

d'une autorisation donnée par le tribunal d'adjonction d'activités connexes ou complémentaires en application de l'article L. 642-7, alinéa 4, du Code de commerce, étant précisé que ledit article ne prévoit pas expressément cette faculté pour le bailleur. Une réponse positive semblerait pleinement justifiée et respectueuse de ce qui fait l'esprit du droit du bail commercial qui protège et favorise le preneur tout en aménageant des compensations pour le bailleur. Là encore il reviendra certainement à la jurisprudence de se prononcer.

34 - L'article L. 642-7, alinéa 4, du Code de commerce en s'inscrivant pleinement dans la réalisation des objectifs poursuivis par le droit des entreprises en difficulté, par une rédaction ne s'harmonisant pas parfaitement avec les dispositions relatives à la déspecialisation partielle dont elle emprunte pourtant le méca-

nisme, pose des questions importantes, tant sur le plan procédural que matériel.

Le droit du bailleur de s'opposer à la déspecialisation partielle est aménagé et devient très difficile à exercer dans le cadre de l'adoption du plan de cession. Dès lors, il devra encore plus qu'avant, surveiller l'évolution de la situation de son preneur en procédure collective afin de réagir promptement et d'éviter qu'il ne soit pas porté une atteinte anormale au contrat de bail commercial dans le cadre d'une éventuelle mise en œuvre de l'article L. 642-7, alinéa 4, du Code de commerce. ■

**Mots-Clés :** Bail commercial - Plan de cession - Déspecialisation partielle

Plan de cession - Bail commercial - Déspecialisation partielle

## 9 La période d'observation, une notion temporelle à l'acceptation atemporelle

Geoffroy BERTHELOT,

mandataire judiciaire associé, SELARL MJ SYNERGIE,  
maître de conférences, école de droit de Sciences Po Paris

**La période d'observation est conçue comme une période limitée dans le temps qui doit permettre de déterminer le sort de l'entreprise. Le législateur a déterminé la durée de la période d'observation et prévu, de manière restrictive, quelques possibilités de renouvellement. S'il est possible de mettre fin, de manière anticipée, à la période d'observation, est-il possible d'en prévoir le renouvellement anticipé afin de faciliter notamment l'accès des entreprises aux marchés publics ? Rien n'est moins sûr ! Mais les avis sont partagés...**

1 - « L'impératif essentiel du droit de la faillite, c'est l'efficacité qui commande bien évidemment la rapidité »<sup>1</sup>.

2 - L'expression « Période d'observation » est issue de la loi du 25 janvier 1985. Elle a le mérite de faire comprendre que le régime d'exception créé par le jugement d'ouverture n'a pas vocation à durer, et qu'il doit être mis à profit pour poser un diagnostic et préparer un traitement<sup>2</sup>. Pour que cette période d'observation soit utile, il faut qu'elle soit brève. La situation nouvelle que crée le jugement d'ouverture doit demeurer et rester exceptionnelle. La préoccupation de célérité est bien présente dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. La durée de la période d'observation doit être la plus brève possible, sans toutefois amener à bâcler les soins dont le débiteur a besoin. En effet, le jugement d'ouverture est un moment décisif dans la procédure collective, car dès sa survenance les créanciers antérieurs sont astreints à une discipline collective, par l'interdiction de paiement des créances antérieures (C. com., art. L. 622-7), l'interruption des poursuites individuelles (C. com., art. L. 622-21), l'interdiction des inscriptions (C. com., art. L. 622-30), l'arrêt du cours des intérêts (C. com., art. L. 622-28) et l'interdiction des actions contre les cautions (C. com., art. L. 622-28)...

3 - Il est manifeste que ce système s'inspire de la suspension provisoire des poursuites prévue par l'ordonnance du 23 septembre 1967 et plus précisément de son article 11 qui prévoyait une suspension pendant un délai n'excédant pas, en principe, trois mois. Cette transposition a d'ailleurs été explicitement indiquée au cours des débats<sup>3</sup>.

4 - La période d'observation n'étant conçue que comme une étape devant conduire à la solution la plus adaptée pour l'entreprise, le législateur a donc prévu de la limiter dans le temps et d'encadrer son renouvellement. La volonté du législateur résultant de l'analyse des travaux préparatoires successifs est nette. La juridiction doit s'efforcer de limiter le plus possible la période d'observation et, par voie de conséquence, de ne renouveler cette période que si cela est véritablement indispensable. L'origine de cette volonté est la constatation de la durée excessive des procédures sous l'empire des lois de 1967 et 1985. Déjà lors des débats qui ont précédé l'avènement de la loi de 1985, il avait été également considéré que la rapidité dans la prise de décision est un gage d'efficacité économique<sup>4</sup>.

La détermination de la durée de la période d'observation est donc un élément important afin d'assurer un bon déroulement de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Si, globalement, les mêmes règles essentielles sont applicables aux deux

1. Intervention de R. Badinter : JOAN CR, 5 avr. 1984, p. 1181.

2. M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, Entreprises en difficulté* : Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., p. 829.

3. Intervention B. Vennin : JOAN CR, 6 avr. 1984, p. 1237.

4. Intervention R. Badinter : JOAN CR, 6 avr. 1984, p. 1240.

procédures, l'article L. 631-7 applicable au redressement judiciaire qui renvoie à l'article L. 621-3, instille une surveillance renforcée en raison de l'état de cessation des paiements.

5 - Aucune durée minimale de la période d'observation n'est imposée par les textes. Cependant, même si aucune disposition de la loi de 1985 ne fixait de durée minimale de la période d'observation, jusqu'à la réforme de 1994, la loi de 1985 interdisait le prononcé immédiat de la liquidation judiciaire, même si rien ne s'opposait à ce que la période d'observation ait une durée très courte, même de quelques heures. En revanche, la loi « impose » toujours une durée maximale de la période d'observation. Dans la limite des *maxima* définis par la loi, la durée de la période d'observation est fixée librement et souverainement par le tribunal conformément aux articles L. 621-3 et R. 621-9 du Code de commerce, auxquels renvoie l'article L. 631-7 du même Code pour le redressement judiciaire. La période d'observation initiale est limitée à six mois. L'article L. 631-15 du Code de commerce complète ce régime de droit commun pour le redressement judiciaire en imposant, dans un délai de deux mois maximum après le jugement d'ouverture, que le tribunal se prononce sur la poursuite de la période d'observation « s'il lui apparaît que le débiteur dispose à cette fin de capacités de financement suffisantes ». Ce contrôle en cours de procédure de la situation financière réelle du débiteur est destiné à éviter un gonflement injustifié des créances postérieures.

6 - À la genèse de la période d'observation, la loi de 1985 prévoyait en son article 8 une durée de trois mois. Ce n'est qu'en 1988 que la durée a été portée à six mois<sup>5</sup>, avec cependant en 1994 un délai plus bref qui enserrait la procédure dite simplifiée, sans administrateur, qui était limitée à quatre mois. La limitation dans le temps de la durée de la période d'observation a un sens lorsque durant ce temps, les droits des créanciers antérieurs sont limités, certes pour assurer l'égalité des créanciers qui postule à toute procédure collective, mais aussi pour éviter que ceux-ci ne compromettent par leurs poursuites individuelles la survie et le redressement de l'entreprise. Dès lors, l'uniformisation en 2005 des délais de la période d'observation indépendamment de la taille de l'entreprise, fait appel à la sagesse des juridictions aux fins d'adapter souverainement la durée de la période d'observation initiale au cas par cas. De plus, le législateur a marqué son attachement au strict encadrement de la durée de la période d'observation par l'adoption d'un amendement de la commission des affaires économiques et sociales du Sénat donnant à cette durée un caractère législatif.

7 - Toutefois, les dispositions applicables à la période d'observation classique qui viennent d'être décrites ne vont pas produire leurs pleins effets quand s'ouvrira une procédure de sauvegarde financière accélérée qui a été intégrée dans le livre VI du Code de commerce par la loi du 22 octobre 2010 modifiée par la loi du 22 mars 2012 qui en a assoupli les critères d'ouverture<sup>6</sup>. Cette nouvelle procédure, qui découle de la sauvegarde classique dont les dispositions s'appliquent à défaut de dérogation, combine une conciliation et une sauvegarde et ne concerne que les créanciers

financiers, car elle a été adoptée principalement pour régler les difficultés rencontrées par les montages de *leveraged buy out* (LBO). Ainsi, lorsque le débiteur aura négocié avec ses créanciers dans le cadre d'une conciliation et que certains d'entre eux ne veulent pas coopérer, il pourra demander l'ouverture d'une sauvegarde lorsque les négociations sont bien avancées et que l'adoption d'un plan pourra intervenir dans un délai d'un mois à compter du jugement d'ouverture (C. com., art. L. 628-6). Dès lors, la période d'observation sera très brève dans ce type de procédure de sauvegarde.

8 - L'ordonnance du 12 mars 2014 apporte de nouveaux aménagements en créant une sauvegarde accélérée qui est une variante de la sauvegarde, la sauvegarde financière accélérée devenant elle-même une variante de la sauvegarde accélérée. Il existera à l'avenir une sauvegarde accélérée de droit commun qui continuera à combiner, comme auparavant, la conciliation et la sauvegarde, mais dont le champ d'application est plus large puisqu'elle s'appliquera à l'ensemble des créanciers. Elle donnera lieu nécessairement à la constitution de comités de créanciers et le plan devra être adopté dans un délai maximum de trois mois après l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 628-8). À cette première sauvegarde s'ajoute donc une sauvegarde financière accélérée qui reprend les caractéristiques de la sauvegarde financière accélérée de 2010, le plan devant être adopté par les créanciers financiers et les obligataires dans un délai d'un mois que le tribunal peut proroger d'un mois au plus (C. com., art. L. 628-10).

9 - Il convient également de mentionner l'influence des voies de recours. Tous les jugements statuant sur la durée de la période d'observation ne sont susceptibles, d'après l'article L. 661-6 du Code de commerce, que d'un appel du ministère public, formé dans les dix jours. L'article L. 661-7 prévoit aussi qu'il ne peut être exercé de tierce opposition ou de pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel. Ainsi, comme auparavant, l'article L. 661-9 indique qu'en cas d'infirmité du jugement d'ouverture imposant de renvoyer l'affaire devant le tribunal, la cour d'appel peut ouvrir une nouvelle période d'observation, d'une durée maximale de trois mois. La période d'observation sera prolongée jusqu'à l'arrêt de la cour en cas d'appel du jugement de liquidation ou adoptant le plan, si l'exécution provisoire a été arrêtée. La solution s'impose pour permettre la continuité de l'activité dans l'attente de la décision de la cour d'appel.

10 - Nous observerons donc qu'il existe un principe selon lequel la période d'observation pourra être renouvelée une fois arrivée à son terme (1), qui a pour corollaire la prohibition de tout renouvellement anticipé (2).

## 1. Le Principe d'un renouvellement de la période d'observation une fois arrivée à son terme

11 - La durée de la période d'observation est variable du fait de possibles renouvellements. La période d'observation est en effet renouvelable une fois pour la même durée par décision motivée du tribunal, à la seule demande de l'administrateur, du débiteur et du ministère public. Exceptionnellement le procureur de la République, et lui seul, peut demander au tribunal une nouvelle prorogation de la période d'observation (C. com., art. R. 621-9) pour une durée n'excédant pas six mois<sup>7</sup>, ce qui porte alors à dix-huit mois sa durée totale au lieu de vingt mois sous l'empire des textes antérieurs<sup>8</sup>. L'article L. 621-3 *in fine* du Code de commerce ajoute que,

5. D. n° 88-430, 21 avr. 1988, relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

6. C. com., art. L. 628-1 et s. – C. Saint-Alary-Houin, *La procédure de sauvegarde financière accélérée* : Rev. proc. coll. 2011, dossier 2. – M. Menjucq, *Adoption de la « sauvegarde financière accélérée » : consécration du « prepackaged plan » en droit français* : Rev. proc. coll. 2010, repère 6. – G. Berthelot, *Adoption définitive de la sauvegarde financière accélérée* : JCP G 2010, 1053. – Ph. Roussel Galle, *Premières vues sur la sauvegarde financière accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010* : JCP E 2010, 591. – G. Berthelot, *L'avènement de la sauvegarde financière accélérée* : Dr. sociétés 2011, alerte 1. – G. Couturier, *Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté* : Bull. Joly Sociétés 2010, p. 643. – B. Grelon, *La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010* : Rev. sociétés 2011, p. 7 ; BRDA 2010, n° 27. – P.-M. Le Corre, *SFA : retour vers le futur* : Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 3. – F.-X. Lucas, *La SFA, une procédure quasi-collective* : LEDEN déc. 2010, p. 1.

7. Mais la loi ne sanctionne pas une prorogation qui serait décidée en l'absence d'une telle demande : Cass. com., 10 juin 2008 : D. 2008, p. 1764, obs. A. Lienhard.

8. Sous l'empire de la loi de 1985, modifiée par la loi de 1994, la durée de la période d'observation est de six mois renouvelable une fois pour une même durée avec possibilité d'une prolongation exceptionnelle de huit mois supplémentaires à la demande uniquement du procureur de la République. – V.

pour les exploitations agricoles, le tribunal peut proroger la durée de la période d'observation en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions de l'exploitation. Le tribunal se prononcera au vu d'un rapport établi par l'administrateur ou à défaut, par le débiteur. L'exigence d'une décision motivée du tribunal postule d'ores et déjà le caractère exceptionnel du renouvellement, auquel invitait déjà Robert Badinter<sup>9</sup>, qui constatait sans ambages que la longueur des procédures était souvent la cause de bien des échecs, de bien des disparitions définitives d'entreprises.

12 - Les articles R. 621-9 et R. 622-9 du Code de commerce détaillent les conditions de renouvellement et de déroulement de la période d'observation. Le président fixe l'affaire au rôle du tribunal au plus tard dix jours avant l'expiration de chaque période d'observation. Ainsi, les renouvellements doivent avoir lieu juste avant l'expiration de la période d'observation en cours. Pour ce faire, le greffier doit procéder à des convocations (débiteur, mandataires de justice et contrôleurs) et aviser le ministère public. Le tribunal statue sur la prolongation de la période d'observation après avoir recueilli les observations des personnes convoquées et l'avis du ministère public. La décision du tribunal fait l'objet d'une publicité aux registres et répertoires prévus à l'article R. 621-8. Cependant, pour éviter que la période d'observation ne se prolonge dans des conditions économiques peu favorables, le second texte impose au débiteur de fournir des informations sur les résultats de l'exploitation, la situation de sa trésorerie et sa capacité à faire face aux créances postérieures qui doivent être payées à l'échéance. Cette information est obligatoire à la fin de chaque période de six mois et elle peut être demandée à tout moment par le ministère public ou le juge-commissaire auquel la loi donne un pouvoir général de surveillance de la procédure.

Le renouvellement de la période d'observation intervient par la voie d'un jugement rendu par le tribunal, éclairé par le rapport du juge-commissaire, après que le tribunal aura pris connaissance de l'avis du ministère public, des observations du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire et des contrôleurs, le cas échéant.

13 - La loi n'a jamais précisé la sanction encourue en cas de dépassement de la durée maximale de la période d'observation qu'elle édicte. Les articles 21 et 84 du décret du 21 octobre 1994 et aujourd'hui l'article R. 621-9 du Code de commerce se bornent à dire que la poursuite d'activité ne peut, en aucun cas, dépasser la durée maximale légale. Cette loi qui n'en précise pas la sanction invite tout de même les tribunaux et les mandataires de justice à être vigilants et à respecter les délais. Les administrateurs spécialement pourraient engager leur responsabilité pour non paiement d'une dette née à l'issue de la période d'observation. Ainsi, au plus tard dans les dix jours qui précèdent l'expiration de la période d'observation<sup>10</sup>, le président doit fixer l'affaire au rôle du tribunal. Cette juridiction statuera pour arrêter la solution – plan de redressement ou liquidation judiciaire – applicable à l'entreprise ; la période d'observation ne doit donc plus s'achever sans qu'une décision sur le sort de l'entreprise soit intervenue. Cependant, les juridictions qui ont été amenées à se prononcer sur les conséquences de l'inobservation des délais légaux ont toutes considéré qu'en l'absence de sanction légale il n'y avait pas lieu d'annuler un plan arrêté après que la période d'observation fut expirée, ou de prononcer la liquidation judiciaire de l'entreprise au seul motif

que la période d'observation s'était écoulée<sup>11</sup>. Quant aux créances nées au cours de la procédure devenue irrégulière, la Cour de cassation n'en a pas moins considéré qu'elles étaient garanties par l'article L. 631-32<sup>12</sup>, aujourd'hui L. 622-17. L'éminent professeur Cabrillac avait parfaitement mis en évidence qu'il existait une incohérence entre les règles légales, précises et strictes, qui traduisent la volonté du législateur d'encadrer le renouvellement de la période d'observation, et l'absence de sanctions qui réduit ces règles à des vœux pieux. Il relevait à juste titre que le législateur n'a pas voulu trancher nettement la question de savoir si un plan devait ou non être recherché à n'importe quel prix, ou si l'on ne devait pas aussi veiller à ne pas imposer de sacrifices inutiles à ceux qui sont menacés par la poursuite de l'activité, et ce d'autant qu'une durée excessive « n'a pas son pareil pour décourager ceux qu'elle devrait protéger »<sup>13</sup>.

14 - Il faut noter que les durées moyennes des périodes d'observation constatées sous l'empire de la loi de 1985 se situaient plutôt entre cinq et sept mois pour les procédures générales et entre un et deux mois pour les procédures simplifiées. Le fait que cette loi n'ait pas prévu de sanction pour inobservation des délais était donc sans grande portée pratique. Les nouveaux modes de calcul des délais issus des réformes de 2005, 2008 et 2014, qui pas plus que la loi antérieure, n'assortissent de sanction un quelconque dépassement de la durée légale de la période d'observation, ne changeront pas fondamentalement le déroulement des procédures. Ce maintien tardif de la période d'observation restera exceptionnel tant la rapidité de la mise en œuvre d'un plan reste le plus souvent une condition déterminante de la survie de l'entreprise<sup>14</sup>.

15 - Dès lors, il est inacceptable de soutenir qu'en l'absence de sanction, il est loisible de poursuivre l'activité sans limitation dans le temps. En effet, l'absence de sanction ne doit pas justifier un dépassement illimité<sup>15</sup>. On ne commande au droit qu'en y obéissant<sup>16</sup>, ainsi la liberté n'est pas dans l'absence de contraintes mais dans l'utilisation raisonnée de ces contraintes.

16 - Mais que la période d'observation ait ou non été renouvelée, il n'est pas nécessaire que le tribunal attende son expiration pour y mettre fin de façon anticipée. Dans la procédure de redressement judiciaire, en effet, en application de l'article L. 631-15-II, à tout moment le tribunal peut prononcer la liquidation judiciaire<sup>17</sup>. La solution est également applicable en sauvegarde, si la cessation des paiements apparaît et si le débiteur n'a aucune chance de se redresser (C. com., art. L. 622-10, al. 2). Il se peut également, hypothèse heureuse, que les difficultés qui avaient postulé l'ouverture de la procédure de sauvegarde disparaissent, ce qui autorise le débiteur à demander au tribunal de mettre fin à la procédure, et par là même à la période d'observation. La même conclusion est donnée en cas de redressement « *s'il apparaît, au cours de la période d'observation, que le débiteur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers et acquitter les frais et dettes afférents à la procédure* » (C. com., art. L. 631-16). Même si ces deux dernières hypothèses sont marginales, le tribunal peut, subséquentement avant l'expiration de la période d'observation qu'il a fixée, et pour l'une des raisons évoquées, y mettre fin par anticipation.

notamment Ch. Delattre, *La période d'observation n'est pas indéfinie mais limitée dans le temps* : Rev. proc. coll. 2011, étude 6.

9. Intervention R. Badinter : JOAN CR, 5 avr. 1984, p. 1177, « l'entreprise en difficulté sera mise par jugement en période d'observation, limitée à trois mois, exceptionnellement – je dis bien exceptionnellement – prolongée... ».

10. Fin de la première période, de la période renouvelée, ou de celle accordée après la demande exceptionnelle du procureur de la République.

11. CA Rouen, 5 mars 1987. – CA Pau, 9 sept. 1992. – Cass. com., 10 juin 2008, n° 07-17.043 : JurisData n° 2008-044314 ; Rev. proc. coll. 2008, comm. 119, Ch. Lebel.

12. Cass. com., 9 juin 1992, n° 90-16.915 : JurisData n° 1992-001324.

13. Intervention R. Badinter : JOAN CR, 5 avr. 1984, p. 1180.

14. A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté* : LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., p. 206.

15. Ch. Delattre, *Une période d'observation illimitée ne devient-elle pas une « zone de non-droit » ?* : Rev. proc. coll. 2013, étude 30.

16. Tirée de l'expression de Bacon, *Novum Organum*, « l'homme ne commande la nature qu'en lui obéissant ».

17. Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-10.620 : JurisData n° 1998-003140 ; RJDA 1998, n° 1249. – Le tribunal peut toujours se saisir d'office à cette fin : Cons. const., 6 juin 2014, n° 2014-399 QPC : JurisData n° 2014-012345 : Rev. proc. coll. 2014, comm. 94, P. Cagnoli.

17 - Enfin, il serait superfétatoire d'exciper<sup>18</sup> une quelconque analogie de l'absence de sanction du dépassement d'une part, et de l'expiration anticipée légalement organisée de la période d'observation d'autre part, pour créer là où la loi ne le fait pas un principe *contra legem* de renouvellement anticipé qui par définition est prohibé.

## 2. La prohibition d'un renouvellement anticipé de la période d'observation —

18 - La durée initiale de la période d'observation fixée à six mois maximum, apparaît pour certains trop courte dans la mesure où dans les secteurs d'activité économique du bâtiment et travaux publics, la promotion immobilière, l'ingénierie, la mécanique, l'édition..., les délais de production et/ou de commercialisation peuvent être supérieurs à cette durée de six mois. Devant ce constat, dont les effets restent à démontrer, des députés ont déposé le 22 janvier 2010 une proposition de loi<sup>19</sup> dans le but de faire évoluer la période d'observation par un allongement de six à douze mois, avec la désignation systématique d'un administrateur judiciaire, et ainsi permettre à l'entreprise débitrice de conserver la confiance de ses partenaires commerciaux et financiers et une certaine crédibilité. Cette proposition de loi n'a pas reçu l'écho escompté, puisqu'aucune suite n'y a été donnée.

19 - Plus récemment, un praticien<sup>20</sup> excipe d'avoir recours à une mécanique non prévue par les textes du « renouvellement par anticipation » de la période d'observation pour la porter rapidement à douze mois, notamment dans le contexte particulier d'une entreprise en difficulté qui souhaiterait soumissionner à des marchés publics. En effet, cette durée initiale de la période d'observation peut parfois gêner l'entreprise débitrice pour l'obtention de contrats ou marchés publics qui par nature s'exécutent sur de longues durées et exigent la garantie de la pérennité de l'entreprise. Mais gardons à l'esprit que cette gêne est sans doute tout autant liée à la situation financière dégradée de l'entreprise débitrice à l'origine de l'ouverture de la procédure collective, devenue un partenaire à risque, qu'à la contrainte juridique du délai maximum de la période d'observation qui n'en est que la conséquence.

20 - Pourtant cette problématique d'une pseudo-contradiction du Code des marchés publics et du livre VI du Code de commerce n'est pas nouvelle, puisqu'elle a déjà conduit à plusieurs reprises des députés à formuler des questions écrites ou orales aux gouvernements successifs depuis les années 1990<sup>21</sup>. Ces députés de toute appartenance politique ont interrogé selon les cas le ministère de l'Économie et des Finances, le ministère de la Défense, le ministère délégué au Budget, le garde des Sceaux et récemment le ministère des Finances et des Comptes publics. La question posée est toujours la même « est-il possible de déroger à l'article 48 (ancien) du Code des marchés publics<sup>22</sup> qui oblige les entreprises en redressement à justifier qu'elles sont habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché, lorsque cette dernière est supérieure à la durée de la période d'observation fixée par le tribunal ». Cette interrogation récurrente

appelle donc toujours la même réponse claire et non équivoque, « l'article 48 (ancien) pose le principe de la liberté<sup>23</sup> d'accès à la commande publique de toutes les entreprises en situation de redressement judiciaire dès lors qu'elles établissent pouvoir poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. La loi n'admet donc aucune discrimination à leur égard. Elles ont toute liberté de se porter candidates pour un marché public et, le cas échéant, d'en assurer l'exécution, ainsi que celle de poursuivre l'exécution d'un marché précédemment conclu ». C'est une règle de prudence apodictique, qui vise également les concurrents, qui devront aussi démontrer leur capacité à tenir le marché.

21 - On constate par ailleurs, que l'ensemble des questions au gouvernement n'a nullement eut vocation à allonger la période d'observation ou à obtenir son renouvellement par anticipation, mais simplement à assouplir ou déroger à l'article 48 (ancien) du Code des marchés publics. On peut ainsi relever qu'en 1998, le Ministre de la Défense a accordé, à titre tout à fait exceptionnel, une dérogation à l'article 48 à une entreprise en redressement judiciaire, consécutivement à une expertise approfondie permettant de déterminer qu'elle méritait d'être l'attributaire normal de marchés à la suite de la mise en œuvre des procédures prévues par la législation, y compris dans l'hypothèse où la durée d'exécution irait au-delà de la période d'observation<sup>24</sup>. Il s'agit d'une solution pragmatique exceptionnelle, permettant de sortir de cette difficulté juridique par une évaluation casuistique de la possibilité de l'entreprise concernée à assurer jusqu'à son terme la bonne exécution du marché. Mais, il ne pouvait s'agir que de déroger aux règles relatives aux marchés publics et non à celles d'ordre public de la période d'observation en référence à l'adage « *specialia generalibus derogant* », voire davantage à la formule « *specialissima specialibus derogant* », qui impose le principe selon lequel la règle la plus spéciale déroge à la moins spéciale. Il va sans dire que le droit des entreprises en difficulté est éminemment plus spécial que le Code des marchés publics, et de surcroît ce droit a pour fonction essentielle<sup>25</sup> d'assurer une continuité entre la résolution de difficultés passées et l'anticipation de situations nouvelles optimisées en s'insérant dans une démarche juridique principielle.

22 - Mais, au-delà Motulsky nous invite à appréhender plus largement cette problématique du renouvellement par anticipation de la période d'observation par l'exégèse de deux textes distincts, car « ce sont souvent les problèmes les plus pratiques qui postulent le recours aux concepts fondamentaux »<sup>26</sup>.

23 - D'une part, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, l'article L. 631-15 du Code de commerce dispose que « *au plus tard au terme d'un délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture, le tribunal ordonne la poursuite de la période d'observation s'il lui apparaît que le débiteur dispose à cette fin de capacités de financement suffisantes* ». Cet article ne souffre aucune interprétation. En effet, afin de s'assurer de la viabilité de la procédure de redressement judiciaire ouverte depuis moins de deux mois, le tribunal, entend les organes de la procédure à travers leurs rapports, et ordonne le cas échéant « la poursuite » de la période d'observation. Il n'est donc uniquement question à ce stade de la procédure que de « poursuite » de la période d'observation, et nullement de son « renouvellement ». Ainsi, le tribunal ne peut qu'ordonner la poursuite de la période d'observation ou prononcer la conversion de la procédure en liquidation judiciaire.

18. C. Kriegk et É. Étienne-Martin, *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficultés ?* : Rev. proc. coll. 2015, étude 5.

19. Prop. de loi AN, n° 2247, 22 janv. 2010, portant sur l'allongement de la durée d'observation des entreprises placées sous procédure de sauvegarde, écrite par Dino Cinieri.

20. C. Kriegk et É. Étienne-Martin, *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficultés ?*, préc.

21. Rép. min. n° 25180 : JOAN Q 26 juin 1995, p. 2810. – Rép. min. n° 26491 : JOAN Q 20 nov. 1995, p. 4927. – Rép. min. n° 22037 : JOAN Q févr. 1999, p. 735. – Rép. min. n° 856 : JOAN Q 9 juin 1999, p. 5466. – Rép. min. n° 55075 : JOAN Q 29 juill. 2014, p. 6474.

22. Devenu les articles 38 et 43 du Code des marchés publics qui renvoient à l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005.

23. Un auteur précise justement que « les règles découlant des directives communautaires sur les marchés publics sont plus restrictives que celles de droit national puisqu'elles interdisent l'accès à la commande publique non seulement aux entreprises en faillite, liquidation judiciaire et cessation d'activité, mais aussi à celles en redressement judiciaire » : E. Delacour, *Contrats publics et procédures collectives* : Contrats-Marchés publ. 2003, prat. 2.

24. Rép. min n° 510 : JOAN Q 2 déc. 1998, p. 9729, C. Sauter.

25. Y. Chaput, *Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (de la Chronojuridicté)* in Mélanges D. Tricot : Dalloz-Litec 2010, p. 411 et s.

26. H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage : Dalloz, 1974, p. 44.

24 - D'autre part, l'article L. 621-3<sup>27</sup> du Code de commerce qui dispose que « le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois (...) ». Cette disposition, qui consacre la « chronojuridicité »<sup>28</sup>, est venue encadrer le temps de la procédure qui peut se dérouler en deux, voire exceptionnellement trois temps. Mais, l'acception du terme « renouvelée » est sans équivoque. Il suffit de se référer à l'encyclopédie Larousse dont la définition est la suivante : « Renouveler : Faire renaître, faire recommencer, réitérer... ». Autrement dit, le renouvellement suppose un terme. Ainsi, une fois survenu le terme de la période d'observation (V. *supra* C. com., art. R. 621-9), tel que fixé par le jugement d'ouverture à six mois maximum, le tribunal peut envisager son renouvellement. Et je n'ose croire que le législateur n'ait pas choisi volontairement ce mot. Aussi l'on ne peut considérer un texte « silencieux »<sup>29</sup>, lorsque son interprétation transpire dès son approche littérale.

25 - Ensuite, le tribunal est le garant des intérêts en présence, et non la caution du débiteur. Il assure une responsabilité économique déterminante. En supposant, par pure abstraction théorique, que le tribunal renouvelle par anticipation la période d'observation afin de permettre au débiteur de soumissionner à des marchés publics, il donnerait en quelque sorte caution de la bonne santé à moyen terme de la société débitrice, et encouragerait les adjudicateurs à retenir, le cas échéant, la société débitrice. Que se passerait-il, si avant le terme de la période d'observation renouvelée par anticipation, le tribunal venait à convertir la procédure en liquidation judiciaire ? Le débiteur ne pourrait assurer la suite des marchés pour lesquels sa candidature avait été retenue aux motifs que la période d'observation couvrirait théoriquement la durée prévisible d'exécution du marché. La crédibilité des décisions ainsi rendues par le tribunal serait inévitablement écornée, et la responsabilité de l'administrateur judiciaire engagée, puisque le préjudice subi par le donneur d'ordre sera directement en lien avec la demande de renouvellement par anticipation arguée par celui-ci.

26 - De surcroît, une telle pratique est susceptible de créer une concurrence déloyale<sup>30</sup> en ce qu'elle positionnera l'entreprise débitrice, qui tout en ayant mis son passif entre parenthèses, dans une situation fictive favorable, dans l'unique dessein de soumis-

sionner, et le cas échéant, d'obtenir des marchés publics, là où ses concurrents *in bonis* continuent d'honorer régulièrement leurs charges d'exploitation.

27 - Un autre élément est extrêmement révélateur de l'absence de discussion autour de l'interprétation de ces deux dispositions et d'un quelconque renouvellement par anticipation. En effet, comme cela a très justement été relevé<sup>31</sup>, l'inexistence de décisions de la Cour de cassation<sup>32</sup> au visa de l'un de ces articles, tend à confirmer que la lecture de ces textes se suffit à elle-même. De même, la doctrine ne s'est jamais emparée d'une telle question du renouvellement anticipé de la période d'observation, à croire qu'elle n'en est pas une.

28 - En revanche, le législateur lors des réformes de 2005, 2008 et 2014 n'a eu de cesse de renforcer l'attractivité de la prévention et de la sauvegarde. Cette promotion conjuguée aux contraintes juridiques suscitées devrait conduire les entreprises débitrices qui recherchent la conclusion de marchés publics à anticiper le traitement de leurs difficultés en ayant davantage recours au mandat *ad hoc*, à la conciliation et à la sauvegarde. La sauvegarde accélérée pourra trouver également à s'appliquer, dans le dessein de contourner partiellement les contraintes judiciaires qui accompagnent l'ouverture d'une telle procédure, par une préparation préalable et négociée d'un plan.

29 - En toutes hypothèses, l'économie ne saurait tenir le droit en l'état, au contraire, l'économie doit servir le droit, et de surcroît en procédures collectives. Mais, le droit devra s'imposer à chaque fois que sera vaine la recherche sempiternelle de coïncidence harmonieuse et axiomatique de la norme et du conjoncturel qui repose sur nos juridictions économiques où des juges, au vrai sens du terme, maîtrisent les instruments nécessaires à la réalisation d'une science juridique de l'économie<sup>33</sup>. ■

**Mots-Clés :** Période d'observation - Durée - Renouvellement

27. Pour la procédure de sauvegarde, et L. 631-7 pour le redressement judiciaire.

28. Y. Chaput, *Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (de la Chronojuridicité)*, préc.

29. C. Kriegk et É. Étienne-Martin, *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficultés ?*, préc.

30. G. Teboul, *L'entreprise en difficulté et les marchés publics* : Gaz. Pal. 19 juil. 2008, p. 2.

31. C. Kriegk et É. Étienne-Martin, *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficultés ?*, préc.

32. En revanche, il apparaît tout à fait opportun de citer la jurisprudence du tribunal de commerce de Saint-Étienne (par ex., V. T. com. Saint-Étienne, 1<sup>er</sup> oct. 2014. – T. com., Saint-Étienne, 4 mars 2015), dans laquelle les faits étaient similaires et qui a rejeté la demande de renouvellement anticipé formulée par l'administrateur judiciaire aux motifs « qu'il n'existe aucune disposition légale le permettant... » et « qu'au demeurant les dispositions légales notamment d'ordre public, fussent-elles exemptes de sanctions... doivent néanmoins s'appliquer ».

33. Y. Chaput, *Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (de la Chronojuridicité)*, préc.