



Association
Henri Capitant

Journées internationales brésiliennes 2026

L'Insolvabilité

Henri Cas pratique
Roumanie

Călin Ștefanopol, Faculté de Droit, Université de Bucarest

1. Q1: M. SAPINVERT vous consulte sur les choix qui s'offrent à lui en vue de lancer sa restructuration.

En ce qui concerne la restructuration, les options mises à disposition, au niveau théorique, par la Loi n° 85/2014 relative aux procédures de prévention de l'insolvabilité et d'insolvabilité sont les suivantes : l'accord de restructuration, le concordat préventif et le redressement judiciaire.

L'accord de restructuration est la procédure de prévention de l'insolvabilité par laquelle un débiteur en état de difficulté élabore, conjointement avec un administrateur de la restructuration, un accord négocié avec les créanciers affectés, accord soumis au vote par catégories et à la confirmation par le juge-commissaire. Une fois confirmé, l'accord devient opposable à tous les créanciers affectés par l'accord (y compris ceux ayant voté contre ou n'ayant pas voté), protège les actes accomplis pour sa mise en œuvre et bloque, pendant sa durée, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à la demande des créanciers affectés, sans toutefois produire une suspension générale des actions et des exécutions forcées sur le patrimoine du débiteur. Après la confirmation, le juge-commissaire exerce un contrôle passif.

Le concordat préventif est la procédure judiciaire de prévention de l'insolvabilité dans le cadre de laquelle le débiteur en difficulté propose un plan de restructuration qui réaménage les créances des créanciers affectés (rééchelonnements, réductions, conversions, mesures opérationnelles), plan soumis au vote par catégories et à l'homologation par le juge-commissaire. Il existe une décision judiciaire initiale d'ouverture de la procédure de concordat préventif (avec la désignation d'un administrateur concordataire), et une décision ultérieure, d'homologation du plan. Le plan homologué devient opposable à tous les créanciers affectés. À compter de la date d'ouverture de la procédure de concordat, toutes les exécutions forcées dirigées contre le débiteur sont suspendues de plein droit ou ne sont pas engagées, quelle que soit la nature de la créance, pour une période de 4 mois. Tant avant qu'après l'homologation, le juge-commissaire exerce un contrôle actif, jusqu'à la clôture de la procédure.

Le redressement judiciaire est cette étape de la procédure d'insolvabilité dans laquelle, après la période d'observation, le débiteur (sous la surveillance de l'administrateur judiciaire) exécute un plan confirmé par le juge-commissaire, voté par classes de créances et construit sur des principes de traitement juste et équitable, qui peut inclure des mesures opérationnelles et financières, des ventes d'actifs (y compris « en tant qu'ensemble indépendant »), des conversions, des financements courants. Dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, donc y compris pendant la durée du redressement, en principe, les actions et les exécutions forcées sur le patrimoine du débiteur (i) sont suspendues dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité par décision judiciaire et (ii) cessent lorsque cette décision devient définitive.

Ainsi, l'accord de restructuration et le concordat préventif sont des procédures de prévention de l'insolvabilité. En revanche, le redressement judiciaire est une procédure applicable au débiteur à l'égard duquel la procédure d'insolvabilité a déjà été ouverte.

Une condition pour accéder à l'accord de restructuration et au concordat préventif est que le débiteur se trouve en état de difficulté financière, sans être en état d'insolvabilité, conformément à l'art. 6 al. (1) de la Loi n° 85/2014. À l'inverse, pour accéder au redressement judiciaire, le débiteur doit se trouver en état d'insolvabilité.

C'est pourquoi, pour l'identification des options concrètes de M. Sapinvert, une analyse préliminaire de quelques notions s'impose : la difficulté, l'insolvabilité et l'insuffisance d'actif. Cette analyse préliminaire constitue à la fois une partie de la réponse à la première question de M. Sapinvert, mais aussi une illustration des piliers de la Loi n° 85/2014, qui servira à répondre aux questions subséquentes.

1.1. La difficulté, l'insolvabilité et l'insuffisance d'actif. Définition des termes et développements

La difficulté. Conformément à l'art. 5 al. (1) pt. 26² de la Loi n° 85/2014, la difficulté représente l'état engendré par toute circonstance qui détermine une atteinte temporaire à l'activité donnant naissance à une menace réelle et grave à l'égard de la capacité future du débiteur de payer ses dettes à l'échéance, si des mesures adéquates ne sont pas prises. Il est important de noter que, conformément à ce texte de loi, le débiteur en état de difficulté est capable d'exécuter ses obligations au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles.

L'insolvabilité. Conformément à l'art. 5 al. (1) pt. 29 de la Loi n° 85/2014, l'insolvabilité est cet état du patrimoine du débiteur qui se caractérise par l'insuffisance des fonds disponibles pour le paiement des dettes certaines, liquides et exigibles. Celle-ci est présumée lorsque le débiteur, après 60 jours à compter de l'échéance, n'a pas payé sa dette envers le créancier. Le texte de loi précise également que la présomption est simple.

De plus, pour que la procédure d'insolvabilité soit ouverte (à la demande du créancier ou du débiteur), le montant des dettes certaines, liquides et exigibles allégué par le pétitionnaire doit dépasser 50.000 RON ou, si ces dettes représentent des créances salariales, 6 salaires moyens bruts par économie par salaire – il s'agit du seuil, conformément à l'art. 5 al. (1) pt. 72 de la Loi n° 85/2014.

Enfin, le créancier habilité à demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité est défini à l'art. 5 al. (1) pt. 20 comme étant le créancier dont la créance sur le patrimoine du débiteur est certaine, liquide et exigible depuis plus de 60 jours. Par créance certaine, au sens de la loi, on entend la créance dont l'existence résulte de l'acte de créance lui-même ou d'autres actes, même non authentiques, émanant du débiteur ou reconnus par celui-ci. Le texte de loi précise également que les créanciers ne pourront demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité que dans le cas où, après compensation des dettes réciproques, de toute nature, la somme qui leur est due dépassera le seuil prévu à l'art. 5 al. (1) pt. 72 de la Loi n° 85/2014.

Ainsi, l'état d'insolvabilité représente uniquement l'insuffisance des fonds disponibles pour le paiement des dettes certaines, liquides et exigibles – c'est-à-dire l'infériorité de l'actif disponible par rapport au passif exigible.

L'écoulement d'un délai de 60 jours à compter de la date d'échéance des dettes n'est pas un critère matériel pour l'existence de l'état d'insolvabilité, mais fonde une présomption simple de l'état d'insolvabilité. De même, l'écoulement de 60 jours à compter de la date d'exigibilité de la créance alléguée par le créancier est une condition pour l'admission de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité formulée par le créancier, conformément à l'art. 5 al. (1) pt. 20 de la Loi n° 85/2014.

Il est important de noter que la condition du délai de 60 jours s'applique uniquement à la demande formulée par le créancier, et non à la demande formulée par le débiteur. À l'inverse, conformément à l'art. 66 al. (1) de la Loi n° 85/2014, le débiteur a l'obligation de demander l'ouverture de la procédure

d'insolvabilité dans un délai de 45 jours à compter de l'apparition de l'état d'insolvabilité – le critère matériel. Ainsi, il est clair que le débiteur n'a pas à attendre l'écoulement du délai de 60 jours.

À la différence du délai de 60 jours, l'exigence du seuil s'applique tant à la demande formulée par le créancier qu'à la demande formulée par le débiteur.

Insuffisance d'actif (*en langue roumaine* : « Insolabilitate »). L'insuffisance d'actif n'est pas définie dans la Loi n° 85/2014. Conformément à l'art. 1417 al. (2) du Code civil, dans le contexte de la déchéance du débiteur du bénéfice du terme pour la survenance de l'état d'insuffisance d'actif, cette notion est définie comme l'infériorité de l'actif patrimonial pouvant être soumis, selon la loi, à l'exécution forcée, par rapport à la valeur totale des dettes exigibles. De même, à l'art. 265 al. (1) du Code de procédure fiscale, l'insuffisance d'actif est définie comme étant cet état patrimonial d'un débiteur dont les revenus et/ou les biens saisissables ont une valeur inférieure aux obligations fiscales de paiement ou qui n'a pas de revenus ni de biens saisissables.

Ainsi, le terme roumain « insolabilitate » (que nous avons traduit en langue française par « insuffisance d'actif ») est utilisé pleinement dans le vocabulaire juridique roumain, y compris en dehors du contexte fiscal, et se caractérise essentiellement par l'infériorité de l'actif patrimonial par rapport au passif patrimonial.¹ Par exemple, dans une décision de cas pratique, il a été retenu que l'insuffisance d'actif ne se confond pas avec l'insolvabilité, la différence étant faite par les biens se trouvant dans la propriété du débiteur, ceux-ci n'ayant pas de pertinence dans le cas de l'état d'insolvabilité, puisque, pour l'insolvabilité, ce sont les fonds disponibles qui sont pertinents, et non les biens et droits patrimoniaux. Cette précision est utile, entre autres, du point de vue de la tendance à, compte tenu de la similarité phonétique, assimiler le roumain « insolabilitate » au français « insolvabilité », bien que les deux mots aient des sens différents.

1.2. La recommandation principale : Le redressement judiciaire

Au regard des définitions de la difficulté et de l'insolvabilité présentées, il convient de vérifier si Verdure se trouve en état d'insolvabilité. En cas de réponse affirmative, Verdure n'a pas, au moment du cas pratique, accès aux procédures de prévention de l'insolvabilité, la seule option si la situation de fait du cas pratique ne change pas étant le redressement judiciaire en tant qu'étape de la procédure d'insolvabilité.

Compte tenu de la définition de l'état d'insolvabilité comme infériorité des fonds disponibles par rapport aux dettes certaines, liquides et exigibles, nous comparerons ces deux composantes.

Les fonds disponibles se composent du solde créditeur de 5.000 EUR et du découvert de compte d'une valeur de 10.000 EUR, s'élevant au total à la valeur de 15.000 EUR.

Les dettes certaines, liquides et exigibles se composent au moins des salaires et des cotisations sociales d'un montant de 30.000 EUR et de la taxe sur la valeur ajoutée d'un montant de 27.300 EUR, en tant que sommes indiquées expressément dans le cas pratique. Ainsi, les dettes certaines, liquides et exigibles sont supérieures à 57.300 EUR – à cette somme s'ajoute au moins la dernière échéance des emprunts bancaires, si celles-ci ne sont pas déjà exigibles, en tout ou en partie, ainsi que les dettes envers les fournisseurs.

¹ C.A. Bucarest, 5ème sect. civ., déc. n° 2335 du 16 novembre 2018 *apud* R. Rizoïu, *Codul insolvenței adnotat*, 2ème éd., Rosetti International, Bucarest, 2022, p. 56.

De la comparaison des fonds disponibles avec les dettes certaines, liquides et exigibles, il résulte que la composante d'actif (les fonds) est en infériorité, et Verdure est parvenue à l'incapacité de paiement. Par conséquent, Verdure se trouve en état d'insolvabilité et non de difficulté, Verdure n'étant pas, au moment du cas pratique, capable de payer ses dettes échues.

Dans l'hypothèse du maintien de cette situation de fait, elle ne pourra recourir à aucune procédure de prévention de l'insolvabilité, car :

- a) **accord de restructuration** : le juge-commissaire ne confirmera pas l'accord de restructuration si, au moment de la confirmation, il constate que Verdure est en état d'insolvabilité ; et
- b) **concordat préventif** : le juge-commissaire ne prononcera pas l'ouverture du concordat préventif si, à la date de la résolution de la demande d'ouverture, il constate que Verdure est en insolvabilité.

Ainsi, en l'absence de modification de la situation de fait, la seule variante de restructuration que M. Sapinvert peut envisager est le redressement judiciaire subséquente à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

De plus, bien que du cas pratique il ne résulte pas que le délai de 45 jours à l'expiration duquel le débiteur a l'obligation de demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ait expiré, son échéance est imminente. Le dépassement du délai de 45 jours peut constituer un fondement pour engager la responsabilité de M. Sapinvert pour avoir causé l'état d'insolvabilité dans les conditions de l'art. 169 de la Loi n° 85/2014, si le retard consolide l'état d'insolvabilité. De même, si le délai de 45 jours est dépassé de plus de 6 mois, alors M. Sapinvert commet l'infraction de banqueroute simple, prévue à l'art. 240 du Code pénal.

Il est vrai que ce délai de 45 jours est suspendu dans le cas où, à son expiration, Verdure par l'intermédiaire de M. Sapinvert est engagée de bonne foi dans des négociations en vue de la restructuration avec M. Sapingris, et l'obligation de demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devient exigible à l'expiration d'un délai de 5 jours à compter de l'échec des négociations, conformément à l'art. 66 al. (2) de la Loi n° 85/2014. Toutefois, il résulte du cas pratique que les deux ont déjà exprimé les éléments souhaités de la vente négociée et que ceux-ci semblent irréconciliables, de sorte que l'on peut considérer que les négociations ont déjà échoué.

Dans le même sens, **la vente du fonds de commerce** (possible d'un point de vue strictement juridique) n'est pas une voie de redressement viable, compte tenu du désaccord des parties.² De même, même si M. Sapinvert acceptait la vente pour un prix symbolique, comme le propose M. Sapingris, cette voie n'est pas non plus viable. La société a besoin de liquidités le plus rapidement possible, et non dans un avenir incertain, après que les investissements envisagés par M. Sapingris finiraient, éventuellement, par générer des revenus pour la société. La vente du fonds de commerce n'apporterait pas à la société les liquidités nécessaires maintenant, mais seulement éventuellement dans le futur. La conclusion ne change pas même si M. Sapingris, en sa qualité de créancier de Verdure, acceptait une remise de dette en échange de l'acquisition du fonds de commerce pour un prix symbolique, car les autres dettes exigibles resteraient supérieures aux fonds disponibles.

² Supplémentairement, pour que la vente soit viable, l'accord du franchiseur est également nécessaire. Nous avons analysé cet aspect dans le cadre des questions de la section Q3.

En ce qui concerne la variante proposée par l'expert-comptable, à savoir **le licenciement de la moitié du personnel et l'apport en capital propre**, celle-ci peut représenter une voie de sauvetage de la société Verdure, mais non sans obstacles.

Le licenciement. D'une part, le licenciement serait un licenciement pour motifs non imputables au salarié, raison pour laquelle le respect d'un délai de préavis d'au moins 20 jours ouvrables est obligatoire, conformément à l'art. 75 al. (1) combiné avec l'art. 65 du Code du travail. Si les contrats individuels de travail des salariés ou la convention collective de travail prévoient un délai de préavis plus long, celui-ci devra être respecté. Ainsi, la réduction des charges salariales en temps utile est improbable.

L'apport en capital. D'autre part, l'apport en capital ayant pour objet la somme de 100.000 EUR héritée peut être une voie pour redresser la société pour une courte durée, si cette somme est suffisante pour couvrir toutes les dettes échues. Ici, M. Sapinvert doit prendre en compte l'inquiétude légitime de réinvestir dans une société fragile. Théoriquement, après le rétablissement de la capacité de paiement, Verdure pourra recourir à une procédure de prévention de l'insolvabilité.

De plus, il résulte du cas pratique que l'expert-comptable a identifié une possibilité de redressement uniquement dans l'application cumulée des mesures susmentionnées, à savoir tant le licenciement que l'apport en capital. L'application d'une seule de ces mesures ou la non-application des deux suffisamment rapidement peut conduire à l'impossibilité de rétablir la capacité de paiement en temps utile.

Dans ce contexte, rappelons qu'outre l'expiration du délai de 45 jours à l'échéance duquel le débiteur est obligé de demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le délai de 60 jours qui permet aux créanciers de formuler des demandes d'ouverture de la procédure d'insolvabilité expirera bientôt, ce qui potentialise le risque d'une insolvabilité irréversible.

Pour ces raisons, l'accord de restructuration et le concordat préventif ne sont pas exclus en tant que voies potentielles de restructuration, à condition que des démarches supplémentaires soient effectuées, mais nous estimons que ces deux options sont irréalistes. Ainsi, la recommandation principale est le dépôt d'une demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vue d'initier l'étape du redressement judiciaire.

1.3. Les options résiduelles : Accord de restructuration ou concordat préventif

Le seul scénario dans lequel Verdure aurait accès à l'accord de restructuration ou au concordat préventif est, comme nous l'avons anticipé, celui dans lequel l'état d'insolvabilité serait préalablement éliminé, et Verdure ne resterait qu'avec une difficulté financière, en tant que société fraîchement assainie, mais encore vulnérable.

La mise en œuvre de la stratégie proposée par l'expert-comptable n'est pas probable, mais il est possible qu'elle réussisse. À la suite de la mise en œuvre de cette stratégie et de sa réussite, Verdure pourra initier l'une des deux procédures de prévention de l'insolvabilité, comme suit.

L'accord de restructuration. Pour accéder à la procédure de l'accord de restructuration, Verdure devra collaborer avec un administrateur de la restructuration (parmi les praticiens de l'insolvabilité). Elle signera avec celui-ci un contrat de mandat et rédigera l'accord conjointement avec lui dans la forme requise par la loi. Elle pourra inclure dans le plan, en tant que mesures de redressement, y compris la vente du fonds de commerce (la terminologie exacte : « la valorisation de l'entreprise en tant

qu'ensemble indépendant », conformément à l'art. 15² al. (1) let. g) de la Loi n° 85/2014), si une collaboration avec M. Sapingris est encore possible, ainsi que des licenciements individuels ou collectifs, le cas échéant (art. 15² al. (1) let. h) de la Loi n° 85/2014). Elle notifiera et collectera les votes des créanciers affectés par catégories (art. 15⁴ de la Loi n° 85/2014), puis déposera la demande de confirmation au tribunal (art. 15⁷ de la Loi n° 85/2014). Après la confirmation, l'accord devient opposable à tous les créanciers affectés, y compris ceux ayant voté contre ou n'ayant pas voté (art. 15⁸ al. (2) de la Loi n° 85/2014), et pendant la durée de la procédure, l'insolvabilité ne peut être ouverte à la demande de ces créanciers (art. 15¹² al. (2) de la Loi n° 85/2014).

Le concordat préventif. Pour accéder à la procédure du concordat préventif, Verdure devra déposer au tribunal la demande d'ouverture de la procédure, en demandant la nomination de l'administrateur concordataire. Dès l'ouverture, la suspension de plein droit de la majorité des exécutions forcées opère en principe pour un maximum de 4 mois, avec possibilité de prolongation sur demande (art. 25 de la Loi n° 85/2014). Dans un délai de 60 jours à compter de l'ouverture de la procédure, l'administrateur concordataire élabore ou, selon le cas, assiste Verdure dans l'élaboration du plan de restructuration (art. 24 de la Loi n° 85/2014). Le plan pourra inclure la vente du fonds de commerce (« la valorisation de l'entreprise en tant qu'ensemble indépendant » - art. 24 al. (1) let. g–h) de la Loi n° 85/2014) et des licenciements individuels ou collectifs — art. 24 al. (1) let. h) de la Loi n° 85/2014. Le plan sera soumis au vote des créanciers affectés par catégories et l'homologation sera demandée. Après l'homologation, le plan devient opposable aux créanciers affectés et est exécuté sous le contrôle du juge-commissaire jusqu'à la clôture de la procédure, conformément à l'art. 34 al. (1) de la Loi n° 85/2014.

2. Q2: Finalement, un redressement judiciaire a été ouvert et un plan de cession est envisagé. Inquiet de cette perspective, le franchiseur souhaite obtenir la résiliation du contrat de franchise en tirant argument du défaut de paiement des redevances qui lui sont dues. Il souhaiterait aussi récupérer les marchandises qu'il a vendues à la société VERDURE en stipulant une clause de réserve de propriété. Eclairez-le.

Le problème soulevé par le franchiseur met en lumière deux institutions juridiques qui sont traitées expressément dans la jurisprudence obligatoire de la Haute Cour de Cassation et de Justice de Roumanie et dans les dispositions de la Loi n° 85/2014, à savoir (i) la résiliation du contrat pour inexécutions du débiteur antérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et (ii) le traitement de la vente avec réserve de propriété dans la procédure d'insolvabilité. Nous les analyserons dans des sections distinctes.

2.1. La résiliation du contrat de franchise. La dénonciation unilatérale des contrats en cours

Un premier pas de la réponse à la question du franchiseur est la qualification du contrat de franchise du point de vue du traitement juridique des contrats du débiteur postérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. De plus, parce que l'intérêt du franchiseur semble être la cessation du contrat – pas nécessairement la résiliation, et que la Loi n° 85/2014 configure un droit de dénonciation unilatérale spécial appartenant à l'administrateur judiciaire, y compris à la demande du cocontractant, nous avons inclus également l'analyse de la dénonciation unilatérale dans le contexte de la résiliation. D'ailleurs, les deux sont fortement interconnectées dans la configuration de la Loi n° 85/2014, comme nous le détaillerons.

Pour la qualification du contrat, nous constatons que, conformément à l'art. 1 al. (1) de l'O.G. n° 52/1997 relative au régime juridique de la franchise, la définition légale du contrat de franchise est la suivante :

« La franchise représente un système de commercialisation des produits et/ou des services et/ou des technologies, fondé sur une collaboration continue entre des personnes physiques ou morales indépendantes du point de vue juridique et financier, par lequel une personne, dénommée franchiseur, accorde à une autre personne, dénommée franchisé, le droit et impose l'obligation d'exploiter une affaire, conformément au concept du franchiseur. Ce droit autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser les marques de produits et/ou de services, d'autres droits de propriété intellectuelle ou industrielle protégés, le know-how, les droits d'auteur, ainsi que les enseignes des commerçants, bénéficiant d'un apport continu d'assistance commerciale et/ou technique de la part du franchiseur, dans le cadre et pour la durée du contrat de franchise conclu entre les parties à cet effet. »

Ce contrat implique, de manière essentielle, une collaboration continue, la doctrine roumaine expliquant qu'en échange du paiement des redevances, le franchiseur vend au franchisé un ensemble de droits de propriété intellectuelle et, de plus, ³« l'assiste dans l'exécution du contrat tant par la fourniture continue de matières premières et de matériaux nécessaires à l'exploitation de la marque ou du style d'affaires, que par la promotion continue de la marque ». Ainsi, la franchise est un contrat à exécution successive, et non à exécution *uno actu*, étant un exemple typique de « contrat en cours » au sens de la Loi n° 85/2014.⁴

La franchise est également un contrat en cours essentiel au sens de la Loi n° 85/2014.

Précisément, les contrats en cours, conformément à l'art. 5 al. (1) pt. 8¹ de la Loi n° 85/2014, sont « les contrats qui n'ont pas été exécutés en totalité ou substantiellement par toutes les parties à la date de la confirmation de l'accord de restructuration ou, selon le cas, à la date d'ouverture de la procédure du concordat préventif ou d'insolvabilité ».

De même, les contrats en cours essentiels sont, conformément à l'art. 5 al. (1) pt. 8² de la Loi n° 85/2014, « les contrats de la catégorie prévue au pt. 8¹ nécessaires pour la continuation de l'activité courante, y compris ceux ayant pour objet la fourniture de biens ou de services, dont la suspension entraînerait l'interruption de celle-ci, incluant sans s'y limiter les contrats de leasing, licence, **franchise**, fourniture à long terme, tels que l'électricité, l'eau, les télécommunications, le gaz ».⁵

Étant un contrat en cours, la franchise de la marque Plantetout se maintient de plein droit à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, conformément à l'art. 123 al. (1) de la Loi n° 85/2014, et donc ne cesse pas.

³ G. Piperea, *Contracte și obligații comerciale*, C.H. Beck, Bucarest, 2019, p. 683.

⁴ A.-I. Andrei, *Efectele deschiderii procedurii de insolvență asupra contractelor în derulare ale debitorului*, Solomon, Bucarest, 2021, p. 122.

⁵ Nous estimons que l'inclusion de la franchise, en tant que contrat abstrait, dans l'énumération ne doit pas être lue dans le sens que toute franchise est toujours essentielle. Dans le cas pratique donné, l'activité lucrative de la société Verdure semble dépendre de la franchise de la marque Plantetout, donc ce contrat de franchise est un contrat en cours essentiel.

Toutefois, tant la dénonciation unilatérale que la résiliation demeurent des voies de cessation du contrat possibles d'un point de vue théorique. Nous distinguerons ci-après selon ces deux voies.

La dénonciation unilatérale. Conformément à l'art. 123 al. (1) de la Loi n° 85/2014, l'administrateur judiciaire (c'est-à-dire le praticien de l'insolvabilité désigné à l'étape du redressement judiciaire) a le droit, dans un délai de 3 mois à compter de la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, de dénoncer les contrats en cours – donc y compris la franchise.

En parallèle, également dans un délai de 3 mois à compter de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le franchiseur peut notifier à l'administrateur judiciaire une demande de dénonciation du contrat. Dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la notification, l'administrateur judiciaire doit répondre à la notification et préciser s'il dénonce ou maintient le contrat.

Le contrat cesse (i) à la date d'expiration du délai de 30 jours à compter de la réception de la demande de dénonciation du franchiseur, si l'administrateur ne répond pas dans ce délai, ou (ii) à la date de la communication de la notification de dénonciation unilatérale par l'administrateur judiciaire (indépendamment du fait que la dénonciation ait eu lieu à l'initiative de l'administrateur judiciaire ou à la demande du franchiseur).

Dans l'hypothèse de la dénonciation unilatérale à l'initiative de l'administrateur judiciaire, le franchiseur pourra former contre le débiteur une action judiciaire en dommages-intérêts causés par la dénonciation du contrat, conformément à l'art. 123 al. (4) de la Loi n° 85/2014. ⁶Il a été ainsi montré en doctrine qu'une forme de responsabilité contractuelle du débiteur est ainsi engagée pour le fait de la dénonciation (autorisée expressément par la loi – donc une responsabilité indépendante de la faute), et que la quantification de l'indemnisation devrait avoir pour critère l'avantage patrimonial prévisible au moment de la conclusion du contrat, que le cocontractant du débiteur aurait été en droit d'obtenir si le débiteur soumis à la procédure d'insolvabilité avait exécuté exactement et dans le respect de l'échéance les prestations auxquelles il s'était obligé contractuellement.

En revanche, si l'administrateur judiciaire dénonce le contrat à la demande du franchiseur, le franchiseur s'expose au risque que le juge-commissaire considère qu'il n'a pas accès à l'action en dommages-intérêts. Bien que le texte de loi ne distingue pas en fonction du titulaire de l'initiative de la dénonciation, une explication peut être que l'action en dommages-intérêts, bien qu'indépendante de la faute, sert néanmoins de remède pour le partenaire contractuel confronté à une résiliation du contrat qu'il n'aurait pas souhaitée, mais qu'il doit tolérer en raison du régime juridique dérogatoire de la législation en matière d'insolvabilité. Ainsi, lorsque la dénonciation intervient à l'initiative du partenaire contractuel, même si l'événement décisif reste la notification de dénonciation unilatérale émise par l'administrateur judiciaire ou l'absence de réponse de l'administrateur dans le délai de 30 jours, on pourrait argumenter que le partenaire contractuel n'est pas pris par surprise, mais souhaite la cessation du contrat à la suite d'un calcul d'opportunité propre, et que l'inexécution contractuelle est causée par lui.

Indépendamment de cette circonstance, nous relevons que la dénonciation est de toute façon peu susceptible d'avoir lieu, car il est peu probable que l'administrateur judiciaire décide de dénoncer (de sa propre initiative ou même si le franchiseur le demande). Plus précisément, l'administrateur judiciaire est tenu de décider de la mesure de dénonciation en tenant compte de la consolidation des chances de redressement du débiteur et de la maximisation du taux de recouvrement des créances.

⁶ A.-I. Andrei, *op.cit.*, p. 193-204.

Or, l'utilisation de la marque Plantetout semble essentielle pour le déroulement de l'activité du débiteur. De plus, il résulte du cas pratique qu'une cession de l'entreprise est envisagée (« la vente des biens en tant qu'ensemble indépendant » – art. 133 al. (5) let. c) de la Loi n° 85/2014). Ainsi, une cession de l'entreprise implique la cession du contrat de franchise, et la cession du contrat de franchise ne peut se réaliser sans la prise en charge préalable du contrat par l'administrateur judiciaire, ce qui, de nouveau, exclut la résiliation⁷.

La résiliation. Dans l'hypothèse du maintien du contrat, celui-ci continue à s'exécuter, mais n'est pas complètement à l'abri de la résiliation. La possibilité pour le franchiseur de résilier le contrat diffère selon qu'il réclame des redevances échues avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou postérieurement.

Ainsi, par l'Arrêt préalable n° 42/2021 prononcé par la Haute Cour de Cassation et de Justice, la Formation pour la résolution de certaines questions de droit, il a été retenu avec effet général obligatoire ce qui suit :

« ne sont pas admissibles les actions en résiliation des contrats à exécution successive maintenus par l'administrateur judiciaire ou le liquidateur judiciaire, introduites par la voie du droit commun après le moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour le non-respect par le défendeur débiteur des obligations contractuelles consistant dans le paiement de sommes échues antérieurement à l'ouverture de cette procédure »⁸

Ainsi, si les redevances réclamées par le franchiseur sont devenues exigibles antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la résiliation n'est pas possible. La seule option du franchiseur pour le recouvrement de ces redevances est le dépôt d'une déclaration de créance en vue de la participation, en qualité de créancier, à la procédure d'insolvabilité, dans les conditions de l'art. 102 al. (1) de la Loi n° 85/2014.⁹

À l'inverse, si les redevances réclamées sont devenues exigibles postérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le franchiseur pourra former une demande de paiement des créances courantes. Conformément à l'art. 75 al. (3) de la Loi n° 85/2014, le paiement de ces créances se fait sans inscription au tableau des créances, avec pour conséquence que le franchiseur ne dépendra pas de l'ordre de priorité établi pour la distribution des fonds obtenus de la vente des biens et droits de l'actif du débiteur.

Si le débiteur persiste dans le non-paiement des redevances échues postérieurement à l'ouverture de la procédure, alors le franchiseur pourra résilier judiciairement le contrat de franchise, conformément à l'art. 123 al. (3) de la Loi n° 85/2014.

⁷ A.-I. Andrei, *op.cit.*, p. 134.

⁸ Dans sa motivation, la Haute Cour de Cassation et de Justice a retenu, entre autres, que, s'agissant de la Loi n° 85/2014, « L'intérêt que l'on cherche à protéger est cependant bien plus large, à savoir la santé du milieu des affaires, les créanciers étant contraints de participer au redressement du débiteur, et non d'assister passivement à sa faillite. »

⁹ « À l'exception des salariés dont les créances seront enregistrées par l'administrateur judiciaire conformément aux écritures comptables, tous les autres créanciers, dont les créances sont antérieures à la date d'ouverture de la procédure, déposeront la demande d'admission des créances dans le délai fixé dans la décision d'ouverture de la procédure. Les demandes d'admission des créances seront enregistrées dans un registre, qui sera conservé au greffe du tribunal. Sont des créances antérieures également les créances budgétaires établies par une décision d'imposition établie postérieurement à l'ouverture de la procédure, mais qui a pour objet l'activité antérieure du débiteur. »

En conclusion, les options du franchiseur pour la cessation du contrat sont les suivantes :

- a) il formule une demande de dénonciation unilatérale adressée à l'administrateur judiciaire, dépendant de la décision de ce dernier ; ou
- b) dans l'hypothèse du maintien du contrat, il demande la résiliation uniquement pour le non-paiement des redevances devenues exigibles postérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, si, à la suite de la formulation d'une demande de paiement, ces redevances restent impayées.

En aucun cas, le franchiseur ne pourra résilier pour non-paiement des redevances devenues exigibles antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

2.2. La clause de réserve de propriété. Le traitement des mécanismes de réserve de propriété à titre de garantie en droit roumain

La question du franchiseur soulève un problème d'approche générale du système juridique concernant la cartographie des sûretés réelles disponibles¹⁰. Ainsi, lorsque les parties à un contrat manipulent les règles supplétives de transfert de la propriété dans le but de garantir l'exécution d'une obligation, le droit de propriété ainsi manipulé devra-t-il être traité comme tout autre droit de propriété ou comme une sûreté réelle ?

Conformément à l'art. 2.347 du Code civil, les contrats qui ont pour effet la conservation ou la constitution d'un droit sur un bien pour assurer l'exécution d'une obligation, quels qu'en soient le nombre, la nature ou la dénomination, sont soumis aux règles édictées pour les hypothèques en matière d'opposabilité, d'ordre de préférence et d'exécution. De telles structures sont appelées opérations assimilées à l'hypothèque. Conformément au même texte de loi, la clause de réserve de propriété, le pacte de rachat et la cession de créance à titre de garantie sont des opérations assimilées à l'hypothèque.

L'application des règles de l'hypothèque en matière de ces opérations a été réceptionnée dans la Loi n° 85/2014, car l'art. 5 al. (1) pt. 15 définit les créances bénéficiant de causes de préférence comme « les créances assorties d'un privilège et/ou d'un droit d'hypothèque et/ou de droits assimilés à l'hypothèque, conformément à l'art. 2.347 du Code civil, et/ou d'un droit de gage sur les biens du patrimoine du débiteur, que celui-ci soit débiteur principal ou tiers garant envers les personnes bénéficiaires des causes de préférence ».

Ainsi, d'un point de vue fonctionnel, le droit roumain ne résume pas l'idée de sûreté réelle aux droits réels de garantie – limités en nombre¹¹. Au contraire, il étend les règles applicables aux hypothèques (la sûreté réelle principale en droit roumain, portant sur les biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, y compris les universalités de biens) également à ces mécanismes de manipulation des règles de transfert de la propriété à titre de garantie, même si l'intention des parties n'était pas la constitution d'un droit réel de garantie. De tels mécanismes sont précisément les opérations assimilées à l'hypothèque.

La réception de ce type d'approche a une application particulière en matière de vente avec réserve de propriété. Selon l'art. 123 al. (6) de la Loi n° 85/2014, si le vendeur d'un bien s'est réservé le droit de

¹⁰ C. Ștefanopol, *Operațiunile asimilate ipotecilor în dreptul comparat. Așezare în context*, Revue roumaine de droit privé n° 1/2015.

¹¹ Conformément à l'art. 2.350 du Code civil.

propriété jusqu'au paiement intégral du prix de vente, la vente sera considérée comme exécutée par le vendeur et ne sera pas soumise au droit de dénonciation unilatérale de l'administrateur judiciaire, la réserve de propriété étant opposable à l'administrateur judiciaire si les formalités de publicité prévues par la loi ont été accomplies. Le bien au sujet duquel le vendeur a retenu le titre de propriété entre dans l'actif du débiteur, et le vendeur bénéficie d'une cause de préférence, conformément à l'art. 2.347 du Code civil.

De l'agrégation de ces dispositions légales, il résulte, en premier lieu, que le franchiseur ne pourra pas former une action en revendication ou une demande de restitution en nature des marchandises vendues, car celles-ci sont considérées comme irrévocablement entrées dans l'actif de Verdure.

En second lieu, la réserve du droit de propriété pourra être valorisée par le franchiseur au titre de créance bénéficiant d'une cause de préférence, bénéficiant ainsi de la priorité lors de la distribution du prix obtenu de la vente en procédure des marchandises au sujet desquelles la propriété avait été réservée. À cette fin, le franchiseur doit avoir enregistré sa clause de réserve de propriété au Registre National de Publicité Mobilière, le registre de publicité applicable à la publicité d'une série de droits relatifs aux biens meubles, conformément à l'art. 4 al. (1)¹²¹³ de la Loi n° 297/2018 relative à la publicité mobilière. Si ces formalités de publicité ne sont pas accomplies, le franchiseur aura le statut de créancier chirographaire.

3. Q3: Monsieur SAPINVERT souhaiterait candidater pour être le repreneur de l'entreprise défaillante en déposant une offre de reprise à travers une société qu'il constituerait avec ses enfants. Le peut-il ? Si la reprise par voie de plan de cession est finalement la solution retenue par le tribunal, permettra-t-elle de transférer au repreneur le contrat de franchise en dépit de la clause d'agrément qu'il comporte ? Si ce plan de cession échoue, les actifs de la société seront vendus dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Quel scénario serait le plus intéressant pour les créanciers ?

3.1. L'offre de reprise formulée par la société nouvelle. Le problème de la « personne étroitement liée » au débiteur

Du point de vue du droit roumain de l'insolvabilité, M. Sapinvert peut déposer une offre de reprise de l'entreprise par l'intermédiaire d'une société nouvellement constituée avec ses enfants, mais uniquement dans le respect des garanties supplémentaires imposées lorsque l'adjudicataire est une « personne étroitement liée » au débiteur.

Concrètement, conformément à l'art. 5 al. (1) pt. 42² de la Loi n° 85/2014, la personne étroitement liée à la personne qui, dans une période de 2 ans avant l'ouverture d'une procédure prévue par la Loi n° 85/2014, a eu, entre autres, au moins l'une des qualités suivantes :

¹² « L'enregistrement des opérations concernant les hypothèques mobilières, des opérations assimilées à celles-ci, des actes sous seing privé qui sont des titres exécutoires dans les conditions de la loi, des autres droits prévus par la loi, ainsi que la publicité des actes et opérations juridiques prévus par la loi s'effectue dans le Registre, qui constitue un système de preuve de la priorité des hypothèques mobilières et de publicité, structuré par personnes et par biens. »

¹³ Pour l'intégration du registre de publicité mobilière en Roumanie, à une période où l'opposabilité des droits sur les biens meubles se réalisait presque uniquement par la possession, v. N. de la Peña, H.W. Flesig, *Romania: Law on Security Interests in Personal Property and Commentaries in Review of Central and East European Law*, 29(2), June 2004.

- a) personne morale affiliée, par exemple le scénario dans lequel une personne (c'est-à-dire M. Sapinvert) détient au minimum 25%¹⁴ de la valeur/du nombre des titres de participation ou des droits de vote tant dans la première personne morale que dans la seconde ou si elle les contrôle effectivement ; ou
- b) personne morale dans laquelle les directeurs, les administrateurs ou les associés/actionnaires du débiteur sont membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance.

La société créée par M. Sapinvert avec ses enfants relève d'au moins l'une de ces catégories – très probablement des deux, en fonction des participations et/ou du contrôle effectif de M. Sapinvert sur les deux sociétés. De même, bien qu'il résulte du cas pratique que la société acquéreuse serait constituée postérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité de Verdure et ne relèverait ainsi pas formellement « d'une période de 2 ans avant l'ouverture d'une procédure prévue par la Loi n° 85/2014 », nous considérons que *a fortiori* le même régime juridique s'impose aux sociétés constituées postérieurement à l'ouverture d'une procédure de prévention de l'insolvabilité ou d'insolvabilité. La raison de l'institution de la période de 2 ans est l'élimination de l'étiquette de « personne étroitement liée » lorsque suffisamment de temps s'est écoulé depuis la rupture des liens entre cette personne et le débiteur, et nullement celle d'éliminer.

Ainsi, la société acquéreuse est une personne étroitement liée au débiteur Verdure au sens de la Loi n° 85/2014.

En conséquence, la vente des biens de Verdure en tant qu'ensemble indépendant est permise, et la société nouvellement constituée pourra déposer une offre de reprise, mais dans le respect des garanties supplémentaires suivantes, qui n'auraient pas été applicables si l'acquéreur de l'ensemble n'avait pas été une personne étroitement liée au débiteur – art. 133 al. (5) let. c) et 141 al. (4) combinés avec l'art. 154¹ de la Loi n° 85/2014 :

- a) la vente doit être ouverte, compétitive, transparente et réunir les conditions du marché ;
- b) la personne étroitement liée au débiteur doit préciser dans l'offre qu'elle est une personne étroitement liée au débiteur, en indiquant également les éléments de lien avec celui-ci, conformément à l'art. 5 al. (1) pt. 42² ;

¹⁴ Conformément à l'art. 7 pt. 26 du Code fiscal, auquel la Loi n° 85/2014 renvoie expressément, la personne affiliée est :

« a) une personne physique est affiliée à une autre personne physique si celles-ci sont époux/épouse ou parents jusqu'au troisième degré inclus ;

b) une personne physique est affiliée à une personne morale si la personne physique détient, directement ou indirectement, y compris les détentions des personnes affiliées, au minimum 25% de la valeur/du nombre des titres de participation ou des droits de vote d'une personne morale ou si elle contrôle effectivement la personne morale ;

c) une personne morale est affiliée à une autre personne morale si au moins celle-ci détient, directement ou indirectement, y compris les détentions des personnes affiliées, au minimum 25% de la valeur/du nombre des titres de participation ou des droits de vote de l'autre personne morale ou si elle contrôle effectivement cette personne morale ;

d) une personne morale est affiliée à une autre personne morale si une personne détient, directement ou indirectement, y compris les détentions de ses personnes affiliées, au minimum 25% de la valeur/du nombre des titres de participation ou des droits de vote tant dans la première personne morale que dans la seconde ou si elle les contrôle effectivement ; »

- c) les personnes qui ne sont pas étroitement liées au débiteur disposent d'un délai raisonnable pour déposer des offres, mais pas plus de 10 jours ;
- d) l'information concernant la qualité de personne étroitement liée au débiteur doit être portée à la connaissance du comité des créanciers et des autres offrants participants à la procédure de valorisation ; et
- e) rapport d'évaluation des biens en tant qu'ensemble indépendant réalisé par un évaluateur agréé indépendant, exigence qui est considérée comme remplie dans le cas où une évaluation des biens en tant qu'ensemble indépendant a déjà été réalisée dans le cadre de la procédure.

De même, le praticien de l'insolvabilité établira un rapport par lequel il justifie, principalement, les éléments suivants :

- a) la vente est réalisée de manière compétitive, transparente, comme il résulte du registre des personnes contactées et des offres reçues, et réunit les conditions du marché ;
- b) l'offre considérée comme gagnante est la meilleure offre déposée, et dans la sélection de l'offre gagnante, les offres appartenant à des personnes qui ne sont pas étroitement liées au débiteur ont également été prises en considération ;
- c) l'offre passe le test du scénario alternatif en ce sens que le prix proposé pour la vente des biens en tant qu'ensemble indépendant est au moins égal ou plus avantageux que celui estimé dans le scénario alternatif de la vente des biens individuellement ; et
- d) l'offre assure le respect des droits des salariés.

Ce rapport sera déposé auprès du juge-commissaire, qui autorisera la vente soit en même temps que la confirmation du plan de redressement qui propose cette mesure, dans le cas du redressement judiciaire, soit par décision séparée, dans le cas de la liquidation judiciaire.

Dans l'ensemble, pour la réussite de la vente des biens en tant qu'ensemble indépendant, il est nécessaire, en substance, que l'offre de la société nouvellement constituée soit compétitive, qu'il existe une transparence complète concernant les liens entre la société offrante et la société Verdure, et que le praticien de l'insolvabilité soit prêt à effectuer une série de démarches supplémentaires.

En particulier, l'offre doit passer le test du scénario alternatif, le praticien de l'insolvabilité devant justifier que, à la suite de la vente, la vente en tant qu'ensemble indépendant est au moins aussi avantageuse que dans un scénario imaginé de vente des biens individuellement.

3.2. La clause d'agrément. La cession des contrats *intuitu personae* dans la procédure d'insolvabilité

Dans la doctrine roumaine, il a été précisé à propos de la clause d'agrément dans les contrats de franchise ce qui suit :

« La principale conséquence du caractère *intuitu personae* du contrat de franchise est que celui-ci est, en principe, incessible. En cas d'existence d'une stipulation en ce sens, le contrat pourra toutefois être cédé, à la suite de l'agrément du cessionnaire par le franchiseur. Ainsi, la doctrine spécialisée a nommé cette clause comme étant "d'agrément" »¹⁵

¹⁵ M. Mocanu, *Contractul de franciză*, Revue roumaine de droit des affaires, n° 2/2008, disponible à l'adresse www.sintact.ro.

De plus, conformément à l'art. 6 al. (1) de l'O.G. n° 52/1997, un principe du contrat de franchise est que « les conditions dans lesquelles pourra opérer la cession des droits découlant du contrat seront clairement précisées, en particulier les conditions de désignation d'un successeur ».

Ainsi, la clause d'agrément s'intègre dans la logique naturelle du contrat de franchise et suppose, assurément, un attachement envers le franchisé choisi par le franchiseur et une réticence face au changement du franchisé sans l'accord du franchiseur.

Pour voir comment ce paradigme se reflète dans les options relatives à la cession du contrat de franchise dans la procédure d'insolvabilité, nous illustrerons, (i) d'abord, quelques repères concernant le régime de droit commun de la cession de contrat et (ii) le régime juridique de la cession des contrats en cours à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité conformément à la Loi n° 85/2014. Ce n'est (iii) qu'ultérieurement que nous appliquerons les conclusions de ces deux sous-sections à la spécificité du contrat de franchise.

La cession de contrat en droit commun. Conformément à l'art. 1.315 al. (1) du Code civil, une partie peut substituer un tiers dans les rapports nés d'un contrat uniquement si les prestations n'ont pas encore été intégralement exécutées et si l'autre partie y consent. Conformément à l'art. 1.317 al. (1) du Code civil, si une partie a consenti par anticipation à ce que l'autre partie puisse substituer un tiers dans les rapports nés du contrat, la cession produit ses effets à l'égard de cette partie à partir du moment où la substitution lui est notifiée ou, selon le cas, à partir du moment où elle l'accepte.

Ainsi, la règle de droit commun en matière de cession de contrat est que la cession produit ses pleins effets uniquement en présence de l'accord anticipé ou actuel du contractant cédé.

En ce qui concerne la relation entre l'institution de la cession de contrat et la qualification d'un contrat particulier comme étant *intuitu personae*, la littérature spécialisée précise ce qui suit :

« La majorité des contrats sont cessibles. Par dérogation à cette règle, certains contrats ne peuvent pas être cédés. Il s'agit des contrats *intuitu personae*, comme les contrats de mandat ou les contrats d'entreprise et, en général, les contrats qui donnent naissance à des obligations de faire, pour lesquels le choix du cocontractant et son identité sont décisifs pour l'autre contractant. De même, les parties contractantes peuvent stipuler expressément dans d'autres contrats une clause d'incessibilité, qui leur confère, par voie conventionnelle, un caractère strictement personnel et, par conséquent, incessible. »¹⁶

Dans un autre ouvrage, la distinction est faite entre les contrats (i) parfaitement cessibles, (ii) les contrats personnels de manière subjective, dans lesquels le contrat est conçu de telle manière qu'il n'atteint sa finalité que si l'identité du partenaire contractuel reste inchangée et (iii) les contrats personnels de manière objective, « non en considération d'un individu déterminé, mais de capacités ou de qualités que celui-ci possède, comme une spécialisation professionnelle ou une aptitude »¹⁷.

Au regard des textes de loi indiqués et de ces précisions doctrinales, nous considérons que nous pouvons décanter les trois types de contrats suivants, situés sur un spectre du caractère personnel :

¹⁶ L. Pop, *Tratat de drept civil. Nașterea, statica, dinamica și stingerea obligațiilor. Ființa obligațiilor civile*, Universul Juridic, Bucurest, p. 347.

¹⁷ A. Almășan, *Drept civil. Dinamica obligațiilor*, Hamangiu, Bucurest, 2018, p. 236-238.

- a) **Contrats cessibles sans limitation.** Dans leur cas, la règle de droit commun de l'existence de l'accord du contractant cédé est maintenue, mais n'est qu'une condition d'opposabilité de la cession à son égard ;
- b) **Contrats cessibles de manière limitée.** Dans leur cas, l'identité du partenaire contractuel n'est pas incluse dans l'objet du contrat, mais la condition de l'accord du bénéficiaire du caractère personnel quant à la personne du contractant est incluse. Ainsi, la cession ne peut opérer qu'avec l'accord du bénéficiaire du caractère personnel, et une cession en l'absence de cet accord est inefficace y compris dans le rapport entre le cédant et le cessionnaire, car on pénètre dans une zone où le contrat ne peut exister, on dépasse l'objet du contrat si le cocontractant est une autre personne que celle choisie par le bénéficiaire du caractère personnel ; et
- c) **Contrats incessibles.** Dans leur cas, l'identité du partenaire contractuel est incluse dans l'objet du contrat. Ainsi, le contrat ne survit pas en l'absence de ce partenaire contractuel, indépendamment de tout accord pour la cession.

En analysant le contrat de franchise du cas pratique, à première vue, une clause d'agrément ne fait que réitérer la règle de droit commun – la condition de l'accord du contractant cédé – c'est-à-dire le franchiseur.

Toutefois, l'intérêt du franchiseur pour la personne du franchisé est caractérisant pour le contrat, dans la mesure où, en vertu de la franchise, le franchisé reçoit la permission d'utiliser la marque du franchiseur, sur laquelle ce dernier a l'exclusivité. D'autre part, pour la même raison, il est justifié que le franchiseur puisse accepter d'accorder cette permission à une autre personne, et la clause d'agrément est la preuve que telle était l'intention des parties dès le début.

Pour ces raisons, dans le paradigme du spectre du caractère personnel illustré ci-dessus, le contrat de franchise est un contrat à cessibilité limitée.

La cession des contrats en droit de l'insolvabilité. Conformément à l'art. 123 al. (10) de la Loi n° 85/2014, pour la maximisation de l'actif du débiteur ou dans la situation où le contrat ne peut plus être exécuté, l'administrateur judiciaire pourra céder les contrats en cours à des tiers, à condition que ces contrats n'aient pas été conclus *intuitu personae*, conformément aux dispositions du Code civil.

En application de ce texte de loi, conformément à la doctrine, la règle est que l'administrateur judiciaire pourra décider la cession des contrats en cours, mais uniquement si le partenaire contractuel est d'accord¹⁸. Ainsi, le renvoi aux dispositions du Code civil provoque l'application des normes de droit commun qui exigent l'existence de l'accord du contractant cédé pour toute cession conventionnelle de contrat.

Par exception, si le contrat a un caractère *intuitu personae*, l'art. 123 al. (10) de la Loi n° 85/2014 semble interdire la cession.

Toutefois, cette affirmation devrait être nuancée eu égard précisément au spectre du caractère personnel configuré ci-dessus, dans le décanage des particularités du droit commun en la matière. Ainsi, il existe des contrats *intuitu personae* dans lesquels l'identité du partenaire contractuel est incluse dans l'objet du contrat (les contrats incessibles) et des contrats *intuitu personae* dans lesquels

¹⁸ F. Folea dans R. Bufan, A. Deli-Diaconescu, M. Sărăcuț (dir.), *Tratat practic de insolvență*, Vol. I., 2ème éd., Hamangiu, Bucarest, 2022, p. 615 et A.-I. Andrei, *op.cit.*, p. 134.

l'accord du bénéficiaire du caractère personnel quant au partenaire contractuel est inclus dans l'objet du contrat (les contrats cessibles de manière limitée).

De cette perspective, nous considérons que l'art. 123 al. (10) de la Loi n° 85/2014 doit être lu dans le sens de l'interdiction de porter atteinte au caractère personnel tel qu'il a été conçu par les parties, c'est-à-dire l'interdiction de violation de l'objet du contrat en cours.

Par conséquent, si le caractère personnel est conçu de telle manière que le contrat survit au remplacement d'une partie tant que l'accord du contractant cédé existe, la cession est permise si cet accord est obtenu et la règle de l'art. 123 al. (10) n'est pas violée malgré l'existence d'un caractère personnel (limité).

Le contrat de franchise du cas pratique. En appliquant les précisions ci-dessus à l'hypothèse du contrat de franchise du cas pratique, la conclusion est que la clause d'agrément (qui permet le remplacement du franchisé conditionné par l'accord du franchiseur) et la qualification du contrat de franchise comme *intuitu personae* ne sont pas mutuellement exclusives, mais placent le contrat de franchise du cas pratique dans la catégorie des contrats cessibles de manière limitée, pour lesquels le caractère personnel lui-même est limité.

C'est pourquoi le contrat de franchise du cas pratique pourra être cédé dans la procédure d'insolvabilité, mais uniquement si l'accord du franchiseur est obtenu. L'absence de cet accord détermine l'inefficacité de la cession y compris dans le rapport entre le cédant Verdure et l'éventuel cessionnaire.

3.3. L'échec du plan de redressement judiciaire et la liquidation judiciaire

Conformément à l'art. 145 al. (1) de la Loi n° 85/2014, si le plan de redressement échoue, la procédure de liquidation judiciaire est ouverte, en tant que phase de la procédure d'insolvabilité. Dans le cadre de la liquidation judiciaire, le liquidateur judiciaire (la dénomination du praticien de l'insolvabilité spécifique à cette étape) gèrera la liquidation des biens de Verdure.

À titre de précision générale, également à l'étape de la liquidation judiciaire, l'option de la valorisation des biens en bloc, en tant qu'ensemble indépendant (le fonds de commerce), comme cela était souhaité également conformément au plan de redressement, demeure. Distinctement, s'ajoute la variante de la valorisation individuelle des biens, qui était possible également en redressement, mais, d'après les données du cas pratique, il ne résulte pas qu'elle ait été envisagée par l'administrateur judiciaire.

Précisément, conformément à l'art. 154 al. (2) de la Loi n° 85/2014, pour la liquidation, les biens de Verdure peuvent être vendus en bloc, en tant qu'ensemble indépendant, ou individuellement. Pour la détermination de la solution optimale en vue de la maximisation du taux de recouvrement des créances, le liquidateur évaluera les biens tant en tant qu'ensemble indépendant qu'individuellement, conformément à l'art. 154 al. (3) de la Loi n° 85/2014.

Indépendamment de l'ordre de priorité des créanciers dans la valorisation des créances sur le prix obtenu, la variante optimale pour la masse des créanciers prise globalement est certainement celle dans laquelle le prix le plus élevé est obtenu.

De cette perspective, eu égard au fait qu'une grande partie des actifs de Verdure composent un fonds de commerce, la vente du fonds de commerce en tant qu'ensemble indépendant a le potentiel

d'apporter à la masse des créanciers un prix plus élevé, en raison de la valeur ajoutée résultant de l'interaction fonctionnelle des actifs qui le composent.

Toutefois, le fonds de commerce semble être orienté vers l'activité pour laquelle Verduze bénéficie de la marque Plantetout. En l'absence du droit d'utilisation de la marque, il est possible que le fonds de commerce perde l'interaction fonctionnelle de ses composantes, si celles-ci étaient orientées vers l'affaire Plantetout et ne peuvent pas être utilisées facilement dans une autre affaire similaire.

Le contrat de franchise ne cesse pas automatiquement avec l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, il est donc encore en vigueur. De cette perspective, la cession du contrat de franchise est encore possible, et l'accord du franchiseur concernant la cession est susceptible d'être essentiel pour la détermination de la modalité de valorisation optimale.

C'est pourquoi nous pressentons que les scénarios optimaux pour la masse des créanciers une fois la procédure de liquidation judiciaire ouverte sont les suivants :

- a) **avec l'accord du franchiseur** pour la cession – la vente des biens en bloc, en tant qu'ensemble indépendant, pour les biens qui composent le fonds de commerce et, s'il existe également des biens en dehors du fonds de commerce, la vente individuelle de ceux-ci ; et
- b) **sans l'accord du franchiseur** pour la cession – la vente des biens en bloc, en tant qu'ensemble indépendant (le fonds de commerce), ainsi que la vente individuelle des biens en dehors du fonds de commerce, ou la vente individuelle de tous les biens, en fonction de l'aptitude du fonds de commerce à maintenir une valeur économique supérieure à la valeur de la totalité des biens composants en l'absence du contrat de franchise.

Du point de vue de la perspective globale, les scénarios disponibles ne sont pas substantiellement différents de ceux analysés pour l'étape du redressement judiciaire.

La différence essentielle est cependant que, la liquidation judiciaire étant en principe la dernière étape de la procédure d'insolvabilité jusqu'à la radiation du débiteur, les créanciers n'ont plus la perspective de la continuation des relations contractuelles avec Verduze après son redressement, car l'impossibilité du redressement est devenue certaine. De plus, d'un point de vue pratique, la procédure de liquidation judiciaire est considérée comme une confirmation que les créances ne pourront pas être intégralement recouvrées, ainsi que certains créanciers (principalement les chirographaires) ne réussiront à rien encaisser de la valorisation des actifs de Verduze.

En conclusion, la vente du fonds de commerce dans la procédure de redressement judiciaire est certainement préférable à la procédure de liquidation judiciaire.

4. **Q4: Après la clôture de la liquidation de la société VERDURE, M. SAPINVERT est à titre personnel en très mauvaise posture. La banque qui avait prêté 100.000 euros à la société VERDURE a mis en oeuvre le cautionnement qu'il lui a accordé. Pour résister à cette demande, M. SAPINVERT prétend que la créance de la banque n'a pas été déclarée à la procédure collective. Celle-ci soutient le contraire en faisant valoir que sa créance au titre du prêt a même été admise, ce qui lui permet de poursuivre M. SAPINVERT en sa qualité de caution. Eclairez M. SAPINVERT. Pour éviter de voir sa maison d'habitation saisie, M. SAPINVERT voudrait savoir s'il peut bénéficier d'une procédure de surendettement des particuliers.**

4.1. L'extinction du cautionnement par le fait du créancier

M. Sapinvert a la qualité de caution pour l'obligation assumée par Verdure envers Finanstop. Conformément à l'art. 2.280 du Code civil, le cautionnement est le contrat par lequel une partie, la caution, s'oblige envers l'autre partie, qui a dans un autre rapport obligationnel la qualité de créancier, à exécuter, à titre gratuit ou en échange d'une rémunération, l'obligation du débiteur si celui-ci ne l'exécute pas.

Sous l'aspect de la libération de M. Sapinvert de son obligation de paiement envers Finanstop, la réponse diffère selon que (i) la créance de Finanstop a été inscrite au tableau des créances ou (ii) Finanstop n'a jamais déposé de déclaration de créance pour pouvoir participer à la procédure d'insolvabilité.

En ce qui concerne l'admission de la créance au tableau des créances, conformément à l'art. 140 al. (4) de la Loi n° 85/2014, les créanciers conservent leurs actions pour la valeur intégrale des créances, contre les codébiteurs et les cautions du débiteur, même s'ils ont voté pour l'acceptation du plan de redressement. Or, le vote du plan de redressement se situe temporellement postérieurement à l'inscription des créances au tableau définitif des créances, puisque, conformément à l'art. 112 al. (2) de la Loi n° 85/2014, la participation au vote du plan de redressement a lieu après l'enregistrement au Bulletin des Procédures d'Insolvabilité du tableau. Ainsi, ces dispositions légales confirment implicitement que l'admission de la créance dans la procédure d'insolvabilité ne peut pas constituer un obstacle aux actions engagées contre les cautions.

Le seul obstacle de ce point de vue aurait été si Finanstop, postérieurement à l'admission de sa créance, avait valorisé sa créance à la suite de la distribution du prix obtenu de la vente des biens de Verdure, car, à la suite de l'extinction de l'obligation garantie par paiement, le cautionnement aurait également cessé. Toutefois, eu égard à son statut de créancier non garanti, cette hypothèse est peu probable.

En ce qui concerne le scénario dans lequel Finanstop n'aurait pas déposé de déclaration de créance, deviennent applicables les dispositions de l'art. 2.315 du Code civil selon lesquelles si, à la suite du fait du créancier, la subrogation ne profiterait pas à la caution, celle-ci est libérée dans la limite de la somme qu'elle ne pourrait pas récupérer du débiteur.

Ainsi, si Finanstop avait déposé une déclaration de créance et avait été inclus au tableau des créances, M. Sapinvert aurait pu être subrogé dans les droits du créancier payé, dans l'exercice de son droit de recours contre le débiteur, et aurait occupé l'ancienne position de Finanstop. Ainsi, il aurait participé

lui-même à la procédure d'insolvabilité¹⁹. Parce que Finanstop n'a pas procédé ainsi et a laissé la procédure d'insolvabilité de Verdure se clôturer avec pour conséquence la radiation du débiteur en l'absence de toute initiative de recouvrement de la créance, on peut considérer que Finanstop a bloqué, par sa passivité, l'accès à la subrogation. En conséquence, M. Sapinvert a été libéré du cautionnement en vertu de l'art. 2.315 du Code civil.

4.2. L'accès de M. Sapinvert à la procédure de surendettement des non-professionnels

En Roumanie, le siège de la matière concernant le surendettement des non-professionnels est représenté par la Loi n° 151/2015 relative à la procédure d'insolvabilité des personnes physiques.

De même, la Loi n° 85/2014 intègre sous son égide l'insolvabilité de certaines catégories de personnes physiques.

En conséquence, la réponse nécessite l'investigation du domaine d'application des deux lois. Nous les analyserons dans l'ordre inverse.

La Loi n° 85/2014. Conformément à l'art. 3 al. (1) de la Loi n° 85/2014, la loi s'applique aux professionnels tels qu'ils sont définis à l'art. 3 al. (2) du Code civil. Selon ce dernier texte de loi, sont considérés comme professionnels tous ceux qui exploitent une entreprise. L'exploitation d'une entreprise, conformément à l'art. 3 al. (3) du Code civil, représente l'exercice systématique, par une ou plusieurs personnes, d'une activité organisée consistant dans la production, l'administration ou l'aliénation de biens ou dans la prestation de services, qu'elle ait ou non un but lucratif.

Supplémentairement, toujours en lien avec la définition du professionnel du Code civil, conformément à l'art. 8 al. (1) de la Loi n° 71/2011 portant mise en application du Code civil, la notion de « professionnel » inclut les catégories de commerçant, entrepreneur, opérateur économique, ainsi que toute autre personne autorisée à exercer des activités économiques ou professionnelles, telles que ces notions sont prévues par la loi.

De l'agrégation de ces dispositions légales, il résulte qu'est professionnel, entre autres :

- a) toute personne morale ;
- b) la personne physique qui exerce une activité économique en tant que personne physique autorisée, en tant que titulaire d'une entreprise individuelle ou en tant que membre d'une entreprise familiale ;²⁰ et
- c) la personne physique qui exerce une profession autorisée par la loi, comme les avocats ou les notaires publics.

Ainsi, dans toutes les situations, le professionnel est celui qui exploite lui-même l'entreprise, c'est-à-dire qui exerce lui-même, de manière systématique, une activité organisée consistant dans la production, l'administration ou l'aliénation de biens ou dans la prestation de services.

Au contraire, dans le cas pratique, Verdure est la personne qui exerçait systématiquement l'activité. Ni la qualité d'associé de M. Sapinvert, ni celle d'administrateur ne sont suffisantes pour que l'activité de la société Verdure lui soit attribuée également à titre personnel.

¹⁹ R. Rizoïu, *Garanții civile*, 2ème éd., Hamangiu, Bucarest, 2022, p. 260 et C.A. Iași, 5ème sect. civ., déc. n° 2335 du 16 novembre 2018.

²⁰ Ce sont des formes d'exercice de l'activité économique sans personnalité juridique réglementées par l'O.U.G. n° 44/2018, en vertu desquelles la personne physique constitue une division de son patrimoine.

Eu égard au fait que M. Sapinvert n'exploite pas une entreprise, il ne peut pas recourir aux dispositions de la Loi n° 85/2014.

La Loi n° 151/2015. Conformément à l'art. 1 de la Loi n° 151/2015, l'objet de la loi est l'institution d'une procédure collective pour le redressement de la situation financière du débiteur personne physique, de bonne foi, la couverture dans la mesure la plus large possible du passif de celui-ci et la décharge des dettes. Conformément à l'art. 4 al. (1) de la Loi n° 151/2015, les procédures prévues par cette loi s'appliquent au débiteur personne physique dont les obligations ne résultent pas de l'exploitation par celui-ci d'une entreprise.

Ainsi, la question qui se pose est de savoir si la garantie personnelle d'un emprunt contracté par la société dont M. Sapinvert est l'associé unique, pour assurer le fonds de roulement de cette société, représente une obligation qui résulte de l'exploitation par M. Sapinvert d'une entreprise.

Pour la cohérence de la résolution, il convient d'admettre que l'obligation ne résulte pas de l'exploitation par M. Sapinvert d'une entreprise, puisque l'entreprise était exploitée par la société Verdure. De ce point de vue, nous estimons que le surendettement avec cette obligation ne contrevient pas à la règle imposée par l'art. 4 al. (1) de la Loi n° 151/2015.

Toutefois, pour la rigueur, il convient de noter que nous avons identifié des décisions judiciaires en Roumanie par lesquelles l'accès à la procédure de la Loi n° 151/2015 est refusé lorsque le surendettement résulte de la garantie par une personne physique, sur son patrimoine personnel, d'un emprunt contracté par une société ou par une entreprise individuelle²¹. Dans la motivation du rejet de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les courts ont invoqué les dispositions de l'art. 4 al. (1) de la Loi n° 151/2015. En revanche, nous n'avons pas identifié de jurisprudence exprimant une opinion contraire.

Indépendamment de cet aspect, nous considérons que l'accès de M. Sapinvert à la procédure de la Loi n° 151/2015 peut être refusé sans l'intermédiation de l'art. 4 al. (1), mais par l'application de l'art. 4 al. (4) let. f) de cette loi. La disposition légale prévoit que ne peut faire l'objet de la procédure le débiteur qui a déterminé ou facilité l'arrivée en état d'insolvabilité, avec intention ou par faute grave, état qui est présumé, entre autres, lorsque :

- a) le débiteur a contracté, dans les 6 derniers mois antérieurs à la formulation de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, des dettes représentant au moins 25% de la valeur totale des obligations, à l'exception des obligations exclues²² ; ou
- b) le débiteur a assumé, dans les 3 dernières années antérieures à la formulation de la demande, des obligations excessives par rapport à son état patrimonial, aux avantages qu'il obtient du contrat ou à l'ensemble des circonstances qui ont contribué de manière significative à

²¹ T. Vâlcea, 2ème sect. civ., déc. civ. n° RJ 62d64g39e/2025 du 09.07.2025, T. Dâmbovița, 2ème sect. civ., déc. civ. n° 464/2020 du 27.05.2020, J. Bistrița, sect. civ., sent. civ. n° RJ 98922d325/2023 du 24.02.2023, disponibles à l'adresse www.sintact.ro.

²² Conformément à l'art. 3, pt. 14 de la Loi n° 151/2015, « les obligations exclues sont les obligations du débiteur qui ne peuvent pas être soumises à des mesures d'échelonnement, de réduction ou d'effacement dans le cadre des procédures prévues par la présente loi. Sont incluses dans cette catégorie :

- a) les obligations légales ou conventionnelles d'entretien, ces dernières ne pouvant dépasser un seuil de 5 salaires moyens par an ;
- b) les obligations résultant de l'engagement de la responsabilité pénale et contraventionnelle ; ».

l'incapacité du débiteur de payer ses dettes, autres que celles dues par celui-ci aux personnes avec lesquelles il a contracté ainsi

Ainsi, l'engagement d'un cautionnement d'une valeur de 100.000 EUR, contrat à titre gratuit, peut s'inscrire dans l'une de ces hypothèses, bien entendu en fonction du temps écoulé depuis la date de conclusion du contrat de cautionnement jusqu'à la formulation de la demande d'ouverture de l'insolvabilité des non-professionnels, ainsi qu'en fonction de l'état patrimonial général de M. Sapinvert. Si l'une de ces hypothèses est applicable, une présomption de causation avec intention ou faute grave de l'état d'insolvabilité s'applique – celle-ci étant le seul critère matériel d'exclusion du champ d'application de la Loi n° 151/2015. La présomption est simple, elle peut donc être renversée par la preuve contraire.