

PRÉSENTATION DES PROCÉDURES DE RESTRUCTURATION DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ EN DROIT FRANÇAIS

Par **Déborah SAHEL**, doctorante en droit, chargée d'enseignements et chargée de mission à l'Institut d'Études Judiciaire Jean Domat à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le « droit des entreprises en difficulté » est une notion d'apparition récente qui s'est substituée à celle plus classique de « droit des procédures collectives de paiement » ou encore, plus traditionnelle, de « droit des faillites »¹. Ce changement terminologique, loin d'être anodin, révèle une évolution très profonde de la matière qu'il convient, à titre liminaire, d'en mesurer toute la portée, en retraçant, de façon non exhaustive, les grandes étapes de ce passage du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté².

Le droit de la faillite a des origines très anciennes qui remontent au droit romain. Celui-ci, en présence d'un débiteur insolvable, organisait la *venditio bonorum* qui se caractérisait par la vente collective des biens du débiteur pour payer ses créanciers³. Du fait de cette procédure très répressive, le débiteur était frappé d'infamie à laquelle s'attachaient de nombreuses déchéances. Elle demeura utilisée jusqu'à l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce qui unifia la matière⁴. Le Code de commerce de 1807 consacra des dispositions très rigoureuses à l'égard du débiteur défaillant⁵, aussi, est-ce surtout l'évolution depuis qui mérite d'être relatée⁶. La faillite va en effet être érigée en institution propre aux commerçants, ce qui lui confère une spécificité certaine⁷. Mais les hésitations sur la finalité de la procédure persistent : tantôt seront privilégiées sa fonction de sanction et de paiement, tantôt la

¹ L'expression de « droit des faillites » évoque l'idée de spoliation, d'appauvrissement, d'accaparement ou encore, de tromperie : le commerçant qui ne paie pas ses créanciers trompe en effet leur confiance en ne respectant pas ses engagements.

² A ce sujet, voir J. PAILLUSSEAU in « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz, 1985, p. 109 ainsi que P. PETEL in *Procédures collectives*, 8^{ème} édition, Dalloz, collection « Cours », 2014.

³ Voir en ce sens, D. EYQUEM in « De la *venditio bonorum* en droit romain : de la condition du failli aux différentes époques de la faillite en droit français », *Imprimerie J. Durand*, 1880.

⁴ L'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce de terre réalise une véritable codification de la matière, qui cesse d'être régie par les seules coutumes des marchands (à l'instar de celle consistant à rompre le banc du commerçant éliminé de sa corporation), forgées pour les besoins des foires et par la jurisprudence des juridictions consulaires.

⁵ La contrainte par corps, héritage de la *manus injectio* du droit romain, demeure la règle pour le débiteur failli, qui se trouve incarcéré dès le déclenchement de la procédure de faillite.

⁶ Voir à ce sujet, C. LABRUSSE-RIOU in « L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de commerce », in *Faillites*, sous la direction de René RODIÈRE, 1970, p. 5.

⁷ A ce sujet, voir Y. GUYON in « Une faillite au XIX^{ème} siècle selon le roman de Balzac, « César Birotteau » », in *Mélanges Jauffret*, Aix, 1974, p. 377.

possibilité qu'elle offre de sauver le commerçant et son commerce⁸. L'évolution historique jusqu' à l'époque contemporaine se caractérise ainsi par une succession de périodes de sévérité et d'indulgence, variant selon les circonstances économiques ou les tendances morales⁹. C'est pourquoi, au sein de cette évolution en dents de scie, la loi du 13 juillet 1967¹⁰ et l'ordonnance du 23 septembre 1967¹¹ méritent une place particulière¹². Pour la première fois, ces textes détachent le droit des faillites d'un droit de la dette, sanctionnateur, pour l'envisager comme un droit de l'entreprise, posant ainsi les bases de la législation contemporaine¹³. La réforme de 1967 marque ainsi l'émergence d'un droit de l'entreprise en difficulté et les procédures instituées¹⁴ consacrent une évolution sensible du droit des faillites en dissociant le sort de l'homme de celui de l'entreprise¹⁵. Mais c'est sans conteste l'adoption des lois du 1^{er} mars 1984¹⁶ et du 25 janvier 1985¹⁷ qui scelle le passage d'une discipline répressive exclusivement tournée vers le pur désintéressement des créanciers d'un commerçant qui cesse ses paiements à un ensemble de règles essentiellement destinées à prévenir et à traiter les défaillances d'entreprises, consacrant ainsi l'avènement du droit contemporain des entreprises en difficulté¹⁸. Le sauvetage de l'entreprise par la continuation de son exploitation et le maintien de l'emploi deviennent alors les maîtres mots du droit contemporain des entreprises en difficulté qui est un droit de la défaillance des professionnels, quels que soient la

⁸ A ce sujet, voir F. AUBERT in « Les finalités des procédures collectives », in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 367 et s.

⁹ Si le Code de commerce fait preuve de sévérité à l'égard du commerçant, la législation postérieure du XIX^{ème} siècle, sous l'influence de la bourgeoisie, sera plus libérale (avec les lois du 28 mai 1838 et du 4 mars 1889). Cette indulgence conduira à un retour de la rigueur par le biais des décrets-lois du 8 août 1935 (et de la loi du 16 novembre 1940), à l'égard des dirigeants de sociétés qui abusent de la personnalité morale, alors que les décrets du 20 mai 1955 et l'ordonnance du 23 septembre 1958 rechercheront un équilibre entre ces deux tendances à la sévérité ou à l'indulgence.

¹⁰ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes. Voir J. BONNARD in *Droit des entreprises en difficulté*, 5^{ème} édition, Hachette supérieur, collection « Les Fondamentaux », 2012.

¹¹ Ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises. Voir M. JEANTIN et P. LE CANNU in *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 8^{ème} édition, Dalloz, collection « Précis », 2010.

¹² Voir P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY in *Droit des entreprises en difficultés*, Sirey Université, 5^{ème} édition, 2011.

¹³ Voir en ce sens, F.-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Collection Droit fondamental, Presses Universitaires de France (P.U.F.), 1^{ère} édition, Novembre 2016.

¹⁴ Telles que la procédure de règlement judiciaire et celle de liquidation des biens. La procédure de suspension provisoire des poursuites constitue quant à elle une innovation importante car elle comporte les caractères généraux des procédures actuelles.

¹⁵ En ce sens, voir A. BRUNET, in « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Mélanges Roblot*, 1984, p. 471 et suivants.

¹⁶ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Voir C. SAINT-ALARY-HOUIN in *Droit des entreprises en difficulté*, 9^{ème} édition, Montchrestien, 2014.

¹⁷ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Voir A. JACQUEMONT in *Droit des entreprises en difficulté*, 8^{ème} édition, Litec, 2013.

¹⁸ Par l'instauration essentiellement des procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

nature de leur activité et le degré de leurs difficultés¹⁹. Ce droit fonctionnel, et très volontariste, fait de la sauvegarde de l'entreprise et de sa survie, ses objectifs primordiaux, poursuivant en cela une politique bien établie, mettant tout en œuvre pour parvenir au redressement de l'entreprise et tendre à éviter la défaillance ou à la traiter²⁰.

Les modifications postérieures apportées aux lois de 1984 et 1985 constituent le droit positif applicable aux entreprises en difficulté. En effet, la loi du 10 juin 1994²¹ a amélioré le système, en corrigeant les excès des dispositifs issus de la réforme de 1985²², sans le remettre en cause dans son objectif de sauvetage, et tout ce corpus législatif a été ensuite codifié dans le Code de commerce de l'an 2000²³. Puis, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005²⁴ a modifié de manière sensible le droit positif, sans toutefois abandonner la philosophie de la loi de 1985²⁵. L'objectif de la sauvegarde de l'entreprise reste crucial et le nouveau texte relève du droit économique²⁶. La loi de sauvegarde crée une nouvelle procédure amiable, la conciliation, et une nouvelle procédure collective, la sauvegarde²⁷. L'ordonnance du 18 décembre 2008²⁸ réécrit les textes en allant plus loin en matière de prévention des difficultés et en renforçant l'attractivité de la procédure de sauvegarde²⁹. La loi du 22 octobre 2010³⁰ introduit une nouvelle procédure collective, la sauvegarde financière accélérée³¹ et, entre-temps, le Livre VI du Code de commerce est

¹⁹ En ce sens, voir D. VOINOT in *Procédures collectives*, Montchrestien, collection « Cours », 2011.

²⁰ N'hésitant pas à cette fin à sacrifier les droits des créanciers, même les plus privilégiés, pour les besoins de la restructuration de l'entreprise. Voir en ce sens, F-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

²¹ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Voir F. PÉROCHON in *Entreprises en difficulté*, 9^{ème} édition, LGDJ, collection « Manuel », 2012.

²² La loi du 10 juin 1994 a notamment restauré, dans une certaine mesure, des droits des créanciers.

²³ A ce sujet, voir B. SOINNE in « Le nouveau Code de commerce », *Actualité des procédures collectives*, 2000, n° 15, p. 1.

²⁴ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Voir F-X. LUCAS in « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} novembre 2005, n° 11, p. 1181.

²⁵ En ce sens, voir C. SAINT-ALARY-HOUIN in « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Droit et Patrimoine*, Janvier 2005, p. 24 et s.

²⁶ Voir M-H. MONSERIE-BON in « La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde », *Droit et Patrimoine*, 2013, n° 223.

²⁷ Voir P-M. LE CORRE et T. MONTÉRAN in « Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : présentation », *Gazette du Palais*, 2005, n° 244, p. 2.

²⁸ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. Voir F-X. LUCAS in « Les innovations introduites par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 : morceaux choisis », *Petites affiches*, 22 avril 2010, n° 80, p. 47.

²⁹ Voir à ce sujet, G. TEBOUL in « La réforme du Père Noël : la prévention et la sauvegarde », *Gazette du Palais*, 4-9 janvier 2009, p. 6.

³⁰ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière. Voir B. GRELON in « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Revue des sociétés*, 2011, 7.

³¹ Voir H. BOURBOULOUX et G. COUTURIER in « La consécration de la sauvegarde financière accélérée de l'entreprise », *BJE*, 2011, 48.

adapté à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée en difficulté³² et à la fiducie-sûreté³³. L'ordonnance du 12 mars 2014³⁴ améliore la prévention des difficultés³⁵, ré envisage la situation respective des créanciers et des associés³⁶, favorise le rebond du débiteur personne physique³⁷ et repense le rôle des autorités judiciaires et des organes de la procédure³⁸. Enfin, la loi du 6 août 2015³⁹, rééquilibre les rapports de force entre les créanciers et les actionnaires de la société débitrice⁴⁰.

Le droit des entreprises en difficulté a aujourd'hui pour objectif d'offrir à une entreprise qui fait face à des difficultés, des outils afin de soigner les maux qui l'affectent tout en sauvegardant des emplois. Sa première particularité serait d'être un droit de « procédures » nourries d'un corps de règles⁴¹, purement juridiques, au service de l'économie, une branche essentielle du droit économique⁴². Car ce sont des pans entiers de l'économie qui sont touchés par les défaillances d'entreprises. La crise économique mondiale grandissante depuis 2007 en témoigne et il est alors apparu irréaliste au législateur d'approcher la matière uniquement au travers du prisme du règlement des créances⁴³. Le droit français, très volontariste et très ambitieux dans sa démarche

³² L'E.I.R.L. est ce nouveau dispositif qui permet à tout entrepreneur individuel d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine affecté, gage unique de ses créanciers professionnels. Voir à ce sujet, M-H. MONSÉRIÉ-BON in « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le droit des entreprises en difficulté », *Bulletin Joly*, 2011, 270 et suivants et F-X. LUCAS in « L'EIRL en difficulté », *LPA*, 28 avril 2011, n° 84, p. 39.

³³ Voir R. DAMMANN et G. PODEUR in « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.2007*, Chronique 1359 et suivants ainsi que P. CROCQ in « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009, 1313.

³⁴ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. Voir P-M. LE CORRE in « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D. 2014*, 733 et suivants ; P. PETEL in « Entreprise en difficulté : encore une réforme », *JCP E* 2014, 314 et F-X. LUCAS in « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, mars/avril 2014, p. 111.

³⁵ En instituant une procédure de sauvegarde accélérée (le « *prepack* » continuation) ainsi que le « *prepack* » cession. Voir B. THULLIER in « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », *BJE*, 2014, 174 et suivants.

³⁶ En ce sens, G. TEBOUL in « L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réforme du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers / débiteurs à armes égales ? », *Gazette du Palais*, 27 mars 2014, n° 86, p. 6.

³⁷ Par l'instauration d'une procédure de rétablissement professionnel, véritable alternative à la liquidation judiciaire. En ce sens, voir M. SÉNÉCHAL in « Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes », *BJE*, 2014, 196.

³⁸ Voir P. ROSSI in « Sauvegarde des entreprises : une discipline en mouvement perpétuel », *D. 2014*, 220.

³⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « *Macron* ». Voir F-X. LUCAS in « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 1^{er} septembre 2015, n° 5, p. 317.

⁴⁰ Voir P-M. LE CORRE in « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gazette du Palais*, 20 octobre 2015, n° 293, p. 7.

⁴¹ Les règles du Livre VI du Code de commerce qui gouvernent la matière.

⁴² En ce sens, voir D. VOINOT in *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007.

⁴³ Pour aller plus loin, voir B. BERGER-PERRIN in « Que reste-t-il de la finalité traditionnelle de règlement du passif ? », *Revue des procédures collectives*, Mai 2012, n° 3, dossier 16.

de nécessaire restructuration des entreprises, offre ainsi un ensemble de dispositifs conçus pour traiter les difficultés d'une entreprise afin de surmonter la crise qui la frappe⁴⁴. Certains dispositifs sont purement amiables, confidentiels et anticipés, puisqu'ils reposent sur une négociation entre le débiteur et ceux de ses créanciers qui le souhaitent⁴⁵, d'autres sont des procédures judiciaires, contraignantes, dites collectives, à l'instar de cette discipline imposée à la collectivité des créanciers⁴⁶. Ces dernières peuvent tout aussi bien tendre à redresser l'entreprise et à assurer la poursuite de son activité que régir sa liquidation et sa disparition dans les conditions les moins préjudiciables à l'environnement économique⁴⁷.

Dès lors, cette matière, passionnante à de nombreux égards, aux enjeux des plus subtils, et qui se trouve à l'épicentre des autres disciplines du droit, offre, d'une part, un traitement préventif et amiable des difficultés des entreprises (§1) et, d'autre part, un traitement judiciaire de ces difficultés (§2).

§ 1 – LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES⁴⁸

Le souci d'éviter une procédure de traitement judiciaire des difficultés mène à une prévention par la détection des difficultés des entreprises (A) et par le traitement amiable de ces difficultés (B).

A) La prévention par la détection des difficultés des entreprises

La nécessité d'une intervention précoce et non judiciaire, cette politique de prévention des difficultés, repose sur une meilleure connaissance et sur une détection en amont des causes de défaillance (par des indicateurs des difficultés) ainsi que sur la reconnaissance à certaines personnes d'un droit d'intervention auprès de la direction de l'entreprise par le biais d'une procédure dite d'alerte⁴⁹.

La détection des difficultés se réalise tout d'abord par une meilleure information économique des dirigeants : c'est la prévention, au sein de l'entreprise, par l'information comptable. La tenue rigoureuse des comptes sociaux et la diversification des

⁴⁴ Voir à ce sujet, P. ROUSSEL-GALLE in « La crise et l'évolution des mentalités face aux difficultés des entreprises », *Petites affiches*, 8 mars 2010, n° 47, p. 14.

⁴⁵ Voir H. CROZE in « Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation », *Procédures*, 2005, Étude 12, n° 9.

⁴⁶ Voir notamment P. ROUSSEL-GALLE in « La procédure de sauvegarde. Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », *JCP E* 2006, 2437.

⁴⁷ Voir en ce sens, F-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

⁴⁸ Voir Livre VI, Titre I du Code de commerce « De la prévention des difficultés des entreprises ».

⁴⁹ Voir M-H. MONSÉRIÉ-BON in « Entreprises en difficulté (détection des difficultés) », *Rép. Com.* Dalloz, 2012, n° 96.

sources d'information à l'intention de la direction⁵⁰ permettent une identification des difficultés. Les textes prévoient en outre une meilleure diffusion des données comptables afin de détecter au plus tôt les risques de défaillance et de permettre aux dirigeants de prendre les décisions qui s'imposent. Enfin, pour assurer l'effectivité de l'information comptable, le Code de commerce impose le dépôt des comptes et l'assortit de la sanction d'injonction de dépôt des comptes annuels à bref délai adressée par le président du tribunal de commerce⁵¹.

Une détection des difficultés qui s'accomplit ensuite par une meilleure information économique des tiers sur la situation de l'entreprise : c'est la prévention de l'impayé par l'information des tiers. Pour ce faire, ces derniers ont principalement recours aux informations détenues par les greffes⁵² mais disposent également d'autres moyens de renseignements⁵³.

Enfin, la détection des difficultés nécessite la mise en place de procédures de réaction aux difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation : c'est la prévention par l'alerte des dirigeants⁵⁴. On distingue tout d'abord les droits d'alerte dont les titulaires sont les commissaires aux comptes⁵⁵. Le droit d'alerte est ensuite un droit reconnu aux principales composantes de l'entreprise⁵⁶ et aux associés⁵⁷, le Code de commerce attribuant enfin le droit d'alerte aux groupements de prévention agréés⁵⁸. A ces droits d'alerte d'inspiration libérale s'ajoute le pouvoir de convocation du président du tribunal qui est plus interventionniste⁵⁹. Indépendamment de son pouvoir d'enjoindre aux chefs d'entreprises et dirigeants de déposer les comptes

⁵⁰ Telles que la comptabilité rétrospective et la comptabilité prévisionnelle.

⁵¹ Conformément aux dispositions de l'article L. 611-2 II du Code de commerce.

⁵² Tels que le registre du commerce et des sociétés, le registre des sûretés etc.

⁵³ Les tiers peuvent notamment connaître la situation de leur cocontractant en consultant le fichier immobilier à la conservation des hypothèques, et, d'une manière plus générale, par des réseaux de renseignements mis en place par différents organismes (les chambres de commerce et d'industrie, la Banque de France etc.).

⁵⁴ En ce sens, voir T. FAVARIO in « L'extension du domaine de l'alerte », *BJE*, 2014, 172 et suivants.

⁵⁵ Pour eux, l'alerte est un devoir légal. Ils ont l'obligation de la déclencher dans les sociétés commerciales lorsqu'ils relèvent, à l'occasion de leur mission, « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » (comme en dispose l'article L. 612-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce). Voir, A. LIENHARD in « La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », *Revue des procédures collectives*, 1996, 1 et s.

⁵⁶ Aux salariés, par le biais du comité d'entreprise qui peut demander des explications aux dirigeants lorsqu'il constate « des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise » (comme en dispose l'article L.2323-78 du Code du travail). Voir N. PIERRE in « Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte », *RTD com.* 2006, 733 et suivants.

⁵⁷ Les associés ont la possibilité de poser des questions écrites aux dirigeants lorsqu'ils constatent des « faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Voir en ce sens l'article L. 225-232 du Code de commerce pour les SA et l'article L. 223-36 du Code de commerce pour les SARL.

⁵⁸ Lorsque le groupement discerne « un indice de difficulté », il est tenu d'en informer le chef d'entreprise sans que celui-ci soit obligé de réagir positivement à la mise en garde qui en résulte (comme en dispose l'article L. 611-1 alinéa 3 du Code de commerce).

⁵⁹ A ce sujet, voir I. ROHARD-MESSAGER in « La prévention-détection par les présidents de tribunaux de commerce », *Gazette du Palais*, 8-9 juin 2010, p. 5 et suivants.

sociaux⁶⁰, le président du tribunal de commerce peut convoquer les dirigeants des sociétés commerciales, des groupements d'intérêt économique ou des entreprises individuelles, commerciales ou artisanales, y compris à responsabilité limitée lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'elles connaissent des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation⁶¹. L'objet de cette convocation est d'envisager les mesures propres à redresser leur situation⁶². Les pratiques spontanées de détection des difficultés des entreprises, telles que des structures d'aide aux entreprises en difficulté⁶³, dont le résultat de l'intervention se traduit généralement par la conclusion d'accords amiables, constituent en outre un outil d'une redoutable efficacité mis au service de la prévention par la détection des difficultés des entreprises.

B) La prévention par le traitement amiable des difficultés des entreprises

Mais une telle prévention, à dessein de détection des difficultés des entreprises, eut été insuffisante si elle ne s'était pas accompagnée d'un mode de traitement rapide et peu contraignant des difficultés qui surgissent. Une fois les difficultés de l'entreprise détectées, il convient en effet d'y remédier. Outre tous les procédés de prévention et de traitement administratifs des difficultés (ce traitement consensuel prenant la forme d'une intervention de l'Etat⁶⁴ ou des collectivités locales⁶⁵ venant au secours des entreprises défaillantes, dans l'intérêt général), la réaction à la défaillance a principalement sa source dans des initiatives résultant d'un sursaut de l'entreprise elle-même ou d'un accord entre elle et ses principaux créanciers, dans le cadre d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation où le recours au juge n'a pour but que de favoriser la conclusion et l'efficacité d'un

⁶⁰ Cf. *Supra*.

⁶¹ Comme en dispose l'article L. 611-2 I alinéa 1^{er} du Code de commerce.

⁶² Le président du tribunal présente ainsi toutes les possibilités que le droit offre au dirigeant pour l'aider à résoudre ses difficultés.

⁶³ Des structures à l'initiative des tribunaux (des cellules et chambres de prévention) relayées par des initiatives analogues émanant des professionnels (des comités de prévention des difficultés des entreprises appuyés par les experts comptables ou par le Centre d'Information sur la Prévention).

⁶⁴ Par les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, des aides financières ou fiscales encadrées par le droit européen ; par la mise en place d'organes chargés de traiter les défaillances, des comités administratifs de restructuration dont le rôle est d'assurer la coordination des interventions publiques auprès des entreprises en difficulté tels que les CODEFI (les comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises), le CIRI (le comité interministériel pour la restructuration industrielle) ou encore le CCSF (les commissions des chefs de services financiers et des responsables des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage) ; par la création de la médiation du crédit pour faciliter l'accès des entreprises au crédit ou encore, grâce à des commissaires au redressement productif dont la mission générale est de favoriser la réindustrialisation de la France et de renforcer la réactivité de l'Etat auprès des entreprises en difficulté.

⁶⁵ Par des aides à l'entreprise en difficulté et à sa reprise sous la forme d'exonérations fiscales temporaires.

accord librement négocié, la législation contemporaine encourageant largement ces procédés volontaristes⁶⁶.

Le mandat *ad hoc* tout d'abord est une technique autonome de prévention d'une grande souplesse par laquelle « le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut, à la demande du débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission »⁶⁷. Le mandat *ad hoc* est utilisé soit, comme le préalable à la recherche d'une solution dans le cadre d'une procédure de conciliation ou de sauvegarde en permettant au chef d'entreprise de procéder à un audit de ses difficultés soit, à titre autonome pour permettre au chef d'entreprise d'être épaulé par un professionnel sans pour autant être dessaisi de ses pouvoirs⁶⁸. La désignation d'un mandataire *ad hoc* repose sur une initiative du débiteur⁶⁹ qui forme une demande de désignation par requête motivée au président du tribunal de commerce ou de grande instance. Le débiteur lui demande de désigner une personne pour l'aider à résoudre une ou plusieurs difficultés, expose ses difficultés d'ordre juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, ainsi que de la nécessité de la désignation, et peut lui-même proposer le nom d'un mandataire *ad hoc*⁷⁰. Le président du tribunal définit la mission du mandataire *ad hoc*, dans une ordonnance notifiée au demandeur par le greffier⁷¹ et exécutoire de plein droit. L'ordonnance rendue par le président du tribunal fixe librement la durée de la mission du mandataire *ad hoc* (cette durée n'étant pas limitée) ainsi que sa rémunération, après avoir recueilli l'avis du débiteur, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission⁷². Le président du tribunal nomme en qualité de mandataire *ad hoc* une personnalité reconnue pour sa compétence professionnelle et sa connaissance du monde de l'entreprise⁷³. Cette désignation est communiquée pour information au commissaire aux comptes lorsqu'il en a été désigné⁷⁴. Le mandataire *ad hoc*, comme le conciliateur, est tenu à

⁶⁶ En ce sens, voir H. CROZE in « Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation », *Procédures*, 2005, Etude 12, n° 9.

⁶⁷ Comme en dispose l'article L. 611-3 du Code de commerce.

⁶⁸ Voir J-P. LEGROS in « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : les mesures de prévention du nouveau Titre 1 du Livre VI du Code de commerce (1^{ère} partie) », *Droit des sociétés*, Octobre 2005, p. 8.

⁶⁹ C'est-à-dire précise l'article R. 611-18 du Code de commerce, du représentant légal de la personne morale ou du débiteur personne physique.

⁷⁰ Le débiteur est ainsi associé, d'emblée, au choix du mandataire *ad hoc* ce qui rend sa désignation plus acceptable.

⁷¹ Comme en dispose l'article R. 611-19 du Code de commerce.

⁷² Conformément aux dispositions de l'article L. 611-14 du Code de commerce. La rémunération pourra comporter une partie fixe rémunérant les diligences, le plus souvent par référence à un taux horaire, et une partie variable rémunérant, sous forme d'honoraire de résultat, non liée au montant des abandons de créances consentis par les créanciers.

⁷³ La loi ne réservant cette mission à aucune profession réglementée particulière, il s'agit en général d'administrateurs ou de mandataires judiciaires inscrits sur la liste nationale. Voir à ce sujet, F-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F.), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

⁷⁴ Voir l'article R. 611-20 du Code de commerce.

la confidentialité⁷⁵ et sa mission consiste à rechercher des solutions négociées et souvent à obtenir des concessions auprès des créanciers⁷⁶. Il suggère éventuellement la restructuration financière ou juridique de l'entreprise, voire sa reprise par un tiers. Le mandat *ad hoc* peut être couronné de succès et aboutir à la conclusion d'un protocole d'accord entre les parties, en présence du mandataire *ad hoc*, qui entérine le règlement des difficultés apparues au sein de l'entreprise. Cet accord a la force d'un contrat⁷⁷ et demeure confidentiel car il n'est pas publié. Il peut aussi se traduire par un échec : l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires par le tribunal si le débiteur tombe en cessation des paiements.

Mais s'opère bien souvent un basculement du mandat *ad hoc* à une procédure de conciliation⁷⁸. La procédure de conciliation a été créée par la loi du 26 juillet 2005 afin de remplacer l'ancien règlement amiable⁷⁹. Sa finalité est de permettre un sauvetage de l'entreprise en difficulté en dehors de toute décision de justice, de manière rapide et le plus souvent, confidentielle⁸⁰. Le chef d'entreprise saisit le président du tribunal de commerce ou de grande instance⁸¹ aux fins de désignation d'un conciliateur⁸². Celui-ci a pour mission de rapprocher le débiteur de ses créanciers et de parvenir à un accord selon lequel, en contrepartie de sacrifices financiers consentis par ces derniers, le débiteur s'oblige à prendre des mesures de redressement⁸³. Celles-ci sont facilitées par le répit que lui procure la suspension des poursuites et des voies d'exécution de la part des créanciers parties à l'accord de conciliation pendant toute la durée de son exécution. Le traitement des difficultés est donc contractuel, discret, facultatif et

⁷⁵ L'obligation de confidentialité est énoncée à l'article L. 611-15 du Code de commerce qui dispose que « toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ». Là se trouve la seule règle impérative commune aux mandats amiables. Le mandataire *ad hoc* (ou le conciliateur), pas même avec l'accord du débiteur, ne saurait faire état des circonstances dans lesquelles s'est déroulée le mandat *ad hoc* (ou la conciliation) en vue de stigmatiser l'attitude d'une banque dont la responsabilité est recherchée. Et la Chambre commerciale de la Cour de cassation a ajouté, dans un arrêt en date du 15 décembre 2015, (n° 14-11500), que les personnes soumises à un devoir de confidentialité ainsi que les tiers, doivent s'abstenir de divulguer des informations confidentielles relatives à la prévention des difficultés des entreprises en application de l'article L. 611-15 du Code de commerce.

⁷⁶ Voir en ce sens, B. JADAUD in « Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire *ad hoc* », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 419 et suivants.

⁷⁷ Il n'échappe pas aux nullités de la période suspecte en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires subséquente.

⁷⁸ Le mandataire *ad hoc* faisant un travail préparatoire pour la conciliation et pouvant en cela devenir conciliateur.

⁷⁹ Voir F. MACORIG-VENIER in « Du règlement amiable à la conciliation », *Revue des procédures collectives*, 2006, p. 352 ainsi que T. MONTERAN in « Présentation de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gazette du Palais*, Septembre 2005, p. 8.

⁸⁰ A ce sujet, voir C. SAINT-ALARY-HOUIN in « La procédure de conciliation », *Revue des procédures collectives*, 2006, 169 et suivants.

⁸¹ Le président du tribunal de commerce est saisi lorsque le débiteur est commerçant ou artisan et celui du tribunal de grande instance, dans les autres cas. La procédure de conciliation est régie par les articles L. 611-4 à L. 611-12 et R. 611-22 à R. 611-46 du Code de commerce.

⁸² Comme en dispose l'article L. 611-6 du Code de commerce.

⁸³ Conformément aux dispositions de l'article L. 611-7 du Code de commerce.

d'une grande simplicité. Fondamentalement, l'accord amiable est une convention de droit privé, un acte collectif, marqué d'*intuitu personae* et à caractère onéreux. Sa procédure d'élaboration, ses effets et les conséquences de son inexécution sont définis avec une grande précision par le Code de commerce⁸⁴. La conciliation connaît d'abord un domaine très large car elle s'applique à toutes les entreprises⁸⁵, à l'exception des exploitants agricoles, soumis à un régime propre, le règlement amiable des exploitations agricoles⁸⁶. Le débiteur qui en sollicite le bénéfice doit également éprouver une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, mais sans se trouver en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours⁸⁷ et enfin, implicitement, il faut qu'il soit susceptible d'être sauvé. Le débiteur demande, par voie de requête⁸⁸, la désignation d'un conciliateur et le président du tribunal de commerce ou de grande instance instruit alors sa demande et prend la décision de désigner ou non un conciliateur⁸⁹. Le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur et sa rémunération est fixée de la même manière que pour le mandataire *ad hoc*⁹⁰. Le conciliateur, tenu à la confidentialité⁹¹, n'est pas une partie à la procédure. Il n'exerce aucune fonction d'assistance ou de représentation du débiteur, qui ne subit aucune restriction de pouvoir, et est nommé pour une période ne pouvant excéder 5 mois⁹². Sa mission consiste à « favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses contractants habituels, d'un accord amiable

⁸⁴ Voir à ce sujet, C. DELATTRE in « Prévention : amélioration de la conciliation », *Revue des procédures collectives*, 2009, p. 37 ; T. MONTÉLAN in « La réforme de la prévention des difficultés », *D.* 2009, p. 639 et C. SAINT-ALARY-HOUIN in « La réforme de la prévention et du traitement amiable des difficultés », dossier, *Droit et Patrimoine*, Juillet 2014, p. 40.

⁸⁵ Le débiteur, personne physique ou morale, qui en sollicite le bénéfice doit exercer une activité commerciale ou artisanale ou peut-être une personne morale de droit privé ou une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale (conformément aux dispositions des articles L. 611-4 et L. 611-5 du Code de commerce).

⁸⁶ Les agriculteurs bénéficient de la procédure prévue aux articles L. 351-1 à L. 351-7 du Code rural et de la pêche maritime. Le règlement amiable des exploitations agricoles (préalable obligé à l'ouverture d'une procédure collective à l'initiative d'un créancier) conserve une certaine spécificité bien que son régime juridique ait été rapproché de la procédure de conciliation applicable aux entreprises.

⁸⁷ Comme en dispose l'article L. 611-4 du Code de commerce. À ce sujet, voir B. GRELON in « Prévention et cessation des paiements », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, *Dalloz*, 2011, p. 423 et suivants.

⁸⁸ Le débiteur y expose sa situation économique, financière, sociale et patrimoniale, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face (conformément aux dispositions de l'article L. 611-6 du Code de commerce).

⁸⁹ La décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au ministère public et, le cas échéant, au commissaire aux comptes du débiteur ainsi qu'à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont il relève lorsqu'il exerce une profession libérale.

⁹⁰ Par ordonnance du président, communiquée au ministère public, en fonction des diligences réellement effectuées.

⁹¹ À l'instar du mandataire *ad hoc* (cf. *Supra*).

⁹² Lorsque la durée de la procédure est expirée, la mission du conciliateur ainsi que la procédure prennent fin de plein droit et une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent (comme en dispose l'article L. 611-6 alinéa 2 du Code de commerce).

destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise»⁹³. Il peut également «présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi»⁹⁴. En outre, l'ordonnance du 12 mars 2014 prévoit que le conciliateur peut être chargé par le président du tribunal, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires⁹⁵. Cette faculté de préparer la cession en conciliation et de l'achever, éventuellement, dans le cadre d'une procédure judiciaire est issue de la pratique du *prepack-cession*⁹⁶. Le Code de commerce comporte différentes mesures⁹⁷ de nature à favoriser la conclusion d'un accord de conciliation : la paralysie des clauses contractuelles faisant obstacle à la prévention⁹⁸ ; l'association des créanciers institutionnels à la formation de l'accord de conciliation⁹⁹ et les délais de paiements imposés aux créanciers tiers à l'accord¹⁰⁰. L'accord conclu, à l'issue de la procédure de conciliation, s'analyse comme un accord collectif entre le débiteur et ses créanciers, dont le contenu est souple et librement défini¹⁰¹. D'essence contractuelle, son objet est toujours d'adopter des mesures de redressement de l'entreprise en difficulté¹⁰² en contrepartie de sacrifices et d'efforts financiers consentis par les créanciers. La conclusion de l'accord de conciliation oblige les parties à

⁹³ Comme en dispose l'article L. 611-7 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Si cette mission doit prendre la forme d'un plan de cession arrêté dans le cadre d'une procédure collective subséquente, il faudra aussi recueillir l'avis des créanciers participants sur une telle mission de sélection anticipée d'un repreneur, qui permet de tenir en échec les règles de droit commun relatives à la mise en concurrence des offres à l'occasion de la préparation d'un plan de cession.

⁹⁶ A ce sujet, voir T. MONTÉRAN et M. MIEULLE in « Le vade-mecum du plan de cession « prepack » », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 1^{er} mai 2015, n° 3, p. 164.

⁹⁷ Largement accrues par l'ordonnance de 2014. A ce sujet, voir C. DELATTRE et E. ETIENNE-MARTIN in « Prévention : le mandat *ad hoc* et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », in 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives, *Revue des procédures collectives*, mars-avril 2014, n° 15, p. 37.

⁹⁸ La paralysie des clauses restreignant l'accès aux procédures amiables et imposant la prise en charge du coût de la restructuration. L'article L. 611-16 du Code de commerce répute non écrite toute clause mettant à la charge du débiteur les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation, au-delà d'une quote-part, qu'un arrêté du 25 juillet 2014 a fixée aux trois quarts desdits honoraires.

⁹⁹ Pour faciliter cette participation des institutions financières et sociales à l'accord amiable, l'article L. 611-7 du Code de commerce prévoit que les créanciers publics « peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 » du Code de commerce ainsi que des cessions de rang de privilège ou d'hypothèques ou l'abandon de ces sûretés.

¹⁰⁰ L'article L. 611-17 du Code de commerce prévoit en effet qu' « au cours de la procédure, le débiteur, mis en demeure ou poursuivi par un créancier, peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ». Le débiteur, tout comme ses garants, peuvent ainsi bénéficier de délais de grâce.

¹⁰¹ En ce sens, voir I. ROHART-MESSAGER in « L'amélioration de la prévention », *Gazette du Palais*, 7 mars 2009, n° 66, p. 5.

¹⁰² Le débiteur ne parviendra à la conclusion d'un accord de conciliation que s'il présente un plan solide, comportant des dispositions économiques et financières, pour mettre fin à ses difficultés.

l'accord¹⁰³ et ne produit pas d'effets à l'égard des tiers¹⁰⁴. L'accord de conciliation peut être simplement passé par écrit : il produit alors les effets d'un contrat et la constatation dans un écrit permet de s'en ménager une preuve. En revanche, des conséquences importantes s'attachent à sa constatation par le président du tribunal et plus encore à son homologation. Lorsque l'accord est simplement constaté par le président du tribunal¹⁰⁵, il n'est pas publié et demeure tout à fait confidentiel, ce qui présente des avantages évidents : il ne compromet pas le crédit du débiteur et ne révèle pas aux tiers les efforts consentis par les créanciers et surtout par les banquiers. Il en est autrement s'il est homologué. L'homologation de l'accord n'est possible qu'à certaines conditions¹⁰⁶ et produit des effets énergiques. A la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu à la triple condition de ne pas être en cessation des paiements ou que l'accord conclu y mette fin ; que les termes de l'accord soient de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. Le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil, le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel¹⁰⁷, le conciliateur et le ministère public¹⁰⁸. La loi attache à l'homologation des effets concrets de nature à protéger les créanciers et à favoriser le débiteur tel que le privilège de conciliation (dit de *new money*) au profit des créanciers qui ont fait « un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité » ou qui auront fourni à crédit « un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité »¹⁰⁹. Ils ne seront alors primés, en cas de survenance d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, que par les seuls créanciers garantis par le super privilège des salaires ou par le privilège des frais de justice¹¹⁰. Ils ne pourront se voir imposer les délais de paiement prévus par le plan et devront être intégralement désintéressés dès l'arrêt de celui-ci¹¹¹. Également, l'homologation interdit de reporter la date de cessation des

¹⁰³ Les poursuites des créanciers parties à l'accord sont suspendues (comme en dispose l'article L. 611-10-1 du Code de commerce) et le débiteur doit exécuter tous les engagements qu'il a souscrits dans l'accord de conciliation.

¹⁰⁴ Sauf à l'égard des garants, « personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des mesures accordées au débiteur ainsi que des dispositions de l'accord constaté ou homologué » (comme en dispose l'article L. 611-10-2 du Code de commerce).

¹⁰⁵ Conformément aux dispositions de l'article L. 611-8 du Code de commerce.

¹⁰⁶ Comme en dispose l'article L. 611-8, II du Code de commerce.

¹⁰⁷ Les représentants du personnel sont informés du contenu de l'accord au moment de la demande d'homologation.

¹⁰⁸ Conformément aux dispositions de l'article L. 611-9 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹⁰⁹ Comme en dispose l'article L. 611-11 du Code de commerce. Voir à ce sujet, P-M. LE CORRE *in* « Le privilège de conciliation », *Gazette du Palais*, 7-8 septembre 2005, p. 50 et suivants.

¹¹⁰ Voir en ce sens les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce.

¹¹¹ Comme en dispose l'article L. 626-20-I, 3^o du Code de commerce.

paiements à une date antérieure à la décision définitive d'homologation de l'accord amiable permettant ainsi à tous les actes antérieurs à l'homologation d'échapper à l'annulation au titre des nullités de la période suspecte¹¹². L'homologation présente enfin pour le débiteur l'intérêt de mettre fin à l'interdiction bancaire qui peut l'avoir frappé¹¹³. La rançon de ces avantages procurés par l'homologation est la perte de la confidentialité¹¹⁴. Car même si les tiers n'ont pas accès au contenu de l'accord, la perte de confidentialité, due aux mesures de publicité qui l'entourent, fait de l'homologation de l'accord de conciliation l'exception. En cas d'inexécution des engagements pris dans l'accord, la résolution peut être prononcée soit par le président soit par le tribunal selon que l'accord a été constaté ou homologué¹¹⁵. En outre, l'ouverture d'une procédure collective met fin de plein droit à l'accord, qu'il soit constaté ou homologué¹¹⁶, et fait recouvrer aux créanciers l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues.

Ces deux procédures de restructuration des entreprises en difficulté, le mandat *ad hoc* et la conciliation, sont amiables, au sens où le débiteur n'est jamais tenu d'y recourir, lui seul pouvant décider de les déclencher, et où les créanciers ne sont ensuite nullement tenus d'y participer et d'en subir les effets¹¹⁷. Le succès de ces mandats amiables, qui visent à prévenir les difficultés, s'explique essentiellement par leur caractère confidentiel. Ils ne sont pas des procédures collectives, faute de présenter la caractéristique inhérente à ces procédures d'emporter dessaisissement du débiteur et d'imposer une discipline collective aux créanciers. Du fait de ce caractère non contraignant, l'efficacité de ces procédures amiables, véritables alternatives à la procédure collective, est toute relative.

¹¹² Conformément aux dispositions de l'article L. 631-8, alinéa 2 du Code de commerce.

¹¹³ Voir l'article L. 611-10-2, alinéa 2 du Code de commerce.

¹¹⁴ Les personnes appelées à l'audience d'homologation peuvent prendre connaissance au greffe de l'accord de conciliation homologué, lequel est transmis au commissaire aux comptes du débiteur et communiqué au ministère public tandis qu'un avis est inséré au BODACC et dans un journal d'annonces légales, de façon à permettre à tout intéressé de prendre connaissance au greffe, non pas de l'accord, mais du jugement qui l'homologue.

¹¹⁵ Voir S. RAVENNE in « La résolution de l'accord de conciliation », *Revue des procédures collectives*, 2009, Etudes, p. 11, n° 10.

¹¹⁶ Comme en dispose l'article L. 611-12 du Code de commerce.

¹¹⁷ La Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 22 septembre 2015 (n° 14-17377) a souligné le caractère non contraignant des négociations faites dans le cadre des mandats amiables (mandat *ad hoc* et procédure de conciliation). Dans cet arrêt, la Cour refuse de considérer qu'une banque avait abusé de « son droit de refuser la renégociation du crédit » et consacre le principe selon lequel « le créancier ayant participé à des négociations dans le cadre d'une procédure de mandat *ad hoc* n'est pas tenu d'accepter les propositions du mandataire *ad hoc*, son refus n'étant pas constitutif d'une faute ». Dans cette affaire, le dirigeant caution faisait grief à une banque, au bénéfice de laquelle il avait donné sa garantie, d'avoir refusé de signer un protocole de restructuration négocié sous l'égide d'un mandataire *ad hoc*, ce qui, selon lui, avait précipité l'échec du mandat et contraint la société débitrice à déclarer la cessation de ses paiements. Le droit au refus est ainsi consacré. Là réside la limite essentielle à l'efficacité de ces procédures amiables : les créanciers ne sont en aucune manière tenus d'y participer et ils sont libres de ne pas donner suite aux propositions qui leur sont adressées (consécration de la liberté contractuelle).

§ 2 – LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

Si bien que le droit français offre un traitement judiciaire des difficultés des entreprises d'une redoutable efficacité. En cas d'échec des mesures préventives précédemment exposées, ou même en cas d'absence de traitement amiable préalable des difficultés, une entreprise peut faire l'objet d'une procédure collective. Le droit français des entreprises en difficulté compte de nombreuses procédures judiciaires de restructuration des entreprises qu'il convient de présenter, en commençant par la procédure de sauvegarde, qui suppose que le débiteur ne se trouve pas en état de cessation des paiements, et ses variantes, que sont la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée (A), avant d'examiner les procédures de redressement et de liquidation judiciaires ouvertes après un état de cessation des paiements caractérisé (B).

A) Le traitement judiciaire par la procédure de sauvegarde et ses variantes

La procédure de sauvegarde¹¹⁸, de nature économique, permet un traitement judiciaire par anticipation des difficultés. Elle est issue d'une législation très volontariste qui tend à inciter les dirigeants à ne pas attendre la cessation des paiements et à se placer sous la sauvegarde de la justice pour élaborer un plan de sauvegarde de nature à faciliter la réorganisation de l'entreprise, afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif¹¹⁹. La procédure de sauvegarde comporte les règles essentielles de toute procédure judiciaire et doit se dérouler dans le respect des règles du procès équitable posées par la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁰. Le Code de commerce subordonne l'ouverture de la procédure de sauvegarde à la réunion de conditions de fond et de forme¹²¹.

La procédure de sauvegarde exige d'une part le respect de règles relatives aux personnes qui peuvent solliciter son ouverture¹²² et à leur situation financière¹²³. La procédure de sauvegarde est

¹¹⁸ La procédure de sauvegarde, régie par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, modifiée par les ordonnances n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et n° 2014-326 du 12 mars 2014, est codifiée aux articles L.620-1 à L.627-4 du Code de commerce.

¹¹⁹ En ce sens, voir P. ROUSSEL-GALLE *in* « La procédure de sauvegarde. Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », *JCP E* 2006, 2437.

¹²⁰ Voir à ce sujet, P. DELMOTTE *in* « L'accès au juge dans les procédures collectives », *LPA*, 28 novembre 2008, p. 50.

¹²¹ Voir C. SAINT-ALARY-HOUIN *in* « L'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Revue des procédures collectives*, 2008, 85 et suivants, n° 2.

¹²² Voir M-H. MONSÉRIÉ-BON *in* « Le périmètre quant aux personnes des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *Revue des procédures collectives*, 2011, Dossier 3.

¹²³ Voir B. SAINTOURENS *in* « Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Revue des procédures collectives*, 2009, p. 40.

applicable « à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris à une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »¹²⁴. La procédure de sauvegarde des entreprises s'applique ainsi aux commerçants, artisans, agriculteurs et professionnels libéraux¹²⁵. Elle concerne tous les professionnels indépendants mais ne peut être ouverte à titre de sanction contre des associés ou des dirigeants, la raison tenant au fait que le législateur de 2005 a voulu totalement dissocier le sort de l'homme de celui de l'entreprise. La procédure de sauvegarde est également applicable à toute personne morale de droit privé, c'est-à-dire à toutes les personnes morales dès lors qu'elles ne ressortissent pas du droit public. Enfin, la loi de sauvegarde de 2005 a ajouté que ces personnes ne devaient pas déjà faire l'objet d'une procédure en cours, selon le respect de l'adage « faillite sur faillite ne vaut »¹²⁶. La procédure de sauvegarde doit être demandée par un débiteur qui « justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »¹²⁷. Son ouverture suppose ainsi la réunion de deux conditions : un débiteur qui ne doit pas être en cessation des paiements¹²⁸ mais un débiteur qui rencontre des difficultés insurmontables¹²⁹. Une tendance à admettre l'ouverture de la procédure de sauvegarde avec bienveillance a été réaffirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt fondamental dit Cœur Défense en date du 8 mars 2011¹³⁰, qui a cassé l'arrêt d'une Cour d'appel ayant rétracté le jugement d'ouverture de la sauvegarde au motif que la société demanderesse cherchait, par le biais de cette procédure, à échapper à ses engagements contractuels antérieurs

¹²⁴ Comme en dispose l'article L. 620-2 du Code de commerce. Voir également S. RÉTIF in « L'extension des procédures collectives aux professions libérales », *Droit et Patrimoine*, 2006, 95 et suivants et G. TEBOUL in « L'entreprise éligible », *RLDA*, Juin 2009, 92 et suivants.

¹²⁵ Voir S. RÉTIF in « Professions libérales et procédures collectives », *Juris-Classeur, Procédures collectives*, Fascicule 1750, Juillet 2011.

¹²⁶ Conformément aux dispositions de l'article L. 620-2 du Code de commerce.

¹²⁷ Comme en dispose l'article L. 620-1 du Code de commerce.

¹²⁸ La cessation des paiements est la situation d'une entreprise qui est « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible » (comme en dispose l'article L. 631-1 du Code de commerce). Elle constitue un obstacle à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et il revient au débiteur de prouver qu'il n'est pas en état de cessation des paiements s'il veut avoir accès à la sauvegarde. Voir à ce sujet, J. VALLANSAN in « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? », in « Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? », Colloque CERDCACE Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, *Revue des procédures collectives*, Mai/Juin 2012, Dossier n° 12, art. 13, n° 11.

¹²⁹ S'il n'y a aucune exigence quant à la nature des difficultés rencontrées, il faut cependant qu'elles soient d'une certaine gravité, justifiant que le débiteur ne puisse les surmonter seul. Voir P. PETEL in « Le critère d'ouverture de la sauvegarde », *BJE*, Septembre 2012, n° 159, p. 308.

¹³⁰ Cass.com., 8 mars 2011, n° 10-13988, 10-13989, 10-13990. Voir B. GRELON in Note sous Cass.com., 8 mars 2011, n° 10-13990, « La loi de sauvegarde, prise à la lettre : à propos de l'arrêt Cœur Défense », *Revue des sociétés*, 2011, p. 404 ainsi que F. REILLE in Note sous Cass.com., 8 mars 2011, n° 10-13990, « Conditions d'ouverture de procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de « cœur » », *Gazette du Palais*, 2 avril 2011, n° 92, p. 7.

alors que ceux-ci étaient simplement plus onéreux, en rappelant que « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »¹³¹. La Cour maintient ainsi toutes les potentialités de la procédure de sauvegarde et refuse de considérer les mobiles fondant la demande. Mais à cette hypothèse de principe, encore faut-il ajouter le cas où le tribunal, qui a déjà ouvert une procédure de sauvegarde (voire de redressement ou de liquidation judiciaires), constate un désordre patrimonial, une confusion des patrimoines d'une ou de plusieurs personnes avec celui du débiteur¹³² ou la fictivité de la personne morale à l'égard de laquelle la procédure a été ouverte¹³³. L'imbrication des patrimoines ou des intérêts permet alors d'étendre la procédure à ces personnes¹³⁴.

Des règles relatives aux modalités procédurales sont, d'autre part, à observer pour parvenir à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Cette dernière est une procédure judiciaire qui se déroule devant le tribunal de commerce ou de grande instance selon un processus très règlementé. Seul le débiteur peut demander au tribunal l'ouverture de la procédure de sauvegarde lorsqu'il rencontre des difficultés qu'il ne peut surmonter¹³⁵. C'est un monopole qui lui est reconnu afin de le responsabiliser : le débiteur a la maîtrise de la procédure, et ni les créanciers, ni le ministère public, ni le tribunal d'office n'ont le droit de déclencher cette procédure, à la différence du redressement et de la liquidation judiciaires. Sa demande, qui expose la nature des difficultés qu'il rencontre et les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure de les surmonter, est déposée au greffe du tribunal compétent¹³⁶. Une fois saisi, ce dernier procède à différentes auditions et peut nommer un juge enquêteur afin de l'informer sur l'exacte situation du débiteur¹³⁷. Après avoir constaté que le débiteur relève de la procédure de sauvegarde et ne se trouve pas en cessation des paiements, le tribunal ouvre la procédure. Le jugement d'ouverture détermine sa durée et nomme ses organes.

¹³¹ Voir M. MENJUCQ in « L'épilogue de l'affaire Cœur Défense sur les conditions de l'ouverture de la sauvegarde », *Revue des procédures collectives*, Mars 2012, n° 2, Etude 7 et L.-C. HENRY in « Cœur Défense, suite et fin... », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, Mars 2012, n° 4, repère 50.

¹³² Voir D. PORACCHIA in Note sous Cass.com., 5 avril 2011, n° 10-16496, « Retour rapide sur la figure bien connue de la confusion des patrimoines », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} juillet 2011, n° 7, p.586 et J. VALLANSAN in *Difficultés des entreprises*, 6^{ème} édition, LexisNexis, collection « Litec Professionnels », 2012.

¹³³ Voir par exemple, F. REILLE in Note sous Cass.com., 11 mars 2008, n° 06-19968, « La finalité de l'action en établissement de la fictivité d'une société à l'épreuve de l'ouverture d'une procédure collective », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} juillet 2008, n° 7, p. 615.

¹³⁴ Comme en dispose l'article L. 621-2 alinéa 2 du Code de commerce.

¹³⁵ Comme en dispose l'article L. 620-1 du Code de commerce.

¹³⁶ Conformément aux dispositions de l'article R. 621-1 du Code de commerce.

¹³⁷ Voir l'article L. 621-1 du Code de commerce. En outre, des précautions supplémentaires sont prises lorsque le débiteur a sollicité auparavant la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur.

Il prend effet à zéro heure le jour de son prononcé¹³⁸, est publié et peut être frappé de voies de recours ordinaires ou de la tierce-opposition. Une fois le jugement d'ouverture prononcé, l'on rentre dans une période dite « d'observation », de répit favorable nécessaire à la poursuite de l'activité, qui s'étend jusqu'à l'adoption d'un plan de continuation, qu'il soit de sauvegarde ou de redressement judiciaire, ou d'un plan de cession, voire encore jusqu'à une décision de cessation de l'activité¹³⁹. L'agencement de la période d'observation illustre le caractère volontariste du droit français des entreprises en difficulté puisqu'elle poursuit deux objectifs bien établis : celui, d'une part, de protéger l'entreprise et son activité en assurant la continuité de l'exploitation¹⁴⁰, en la mettant à l'abri de ses créanciers (par l'altération de leurs droits¹⁴¹) et en déterminant aussi précisément que possible le patrimoine de l'entreprise¹⁴², à dessein, d'autre part, de rechercher des solutions en bâtissant un plan de continuation. Le plan de sauvegarde est en effet l'instrument juridique par lequel la procédure atteint son objectif¹⁴³ : il est un plan de continuation de l'activité, avec les mêmes dirigeants, un plan de réorganisation de l'entreprise¹⁴⁴. Sa construction s'effectue en deux temps : un temps de diagnostic, par l'élaboration du bilan économique, social et environnemental, et un temps de prospective, par l'élaboration d'un projet de plan de sauvegarde visant à la réorganisation de l'entreprise et comportant un volet économique, financier, social et environnemental, ces deux documents révélant la pénétration des techniques de gestion dans le traitement des difficultés des entreprises¹⁴⁵. Une fois élaboré¹⁴⁶, le tribunal va prendre la décision d'arrêter le plan¹⁴⁷. Le débiteur redevient *in bonis* et deux issues sont possibles : une exécution du plan (à l'aide d'organes chargés d'en assurer l'exécution) ou sa méconnaissance entraînant alors sa résolution et, bien souvent, l'ouverture d'une procédure

¹³⁸ Comme en dispose l'article R. 621-4 du Code de commerce.

¹³⁹ Voir l'article L. 621-3 du Code de commerce.

¹⁴⁰ Par une bonne répartition des pouvoirs entre le débiteur et l'administrateur, par un financement de l'activité à travers la vente de certains biens ou par la poursuite des contrats en cours.

¹⁴¹ Via la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des procédures d'exécution (voir l'article L. 622-21 du Code de commerce) et le principe d'interdiction des paiements (de l'article L. 622-7 du Code de commerce) notamment.

¹⁴² Tant son passif, par la déclaration des créances que son actif, en le préservant et en le reconstituant malgré des éventuelles revendications et demandes en restitution.

¹⁴³ Celui de « faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » (comme en dispose l'article L.620-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce).

¹⁴⁴ Voir C. LEBEL in « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gazette du Palais*, 7 mars 2009, n° 66, p. 46.

¹⁴⁵ A ce sujet, voir C. PEROT-REBOUL in « Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Petites affiches*, 17 février 2006, n° 35, p. 30.

¹⁴⁶ Après consultation des créanciers, avec ou sans comité, sur les délais de paiements et remises de dettes ; des associés et des représentants du personnel. Voir R. DAMMANN et G. PODEUR in « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, 2094.

¹⁴⁷ Voir G. BLANC in « Le plan de sauvegarde », *Revue des procédures collectives*, 2006, 182 et suivants et F-X. LUCAS in « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », *RLDA*, suppl. 2005, 35.

de redressement ou de liquidation judiciaires si la cessation des paiements est constatée¹⁴⁸.

La loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010¹⁴⁹ a par ailleurs créé une procédure de sauvegarde financière accélérée¹⁵⁰ conçue comme une variante de la procédure de sauvegarde¹⁵¹. Son principe consiste à pré-négocier un accord adopté par une majorité de créanciers, dans le cadre d'une conciliation, pour le faire adopter en tant que plan, par un vote du comité des établissements de crédit et des obligataires, à la majorité des deux tiers des présents, dans le cadre d'une sauvegarde, dans le mois de son ouverture¹⁵². L'ordonnance du 12 mars 2014 a étendu son domaine en créant une procédure de sauvegarde accélérée, dont la procédure de sauvegarde financière accélérée est elle-même devenue une variante¹⁵³. Tout en étant en principe soumise aux règles de la sauvegarde de droit commun, la sauvegarde accélérée est une procédure dont le champ d'application est étroit¹⁵⁴, soumise à des conditions procédurales dérogatoires. Cette procédure déroge à la procédure de sauvegarde de droit commun sur plusieurs points : c'est une procédure accélérée¹⁵⁵ dont les effets sont limités à certains créanciers¹⁵⁶ ce qui lui donne le caractère d'une procédure semi-collective¹⁵⁷. La sauvegarde financière accélérée demeure avec un régime encore plus spécifique : le tribunal peut ouvrir une procédure financière accélérée « lorsque les comptes du débiteur font apparaître que la nature de l'endettement rend vraisemblable

¹⁴⁸ Voir P.-M. LE CORRE in « La résolution du plan de sauvegarde et du plan de redressement », *Gazette du Palais*, 21 juillet 2015, n° 202, p. 32.

¹⁴⁹ Voir B. GRELON in « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Revue des sociétés*, 2011, p. 7.

¹⁵⁰ En introduisant les articles L. 628-1 à L. 628-7 du Code de commerce.

¹⁵¹ Voir en ce sens, H. BOURBOULOUX et G. COUTURIER in « La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise », *BJE* 2011, 48 et suivants et, R. DAMMANN et G. PODEUR in « Sauvegarde financière, le « prepack » à la française », *JCP E* 2011, 1.

¹⁵² Voir F. MACORIG-VENIER in « La procédure de conciliation, antichambre de la sauvegarde financière accélérée », *RTD com.* 2010, 781. La SFA présente une double utilité : elle est une menace pour faire aboutir un accord de conciliation et, en cas de refus d'un créancier financier, elle permet d'imposer aux créanciers minoritaires la volonté de la majorité.

¹⁵³ Si bien que la procédure de sauvegarde accélérée est une espèce de sauvegarde et la procédure de sauvegarde financière accélérée, une espèce de sauvegarde accélérée. Voir à ce sujet, C. SAINT-ALARY-HOUIN in « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! », *Revue des procédures collectives*, 2/2014, dossier 17.

¹⁵⁴ Il faut une procédure de conciliation en cours et une entreprise atteignant certains seuils (soit un minimum d'effectif salarié (au moins 20 salariés), soit un montant minimum de chiffre d'affaires (3 millions d'euros HT) soit une valorisation minimum de leurs actifs (1,5 million d'euros de total de bilan)). L'ordonnance de 2014 a même précisé que la circonstance que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée à la condition que cette situation ne précède pas de plus de 45 jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation.

¹⁵⁵ Grâce à l'éviction de certaines règles de la sauvegarde et à un resserrement des délais.

¹⁵⁶ À tous les créanciers devant déclarer, c'est-à-dire tous les créanciers dont la créance est née avant l'ouverture de la procédure, ainsi qu'à tous les cocontractants.

¹⁵⁷ En ce sens, voir F.-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F.), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

l'adoption du plan par les seuls créanciers ayant la qualité de membre de comité des établissements de crédit »¹⁵⁸.

Lorsque l'entreprise a cessé ses paiements, toute ouverture d'une procédure de sauvegarde est exclue et une procédure de conciliation n'est envisageable que si la cessation des paiements dure depuis moins de 45 jours. La cessation des paiements, définie comme l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible¹⁵⁹, demeure une notion essentielle pour la répartition des procédures de restructuration des entreprises¹⁶⁰. Une fois qu'elle est consommée, seules les procédures de redressement et de liquidations judiciaires sont envisageables.

B) Le traitement judiciaire par les procédures de redressement et de liquidation judiciaires

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif¹⁶¹. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue de la période d'observation et se rapproche, par les techniques qu'elle met en œuvre, de la procédure de sauvegarde¹⁶². La liquidation judiciaire est quant à celle instituée lorsque le redressement est manifestement impossible et est « destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits ou de ses biens »¹⁶³. Elle se traduit par la disparition de l'entreprise et la vente forcée de ses actifs. Le débiteur étant en état de cessation des paiements, un certain nombre de règles communes au redressement et à la liquidation judiciaires lui sont, en toutes hypothèses, applicables et qui ne se retrouvent pas dans la procédure de sauvegarde conçue comme une procédure d'anticipation¹⁶⁴. *A contrario*, la différence de finalité poursuivie par chacune de ces procédures explique qu'un certain nombre de dispositions soient particulières à chaque technique de traitement des difficultés.

La procédure de redressement judiciaire, ayant pour but le sauvetage de l'entreprise par l'arrêt d'un plan à l'issue d'une période d'observation, est, en grande partie, soumise au régime de la sauvegarde puisqu'elle poursuit la même finalité¹⁶⁵. Toutefois, la

¹⁵⁸ Comme en dispose l'article L. 628-9 du Code de commerce. La procédure a alors des effets limités aux créanciers financiers.

¹⁵⁹ Conformément aux dispositions de l'article L. 631-1 du Code de commerce.

¹⁶⁰ En ce sens, voir G. BERTHELOT in « La cessation des paiements, une notion déterminante et perfectible », *JCP E*, 2008, 2232.

¹⁶¹ Comme en dispose l'article L.631-1 alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁶² En ce sens, voir E. MOUIAL-BASSILANA et L.-C. HENRY in « L'agencement des différentes procédures instaurées par la loi de sauvegarde », *Petites affiches*, 14/06/2007, n° 119, p. 49.

¹⁶³ Comme en dispose l'article L. 640-1 du Code de commerce.

¹⁶⁴ En ce sens, voir D. VOINOT in *Procédures collectives*, Montchrestien, collection « Cours », 2011.

¹⁶⁵ La réglementation de la période d'observation et celle du plan de redressement sont les mêmes que dans la procédure de sauvegarde. Voir P. ROUSSEL-GALLE in *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, 2012.

procédure de redressement judiciaire est régie par certaines règles spécifiques qui dérogent à la procédure de référence. Son ouverture est facilitée pour atteindre un nombre plus grand de personnes qu'en sauvegarde. La procédure de redressement judiciaire a le même champ d'application mais, à la différence de la sauvegarde, ne peut être ouverte, en principe, que si l'entreprise se trouve en état de cessation des paiements, ce qui implique une intervention plus fréquente de la justice¹⁶⁶. La procédure a en effet un champ d'application, quant aux personnes, plus étendu dans la mesure où elle peut concerner des débiteurs qui ont cessé leur activité ou qui sont décédés¹⁶⁷. En outre, le débiteur étant en cessation des paiements, le tribunal doit constater celle-ci et en fixer la date dans le jugement d'ouverture¹⁶⁸. La période qui s'étend de la date de cessation des paiements à la date du jugement d'ouverture du redressement judiciaire (ou de la liquidation judiciaire) est dite « *suspecte* » car certains actes faits au cours de cette période peuvent être annulés en raison de leur caractère frauduleux ou anormal¹⁶⁹. Également, certaines règles supplémentaires sont prévues en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (ou de la liquidation judiciaire) parce qu'elles sont consécutives à la cessation des paiements : elles ont trait notamment aux titulaires du droit de saisine du tribunal (il peut être saisi par le débiteur¹⁷⁰ mais aussi par l'assignation d'un créancier¹⁷¹ ou à la demande du ministère public) et au contenu du jugement d'ouverture¹⁷². La période d'observation est très encadrée afin d'éviter une aggravation du passif et comprend certaines règles particulières dont l'objet est d'inciter les dirigeants à se placer sous le régime de la sauvegarde afin de favoriser l'anticipation, leur situation étant plus sévère dans le redressement judiciaire¹⁷³. Cependant, et de manière tout à fait paradoxale, certaines dispositions qui ne se rencontrent pas dans la procédure de sauvegarde, sont de nature à faciliter la survie de l'entreprise

¹⁶⁶ Voir en ce sens F-X. LUCAS in *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.

¹⁶⁷ Disposition qui, en toute logique, est invraisemblable en procédure de sauvegarde.

¹⁶⁸ Conformément aux dispositions de l'article L. 631-8 du Code de commerce. Soit, le tribunal la fixe à la date où le débiteur a été placé dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, étant précisé qu'il ne peut la fixer à une date antérieure de plus de 18 mois à la date du jugement d'ouverture, soit, à défaut de détermination de cette date, la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture.

¹⁶⁹ Voir L. AYNÈS, P. CROCQ, P. DELEBECQUE et G. MARRAUD DES GROTTES in « Les nullités de la période suspecte », in *Lamy Droit des Suretés*, 2012, Etude n° 284-95.

¹⁷⁰ Via la déclaration du débiteur qui demande l'ouverture de la procédure au plus tard dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements, s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

¹⁷¹ Voir sur ce point, F-X. LUCAS in « L'assignation téméraire en redressement judiciaire », in *Mélanges AEDBF-France*, T. II, *La revue Banque*, 1999, p. 271 et suivants.

¹⁷² Voir C. SAINT-ALARY-HOUIN in *Le droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, Précis Domat, 9^{ème} édition, 2014.

¹⁷³ Des règles tenant à la réduction des pouvoirs de gestion, à l'atteinte aux droits patrimoniaux du débiteur et des dirigeants (altération des droits sociaux, prise des biens du débiteur) et à la situation des garants, à certains égards, amoindrie.

plus aisément dans le cadre du redressement judiciaire¹⁷⁴. Cela est vrai au cours de la période d'observation : il est possible de procéder à des licenciements pour cause économique de manière simplifiée¹⁷⁵ ; d'assurer le paiement des salariés par l'intervention de l'AGS (le régime de garantie des salaires)¹⁷⁶ et, par conséquent, le financement de la poursuite d'exploitation ; de faire annuler des actes irréguliers faits par le débiteur avant le jugement d'ouverture afin de reconstituer l'actif¹⁷⁷. Toutes ces règles juridiques ont un impact économique et renforcent les chances de redresser l'entreprise. Cette souplesse se retrouve aussi dans le cadre de la construction du plan de redressement : des licenciements simplifiés peuvent être prévus dans le plan de redressement et il est possible de préparer un plan de cession partielle ou totale dans le cadre du redressement judiciaire¹⁷⁸.

La procédure de liquidation judiciaire est quant à elle animée d'une toute autre logique, plus « liquidative », c'est-à-dire orientée vers la réalisation de l'actif pour payer le passif¹⁷⁹. Le Code de commerce envisage la procédure de liquidation judiciaire comme une solution de la procédure : à tout moment de la période d'observation, le tribunal peut décider de liquider l'entreprise si aucune mesure de redressement n'est envisageable ou si l'activité a cessé¹⁸⁰. En cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, la liquidation judiciaire peut être déclarée comme sanction de l'inexécution¹⁸¹. En outre, en cas d'échec de la procédure de conciliation, le tribunal ouvre une liquidation judiciaire s'il constate que les conditions sont réunies¹⁸². De manière générale, « il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible et qui peut être prononcée sans ouverture d'une période d'observation »¹⁸³. Elle a pour objet « de mettre fin à l'activité de l'entreprise ou de réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses biens »¹⁸⁴. Dès lors, la procédure de liquidation judiciaire peut prendre la forme d'une procédure d'élimination de l'entreprise, de cessation de son activité par la réalisation de son

¹⁷⁴ Voir J. VALLANSAN in *Difficultés des entreprises*, 6^{ème} édition, LexisNexis, collection « Litec Professionnels », 2012.

¹⁷⁵ Voir P. MORVAN in « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, 2005, 1, 1511.

¹⁷⁶ Voir F. TAQUET in « Le nouveau champ d'application de l'AGS », *Revue des procédures collectives*, 2005, p. 295.

¹⁷⁷ Voir G. WICKER in « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Revue des procédures collectives*, 2006, p. 12.

¹⁷⁸ Voir C. VINCENT in « La cession de l'entreprise : redressement ou liquidation ? », in *La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? Litec*, collection « Colloques et Débats », 2006, p. 51.

¹⁷⁹ En ce sens, voir P. CANET in « Premières remarques sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 en matière de liquidation judiciaire », *Revue des procédures collectives*, Janvier 2009, p. 91.

¹⁸⁰ Comme en dispose l'article L. 641-5 du Code de commerce. Voir également l'article L. 622-10 du Code de commerce.

¹⁸¹ Voir l'article L. 626-27 du Code de commerce.

¹⁸² Conformément aux dispositions de l'article L. 640-4 du Code de commerce.

¹⁸³ Comme en dispose l'article L. 640-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹⁸⁴ Comme en dispose l'article L. 640-1 alinéa 2 du Code de commerce.

actif et l'apurement de son passif emportant sa clôture, ou alors, d'une procédure de cession de l'entreprise, c'est-à-dire de réalisation de l'actif global, constituant une technique de sauvetage de l'entreprise puisqu'elle permet d'assurer le maintien de l'emploi, de l'activité et d'apurer le passif avec le prix de cession¹⁸⁵. Dans les deux cas, le jugement prononçant la liquidation judiciaire nomme un liquidateur judiciaire dont la mission consiste à mener à bien les opérations de liquidation¹⁸⁶ et à représenter tout à la fois le débiteur dessaisi¹⁸⁷ et les créanciers dans le respect de l'intérêt collectif¹⁸⁸.

Lorsque la liquidation est une procédure de cessation de l'entreprise en difficulté, est procédé à une cession d'actifs isolés¹⁸⁹, c'est-à-dire à une réalisation des meubles et des immeubles du débiteur afin d'apurer le passif, le produit de réalisation étant versé à la Caisse des dépôts et consignation jusqu'à leur répartition¹⁹⁰. Le liquidateur détermine l'ordre des créanciers en fonction de leur rang de préférence (en tenant compte notamment de la situation de certains créanciers particuliers) avant de répartir le produit de la vente entre tous ces créanciers dont la créance est devenue exigible dès la date du jugement d'ouverture¹⁹¹. Une fois les opérations de liquidation judiciaire achevées, la procédure est close¹⁹² soit pour extinction du passif exigible¹⁹³ soit pour insuffisance d'actif¹⁹⁴. Dans ce dernier cas, et au nom d'un droit au rebond du débiteur (le « *fresh start* »), les créanciers demeurés impayés ne peuvent recouvrer leur droit de poursuite individuelle à l'encontre du débiteur redevenu *in bonis*¹⁹⁵. Cependant, même la liquidation de l'entreprise, solution quantitativement la plus fréquente, n'est pas dépourvue de tout souci de sauver l'emploi et l'activité par la possibilité d'organiser la cession de l'entreprise¹⁹⁶. Ainsi, lorsque la liquidation est une

¹⁸⁵ Voir G. COUTURIER in « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *Bulletin Joly*, 2008, 142.

¹⁸⁶ Voir les articles L. 641-10 et L. 641-11 du Code de commerce.

¹⁸⁷ A ce sujet, voir J. VALLANSAN in « Le dessaisissement de la personne physique en liquidation judiciaire », in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, *Dalloz-Litec*, 2010, p. 599.

¹⁸⁸ Voir C. MARECHAL in « L'intérêt collectif des créanciers », *Revue des procédures collectives*, n° 3, Mai 2014, étude 10.

¹⁸⁹ À ce sujet, voir J. THÉRON in « Obstacles à contourner et modalités de la cession isolée en liquidation judiciaire », *BJE*, Juillet 2012, p. 253.

¹⁹⁰ Comme en disposent les articles L. 642-18 et suivants du Code de commerce.

¹⁹¹ Voir l'article L. 643-1 du Code de commerce.

¹⁹² Voir l'article L. 643-9 du Code de commerce.

¹⁹³ Il n'existe plus de passif exigible, le liquidateur disposant de sommes suffisantes pour désintéresser tous les créanciers.

¹⁹⁴ Il reste des créanciers impayés car les fonds obtenus n'ont pas suffi à désintéresser tous les créanciers. Voir en outre, C. DELATTRE in « La clôture pour insuffisance d'actif est dorénavant possible nonobstant l'existence d'un actif », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 1^{er} mai 2014, n° 3, p. 194.

¹⁹⁵ Comme en dispose l'article L. 643-11 du Code de commerce. À ce sujet, voir C. SAINT-ALARY-HOUIN in « Le rebond » du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? », in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, *Dalloz-Litec*, 2011, p. 579.

¹⁹⁶ À ce sujet, voir D. DEMEYERE in « Les enjeux de la cession d'entreprise en difficulté », *LPA*, 30 mai 2012, n° 108, p. 39 ainsi que G. COUTURIER in « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *Bulletin Joly Sociétés*, Février 2008, §35, p. 142.

procédure de cession de l'entreprise en difficulté, l'activité est poursuivie pendant la procédure et le tribunal réceptionne les offres de reprise avant de choisir en fonction du mérite global de l'offre, la cession pouvant être totale à une personne ou partielle¹⁹⁷. Les candidats à la reprise précisent dans leur offre les éléments qu'ils veulent acquérir (les biens et les contrats)¹⁹⁸. Le tribunal arrête le plan de cession et le prix de cession est ventilé¹⁹⁹ afin d'apurer le passif. L'inexécution du plan de cession entraîne sa résolution (sans pour autant remettre en cause le versement du prix de cession)²⁰⁰ et l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cessionnaire peut être prononcée si les conditions sont réunies.

Par ailleurs, une entreprise en état de cessation des paiements et au redressement manifestement impossible peut faire l'objet d'une liquidation judiciaire simplifiée²⁰¹, si son actif ne comprend pas de bien immobilier et si le nombre de ses salariés et son chiffre d'affaires sont inférieurs à certains seuils (la procédure pouvant être obligatoire ou facultative en fonction du franchissement de ces seuils)²⁰². La procédure est plus courte et allégée, notamment en ce qui concerne la vérification des créances et la vente des biens. Pour le surplus, les règles de la liquidation judiciaire classique s'appliquent²⁰³. A tout moment, le tribunal peut décider de ne plus appliquer la procédure de liquidation judiciaire simplifiée et de revenir à la procédure de liquidation judiciaire de droit commun²⁰⁴.

Enfin, l'ordonnance du 12 mars 2014 a introduit une procédure de rétablissement professionnel sans liquidation²⁰⁵ dont le but est de parvenir à l'effacement des dettes du débiteur personne physique, qui n'a que très peu d'actif, afin de lui permettre d'abolir ses difficultés et de se réinstaller²⁰⁶. C'est une véritable alternative à la procédure de liquidation judiciaire²⁰⁷, dont la lourdeur est inefficace et coûteuse pour de très petites entreprises²⁰⁸. Le rétablissement professionnel est réservé à certains débiteurs seulement : aux personnes physiques exerçant une activité indépendante (commerciale, artisanale, agricole ou libérale), en sont exclues les personnes morales. Il faut en outre

¹⁹⁷ Comme en dispose l'article L. 642-1 alinéa 2 du Code de commerce. La cession partielle correspond à la cession d'une branche complète et autonome d'activité.

¹⁹⁸ Conformément aux dispositions de l'article L. 642-2, II du Code de commerce.

¹⁹⁹ Une quote-part du prix de cession est affectée par le tribunal à chacun des biens pour la répartition du prix et l'exercice des droits de préférence.

²⁰⁰ Comme en dispose l'article L. 642-11 du Code de commerce.

²⁰¹ Voir P-M. LE CORRE *in* « Le nouveau visage de la liquidation judiciaire simplifiée », *D.* 2009, p. 677.

²⁰² Conformément aux dispositions de l'article L. 641-2 du Code de commerce.

²⁰³ Comme en dispose l'article L. 644-1 du Code de commerce.

²⁰⁴ Comme en dispose l'article L. 644-6 du Code de commerce.

²⁰⁵ Au sens de l'article L.645-1 du Code de commerce.

²⁰⁶ Voir F-X. LUCAS *in* « Réflexions sur l'impécuniosité », *LPA*, 20 juin 2014, n° 123, p. 7.

²⁰⁷ Voir M. ANDRÉ et L-C. HENRY *in* « La nouvelle procédure de rétablissement », *Revue des procédures collectives*, 1^{er} juillet 2014, n° 4, p. 54-58.

²⁰⁸ Voir M. SÉNÉCHAL *in* « Le rétablissement professionnel par effacement de certaines dettes », *BJE*, Mai/Juin 2014, p. 196.

que le débiteur ne fasse l'objet d'aucune procédure collective en cours, n'ait employé aucun salarié au cours des six derniers mois et qu'aucune instance prud'homale ne soit en cours. De surcroît, le débiteur doit déclarer un actif inférieur à un seuil fixé par décret à 5000 euros et ne doit pas avoir fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une procédure de rétablissement professionnel dans les cinq années précédentes²⁰⁹. Enfin, cette mesure ne peut profiter au débiteur EIRL. La procédure repose sur une initiative du débiteur qui, par le même acte, sollicite l'ouverture de la liquidation judiciaire et de la procédure de rétablissement professionnel²¹⁰. Le tribunal ne peut choisir le rétablissement professionnel qu'après avoir vérifié que les conditions légales sont remplies : si elles ne le sont pas, le tribunal rejette la demande et statue sur l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ; si elles le sont, il sursoit à statuer sur celle-ci et ouvre la procédure de rétablissement professionnel. Cette procédure, qui n'est pas une procédure collective dans la mesure où il n'y a pas de discipline collective et de dessaisissement²¹¹, doit aboutir à une issue très rapide²¹². Elle se solutionne soit par le prononcé de la clôture de la procédure de rétablissement professionnel qui a pour effet essentiel d'entraîner « l'effacement des dettes à l'égard des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, a été portée à la connaissance du juge commis par le débiteur »²¹³ puis des créanciers par le mandataire judiciaire et a été mentionnée dans le jugement de clôture²¹⁴ ; soit, autre issue possible du rétablissement professionnel, le juge renvoie l'affaire devant le tribunal aux fins d'ouverture d'une liquidation judiciaire. Si le droit français des entreprises en difficulté offre ainsi une palette exceptionnelle de procédures destinées à la restructuration des entreprises qui connaissent des difficultés, il présente aussi l'avantage non négligeable de mettre à disposition un corps de tribunaux de commerce, compétents pour exercer cette magistrature économique qu'est le traitement des difficultés des entreprises, et des professionnels du mandat de justice, les administrateurs et mandataires judiciaires, exclusivement dédiés à l'assistance de ces juridictions en vue de restructurer les entreprises qui peuvent l'être et liquider les autres. Ces acteurs de la restructuration des entreprises en difficulté sont les alliés privilégiés des procédures de restructuration existants en droit français²¹⁵.

²⁰⁹ Comme en dispose l'article L. 645-2 du Code de commerce.

²¹⁰ Conformément aux dispositions de l'article L. 645-3 du Code de commerce.

²¹¹ En ce sens, voir F. REILLE *in* « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Revue des procédures collectives*, 2/2014, dossier 22.

²¹² La procédure de rétablissement professionnel est ouverte pour une durée de quatre mois sans possibilité de prolongation.

²¹³ Comme en dispose l'article L. 645-11 du Code de commerce.

²¹⁴ Par cette disposition, le débiteur échappe à la liquidation judiciaire et est débarrassé de son passif.

²¹⁵ Voir en ce sens F.-X. LUCAS *in* *Manuel de droit de la faillite*, Presses Universitaires de France (P.U.F), Collection Droit fondamental, 1^{ère} édition, Novembre 2016.