007, p. 13.
- ° « Les privilèges de la procédure », *LPA*, 14 juin 2007, n° 119, p. 70.
- ° « Entreprises en difficulté : un droit enfin arrivé à maturité », *Droit et patrimoine*, mars 2009, n° 179, p. 32.
- ° « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA », *RPC*, mars 2014, n° 2, art. 17.

SAINT-GAL (Y.), « Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires », *RIPIA*, 1957, p. 19.

SAINTOURENS (B.) :

- ° « Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *RPC*, janvier 2009, n° 1, art. 4, p. 40.
- ° « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *RPC*, janvier 2016, n° 1, art. 6.

SALEILLES (R.), « De la cession de dettes », *Annales de droit commercial*, 1890, p. 1-47.

SAVATIER (J.) :

- ° « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958, p. 1, spéc. p. 2.
- ° « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.* 1961, chron. XXII.

SAVAUX (E.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.* 1999. 1.

SCHILLER (S.), ETAIN (P.), GAUDEL (P.-J.), DELAFAYE (B.), KERFANT (A.-S.), ZAGDOUN (B.), « L'apport en industrie », *Actes pratiques & ingénierie sociétair*e, mars-avril 2010, n° 124, p. 25-30.

SCHLUMBERGER (E.), « La cessation des paiements », in *La Lettre de l'Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficultés* n° 38 - juillet 2012, p. 29.

SENECHAL (J.-P.), « Procédures civiles d'exécution et procédures collectives », *LPA*, 22 décembre 1999, n° 254, p. 34.

SENECHAL (M.), « L'effet réel de la procédure collective », *BJE*, mars 2014, n° 2, p. 65.

SERIAUX (A.) :

° « La notion juridique de patrimoine », *RTD civ.* 1994. 801.

° « La notion de choses communes. Nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », *Droit et environnement*, PUAM, 1995, p. 29.

SEUBE (J-B.), « Le droit des biens hors le Code civil », *LPA*, 15 juin 2005, n° 118, p. 4.

SIMLER (Ph.), « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *CCC*, mai 2016, n° 5, art. 8.

SIORAT (L.), « La notion d'affectation en matière domaniale », *Revue de droit public* 1958, p. 866 et s.

SOINNE (B.) :

° « Les notions d'origine, de fait générateur et d'exigibilité en droit fiscal et dans le droit des procédures collectives », *RPC.* 1987/2. 1.

° « La problématique du plan de cession », *RPC.* 1989, p. 463, n° 4.

SOLEILHAC (T.), « Entreprises en difficulté et droit de l'environnement : une délicate articulation », *RLDA*, mars 2009, n° 36, p. 2218.

SOLOTAREFF (S.), « Sur le diagnostic d'entreprise », *RJ com* 2009, n° 2, p. 90-95.

SOUWEINE (C.), « Revendication du prix de revente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété : à la recherche d'une cohérence en droit des entreprises en difficulté », *D.* 2011, chron. 2617.

STASIAK (F.), « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. com. électr.* janvier 2009, n° 1, étude 1.

STOUFFLET (J.) :

° « La notion juridique de trésorerie », *RJ com*, novembre 1989, n° spécial, « La trésorerie et le financement des entreprises », n° 11, p. 26.

° « Les financements par cession de créances futures - Étude en droit français », *RD bancaire et financier* janvier/février 2003, p. 67 et s.

SYNVET (H.), « La faillite de Lehman Brothers », *RD bancaire et fin.* septembre-octobre 2009, n° 20, p. 51 et s.

TAGLIARINO-VIGNAL (N.), « Les obligations sociales du repreneur d'une entreprise soumise à une procédure collective », *RLDA*, juillet 2008, n° 29, p. 23.

TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

TANTI (A.), GRAFFE (M.), « Les potentialités du droit de la concurrence dans la régulation des secteurs en transition vers la libéralisation », *CCC*, 1^{er} juillet 1995, n° 86, p. 5.

TARDIFF (A.), « Les potentialités du contrôle de conventionalité en matière d'abus de la liberté d'expression », *Responsabilité civile et assurances*, 1^{er} février 2020, n° 2, étude 2, p. 5.

TAURAN (T.), « Les potentialités de la notion de prestation, ou les services rendus par une notion mûrie par le droit civil », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 2007, p. 631 s.

TEBOUL (G.) :

° « A propos de la cessation des paiements », *RJ com*, janvier 1998, n° 1, p. 169, spéc. p. 170.

° « Le sort des contrats pendant les procédures collectives, Quels choix opérer ? », *GP*, 24 avril 2004, n° 115, p. 7, spéc. doctr. p. 938.

° « Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique (IV) », *LPA*, 2 novembre 2005, n° 218, p. 7.

° « Défense de l'environnement et entreprises en difficulté », *LPA*, 16 mai 2006, n° 97, p. 7.

° « La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace », *RPC*, mars 2015, n° 2, étude 6.

° « Le prepack-cession : quoi de neuf ? », *RPC*, novembre 2016, n° 6, étude 23.

° « La réforme du droit des contrats : quoi de neuf pour le droit des entreprises en difficulté ? », *GP*, 10 mai 2016, n° 17, p. 17.

TERNEYRE (Ph.), « Les actifs immatériels des personnes publiques », *Revue Juridique de l'Economie Publique*, 1^{er} décembre 2013, n° 714, p. 3.

TEXIER (A-S.) et RUSSO (E.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA*, 2 mars 2009, n° 21, p. 3.

TEYNIER (E.), « La règle de droit de la faillite et le sort économique des entreprises défailtantes », *RTD com*. 1985, p. 58.

THEZE (M.), « Les potentialités de l'article L. 120-2 du Code du travail », *Semaine sociale Lamy*, 29 juillet 2002, n° 1086, p. 6.

THIOYE (M.), « L'apport d'un fonds de commerce », *Journal des sociétés*, septembre 2013, n° 11, p. 16.

THOMASSIN (N.), « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com*. 2007, p. 655.

THULLIER (B.) :

° « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde : moins de pouvoir pour le juge », *D*. 2006, Point de vue 130.

° « La réforme du droit commun des contrats et les cocontractants du débiteur en procédure collective », *BJE*, mai 2017, n° 3, p. 240.

TORCK (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA*, novembre 2004, n° 224, p. 13.

TORT (F.), « Feu à volonté sur le déréférencement abusif : inventaire des munitions », *RDC*, juillet 2006, n° 3, p. 933.

TREBULLE (F-G.) :

° « Sols pollués : évolution du régime de la remise en état des sites d'exploitation d'installations classées », *Dr. env.* 2005, n° 133, p. 262.

° « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *BJS* 2006, n° 12, p. 1337.

TRICOT (D.) :

° « La cessation des paiements, une notion stable », *GP*, 2005, 1, doct. p. 1009

° « La cessation des paiements, une notion stable, souple et sûre », *LPA*, 14 juin 2007, n° 119, p. 44.

VALDMAN (D.), « Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises ? », *GP*, 24 janvier 2008, n° 24, p. 14.

VALLANSAN (J.), « Plan d'apurement et plan de redressement, A propos d'un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 25 juin 2008 », *JCP E* 2008, n° 2435, p. 29.

VALLENS (J-L.) :

° « De la cessation des paiements à l'insolvabilité », *JCP* 2008, I, 148.

° « Procédures collectives et réforme des contrats », *RTD com.* 2016, p. 558.

VATINET (R.) :

° « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interpénétration du droit commercial et du droit du travail », *JCP E* 1985, II, 14546.

° « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, p. 2130, n° 9.

VAUVILLE (F.), « La cession d'actifs après la réforme du 26 juillet 2005 », *Droit et patrimoine*, mars 2006, n° 146, p. 80.

VERBIEST (Th.), « Le fonds de commerce électronique : vers une reconnaissance juridique ? » *Comm. com. électr.* 2008, étude 10.

VERNAC (S.), « Le droit du licenciement dans la procédure de sauvegarde », *RDT* 2006, 434.

VIANDIER (A.), « Publier l'annexe comptable ? », *JCP E*, 13 juin 1985, act. 14548.

VIDALENS (V.), « Droit des affaires et développement durable », *RLDA* 11/2008, repère 32-72.

VIGUIER (D.), « Aux sources de la réification des créances et des dettes : capitalisme et comptabilité en partie-double », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1^{er} mars 2014, p. 865 et s.

VIVANT (M.) :

- ° « A propos des biens informationnels », *JCP G* 1984, I, 3132.
- ° « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, p. 361.

VOINOT (D.) :

- ° « Le sort des créances dans la procédure collective, L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001 p. 581.
- ° « Le bilan environnemental dans la procédure collective », *Dr. env.*, décembre 2004, n° 127, p. 280.
- ° « La dépollution des sites : nouvel objectif du droit des entreprises en difficulté ? », *RPC*, juillet 2017, n° 4, dossier 9.

WAMBA LEOPOLD (D.), LUBICA (H.), « L'entrepreneur : un imput non négligeable pour la pérennité de son entreprise », *Gestion 2000*, 2014/4, vol. 31, p. 111.

WERY (P.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil », Kluwer, 1993.

WINDSOR (F.), LEDOUBLE (D.), « Existe-t-il un droit comptable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, n° IV, p. 1 et s.

YOLKA (Ph.), « Le droit de l'immatériel public », *AJDA* 2017, p. 2047.

ZATTARA-GROS (A-F.), « Les sanctions civiles », *LPA*, 20 mars 2007, n° 57, p. 33.

ZENATI (F.) :

- ° « Pour une rénovation de la théorie du droit de propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 et s.
- ° « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 667.
- ° « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006. 445 s.
- ° « La proposition de refonte du Livre II du Code civil : étude critique », *RTD civ.* 2009. 211 s.

ZUIN (M.), « La transmission judiciaire des contrats dans les procédures collectives : premières décisions de justice », *GP.* 1989, 1, doct. 11

VI. ENCYCLOPEDIES et FASICULES

ANDREU (L.), « Contrat – Effets du contrat –Cession de contrat », *Fasc. unique*, JurisClasseur Civil Code – art. 1216 à 1216-3, 2018.

BARBIER (H.), HEINICH (J.), « Clientèle », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016.

BINCTIN (N.), « Savoir-faire », *Rép. com.*, Dalloz, 2020.

BLANC (G.), « Entreprise en difficulté : plan de sauvegarde et de redressement », *Rép. com*, Dalloz, 2019.

CAMPANA (M-J.), M. DIZEL (M.), BARRATIN (L-P.), FERNANDEZ (R.), « Entreprise en difficulté : conditions d'ouverture », *Rép. com*, Dalloz, 2019.

CESARO (J-F.), DUCHANGE (G.), « Entreprise en difficulté : salariés », *Rép. com*, Dalloz, 2018.

DAVERAT (X.), « Saisie », *Rép. proc. civ*, Dalloz, 2019.

DE LAMBERTYE-AUTRAND (M-C.), « Synthèse – Biens », *JCI Civil Code*, 2018.

DERRUPPE (J.), DE RAVEL D'ESCLAPON (T.), « Fonds de commerce », *Rép. com*, Dalloz, 2019.

DISSAUX (N.), « Franchise », *Rép. com*, Dalloz, 2019.

FABRE (R.), SERSIRON (L.), « Réserve du savoir-faire », *Fasc. 1850*, JurisClasseur Contrats – Distribution, 2020.

FORTI (V.), « Exécution forcée en nature », *Rép. civ*, Dalloz, 2020.

FRAIMOUT (J-J.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Cession des contrats », *Fasc 2740*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019.

JACQUEMONT (A.), « Redressement et liquidation judiciaires – Causes d'ouverture – Cessation des paiements », *Fasc. 2155*, JurisClasseur Commercial, 2019.

JEULAND (E.), BALAT (N.), « Cession de contrat », *Rép. civ*, Dalloz, 2019.

LEBORGNE (F.), « Cession de créance, cession d'hérédité, cession litigieuse », Synthèse 1030, *JCI Civil Code*, 2018.

LE CORRE (P-M.), « Liquidation judiciaire. Réalisation de l'actif. Considérations communes aux réalisations d'actifs en liquidation judiciaire », *Fasc. 2706*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019.

LIBCHABER (R.), « Biens », *Rép. civ*. Dalloz, 2019.

LOISEAU (G.), « Biens – Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », *Fasc. 20*, JurisClasseur Civil Code > Art. 527 à 532, 2019.

MACORIG-VENIER (F.), « Entreprise en difficulté : situation des créanciers – Situation particulière de certains créanciers antérieurs », *Rép. com*, Dalloz, 2019.

MARTIN-SERF (A.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – mesures et actes conservatoires », *Fasc. 2310*, Jursiclasseur Procédures collectives, 2017.

MASCALA (C.), « Abus de confiance », *Rép. pén*, Dalloz, 2019.

MAURIOL BASSILANA (E.), « Liquidation judiciaire », *Rép. com*, Dalloz, 2019.

MIHMAN (A.), LUCAS DE LEYSSAC (M-P.), « Vol », *Rép. pén.* Dalloz, 2017.

MONSERIE-BON (M-H.), « Entreprise en difficulté : période d'observation – Préparation des solutions », *Rép. com*, Dalloz, 2019.

MOUIAL BASSILANA (E.) :

° « Entreprise en difficulté : avant-propos », *Rép. com.*, Dalloz, 2020.

° « Entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions », *Rép. com*, Dalloz, 2020.

OPHÈLE (C.), « Cession de créance », *Rép. civ.* Dalloz, 2019.

PICOD (Y.), « Obligations », *Rép. civ.* Dalloz, 2019.

REILLE (F.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs », *Fasc 2388*, Jursiclasseeur Procédures collectives, 2019.

ROLLAND (B.), « Environnement et procédures collectives », *Fasc. 3250*, Jursiclasseeur, Procédures collectives, 2018.

ROUVIERE (F.), « Cession de dette », *Rép. civ.* Dalloz, 2018.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), HOUIN-BRESSAND (C.), « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de redressement », *Fasc. 2630*, JurisClasseur Procédures collectives, 2018.

SALATI (O.), BOTREL (E.), « Saisie des droits incorporels – Droits incorporels autres que les droits d'associés et valeurs mobilières – Généralités », *Fasc. 630*, JurisClasseur Voies d'exécution, 2014.

SCHÜTZ (R-N.), « Crédit-bail », *Rép. civ.* Dalloz, 2019.

SERIAUX (A.), « Propriété », *Rép. civ.* Dalloz, 2020.

SIMLER (Ph.) :

° « Contrat - Inexécution du contrat - Exécution forcée en nature », *Art. 1221 et 1222 - Fasc. unique*, JurisClasseur Civil Code, 2017.

° « Synthèse – Classification des obligations », JCI Civil Code, 2018.

TAGLIARINO-VIGNAL (N.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Situation des salariés », *Fasc. 2430*, JurisClasseur Commercial, 2019.

TERY (Ph.), « Procédures collectives et voies d'exécution », *Fasc. 475*, JurisClasseur Voies d'exécution, 2016.

VALLANSAN (J.) :

° « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Continuation des contrats en cours », *Fasc. 2335*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019.

° « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Revendication et restitution des biens meubles », *Fasc. 2540*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019.

° « Liquidation judiciaire – Conséquences de l’ouverture de la procédure – Régime – Administration de l’entreprise – Liquidation judiciaire simplifiée », *Fasc. 2702*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019.

VINCKEL (F.), « Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation », *Fasc. 2600*, JurisClasseur Procédures collectives, 2019.

WITZ (C.), « Droit de gage général - Art. 2284 et 2285 », *Fasc. unique*, JurisClasseur Civil Code, 2016.

**VII. COLLOQUES, CONFERENCES, SEMINAIRES, JOURNEES, TABLES-
RONDES, CONGRES**

ASSOCIATION DROIT & COMMERCE, 41^{ème} Colloque annuel à Deauville les 8 et 9 avril 2016 sur le concept des devoirs de l’associé.

ATTARD (J.), LAUGIER (M.), VOINOT (D.), « Introduction » *in* « L’indisponibilité en droit des affaires », Colloque organisé par le Centre Ethique et procédure de l’Université d’Artois et le Centre René Demogue de l’Université Lille 2 à la Faculté de droit de Douai le 11 avril 2013, *RLDA*, octobre 2013, n° 86, p. 64.

BADINTER (R.), « Les ambitions du législateur », *in* « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com*, n° spécial, 1986, p. 3.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La date de naissance de la créance issue d’un contrat synallagmatique à exécution successive », *in* Colloque du 25 mars 2004, *LPA*, 9 novembre 2004, n° 14, p. 41.

BINCTIN (N.), « L’évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », *in* dossier « L’évaluation du préjudice de la contrefaçon », *Cahiers de droit de l’entreprise*, juillet 2007, n° 4, art. 22.

BISSIEUX (J-J), CUISINIER (V.), « Les voies d’exécution à l’épreuve des procédures collectives » *in* « Le titre exécutoire et le recouvrement des créances », dossier spécial, *Procédures*, août 2008, n° 8-9, art. 8.

BLANC (N.), « Quel avenir pour l’immatériel ? », *in* « L’avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), *LGDJ*, 2016, p. 121 s.

BOFFA (R.), :

- ° « Avant-propos », *in* « L'avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 1 s.
- ° « Quel avenir pour la notion de bien », *in* « L'avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 45 s.

BOFFA (R.), CHAUVIRE (Ph.),

- ° « Le changement en droit des biens » *in* « Le changement du droit », *Revue de droit d'Assas*, février 2015, n° spécial, n° 10, p. 67 s.
- ° « Propos conclusifs : le changement en droit des biens », *in* « L'avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 207 s.

BORGA (N.), « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations », *in* *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, IFR Actes de colloques n° 30 sous la direction de F. MACORIG-VENIER, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 199 et s.

BRENNER (C.), « La saisie du fonds d'entreprise », *in* dossier : « La saisie des biens de l'entreprise », Conférence donnée au cours d'une matinée-débats organisée par les éditions Lamy, *Droit et patrimoine*, janvier 2009, n° 177, p. 51 s.

BRIAND (D.), « Cessions et réseaux de distribution », *in* « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars-avril 2015, n° 2, art. 33.

CAGNOLI (P.), « Le droit des entreprises en difficulté, un droit dérogatoire et précurseur au service de l'entreprise – Au regard des règles d'exécution », *in* *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, IFR Actes de colloques n° 30 sous la direction de F. MACORIG-VENIER, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 183 et s.

CALENDINI (J-M.), « La détermination des contrats cédés en application de l'article 86 », *in* Colloque Deauville juin 1992, *RJ com.* 1992, n° spéc., p. 110.

CAVIGLIOLI (C.), « La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire », *in* « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », Colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 28.

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS, « *La transmission des obligations* », Travaux des IX^{èmes} Journées Jean Dabin les 23-24 novembre 1978 à Louvain-la-Neuve, Bruylant-Litec, 1980.

CHAUVIRE (Ph.), « Les nouvelles dispositions relatives aux effets du contrat », *in* « La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance », Colloque organisé par l'Institut François Génay et l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française à Nancy le 6 mai 2015, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2016, p. 43.

CHENEDE (F.), « La mutation du patrimoine », in Colloque « Entreprise et patrimoine », *GP*, 19 mai 2011, n° 139, p. 19.

COURET (A.) :

° « Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ? », in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », Colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 42.

° « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés » in « Les devoirs de l'actionnaire », 41^{ème} Colloque annuel de l'Association Droit et Commerce à Deauville les 8 et 9 avril 2016, *GP*, 6 juin 2016, n° hors-série 2, p. 14.

COUTURIER (G.), « Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté – Table ronde », *RPC*, mai 2014, n° 3, entretien 2, p. 57.

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), « L'ingénierie financière et les plans : état des lieux et perspectives », in dossier « La loi de sauvegarde à l'âge de raison », *Droit et patrimoine*, mars 2013, n° 223, p. 76.

DARROUSEZ (P.), « La poursuite des contrats en cours (article 37, loi du 25 janvier 1985) » ; « L'option de l'administrateur judiciaire », in Colloque Deauville juin 1992, *RJ com.* 1992, n° spéc. p. 20.

DELATTRE (C.), « Le dirigeant fautif », in « Loi de sauvegarde des entreprises – Risques et responsabilités en droit des procédures collectives », Colloque à Caen le 15 octobre 2010, *RPC*, novembre 2010, n° 6, art. 8, p. 85 s.

DELBECQUE (Ph.), « Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 », in Colloque Deauville juin 1992, *RJ com.* 1992, n° spéc., p. 134 s.

DUMONT-LEFRAND (M-P.), « La cession isolée du contrat de bail commercial », in « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars 2015, n° 2, art. 15.

DUPICHOT (P.), MERLY (E.), SENECHAL (M.), KOPF (E.), « Réforme des contrats et difficultés des entreprises » in les AJMJ à l'heure des réformes, 17^{ème} congrès annuel du CNAJMJ, La Colle-sur-Loup, les 9 et 10 juin 2016, *BJE*, septembre 2016, n° 5, p. 352.

FABIANI (D.), *La cession judiciaire des contrats*, préf. F. DERRIDA, Colloque CRAJEFE, Nice, 1990.

FAGNART (J-L), « Définition des préjudices non économiques », in Préjudices extra-patrimoniaux : vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation », Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 16 septembre 2004, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, p. 45.

FIN-LANGER (L.) :

° « Les risques subis par les salariés », in « Loi de sauvegarde des entreprises – Risques et responsabilités en droit des procédures collectives », Colloque à Caen le 15 octobre 2010, *RPC*, novembre 2010, n° 6, art. 10, p. 93.

° « Les salariés », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, IFR Actes de colloques n° 30 sous la direction de F. MACORIG-VENIER, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 77 s.

FONTAINE (M.), JUILLET (S.), FROGER (D.), « La donnée numérique : l'or noir du XXIème siècle ? » in « Familles, Solidarités, Numérique – Les notaires au cœur de la société », 113^{ème} Congrès des notaires à Lille 17-20 septembre 2017, *LPA*, 8 septembre 2017, n° spécial, p. 90.

FRAIMOUT (J-J.), « Le plan de cession 30 ans après : brèves observations à propos des injonctions de l'analyse économique du droit », in dossier : « Procédures collectives - Trente ans déjà ! », *RPC*, janvier 2016, n° 1, art. 14.

FRANCOIS (J.), « Les opérations sur la dette » in Colloque « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? » Paris le 16 février 2016, *RDC*, avril 2016, n° spécial, p. 45.

FROELICH (P.), « Sort du débiteur personne physique – Vivre en procédure collective. Rémunérations, subsides, activité salariée », in « Personnes physiques et procédures collectives », Séminaire organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE), Toulouse, 12 octobre 2012, *RPC* janvier 2013, n° 1, art. 4, p. 63.

GAILHBAUD (C.) et JACOTOT (D.), « Les plans et le maintien de l'emploi », in « Les plans dans le livre VI du Code de commerce », Colloque à Caen le 10 avril 2015, *RPC*, mai 2015, n° 3, dossier 46.

HENRY (L-C.), CARBORI (Ch-H.), « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement » in « Le dirigeant de l'entreprise en difficulté », Colloque organisé par le Master 2 Juriste d'affaires de l'Université Paris Descartes et par le Professeur Ph. ROUSSEL GALLE le 24 mai 2016, *RPC* juillet 2016, n° 4, art. 24, p. 55.

HOUIN (R.), « Rapp. introductif » in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com*, n° spécial, 1986, p. 11.

JAZOTTES (G.), :

° « Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ? » in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », Colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 132.

° « La question de la cession du fonds libéral », in « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars 2015, n° 2, art. 24.

° Dossier : « Contrat(s) et entreprises en difficulté », Toulouse, 12 octobre 2018, *BJE* janvier 2019, n° 116n5, p. 37.

JEANTIN (M.), « Rapport de synthèse », in « Les contrats dans le redressement judiciaire des entreprises », Colloque Deauville juin 1992, *RJ com.* 1992, n° spéc., novembre 1992.

LAITHIER (Y-M.) :

° « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », in *Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.)*, *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Actes du colloque du 8 avril 2015, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 97 s.

° « Les sanctions de l'inexécution du contrat » in dossier « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », Paris, le 16 février 2016, *RDC* 2016, n° hors-série, p. 39.

LEBEL (C.), « Les indisponibilités du droit des procédures collectives » in « L'indisponibilité en droit des affaires », Colloque organisé par le Centre Ethique et procédure de l'Université d'Artois et le Centre René Demogue de l'Université Lille 2 à la Faculté de droit de Douai le 11 avril 2013, *Droit et patrimoine*, janvier 2014, n° 232, p. 34.

LE CANNU (P.), « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com*, n° spécial, 1986, p. 8.

LE CORRE (P-M.), « Les difficultés pratiques de la réalisation des actifs », in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », Colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 61.

LE CORRE-BROLY (E.), « Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », in dossier « La réforme du droit des entreprises en difficulté », *D.* 12 mars 2009, n° 10, p. 663.

LEGRAND (F.), « Convenir un plan : Est-ce qu'un plan de sauvegarde se prépare comme un plan de redressement ? », in « Les plans dans le livre VI du Code de commerce », Colloque à Caen le 10 avril 2015, *RPC*, mai-juin 2015, n° 3, art. 48, p. 97.

LOQUIN (E.), **MARTIN (A.)**, « Droit et marchandisation », Actes du colloque des 18 et 19 mai 2009 – Dijon, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, LexisNexis, 2010.

LUCAS (F-X.) :

° « Les associés et la procédure collective », in « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », Colloque du CRAJEFE, *LPA*, 9 janvier 2002, n° spéc. p. 7.

° « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », Colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 35.

MACORIG-VENIER (F.) :

- ° « Clause d'inaliénabilité et procédure collective », *in* « Les ventes dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises », *RLDA* mai 2003, supplément au n° 60, p. 39.
- ° « Propriété et procédures collectives », *in* « Propriété et procédures collectives », 8^{ème} journée toulousaine organisée par l'AJDE en partenariat avec le centre de droit des affaires et l'une de ses équipes, le CREDIF, à l'Université de Toulouse Capitole le 13 octobre 2017, *RPC*, novembre 2017, n° 6, art. 13.

MARTIAL-BRAZ (N.), « Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés », *in* « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars-avril 2015, n° 2, art. 29.

MARTIN-SERF (A.), « Les contrats en cours avant option de l'administrateur », *in* Colloque Deauville juin 1992, *RJ com.* 1992, n° spéc., novembre 1992, p. 9 et s.

MARTY (J-P.), « De la cessation des paiements...aux difficultés prévisibles des entreprises », *in* « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », Colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 21.

MASCALA (C.) :

- ° « Le comportement fautif du chef d'entreprise : de la sanction à la réparation ? » *in* « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », Colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, supplément au n° 80, p. 71 s.
- ° « Le dirigeant d'une société en liquidation : faut-il réformer les sanctions ? » *in* « Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde », Colloque organisé par le Centre de Droit des Affaires de l'Université de Toulouse 1, le Conseil National des Administrateurs et Mandataires Judiciaires et l'Ordre des Avocats de la Cour d'Appel de Toulouse les 17 et 18 janvier 2008 à Toulouse, *RPC*, avril 2008, n° 2, art. 11, p. 123 et s.

MAZEAUD (D.), « L'avenir du droit des biens : rapport introductif », *in* « L'avenir du droit des biens », Colloque Lille (2014), LGDJ, 2016, p. 5 s.

MENJUCQ (M.), LEGRAND (F.), BOURU (O.), DELATTRE (Ch.), « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales dans le droit des procédures collectives ? » *in* débat/table ronde le 17 septembre 2009, *RPC*, septembre 2009, n° 5, entretien 2.

MESTRE (J.), « Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *in* Colloque organisé par l'Institut de droit des affaires à Aix-en-Provence le 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 91 s.

MONSERIE-BON (M-H.) :

- ° « La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde » *in* dossier « La loi de sauvegarde a l'âge de raison », *Droit et patrimoine*, mars 2013, n° 223, p. 53.

° « L'effet réel », in *P-M. LE CORRE (dir.), Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Actes du Colloque organisé à l'Université Côte d'Azur le 6 avril 2018 par le CRAJEFE et le CERDP, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 63 s.

MONSERIE-BON (M-H.) et AMIZET (B.), « Cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire », in « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars 2015, n° 2, art. 22.

NUSSENBAUM (M.), « Les ambiguïtés actuelles de l'évaluation du fonds de commerce » in Colloque « Le Fonds de Commerce : un centenaire à rajeunir ! », *GP*, 4 juin 2009, n° 155, p. 81.

PAILLER (P.), « Régime général de l'obligation et procédures collectives » in « Le régime général des obligations, ciment du droit privé ? », Colloque à Angers le 7 novembre 2013, *RLDC*, mars 2014, n° 113, p. 89 et s.

PANEL (F.), « Les conditions d'une balance favorable des échanges de matière grise au niveau de l'entreprise », in « Propriété industrielle et marché commun », Colloque Lyon 1965, éd. Dunod, 1966.

PASSA (J.), « La propriété de l'information : un malentendu ? », in « Le renouveau du droit de propriété », 4èmes rencontres juridiques de l'Université Lumière-Lyon 2 le 20 octobre 2000, *Droit et patrimoine*, 1^{er} mars 2001, n° 91, p. 64 s.

PATIN (J.), « Le plan : Elaboration et nature juridique », in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com*, n° spécial, 1986, p. 80 s.

PELISSIER (A.), « La possession à l'épreuve de l'immatériel », in « La possession : une notion en mutation ? », Colloque organisé par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine à Bordeaux le 13 juin 2013 sous la direction de B. SAINTOURENS, *Droit et patrimoine*, novembre 2013, n° 230, p. 48.

PEROCHON (F.), « Le droit de revendication du propriétaire en droit des affaires » in « Droit des biens et pratique des affaires », Colloque organisé par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine à l'Université de Bordeaux le 10 novembre 2017, *Droit et patrimoine*, mars 2018, n° 278, p. 54.

PLANCKEEL (F.), « Les notions d'indisponibilité » in « L'indisponibilité en droit des affaires », Colloque organisé par le Centre Ethique et procédure de l'Université d'Artois et le Centre René Demogue de l'Université Lille 2 à la Faculté de droit de Douai le 11 avril 2013, *RLDA*, octobre 2013, n° 86, p. 65.

REJET (Th.), « L'incorporel en droit des biens », in « L'appréhension par le droit de l'incorporalité », Colloque à Rennes le 21 novembre 2008, *RLDC*, novembre 2009, supplément au n° 65, p 9 s.

ROUSSEL GALLE (Ph.) :

° « Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ? », Actes du colloque à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense le 25 novembre 2011 sur le thème « Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? », *RPC*, mai 2012, n° 3, art. 17.

° « Effet personnel et effet réel des procédures judiciaires », *in* dossier « La loi de sauvegarde à l'âge de raison », *Droit et patrimoine*, mars 2013, n° 223, p. 60.

SABATHIER (S.), « Contrats bancaires et droit des entreprises en difficulté », *in* *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, IFR Actes de colloques n° 30 sous la direction de F. MACORIG-VENIER, colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 303 et s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) :

° « La gestion de l'entreprise », *in* « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com*, n° spécial, 1986, p. 37.

° « La situation des créanciers », rapport introductif au Colloque de Toulouse du 31 janvier 1991, *Ann. Fac. Toulouse*, t. 38, p. 209.

° « Les créanciers face au redressement judiciaire », Colloque Toulouse, *LPA*, 18 mai 1992, n° 60, p. 1.

° « Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire », colloque Deauville, juin 1992, *RJ com*, n° spéc. novembre 1992.

° « La cession d'un site pollué », *in* « Les ventes dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises », *RLDA* mai 2003, supplément au n° 60, p. 55.

° « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », Interv. Colloque Cedag Paris V, 25 mars 2004, *LPA*, 9 novembre 2004, n° 224, p. 11 s.

° « 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 G. JAZOTTES, Litec, coll. Colloques, 2007, p. 77.

° « La responsabilité de la société mère en raison des préjudices environnementaux causés par sa filiale en difficulté », *in* Sites et sols pollués ; enjeux d'un droit, droit en jeu(x), (sous la dir.) M-P. BLIN-FRANCHOMME, Litec (coll. Colloques et débats), n° 28, 2010.

° « Regards positifs sur la liquidation judiciaire », Conférence à Nice le 13 février 2018.

° « L'inopposabilité à la procédure collective », *in* P-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Actes du Colloque organisé à l'Université Côte d'Azur le 6 avril 2018 par le CRAJEFE et le CERDP, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 47 s.

STAEES (O.), « Les biens appropriés » *in* « Le périmètre du droit de la défaillance économique », Colloque inaugural de l'Association des Juristes de la Défaillance Economique (AJDE) à Toulouse le 10 septembre 2010, *RPC*, janvier 2011, n° 1, art. 9.

TERRIER (G.), « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *in* « Les devoirs de l'actionnaire », 41^{ème} Colloque annuel de l'association Droit et Commerce à Deauville les 8 et 9 avril 2016, *GP*, 6 juin 2016, n° hors-série 2, p. 24.

THERON (J.) :

° « Liquidation judiciaire et vente de fonds de commerce », *in* dossier « Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde », Actes du Colloque de Toulouse des 17 et 18 janvier 2008, *RPC*, avril 2008, n° 2, art. 13.

° « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire » *in* « Personne physique et procédures collectives », Séminaire AJDE à Toulouse le 12 octobre 2012, *RPC*, janvier 2013, n° 1, art. 3.

° « Les procédures collectives, révélatrices des limites de la propriété ? » *in* « Propriété et procédures collectives », 8^{ème} journée toulousaine organisée par l'AJDE en partenariat avec le centre de droit des affaires et l'une de ses équipes, le CREDIF à l'Université de Toulouse Capitole le 13 octobre 2017, *RPC*, novembre 2017, n° 6, art. 14.

THULLER (B.), « Que reste-t-il du dessaisissement ? » *in* « Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? », Actes du Colloque de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 25 novembre 2011, *RPC*, mai 2012, n° 3, art. 14.

TISSEYRE (S.), « La fin du contrat : l'éventail élargi des sanctions », *in* Colloque « Quel renouveau pour le droit des contrats ? : une réforme entre tradition et modernité », Actes du colloque à Pau le 20 mai 2016, Larribau-Terneyre, Virginie et Pellé, Sébastien (eds.), Presses de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Séries « Droit en mouvement ; 5 », Pau, p. 187.

VALLANSAN (J.), « La réalisation des actifs hors procédure », *in* « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC*, mars 2015, n° 2, art. 35.

VINCENT (C.), « La cession de l'entreprise : redressement ou liquidation ? », *in* « La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? », Litec, coll. « Colloques et Débats », 2006, p. 51 s.

VOINOT (D.) :

° « Cession de sites pollués », *in* « Les cessions isolées d'actifs », Colloque organisé par l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF) le 3 octobre 2014, *RPC* mars 2015, n° 2, art. 26, p. 56.

° « Le droit de l'entreprise en difficulté : un droit inféodé au droit de l'environnement ? », *in* *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, IFR Actes de colloques n° 30 sous la direction de F. MACORIG-VENIER, colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 239 s.

VIII. PROJETS, RAPPORTS, DEBATS, COMPTES-RENDUS, COMMUNICATIONS, INTERVENTIONS, QUESTIONS, REPONSES, AMENDEMENTS

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Avant-projet de réforme du droit des biens, 2008.

AUTORITE DE LA CONCURRENCE (et Bundeskartellamt), « Droit de la concurrence et données », rapport, 10 mai 2016.

BADINTER (R.), Déb. Ass. nat. 10 avril 1984, JO. p. 1413.

BERCY :

° Thésaurus – Version 1 – Référentiel français de mesure de la valeur extra-financière et financière du capital immatériel des entreprises du 7 octobre 2011.

° Thésaurus Version 2 – Référentiel de mesure de la valeur extra-financière et financière du capital immatériel des entreprises, 13 octobre 2015.

CATALA (P.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, remis au Garde des Sceaux en 2005.

CLEMENT (P.) :

° Débats AN ; séance du 1^{er} mars 2005, JOAN 2005, p. 1498.

° Intervention, JOAN CR, 3^{ème} séance du 8 mars 2005, p. 1762.

° Compte rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1^{ère} séance, 13 juillet 2005, JOAN CR 14 juillet 2005, p. 4644.

COMMISSION POUR LA PROTECTION INTERNATIONALE DE LA PROPRIETE INDUSTRIELLE DE LA CCI, Doc. 450/206, 18 novembre 1961.

COUR DE CASSATION, Rapport 2002, La documentation française, p. 30.

COURTIERE (J.), Rapport du 4 février 1999, p. 30.

DE ROUX (X.), Rapport n° 2095 sur le projet de loi n° 1596 de sauvegarde des entreprises, 2005.

ERNST & YOUNG, « Capital immatériel, son importance se confirme – Analyse du capital immatériel dans la valeur d'une centaine d'entreprises cotées européennes », 2008.

GOUZES (G.), Ass. nat. 1984, n° 1872, p. 53.

HYEST (J-J), Rapport n° 335 sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, 2005.

IFPPC (M. LATINA, P-M. LE CORRE), « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce, enrichi des observations du comité permanent des diligences de l'IFPPC », 2016.

LEVY (M.), JOUYET (J-P.), « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », in Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, 2006.

LOUWAGIE (V.), Question écrite n° 87380, JOAN Q du 25 août 2015, rép. publ 3 mai 2016, p. 3822, 14^{ème} législature.

MASCLET (J.), « La mathématique, la comptabilité et le droit patrimonial », Communication faite le 8 novembre 1960 à l'Académie de comptabilité de France, LGDJ.

MINISTERE DE L'ECOLOGIE, Rép. min. n° 486, JOAN Q 17 juin 2014, p. 4995.

MONTEBOURG (A.), Amendement n° 490, JOAN CR, 3^{ème} séance du 8 mars 2005, p. 1761.

OBSERVATOIRE DE L'IMMATERIEL, « La protection du savoir-faire, Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle », rapport, 5 mai 2015 ;

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, « Actifs immatériels et création de valeur », Rapport au niveau ministériel en 2006.

PERBEN (D.), Discussion AN JOAN, p. 1492.

PRADA (M.), Intervention au XVème Congrès mondial de la comptabilité, le 28 octobre 1997, *Bull. COB* n° 317, octobre 1997, p. 1.

PROJET DE REFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU REGIME GENERAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS, 25 février 2015.

RAPPORTS REMIS AU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE :

° Relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JO 19 décembre 2008.

° Relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO du 11 février 2016 (version électronique authentifiée publiée au JO n° 0035 du 11/02/2016).

REPONSE MINISTERIELLE, n° 6480, JOAN Q 20 novembre 2007, p. 7315.

ROUEN (M.), Intervention *in* « Gros plan sur la marque employeur », BFM business, 19 mai 2018.

SUDREAU (P.), Rapport sur la réforme de l'entreprise, Ed. 10/18, 1975.

TERRE (F.), (dir.) :

° *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009

° *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011.

° *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

THYRAUD (J.), rapporteur de la Commission des Lois au Sénat, JO Débats ass. nat séance du 6 juin 1984, p. 1312.

TRAVAUX DE LA COMMISSION DE REFONTE DU CODE CIVIL, 1946-1947, Sirey, 1948, p. 781.

IX. PRESSE, MAGAZINES, SITES INTERNET

ANDRIEUX (M-A.), « La prise en compte des actifs immatériels est devenue indispensable », *Les Echos*, 22 septembre 2009.

AUTORITE DES NORMES COMPTABLES : <http://www.anc.gouv.fr>.

BOTTA (E.), « La seconde vie de Lejaby », site l'expansion.lexpress.fr, 2018.

CAPITAL IMMATERIEL, www.capital-immateriel.fr.

DUPUIS (J-C.), « Actifs immatériels : comment compter ce qui n'a pas de prix ? », *Alternatives Economiques* 2010/11, n° 296, p. 74.

EGLOFF (E.), « Google dévoile son prototype de voiture électrique sans conducteur », lefigaro.fr, 28 mai 2014.

FUSTEC (A.), « Valorisation : l'immatériel, trésor caché de l'entreprise », *Alternatives Economiques* 2007/2, n° 255, p. 74.

INTELLIGENCE ECONOMIQUE, portail-ie.fr.

LE FIGARO : « La Google Car sans conducteur circulera sur les routes californiennes cet été », 16 mai 2015.

LEGUELTEL (Ph.), « A Caen, la madeleine Jeannette a retrouvé le bon goût d'hier », site lesechos.fr, 2019.

LELOUP (D.), « Google X, le laboratoire secret du géant du Web », lemonde.fr, 17 juillet 2015.

LE MONDE, « Le discours de Nicolas Sarkozy à Toulon », Le Monde, 25 septembre 2008.

LES ECHOS, « Image de la réalité et réalité de l'image : un des enjeux de la réforme comptable », 31 janvier 1996.

OBSERVATOIRE DE L'IMMATERIEL, site observatoire-immateriel.com.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, www.oecd.org.

THE ECONOMIST, «The World's most valuable resource » - Data and the new rules of competition – «Fuel of the future », 6 mai 2017.

X. AUTRES DOCUMENTS

ARISTOTE :

- ° *Ethique à Eudème* (III, 4, 1231 b 3 s).
- ° Livre I de la *Politique* (I, 9, 1257 a 5 s).

BERGSON (H.) :

- ° *La pensée et le mouvant, essais et conférences*, Quadrige, 1938.
- ° *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Quadrige, 2013.

BODIN (J.), *Les Six Livres de la République*, 1576.

BOURET (J.), HOARAU (J.), MAULEON (F.), *Soft skills : développez vos compétences comportementales, un enjeu pour votre carrière*, Dunod, 2018.

CHAMPAUD (C.), « Sciences de gestion et conscience entrepreneuriale », leçon terminale, édit. IGR-IAE, Rennes, 1996.

CHAVANNE (A.), « Le contrat de Know-How », Tout Lyon, Moniteur judiciaire, 11 janvier 1968.

DE BALZAC (H.), « César Birotteau », in *La Comédie française, Scènes de la vie parisienne*, 1837 (la procédure de faillite sous le Code de commerce de 1807).

DUMAS fils (A.), *Denise*, 1885.

DUPIN, *Œuvres*, p. 114 et 119.

DURKHEIM (E.), *La division du travail social*, 1893 et *Les règles de la méthode sociologique*, 1895.

FENET, t. XIII, p. 219 et t. XIII, p. 214.

FOURASTIE (J.), *Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Hachette, coll. Pluriel, 2004.

GAI, t. 2, 12-14.

GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, scène V.

HEIDEGGER (M.), *Qu'est-ce qu'une chose ?* éd. Fribourg-en-Brisgau, 1962, trad. Franç., éd. Tel, 1998, p. 17.

JUSTINIEN, *Institutes*, 3, 13 pr.

LES ANNONCES DE LA SEINE, 23 mai 2002, n° 30.

LOCRE, t. IV, p. 235.

MARX (K.), *Le Capital, Œuvres complètes*, t. I, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1965.

MIRABEAU, « *Discours sur la suppression ou le rachat des dîmes* », in *Orateurs de la Révolution française*, I, 10 août 1789.

NOAILLES (P.), « Nexum », RHD, 1940-1941, p. 205-274.

PAUL, D. 44, 7, 3 Pr.

ROUSSEAU (J-J.), *Du contrat social*, 1762 et *Du contrat social*, Livre I, chap. IX, Garnier-Flammarion, 1966.

SAINT AUGUSTIN, *Les confessions*, (vers 400), Livre XI., § XIV, trad. P. Cambronne, in *Œuvres*, t. I, la Pléiade, p. 1040-1041, in C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 11.

SERRES (M.), *Petite poucette*, éd., Le Pommier, 2012.

TACITE, *Annales*, III, 27, 3.

WILDE (O.), *Les ailes du paradoxe, Maximes, aphorismes, portraits*, Le livre de Poche, 1996.

XI. TEXTES DE DROIT INTERNATIONAL/EUROPEEN

° Article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, EV le 3 septembre 1953.

° Règlement n° 99-02 du 29 avril 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques.

° Article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

° Lignes directrices du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

° Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie.

° Règlement ANC n° 2014-03 relatif au plan comptable général – version consolidée au 1^{er} janvier 2019.

° Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité qui concerne la création de registres d'insolvabilité interconnectés, destinés à faciliter la circulation de l'information entre les États membres et à fournir aux créanciers des formulaires, notamment de déclaration de créances.

° Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

° Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

° Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive UE 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité).

XII. NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

ALLAIN (L.), doc. sous CA. Douai 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 16 décembre 2004, n° 03/02333, *RPC* 2004, p. 123.

ALLEAUME (C.), obs. sous Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *APC* 2004, n° 20.

ALLEGART (V.), note. sous Cass. com., 13 janvier 2009, n° 07-21.704, *BJS* 2009. 452, n° 87.

ANDREU (L.), obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11.093, *D.* 2009. 2400.

ANSAULT (J-J.), note. sous Cass. civ., 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11.093, *JCP* 2009, n° 27, comm. 73, p. 17.

ANTONINI-COCHIN (L.), obs. sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, *Bull. civ. IV*, n° 55, *GP*, 2-3 juillet 2010, p. 13.

AUGUET (Y.), sous Cass. civ., 1^{ère}, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, *JurisData* n° 2000-006729, *Bull. civ. 2000, I*, n° 283 ; *D.* 2001, p. 2400.

AYNES (L.) :

-note. sous Cass. civ., 1^{ère}, 14 décembre 1982, *D.* 1983. 413.

-note. sous Cass. com., 14 décembre 1982, *D.* 1983. 416.

-note. sous Cass. civ., 1^{ère}, 20 mars 2001, n° 99-14.982, *Bull. civ. I*, n° 76 ; *D.* 2001. 3110.

BAILLOD (R.), note. sous Cass. civ., 1^{ère}, 16 juillet 1997, n° 95-11.837, *Rev. sociétés* 1998. 71.

BALLOT-LENA (A.), obs. sous Cass. com., 27 juin 2006, *D.* 2007. pan. 1696.

BANDRAC (M.), obs. sous Cass. com., 8 février 1994, *Bull. civ. IV*, n° 56, *RTD civ.* 1994, p. 908.

BARBIER (H.), obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 27 mars 2013, n° 12-13.734, *Bull. civ. III*, n° 40, *RTD civ.* 2013. 603.

BASTIAN (D.), note. sous Cass. com., 25 juillet 1949, *JCP* 1950, II, 5798.

BEAUBRUN (M.), note. sous Cass. com., 17 mai 1989, n° 87-17.930, Bull. civ. IV, n° 152, *JCP* 1990, II, 21464.

BEAUSSONIE (G.) :

-note. sous Cass. crim., 16 mai 2011, *D.* 2012. 137.

-note. sous Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031, *D.* 2013. 1936.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), obs. sous Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-11.472, *RLC* 2005, n° 1, p. 51.

BELAVAL (M.), obs. sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, Bull. civ. IV, n° 55, *D.* 2010, chron. p. 112.

BENILSI (S.), note. sous Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-14.906 : JurisData n° 2013-007930 ; Bull. civ. IV, n° 72 ; *BJE*, juillet 2013, p. 240.

BERLIOZ (P.), note. sous Cass. civ., 2^{ème}, 3 mai 2007, *LPA*, 9 janvier 2008, p. 10.

BERTHELOT (G.), obs. sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, Bull. civ. IV, n° 55, *RPC.* 2010, n° 248.

BILLIAU (M.) et JAMIN (C.), note. sous Cass. com., 6 mai 1997, *D.* 1997, 588.

BONHOMME (R.), sous. Cass. com., 4 mars 2014, n° 13-14.410, NP, *BJE*, juillet 2014, p. 249.

BORIES (F.), note. sous TGI Bressuire, 19 juin 1973, *D.* 1974. 105.

BOULOC (B.) :

-obs. sous Cass. com., 5 octobre 1993, Bull. civ. IV, n° 313 ; *RTD com.* 1994. 343.

-obs. sous Cass. com., 8 février 1994, Bull. civ. IV, n° 56, *RTD com.* 2004, p. 547.

-note. sous Cass. crim., 16 décembre 2015, *RTD com.* 2016. 345.

BOURCART (G.), note. sous Cass. req., 15 décembre 1920, *S.* 1920. 1. 17.

BOUSTANI (D.), note. sous Cass. com., 17 décembre 2013, n° 12-28.158, *GP*, 1^{er} juillet 2014, p. 24.

BOUZAT (P.), obs. sous Cass. crim., 24 octobre 1990, Antonioli, Bull. crim, n° 355 ; *RSC* 1991. 575.

BOUZAT (P.) et LUCAS DE LEYSSAC (M-P.), obs. sous Cass. crim., 12 janvier 1989, Bourquin, Bull. crim, n° 14 ; *RSC* 1990. 346 et 507.

BRAULT (Ph-H.), note. sous Cass. com., 17 février 1998, *JCP E* 1998, 1361.

BUCHBERGER (M.), note. sous Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *D.* 2013. 1600.

CABRILLAC (M.) :

- obs. sous CA. Poitiers., 20 avril 1988, *JCP E*, 1989. II. 15591, n° 12.
- note. sous Cass. com., 10 juillet 1990, *JCP E* 1990, II, 140.
- obs. sous Cass. com., 21 novembre 1995, *JCP E* 1996, I, 554, § 20.
- obs. sous Cass. com. 22 octobre 1996, *JCP E* 1997. 651, § 4.
- obs. sous Cass. com., 4 mars 1997, *JCP E* 1997, I, 681, n° 17.
- obs. sous Cass. com., 8 juin 1999, *JCP E* 1990, p. 1370, n° 36.
- obs. sous Cass. com., 11 juin 2002, *JCP E* 2003, 231, n° 13.
- obs. sous Cass. com., 17 septembre 2002, n° 99-16.507, Bull. civ. IV, n° 125, p. 134.
- obs. sous Cass. com., 21 janvier 2003, *JCP E* 2003, 760, n° 15.
- obs. sous Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *JCP E* 2004, n° 22, p. 860.
- obs. sous Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201, *JCP E* 2004, 1292, p. 1387, n° 11.

CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.) :

- obs. sous CA. Versailles., 23 juin 1988, *JCP* 1989. II, n° 15591.
- obs. sous Cass. com., 19 mars 1991, *JCP E* 1991, I, 73, § 23.
- obs. sous Cass. com., 9 avril 1991, *JCP E* 1991, p. 73.
- obs. sous Cass. com., 4 février 1992, *JCP E* 1992, I, 192, n° 3.
- obs. sous Cass. com., 28 février 1995, *JCP E* 1995, I, 487, § 15.
- obs. sous Cass. com., 17 février 1998, *JCP E* 1998. 1357, n° 3.
- obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998, *JCP E*, 1998, 2069, n° 5.
- obs. sous Cass. com., 5 février 2002, Bull. civ, IV, n° 27, *JCP E*, 2002, 807, n° 15.

CABRILLAC (M.) et VIVANT (M.) :

- obs. sous T. com. Lille, 5 mai 1987, *JCP E*, 1987. I. 16619, n° 2.
- obs. sous CA. Colmar., 25 mars 1987, *JCP E* 1988, II, 15114, n° 9.

CAGNOLI (P.), note. sous Cass. com., 17 décembre 2013, n° 12-28.158, *APC* 2014-2, n° 26.

CALENDINI (J-M.) :

- obs. sous Cass. com., 28 novembre 1989, n° 88-17.237, NP, *RPC*. 1990, p. 138, n° 2.
- obs. sous CA. Versailles., 13^{ème} ch., 6 mars 1997, *RPC*. 1998, p. 34.

CANET (P.), obs. sous Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, Bull. civ, IV, n° 78, *RPC*. 2012, n° 33.

CHAPUT (Y.), obs. sous Cass. com., 20 octobre 1992, Bull. civ, IV, n° 316, *Droit des sociétés*, 1994, n° 93.

CHARDON (M.), obs. sous TGI Paris 28 mai 2003, *Dr. et proc.* 2003, n° 6, p. 373.

CONTE (Ph.), comm. sous Cass. crim., 16 décembre 2015, *Droit pénal* 2016. 40.

CORDONNIER, note. sous Cass. req., 15 février 1937, DP 1938, Jur. P. 13.

CORLAY (P.), note. sous Cass. crim., 8 janvier 1979, *D.* 1979. 509.

COURET (A.), note. sous Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241, Bull. Joly 1996. 485.

COUTURIER (G.), note. sous Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-18.505, Bull. civ. IV, n° 331, *LPA*, 10 juillet 1994, n° 86, p. 27.

CROZE (H.) et MOUSSA (T.), note. sous CE. 9 février 2000, *JCP* 2000, II, 10314.

DAIGRE (J-J.) :

-note. sous CA. Paris., 7 février 1997, *Bull. Joly* 1997. 480.

-obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 16 juillet 1997, n° 95-11.837 ; *BJS* 1997. 992.

-note. sous Cass. com., 28 mars 2000, *Bulletin Joly* 2000, n° 134.

DEBET (A.), obs. sous CEDH, 23 février 1995., *Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, *GACEDH*, n° 64, p. 692-695, *RDC* 2005, p. 467.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), obs. sous Cass. com., 8 décembre 1987, *RD bancaire et fin.* 1988, p. 69.

DE LAMY (B.) :

-sous Cass. crim., 14 novembre 2000, *D.* 2001, p. 1423.

-note. sous Cass. crim., 19 mai 2004, Bull. crim, n° 126 ; *D.* 2004. 2748.

DELATTRE (C.) :

-obs. sous TC. Dunkerque., 1^{er} avril 2003, *GP* 2003, somm. p. 3256.

-obs. sous Cass. com., 27 février 2007, Bull. civ. IV, n° 65, *RPC* 2007. 109.

DELENEUVILLE (J-M.) :

-obs. sous CA. Aix-en-Provence., 10 novembre 1998, *RPC.* 2000, p. 49.

-obs. sous CA. Amiens., 11 mars 1999, *RPC.* 2000. 49.

DE MALAFOSSE (J.), note. sous CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, *JCP G* 1999. II. 10172.

DERRIDA (F.) :

-obs. sous Cass. com., 29 mai 1984, n° 83-11.516, Bull. civ. IV, n° 181 ; *D.* 1985. IR 1, 6^{ème} espèce.

-note. sous Cass. com., 8 décembre 1987, *D.* 1988, p 52 et *LPA* 1988, n° 3, p. 9.

-note. sous Cass. com., 10 juillet 1990, *D.* 1990. 468.

-obs. sous Cass. com., 19 mars 1991, *D.* 1992. Somm. 257 et 1993. Somm. 11.

-note. sous Cass. com., 27 novembre 1991, *D.* 1992, 81.

-obs. sous Cass, com., 4 février 1992, *D.* 1993, somm. p. 5.

- sous CA. Paris. 3^{ème} ch., 7 juillet 1992, *D.* 1994, p. 1.
- note. sous Cass. com., 28 février 1995, *D.* 1995, 390.
- obs. sous Cass. com., 22 octobre 1996, *D.* 1997, Somm. 3.

DERRUPPE (J.) :

- obs. sous CA. Paris., 9 juin 1987, *RTD com.* 1987. 495, n° 1.
- obs. sous CA. Paris., 19 juin 1991, *RTD com.* 1991. 566.
- obs. sous Cass. com., 26 octobre 1993, Bull. civ IV, n° 362, *RTD com.* 1994. 37.

DETRAZ (S.) :

- note. sous Cass. crim., 4 mars 2008, *D.* 2008, 2213.
- note. sous Cass. crim., 16 mai 2011, *JCP G* 2012. 538.

DEVESA (Ph.), note. sous Cass. com., 2 mars 1993, *D.* 1993, 572.

DEVEZE (J.), note. sous Cass. crim., 9 mars 1987, *JCP G.*1988, II, 20913.

DONDERO (B.), note. sous Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *BJS* 2013. 417.

DUBOC (G.), note. sous Cass. com., 19 mars 1991, *D.* 1991. 542.

DURAND (P.), note. sous Cass. com., 13 juillet 1966, *JCP* 1967 III, n° 15131.

DUREUIL (B.), obs. sous Cass. com., 8 décembre 1987, *RPC* 1988, n° 1, p. 45.

FABIANI (D.), note. sous CA. Colmar., 13 juin 1990, *D.* 1991, p. 57.

FAGES (B.), obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11. 093, *RTD civ.* 2009. 531.

FAVARIO (T.), obs. sous Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-29.360, *LEDEN*, septembre 2015, n° 119.

FERRIER (D.) :

- obs. sous CA. Paris., 19 juin 1991, *D.* 1992. Somm. 388.
- note. sous Cass. com., 29 avril 1997, n° 95-10.362, *D.* 1998, Somm. 338.
- obs. sous Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-11.472, *D.* 2005. Pan. 150.

FIN LANGER (L.) :

- obs. sous Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, Bull. civ, IV, n° 78, *Actualité proc. coll.* 2010, n° 137.
- obs. sous Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-14.906 : JurisData n° 2013-007930 ; Bull. civ. IV, n° 72 ; *Act. proc. coll.* 2013, alerte 118.
- obs. sous Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-11.247, *APC* 2019, n° 114.

FIORINA (D.), note. sous CEDH, 9 décembre 1994., *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, D. 1996, p. 329.

FONTEIX (C.), obs. sous Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929, *Dalloz actualité*, 21 avril 2017.

FRAIMOUT (J-J.), note. sous CA. Poitiers., 2^{ème} ch. civ., 25 mars 2009, RG n° 09/00530, *RPC*. 2010/ 6, comm. 236.

FRICERO (N.), note. sous CEDH 5^{ème} sect., 22 septembre 2011, req. n° 60983/ 09, Tetu c/ France, *Act. proc. coll.* 2011/ 19, comm. 286.

GALLET (C-H.), obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 21 décembre 1987, *LPA* 1988, n° 28, p. 13.

GALLOIS (J.), obs. sous Cass. crim., 16 octobre 2013, *AJ pénal*, janvier 2014, n° 33.

GENICON (T.), obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 27 mars 2013, n° 12-13.734, Bull. civ. III, n° 40, *RDC* 2013. 890.

GHESTIN (J.), note. sous Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241, *JCP* 1996, II, 22665.

GIBIRILA (D.), obs. sous Cass. com., 27 février 2007, Bull. civ. IV, n° 65, *Defrénois*. 2007. 1557.

GOAZIOU (I.), note. sous Cass. civ., 1^{ère}, 20 mars 2001, n° 99-14.982, Bull. civ. I, n° 76 ; *JCP* 2002, II, 10124.

GRIMALDI (M.), obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 4 ; *D.* 1995, Somm. 328.

GROSSER (P.), obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16.217, *JCP* 2013. 974, n° 11.

HAENNIG (L.), note. sous CA. Besançon., 20 novembre 2001, *RJ com.* 2002. 127.

HAMON (L.), note. sous Cons. const., 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, JO du 17 janvier, p. 299, *D.* 1983. 169.

HEMARD (J.), note. sous Cass. com., 28 juin 1976, *Revue des sociétés* 1977, p. 237.

HEMARD (J.) et BOULOC (B.), obs. sous Cass. com., 29 mai 1984, n° 83-11.516, Bull. civ. IV, n° 181 ; *RTD com.* 1985. 566.

HENRY (L-C.) :

-obs. sous Cass. com., 27 février 2007, n° 06-11.500, *GP*, 20 juillet 2007, p. 37.

-obs. sous Cass. soc., 16 juin 2010, *GP*, 15-16 octobre 2010, p. 27.

-note. sous CEDH 5^{ème} sect., 22 septembre 2011, req. n° 60983/ 09, Tetu c/ France, *LPA*, 3 janvier 2012, n° 2, p. 11.

-note. sous CA. Grenoble, ch. com., 31 mai 2012, n° 11/02571, *GP*, 8 avril 2012, n° 286-287, p. 24.

-note. sous Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-14.906 : *JurisData* n° 2013-007930 ; Bull. civ. IV, n° 72 ; *GP*, 12 juillet 2013, p. 15.

-obs. sous Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-18.420, *Rev. sociétés*, septembre 2013, p. 524 ; *Dict. perm.* juillet 2013, p. 4.

-note. sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, FSPBRI, *DPDE* juillet 2015, bull. 372, p. 13.
-obs. sous Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-29.360, *Rev. soc.*, septembre 2015, p. 543.

HIEZ (D.), obs. sous Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *JCP E* 2015. 1607, n° 13.

HONORAT (A.) :

-note. sous Cass. com., 14 février 1978, Bull. civ. IV, n° 66, *D.* 1978, IR 443.
-obs. sous Cass. com., 8 novembre 1988, *D.* 1989, 36.
-obs. sous Cass. com., 17 janvier 1995, n° 92-16.940, Bull. civ. IV, n° 16 ; *D.* 1995. Somm. 216.

HOSTIOU (R.), obs. sous CEDH. 26 avril 2011., *RDI* 2011. 387.

JAMIN (C.), obs. sous Cass. com., 7 janvier 1992, *JCP* 1992, IV, 692 et *JCP* 1992, I, 3591, n° 17.

JAZOTTES (G.), obs. sous Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-10.645, *BJE*, juillet 2019, 117b4, p. 33.

JEANTIN (M.), note. sous Cass. com., 8 décembre 1987, *JCP G* 1988, II, 20927.

LAITHIER (Y-M.), obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16.217 ; *RDC* 2014. 22.

LAROCHE (M.) :

-note. sous Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-40.073, Bull. civ. IV, n° 44 ; *BJE* 2011. 194.
-comm. sous Cass. com., 25 octobre 2017, n° 16-22.083, *Act. proc. coll.* 2017-20, repère 297.
-note. sous Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-11.247, *BJE* 2019, n° 4, p. 38.

LARROUMET (Ch.), obs. sous Cass. com., 7 décembre 2004, *D.* 2005, p. 230.

LAUDE (A.), obs. sous Cass. com., 28 avril 2008, *RTD com.* 1999. 187.

LEBEL (C.) :

-obs. sous CA. Riom., 4 février 2004, RG n° 2004/239706, *RPC.* 2004, p. 211, n° 5.
-obs. sous Cass. com., 27 février 2007, Bull. civ. IV, n° 65, *GP*, 13-14 avril 2007, p. 21.
-comm. sous Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510 : JurisData n° 2008-043251, *RD rural*, décembre 2008, n° 368, comm. 242.
-note. sous Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-18.044, NP, *GP*, 2009/2, p. 14, n° 2.
-note. sous Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, Bull. civ. IV, n° 78, *JCP E* 2010, 1534.
-note. sous Cass. com., 15 février 2011, *JCP E.* 2011, 1280.
-obs. sous Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-21.703 et 13-21.712 : JurisData n° 2014-026460 ; *GP* 2015, 1, jurispr. p. 418, p. 23.

LEBORGNE (A.), obs. sous Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, Bull. civ. IV, n° 78, *D.* 2011, p. 1509.

LE CANNU (P.), note. sous Cass. com., 30 mars 1993, *D.* 1993, 384.

LE CORRE (P-M.) :

- note. sous Cass. com., 16 octobre 1990, n° 89-12.930, Bull. civ. IV, n° 240, *JCP E* 1992, II, 300.
- note. sous Cass. civ., 3^{ème}, 2 juillet 2003, n° 99-21.270, LXB n N8632AAX.
- obs. sous Cass. com., 5 octobre 2010, *D.* 2010. 2081.
- éditorial. sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, FSPBRI, *BJE*, septembre 2015, p. 269.

LECUYER (H.), note. sous Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *LPA*, 19 février 2004, p. 9.

LEGEAIS (D.) :

- note. sous Cass. com., 19 mars 1991, *JCP E* 1991, II, 174.
- note. sous Cass. mixte., 22 novembre 2002, *JCP E* 2003. 398.

LEGROS (J-P.) :

- note. sous Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *JCP E* 2007. 2474.
- obs. sous Cass. com., 24 juin 2008, *Droit des sociétés* 2009, comm. 14.
- obs. sous Cass. com., QPC, 18 décembre 2012, *Dr. sociétés* 2013, comm. 54.
- note. sous Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *JCP E* 1277.

LE NABASQUE (H.), obs. sous Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241 ; *RTD com.* 1999. 273.

LEROY (G.) et REBOUL-MAUPIN (N.), obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 31 janvier 2018, n° 16-28.508, *JCP G* 2018. 387.

LEVENEUR (L.), note. sous Cass. com., 6 mai 1997, *JCP E* 1997, II, 1027.

LIBCHABER (R.),

- obs. sous Cass. com., 8 février 1994, Bull. civ. IV, n° 56, *D.* 1995, Somm. p. 91.
- obs. sous Cass. com., 27 février 2007, Bull. civ. IV, n° 65, *D.* 2007. AJ 872.
- obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11. 093, *Deffrénois* 2009. 1289.

LIENHARD (A.) :

- obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998, *D. Affaires* 1998, p. 816.
- obs. sous Cass. com., 1^{er} février 2000, n° 97-15.263, *D.* 2000, act. jurispr. p. 144.
- obs. sous Cass. com., 5 février 2002, Bull. civ. IV, n° 27 ; *D.* 2002, AJ, 805.
- obs. sous Cass. com., 17 septembre 2002, n° 99-16.507, Bull. civ. IV, n° 125, p. 134, *D.* 2002 ; AJ 2735.
- obs. sous Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *D.* 2003, AJ 3049.
- obs. sous Cass. com., 24 mars 2004, *D.* 2004, act. jur, p. 1022.
- obs. sous CA. Douai 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 16 décembre 2004, n° 03/02333, *D.* 2003, p. 2571.
- obs. sous Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-12.087, *D.* 2005. 1850.
- note. sous Cass. com., 13 février 2007, *D.* 2007. 648.

- obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *D.* 2007. AJ 2107.
- obs. sous Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510 : JurisData n° 2008-043251, *D.* 2008, act. jurisp. p. 982.
- obs. sous Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-40.073, Bull. civ. IV, n° 44 ; *D.* 2011. 815.
- obs. sous Cass. com., 15 juin 2011, *D.* 2011. 1677.
- obs. sous Cass. com., 27 septembre 2011, n° 10-21.277, *D.* 2011, p. 2398.
- obs. sous Cass. com., 23 avril 2013, *D.* 2013, p. 1130.
- sous Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-14.906 : JurisData n° 2013-007930 ; Bull. civ. IV, n° 72 ; *D.* 2013, p. 1128.
- obs. sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, FSPBRI, *D.* 2015, act. 1205.
- obs. sous Cass. com., 1^{er} décembre 2015, n° 14-20.668 , P IV, n° 165 ; *D.* 2015. Actu. 2558.
- obs. sous Cass. com., 20 septembre 2017, n° 14-17.225, *D.* 2017, p. 1830.

LUCAS (F-X.) :

- obs. sous Cass. com., 27 février 2007, Bull. civ. IV, n° 65, *RD banc. fin.* 2007, n° 71.
- note. sous Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *BJS* 2008. 46.
- obs. sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, Bull. civ. IV, n° 55, *LEDEN*, mai 2010, p. 1.
- obs. sous CA. Poitiers., 17 mai 2011, n° 10/02898, *LEDEN*, juillet 2011, n° 123, p. 1.
- rep. sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, FSPBRI, *act. proc. coll.* 2015-12, n° 184.
- obs. sous Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-11.247, *D.* 2019. 1903.

LUCAS (A.) et (F-X.), obs. sous Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *D.* 2004, 801.

LUCAS (F-X.) et LE CORRE (P-M.) :

- note. sous CA. Grenoble, ch. com., 31 mai 2012, n° 11/02571, *D.* 2012, pan. p. 2196.
- sous Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-18.420, *D.* 2013, p. 2363.

MAINGUY (D.) :

- obs. sous CA. Versailles., 22 mars 2002, *cah. dr. entr.* 2002, n° 5, p. 29.
- obs. sous Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-11.472, *cah. dr. entr.* 2004, n° 6, p. 11.

MAIRE (G.), obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 27 mars 2013, n° 12-13.734, Bull. civ. III, n° 40, *AJDI* 2014. 203.

MALAURIE (Ph.), note. sous Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241, *D.* 1996. 518.

MALINVAUD (P.), obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136, Bull. civ. III, n° 103, *RDI* 2005. 299.

MARCHI (J-P.), note. sous TC. Paris., 2 mars 1987, *GP*, 1987. 1, p. 482.

MAROT (Y.), note. sous CA. Orléans., 14 septembre 2000, *D.* 2001. 1017.

MARTIN-SERF (A.) :

- obs. sous Cass. com., 16 octobre 1990, n° 89-12.930, Bull. civ. IV, n° 240, *RTD com.* 1991. 462.
- note. sous CA. Paris., 15 décembre 1992, *RJ com* 1993, p. 151.
- obs. sous Cass. com., 30 novembre 1993, *RPC* 1996. 401.
- obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998, *RTD com.* 1999, p. 979.
- obs. sous Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *RTD com.* 2004, 599.
- obs. sous Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-12.087, *RPC* 2005. 385.
- obs. sous Cass. com., 5 octobre 2010, *RTD. com.* 2011, p. 173.
- obs. sous Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-40.073, Bull. civ. IV, n° 44 ; *RTD com.* 2011. 642.
- note. sous CA. Grenoble, ch. com., 31 mai 2012, n° 11/02571 ; *RTD com.* 2013, n° 1, p. 140.
- note. sous Cass. com., 17 septembre 2013, n° 12-21.686 : *JurisData* n° 2013-019856 ; *RPC* mai 2014, comm. 83.
- obs. sous Cass. com., 19 décembre 2017, n° 17-40.057, *RTD com.* 2018. 475.
- obs. sous Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-11.247, *RTD com.* 2019. 490.

MAZEAUD (D.) :

- note. sous Cass. com., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, art. 36633.
- obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11. 093, *RDC* 2009/4. 1363.

MENDOZA-CAMINADE (A.), note. sous Cass. crim., 22 septembre 2004, *JCP G* 2005, II, 10034.

MESSAI-BAHRI (S.), note. sous Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-29.483, *Bull. Joly*, octobre 2016, 616.

MESTRE (J.), obs. sous Cass. com., 6 mai 1997, *RTD civ.* 1997. 936.

MESTRE (J.) et FAGES (B.), obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136, Bull. civ. III, n° 103, *RTD civ.* 2005. 596.

MOLFESSIS (N.) :

- obs. sous Cons. const., déc. n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *RTDC* 1998, p. 799.
- obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 20 juin 2000., Bull. civ I, n° 191, *RTD civ* 2000. 670.

MONSERIE-BON (M-H.) :

- note. sous Cass. com., 17 décembre 1996, *D.* 1997, p. 387.
- obs. sous Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *RPC* 2004, 379.
- note. sous Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *BJE* 2013. 138.

MONTERAN (T.) :

- obs. sous Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-12.087, *GP*, 4 novembre 2005, p. 59.
- note. sous Cass. com., 13 novembre 2007, *GP*, 2008-1, p. 68.

NEAU-LEDUC (Ph.), obs. sous Cass. com., 14 novembre 2000, *RPC*. 2002, 210, n° 6.

NIBOYET (M-L.), sous Cass. civ 1^{ère}, 20 juin 2000., *Bull civ I*, n° 191 ; *D* 2000. 699.

PARLEANI (I.), note. sous Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *Rev. sociétés* 2013. 629.

PERINET-MARQUET (H.) :

-obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Bull. civ*, I, n° 4 ; *JCP* 1996, I, 3921, n° 1.

-obs. sous CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, *JCP G* 1999, I. 175, n° 3.

-obs. sous CEDH, 29 mars 2010., gde ch. *Brosse-Triboulet c. France*, *JCP G* 2010. 1162, n° 6.

PEROCHON (F.) :

-note. sous Cass. com., 20 juin 1989, *D*. 1989, 431.

-obs. sous Cass. com., 21 novembre 1995, *D*. 1996. Somm. 214.

PETEL (Ph.) :

-note. sous Cass. soc., 21 novembre 1989, *JCP E* 1990. II. 15832.

-obs. sous CA. Douai., 8 mars 1990, *JCP E*, 1990, II, 15 829, n° 9.

-obs. sous Cass. com., 27 novembre 1991, *JCP E* 1992, I, 136, n° 3.

-obs. sous Cass. com., 21 janvier 1992, *JCP E* 1992, I, 136.

-obs. sous CA. Paris., 15 décembre 1992, *JCP E*, 1993, I, 275, obs. Ph. PETEL.

-obs. sous Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-18.505, *Bull. civ. IV*, n° 331, *JCP E* 1994. 348, n° 6.

-obs. sous Cass. com., 30 novembre 1993, *BJS* 1994. 410.

-obs. sous Cass. com., 3 janvier 1995, *JCP E* 1995, I, 455, § 4.

-obs. sous CE. 29 septembre., 2003, req. n° 240938, *Leblay, Lebon*, *JCP E* 2004, *Chron.* 151, p. 174, n° 4.

-obs. sous Cass. com., 27 février 2007, *Bull. civ. IV*, n° 65, *JCP E*. 2007. 2119, n° 1.

-obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *JCP E* 2008. 1207, n° 12.

-obs. sous Cass. civ., 2^{ème}, 16 septembre 2010, *JCP E* 2011. 1030, § 11.

-obs. sous Cass. com., 15 juin 2011, *JCP E* 2011. 1596, § 12.

-obs. sous Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *JCP E* 2013. 1216, n° 8.

-obs. sous Cass. com., 5 novembre 2013, n° 12-25765, *JCP E* 2014. 1020, § 10.

-obs. sous Cass. com., 17 décembre 2013, n° 12-28.158, *JCP E* 2014, 1173, n° 9.

-sous. Cass. com., 10 février 2015, n° 13-24.659, *JCP E* 2015, n° 1204, p. 25 (chronique).

-obs. sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *FSPBRI*, *JCP E* 2015, 1422, n° 7.

-obs. sous Cass. com., 12 janvier 2016, n° 14-11943, *JCP E* 2016. 1198, § 8.

-comm. sous Cass. com., 25 octobre 2017, n° 16-22.083, *JCP E* 2017, 1688.

-obs. sous Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-11.247, *JCP E* 2019, 1375, n° 17.

PETIT (B.), note. sous Cass. com., 24 février 1998, *Bull. Joly* 1998. 813.

PIEDELIEVRE (S.), obs. sous Cass. com., 5 février 2002, *Bull. civ, IV*, n° 27, *APC* 2002-8, p. 1 et n° 100.

PISONI (P.), obs. sous Cass. com., 8 février 2017, n° 15-17.904, *Revue des sociétés* 2017. 290.

PORACCHIA (D.), note. sous Cass. com., 27 juin 2006, *Revue des sociétés* 2006. 900.

RAZAFINDRATANDRA (Y.), comm. sous CA. Douai 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 16 décembre 2004, n° 03/02333, *Droit env.* 2004, p. 83.

REBOUL-MAUPIN (N.) :

-obs. sous CEDH. 18 novembre 2010., Cts Richet et Le Ber c/France, *D* 2011. 2302.

-obs. sous CEDH. 26 avril 2011., *D* 2011. 2303.

REGNAUT-MOUTIER (C.) :

-note. sous Cass. com., 21 novembre 1995, *D.* 1996. 211.

-obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *APC* 2007, n° 163.

REILLE (F.), obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *GP*, 26-27 octobre 2007, p. 38.

REMERY (J-P.), rapp. sous Cass. com., 3 janvier 1995, *RJ com.* 1995, 198.

RENOUX (T-S.), note. sous Cons. const., 18 janvier 1985, JO 19 janvier 1985, *D.* 1986, p. 425.

RENUCCI (J-F.), note. sous CEDH 5^{ème} sect., 22 septembre 2011, req. n° 60983/ 09, Tetu c/ France, *GP*, 21 janvier 2012, n° 20, p. 6.

REVET (T.) :

-obs. sous CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, *RTD civ.* 2000. 360.

-note. sous. Cass. civ. 1^{ère}., 1^{er} octobre 2003, *RTD civ.* 2003. 734.

-obs. sous CEDH. 18 novembre 2010., Cts Richet et Le Ber c/France, *RTD civ* 2011. 150.

ROLLAND (B.) :

-note. sous CA. Douai 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 16 décembre 2004, n° 03/02333, *LPA* 2005, n° 20, p. 13.

-obs. sous Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, *Bull. civ.* IV, n° 78, *Procédures* 2010, n° 236.

ROSSI (P.), note. sous Cass. com., 13 octobre 1998, *JCP E* 1999, n° 1060.

ROUJOU DE BOUBEE (G.), obs. sous Cass. crim., 8 janvier 1979, *D.* 1979. *IR* 182.

ROUSSEL-GALLE (Ph.) :

-obs. sous Cass. com., 27 février 2007, *Bull. civ.* IV, n° 65, *JCP E.* 2007. 1833.

-obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *RPC* 2008. 76.

-note. sous CEDH 5^{ème} sect., 22 septembre 2011, req. n° 60983/ 09, Tetu c/ France, *Rev. sociétés* 2011. 728.

-obs. sous Cass. com., 14 janvier 2014, n° 12-22.909, *Act. proc. coll.* 2014, n° 4, comm. 43.

-obs. sous Cass. com., 20 septembre 2017, n° 14-17.225, *Act. proc. coll.* 2017, repère 267.

ROUX (J-A.), note. sous Cass. crim., 3 août 1912, *Bull. crim*, n° 450, *DP* 1913. 1. 439 ; S.1913, I, 337.

RUBELLIN (P.) :

-obs. sous Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, *Bull. civ*, IV, n° 78, *LEDEN*, juin 2010.

-obs. sous Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-14.906 : *JurisData* n° 2013-007930 ; *Bull. civ*, IV, n° 72 ; *LEDEN* septembre 2013, p. 3.

-obs. sous Cass. com., 20 septembre 2017, n° 14-17.225, *LEDEN*, novembre 2017, p. 5.

RUFFIE (J-Ph.), obs. sous Cass. com., 30 novembre 2010, n° 09-71.954, *RPC* 2011, comm. 122.

SABATE (W.), note. sous Cons. const., déc. n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *D.* 1999, p. 270.

SAENKO (L.), note. sous Cass. crim., 16 décembre 2015, *D.* 2016. 587.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) :

-obs. sous Cass. com., 12 juillet 1994, n° 90-15.070, *RPC*. 1995. 299.

-obs. sous Cass. com., 2 avril 1996, n° 90-13.942, *RPC*. 1997. 68.

-obs. sous Cass. com., 12 octobre 1999, n° 96-22.901, *RTD com*. 2000. 451.

-obs. sous CA. Versailles., 13^e ch., 21 décembre 2000, *RPC* 2002, p. 100.

-obs. sous Cass. com., 17 septembre 2002, n° 99-16.507, *Bull. civ*, IV, n° 125, p. 134, *RPC* 2003. 147, n° 7.

-obs. sous Cass. com., 15 octobre 2002, n° 00-15.241, *RPC*. 2/2003. 148.

-obs. sous Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10094, *BJS*, juin 2005, n° 155.

-obs. sous CA. Grenoble., 28 juin 2006, *RPC* 2007, p. 144, n° 4.

-obs. sous Cass. com., 19 février 2008, n° 06-18.446, *RTD com*, octobre 2008, n° 2, p. 852.

-obs. sous CA. Bordeaux. 2^{ème} ch., civ. 25 juin 2008, *RTD com*. 2010, p. 185.

-note. sous Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-14.906 : *JurisData* n° 2013-007930 ; *Bull. civ*, IV, n° 72 ; *RPC*. 2015, comm. 109.

SAINTOURENS (B.) :

-obs. sous Cass. com., 27 février 2007, *Bull. civ*, IV, n° 65, *RPC*. 2007. 221.

-comm. sous Cass. com., 5 février 2013, n° 11-28.194, *JurisData* n° 2013-001604, *RPC*. 2013, comm. 119.

SAINTOURENS (B.) et DUPRAT (Ph.), note. sous CEDH 5^{ème} sect., 22 septembre 2011, req. n° 60983/09, *Tetu c/ France*, *RPC* 2012, études 3, p. 16.

SCHMIDT (D.), note. sous Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *BJS*, août 2004, 1114.

SCHMIDT (D.) et DION (N.), note. sous Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241, *JCP E* 1996, II, 838.

SERRA (Y.), note. sous Cass. com., 26 janvier 1999, n° 96-22457, *D. Affaires* 2000. 87.

SEUBE (J-B.), obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 27 mars 2013, n° 12-13.734, Bull. civ. III, n° 40, *RDC* 2013. 974.

SOINNE (B.) :

-obs. sous TC. Paris., 2 mars 1987, *RPC* 1988, p. 389.

-obs. sous CA. Orléans., 1^{ère} ch. civ., 19 février 1988, *RPC* 1998, 397, n° 21.

-sous. CA. Versailles., 23 juin 1988, *RPC* 1989. 190, n° 2.

-obs. sous CA. Colmar., 12 septembre 1990, *RPC* 1991, 293.

-obs. sous CA. Versailles., 13 mai 1993, *RPC*. 1995, p. 172, n° 45.

-note. sous Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-18.505, Bull. civ. IV, n° 331 ; *LPA*, 10 novembre 1993, n° 135, p. 10 et obs. *RPC*. 1993. 496.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), obs. sous CA. Paris., 20 novembre 2003, JurisData n° 2003-248813 ; *comm. com. électr.* 2004, comm. 159.

SUDRE (F.) :

-obs. sous CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, *JCP G* 2000. I. 203, n° 28 et 32.

-obs. sous CEDH. 4 juin 2002., *Vessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, *JCP G* 2002. I. 157, n° 22.

TAQUET (F.), obs. sous Cass. soc., 13 mars 1997, n° 95-18.358; *RPC* 1997, 235.

THERANI (A.), obs. sous Cass. com., 20 septembre 2017, n° 14-17.225, *JCP G* 2017, 1688, n° 10.

THERON (J.), note. sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *FSPBRI*, *GP*, 22 septembre 2015, n° 265, p. 19.

THULLIER (B.), note. sous Cass. com., 13 février 2007, Bull. civ. IV, n° 38, *JCP G* 2007, II, 10114.

TOURNAFOND (O.), obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03- 21.136, Bull. civ. III, n° 103, *RDI* 2006. 307.

TREBULLE (F-G.) :

-obs. sous CE. 29 septembre., 2003, req. n° 240938, Leblay, Lebon, *RDI* 2004. 427.

-obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 2 avril 2008, n° 07-12.155, Bull. civ III, n° 63 ; *D.* 2008, p. 2472.

VALLANSAN (J.) :

-obs. sous Cass. com., 17 septembre 2002, n° 99-16.507, Bull. civ. IV, n° 125, p. 134, *Act. proc. coll.* 2002, n° 221.

-obs. sous Cass. com., 24 mars 2004, *Act. pr. coll.* 2004, n° 110.

-obs. sous Cass. com., 27 février 2007, Bull. civ. IV, n° 65, *Act. proc. coll.* 2007, n° 71.

-« Plan d'apurement et plan de redressement. A propos d'un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 25 juin 2008 », *JCP* 2008, n° 2435, p. 29 ; *Act. proc. coll.* 2008, n° 16, p. 7, n° 258.

-note. sous Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-18.044, NP, *Act. proc. coll.* 2009/8, n° 121.

-obs. sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, Bull. civ, IV, n° 55, *Act. proc. coll.* 2010, n° 122.

-obs. sous Cass. com., 12 janvier 2016, n° 14-11943, *Act. proc. coll.* 2016, comm. 20.

VALLENS (J-L.) :

-obs. sous CA. Colmar., 12 septembre 1990, *RJ com.* 1990. n° 1302, p. 400.

-obs. sous Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, Bull. civ, IV, n° 78, *RTD com.* 2010, p. 794.

VERON (M.) :

-obs. sous Cass. crim., 14 novembre 2000, *JCP G* 2001, I, 346.

-obs. sous Cass. crim., 22 septembre 2004, *Droit pénal* 2004, n° 179.

-obs. sous Cass. crim., 1^{er} décembre 2010, *Droit pénal* 2011, n° 29.

-obs. sous Cass. crim., 16 novembre 2011, *Droit pénal* 2012, n° 1.

-obs. sous Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031, *Droit pénal* 2013, n° 158.

VIALA (F.), note. sous Cass. civ., 1^{ère}, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, JurisData n° 2000-006729, Bull. civ. 2000, I, n° 283, *JCP G* 2001, II, 10452.

VINEY (G.), obs. sous Cass. civ., 3^{ème}, 27 mars 2013, n° 12-13.734, Bull. civ. III, n° 40, *RDC* 2013. 903.

VOINOT (D.) :

-note. sous TGI. Béthune., 13 mai 1998, *Act. proc. coll.* 1999, n° 95.

-note. sous Cass. com., 17 septembre 2002, n° 99-16.507, Bull. civ. IV, n° 125, p. 134, *JCP E* 2003. 230.

-obs. sous Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-00.943, *D.* 2004, p. 629.

-note. sous Cass. com., 19 février 2008, n° 06-18.446, *GP* 27/28 avril 2008, p. 22.

-obs. sous Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, Bull. civ, IV, n° 78, *GP*, 2-3 juillet 2010, p. 27.

ZENATI-CASTAING (F.) :

-obs. sous Cass. civ., 1^{ère}, 4 janvier 1995, Bull. civ, I, n° 4 ; *RTD civ.* 1996. 932.

-obs. sous Cass. com., 21 novembre 1995, *RTD civ.* avril-juin 1997, p. 454.

-obs. sous Cons. const., déc. n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *RTD civ.* 1999, p. 132.

ZOLLINGER (A.), sous CE. 31 mars 2014., *JCP G* 2014. 665.

XIII. JURISPRUDENCE

EUROPENNE :

➤ Cour européenne des Droits de l'Homme

- CEDH. Marckx, 13 juin 1979, n° 63, cité par J. DUFFAR, « La protection des droits économiques par la CEDH », *GP* 1995, doct. 1105.
- CEDH. 9 décembre 1994., *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, *D.* 1996, p. 329, note. D. FIORINA (créances d'origine contractuelle).
- CEDH. 23 février 1995., *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, *GACEDH*, n° 64, p. 692-695, *RDC* 2005, p. 467, obs. A. DEBET.
- CEDH. 29 novembre 1995., *Pressos Compania Naviera SA et autres c. Belgique*, série A, n° 332.
- CEDH. 16 septembre 1996., *Matos e Silva c/ Portugal*, req. n° 15777/89, § 75.
- CEDH. 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, *JCP G* 1999. II. 10172, note. J. DE. MALAFOSSE ; *JCP G* 1999, I. 175, n° 3, obs. H. PERINET-MARQUET ; *JCP G* 2000. I. 203, n° 28 et 32, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000. 360, obs. T. REVET, 913.
- CEDH. 4 juin 2002., *Vessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, *JCP G* 2002. I. 157, n° 22, obs. F. SUDRE.
- CEDH. 29 mars 2010., gde ch. *Brosse-Triboulet c. France*, *JCP G* 2010. 1162, n° 6, obs. H. PERINET-MARQUET.
- CEDH. 18 novembre 2010., *Cts Richet et Le Ber c/France*, *D* 2011. 2302, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; *RTD civ* 2011. 150, obs. T. REVET.
- CEDH. 26 avril 2011., *D* 2011. 2303, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; *RDI* 2011. 387, obs. crit. R. HOSTIOU.
- CEDH. 5^{ème} sect., 22 septembre 2011, req. n° 60983/ 09, *Tetu c/ France*, *GP*, 21 janvier 2012, n° 20, p. 6, note. J-F. RENUCCI ; *RPC* 2012, études 3, p. 16, note. B. SAINTOURENS et Ph. DUPRAT ; *Act. proc. coll.* 2011/ 19, comm. 286, note. N. FRICERO ; *Rev. sociétés* 2011. 728, note. Ph. ROUSSEL GALLE ; *LPA*, 3 janvier 2012, n° 2, p. 11, note. L-C. HENRY.

➤ Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE 13 juillet 1962 *Mannesmann AG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*. - Affaire 19/61.
- CJCE 20 mars 1985 *République italienne contre Commission des Communautés européennes*. - Affaire 41/83.
- CJCE 23 avril 1991 *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*. - Affaire C-41/90.
- CJCE, 22 octobre 1991, *Georg von Detzen* ; *Rec. CJCE*, 2603.

➤ Commission européenne

- Décision de la Commission du 18 juin 1969 relative à une demande d'attestation négative (affaire IV/22548 - Christiani & Nielsen).

FRANCAISE :

Juridictions civiles :

➤ **Cour de cassation (1^{ère} chambre civile)**

- Cass. civ., 1^{ère}, 14 décembre 1982, *D.* 1983. 413, note. L. AYNES.
- Cass. civ., 1^{ère}, 9 octobre 1985, n° 84- 13.306, *Bull. civ. I*, n° 252.
- Cass. civ., 1^{ère}, 9 décembre 1986, n° 85-15.160, *Bull. civ. I*, n° 291 ; *JCP* 1987, IV, 60.
- Cass. civ., 1^{ère}, 21 décembre 1987, *LPA* 1988, n° 28, p. 13, obs. C-H. GALLET.
- Cass. civ., 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 4 ; *D.* 1995, *Somm.* 328, obs. M. GRIMALDI ; *JCP* 1996, I, 3921, n° 1, obs. H. PERINET-MARQUET ; *RTD civ.* 1996. 932, obs. F. ZENATI-CASTAING.
- Cass. civ., 1^{ère}, 16 juillet 1997, n° 95-11.837 ; *BJS* 1997. 992, obs. J.- J. DAIGRE, *Rev. sociétés* 1998. 71, note. R. BAILLOD.
- Cass. civ., 1^{ère}, 6 janvier 1998, *RJDA* 4/98, p. 330, n° 459.
- Cass. civ., 1^{ère}, 20 juin 2000., *Bull. civ. I*, n° 191 ; *D.* 2000. 699, M-L. NIBOYET ; *RTD civ.* 2000. 670, obs. N. MOLFESSION.
- Cass. civ., 1^{ère}, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, *JurisData* n° 2000-006729, *Bull. civ.* 2000, I, n° 283 ; *D.* 2001, p. 2400, Y. AUGUET ; *JCP G* 2001, II, 10452, note. F. VIALA.
- Cass. civ., 1^{ère}, 20 mars 2001, n° 99-14.982, *Bull. civ. I*, n° 76 ; *D.* 2001. 3110, note. L. AYNES ; *JCP* 2002, II, 10124, note. I. GOAZIOU.
- Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 2003, *RTD civ.* 2003. 734, note. Th. REVET.
- Cass. civ., 1^{ère}, 4 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 222.
- Cass. civ., 1^{ère}, 4 janvier 2005, *D.* 2005. 1393.
- Cass. civ., 1^{ère}, 23 mai 2006, *RTD civ.* 2007. 119.
- Cass. civ., 1^{ère}, 16 janvier 2007, n° 06-13983.
- Cass. civ., 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11. 093, *Defrénois* 2009. 1289, obs. R. LIBCHABER ; *JCP* 2009, n° 27, *comm.* 73, p. 17, note. J-J. ANSAULT ; *D.* 2009. 2400, obs. L. ANDREU ; *RTD civ.* 2009. 531, obs. B. FAGES ; *RDC* 2009/4. 1363, obs. D. MAZEAUD.
- Cass. civ., 1^{ère}, 17 octobre 2012, *D.* 2013. 44.
- Cass. civ., 1^{ère}, 11 octobre 2017, n° 16-24.533.
- Cass. civ., 1^{ère}, 31 janvier 2018, n° 16-28.508, *JCP G* 2018. 387, obs. G. LEROY et N. REBOUL-MAUPIN.

➤ **Cour de cassation (2^{ème} chambre civile)**

- Cass. civ., 2^{ème}, 3 mai 2007, *LPA*, 9 janvier 2008, p. 10, note. P. BERLIOZ.
- Cass. civ., 2^{ème}, 16 septembre 2010, *JCP E* 2011. 1030, § 11, obs. Ph. PETEL.

➤ **Cour de cassation (3^{ème} chambre civile)**

- Cass. civ., 3^{ème}, 6 mai 1980, n° 78-16.390, *Bull. civ. III*, n° 91. 5.
- Cass. civ., 3^{ème}, 4 janvier 1995, *Bull. civ. III*, n° 8.

- Cass. civ., 3^{ème}, 2 juillet 2003, n° 99-21.270, LXB n N8632AAX, note P-M. LE CORRE.
- Cass. civ., 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136, Bull. civ. III, n° 103 ; *D.* 2005. 1504 ; *RDI* 2005. 299, obs. P. MALINVAUD ; *RDI* 2006. 307, obs. O. TOURNAFOND ; *RTD civ.* 2005. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Cass. civ., 3^{ème}, 2 avril 2008, n° 07-12.155, Bull. civ III, n° 63 ; *D.* 2008, p. 2472, obs. F-G. TREBULLE.
- Cass. civ., 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° 09-68.521.
- Cass. civ., 3^{ème}, 27 mars 2013, n° 12-13.734, Bull. civ. III, n° 40 ; *D.* 2013. 910 ; *AJDI* 2014. 203, obs. G. MAIRE ; *RTD civ.* 2013. 603, obs. H. BARBIER ; *RDC* 2013. 890, obs. T. GENICON ; *RDC* 2013. 903, obs. G. VINEY ; *RDC* 2013. 974, obs. J-B. SEUBE.
- Cass. civ., 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16.217 ; *RDC* 2014. 22, obs. Y-M. LAITHIER ; *JCP* 2013. 974, n° 11, obs. P. GROSSER.
- Cass. civ., 3^{ème}, 21 janvier 2016, *JCP* 2016, 345, n° 6.

➤ **Cour de cassation (chambre commerciale)**

- Cass. com., 25 juillet 1949, *JCP* 1950, II, 5798, note. D. BASTIAN.
- Cass. com., 10 novembre 1954, Bull. civ. III, n° 254.
- Cass. com., 13 juillet 1966, *JCP* 1967 III, n° 15131 note. P. DURAND.
- Cass. com., 3 février 1970, *D.* 1970, 626, Bull. civ IV, n° 42.
- Cass. com., 20 novembre 1973, Bull. civ. IV, n° 335.
- Cass. com., 28 juin 1976, *Revue des sociétés* 1977, p. 237, note. J. HEMARD.
- Cass. com., 14 février 1978, Bull. civ. IV, n° 66, *D.* 1978, IR 443, note. A. HONORAT.
- Cass. com., 19 mai 1982, Bull. civ. IV, n° 191.
- Cass. com., 14 décembre 1982, *D.* 1983. 416, note. L. AYNES.
- Cass. com., 29 mai 1984, n° 83-11.516, Bull. civ. IV, n° 181 ; *D.* 1985. IR 1, 6^{ème} espèce, obs. F. DERRIDA ; *RTD com.* 1985. 566, obs. J. HEMARD et B. BOULOC.
- Cass. com., 3 décembre 1985, Bull. civ. IV, n° 286, p. 244.
- Cass. com., 8 décembre 1987, *D.* 1988, p 52 et *LPA* 1988, n° 3, p. 9, note. F. DERRIDA ; *RD bancaire et fin.* 1988, p. 69, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *JCP G* 1988, II, 20927, note. M. JEANTIN ; *RPC* 1988, n° 1, p. 45, obs. B. DUREUIL.
- Cass. com., 16 février 1988, Bull. civ. IV, n° 72.
- Cass. com., 31 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 180.
- Cass. com., 8 novembre 1988, *D.* 1989, 36, obs. H. HONORAT.
- Cass. com., 17 mai 1989, n° 87-17.930, Bull. civ. IV, n° 152, *JCP* 1990, II, 21464, note. M. BEAUBRUN.
- Cass. com., 20 juin 1989, n° 87-19.594 et 88-10.195.
- Cass. com., 20 juin 1989, *D.* 1989, 431, note. F. PEROCHON.
- Cass. com., 28 novembre 1989, n° 88-17.237, NP, *RPC.* 1990, p. 138, n° 2, obs. J-M. CALENDINI.
- Cass. com., 10 juillet 1990, *JCP E* 1990, II, 140, note. M. CABRILLAC ; *D.* 1990. 468, note. F. DERRIDA.
- Cass. com., 16 octobre 1990, n° 89-12.930, Bull. civ. IV, n° 240 ; *RTD com.* 1991. 462, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 1992, II, 300, note. P-M. LE CORRE.
- Cass. com., 19 mars 1991, *JCP E* 1991, II, 174, note. D. LEGEAIS ; *JCP E* 1991, I, 73, § 23, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *D.* 1991. 542, note. G. DUBOC ; *D.* 1992. Somm. 257 et 1993. Somm. 11, obs. F. DERRIDA.
- Cass. com., 9 avril 1991, *JCP E* 1991, p. 73, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.
- Cass. com., 16 avril 1991, Bull. civ. IV, n° 144.

-Cass. com., 27 novembre 1991, *D.* 1992, 81, note. F. DERRIDA ; *JCP E* 1992, I, 136, n° 3, obs. Ph. PETEL.

-Cass. com., 7 janvier 1992, *JCP* 1992, IV, 692 et *JCP* 1992, I, 3591, n° 17, obs. C. JAMIN.

-Cass. com., 21 janvier 1992, *JCP E* 1992, I, 136, obs. Ph. PETEL.

-Cass. com., 4 février 1992, *JCP E* 1992, I, 192, n° 3, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *D.* 1993, somm. p. 5, obs. F. DERRIDA.

-Cass. com., 3 mars 1992, *D.* 1992. IR. 104.

-Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-13.942, *Bull. civ. IV*, n° 138.

-Cass. com., 9 juin 1992, *RJDA* 1992, n° 950.

-Cass. com., 20 octobre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 316, *Droit des sociétés*, 1994, n° 93, obs. Y. CHAPUT.

-Cass. com., 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 343.

-Cass. com., 2 mars 1993, *D.* 1993, 572, note. Ph. DEVESA.

-Cass. com., 30 mars 1993, *D.* 1993, 384, note. P. LE CANNU.

-Cass. com., 5 octobre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 313 ; *RTD com.* 1994. 343, obs. B. BOULOC.

-Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-18.505, *Bull. civ. IV*, n° 331 ; *LPA*, 10 novembre 1993, n° 135, p. 10, note. B. SOINNE ; *LPA*, 10 juillet 1994, n° 86, p. 27, note. G. COUTURIER ; *RPC.* 1993. 496, obs. B. SOINNE ; *JCP E* 1994. 348, n° 6, obs. Ph. PETEL.

-Cass. com., 26 octobre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 362, *RTD com.* 1994. 37, obs. J. DERRUPPE.

-Cass. com., 30 novembre 1993 ; *RPC* 1996. 401, obs. A. MARTIN-SERF ; *BJS* 1994. 410. obs. Ph. PETEL.

-Cass. com., 8 février 1994, *Bull. civ. IV*, n° 56 ; *D.* 1995, Somm. p. 91, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 1994, p. 908, obs. M. BANDRAC ; *RTD com.* 2004, p. 547, obs. B. BOULOC.

-Cass. com., 12 juillet 1994, n° 90-15.070, *RPC.* 1995. 299. obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

-Cass. com., 3 janvier 1995, *JCP E* 1995, I, 455, § 4, obs. Ph. PETEL ; *RJ com.* 1995, 198, rapp. J-P. REMERY.

-Cass. com., 17 janvier 1995, n° 92-16.940, *Bull. civ. IV*, n° 16 ; *D.* 1995. Somm. 216, obs. A. HONORAT.

-Cass. com., 28 février 1995, *D.* 1995, 390, note F. DERRIDA ; *JCP E* 1995, I, 487, § 15, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.

-Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-12.810.

-Cass. com., 21 novembre 1995, n° 93-20.531.

-Cass. com., 21 novembre 1995, *JCP E* 1996, I, 554, § 20, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 1996. 211, note. C. REGNAUT MOUTIER ; *D.* 1996. Somm. 214, obs. F. PEROCHON ; *RTD civ.* avril-juin 1997, p. 454, obs. F. ZENATI.

-Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241 ; *RTD com.* 1999. 273, obs. H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly* 1996. 485, note. A. COURET ; *JCP E* 1996, II, 838, note. D. SCHMIDT et N. DION ; *JCP* 1996, II, 22665, note. J. GHESTIN ; *D.* 1996. 518, note. Ph. MALAURIE.

-Cass. com., 2 avril 1996, n° 90-13.942, *RPC.* 1997. 68, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

-Cass. com., 9 juillet 1996, n° 94-11.856, *Bull. civ. IV*, n° 209.

-Cass. com. 22 octobre 1996, *JCP E* 1997. 651, § 4, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 1997, Somm. 3, obs. F. DERRIDA.

-Cass. com., 22 octobre 1996, n° 94-17.768.

-Cass. com., 17 décembre 1996, *D.* 1997, p. 387, note. M-H. MONSERIE-BON.

-Cass. com., 11 février 1997, n° 94-21.784.

-Cass. com., 4 mars 1997, *JCP E* 1997, I, 681, n° 17, obs. M. CABRILLAC.

-Cass. com., 29 avril 1997, n° 95-10.362, *D.* 1998, Somm. 338, note. D. FERRIER.

-Cass. com., 6 mai 1997, *D.* 1997, 588, note. M. BILLIAU et C. JAMIN ; *JCP E* 1997, II, 1027, note. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1997, art. 36633, note. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1997. 936, obs. J. MESTRE.

- Cass. com., 17 février 1998, *JCP E* 1998, 1361, note. Ph-H. BRAULT.
- Cass. com., 17 février 1998, *JCP E* 1998, 1357, n° 3, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL
- Cass. com., 24 février 1998, *Bull. Joly* 1998, 813, note. B. PETIT.
- Cass. com., 7 juillet 1998, *Bull. IV*, n° 221, p. 183.
- Cass. com., 13 octobre 1998, *JCP E* 1998, 2069, n° 5, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *JCP E*, 1999, n° 1060, note. P. ROSSI ; *D. Affaires* 1998, p. 816, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 1999, p. 979, obs. A. MARTIN-SERF.
- Cass. com., 8 décembre 1998, n° 96-17.793, *Bull. civ. IV*, n° 294.
- Cass. com., 8 décembre 1998, n° 96-16.339.
- Cass. com., 26 janvier 1999, n° 96-22457, *D. Affaires* 2000, 87, note. Y. SERRA.
- Cass. com., 8 juin 1999, *JCP E* 1990, p. 1370, n° 36 ; *JCP E* 2000, p. 31, obs. M. CABRILLAC.
- Cass. com., 6 juillet 1999, n° 97-12.208, *RJDA* 10/1999, n° 1099.
- Cass. com., 12 octobre 1999, n° 96-22.901, *RJDA* 12/1999, n° 1360 ; *RTD com.* 2000, 451, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
- Cass. com., 27 octobre 1999, n° 95-19.728, *RJDA* 1999, n° 577.
- Cass. com., 7 décembre 1999, *RJDA* 2000, n° 458.
- Cass. com., 1^{er} février 2000, n° 97-15.263, *D.* 2000, act. jurispr. p. 144, obs. A. LIENHARD.
- Cass. com., 28 mars 2000, *Bulletin Joly* 2000, n° 134, note. J-J. DAIGRE.
- Cass. com., 14 novembre 2000, *RPC* 2002, 210, n° 6, obs. Ph. NEAU-LEDUC.
- Cass. com., 12 juin 2001, *RJDA* 2001, n° 971.
- Cass. com., 5 février 2002, *Bull. civ. IV*, n° 27 ; *D.* 2002, AJ, 805, obs. A. LIENHARD ; *JCP E*, 2002, 807, n° 15, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *APC* 2002-8, p. 1 et n° 100, obs. S. PIEDELIEVRE.
- Cass. com., 11 juin 2002, *JCP E* 2003, 231, n° 13, obs. M. CABRILLAC.
- Cass. com., 17 septembre 2002, n° 99-16.507, *Bull. civ. IV*, n° 125, p. 134, *D.* 2002 ; AJ 2735, obs. A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2002, n° 221, obs. J. VALLANSAN ; *JCP E* 2003, 230, note. D. VOINOT ; *JCP E* 2003, 231, n° 15, obs. M. CABRILLAC ; *RPC* 2003, 147, n° 7, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
- Cass. com., 17 septembre 2002, *RJDA* 2002, n° 1307.
- Cass. com., 15 octobre 2002, n° 00-15.241, *RPC* 2/2003, 148, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
- Cass. com., 21 janvier 2003, *JCP E* 2003, 760, n° 15, obs. M. CABRILLAC.
- Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-01.137, *D.* 2003, AJ 3049, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2004, 801, note. A. LUCAS et F-X. LUCAS ; *JCP E* 2004, n° 22, p. 860, obs. M. CABRILLAC ; *APC* 2004, n° 20, obs. C. ALLEAUME ; *LPA*, 19 février 2004, p. 9, note. H. LECUYER ; *RTD com.* 2004, 599, obs. A. MARTIN-SERF ; *RPC* 2004, 379, obs. M-H. MONSERIE-BON.
- Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-00.943, *D.* 2004, p. 629, obs. D. VOINOT.
- Cass. com., 24 mars 2004, *D.* 2004, act. jur. p. 1022, obs. A. LIENHARD ; *Act. pr. coll.* 2004, n° 110, obs. J. VALLANSAN.
- Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201, *JCP E* 2004, 1292, p. 1387, n° 11, obs. M. CABRILLAC.
- Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *BJS*, août 2004, 1114, note. D. SCHMIDT.
- Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-11.472, *D.* 2005, Pan. 150, obs. D. FERRIER ; *cah. dr. entr.* 2004, n° 6, p. 11, obs. D. MAINGUY ; *RLC* 2005, n° 1, p. 51, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.
- Cass. com., 7 décembre 2004, *D.* 2005, p. 230, obs. Ch. LARROUMET.
- Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10094, *BJS*, juin 2005, n° 155, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
- Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-10.062.
- Cass. com., 7 juin 2005, n° 04-13.262.
- Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-12.087, *D.* 2005, 1850, obs. A. LIENARD ; *GP*, 4 novembre 2005, p. 59, obs. T. MONTERAN ; *RPC* 2005, 385, obs. A. MARTIN-SERF.
- Cass. com., 12 juillet 2005, n° 03-14.045.
- Cass. com., 15 novembre 2005, *RJDA* 2006, n° 313.

- Cass. com., 27 juin 2006, *Revue des sociétés* 2006. 900, note. D. PORACCHIA ; *D.* 2007. pan. 1696, obs. A. BALLOT-LENA.
- Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103.
- Cass. com., 13 février 2007, Bull. civ. IV, n° 38, *D.* 2007. 648, note. A. LIENHARD ; *JCP G* 2007, II, 10114, note. B. THULLIER (à propos d'un pacte de préférence).
- Cass. com., 27 février 2007, Bull. civ. IV, n° 65 ; *D.* 2007. AJ 872, obs. A. LIENHARD ; *JCP E.* 2007. 1833, note Ph. ROUSSEL-GALLE ; *ibid.* 2119, n° 1, obs. Ph. PETEL ; *GP*, 13-14 avril 2007, p. 21, obs. C. LEBEL ; *RD banc. fin.* 2007, n° 71, obs. F.-X. LUCAS ; *Act. proc. coll.* 2007, n° 71, obs. J. VALLANSAN ; *RPC.* 2007. 221, obs. B. SAINTOURENS ; *Defrénois.* 2007. 1557, obs. D. GIBIRILA ; V° aussi C. DELATTRE, *RPC* 2007. 109.
- Cass. com., 27 février 2007, n° 06-11.500, *GP*, 20 juillet 2007, p. 37, obs. L-C. HENRY.
- Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-11.680, *D.* 2007. AJ 2107, obs. A. LIENHARD ; *APC* 2007, n° 163, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *GP*, 26-27 octobre 2007, p. 38, obs. F. REILLE ; *JCP E* 2007. 2474, note. J-P. LEGROS ; *JCP E* 2008. 1207, n° 12, obs. Ph. PETEL ; *BJS* 2008. 46, note. F.-X. LUCAS ; *RPC* 2008. 76, obs. Ph. ROUSSEL GALLE.
- Cass. com., 18 septembre 2007, n° 06-13.824, Bull. civ. IV, n° 200.
- Cass. com., 13 novembre 2007, *GP*, 2008-1, p. 68, note. T. MONTERAN.
- Cass. com., 19 février 2008, n° 06-18.446 ; *RJDA* 5/08, n° 555, p. 551 ; *GP* 27/28 avril 2008, p. 22, note D. VOINOT ; *RTD com.*, octobre 2008, n° 2, p. 852, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
- Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510 : JurisData n° 2008-043251, *RD rural*, décembre 2008, n° 368, comm. 242 ; *D.* 2008, act. jurisp. p. 982, obs. A. LIENHARD.
- Cass. com., 28 avril 2008, *RTD com.* 1999. 187, obs. A. LAUDE.
- Cass. com., 24 juin 2008, *Droit des sociétés* 2009, comm. 14, obs. J-P. LEGROS.
- Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-18.044, NP, *GP*, 2009/2, p. 14, n° 2, note C. LEBEL ; *Act. proc. coll.* 2009/8, n° 121, note J. VALLANSAN.
- Cass. com., 13 janvier 2009, n° 07-21704, *Bull. Joly* 2009. 452, n° 87, V. ALLEGEART.
- Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-12. 212.
- Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, Bull. civ. IV, n° 55, *D.* 2010, chron. p. 112, obs. M. BELAVAL, p. 1828 ; *Act. proc. coll.* 2010, n° 122, obs. J. VALLANSAN ; *LEDEN*, mai 2010, p. 1, obs. F-X. LUCAS ; *GP*, 2-3 juillet 2010, p. 13, obs. L. ANTONINI-COCHIN ; *RPC.* 2010, n° 248, obs. G. BERTHELOT.
- Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-19.074, Bull. civ. IV, n° 78, *D.* 2010, p. 1072 ; *D.* 2011, p. 1509, obs. A. LEBORGNE ; *RTD com.* 2010, p. 794, obs. J-L. VALLENS ; *JCP E* 2010, 1534, note. Ch. LEBEL ; *Actualité proc. coll.* 2010, n° 137, obs. L. FIN-LANGER ; *LEDEN*, juin 2010, obs. P. RUBELLIN ; *RPC.* 2012, n° 33, obs. P. CANET ; *GP*, 2-3 juillet 2010, p. 27, obs. D. VOINOT ; *Procédures* 2010, n° 236, obs. B. ROLLAND.
- Cass. com., 5 octobre 2010, *D.* 2010. 2081, obs. P-M. LE CORRE ; *RTD. com.* 2011, p. 173, obs. A. MARTIN-SERF.
- Cass. com., 30 novembre 2010, n° 09-71.954, *RPC* 2011, comm. 122, obs. J-Ph. RUFFIE.
- Cass. com., 15 février 2011, *JCP E.* 2011, 1280, note. C. LEBEL.
- Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-40.073, Bull. civ. IV, n° 44 ; *D.* 2011. 815, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2011. 642, obs. A. MARTIN-SERF ; *BJE* 2011. 194, note M. LAROCHE.
- Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-17.011, inédit.
- Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-15.518, *RJDA* 2011, n° 945, p. 894.
- Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975.
- Cass. com., 15 juin 2011, *D.* 2011. 1677, obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2011. 1596, § 12, obs. Ph. PETEL.
- Cass. com., 27 septembre 2011, n° 10-21.277, *D.* 2011, p. 2398, obs. A. LIENHARD.
- Cass. com., 11 octobre 2011, n° 10-20.423.
- Cass. com., 15 novembre 2011, n° 10-15.049, Bull. civ. IV, n° 188, *RJDA* 2/12, n° 164 .

- Cass. com., 21 février 2012, n° B 11-12235.
- Cass. com., QPC, 18 décembre 2012, *Dr. sociétés* 2013, comm. 54, obs. J-P. LEGROS.
- Cass. com., 5 février 2013, n° 11-28.194, JurisData n° 2013-001604, *RPC*. 2013, comm. 119, B. SAINTOURENS.
- Cass. com., 19 février 2013, n° 12-23.146, *D.* 2013. 1600, note. M. BUCHBERGER ; *Rev. sociétés* 2013. 629, note. I. PARLEANI ; *JCP E* 2013. 1216, n° 8, obs. Ph. PETEL ; *JCP E* 1277, note. J-P. LEGROS ; *BJE* 2013. 138, note. M-H. MONSERIE-BON ; *BJS* 2013. 417, note. B. DONDERO ; *JCP E* 2015. 1607, n° 13, obs. D. HIEZ.
- Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.407.
- Cass. com., 23 avril 2013, *D.* 2013, p. 1130, obs. A. LIENHARD.
- Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-14.906 : JurisData n° 2013-007930 ; Bull. civ. IV, n° 72 ; *RPC*. 2015, comm. 109, note. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *D.* 2013, p. 1128, A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2013, alerte 118, obs. L. FIN LANGER ; *BJE*, juillet 2013, p. 240, note. S. BENILSI, *LEDEN* septembre 2013, p. 3, obs. P. RUBELLIN ; *GP*, 12 juillet 2013, p. 15, note. L-C. HENRY, à propos d'une créance de remboursement d'un crédit immobilier dont l'offre a été acceptée.
- Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-18.420, *Rev. sociétés*, septembre 2013, p. 524, obs. L-C. HENRY, *D.* 2013, p. 2363, F-X. LUCAS et P-M. LE CORRE ; *Dict. perm.* juillet 2013, p. 4, note. L-C. HENRY.
- Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-23.888.
- Cass. com., 17 septembre 2013, n° 12-21.686 : JurisData n° 2013-019856 ; *RPC* mai 2014, comm. 83, note. A. MARTIN-SERF.
- Cass. com., 5 novembre 2013, n° 12-25765, *JCP E* 2014. 1020, § 10, obs. Ph. PETEL.
- Cass. com., 10 décembre 2013, n° 12-23.115.
- Cass. com., 17 décembre 2013, n° 12-28.158, *APC* 2014-2, n° 26, note. P. CAGNOLI ; *JCP E* 2014, 1173, n° 9, obs. Ph. PETEL ; *GP*, 1^{er} juillet 2014, p. 24, note. D. BOUSTANI.
- Cass. com., 14 janvier 2014, n° 12-22.909, *Act. proc. coll.* 2014, n° 4, comm. 43, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE.
- Cass. com., 4 mars 2014, n° 13-14.410, NP, *BJE*, juillet 2014, p. 249, R. BONHOMME.
- Cass. com., 29 avril 2014, n° 13-11.798.
- Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-13.643, *D.* 2014, 1326.
- Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-21.703 et 13-21.712 : JurisData n° 2014-026460 ; *GP* 2015, 1, jurispr. p. 418, p. 23, obs. C. LEBEL.
- Cass. com., 10 février 2015, n° 13-24.659, *JCP E* 2015, n° 1204, p. 25, chron. Ph. PETEL.
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-25.237.
- Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-11.381 ; JurisData n° 2015-010231.
- Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, FSPBRI, *act. proc. coll.* 2015-12, n° 184, repère F-X. LUCAS ; *D.* 2015, act. 1205, obs. A. LIENHARD ; *DPDE* juillet 2015, bull. 372, p. 13, note. L-C. HENRY ; *JCP E* 2015, 1422, n° 7, obs. Ph. PETEL ; *BJE*, septembre 2015, p. 269, éditorial P-M. LE CORRE ; *GP*, 22 septembre 2015, n° 265, p. 19, note. J. THERON.
- Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-29.360, *LEDEN*, septembre 2015, n° 119, obs. T. FAVARIO ; *Rev. soc.* septembre 2015, p. 543, obs. L-C. HENRY.
- Cass. com., 1^{er} décembre 2015, n° 14-20.668 , P IV, n° 165 ; *D.* 2015. Actu. 2558, obs. A. LIENHARD.
- Cass. com., 12 janvier 2016, n° 14-11943, *JCP E* 2016. 1198, § 8, obs. Ph. PETEL ; *Act. proc. coll.* 2016, comm. 20, obs. J. VALLANSAN.
- Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-29.483, *Bull. Joly*, octobre 2016, 616, note. S. MESSAI-BAHRI.
- Cass. com., 11 octobre 2016, n° 14-29.360.
- Cass. com., 8 février 2017, n° 15-17.904, *Revue des sociétés* 2017. 290, obs. P. PISONI.
- Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-25.046.

- Cass. com., 20 septembre 2017, n° 14-17.225, *D.* 2017, p. 1830, obs. A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2017, repère 267, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *LEDEN*, novembre 2017, p. 5, obs. P. RUBELLIN ; *JCP G* 2017, 1688, n° 10, obs. A. THERANI.
- Cass. com., 25 octobre 2017, n° 16-22.083, *JCP E* 2017, 1688, comm. Ph. PETEL ; *Act. proc. coll.* 2017-20, repère 297, comm. M. LAROCHE.
- Cass. com., 19 décembre 2017, n° 17-40.057, *RTD com.* 2018. 475, obs. A. MARTIN-SERF.
- Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-24.065, *P, D.* 2018. Actu. 1005.
- Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-10.645, *BJE*, juillet 2019, 117b4, p. 33, obs. G. JAZOTTES.
- Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-11.247, *D.* 2019. 1903, obs. F-X. LUCAS ; *RTD com.* 2019. 490, obs. A. MARTIN-SERF ; *APC* 2019, n° 114, obs. L. FIN-LANGER ; *BJE* 2019, n° 4, p. 38, note. M. LAROCHE ; *JCP E* 2019, 1375, n° 17, obs. Ph. PETEL.

➤ Cour de cassation (chambre criminelle)

- Cass. crim., 3 décembre 1904, *DP* 1905, I, 290.
- Cass. crim., 3 août 1912, *Bull. crim*, n° 450, *DP* 1913. 1. 439 ; S.1913, I, 337, note J-A. ROUX.
- Cass. crim., 8 janvier 1979, *D.* 1979. 509, note. P. CORLAY et *IR* 182, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE.
- Cass. crim., 9 mars 1987, *JCP G*.1988, II, 20913 note. J. DEVEZE.
- Cass. crim., 12 janvier 1989, *Bourquin*, *Bull. crim*, n° 14 ; *RSC* 1990. 346 et 507, obs. P. BOUZAT et M-P. LUCAS DE LEYSSAC.
- Cass. crim., 24 octobre 1990, *Antoniolli*, *Bull. crim*, n° 355 ; *RSC* 1991. 575, obs. P. BOUZAT.
- Cass. crim., 14 novembre 2000, *D.* 2001, p. 1423 B. DE. LAMY ; *JCP G* 2001, I, 346, obs. M. VERON.
- Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim*, n° 126 ; *D.* 2004. 2748, note. B. DE LAMY.
- Cass. crim., 22 septembre 2004, *Droit pénal* 2004, n° 179, obs. M. VERON ; *JCP G* 2005, II, 10034 note. A. MENDOZA-CAMINADE.
- Cass. crim., 4 mars 2008, *D.* 2008, 2213, note. S. DETRAZ.
- Cass. crim., 1^{er} décembre 2010, *Droit pénal* 2011, n° 29 obs. M. VERON.
- Cass. crim., 16 mai 2011, *Droit pénal* 2012. 1 ; *JCP G* 2012. 538, note S. DETRAZ ; *D.* 2012. 137, note. G. BEAUSSONIE.
- Cass. crim., 16 novembre 2011, *Droit pénal* 2012, n° 1 obs. M. VERON.
- Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031, *Droit pénal* 2013, n° 158, obs. M. VERON ; *D.* 2013. 1936, note. G. BEAUSSONIE.
- Cass. crim., 16 octobre 2013, *AJ pénal*, janvier 2014, n° 33, obs. J. GALLOIS.
- Cass. crim., 16 décembre 2015, *Droit pénal* 2016. 40, comm. Ph. CONTE ; *D.* 2016. 587, note. L. SAENKO ; *RTD com.* 2016. 345, note. B. BOULOC.
- Cass. com., 7 mars 2017, n° 16-22.000.
- Cass. crim., 22 mars 2017, n° 15-85.929, *Dalloz actualité*, 21 avril 2017, obs. C. FONTEIX.

➤ Cour de cassation (chambre sociale)

- Cass. soc., 5 novembre 1987, *Bull. civ.* V, n° 619, p. 393.
- Cass. soc., 30 juin 1988, LEXILASER.
- Cass. soc., 21 novembre 1989, *JCP E* 1990. II. 15832, note Ph. PETEL.
- Cass. soc., 31 mai 1990, LEXILASER.
- Cass. soc., 13 mars 1997, n° 95-18.358, *Bull. civ.* IV, n° 109, *RPC* 1997, 235, obs. F. TAQUET.
- Cass. soc., 16 juin 2010, *GP*, 15-16 octobre 2010, p. 27, obs. L-C. HENRY.

➤ **Cour de cassation (chambre mixte)**

-Cass. mixte., 22 novembre 2002, *JCP E* 2003. 398, note D. LEGEAIS.

➤ **Cour de cassation (chambre des requêtes)**

-Cass. req., 7 mars 1911, DP 1913. 1. 404.

-Cass. req., 15 décembre 1920, S. 1920. 1. 17, note. G. BOURCART.

-Cass. req., 23 octobre 1934, S, 1934, 1, p. 392.

-Cass. req., 15 février 1937, DP 1938, Jur. P. 13, note. CORDONNIER.

➤ **Cour d'appel**

Aix-en-Provence

CA. Aix-en-Provence., 10 novembre 1998, *RPC*. 2000, p. 49, obs. J-M. DELENEUVILLE.

Amiens

CA. Amiens., 11 mars 1999, *RPC*. 2000. 49, obs. J-M. DELENEUVILLE.

Besançon

CA. Besançon., 20 novembre 2001, *RJ com.* 2002. 127, note L. HAENNIG.

Bordeaux

CA. Bordeaux., 2^{ème} ch., civ., 25 juin 2008, *RTD com.* 2010, p. 185, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN / J. VALLANSAN, « Plan d'apurement et plan de redressement. A propos d'un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 25 juin 2008 », *JCP* 2008, n° 2435, p. 29 ; *Act. proc. coll.* 2008, n° 16, p. 7, n° 258.

Chambéry

CA. Chambéry., ch. civ., 8 février 1999, Banque de Savoie c/SEMA et autres, n° RG 97/01531.

CA. Chambéry., ch. civ., 1^{ère} sect., 9 octobre 2018, RG n° 16/02631.

Colmar

CA. Colmar., 25 mars 1987, *JCP E* 1988, II, 15114, n° 9, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT.

CA. Colmar., 13 juin 1990, *D.* 1991, p. 57, note D. FABIANI.

CA. Colmar., 12 septembre 1990, *RPC* 1991, 293, obs. B. SOINNE ; *RJ com.* 1990. n° 1302, p. 400, obs. J-L. VALLENS.

Douai

CA. Douai., 8 mars 1990, *JCP E*, 1990, II, 15 829, n° 9, obs. Ph. PETEL.

CA. Douai., 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 16 décembre 2004, n° 03/02333, *D.* 2003, p. 2571, obs. A. LIENHARD ; *RPC* 2004, p. 123, Doc., L. ALLAIN ; *Droit env.* 2004, p. 83, comm. Y. RAZAFINDRATANDRA ; *LPA* 2005, n° 20, p. 13, note. B. ROLLAND.

Grenoble

CA. Grenoble., 28 juin 2006, *RPC* 2007, p. 144, n° 4, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

CA. Grenoble., ch. com., 31 mai 2012, n° 11/02571 ; *RTD com.* 2013, n° 1, p. 140 ; note. A. MARTIN-SERF ; *D.* 2012, pan. p. 2196, note. F-X. LUCAS et P-M. LE CORRE ; *GP*, 8 avril 2012, n° 286-287, p. 24, note. L-C. HENRY.

Lyon

CA. Lyon., 17 mai 2019, n° 17/04149.

Orléans

CA. Orléans., 1^{ère} ch. civ., 19 février 1988, *RPC* 1998, 397, n° 21, obs. B. SOINNE.

CA. Orléans., 14 septembre 2000, *D.* 2001. 1017, note. Y. MAROT.

Paris

CA. Paris., 30 août 1853, DP 1854. 2. 111.

CA. Paris., 3 mars 1855, S. 1855. 2. 410 (Rachel dans le rôle de Médée, pourtant composé à son intention).

CA. Paris., 2 décembre 1897, DP 1898, 2, p. 465, note. PLANIOL ; S. 1900, 2, p. 101, note. WAHL.

CA. Paris., 12 décembre 1932, DH 1935. 89.

CA. Paris., 9 juin 1987, *D.* 1987. IR 163, *RTD com.* 1987. 495, n° 1, obs. J. DERRUPPE.

CA. Paris., 19 juin 1991, *RTD com.* 1991. 566, obs. J. DERRUPPE ; *D.* 1992. Somm. 388, obs. D. FERRIER.

CA. Paris., 3^{ème} ch. 7 juillet 1992, *D.* 1994, p. 1, Somm. F. DERRIDA.

CA. Paris., 15 décembre 1992, *RJ com* 1993, p. 151, note. A. MARTIN-SERF ; *JCP E*, 1993, I, 275, obs. Ph. PETEL.

CA. Paris., 7 février 1997, *Bull. Joly* 1997. 480, note. J-J. DAIGRE.

CA. Paris., 21 mars 1997, *D. aff.* 1997, n° 22, p. 702.

CA. Paris., 25 octobre 2002, *RJDA* 2003, n° 172.

CA. Paris., 20 novembre 2003, JurisData n° 2003-248813 ; *comm. com. électr.* 2004, comm. 159, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

CA. Paris., 28 janvier 2005, *RJDA* 2006, n° 893.

CA. Paris., 3^{ème} ch. A, 10 octobre 2006, RG n° 2005/21113.

CA. Paris., 23 janvier 2014, RG n° 12/ 02577.

CA. Paris., 6^{ème} ch., 6 novembre 2018, n° 15/02205.

Poitiers

CA. Poitiers., 20 avril 1988, *BRDA*, 15 juin 1988, n° 13 ; *JCP E*, 1989. II. 15591, n° 12, obs. M. CABRILLAC.

CA. Poitiers., 2^{ème} ch. civ., 25 mars 2009, RG n° 09/00530, *RPC*. 2010/ 6, comm. 236, note. J-J. FRAIMOUT.

CA. Poitiers., 17 mai 2011, n° 10/02898, *LEDEN*, juillet 2011, n° 123, p. 1, obs. F-X. LUCAS.

Reims

CA. Reims., ch. civ., 1^{ère} sect., 9 novembre 2009, RG n° 08/01024.

Rennes

CA. Rennes, 8^{ème} ch., prud'homale, 5 mai 2017, n° 15/04683.

Riom

CA. Riom., 4 février 2004, RG n° 2004/239706, *RPC*. 2004, p. 211, n° 5, obs. C. LEBEL.

Toulouse

CA. Toulouse., ch. 2, sect. 2, 25 mai 2004, JurisData n° 2004-247226.

Versailles

- CA. Versailles., 23 juin 1988, *RPC* 1989. 190, n° 2, B. SOINNE ; *JCP* 1989. II, n° 15591, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.
CA. Versailles., 13 mai 1993, *RPC*. 1995, p. 172, n° 45, obs. B. SOINNE.
CA. Versailles., 30 juin 1994, *D.* 1994, IR p. 216.
CA. Versailles., 13^{ème} ch., 6 mars 1997, *RPC*. 1998, p. 34, obs. J-M. CALENDINI.
CA. Versailles., 13^{ème} ch., 21 décembre 2000, *RPC* 2002, p. 100, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
CA. Versailles., 22 mars 2002, *cah. dr. entr.* 2002, n° 5, p. 29, obs. D. MAINGUY.

➤ Tribunaux

- Trib. d'appel de Paris, 29 Thermidor An IX, Dalloz Sirey, 1^{er} vol. an XII, 2^{ème} partie, p. 36.
-TGI. Bressuire., 19 juin 1973, *D.* 1974. 105, note. F. BORIES.
-TC. Paris., 2 mars 1987, *GP*, 1987. 1, p. 482, note. J-P. MARCHI ; *RPC* 1988, p. 389, n° 12, obs. B. SOINNE.
-TC. Lille., 5 mai 1987, *JCP E*, 1987. I. 16619, n° 2, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT, *LPA*, 5 juin 1987, p. 33 ; *RJ com.* 1987. 255, note. F. DERRIDA ; *RTD com.* 1988. 688, obs. P. MERLE.
-TGI. Béthune., 13 mai 1998, *Act. proc. coll.* 1999, n° 95, note. D. VOINOT.
-TC. Dunkerque., 1^{er} avril 2003, *GP* 2003, somm. p. 3256, obs. C. DELATTRE.
-TGI. Béthune., 11 avril 2003, *Metaleurop Nord SAS*.
-TGI. Paris., 28 mai 2003, *Dr. et proc.* 2003, n° 6, p. 373, obs. M. CHARDON.

Juridictions administratives :

- ADLC n° 13-D-16 du 27 juin 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes.
-ADLC, Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur Internet.

-Cons. const., 16 janvier 1982, déc. n° 81-132 DC, JO du 17 janvier, p. 299, *D.* 1983. 169, note. L. HAMON.
-Cons. const., 11 février 1982, déc. n° 81-139 DC, JO du 12 février, p. 560.
-Cons. const., 18 janvier 1985, JO 19 janvier 1985, *D.* 1986, p. 425, note. T-S. RENOUX.
-Cons. const., déc. n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *RTDC* 1998, p. 799, obs. N. MOLFESSIS ; *D.* 1999, p. 270, note. W. SABATE ; *RTD civ.* 1999, p. 132, obs. F. ZENATTI.
-Cons. const., 11 octobre 2013., *Gaz de schiste et fracturation hydraulique*.
-Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, *D.* 2015. Actu. 1693.
-Cons. const., 7 octobre 2015, n° 2015-486 QPC, JO 9 octobre, p. 18829 ; *D.* 2015, Actu. 2006.

-CE. 3 février 1905, *DP* 1906, 3, 85.
-CE. 9 février 2000, *JCP* 2000, II, 10314, note. H. CROZE et T. MOUSSA.
-CE. 29 septembre, 2003, req. n° 240938, Leblay, Lebon, *JCP E* 2004, Chron. 151, p. 174, n° 4, obs. Ph. PETEL ; *RDI* 2004. 427, obs. F-G. TREBULLE.
-CE. 31 mars 2014, *JCP G* 2014. 665, A. ZOLLINGER.

INDEX

A.

Abus de confiance : 370

Achalandage : 215 ; 261 ; 267 ;
275 ; 287 ; 291 ; 379 ; 383

Actif :

- Circulant : 5 ; 58 ; 72-73
- Définition comptable : 5 ; 48 ; 67-70 ; 72
 - ° Critères économiques : 5 ; 51-57
 - ° Critère juridique : 5 ; 49
- Définition courante : 4
- Définition économique : 4
- Définition juridique : 4-5
- Disponible : 25 ; 72-74
- Immobilisé : 5 ; 58-59
 - ° Immobilisation corporelle : 1 ; 5 ; 59
 - ° Immobilisation financière : 5 ; 59
 - ° Immobilisation incorporelle : 1 ; 5 ; 47-59

Actif immatériel :

- (V° aussi « potentialité »)
- Appréhension comptable : 1-6 ; 32-60 ;
281 ; 286
 - Appréhension comptable insuffisante : 6
27 ; 45 ; 49 ; 52 ; 75
 - Appréhension dualiste : 65-76
 - Appréhension extra-comptable : 1-2 ; 7-12 ;
27 ; 61-121 ; 281 ; 286-287
 - Appréhension inéluctable : 416
 - Appréhension *in globo* : 20 ; 119
 - Appréhension moniste : 62-64
 - Appréhension opportune : 14-20
 - Appréhension structurée : 21-28
 - Nomenclature : 18 ; 119-120
 - Qualification : 19-20 ; 25 ; 27-28 ; 214-415
 - ° Autonome : 27 ; 308 ; 326 ; 375 ; 396
 - ° Critères : 215-294
 - ° Définition : 214 ; 295
 - ° Régime : 27 ; 295-414
 - Valorisation : 25 ; 27-29 ; 213
 - ° Définition : 25 ; 124
 - ° Fondements : 29 ; 30-123
 - ° Techniques : 27-29 ; 124-212
 - Volatilité : 19 ; 52

Actif incorporel :

- Consistance : 6
- Définition : 6
- Identification : 6 ; 49

Action en concurrence déloyale : 355 ; 369

Action en contrefaçon : 370

Action en parasitisme : 369

Activité économique :

- Cessation de l'activité économique : 196-198
 - ° Principe : 196 ; 310
 - ° Exception : 197
- Maintien de l'activité économique : 179-184 ;
204 ; 209 ; 313
- Mesures de poursuite de l'activité : 185
- Rattachement à l'activité économique : 27 ;
171 ; 179 ; 195 ; 201 ; 208 ; 251-252 ; 291 ;
308 ; 310 ; 315 ; 355 ; 408

Administrateur judiciaire : 99 ; 167 ; 383 s.

Affectation : 22 ; 252 ; 291 ; 407

Apurement du passif : 398

Associé :

- Apport en industrie : 20 ; 49 ; 138 ; 394
- Contrat d'apport :
 - ° Définition : 138
 - ° Continuation : 139
- Contrat de société : 138-139 ; 229-230
- Devoirs : 138 ; 229 ; 235 ; 243 ; 244

B.

Bien :

- Autonome : 256 ; 281 ; 285 ; 291 ; 375
- A valeur négative : 158 ; 278-279
- Chose : 258-260 ; 283 ; 290 ; 370
- Classification : 281 à 292
 - ° « Bien immatériel affecté à l'*intuitu economicae* » : 285-291 ; 340 ; 375 ; 396

- Bien incorporel : 281-284 ; 340 ; 342-374 ; 388-395
- Conception européenne : 253
- Corporel : 1 ; 264 ; 282 ; 370
- Critères : 261-279
 - Appropriation : 269-276 ; 340
 - Appropriation des choses corporelles : 270-274 ; 368
 - « Appropriabilité » des « potentialités » : 273-276 ; 340
 - Utilité : 262-268
 - Immédiate, actuelle, existante : 263-265
 - Ulérieure : 158 ; 266-268
 - Valeur : 277-279 ; 340
- Définition :
 - *De lege ferenda* : 280-281 ; 290-340
 - *De lege lata* : 257-280
- Distinction entre biens incorporels et biens immatériels : 1 ; 7 ; 256 ; 264 ; 281 ; 287
- Immeuble : 264
- Inaliénabilité judiciaire : 175 ; 342 ; 383 411
- Meuble : 264 ; 346
- Rajeunissement : 261 ; 264 ; 266

Bilan comptable :

- Caractère patrimonial : 43-46
- Caractère temporel : 40-42
- Définition juridique : 34-38
- Photographie du patrimoine : 3 ; 20 ; 33 39-46

Bilan économique, social et environnemental :

- Approche globale : 81-89
- Approche temporelle : 90-95
- Bilan économique : 114 ; 120
- Bilan environnemental : 20 ; 116 ; 120 ; 157 ; 232 ; 279 ; 303
- Bilan social : 16 ; 84 ; 115 ; 120 ; 209 ; 231
- Cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté : 80-96 ; 252 ; 291
- Cadre des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté : 97-121 ; 252 ; 291 ; 331
- Définition : 109-113
- Distinction avec le projet de plan : 98-120
- « Film des « potentialités » : 20 ; 101 ; 120
- Fonctions : 94-95
- Importance : 79

- Perspectives de redressement : 117 ; 120

C.

Cessation des paiements : 23 ; 67-70

Cessibilité : 300 ; 303 ; 306 ; 313 ; 355 ; 390

Cession :

- De contrat (droit des obligations) : 209 ; 223 ; 305-307
- De créance (droit des obligations) ; 223 ; 299-301
- De dette (droit des entreprises en difficulté) 313
- De dette (droit des obligations) : 158 ; 223 ; 302-304
- Des actifs : 207-208 ; 313
- Des contrats (droit des entreprises en difficulté) : 209 ; 224 ; 313 ; 385
- De l'entreprise : 204 ; 207 ; 313
- Réalisation mobilière : 201 ; 310
- Séparée des actifs : 199-202 ; 309-311

Clientèle : 114 ; 120 ; 215 ; 261 ; 267 ; 275 ; 283 ; 286

Compte de résultat : 40

Continuation des contrats en cours : 126-140 ; 224 ; 378

« Contractualisation » : 125

Contrat :

- Définition : 217
- De fourniture de biens ou services : 209
- De franchise :
 - Cession : 209
 - Continuation : 136
 - Définition : 135
- De licence : 352
- En cours : 131-132
- Objectivation : 224

D.

Déduction : 27 ; 214

Délivrance : 315 ; 326 ; 331-332 ; 337

Dématérialisation : 346-347 ; 370

Dessaisissement : 382 ; 385 ; 407-408

Dirigeant :

- Aptitudes personnelles : 230 ; 337
- Compétences : 115 ; 120 ; 174 ; 230
- Devoirs : 230 ; 235 ; 243-244 ; 326
- Eviction : 186 ; 230
- Expropriation : 384
- Inaptitudes personnelles : 230
- Incompétence : 17 ; 113 ; 182 ; 186 ; 336-337
- Maintien : 174 ; 230
- Mandat social : 230
- Soft skills* : 23 ; 174 ; 230 ; 337

Discipline collective : 410

Données personnelles : 267

Droit de gage général : 223 ; 227 ; 390-391 ; 403 ; 407

Droit des entreprises en difficulté :

- Caractère dérogoire : 8 ; 22 ; 127-128 ; 209 ; 375 ; 400
- Caractère économique : 8-9 ; 15 ; 22 ; 26-27 ; 29 ; 76 ; 124 ; 129 ; 251-252 ; 291 ; 400
- Caractère judiciaire : 21 ; 124
- Caractère pluridisciplinaire : 20 ; 25
- Caractère pragmatique : 23 ; 75-76 ; 158
- Caractère prospectif : 24
- Caractère répressif : 326
- Caractère spécifique : 80 ; 97 ; 327 ; 331-335
- Définition : 9
- Impérialisme : 66-74 ; 286

Droits extra-patrimoniaux : 215 ; 283 ; 340 ; 385

Droits patrimoniaux : 27 ; 215 ; 340 ; 355 ; 385 ; 408

Droits personnels : 215-216 ; 234 ; 252-253 ; 274 ; 279 ; 282-283 ; 295-296

Droit réels : 215 ; 234 ; 252-253 ; 256 ; 295 ; 340

Droits subjectifs : 215 ; 277

Durée : 266 ; 300 ; 303 ; 373

E.

Effet réel : 402-403 ; 405 ; 407

Entreprise : 11

Entreprise en difficulté :

- Définition : 10
- Devoir environnemental : 232 ; 235 ; 243 ; 303

Equations : 78 ; 253 ; 281 ; 286-287 ; 302 ; 415

Exécution :

- Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : 230 ; 326-337
 - ° Nature hybride : 327-335
 - ° Conditions : 329 ; 333 ; 336-337
- Définition : 315
- Forcée par équivalent : 239-240 ; 318-319 ; 323
- Principe de l'exécution forcée en nature : 239-240 ; 316-320
 - ° Avant 2016 : 318
 - ° Depuis 2016 : 319
- Exceptions au principe de l'exécution forcée en nature : 321-324
 - ° Disproportion manifeste : 322
 - ° Exécution impossible : 323

F.

Financement de nouveaux contrats : 141-165

Fonds de commerce : 175 ; 201 ; 256 ; 261 ; 267 ; 273-275 ; 279 ; 346-347 ; 383

G.

Goodwill : 1 ; 49

I.

Immatériel : 1 ; 256 ; 264 ; 287

-Distinction entre immatériel et incorporel : 1-12 ; 256

Induction : 24 ; 214

Informations : 215 ; 261 ; 267 ; 275 ; 287
291 ; 346 ; 379

Intérêt collectif : 399

« *Intuitu economicae* » : 22 ; 29 ; 129 ; 195
251 ; 291

Intuitu pecuniae : 192

Intuitu personae : 134 ; 209 ; 223 ; 306

M.

Marché : 114 ; 120 ; 291 ; 379

Monopole : 366

O.

Obligation :

-« Affectée à l'*intuitu economicae* » : 229-231 ; 246-253 ; 296 ;
308-313 ; 326-337

° Autonome : 252 ; 326-337

° Caractères : 250-253 ;

-Caractères : 226-235

° Lien de droit contraignant : 227-233 ;
296 ; 315

° Lien de droit personnel : 234-235

-Classification : 237-253

-Conception hybride : 218-225

° Conception objective : 223-225 ; 296 ;
298

° Conception subjective : 219-222

-De dépollution/de remise en état : 158-159 ;
164 ; 167 ; 232 ; 279

-De donner : 240

-De faire ou de ne pas faire : 237-245 ; 296 ;
298-307 ; 316-325

-Définition : 217-237 ; 297

-Devoir : 217 ; 228

-Fonction économique : 223 ; 297

-Juridique : 227 ; 229-230

-Morale : 227 ; 229

-Objectivation : 218 ; 223-224

-Réification : 252-253 ; 274 ; 296 ; 299

Opérations sur obligations : 298

P.

Parties prenantes externes : 376

Parties prenantes internes : 1 ; 215 ;

-Devoirs : 215 ; 228 ; 243 ; 296 ; 308 ; 316

Passif : 5

Passif immatériel : 1 ; 12 ; 76

Patrimonialisation : 25 ; 215 ; 297 ; 299

Période d'observation : 125-166

Plan : 23 ; 167-211

-De cession : 182-184 ; 188 ; 203-209 ;
312-313

° Contenu : 207-209

° Fonctions : 204-206

-De continuation : 168-187

-Définition : 102

-De redressement : 177-186

° Contenu : 185-186

° Fonctions : 178-184

-De sauvegarde : 169-176

° Contenu : 173-176

° Fonctions : 170-172

Plan comptable général : 36

« **Planification** » : 167

Positions de thèse : 417-422

Possession : 341

« **Potentialité** » : 1 ; 7-12

-Définition : 12 ; 16 ; 92 ; 261 ; 266-267 ;
281 ; 300 ; 306 ; 373

-« De l'actif » : 12 ; 76 ; 120 ; 135 ; 159 ;
175 ; 231-232 ; 261 ; 267 ; 275 ; 279 ;

281-284 ; 286 ; 342 ; 388
-« D'actif » : 12 ; 76 ; 120 ; 138 ; 174 ; 197
209 ; 224 ; 229-231 ; 261 ; 267 ; 275 ; 279
281 ; 285-291 ; 308 ; 326 ; 379 ; 396
-« De passif » : 12 ; 76 ; 113 ; 120 ; 158 ;
196 ; 278-279 ; 303 ; 310
-« Du passif » : 12 ; 76 ; 113 ; 120 ; 186
197 ; 230 ; 232 ; 278-279 ; 287 ; 308 ; 326 ;
379 ; 396
-En germe/non réifiées : 216-252
-Environnementales : 156-164
◦ A valeur négative : 158
◦ A valeur positive : 159
-Nature : 213 ; 415
-Réifiées : 252-293 ; 296
◦ Réifiées en créances : 300 ; 306
◦ Réifiées en dettes : 303 ; 306

Potentiel : 54

Privilège de procédure : 141-165

-Conditions légales : 146-155
◦ Finalité : 153-155 ; 164
◦ Postériorité : 150-152 ; 163
◦ Régularité : 147-149 ; 162
-Evolution : 142
-Qualification légale : 143-145

« **Privilégisation** » : 141 ; 161-164

Projet de plan : 97-121

-Volet économique : 103
-Volet environnemental : 106
-Volet financier : 104
-Volet social : 16 ; 105

« **Propriétarisation** » : 45 ; 269 ; 341-386

Propriété : 270 ; 274 ; 341-386

-Définition : 342 ; 349
-Individualisme : 343-348 ; 364-371
-Plénitude : 349-384
◦ Caractères : 360-374
◦◦ Absolutisme : 361-363 ; 377 ; 381
◦◦ Exclusivisme : 364-371 ; 376-377
◦◦ Perpétuité : 372-373 ; 377
◦ Prérogatives : 175 ; 350-359
◦◦ *Abusus* : 175 ; 357-359 ; 381-385
◦◦ *Fructus* : 354-356
◦◦ *Usus* : 351-353

-Restrictions : 375
◦ Débiteur : 380-385
◦ Tiers : 376-379

R.

Revendication : 273-274 ; 368 ; 376-378

S.

Saisissabilité : 387-412

-Définition : 388 ; 390 ; 397-404
-Principe : 389-392 ; 406-409
-Exceptions : 393-395 ; 410-411

Salarié :

-Compétences : 115 ; 120
-Contrat de travail : 209 ; 231 ; 306 ; 313
-Devoirs : 16 ; 231 ; 235 ; 243-244
-Maintien de l'emploi : 16 ; 204 ; 209 ; 313
-Marque employeur : 23 ; 115 ; 209 ; 231

Savoir-faire : 115 ; 120 ; 135 ; 231 ; 283 ;
286 ; 342 ; 388

T.

Temps : 12 ; 40-42 ; 44 ; 59 ; 73 ; 76 ;
90-95 ; 150-152 ; 163 ; 167 ; 205 ; 262 ;
266-267 ; 278 ; 300 ; 303 ; 306 ; 337 ; 373

Tiers : 376-379 ; 387

U.

Universalité de droit : 279 ; 340 ; 387

Universalité de fait : 208 ; 261 ; 275 ; 279 ;
313

V.

Voies d'exécution : 388 ; 390 ; 396 ; 399 ;
400

Vol : 370

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	9
PARTIE 1.....	47
LA VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL PAR LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE	47
TITRE 1	49
LES FONDEMENTS DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL	49
<i>CHAPITRE 1</i>	<i>50</i>
<i>LE FONDEMENT COMPTABLE DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL</i>	<i>50</i>
Section 1. Le rattachement des actifs incorporels aux actifs immatériels dans le bilan comptable.....	50
§1. La structure bilancielle de l'actif immatériel	51
A. La définition juridique du bilan comptable	51
B. La portée de la définition juridique du bilan comptable	53
1. Le caractère temporel du bilan comptable.....	53
2. Le caractère patrimonial du bilan comptable.....	55
§2. La transcription bilancielle de l'actif immatériel en immobilisation incorporelle	59
A. Les critères de définition de l'actif.....	59
1. Le critère juridique	60
2. Les critères économiques.....	63
a. La notion de ressource contrôlée	63
b. La notion d'avantages économiques futurs	65
c. La notion de fiabilité du coût d'entrée.....	66
B. La classification de l'actif immatériel en actif immobilisé	68
Section 2. Le détachement des actifs immatériels des actifs incorporels du bilan comptable	72
§1. L'exclusion d'une conception dualiste de l'actif immatériel en droit comptable	72
§2. L'inclusion d'une conception dualiste de l'actif immatériel en droit des entreprises en difficulté	77
A. L'impérialisme du droit des entreprises en difficulté sur une démarche purement comptable de l'actif immatériel	77
1. La dimension purement comptable de la cessation des paiements.....	77
2. La distinction entre l'actif immatériel et l'actif disponible	84
B. Le pragmatisme du droit des entreprises en difficulté sur la consistance de l'actif immatériel.....	89
<i>CHAPITRE 2</i>	<i>96</i>
<i>LE FONDEMENT ECONOMIQUE DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL</i>	<i>96</i>
Section 1. Le bilan économique, social et environnemental : le cadre des « potentialités » du droit des entreprises en difficulté	97
§1. L'approche globale du bilan économique, social et environnemental	97
A. La distinction entre le bilan du droit des entreprises en difficulté et le bilan du droit social.....	98

B. La distinction entre le bilan du droit des entreprises en difficulté et le bilan du droit comptable.....	100
§2. L'approche temporelle du bilan économique, social et environnemental.....	102
A. La représentation de la situation future de l'entreprise	103
B. Les fonctions du bilan économique, social et environnemental.....	105
Section 2. Le bilan économique, social et environnemental : le cadre des « potentialités » en droit des entreprises en difficulté	107
§1. La distinction formelle entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan	108
§2. La distinction matérielle entre le bilan économique, social et environnemental et le projet de plan	110
A. Le contenu circonscrit du projet de plan	111
B. Le contenu élargi du bilan économique, social et environnemental	115
1. Exposé de la définition du contenu du bilan économique, social et environnemental.....	115
2. Applicabilité de l'article L. 623-1, alinéa 2 du Code de commerce aux « potentialités »	117
3. La proposition d'une nomenclature des « potentialités »	125
CONCLUSION DU TITRE 1.....	133
TITRE 2.....	136
LES TECHNIQUES DE VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL	136
<i>CHAPITRE 1</i>	138
<i>LA VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN PERIODE D'OBSERVATION</i>	138
Section 1. La valorisation des « potentialités » par la continuation des contrats en cours ...	139
§1. Exposé du principe de continuation des contrats en cours.....	140
A. La consécration d'un principe exorbitant du droit commun	141
B. Le champ d'application du principe de continuation des contrats en cours.....	150
§2. Applicabilité du principe de continuation des contrats en cours aux « potentialités »	153
A. L'applicabilité du principe de continuation des contrats en cours au contrat de franchise.....	154
B. L'applicabilité du principe de continuation des contrats en cours au contrat d'apport	158
Section 2. La valorisation des « potentialités » par le financement de nouveaux contrats ...	161
§1. Exposé du privilège de procédure	162
A. La qualification légale du privilège de procédure	164
B. Les conditions légales du privilège de procédure	168
1. La régularité de la créance	168
2. La postériorité de la créance	171
3. L'utilité de la créance	176
§2. Applicabilité du privilège de procédure aux « potentialités ».....	182
A. L'identification des créances environnementales en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental	182
B. La « privilégisation » des créances environnementales révélées en « potentialités de l'actif » dans le bilan environnemental.....	186

<i>CHAPITRE 2</i>	194
<i>LA VALORISATION DE L'ACTIF IMMATERIEL PAR LE PLAN</i>	194
Section 1. La valorisation des « potentialités » par un plan de continuation	195
§1. La valorisation des « potentialités » de l'entreprise sauvegardée	196
A. L'approche fonctionnelle du plan de sauvegarde	196
B. L'approche matérielle du plan de sauvegarde	200
§2. La valorisation des « potentialités » de l'entreprise redressée	206
A. L'approche fonctionnelle du plan de redressement	206
1. Une technique de poursuite de l'activité de l'entreprise avec le débiteur	207
2. Une technique de poursuite de l'activité de l'entreprise sans le débiteur	209
B. L'approche matérielle du plan de redressement	212
Section 2. La valorisation des « potentialités » par un plan de cession	218
§1. La valorisation artificielle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en absence de plan de cession	219
A. La finalité de la procédure de liquidation judiciaire	219
B. La destinée de la procédure de liquidation judiciaire	222
1. Le principe de cessation de l'activité de l'entreprise	222
2. La cession séparée des actifs du débiteur	227
§2. La valorisation naturelle des « potentialités » de l'entreprise liquidée en présence du plan de cession	230
A. L'approche fonctionnelle du plan de cession	230
B. L'approche matérielle du plan de cession	235
CONCLUSION DU TITRE 2	246
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	249
PARTIE 2	251
LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE	251
TITRE 1	253
LES CRITERES DE QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL	253
<i>CHAPITRE 1</i>	255
<i>LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN OBLIGATION</i>	255
Section 1. L'applicabilité de la définition de l'obligation aux « potentialités » non réifiées	255
§1. La conception hybride de l'obligation	256
A. La conception subjective de l'obligation	257
B. La conception objective de l'obligation	260
§2. Les caractères de l'obligation	265
A. Un lien de droit contraignant	265
B. Un lien de droit personnel	277
Section 2. L'applicabilité de la classification de l'obligation par l'objet aux « potentialités » non réifiées	280
§1. L'assimilation classique des « potentialités » non réifiées à des obligations de faire ou de ne pas faire	281

A. Exposé de la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire en droit des obligations.....	281
B. Identification des obligations de faire et de ne pas faire dans les devoirs en droit des entreprises en difficulté	284
§2. L'assimilation moderne des « potentialités » non réifiées à des « obligations affectées à l'intuitu economicae » des procédures collectives	287
A. La justification de l' « obligation affectée à l'intuitu economicae » des procédures collectives	287
B. La caractérisation de l' « obligation affectée à l'intuitu economicae » des procédures collectives.....	289
CHAPITRE 2	300
LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN BIEN	300
Section 1. L'applicabilité de la définition du bien aux « potentialités » réifiées.....	302
§1. La distinction entre la chose et le bien	302
§2. Les critères de définition du bien	304
A. L'utilité.....	305
1. Le cantonnement du critère de l'utilité en droit des biens.....	306
2. L'enrichissement du critère de l'utilité en droit des entreprises en difficulté	312
B. L'appropriation.....	319
1. L'appropriation des choses corporelles en droit des biens	319
2. L' « appropriabilité » des « potentialités » à valeur positive en droit des entreprises en difficulté	322
C. Le critère de la valeur	329
Section 2. L'applicabilité de la classification des meubles par détermination de la loi aux « potentialités » réifiées	336
§ 1. Le rattachement des biens incorporels aux « potentialités de l'actif » en droit des biens	338
§ 2. Le détachement des « potentialités d'actif » des biens incorporels en droit des entreprises en difficulté	342
A. La justification d'un « bien immatériel affecté à l'intuitu economicae » des procédures collectives.....	342
B. La caractérisation d'un « bien immatériel affecté à l'intuitu economicae » des procédures collectives.....	345
CONCLUSION DU TITRE 1.....	350
TITRE 2.....	353
LES INCIDENCES DES QUALIFICATIONS DE L'ACTIF IMMATERIEL.....	353
CHAPITRE 1	355
LES INCIDENCES DE LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN OBLIGATION	355
Section 1. La soumission des « potentialités » qualifiées en obligations aux règles relatives à la cession	356
§ 1. La cession des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations	357
A. La cession de créance	358

B. La cession de dette	364
C. La cession de contrat	370
§ 2. La cession des « potentialités » qualifiées en obligations en droit des entreprises en difficulté	375
A. L'exclusion de la cession séparée des « potentialités ».....	375
B. L'inclusion de la cession globale des « potentialités » dans un plan de cession....	377
Section 2. La soumission des « potentialités » qualifiées en obligations aux règles relatives à l'exécution.....	381
§1. L'exécution des « potentialités » qualifiées en obligations en régime général des obligations	382
A. Le principe de l'exécution forcée en nature	382
B. Les exceptions au principe de l'exécution forcée en nature.....	388
§2. L'exécution des « potentialités » qualifiées en obligations en droit des entreprises en difficulté	393
A. La nature de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.....	394
1. L'existence d'une sanction civile de droit commun	394
2. L'existence d'une sanction autonome au droit des entreprises en difficulté	396
B. Les conditions de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	400
<i>CHAPITRE 2</i>	410
<i>LES INCIDENCES DE LA QUALIFICATION DE L'ACTIF IMMATERIEL EN BIEN</i>	410
Section 1. La soumission des « potentialités » qualifiées en biens aux règles relatives à la propriété	411
§1. La « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en biens en droit des biens...	411
A. L'individualisme du droit de propriété.....	412
B. La plénitude du droit de propriété	416
1. Les prérogatives du droit de propriété	417
a. L' <i>usus</i>	417
b. Le <i>fructus</i>	419
c. L' <i>abusus</i>	422
2. Les caractères du droit de propriété.....	424
a. L'absolutisme du droit de propriété	424
b. L'exclusivisme du droit de propriété.....	427
α. La définition de l'exclusivisme du droit de propriété.....	428
β. La portée de l'exclusivisme du droit de propriété	430
c. La perpétuité du droit de propriété	435
§2. La « propriétérisation » des « potentialités » qualifiées en biens en droit des entreprises en difficulté.....	438
A. Les restrictions au droit de propriété des tiers.....	439
B. Les restrictions au droit de propriété du débiteur.....	446
Section 2. La soumission des « potentialités » qualifiées en biens aux règles relatives à la saisissabilité	454
§1. La saisissabilité des « potentialités » qualifiées en biens en droit des biens.....	455
A. Le principe général de saisissabilité des biens	455
B. L'exception au principe général de saisissabilité des biens	461

§2. La saisissabilité des « potentialités » qualifiées en biens en droit des entreprises en difficulté	463
A. La définition spéciale de la notion de saisissabilité	463
1. Le fondement légal de la saisissabilité	463
2. Le fondement doctrinal de la saisissabilité.....	466
B. L'affirmation générale du principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur	467
1. Le principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur.....	468
2. Les exceptions au principe de saisissabilité de tous les biens du débiteur	471
CONCLUSION DU TITRE 2.....	477
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	482
CONCLUSION GENERALE	484
BIBLIOGRAPHIE.....	490
INDEX.....	578
TABLE DES MATIERES.....	583

RESUME

Le droit des entreprises en difficulté appréhende l'actif immatériel dans toutes ses dimensions, non seulement comptables, mais aussi et surtout extra-comptables.

Faisant fi de la carence du bilan comptable, le droit des entreprises en difficulté identifie un actif immatériel au-delà d'un actif incorporel en révélant l'existence de nouvelles valeurs : les « potentialités » de l'entreprise en difficulté. Certaines existent déjà : les « potentialités de l'actif » et les « potentialités de passif », tandis que d'autres sont prévisibles, à venir : les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif ».

Dans cette perspective, la présente étude consiste à apporter un éclairage sur l'essence et la consistance de l'actif immatériel sous-tendue par un aspect économique prégnant. D'une part, la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté permet de révéler un actif immatériel inédit dans le bilan économique, social et environnemental (I). D'autre part, cet actif immatériel inédit reçoit une qualification civile en droit des entreprises en difficulté à partir des droits patrimoniaux (II).

L'appréhension extra-comptable des « potentialités » en actifs immatériels par le droit des entreprises en difficulté est instrumentalisée au profit du redressement économique de l'entreprise.

Mots-clés : Actif immatériel, droit des entreprises en difficulté, valorisation, « potentialité », qualification

ABSTRACT

The bankruptcy law apprehends immaterial asset in all its dimensions, not only accounting, but also and above all extra-accounting.

Ignoring the shortfall in the balance sheet, the bankruptcy law identifies an immaterial asset beyond an intangible asset by revealing the existence of new values : the « potential » of the company in difficulty. Some already exist, while others are predictable, to come.

In this perspective, the present study consists in shedding light on the essence and the consistency of the immaterial asset underpinned by a significant economic aspect. On the one hand, the valuation of the immaterial asset by the bankruptcy law makes it possible to reveal an immaterial asset unprecedented in the economic, social and environmental balance sheet (I). On the other hand, this unprecedented immaterial asset receives a civil qualification in bankruptcy law from economic rights (II).

The extra-accounting apprehension of the « potential » in immaterial assets by the bankruptcy law is exploited in favor of the economic recovery of the company.

Keywords : Immaterial asset, bankruptcy law, valuation, potential, qualification

Titre : L'appréhension de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté

Mots clés : Actif immatériel, droit des entreprises en difficulté, valorisation, « potentialité », qualification

Résumé : Le droit des entreprises en difficulté appréhende l'actif immatériel dans toutes ses dimensions, non seulement comptables, mais aussi et surtout extra-comptables.

Faisant fi de la carence du bilan comptable, le droit des entreprises en difficulté identifie un actif immatériel au-delà d'un actif incorporel en révélant l'existence de nouvelles valeurs : les « potentialités » de l'entreprise en difficulté. Certaines existent déjà : les « potentialités de l'actif » et les « potentialités de passif », tandis que d'autres sont prévisibles, à venir : les « potentialités d'actif » et les « potentialités du passif ».

Dans cette perspective, la présente étude consiste à apporter un éclairage sur l'essence et la consistance de l'actif immatériel sous-tendue par un aspect économique prégnant. D'une part, la valorisation de l'actif immatériel par le droit des entreprises en difficulté permet de révéler un actif immatériel inédit dans le bilan économique, social et environnemental (I). D'autre part, cet actif immatériel inédit reçoit une qualification civile en droit des entreprises en difficulté à partir des droits patrimoniaux (II).

L'appréhension extra-comptable des « potentialités » en actifs immatériels par le droit des entreprises en difficulté est instrumentalisée au profit du redressement économique de l'entreprise.

Title : The apprehension of the immaterial asset by the bankruptcy law

Keywords : Immaterial asset, bankruptcy law, valuation, potential, qualification

Abstract : The bankruptcy law apprehends immaterial asset in all its dimensions, not only accounting, but also and above all extra-accounting.

Ignoring the shortfall in the balance sheet, the bankruptcy law identifies an immaterial asset beyond an intangible asset by revealing the existence of new values : the «potential» of the company in difficulty. Some already exist, while others are predictable, to come.

In this perspective, the present study consists in shedding light on the essence and the consistency of the immaterial asset underpinned by a significant economic aspect. On the one hand, the valuation of the immaterial asset by the bankruptcy law makes it possible to reveal an immaterial asset unprecedented in the economic, social and environmental balance sheet (I). On the other hand, this unprecedented immaterial asset receives a civil qualification in bankruptcy law from economic rights (II).

The extra-accounting apprehension of the «potential» in immaterial assets by the bankruptcy law is exploited in favor of the economic recovery of the company.