Université Paris Nanterre

200 av. de la République
92001 Nanterre Cedex
www.parisnanterre.fr

Membre de l'Université Paris Lumières

École doctorale 141 : Droit et science politique

Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE)

Marie KOEHL

La négociation en droit des entreprises en difficulté

Thèse présentée et soutenue publiquement le 22/02/2019

en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles de l'Université Paris Nanterre

sous la direction de Mme Béatrice THULLIER, Professeure à l'Université Paris Nanterre

JURY :

Rapporteure :	Mme Corinne SAINT-ALARY-HOUIN	Professeure émérite à l'Université Toulouse 1 Capitole
Rapporteure :	Mme Marie-Laure COQUELET	Professeure à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas
Membre du jury :	M. Dominique DEMEYERE	Professeur associé à l'Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme Béatrice THULLIER	Professeure à l'Université Paris Nanterre

AVERTISSEMENT :

« L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

« Le bonheur ne se trouve pas au sommet de la montagne mais dans la façon de la gravir » (Confucius). Et surtout avec qui la gravir… La thèse n'est pas un chemin facile à emprunter. Le sommet de la montagne paraît souvent inatteignable. Cependant, elle permet de multiples et belles rencontres. Qu'il me soit autorisé dans ces quelques lignes de remercier très sincèrement et avec toute mon affection les personnes que cette aventure m'a permis de rencontrer. Les pages de ce travail portent l'empreinte de chacune d'entre elles.

Je tiens, tout d'abord, à exprimer ma profonde reconnaissance à ma directrice de thèse, Mme. la Professeure Béatrice Thullier. Sa disponibilité, sa patience, ses précieux conseils ainsi que son exigence ont permis de me faire progresser, de stimuler cette recherche et de contribuer à son aboutissement. Pour sa présence dans les moments de doute et la confiance qu'elle m'a accordée tout au long de ce chemin, je tiens à la remercier chaleureusement.

Mes remerciements s'adressent ensuite aux membres de mon centre de recherche - le CEDCACE - ainsi qu'à ses directeurs successifs qui offrent aux doctorants un cadre de travail accueillant et stimulant et des séminaires d'écriture d'une précieuse aide. Le travail fut plus facile grâce à l'ambiance amicale qui régnait dans la salle 419. Je souhaite également remercier Mme Zoubida Saïdi pour sa gentillesse et sa disponibilité. Un grand merci à mes amis « Irérpiens » pour leur attention et leur soutien. Ma reconnaissance va également à Gaby pour son aide et sa grande écoute.

Ce travail doit également énormément à l'Institut International pour les Études comparatives (IIPEC). Ma reconnaissance va à son Président, M. le Professeur Antoine Lyon-Caen, et à ses membres, pour la confiance qu'ils m'ont accordée. Que Cyril, Elsa, Emma, Hélène, Jérôme, Lola, Maxime, Paul-Anthelme, Tania, Thomas et Véronique soient remerciés pour leur chaleureux accueil et leurs si précieux conseils. On ne peut rêver d'un cadre de travail aussi idéal. J'ai pu acquérir, dans une atmosphère tant solaire que studieuse, de meilleures connaissances juridiques (et musicales) et une plus grande confiance en moi. Je dois beaucoup à chacun d'entre vous.

La thèse n'aurait pu être achevée sans l'appui de mes « compagnons de cordée », collègues universitaires, devenus de véritables amis. Une première pensée émue pour « ma sœur et mon frère de thèse », présents et réconfortants dès le début et tout au long : Céline et Mathieu. Un immense merci à mes QGtistes, pour tous nos merveilleux moments, pour cette histoire entre nous, collective et heureuse, écrite à l'encre indélébile et qui m'a portée. À Sophie et Maxime, mes acolytes, mes « indispensables », qui ont rendu la route plus douce et plus gaie. Merci à vous, pour tout. À Marjo, pour ses paroles rassurantes, ses conseils avisés et son soutien infaillible. À Vincent, autre vrai « moteur » de ce travail, pour ses métaphores joyeuses et son immense aide. À Céline C., Emmanuel, Josépha, Morgan et Ylias pour leur soutien et leurs relectures inestimables. À Eunjoo et Valéria, pour notre complicité et nos moments basco-parisiens : la Corée nous attend ! À mon maître Yogi, Emma, Dirk, Nathalie et Sabrina pour leurs constants encouragements et à mes amis de bibliothèque, Antonin Gr., Érika et Yosser. À Mélissa et Mathias, pour leur amitié, pour nos discussions et nos nuits blanches, lesquelles ont véritablement nourri ce travail.

Qu'il me soit également permis de remercier très sincèrement les praticiens qui ont accepté de me rencontrer, Mme. Houlette, M. Boucly, M. Chassaing et M. Vedrenne, ainsi que les membres du Collectif L'Unité du Droit pour ces étés enrichissants.

Merci encore à tous mes nombreux relecteurs et bibliographes - qui se reconnaitront - pour leurs conseils avisés et leur aide jusqu'aux derniers moments de cette aventure.

Enfin, ce travail n'aurait jamais vu le jour sans le soutien indéfectible de mes proches. Je tiens à remercier tout particulièrement mes parents pour leur amour inconditionnel, pour leur soutien incomparable dans toutes les épreuves et les choix de ma vie. À cette famille formidable, pour tous les moments partagés. À ma sœur et mon frère, qui illuminent ma vie et me rendent plus forte. À mes colocs, Pierre et Nicolas, les meilleurs, inéluctablement. Au C.B, pour son amour… *le bonheur il est là.* À la Chose, pour sa tendre fidélité. À ma famille de cœur, mes amis de toujours, pour avoir cru en moi sans faillir, soyez assurés de mon éternelle reconnaissance. À mes « absents », qui reprennent vie dans mes souvenirs ; à Toi, ma maman, Jeanny Barrère, mon ange gardien présent pour toujours dans tous mes bonheurs.

Liste des principales abréviations

AJ	Actualité jurisprudentielle
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Al.	Alinéa
Anc.	Ancien
APD	Archives de Philosophie du Droit
Art.	Article
Art. cit.	Article précité
Ass. plén.	Assemblée plénière
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BMIS	Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CE	Conseil d'Etat

CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Cf.	*Confer* (rapprocher de)
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
dir.	Direction
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. Sociétés.	Revue Droit des sociétés
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
fasc.	Fascicule

Gaz. Pal.	Gazette du palais
Ibid.	*Ibidem* (au même endroit)
In	Dans
Infra	Ci-dessous
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP E	La Semaine Juridique – Entreprise
JCP G	La Semaine Juridique – Générale
JCP N	La Semaine Juridique – Notariale et immobilière
JCP S	La Semaine Juridique – Sociale
LPA	Les Petites Affiches
LEDEN	L'essentiel du droit des entreprises en difficulté
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001
Mél.	Mélanges
n°	Numéro
Obs.	Observations
Op. cit.	*Opere citato* (ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance
p.	Page (s)

Préc.	*Précité*
préf.	Préface
PSA	Procédure de sauvegarde accélérée
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
Rapp.	Rapport
RDBF.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Rééd.	Réédition
Rép. com	Répertoire de droit commercial (Dalloz)
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJ com	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDF	Revue trimestrielle de Droit Financier
s.	Suivant
SFA	Sauvegarde financière accélérée
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécialement
ss.	Sous
Supra	Ci-dessus
T. com	Tribunal de commerce
V	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LA NÉGOCIATION, FACTEUR DE NOUVEAUX EQUILIBRES

Titre 1. La négociation, facteur de nouveaux équilibres au sein des procédures

Chapitre 1. Négociation promue et contrôle accru : le cas de la conciliation

Chapitre 2. Négociation injectée et sujétion maintenue : le cas des sauvegardes accélérées

Titre 2. La négociation, facteur de nouveaux équilibres entre les acteurs

Chapitre 1. La rénovation du rôle des parties

Chapitre 2. La rénovation de l'office du juge

SECONDE PARTIE

LA NÉGOCIATION, PORTEUSE DE RENOUVELLEMENT DE VALEURS

Titre 1. L'ébranlement de valeurs traditionnelles par la négociation

Chapitre 1. L'ébranlement de principes fondateurs traditionnels

Chapitre 2. L'ébranlement de la conception traditionnelle de la figure du juge

Titre 2. L'émergence de nouvelles valeurs grâce à la négociation

Chapitre 1. L'émergence de nouveaux principes fondateurs

Chapitre 2. L'émergence d'une culture de la négociation

INTRODUCTION GENERALE

« Il n'y avait plus de destins individuels, mais une histoire collective ».

Albert Camus, *La Peste*, 1947.

§ 1. Perspective historique

1. Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté : un changement d'objectifs. La rupture qui s'est progressivement opérée au cours du XXe siècle par le passage d'un droit de la faillite à un droit des entreprises en difficulté a largement été démontrée et commentée[1]. À un droit soucieux de sanctionner lourdement le failli[2] coupable d'avoir trompé la confiance de ses créanciers, se serait ainsi substitué un droit instituant des procédures de traitement des « difficultés ». Ce changement traduit une modification de point de vue sur le débiteur.

Autrefois, primaient les sanctions du débiteur failli afin de l'inciter à s'exécuter et donc à éteindre ses dettes auprès de ses créanciers. Le droit romain évolua lentement de la vente du débiteur à la vente de ses biens entre le Ve siècle avant J.-C. et la fin du IIe siècle avant J.-C.[3]. Bien que portant sur les biens du failli, la *venditio bonorum*[4] était tout de même accompagnée de sévères

1 J. Paillusseau, *«* Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté *», in Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Mél. R. Houin, Dalloz-Sirey, 1985, p. 109 ; J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 305 et s. ; D. Desurvire, *Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine*, l'Harmattan, 1993, p. 11 ; C. Saint-Alary-Houin, *«* De la faillite au droit des entreprises en difficulté *», in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, ss. la dir. de R. Szramkiewicz et O. Descamps, t. 1, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 389 ; R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2e éd., 2013, n° 82 et s., p. 64 et s.

2 Historiquement, la faillite s'entendait de la situation dans laquelle le commerçant ne respectait pas ses engagements en ne payant pas ses créanciers. Du latin *fallere* qui signifie *«* tromper *»* : A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, p. 827.

3 Au Ve siècle avant J.-C., la Loi des Douze Tables faisait du débiteur insolvable le prisonnier de son créancier, lequel devait le charger de chaînes et le promener sur les marchés où il encourait la réprobation publique (*« manus injectio »*) : M.-A. Bouchaud, *Commentaire sur la loi des douze tables*, t. 1, Imprimerie de la République, 2e éd., 1803, spéc. p. 458 ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, par J.-P. Lévy (préf), F. Senn (éd.), Dalloz, 8e éd., 2003 (rééd. 1929), p. 1041 et s. Si au bout de 60 jours, il ne pouvait toujours pas s'exécuter, soit directement, soit par l'entremise d'un tiers, le créancier pouvait, devant magistrat, soit le vendre comme esclave de l'autre côté du Tibre, soit le garder chez lui pour le faire travailler, soit encore le mettre à mort et partager son corps avec les autres créanciers existants : Table 3, § 6. Un citoyen romain ne pouvait être vendu comme esclave à Rome, il devait être vendu là où il était étranger : R. Szramkiewicz et O. Descamps, *op. cit.*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2e éd., 2013, n° 83, p. 65.

4 *Venditio bonorum*, *«* vente des biens *»* : procédure collective d'exécution du patrimoine, non réservée aux seuls commerçants : R. Szramkiewicz et O. Descamps, *op. cit.*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2e éd., 2013, n° 84 à 87, p. 65 à 67.

mesures répressives à son encontre : frappé d'infamie, le débiteur était rayé de la vie publique[5]. Exerçant une véritable pression morale et sociale sur lui[6], cette procédure fut appliquée dans les pays de droit écrit jusqu'à l'ordonnance de Colbert sur le commerce de 1673[7]. Le Code de commerce de 1807 s'inspira de cette ordonnance et manifesta toujours une très grande sévérité à l'encontre des faillis[8]. Ainsi, le droit romain comme l'Ancien droit avaient pour finalité première l'élimination des débiteurs défaillants et l'organisation de la liquidation du patrimoine au profit des créanciers[9]. Le droit de la faillite était donc un droit « *sévère et éliminateur* »[10].

Aujourd'hui, la sauvegarde du débiteur prévaut afin de préserver le tissu économique dans lequel il s'insère et de maintenir l'emploi. Cette rupture est le fruit d'une lente évolution. La sévérité à l'égard du débiteur s'est progressivement atténuée, d'une certaine manière, lorsque le droit est passé de la vente du débiteur à celle de ses biens. Au milieu du XIXe siècle[11], l'idée se fait également jour que le débiteur n'est pas nécessairement malhonnête mais peut-être seulement malchanceux, d'où l'institution d'une seconde procédure aux côtés de la faillite, destinée au débiteur honnête[12]. Cette dualité de procédures fut pendant longtemps la règle[13]. Tout en dénonçant la rigidité du système, Balzac faisait d'ailleurs le constat de l'existence de deux faillites : « *la faillite du négociant qui veut ressaisir les affaires, et la faillite du négociant qui, tombé dans l'eau, se contente d'aller au fond de la rivière* »[14]. Cette prise de position marquait l'évolution progressive de la matière vers l'adoucissement des sanctions et la prise en compte du contexte de la défaillance du débiteur. Si la moralité de ce dernier

5 R. Szramkiewicz et O. Descamps, *op. cit.*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2e éd., 2013, n° 84 à 87, p. 65 à 67.

6 La faillite a longtemps entraîné une série d'humiliations à l'encontre du failli : exposition au pilori, excommunication, obligation de porter un bonnet vert, etc. *Ibid.*, n° 457, p. 237 et 238.

7 A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 10e éd., 2017, n°14, p. 8.

8 *Ibid.*

9 J. Hilaire, *op. cit.*, PUF, 1986, p. 305 et s. ; R. Szramkiewicz et O. Descamps, *op. cit.*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2e éd., 2013, n° 82 et s., p. 64 et s.

10 M.-H. Renault, *«* La déconfiture du commerçant – Du débiteur sanctionné au créancier victime *»*, *RTD com.* 2000, n° 3, p. 533, spéc. p. 540.

11 La rigueur extrême sous Napoléon a été atténuée par la loi du 28 mai 1838 puis par celle du 4 mars 1889.

12 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 4, p. 21.

13 Notamment avec le décret du 20 mai 1955 : la faillite était une procédure atteignant le débiteur indigne (liquidation forcée des biens) quand le débiteur malheureux mais de bonne foi était soumis à la procédure de règlement judiciaire (bénéfice d'un concordat).

14 H. de Balzac, *«* Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau *», in La Comédie humaine, Études de mœurs, scènes de la vie parisienne*, t. II, Paris, 1844, p. 595 ; Y. Guyon, *«* Une faillite au XIXe siècle selon le roman de Balzac, César Birotteau *», in Liber amicorum*, Mél. A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 377.

continua pendant longtemps à guider l'application des sanctions, la loi du 13 juillet 1967[15] a opéré une distinction fondamentale dans cette nouvelle approche du droit, entre le sort de l'homme et celui de l'entreprise. Ce fut la première étape du passage d'un droit de la faillite à un droit des entreprises en difficulté[16]. Une dissociation était dès lors faite entre le devenir de l'entreprise et le comportement passé du chef d'entreprise[17]. Cette évolution du droit distinguant la survie de l'activité, en fonction d'un critère économique, de la faute du dirigeant, était dans la lignée de la doctrine dégagée par le doyen Houin quelques années auparavant[18]. Depuis, l'un des objectifs du législateur est le redressement de l'entité économique et, pour cela, le déclenchement anticipé du traitement[19]. Le sauvetage de l'entreprise apparaît donc progressivement aux côtés des objectifs de paiement des créanciers et de sanction du débiteur.

2. Une évolution des méthodes de traitement des difficultés. Parallèlement à l'évolution des finalités poursuivies par les règles juridiques amorcée dès 1967, on a pu également observer une évolution des méthodes de traitement des difficultés mises en œuvre par ces mêmes règles. On passe, en effet, d'un droit impératif, marqué par l'unilatéralisme de l'autorité, à un droit qui laisse plus de liberté au débiteur et à ses créanciers. Cela se traduit notamment par une plus grande perméabilité à la négociation.

Ce changement de méthodes laisse ainsi son empreinte dans l'évolution du droit des entreprises en difficulté, qui illustre la place croissance faite aux volontés individuelles. Par exemple, tel fut d'abord le cas de la suspension provisoire des poursuites instituée par l'ordonnance du 23 septembre 1967[20]. Tel fut aussi le cas, plus tard, du règlement amiable consacré par la loi du

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

16 Sur cette évolution : v. not. B. Brunet, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif, Mél. R. Roblot*, 1984, p. 471 ; J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *in Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Mél. R. Houin, Dalloz-Sirey, 1985, p. 109 ; G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 83 et s. ; C. Saint-Alary-Houin, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », *in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, ss. la dir. de J. Krynen et M. Hecquard-Théron, PU Toulouse I, 2005, p. 389. Pour une étude sémantique : Ph. Roussel Galle, « La sémantique au secours du législateur : du Code de commerce au Code "des procédures collectives" », *in Le droit, les affaires et l'argent. Célébration du bicentenaire du Code de commerce, Mémoires de la Société d'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons*, comtois et romands, 2008, Vol. 65, p. 577 ; du même auteur, « De l'évolution sémantique à l'hypocrisie des mots », *LPA* 7 avril 2004, p. 3.

17 Il est alors, par exemple, possible qu'une entreprise soit liquidée sans que le dirigeant soit inquiété et, inversement, que l'activité perdure lorsque le dirigeant est sanctionné par une interdiction de gérer.

18 R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *in Liber amicorum*, Mél. Baron Louis Frédéricq, 1965, p. 609.

19 F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2e éd., 2018, n° 6, p. 24.

20 L'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 a créé une procédure de suspension provisoire des poursuites, laquelle avait un caractère préventif et exceptionnel. Elle était réservée aux seules « entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise dont la disparition serait de nature à cause un trouble grave

1er mars 1984[21], puis renforcé par la loi de 1994[22], qui est un processus contractuel, souple et confidentiel visant à redresser l'entreprise qui rencontre des difficultés, en-deçà de l'état de cessation des paiements[23]. Tel est encore le cas de la conciliation, remplaçant, depuis la loi du 26 juillet 2005[24], le règlement amiable, et dans laquelle le débiteur et ses créanciers sont pleinement associés.

En vue de favoriser de telles négociations, le législateur a par ailleurs renforcé les moyens d'information du chef d'entreprise. Par exemple, la loi du 1er mars 1984, faisant suite à d'importants travaux[25], suscitait la participation des débiteurs et des créanciers en introduisant des mesures d'information et de détection sur les difficultés des entreprises[26]. Les procédures d'alerte interne et externe, confiées aux commissaires aux comptes, aux représentants du personnel et aux associés ainsi qu'au président du tribunal, permettaient ainsi « *d'amorcer un dialogue et de déclencher un processus de négociation* »[27].

Certes, il y a toujours eu des espaces de négociation, qui peuvent même être observés dans le droit de la faillite. Le débiteur pouvait, en effet, échapper à l'excommunication en transigeant avec ses créanciers. De nombreux procès relatifs aux opérations de foires - dont la faillite faisait incontestablement partie - se terminaient également à l'amiable[28]. De plus, sous l'Ancien Régime,

---

à l'économie nationale ou régionale et qui pourrait être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers » (art. 1er). Cette procédure n'envisageait certes pas une véritable négociation entre le débiteur et ses créanciers mais elle permettait au débiteur de présenter un plan de redressement, arrêté ensuite par le tribunal. L'attention nouvelle du législateur est donc portée à l'entreprise du débiteur, au détriment des créanciers. L'objectif de l'ordonnance était, en effet, de faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.

21 Loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés (Art. 35 à 39).

22 Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

23 M. Jeantin, « La loi du 01 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable », *Dr. soc.* 1984, n° 11, p. 599 ; J.-M. Calendini, « La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises », *LPA* 01 sept. 1984, n° 109, p. 24 ; Y. Chaput, « Le règlement amiable. À propos de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 et du décret n° 85-295 du 1er mars 1985 », *JCP G* 1985, II, 14455 ; Ch. Gavalda et J. Menez, « Le règlement amiable des difficultés des entreprises, *JCP G* 1985, I, 3196, p. 25 ; Y. Guyon, « Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés », *Dr. soc.* 1985, n° 4, p. 267.

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

25 Parmi les plus connus, ceux du comité d'études pour la réforme de l'entreprise : v. *Rapport du Comité d'études pour la réforme de l'entreprise*, présidé par M. Pierre Sudreau, Documentation française, février 1975.

26 La prévention par l'information comptable et financière consistant en l'établissement de documents prévisionnel permettait de responsabiliser les dirigeants : J. Paillusseau et G. Petiteau, *Les difficultés des entreprises : prévention et règlement amiable*, Paris, Armand Colin, 1985, p. 7 et 8.

27 A. Pirovano, « Formes de négociation mises en œuvre par le droit économique des entreprises en difficulté » (Introduction), *in Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 9, spéc. p. 13. Il est indiqué que « les trois mille procédures d'alerte déclenchées dans les entreprises entre avril 1985 et avril 1986 sont présentées par les commissaires aux comptes comme ayant, dans 94% des cas, ouvert le dialogue ».

28 R. Szramkiewicz et O. Descamps, *op. cit.*, n° 128 et s., p. 87 et s.

le failli pouvait obtenir en justice un « sauf-conduit » lui permettant de poursuivre momentanément ses affaires et de transiger avec ses créanciers[29]. Lors des négociations, le débiteur devait paraître en personne, expliquer sa conduite et faire des propositions de règlement aux créanciers[30]. Il existait l'atermoiement qui reposait sur une proposition d'un terme pour le paiement, la remise partielle des dettes ou encore le contrat d'abandonnement des biens, à savoir l'abandon de la totalité de son patrimoine à ses créanciers. À l'instar de certaines procédures actuelles, les créanciers étaient regroupés en assemblées pour négocier un accord, appelé « concordat », accepté à la majorité des trois quarts du montant des dettes et homologué en justice[31].

3. Mais, alors qu'elle était jadis marginale, la négociation est aujourd'hui centrale en droit des entreprises en difficulté. Précisément, deux voies traversent cette branche du droit : la voie judiciaire, d'un côté, et la voie amiable, de l'autre côté. La négociation est au cœur, du moins de prime abord, de la voie amiable. C'est donc en ce sens qu'elle revêt un caractère central : elle fait écho à la division fondamentale du droit des entreprises en difficulté entre les procédures amiables et les procédures judiciaires et collectives de traitement des difficultés des entreprises. Cette *summa divisio* traduit l'idée d'une coexistence, au sein de la matière, de deux méthodes de traitement des difficultés des entreprises[32]. Les procédures judiciaires seraient les héritières de la conception historiquement première du droit de la défaillance, marqué par un caractère essentiellement impératif et entièrement placé sous le joug de l'autorité judiciaire. Les procédures amiables seraient, quant à elles, le signe d'un renouveau du droit de la défaillance, témoignant d'un recul de la règle impérative et de l'autorité du juge dans le traitement des difficultés de l'entreprise, au profit d'une plus grande implication du débiteur et de ses créanciers.

4. Pourtant, le droit des entreprises en difficulté a toujours été marqué par une certaine imbrication entre l'amiable et le judiciaire, le négocié et l'imposé. L'intégration de la négociation dans les procédures collectives témoigne de ce phénomène.

29 *Ibid.*, n° 477, p. 245.

30 C. Dupouy, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Paris, LGDJ, 1960, p. 36 et s.

31 R. Szramkiewicz et O. Descamps, *op. cit.*, n° 478 et 479, p. 245 et 246. Les concordats étaient toutefois fréquemment faussés par les arrangements particuliers passés entre le débiteur et certains créanciers.

32 Cette division est classique. On la retrouve dans l'ensemble des ouvrages consacrés au droit des entreprises en difficulté. À titre d'exemples : M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial – Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7e éd., 2007 ; M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, HyperCours, 6e éd., 2017 ; A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 10e éd., 2017 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat, LGDJ, 11e éd., 2018.

Par exemple, les plans de continuation et de cession de la loi du 25 janvier 1985[33] comportaient des aspects importants de négociation[34]. Si l'idée de « *dirigisme judiciaire* » a pu être soutenue avec force par les premiers commentateurs de la loi[35], ceux-ci constataient dans le même temps la nature mixte du plan, jugement revêtu de l'autorité absolue mais reposant sur un socle contractuel. Lors de l'élaboration du plan, étaient présents différents intervenants au sein des négociations : le dirigeant, le tiers repreneur, les créanciers, voire les représentants du personnel[36]. À cette étape, il pouvait y avoir tant de simples manifestations de volonté (avis, opinions, etc.) que de véritables « engagements » de la part du dirigeant et de ses partenaires qui, tous, pouvaient traduire un consensus[37].

La loi du 26 juillet 2005 offre une illustration plus actuelle avec les plans de sauvegarde ou de redressement. En effet, les créanciers peuvent être réunis en deux comités, celui des établissements de crédit et le comité des fournisseurs de biens et de services, au sein desquels ils négocient le contenu du plan. Avec la réforme de 2005, les créanciers ont donc fait leur « grand retour » dans les procédures judiciaires[38]. En revanche, les salariés sont, quant à eux, consultés et donc amenés à donner leur avis, par l'intermédiaire de leurs représentants, sur les projets de plans de sauvegarde et de redressement, sans être de véritables participants à la négociation[39]. La négociation n'est pas non plus totalement absente lorsque l'entreprise est en liquidation judiciaire. D'une part, l'entreprise peut être sauvegardée par cession à un tiers[40], laquelle sera discutée,

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

34 A. Pirovano, *op. cit.*, Economica, 1988, p. 81.

35 F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, avec la collaboration d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, n° spéc., Dalloz-Sirey, 3e éd., 1991, n° 7, p. 17 et 18. Le tribunal joue désormais un rôle décisif quant aux modalités du plan (continuation, cession, etc.). Sous l'empire du règlement judiciaire, l'aspect contractuel était apporté par l'assemblée concordataire. Sur l'idée de « dirigisme judiciaire » sous la loi de 1985 : v. *Supra*, Chap II, Titre II, Partie I, n° 176.

36 Dans certains cas, les repreneurs négocient avec les représentants des salariés. Par exemple, dans la reprise d'Air Alsace, un accord avait été négocié dans lequel le repreneur s'engageait à reprendre les salariés et les membres du comité d'entreprise acceptaient la diminution de certains avantages acquis dans la précédente entreprise (mutations, salaires, etc.) : A. Pirovano, *op. cit.*, Economica, 1988, p. 81, spéc. p. 95. Les négociations peuvent même conduire les salariés à reprendre l'entreprise sous la forme d'une SCOP : R. Vatinet, « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises », *JCP E* 1985, II, 14546, n° 21, p. 468.

37 A. Pirovano, *op. cit.*, Economica, 1988, p. 81, spéc. p. 84.

38 On a ainsi pu parler du « come back » des créanciers avec la loi du 26 juillet 2005 : F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *RDBF* 01 janv. 2006, p. 61.

39 La participation des représentants du personnel à l'élaboration des solutions est encore trop faible : v. *Infra*, § 2, A, Chap. I, Titre II, Partie I.

40 C. com., art. L. 640-1, al. 2.

y compris en amont dans le cadre d'un traitement amiable[41]. D'autre part, dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée, réservée aux petites entreprises dont l'actif ne comprend pas de bien immobilier, la vente des biens se réalise à l'amiable, ce qui autorise des négociations[42].

La négociation n'a donc jamais été l'exclusivité des procédures amiables. Plus encore, cette imbrication de l'amiable et du judiciaire est allée en se renforçant. Un décalage entre la présentation théorique du droit des entreprises en difficulté et le droit positif témoigne du fait que la place de la négociation dans le droit des entreprises en difficulté n'est pas clairement saisie. Surtout, ce décalage illustre le fait que la portée du développement de la négociation comme mode de traitement des difficultés de l'entreprise n'a pas été pleinement mesurée. À travers la négociation, c'est ainsi le sens de l'évolution contemporaine du droit des entreprises en difficulté qui semble pouvoir être réévalué.

En définitive, d'un droit particulièrement sévère, le droit des entreprises en difficulté est devenu un droit plus négocié qu'hier. Si la négociation est privilégiée dans les procédures amiables, cette évidence mérite d'être questionnée. L'examen doit également avoir lieu à propos des procédures collectives où l'on peut trouver plus d'espaces de négociation qu'il n'y paraît de prime abord.

§ 2. La négociation : un phénomène en expansion

5. Le développement général de la négociation. Le recours croissant à la négociation en droit des entreprises en difficulté est une manifestation du développement plus général de la négociation dans toutes les branches du droit français ainsi que dans des systèmes juridiques étrangers.

La négociation a pris son essor dans les années 1970 et est devenue, selon des théoriciens du droit, « *le modèle dominant de régulation des rapports sociaux* »[43]. Selon eux, « *le phénomène juridique n'est pas épargné : pas une de ses branches qui ne témoigne de l'irrésistible ascension du droit négocié. On négocie la loi,*

41 C. com., art. L. 642-2, al. 2. La cession peut en effet entrer dans les missions du mandataire *ad hoc* (C. com., art. L. 611-3) ou du conciliateur (C. com., art. L. 611-7, al. 1er).

42 Sauf si le liquidateur ne trouve pas d'acquéreurs dans un délai de trois mois. Sur la liquidation judiciaire simplifiée : v. not. M.-L. Coquelet, *op. cit.*, Dalloz, HyperCours, 6e éd., 2017, n° 462 et s., p. 336 et s. Sur la vente à l'amiable des biens : C. Saint-Alary-Houin, « La modernisation du droit des faillites. Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *in La modernisation du droit des affaires*, ss. la dir. de G. Jazottes, Litec, p. 77, spéc. p. 82.

43 Ph. Gérard, G. Ost et M. Van de Kerchove (ss. la dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publication des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 1.

tant en amont qu'en aval de son adoption ; on négocie le règlement des conflits tant au tribunal qu'en dehors des prétoires »[44].

Tout d'abord, on négocie la loi[45]. Certaines lois sont le produit d'une négociation avec les parties prenantes, notamment les partenaires sociaux et les experts, dans un souci d'efficacité, pour atteindre le but visé par la loi en anticipant ses effets, et d'effectivité, car la loi sera d'autant mieux respectée qu'elle est acceptée par ses destinataires[46]. Ripert énonçait à cet égard : « *Pour toutes les lois qui se proposent de régler les rapports juridiques entre des personnes dont les intérêts présents sont en cause il faut s'attendre au contraire à une lutte acharnée. Les plus nombreux doivent théoriquement l'emporter, mais… le Parlement n'aime pas beaucoup une victoire orgueilleuse et une défaite écrasante. Il préfère la transaction. C'est le seul moyen de faire accepter la loi et nous verrons plus loin que cette acceptation est nécessaire à sa vie* […]. *Mieux lui plaît la loi souple qui permettra les exceptions* »[47]. Dans cet esprit, le doyen Carbonnier préconisait de ne légiférer qu'après avoir procédé à des enquêtes sociologiques destinées à connaître le comportement effectif des sujets de droit[48], puisque la loi est mieux appliquée si elle est proche de la pratique sociale de ceux qui la reçoivent[49].

Ensuite, l'évolution vers un ordre juridique plus négocié s'est réalisée par rapport à l'institution judiciaire, constituant un modèle du droit imposé à travers l'*imperium* du juge[50]. L'essor des modes alternatifs des litiges[51] est à ce titre révélateur[52]. Aussi, en droit de la famille, le divorce

---

44 *Ibid.*

45 Le titre d'un essai publié pour la première fois en 1999 est évocateur à ce sujet « gouverner par contrat » : J.-P. Gaudin, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 2e éd., 2007.

46 J.-J. Urvoas, « La négociation de la loi par les acteurs privés », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 9.

47 G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2e éd., 1955, n° 48, p. 123 et 124.

48 J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2e éd., 1995 (rééd. 2014), p. 181.

49 G. Canivet, « Rapport de synthèse », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 55, spéc. p. 58.

50 C. Jamin, « Propos introductifs », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 4, spéc. p. 5.

51 Le développement des modes alternatifs des différends (MARD) est notamment lié à l'objectif de désengorgement des tribunaux et à l'idée qu'» un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ». L'adage est connu et traduit l'opposition faite entre la règle de droit appliquée devant une juridiction et la solution négociée. V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, n° 218.

52 B. Oppetit, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices* 1995, n° 1, p. 53 ; L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 123 ; S. Amrani-Mekki, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 5 juin 2008, n° 157, p.8 ; S. Gaboriau, « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la "juridiversité" », *LPA* 14 juin 2012, n°119, p. 3 ; Y. Strickler, « Le décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication et à la résolution amiable des conflits », *Procédures* 2015, étude n° 6, p. 4 ; I. Rohart-Messager, N. Borga, F. Legrand et Ch. Thevenot, « Techniques de négociation et

par consentement mutuel a-t-il été institué par la loi de 1975[53]. Plus tard, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle[54] a même consacré le divorce sans juge[55]. De manière plus étonnante, le droit pénal accorde une place accrue à la négociation. En effet, il est de plus en plus question de négocier avec l'autorité judiciaire sur la poursuite, sur la peine et sur son exécution. Née aux États-Unis[56], la justice pénale négociée est apparue pour la première fois en France en 1993[57] avec la procédure de médiation pénale[58]. Puis ont suivi d'autres mécanismes de négociation comme la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[59], ou encore la convention judiciaire d'intérêt public[60].

Enfin, la négociation innerve les relations privées et notamment le monde des affaires. Dans ce dernier, la négociation, fondement de l'économie libérale et qui trouve sa justification dans la

---

utilisation des modes alternatifs de résolution des différends en procédure amiable et collective », *BJE* 01 sept. 2018, n° 5, p. 378.

53 Loi n° 75-617 du 11 juill. 1975 portant réforme du divorce.

54 Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

55S'agissant des dispositions de la réforme concernant le droit des entreprises en difficulté. V. not. Ph. Roussel Galle, « La loi Justice du XXIe siècle et le droit des entreprises en difficulté », *Dict. perm. diff. entr.* 2016 ; du même auteur, « Adaptation du traitement des difficultés des entreprises par la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Rev. proc. coll.* 2016, n° 6, p. 11 ; P. Cagnoli, « Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Lettre act. proc. coll.* 2016, n° 267 ; Ph. Pétel, « Les dispositions relatives aux entreprises en difficulté de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP E* 2017, n° 3, p. 9 ; F. Macorig-Venier, « Loi de modernisation de la justice du XXIe siècle : incidence sur le dispositif de prévention des difficultés des entreprises », *RTD com.* 2017, n°1, p. 175 ; L. Fin-Langer, « La loi 'Justice 21' et le droit social des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2017, n° 3, p. 54 ; B. Rolland, « Justice du XXIe siècle : adapter le traitement des entreprises en difficulté », *Procédures* 2017, n° 2, p. 41.

56 Le *plea bargaining* est une pratique américaine, née à la fin des années 1860, consistant pour une personne mise en cause de négocier avec le ministère public avant le procès, de manière informelle : J. Minkowski, « La part de la négociation dans le procès pénal », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 19.

57 Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale.

58 CPP., art. 41-1. La procédure de médiation pénale est une mesure alternative aux poursuites concernant les petits délits mise en œuvre par le procureur de la République pour qu'une médiation entre auteur et victime de l'infraction soit mise en place, sous l'égide d'un médiateur habilité.

59 Créée par la loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allégement de certaines procédures juridictionnelles, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité consiste pour le procureur de la République de proposer aux personnes reconnaissant avoir commis un délit, une ou plusieurs peines, qui peuvent consister en une amende ou une peine d'emprisonnement (CPP., art. 495-7 à 495-16).

60 Créée par la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, la convention judiciaire d'intérêt public concerne les personnes morales coupables d'infractions déterminées comme les délits de corruption ou de trafic d'influence (CPP., art. 41-1-2). Elle imite ce faisant le deferred prosecution agreement américain (A. Mignon Colombet et F. Buthiau, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G* 2013, n° 13, p. 621). Ce dernier est un accord conclu entre les autorités américaines de poursuite et une société ayant commis une infraction de grande délinquance économique et qui accepte de s'acquitter de sanctions financières importantes en lieu et place d'une condamnation pénale. Comme en matière de deferred prosecution agreement, la convention judiciaire d'intérêt public ne donne pas lieu à une déclaration de culpabilité : les entreprises françaises sont donc préservées d'être pénalisées sur les marchés étrangers par l'inscription d'une condamnation à leur casier judiciaire : J. Minkowski, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 19.

théorie de l'autonomie de la volonté[61], s'exerce tout autant entre entreprises qu'à l'intérieur de celles-ci[62]. Plus encore, la place de la négociation est grande dans le règlement des différends commerciaux[63] : il est notamment possible de négocier un compromis d'arbitrage[64], un pacte d'amiable compositeur[65], une procédure participative[66], un délibéré de parties[67] ou un *med-arb*[68].

En définitive, pratiquement tous les domaines juridiques sont concernés par la place faite à la négociation : en droit parlementaire[69], en droit administratif[70], en droit des obligations[71], en droit des sociétés[72], en droit social[73], en droit pénal[74], etc. Ce constat peut également être dressé s'agissant de nombreux droits étrangers de la défaillance.

---

61 C. civ., art. 1102.

62 G. Canivet, « Rapport de synthèse », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 55, spéc. p. 59.

63 N. Cayrol, « La part de la négociation dans le règlement des différends commerciaux », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 48.

64 CPC., art. 1442 à 1449. Selon l'article 1442 du Code de procédure civile, la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est, quant à lui, la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

65 CPC., art. 12, al. 4 : « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

66 Lors d'une procédure juridictionnelle ou en vue d'un règlement juridictionnel, les parties peuvent négocier une convention de procédure participative aux termes de laquelle elles s'engagent, assistées de leurs avocats, à œuvrer conjointement et de bonne foi au moins à la mise en état de leur litige : C. civ., art. 2062.

67 Cette pratique -attestée plutôt à Paris - consiste pour un juge à inviter les parties à discuter avec lui de la solution qu'il convient d'apporter au litige : N. Cayrol, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 48.

68 Cette procédure est originale en ce qu'elle allie la médiation et l'arbitrage : devant un tribunal arbitral, les parties s'engagent dans une procédure de règlement volontaire négocié sous l'égide d'un médiateur. Si la médiation n'aboutit pas, le médiateur devient arbitre et la solution sera imposée.

69 J.-J. Urvoas, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 9.

70 D. de Béchillon, « Est-il possible de négocier avec une administration ? », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 14.

71 N. Dissaux, « Renégocier le contrat en cours d'exécution : les apports du nouveau droit des contrats », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 24.

72 J.-J. Ansault, « La négociation dans les relations sociétaires », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 33.

73 E. Barbara, « La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 41.

74 J. Minkowski, *op.cit., in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 19.

6. Les perspectives de droit comparé. Au regard d'autres droits étrangers, le recours à la négociation pour traiter les difficultés des entreprises est parfois plus systématique qu'en droit français[75].

Par exemple, au Liban, pour éviter une procédure de liquidation judiciaire, la réorganisation de l'entreprise fait l'objet d'accords amiables, extrajudiciaires[76]. Aux Emirats arabes unis, les dirigeants peuvent demander l'ouverture d'une procédure concordataire, dans les vingt jours de la cessation des paiements[77]. Plus généralement, le traitement amiable (*al souhl*) demeure la solution privilégiée des droits arabes[78]. En Extrême-Orient, la négociation a également une place centrale comme c'est le cas au Japon où l'accord informel (*shiteki seiri*) est favorisé[79].

La négociation se retrouve également dans les pays de l'Est européen. En Russie, par exemple, les créanciers ont eu rapidement un rôle prépondérant dans la restructuration de l'entreprise en pouvant modifier le projet de plan proposé par l'administrateur sans qu'il leur soit imposé unilatéralement par le juge[80].

Le même phénomène existe dans les autres États européens, qui permettent au débiteur de trouver un compromis avec ses créanciers et limitent dans le même temps l'intervention judiciaire. Aussi, le droit anglais reconnaît-il la possibilité d'un plan de restructuration adopté à l'amiable, sous l'égide d'un mandataire particulier, le « supervisor », dans le cadre d'une procédure volontaire (*Company Voluntary Arrangement*)[81]. Le droit italien, pour sa part, place une procédure réservée aux

---

75B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 3, p. 18 et 19.

76 Il existe notamment au Liban, le concordat extrajudiciaire : C. com. Lib., art. L. 459 ; F. Nammour, *«* Les procédures collectives en droit libanais *»*, *Rev. proc. coll.* 2007, n° 4, p. 183.

77 J.-L. Vallens, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé. Pratique des affaires*, Joly éditions, 2011, n° 69, p. 48.

78 J.-L. Vallens, *op.cit.*, Joly éditions, 2011, n° 65, p. 45.

79 Y. Kohari, *«* Le droit de la faillite français et le Japon *», in Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007, Les actes des colloques*, Dalloz, 2008, p. 723 ; M.-H. Monsèrié-Bon, *«* Aperçu sur le droit japonais des procédures collectives *»*, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, p. 20. Un temps inspiré du droit français, puis du droit allemand à la fin du XIXe siècle, le droit japonais de la faillite semble désormais influencé par le droit américain. Par exemple, la procédure de réhabilitation (*Civil Rehabilitation Act – Minji saisei-Ho*) se rapproche du *Chapter eleven* américain et, de fait, comporte des similitudes avec la procédure de sauvegarde française.

80 F. Lévy, *«* Comparaison de la loi russe et de la loi française en matière de faillite *»*, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 314, spéc. p. 315.

81 J.-L. Vallens, *op. cit.*, Joly éditions, 2011, n° 16, p. 3 ; D. Marks, *«* Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne *»*, *LPA* 16 juin 2005, n° 119, p. 7 ; O. Morel, *«* La procédure d'Administration outre-Manche : comparaison franco-anglaise *»*, *BJE* 01 janv. 2012, n° 1, p. 65. Cette procédure a été imaginée dans les années 1980 pour permettre aux entreprises connaissant des difficultés de trouver un compromis (un *«* arrangement *»* selon la terminologie anglaise) avec ses créanciers. Un plan d'apurement du passif comportant un échéancier est donc établi : les créanciers sont désintéressés sur les recettes à venir. En d'autres termes, la société peut continuer à vivre et à rester active. Le Tribunal intervient peu puisqu'il ouvre la procédure, ce qui a pour effet de suspendre toutes les actions des créanciers, et vérifie que l'entreprise est viable. En d'autres termes, la procédure se déroule en dehors de l'intervention du juge.

grandes entreprises sous le contrôle d'une autorité administrative et du ministre (l'administration extraordinaire des grandes entreprises)[82]. Dans le cadre de cette étude, quelques incursions de droit comparé seront réalisées pour révéler le changement qui s'opère parallèlement dans les droits européens voisins. En effet, un constat commun aux différents systèmes juridiques peut être fait concernant l'évolution des finalités mêmes des procédures collectives au sein de l'Union européenne[83]. Traditionnellement, ces procédures tendaient à la vente des actifs des débiteurs au profit de leurs créanciers, mais la recherche d'accords plus que de sanctions, guide désormais les législateurs et praticiens, en marge des solutions liquidatives[84]. En ce sens, le nouveau règlement européen du 20 mai 2015[85] révèle un changement important du droit européen des procédures d'insolvabilité en s'inscrivant dans la logique de la recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014[86] qui préconise l'insertion dans les droits nationaux des États membres des dispositions favorisant les procédures négociées[87]. La proposition de directive européenne du 22 novembre 2016[88] comporte, elle aussi, des éléments utiles à notre démonstration sur cette évolution en faveur de plus de négociation dans le traitement des difficultés des entreprises. Cependant, il n'est pas envisagé d'étudier les droits européens de manière exhaustive. D'une part, il existe d'importantes différences entre les procédures selon les États. À cet égard, les annexes du

82 Loi n° 95 du 03 avril 1979 relative à l'Administration extraordinaire (Administrazione straordinaria) des grandes entreprises en difficulté, dite « loi Prodi » ; modif. en conformité au droit européen des aides d'État ; décret-loi n° 270/1999 du 08 juill. 1999 ; réservée aux très grandes entreprises, la procédure relève globalement du ministre des Activités productives et d'un commissaire extraordinaire (*Commissario straordinario*) désigné parmi les membres de ce ministère ; N. Laurent, « Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens », Table ronde, *CDE* 2009, n° 5 ; L. Panzani, « La coordination des droits nationaux par le droit communautaire, le point de vue du magistrat : la jurisprudence des tribunaux italiens », *LPA* 19 oct. 2006, n° 209, p. 11 ; v. également les aff. Groupe Parmalat (restructuration, décret-loi n° 347/2003 du 23 déc. 2003 mesures urgentes pour la restructuration industrielle de grandes entreprises en état d'insolvabilité, dite « loi Marzano ») et Cie Alitalia (cession totale, décret-loi n° 134/2008, 28 août 2008) ; M. Fabbrini, « Le droit italien face au crash d'Alitalia », *RLDA* 01 oct. 2009, n° 42, p. 77 ; du même auteur : « Le nouveau droit italien des procédures collectives », *BJE* 01 sept. 2013, n° 5, p. 311.

83 J.-L. Vallens, *op. cit.*, Joly éditions, 2011, n° 12, p. 2 ; J.-L. Vallens ; C.G. Giorgini, F.-X. Lucas et B. Fauvarque-Cosson, *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, Paris, éd. Société de législation comparée, 2015, spéc. p. 36 ; E. Serverin et Ph. Du jardin, « Procédures collectives européennes et américaines : quels objectifs pour quelle efficacité? », *Revue Banque*, fév. 2013, n° 757, p. 57, spéc. p. 59 et 60.

84 J.-L. Vallens, « Rapport de synthèse », *in* Quelles convergences dans le traitement des difficultés des entreprises ?, *LPA* 27 nov. 2009 n° 237, p. 93.

85 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, préc.

86 Recommandation de la Commission européenne n° 2014/135 du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises.

87 R. Dammann, M. Menjucq et Ph. Roussel Galle, « Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2015, n°1, p. 10.

88 Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723.

règlement européen attestent de la variété de procédures au sein des États membres[89]. D'autre part, le droit européen vise principalement, en droit positif, à régler les conflits de lois et de juridictions.

Enfin, d'inspiration libérale[90], le droit américain repose également sur l'idée d'une plus grande prise en compte de la volonté des débiteurs et des créanciers et sur celle de compromis[91]. L'objectif du *Bankruptcy Code* est en effet « *d'offrir aux agents économiques un cadre juridique souple, à l'intérieur duquel ils peuvent renégocier leurs multiples engagements* »[92]. À cet égard, l'exemple américain est d'autant plus notable qu'il a fortement inspiré le législateur français. D'ailleurs, les principales caractéristiques de ce droit sont fréquemment mises en relief en droit de la faillite internationale par des organismes internationaux, notamment par la Banque mondiale[93] et les travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (CNUDCI)[94]. De là, ont été créées en France, la procédure de sauvegarde ainsi que ses variantes, les sauvegardes accélérées, respectivement inspirées du *Chapter eleven* et des *prepackaged bankruptcies* américains.

---

89 Cons. UE, règl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1. ; PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), JOUE n° L 141, 5 juin 2015, p. 19 ; ord. n° 2017-1519 du 2 nov. 2017 portant adaptation du droit français au règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité ; v. not. C. Domenget-Mouin, « Nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité : un difficile équilibre entre la recherche d'efficacité et la sécurité juridique », *JCP G* 2015, n° 7, p. 332 ; R. Dammann, M. Menjucq et Ph. Roussel Galle, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2015, n°1, p. 10 ; F. Jault-Seseke et D. Robine (ss. la dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, Joly-Lextenso, 2015 ; L.-C. Henry, « Le nouveau règlement « insolvabilité » : entre continuité et innovations », *D.* 2015, n° 17, p. 979 ; J. Heymann, « Le nouveau règlement relatif aux procédures d'insolvabilité : le changement dans la continuité », *Europe* 2015, n°12, étude. 9 ; L. Sautonie-Laguionie, (ss. la dir.), Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, commentaire article par article, éd. Société de législation comparée, 2015 ; J.-L. Vallens, « Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 : une avancée significative du droit européen de l'insolvabilité », *RLDA* 01 juill. 2015, n° 106, p. 17.

90 A. Tunc, *Le droit des États-Unis*, PUF, 5e éd., 1989 ; J.W. Bowers, « La faillite en droit américain », *in Droit des États-Unis*, ss. la dir. de A. Levasseur, Précis Dalloz, 2e éd., 1994, p. 297 et s. ; S.F. Chiccarelli et L.E. Perez, « Le droit américain de la faillite », *in Pratique du droit des affaires aux États-Unis*, ss. la dir. de R.H Folsom et A. Levasseur, Précis Dalloz, 1995, p. 321 et s.

91 M. Tanger, *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préf. J. Larrieu, Economica, 2002, p. 3 et 9.

92 *Ibid*, p. 31.

93 Depuis 2004, la Banque mondiale rend des rapports annuels dénommés « Doing Business » qui comparent et classent les réglementations de 190 États, en matière commerciale et économique. Parmi les domaines analysés, se trouvent entre autres, l'insolvabilité, la facilité de la création d'une entreprise, l'obtention d'un prêt, la protection des actionnaires minoritaires, la flexibilité du marché du travail. De manière générale, ce sont les droits anglo-saxons qui sont les mieux classés. V. le dossier » Attractivité économique du droit : regards croisés franco-américains », *LPA* 13 déc. 2007, n° 249.

94 Les travaux de la CNUDCI sont révélateurs de la faveur faite aux procédures impliquant le débiteur et ses créanciers dans le traitement des difficultés. Le guide législatif de la CNUDCI de 2004 sur le droit de l'insolvabilité énonce en ce sens que « la notion de redressement pouvant recouvrir divers types d'arrangements, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité adopte une approche non directive et facilite des arrangements qui permettront de créer davantage de valeur pour les créanciers que la liquidation de l'entreprise débitrice » : Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (première et deuxième parties), 2004, p. 29. Les guides législatifs de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004, 2010, 2013) sont publiés sur le site internet de la CNUDCI : http://www.uncitral.org

Sans réaliser une étude de droit comparé sur l'insolvabilité[95], il est intéressant de constater que les multiples réformes du droit des entreprises en difficulté français confirment son ouverture aux solutions étrangères.

Ce développement général de la négociation dans toutes les branches du droit et dans les systèmes étrangers invite à nous intéresser à la négociation et, en l'occurrence, à sa place en droit des entreprises en difficulté.

7. La négociation, une expression d'un mouvement général de contractualisation du droit des entreprises en difficulté. La négociation est une manifestation d'un mouvement général du droit : le mouvement dit de contractualisation. En droit des entreprises en difficulté, l'association des termes surprend tant l'idée d'une intégration du contrat dans une matière dont on souligne fréquemment le caractère d'ordre public peut paraître paradoxale. Pour autant, la doctrine a forgé ce concept de contractualisation pour « *rendre compte de l'intrusion et du rôle croissant du contrat – ou plus largement de la convention, entendue comme accord de volontés en vue de faire naître des effets juridiques – dans des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumis à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées* »[96].

Le concept de contractualisation est souvent mobilisé pour révéler des processus décisionnels éloignés de la forme civiliste du contrat[97]. En effet, si les notions de contrat et d'accord sont traditionnellement employées l'une pour l'autre en matière civile, la logique invite à les distinguer lorsque l'on parle du phénomène de contractualisation car le régime juridique du contrat ne s'appliquera pas nécessairement dans toutes les hypothèses[98]. En droit des entreprises en difficulté, par exemple, il convient de distinguer le contrat de l'accord car la négociation peut aboutir à un résultat dont le régime juridique sera distinct de celui du contrat. Tel est le cas notamment des plans qui ne sont pas des contrats mais le résultat d'un processus relevant de la négociation et aboutissant à un accord. En d'autres termes, c'est davantage la logique contractuelle qui est visée par le concept de contractualisation, lequel est moins une extension de la figure

95 Pour des études en droit comparé : v. S. Stankiewicz Murphy, *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. Vers un rapprochement des droits ?*, ss. la dir. de J.-L. Vallens, Thèse, Strasbourg, 2011 ; E. Turlutte, *Les objectifs du droit de la faillite en droit comparé : France, États-Unis, Angleterre, Espagne*, ss. la dir. de L. Vogel, Thèse, Paris II, 2014 ; O. Franco, *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, préf. E. Claudel, LGDJ, 2016.

96 V° *Contractualisation*, P. Ancel, *Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 231 et s.

97 S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (ss. la dir.), *«* Présentation *», in Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 11, spéc. p. 12.

98 S.-M. Cabon, *La négociation en matière pénale*, préf. V. Malabat, LGDJ, 2016, n° 51, p. 40.

traditionnelle du contrat qu'un déploiement de la procédure contractuelle[99]. À ce titre, on rappellera que « la négociation n'est pas le critère du contrat »[100] : l'absence de négociation ne suffit pas à écarter la qualification de contrat[101], et inversement, elle ne suffit pas à la justifier[102].

Ainsi, la définition du concept de contractualisation repose sur l'idée d'intrusion de l'accord de volontés dans des domaines[103] soumis à des règles impératives[104]. L'évolution du droit des sociétés est notamment révélatrice du phénomène[105]. À compter de la fin des années 1980, de nombreux auteurs réclamaient un assouplissement du droit des sociétés[106], critiquant le fonctionnement rigide des sociétés et des relations entre associés. Qualifiée de « *révolution* »[107], l'instauration de la société par actions simplifiée (SAS)[108] par la loi du 3 janvier 1994[109] révéla le plus

99 S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *«* Le système juridique français à l'ère de la contractualisation *», in La contractualisation de la production normative,* ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », 2008, p. 3, spéc. p. 5.

100 J. Ghestin, *«* La notion de contrat *»*, *D.* 1990, n° 23, p. 147, spéc. p. 152.

101 Le contrat est par définition un accord de volontés créateur d'obligations. Il y a de ce fait contrat lorsque par l'accord de leurs volontés, les parties ont décidé de se soumettre à un régime impératif. Le contrat d'adhésion est une bonne illustration de la qualification de contrat en l'absence de négociation.

102 La négociation n'est pas de l'essence du contrat, c'est l'accord des volontés qui crée la règle.

103 Le mouvement de contractualisation s'observe dans de nombreux domaines : S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (ss. la dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007 ; C. Bessy, *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, Droit & Société, 2007 ; S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (ss. la dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2008 ; C. Dudit, *La contractualisation du droit de la famille*, ss. la dir. de R. Le Guidec, Thèse, Nantes, 2009 ; A. Donnette-Boissière, *La contractualisation en droit du travail*, ss. la dir. de P.-H. Antonmattei, Thèse, Montpellier, 2010 ; V. Monteillet, *La contractualisation du droit de l'environnement*, préf. A. Pélissier, Dalloz, Paris, 2017.

104 V° *Contractualisation*, P. Ancel, *op. cit.*, PUF, 2004, p. 231, spéc. p. 232.

105 Pour certains auteurs, le législateur de la faillite ne pouvait, dès lors, ignorer la percée de la logique contractuelle au sein de ce droit voisin en raison des relations que les deux matières entretiennent : G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 17 et s., p. 24 et s. ; A.-F. Zattara-Gros, *«* La contractualisation du droit des entreprises en difficultés *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 623, spéc. p. 624.

106 E. Du Pontavice, *«* Le droit des sociétés commerciales en question *»*, *RJ com.* 1989, p. 241 ; Ph. Bissara, *«* L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins de l'entreprise et les aléas des solutions *»*, *Rev. Sociétés* 1990, n° 104, p. 553.

107 J. Paillusseau, *«* La nouvelle société par actions simplifiée. Le big bang du droit des sociétés ! *»*, *D. Aff.* 1999, n° 76, p. 1385.

108 C. com., art. L. 227-1 à L. 227-20 (art. R.227-1 à D. 227-3).

109 Loi n° 94-1 du 3 janv. 1994 instituant la société par actions simplifiée. Son ouverture a ensuite été réalisée par la loi du 12 juillet 1999, Loi n° 99-587 du 12 juill. 1999 sur l'innovation et la recherche.

nettement l'évolution de cette branche du droit vers une place accrue conférée à la liberté contractuelle[110], notamment pour l'organisation et le fonctionnement de la société[111].

Ce mouvement repose sur un principe de confiance accordée aux sujets de droit. En droit des entreprises en difficulté, cela se traduit par la confiance dans le débiteur et ses créanciers pour traiter par eux-mêmes les difficultés du premier. Ainsi entendu, le concept de contractualisation peut s'avérer fort utile pour éclairer l'évolution du droit contemporain des entreprises en difficulté. Cependant, à lui seul, il est impropre à montrer de manière précise où et en quoi le droit des entreprises en difficulté est affecté par ce mouvement. Pour être pleinement opératoire, le concept de contractualisation doit être accompagné de concepts constitutifs de critères observables dans le droit positif à un instant donné. La logique contractuelle qui le caractérise est en effet susceptible de degrés, et peut ainsi se retrouver de manière plus ou moins marquée dans le droit positif. Selon nous, l'étude de la contractualisation du droit des entreprises en difficulté manque d'un concept servant à identifier et à évaluer les mécanismes de cette matière qui participent effectivement du mouvement de contractualisation. *Quid*, par exemple, de la procédure de consultation individuelle des créanciers du débiteur prévue par l'article L. 626-5 du Code de commerce ? Faut-il voir dans cette consultation un signe de la logique contractuelle qui s'étend dans toutes les branches du droit ? Ou n'est-elle au contraire qu'une confirmation du caractère impératif censément caractéristique des procédures judiciaires de traitement des difficultés de l'entreprise ?

Notre hypothèse est que la négociation peut constituer un outil pour sortir de cette impasse. En effet, la négociation n'est pas seulement une des manifestations du mouvement de contractualisation du droit, et *a fortiori*, du droit des entreprises en difficulté. Mieux, elle renvoie à un concept qui, à notre sens, peut permettre de proposer une grille de lecture plus éclairante de ce droit. En ce sens, la présente étude est *une contribution à l'étude de la contractualisation* du traitement des difficultés des entreprises. Mais il ne s'agit *pas d'une étude sur la contractualisation*, du moins pas

110 G. Couturier, *op. cit.*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 18, p. 25 à 27. L'auteur détaille la priorité donnée à la liberté contractuelle des actionnaires (fixation par les statuts des conditions de direction de la société, des modes de consultation des actionnaires et des modalités d'exercice du droit de vote, etc.). Il explique notamment que cette contractualisation du droit des sociétés a été favorisée par les débats initiés aux États-Unis à la fin des années 1980 relatifs à la *Corporate Governance* (ou « gouvernance d'entreprise ») reposant « sur une analyse contractuelle des rapports au sein de la société et privilégie l'intérêt des actionnaires ».

111 Y. Guyon, « Présentation générale de la SAS », *Rev. Sociétés* 1994, n° 2, p. 207 ; J. Honorat, « La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », *LPA* 19 août 1996, n° 100, p. 4 ; P. Le Cannu, « La SAS pour tous », *BMIS* 01 août 1999, n° 8, p. 841 ; M. Germain, « La SAS libérée », *JCP G* 1999, n° 38, p. 1657. Dans un premier temps limitée aux grandes sociétés, la SAS s'adresse à l'ensemble des petites et moyennes entreprises depuis la loi du 12 juillet 1999, laquelle est venue instituer une forme unipersonnelle de cette société et a permis aux personnes physiques de constituer des SAS. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a, quant à elle, supprimé l'exigence d'un capital social minimum de 37 000 euros, celui-ci étant désormais librement fixé par les statuts.

directement. Il importe dès lors de préciser les contours de la définition de la négociation telle que nous l'entendons dans cette étude.

§ 3. Le concept retenu de négociation

8. La fonction du concept de négociation. Au sens où nous l'entendons, la négociation n'est pas une notion juridique au sens strict du terme[112] : elle ne désigne pas une catégorie du droit positif permettant de systématiser un corps de règles en le présentant comme le régime juridique de cette dernière. Il existe, certes, certaines notions juridiques qui usent du terme négociation, mais ces notions sont limitées à un processus spécifique, comme la « négociation précontractuelle » de l'article 1112 du Code civil ou la « négociation collective » en droit du travail[113]. En revanche, dans le champ des procédures collectives, le terme « négociation » n'apparaît guère dans les énoncés normatifs. De plus et surtout, la négociation est ici comprise en elle-même, sans lien avec un processus de création de norme particulier. Ce qui permet d'en donner une définition plus englobante pour intégrer différents contextes. Ce qui s'avère indispensable pour caractériser l'évolution globale du droit des entreprises en difficulté. Le terme de « négociation » est bien alors un concept, en ce sens qu'il permet l'analyse et la compréhension du droit. Il n'est pas une notion juridique au sens strict, en ce qu'il ne définit pas un régime juridique associé à une qualification juridique particulière.

Ainsi comprise, la « négociation » est un concept qui a pour finalité d'analyser et de rendre intelligible l'évolution contemporaine du droit des entreprises en difficulté. C'est dans le respect de cette finalité que la négociation est définie ci-dessous. La « négociation » prend alors une signification plus précise et surtout plus signifiante que ce que l'usage du concept « flou »[114] de contractualisation permettrait.

Plusieurs acceptions du terme négociation ressortent des études doctrinales. Par exemple, s'agissant de travaux sur la justice, certains auteurs emploient de manière indifférenciée les termes « justice négociée », « justice consensuelle » ou encore « justice contractuelle »[115], alors que d'autres

---

112 Sur cette distinction entre notion et concept juridiques : X. Bioy, *«* Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction… *», in Les notions juridiques*, ss. la dir. de G. Tusseau, Paris, Economica, 2009, p. 38

113 Livre II du Titre II du Code du travail.

114 V° *Contractualisation*, P. Ancel, *op. cit.*, PUF, 2004, p. 231, spéc. p. 232.

115 M. Chiavario, *«* La justice négociée : une problématique à construire *»*, *Arch. pol. crim.*, 1993, n° 15, p. 27 ; F. Tulkens, *«* La justice négociée *», in Procédures pénales d'Europe*, ss. la dir. de M. Delmas-Marty, Paris, 1995, p. 55.

les distinguent[116]. Mais aucune de ces acceptions ne semble s'imposer en doctrine. De plus, ces différentes significations ne sont pas mobilisées pour servir le même objectif que celui poursuivi dans notre étude. Aussi convient-il de forger notre propre définition de la négociation et de proposer, ainsi, une définition stipulative.

9. La négociation dans le langage commun. Le terme « négociation » vient de *negotiatio*[117] et signifie l'« *action de faire du commerce, du négoce* »[118]. Progressivement, la négociation n'a plus seulement désigné les échanges d'ordre commercial, pour désigner également des échanges en général. Dans le sens courant, la négociation est « *l'action de discuter les affaires communes entre des parties en vue d'un accord* »[119]. Elle se définit, plus largement, comme un ensemble de discussions[120], de pourparlers entre des personnes, des partenaires sociaux, des représentants d'États menés en vue de parvenir à un accord sur des problèmes posés[121].

Dans le sens commun, la négociation se caractérise donc par un processus de discussion mené en vue d'aboutir à un accord. En l'état, cette définition n'est cependant pas satisfaisante pour notre étude, pour deux raisons. D'une part, elle est trop large pour être véritablement opératoire. D'autre part, elle ne permet pas de distinguer la négociation des concepts voisins de consultation et de concertation[122].

---

116 F. Tulkens et M. Van de Kerchove, *«* La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? *», in Droit négocié, droit imposé ?*, ss. la dir. de Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, Publication des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 445. Dans leur article sur la négociation dans la justice pénale, les auteurs réalisent une typologie entre la justice *«* participative *»*, *«* consensuelle *»* et *«* négociée *»*. Le modèle de justice participative renvoie à l'idée que les particuliers sont invités à participer à la poursuite des infractions pénales, comme en Angleterre, par exemple, où la victime a le droit de saisir directement les tribunaux. Les traits susceptibles d'illustrer la justice consensuelle sont les modes d'extinction de l'action publique prévus pour certaines infractions, moyennant la réalisation de conditions qui doivent être acceptées par l'auteur de l'infraction, tel le versement d'une somme d'argent. Enfin, dans la justice négociée, l'accord obtenu n'est pas prédéterminé mais le résultat de discussions susceptibles d'entraîner des concessions de la part des intéressés.

117 Empr. au latin negotiatio «commerce», dér. de negotiari *«* négocier *»*.

118 Dictionnaire de l'Académie française, Le trésor de la langue française informatisé, disponible en ligne.

119 V° *Négociation*, Dictionnaire Larousse, disponible en ligne.

120 Nous entendons la discussion dans son acception la plus large : elle consiste dès lors à *«* s'entretenir d'une question en échangeant des points de vue différents *»*. Cf. Dictionnaire de la langue française, *«* Discuter *»*, Sens II, 1, disponible en ligne. Définissant plus précisément la discussion comme un échange de propositions et de contrepropositions, A. Jacobs, *«* Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée *»*, *RIDP* 2012, p. 44.

121 V° *Négociation*, Dictionnaire Larousse, disponible en ligne.

122 H. Touzard, *«* Consultation, concertation, négociation *»*, *Négociations* 2006, n° 1, p. 206.

10. Distinction entre négociation et consultation. La consultation peut être définie comme l'« *action de prendre avis auprès de quelqu'un* »[123]. On peut voir dans l'échange[124] entre la personne formulant la question et la personne consultée, une forme de discussion, réduite à sa forme la plus simple ; plus encore, l'objet de cet échange vise vraisemblablement à aider la personne procédant à la consultation à prendre une décision. Au regard de l'échange institué, la consultation rappelle la négociation. Pour autant, à la différence de la négociation, la discussion n'a pas lieu entre tout ou partie des personnes consultées, mais entre l'auteur de la décision finale et chaque personne consultée. Ainsi, la consultation consiste uniquement à faire s'exprimer séparément des acteurs, individuels ou représentants de collectifs, sur un projet[125]. Ce faisant, les personnes consultées sont distinctes de l'auteur de la décision finale. Leur opinion est simplement prise en compte par ce dernier, dans son processus de prise de décision. La consultation ne fait donc pas participer en commun les personnes consultées à la prise de décision[126], alors que dans la négociation, les acteurs concernés participent collectivement à l'obtention d'un accord, lorsqu'ils arrivent à l'atteindre.

11. Distinction entre négociation et concertation. La négociation et la concertation ont en commun de désigner toutes deux des processus de discussion menés en vue d'aboutir à un accord. Cependant, à la différence de la concertation, le conflit ou le rapport de forces sont à la source de la négociation : ce qui est au cœur du processus de décision dans la négociation c'est la divergence des intérêts ou des positions de départ[127]. Partant, la recherche de l'accord entre les parties implique la confrontation d'intérêts opposés, que chaque protagoniste, lors des discussions, va tenter de rendre compatibles par un jeu de concessions mutuelles[128]. Malgré des motivations et des intérêts parfois divergents[129], la concertation repose, quant à elle, sur une recherche de consensus. Les

123 Dictionnaire de l'Académie française, sens 1, disponible en ligne.

124 V°. *Échange*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018 : « Dans un sens dérivé, action pour deux ou plusieurs personnes de s'exprimer tour à tour ; fait de correspondre ».

125 H. Touzard, *art. cit.*, *Négociations* 2006, n° 1, p. 206.

126 *Ibid.*

127 *Ibid.*

128 R. Bourque et Ch. Thuderoz, *Sociologie de la négociation*, PUF Rennes, coll. « Didact Sociologie », 2011, p. 13.

129 V°. *Concertation*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018. La concertation est définie comme la « recherche en commun, par les personnes dont les intérêts sont convergents, complémentaires ou même opposés, d'un accord tendant à l'harmonisation de leurs conduites respectives. […]. De la concertation, le Droit ne saisit que les formes (depuis le simple dialogue jusqu'à la négociation la plus complète) ou le résultat, consensus, concert des participants (lequel diffère de la collusion toujours frauduleuse, en ce qu'il est également susceptible de manifestations positives fort diverses : concours, coopération, collaboration et autres avatars de la participation) ». Dans le Dictionnaire des synonymes et nuances – Le Robert, les termes « négociation » et « concertation » sont envisagés comme des synonymes. *Contra* : H. Touzard, *art. cit.*, *Négociations* 2006, n° 1, p. 206.

concepts de concertation et de négociation sont ainsi liés par *un rapport de genre à espèce*[130]. De ce point de vue, la différence spécifique de la négociation par rapport aux autres formes de concertation réside dans l'antagonisme qui oppose les intérêts des parties à la discussion. En l'occurrence, en droit des entreprises en difficulté, la négociation oppose les intérêts du débiteur, d'une part, et ceux de ses créanciers, d'autre part.

12. Distinction entre négociation et accord. La négociation et l'accord sont liés mais ils doivent être distingués. Dans le cadre d'une négociation, la discussion entre le débiteur en difficulté et ses créanciers tend à aboutir à la conclusion d'un accord. Autrement dit, l'accord est le résultat attendu de la négociation. En ce sens, il est une entente qui procède d'une communion de pensées, de volontés[131]. Des précisions méritent toutefois d'être apportées.

D'abord, la négociation se détache partiellement de l'accord à deux égards. D'une part, l'accord peut, au terme de la négociation, ne pas être atteint. Il est en effet possible que le processus de discussion constitutif de la négociation aboutisse à un échec. D'autre part, il est également possible qu'une personne soit liée par un accord sans avoir participé à sa négociation[132].

Ensuite, les accords peuvent être catégorisés en fonction de leur objet. Certains accords peuvent avoir pour objet de régler un différend entre les parties à la négociation. D'autres accords peuvent avoir pour objet de remédier aux difficultés de l'entreprise. Puisque l'objet de la démonstration est d'éclairer l'évolution du droit du traitement de la défaillance des entreprises, les seuls accords étudiés seront les accords dont l'objet est de remédier aux difficultés de l'entreprise. Seront ainsi exclus les accords dont l'objet est de régler un différend, tels que le compromis et la transaction[133], qui ne résolvent pas directement les difficultés de l'entreprise.

Enfin, il est également possible de catégoriser les accords en fonction de leur nature juridique. L'accord peut ainsi revêtir l'habillage juridique d'un contrat ou non. Par exemple, tandis que la procédure de conciliation peut aboutir à un accord qualifié de contrat, la procédure de

---

130 La concertation serait le genre, la négociation, l'espèce. En ce sens, le terme « concertation » sera parfois usité au sein de l'étude.

131 Dictionnaire de l'Académie française, sens 1, disponible en ligne.

132 Une telle hypothèse se rencontre davantage en droit du travail s'agissant des accords collectifs, lesquels sont des textes négociés et conclus entre les partenaires sociaux et portant sur les conditions de travail et d'emploi ainsi que sur les garanties sociales. V. sur ce sujet : Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, préf. M.-A. Souriac, Dalloz, 2017.

133 Le compromis permet que le litige soit tranché par des arbitres et la transaction met fin à un procès par une renonciation réciproque à des droits. Constituant des actes graves pouvant altérer le patrimoine de l'entreprise, l'article L. 622-7 II du Code de commerce les soumet à l'autorisation du juge-commissaire. V. J.-E. Kuntz et C. Gotzorides, « Transaction et procédure collective », *BJE* 01 sept. 2018, n° 05, p. 371.

sauvegarde, peut aboutir à un accord qualifié de plan. Afin de mesurer la portée de l'évolution contemporaine du droit des entreprises en difficulté, nous étudierons les divers processus de négociation sans distinguer selon que l'accord attendu est un contrat ou non. Autrement dit, il s'agit de circonscrire l'analyse aux espaces où le législateur donne plus de place au débiteur et à ses créanciers, au moyen d'une ou plusieurs discussions, pour traiter les difficultés de l'entreprise. En ce sens, la négociation ne s'oppose pas inéluctablement à la décision unilatérale du juge, laquelle peut faire suite à une négociation entre le débiteur et ses créanciers[134]. L'adoption d'une telle conception de l'objet d'étude invite donc à s'intéresser exclusivement à la négociation en tant que « mode de traitement des difficultés de l'entreprise ».

13. Définition retenue du concept de négociation. En conclusion, nous définissons la négociation, rapportée à notre champ d'étude, comme *le processus de discussion entre un débiteur en difficulté et ses créanciers institué par le droit positif aux fins d'aboutir à un accord qui, prenant ou non la forme d'un contrat, a pour objet de remédier aux difficultés de l'entreprise concernée*.

§ 4. Le sens du concept retenu

14. La négociation, un processus de discussion institué par le droit reposant sur une idée de confiance. Pour que la négociation éclaire utilement l'évolution du droit des entreprises en difficulté, elle doit exprimer l'idée de confiance qui est au cœur du mouvement dit de contractualisation du droit. La notion de confiance renvoie à un acte de foi manifestée à l'égard du débiteur et de ses créanciers, jugés à même de parvenir plus efficacement à une solution satisfaisante[135]. Au premier abord éloignée du droit, la notion n'est pas sans rappeler l'exigence de loyauté et est au cœur du délit d'abus de confiance. Il s'en déduit deux caractéristiques du concept de négociation.

D'une part, dans le cadre de notre démonstration, la négociation ne désigne que les processus de discussion destinés à aboutir à un accord et *institués par le législateur*.

134 Il ne sera pas étudié « l'accord » du juge en réponse à une demande, lequel ne résulte pas d'un processus de négociation. Il n'est pas envisagé non plus de s'intéresser aux discussions entre le débiteur et les organes de la procédure, notamment entre le débiteur et l'administrateur judiciaire s'agissant de la préparation d'une solution de traitement.

135 Sur la notion de confiance, cf. A. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, thèse, Nice, 1977 ; P.-Y. Gautier, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? », *in La confiance en droit privé des contrats*, ss. la dir. de V.-L. Bénabou et M. Chagny Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 109 s.

Certes, rien n'empêche le débiteur d'engager une négociation avec ses créanciers en vue de parvenir à un accord de traitement de ses difficultés sans que le livre VI du Code de commerce n'ait expressément prévu cette possibilité. Celle-ci est notamment illustrée par le « concordat amiable », aussi appelé « pacte amiable » voire « pacte d'atermoiement », qui désigne « *un accord (contractuel) entre un débiteur et tout ou partie de ses créanciers pour traiter les difficultés qu'il rencontre* »[136]. Un tel procédé résulte cependant de la liberté contractuelle dont jouissent les sujets de droit en application du droit commun. Il ne résulte pas d'un recul des règles impératives fondé sur la confiance du législateur au regard de l'aptitude des sujets de droit à traiter par eux-mêmes les difficultés du débiteur. En cela, les négociations préalables à un concordat amiable, en ce qu'elles n'ont nul besoin d'une consécration par le législateur, sont inaptes à éclairer l'évolution du droit des entreprises en difficulté.

Toutefois, toute mesure instituée par le législateur au nom de la confiance faite aux acteurs n'est pas nécessairement un processus de négociation. Le concept de négociation est une des expressions de la confiance que le législateur accorde aux acteurs. En cela, la négociation rejoint d'autres mesures réglementaires qui témoignent de cette confiance. La faveur faite à la négociation fait ainsi écho à la volonté du législateur de favoriser le rebond du débiteur[137] et de dédramatiser ses difficultés[138]. La proposition de directive européenne du 22 novembre 2016[139] et le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (projet dit « PACTE »), présenté en Conseil des ministres le 18 juin 2018[140], poursuivent cette direction. Le projet PACTE[141] offre en effet d'autres illustrations des manifestations de la confiance du législateur accordée au débiteur en

136 B. Thullier, *JCl. Procédures collectives*, fasc. 2030, V° *Procédure de conciliation et concordat amiable*, 11 avr. 2016, dernière mise à jour : 15 févr. 2017, n° 224 s.

137 C. Saint-Alary-Houin, *«* Le rebond du débiteur, vrai ou faux départ ? *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 578 ; B. Cambon, P. Goubard et V. Legrand, *«* Le traitement des difficultés, un outil de rebond du débiteur *»*, *Rev. proc. coll.* 2017, n° 4, p. 50. L'instauration du rétablissement professionnel est une illustration patente des mesures législatives visant le rebond du débiteur : C. com., art. L. 645-1 et s. Sur l'effacement des dettes du débiteur personne physique : C. com., art. L. 645-11. V. Ph. Roussel Galle, *«* Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond, à propos de l'ordonnance du 12 mars 2014 *»*, *Gaz. Pal.* 8 avr. 2014, n° 98, p. 32.

138 F.-X. Lucas, *«* Coupable indulgence d'un législateur ingénu *»*, *BJE* 01 sept. 2017, n° 5, p. 305. L'auteur est critique sur cette évolution de la matière en considérant que le législateur est *«* obnubilé *»* par le rebond du débiteur alors qu'un des objets du droit des entreprises en difficulté repose sur la prise de responsabilité de ceux qui sont à l'origine de la défaillance et des conséquences qu'elle entraîne.

139 Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, préc.

140 Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises n° 1088, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 juin 2018.

141 Le projet de loi comporte 70 articles qui traduisent la volonté du législateur *«* de mieux financer les entreprises et de les rendre plus justes, plus libres et plus innovantes *»* : Min. éco., *Le Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises présenté en Conseil des ministres le 18 juin 2018*, disponible en ligne.

difficulté. Aussi, vise-t-il à ne plus rendre obligatoire la fixation par le juge-commissaire de la rémunération afférente aux fonctions exercées par le débiteur, s'il est une personne physique, ou par les dirigeants de la personne morale, en cas de redressement judiciaire[142]. En outre, un amendement prévoit la désignation en qualité de juges consulaires des chefs d'entreprise ayant fait l'objet d'une procédure collective[143]. La proposition de directive européenne de 2016 vise, quant à elle, à harmoniser le droit des procédures collectives dans trois domaines : les procédures de restructuration préventive, les procédures visant à une remise des dettes d'entrepreneurs surendettés pour leur permettre de rebondir et les mesures visant à accroître l'efficience des procédures susmentionnées et des procédures d'insolvabilité[144]. Comme dans le projet de loi PACTE[145], le succès des négociations en comité de créanciers est favorisé par le renforcement du rôle des créanciers et l'instauration de classes homogènes[146].

Ces deux illustrations ne consistent pas en des processus de négociation, mais elles manifestent la même confiance que le législateur accorde aux acteurs privés et qui préside à l'institution de processus de négociation. Cette évolution est d'autant plus marquante dans un droit comme le droit des entreprises en difficulté, qui est un droit fortement teinté d'ordre public.

D'autre part, la négociation ne désigne *que les processus de discussion destinés à aboutir à un accord qui font intervenir le débiteur*. Cela s'oppose notamment aux hypothèses dans lesquelles une discussion est engagée entre les partenaires de l'entreprise et le liquidateur judiciaire. La présence de ce dernier est en effet le corollaire du dessaisissement du débiteur. Or, ce dessaisissement est exclusif de la confiance accordée par le législateur aux sujets de droit dans le traitement des difficultés du

142 Art. 14 du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises. Cet article modifie l'article L. 631-11 du Code de commerce.

143 Amend. CS1894 de M. A. Taquet. Devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, il a été énoncé à cet égard : « les entrepreneurs ayant fait l'expérience de l'échec se révèlent très souvent plus à même de comprendre les difficultés des autres chefs d'entreprise. Par ailleurs, la démarche proposée s'inscrit dans l'état d'esprit de la loi PACTE en faveur du rebond, mais également dans celui du droit à l'erreur ».

144 La proposition de directive préconise, notamment, la déjudiciarisation des procédures préventives. En effet, elle limite « l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative aux cas où cette intervention est nécessaire et proportionné » : Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, art. 4, al. 3.

145 Le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de 24 mois à compter de la publication de la présente loi, dans des conditions favorisant la poursuite de l'activité, la sauvegarde de l'emploi, l'apurement du passif et le rebond des entrepreneurs honnêtes, et permettant la réduction des coûts et des délais des procédures, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour rendre compatibles les dispositions des livres IV et VIII du code de commerce avec le droit de l'Union européenne, notamment en remplaçant les dispositions relatives à l'adoption des plans de sauvegarde en présence de comités de créanciers par des dispositions relatives à une procédure d'adoption de ces plans par des classes de créanciers et en introduisant la possibilité pour le tribunal d'arrêter un plan malgré l'opposition d'une ou plusieurs classes de créanciers (art. 64).

146 La proposition de directive préconise notamment que tous les créanciers qui seront affectés par un plan aient le droit de voter sur ce plan. Elle prescrit également que les parties concernées votent en classes homogènes, distinguant au minimum les créances garanties des non garanties (art. 9 de la proposition).

débiteur. Pour que le concept de négociation puisse rendre compte de ce phénomène, il suppose donc que le débiteur ne soit pas dessaisi. En effet, l'idée est, depuis longtemps, que le rétablissement des entreprises n'est plus l'affaire exclusive du juge ou des créanciers.

15. L'inspiration libérale du droit des entreprises en difficulté actuel. Si, auparavant, une procédure collective de paiement était destinée à sanctionner le débiteur défaillant, dont la gestion de l'entreprise était confiée à un mandataire de justice, la tradition pragmatique anglo-saxonne et nord-américaine du « nouveau départ » a donc peu à peu inspiré le législateur français. Il a notamment replacé le débiteur au centre des objectifs des procédures : le débiteur de bonne foi, malheureux ou malchanceux, pourra repartir dans les affaires. C'est notamment la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 qui marque cette nouvelle conception libérale du droit des entreprises en difficulté[147].

Cette orientation libérale de la loi, s'est en premier lieu traduite par la place plus importante accordée aux solutions volontaires de traitement des difficultés, notamment à travers l'instauration de la procédure de sauvegarde. Le changement d'état d'esprit du législateur s'est, en second lieu, traduit par la mise en place de comités de créanciers permettant à leurs membres de participer plus activement à l'élaboration du plan. Les créanciers ont, désormais, un droit de regard sur son contenu, voire un pouvoir d'initiative en matière de projet de plan. La recherche d'un consensus avec les partenaires de l'entreprise a ainsi retenu l'attention du législateur qui s'est, là encore, inspiré du droit américain de la faillite. En favorisant le recours à la négociation, la loi de sauvegarde a offert au débiteur et aux créanciers un certain pouvoir sur le déroulement de la procédure. Cette nouvelle distribution des rôles est indéniablement liée à une nouvelle perception du débiteur et des créanciers, lesquels sont invités à discuter et à participer au traitement des difficultés. En ce sens, la loi est d'inspiration libérale car elle enlève quelques pouvoirs aux tribunaux qu'elle restitue au débiteur et à ses créanciers[148].

147 P. Rey, « Une révolution nécessaire des mentalités pour une justice économique moderne », *RLDA* 01 mars 2006, n° 3, p. 57, spéc. p. 59 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 904, p. 395.

148 Ch. Leguevaques, « La réforme du droit des entreprises en difficulté (À propos de l'avant-projet de loi Perben dans sa version de février 2004) », *LPA* 24 juin 2004, n° 125, p. 3. L'auteur perçoit le droit des entreprises en difficulté comme un « droit de fusion ».

§ 5. Détermination du projet

16. Les intérêts d'une étude du droit des entreprises en difficulté à l'aune du concept de négociation. L'objet de la présente étude est le droit des entreprises en difficulté, et la négociation désigne la méthode de traitement des difficultés du débiteur caractéristique du mouvement de contractualisation de cette branche du droit.

De manière indirecte, la négociation a déjà fait l'objet d'études en matière de droit des entreprises en difficulté[149]. Celles-ci ont ainsi ouvert la voie à une étude plus importante sur le sujet. En effet, jusqu'à présent, elles consistaient en une analyse séparée de chaque cas dans lesquels la négociation a pu être identifiée dans les règles de droit de la défaillance des entreprises. Si ces études offrent une analyse approfondie de l'intégration de la négociation en ce domaine, elles ne dépassent pas véritablement le stade de la constatation. En effet, elles ne sont pas allées jusqu'à analyser la négociation dans son ensemble afin de proposer une grille de lecture systématique et cohérente de la matière. De même, la thèse de Monsieur O. Tiquant, intitulée *La contractualisation des procédures collectives*[150], accuse un caractère quelque peu daté au regard des nombreuses réformes du droit des entreprises en difficulté. En outre, l'auteur s'est attelé à rechercher toutes les manifestations de ce phénomène, et ce dans toutes les phases de la procédure. À ce titre, il perçoit de la contractualisation aussi bien dans le prononcé des sanctions que dans les échanges entre les organes de la procédure[151]. À la différence de cette étude d'intérêt, la démarche employée ici consiste non pas à révéler tous les signes de l'intrusion du contrat en la matière, mais bien de partir de la négociation pour déterminer ce qu'elle produit sur ce droit.

Partant, si la présente étude est *une contribution à l'étude de la contractualisation* du traitement des difficultés des entreprises, elle se distingue, toutefois, par certains égards, de l'approche retenue par la plupart des auteurs sur le sujet.

En premier lieu, il faut préciser que la méthode employée se veut davantage descriptive que prescriptive. En cela, nous rejoignons la position de nombre d'auteurs qui ont travaillé sur le mouvement de contractualisation du droit. Si nous pourrons concevoir, à la fin de l'étude, la

149 O. Tiquant, *La contractualisation des procédures collectives*, ss. la dir. de P. Le Cannu, Thèse Paris, 1999 ; A.-F. Zattara-Gros, « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 623. V. toutefois pour une étude portant directement sur la négociation : Dossier *Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012 ; M. Rolain, « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA* 17 déc. 2014, n° 251, p. 7 ; Table ronde sur la contractualisation du droit des entreprises en difficulté, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 101.

150 O. Tiquant, *op. cit.*, ss. la dir. de P. Le Cannu, Thèse Paris, 1999.

151 L'auteur a également étudié les décisions du tribunal de commerce de Paris en matière de transactions.

négociation comme un modèle du droit des entreprises en difficulté vers lequel il faudrait tendre, la démarche générale se veut principalement descriptive de ce droit. Celle-ci vise bien à décrire et à synthétiser cette branche du droit. Autrement dit, il s'agit d'en proposer une grille de lecture renouvelée.

En second lieu, l'objet de ce travail diffère quelque peu de celui du mouvement de la contractualisation. Le concept de contractualisation traduit un mouvement. Certes, ce que nous cherchons à décrire à travers le concept de négociation est bien une évolution du droit des entreprises en difficulté. Mais il s'agit moins de retracer un mouvement qu'aurait connu la matière que de rendre compte, de manière analytique, du produit de cette évolution afin d'offrir une nouvelle grille de lecture de l'actuel droit des entreprises en difficulté.

Enfin, en troisième lieu, notre étude ne vise pas davantage à rendre compte de l'ensemble des processus et des institutions participant de la contractualisation[152]. Elle ne porte que sur une des manifestations de la contractualisation : la négociation. C'est en cela que nous pourrons proposer une analyse plus précise du droit des entreprises en difficulté.

En définitive, le travail de recherche a été entrepris à la lumière des études déjà menées sur le sujet et des dernières réformes afin, d'une part, de vérifier la place actuelle de la négociation au sein du droit des entreprises en difficulté et, d'autre part, de saisir particulièrement les effets qu'elle est susceptible de produire sur ce droit.

Pour ce faire, la méthode employée vise à analyser la démarche du législateur français[153]. Sans pour autant se livrer à une analyse exhaustive des solutions offertes par le Code de commerce, il s'agira d'étudier l'apparition et le renforcement de la négociation dans les textes, tant dans les procédures amiables que collectives, mais seulement dans celles qui viennent « au secours » de l'entreprise en difficulté, à savoir lorsque cette dernière peut être sauvée. En effet, la négociation semble y avoir davantage de place.

La jurisprudence témoigne elle aussi de la prise en compte de cette évolution majeure. Certains pourraient même observer que les débiteurs trouvent dans la « négociation légale » un moyen d'instrumentaliser les procédures afin de contraindre leurs créanciers à faire des sacrifices.

---

152 Il ne s'agit donc pas d'exposer, de manière *«* catalogue *»*, les différentes procédures du droit des entreprises en difficulté faisant une place croissante à la négociation.

153 V. *Supra*, Introduction, n° 17.

L'affaire *Cœur Défense*[154] a été vivement critiquée sur ce point pour avoir consacré « *une primauté de l'entreprise en difficulté sur les droits de certains créanciers* »[155] alors que les difficultés de l'entreprise étaient déconnectées de son activité économique[156]. De même, l'affaire *Thomson*[157] atteste du pouvoir d'imposer des sacrifices à certains porteurs de titres supersubordonnés dans le cadre d'une sauvegarde. La démarche n'est cependant pas d'aller sur le terrain ni d'analyser la jurisprudence mais d'y faire seulement quelques incursions.

17. La délimitation de l'étude. Le concept de négociation dicte le champ étudié du droit des entreprises en difficulté.

Tout d'abord, ce concept de négociation justifie que soient exclus de l'étude les accords dont l'objet est de régler un différend, tels que le compromis et la transaction. En effet, l'accord, entendu comme le résultat attendu de notre concept de négociation, a pour seul objet de remédier aux difficultés de l'entreprise. Comme énoncé précédemment[158], cette acception restreinte de

154 CA Paris, 25 fév. 2010, n° 09/22756, M. Menjucq, « Affaire *Heart of La Défense* : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, p. 13 ; Ph. Roussel Galle, « Rétractation des jugements d'ouverture des procédures de sauvegarde dans l'affaire "Cœur Défense" », *Dict. perm. diff. entr.*, Bull. 313, p. 3957 ; F.-X. Lucas, « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », *BMIS* 01 mars 2010, n° 3, p. 211 ; P.-M. Le Corre, « La notion de difficulté que le débiteur ne peut surmonter », *Gaz. Pal.* 17 avr. 2010, n° 107, p. 13. Com. 8 mars 2011, n° 10-13.988, n° 10-13.989 et n° 10-13.990, M. Menjucq, « Affaire Cœur Défense : la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, p. 1 ; Ph. Roussel Galle, « Conditions d'ouverture de la sauvegarde : les textes, rien que les textes ! », *Dict. perm. diff. entr.* 2011, Bull. 324, p. 1 ; CA Versailles, 19 janv. 2012, n° 11/03519, F.-X. Lucas, « Cœur Défense : le calme après la tempête », *LEDEN* 2012, n° 2, p. 1 ; J.-M. Talau, « Affaire Cœur Défense : la cour de Versailles confirme l'ouverture de la sauvegarde », *JCP E* 2012, n° 5, p. 12 ; M. Menjucq, « L'épilogue de l'affaire Cœur Défense sur les conditions de l'ouverture de la sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 2, p. 15.

155 G. Teboul, « La dépossession des actionnaires comme mode de traitement des difficultés d'une entreprise », *JCP E* 2009, n° 50, p. 25.

156 Dans cette affaire, deux structures *ad hoc* (dites *Special Purpose Vehicles*) avaient été créées dans le but d'acquérir un ensemble immobilier de bureaux au moyen d'un financement de deux prêts. L'acquisition devait se dénouer par la vente des actifs ou un refinancement au moment du remboursement du capital, les loyers des bureaux ne couvrant que le paiement des intérêts contractuels et les frais de gestion. Par la suite, les prêts ont été cédés à un fonds commun de titrisation. À cause de la crise financière de 2008, les difficultés du groupe conduisirent le gestionnaire du fonds à demander, d'abord, le remplacement par un autre établissement pour assurer la couverture du risque de variation de taux au titre des contrats de prêt in fine, puis, la conclusion d'un nouveau contrat de couverture à peine d'exigibilité immédiate des contrats de prêt. Considérant qu'il n'était pas possible de trouver un nouveau garant en pleine crise financière, les sociétés du groupe ont chacune demandé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, ce que fit le tribunal de commerce de Paris par un jugement du 3 novembre 2008. Ce jugement fut ensuite rétracté par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 25 février 2010 qui avait fait droit aux demandes du fonds commun de titrisation mais cette décision fut censurée par la Cour de cassation par un arrêt du 8 mars 2011 excluant toute restriction aux conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde et renvoyant l'affaire devant la cour d'appel de Versailles. Cette dernière se conforma aux principes posés par l'arrêt de cassation en considérant qu'au moment de l'ouverture de la sauvegarde, étaient aussi caractérisées des difficultés de nature à la conduire à la cessation des paiements.

157 T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, RG n° 2010L00346 (jugement arrêtant le plan de sauvegarde), *D.* 2010, A.J. p. 500, obs. A. Lienhard ; *D.* 2010, p. 2504, obs. R. Dammann et G. Podeur ; CA Versailles, 18 nov. 2010, n° 10/01433, *D.* 2010, AJ, p. 2767, obs. A. Lienhard ; *BJE* 2011, p. 14, note Ph. Roussel Galle.

158 V. *Supra*, Introduction, n° 14.

l'accord se justifie par l'objet de notre démonstration générale : éclairer l'évolution du droit du traitement de la défaillance des entreprises.

Ensuite, le concept de négociation justifie l'exclusion de certaines procédures de traitement des difficultés. En raison du principe de confiance qui préside à sa consécration par l'ordre juridique, la négociation, telle que nous l'entendons, est incompatible avec un dessaisissement du débiteur[159]. Par conséquent, la liquidation judiciaire[160] est exclue du champ de l'étude. En liquidation judiciaire, la négociation n'est certes pas inexistante, mais elle n'est pas significative. En effet, la négociation aurait pu être questionnée au sein de cette procédure, notamment s'agissant des ventes de gré à gré ou de cessions amiables. Toutefois, il s'agit de procédés unilatéraux dont la mise à prix est fixée par le juge. De plus, les discussions n'ont pas lieu entre le débiteur et ses créanciers. À l'évidence, la liquidation judiciaire reste majoritairement gouvernée par des « schémas impératifs » dans lesquels le traitement se déroule entre le tribunal et le liquidateur et laisse peu de place au dialogue entre le débiteur et ses créanciers[161]. Malgré le basculement du plan de cession, depuis la loi du 26 juillet 2005, dans la liquidation judiciaire, le jugement d'ouverture de cette procédure produit toujours un effet très énergique sur la situation du débiteur qui est immédiatement dessaisi de la gestion de son entreprise[162]. En étant ainsi dessaisi, le débiteur ne peut être acteur d'une négociation. De surcroît, ce qui nous intéresse est la négociation comme mode de traitement des difficultés en vue du sauvetage d'une entreprise. Or, en liquidation judiciaire le redressement de l'entreprise est manifestement impossible[163].

Le rétablissement professionnel[164] est également exclu du champ de l'étude. Créé par l'ordonnance du 12 mars 2014[165], il est le dernier-né des procédures de traitement des difficultés des entreprises, destiné aux entrepreneurs individuels n'ayant pas de salariés ni d'actifs permettant de couvrir les frais de procédure. Le rétablissement professionnel leur permet, sous certaines

159 V. *Supra*, Introduction, n° 18.

160 C. com., art. L. 640-1 et s.

161 F.-X. Lucas, « Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté. Propos conclusifs », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 109.

162 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 1217, p. 797.

163 C. com., art. L. 640-1, al. 1er.

164 P. Canet, « Le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 65 ; F. Reille, « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 61 ; F. Macorig-Venier, « Le rétablissement professionnel », *Dr et patr.* juill. 2014, p. 52 ; M. Sénéchal, « Le rétablissement professionnel par effacement de certaines dettes », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 196, F. Pérochon, « De quelques questions sur le rétablissement professionnel… », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 345.

165 C. com., art. L. 645-1 et s.

conditions, d'obtenir à l'issue d'une procédure sans liquidation et d'une durée de courte durée de quatre mois, l'effacement de leurs dettes[166], privées ou professionnelles, nées antérieurement à l'ouverture de la procédure[167]. Il n'est pas une procédure collective, ce qui implique que les créanciers ne soient soumis à aucune discipline collective, et que le débiteur ne soit pas dessaisi. Ce dernier demeure donc *in bonis* pendant la procédure : il est libre d'administrer son patrimoine et de disposer de ses actifs. S'il favorise le rebond du débiteur, le rétablissement professionnel exclut, en revanche, toute négociation avec ses créanciers. À cet effet, il est possible de se demander si le caractère unilatéral des conditions de mise en œuvre du dispositif ne constitue pas la raison du faible engouement pour cette procédure[168].

Enfin, si la négociation existe depuis longtemps en droit des entreprises en difficulté, nous nous intéresserons plus précisément aux dispositions de ce droit qui sont nées à partir de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Notre étude vise en effet à proposer une grille de lecture du droit positif des entreprises en difficulté, lequel est principalement construit sur cette loi. En outre, elle marque un tournant incontestable par rapport à la législation antérieure, qui est conforté par les réformes ultérieures.

La pénétration de la négociation a en effet touché, depuis 2005, aussi bien les traitements amiables que judiciaires. Le mandat *ad hoc* et la conciliation en constituent des signes évidents. L'exemple du privilège de conciliation illustre l'incitation faite aux créanciers à négocier dès la procédure amiable[169]. La négociation se retrouve également dans les procédures collectives, puisque l'intention du législateur de 2005, confirmée par la réforme de 2008, a été de favoriser la sauvegarde et le redressement fondés sur l'adhésion de la majorité des créanciers après négociation[170]. Puis ce

166 Il semble qu'il s'agisse d'une extension des dettes sans paiement : Civ. 2ème, 27 fév. 2014, n° 13-10891, *LPA* 19 mai 2014, n° 99, p. 7, note T. Stefania. Dans cette décision du 27 février 2014, la Cour de cassation précise que l'effacement des dettes entraîne une extinction de la créance, c'est-à-dire sa disparition.

167 À l'exclusion de certaines créances comme les créances des salariés et les créances alimentaires.

168 Sur le faible engouement pour cette procédure : Ch. Delattre, « Le rétablissement professionnel : premiers retours jurisprudentiels », *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 182. Afin de développer le recours à cette procédure, l'article 15 du projet de loi PACTE prévoit de modifier les conditions d'ouverture en obligeant systématiquement le juge, lors de l'ouverture d'une liquidation judiciaire, à rechercher si les conditions de l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel sont réunies. Si tel est le cas, le tribunal devra ouvrir cette procédure avec l'accord du débiteur. Il importe de noter que cet accord ne résulte pas d'un processus de négociation. Sur la question de l'impartialité du juge au regard de cette disposition : S. Zinty, « Projet de loi « PACTE » : examen des mesures relatives au droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2018, n° 28, p. 9.

169 Dans le cadre d'une conciliation ayant donné lieu à un accord homologué, ce privilège, prévu à l'article L.611-11 du Code de commerce, confère, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, une priorité de paiement aux créanciers ayant consenti un nouvel apport en trésorerie, de bien ou de service.

170 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 19, p. 28.

mouvement a été renforcé par les réformes de 2010 et de 2014, instituant les variantes de la sauvegarde : les sauvegardes accélérées.

18. Les hypothèses de départ. Si les réformes à répétition peuvent encourir la critique[171], elles ne doivent néanmoins pas masquer le changement plus profond de logique du droit des entreprises en difficulté. La mutation profonde qui est à l'œuvre semble se traduire, en premier lieu, par un bouleversement des équilibres entre les procédures amiables et judiciaires. Auparavant, une ligne de partage entre le traitement amiable et judiciaire s'établissait avec le critère de cessation des paiements. Lorsque l'état de cessation des paiements était établi, la procédure était collective et judiciaire, laissant peu de place à la négociation entre le débiteur et ses créanciers. Désormais, il est possible pour le débiteur en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours de recourir à des procédés et procédures négociées, comme le mandat *ad hoc* et la conciliation. Sur un plan théorique, l'évolution du droit des entreprises en difficulté conduit donc à ne plus prendre pour postulat le clivage entre procédure amiable et procédure collective. Il conviendra d'étudier les différents autres avantages offerts par le législateur au débiteur et à ses créanciers afin qu'ils recourent aux dispositifs amiables et négociés. La promotion de la négociation dans le droit des entreprises en difficulté fait naître, en second lieu, l'hypothèse que les rapports de force entre les acteurs du traitement changent. Le présupposé qu'il convient de vérifier repose sur le recul du juge et corrélativement sur le rôle renforcé des débiteurs et des créanciers, au cœur de la négociation. Le traitement négocié serait ainsi mieux accepté par les parties et les instruments mis à leur disposition en seraient, par là même, utilisés plus en amont. Le traitement des difficultés serait alors plus anticipé qu'auparavant. En ce sens, l'arsenal juridique tend de plus en plus à dédramatiser les difficultés d'un débiteur. De même, au-delà des effets sur les protagonistes de la restructuration de l'entreprise, certains principes traditionnels semblent être atteints par la place grandissante faite à la négociation. Ainsi, le mouvement actuel du droit des entreprises en difficulté en faveur d'un traitement négocié des difficultés des entreprises semble provoquer une mutation des valeurs et du caractère judiciaire de ce droit.

19. Annonce de plan. Entendu ainsi, le droit des entreprises en difficulté sera étudié à l'aune du concept de négociation. À l'étude, il apparaîtra d'une part que les équilibres du droit des entreprises en difficulté sont bouleversés par la négociation (**Partie I**). Il apparaîtra, d'autre part, que les

171 F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2e éd., 2018, n° 7, p. 26 ; Ph. Roussel Galle, « Stop aux modifications du droit des entreprises en difficulté ! », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, p. 3.

principes et les fondements qui structurent ce droit sont également affectés par la négociation. Celle-ci est, en ce sens, porteuse de renouvellement des valeurs du droit des entreprises en difficulté (**Partie II**).

PARTIE I : **La négociation, facteur de nouveaux équilibres.**

PARTIE II : **La négociation, porteuse d'un renouvellement de valeurs.**

PREMIÈRE PARTIE. LA NÉGOCIATION, FACTEUR DE NOUVEAUX EQUILIBRES

Pendant longtemps, le droit de la faillite a été marqué par son caractère répressif à l'encontre du débiteur. L'évolution du droit de la faillite vers un droit des entreprises en difficulté a donné naissance à un droit davantage axé sur l'anticipation et la sauvegarde de l'entreprise. Issu de la réforme du 26 juillet 2005, le droit positif favorise le rebond du débiteur et insiste plus encore sur un traitement négocié des difficultés que sur des solutions imposées. Certes, les débiteurs et leurs créanciers ont depuis toujours conclu des accords pour éviter de se soumettre à une procédure collective et le règlement amiable des difficultés prévu par les textes n'est pas une nouveauté. Mais c'est dans un autre contexte économique que le législateur a renforcé l'assise contractuelle des outils à la disposition du débiteur afin que celui-ci puisse surmonter ses difficultés. Cette nécessité de moderniser et de consolider les dispositifs existants dans le domaine du traitement des entreprises en difficulté n'est d'ailleurs pas cantonnée aux procédures amiables, mais concernent également les procédures collectives. Cette mutation du droit des entreprises en difficulté vers la recherche de solutions négociées marque ainsi une véritable rupture avec le passé.

Demeure, en revanche, le caractère judiciaire du traitement des entreprises en difficulté. La juridiction et ses membres maîtrisent en effet le traitement des entreprises en difficulté dans son intégralité : de l'ouverture à la clôture de la procédure, en passant par l'ensemble des étapes de son déroulement. Se retrouve aussi la diversité des intérêts, qu'il s'agisse, entre autres, des intérêts du débiteur, du dirigeant, des créanciers, des salariés. Le développement de la négociation en droit des entreprises en difficulté se confronte à certaines constantes de la matière. L'étude de l'imprégnation par le droit des entreprises en difficulté d'une logique de négociation invite donc à rechercher ses effets sur les équilibres existants.

Par définition, « équilibrer » implique l'opposition « d'une force à une autre » ; c'est « rendre stable ; répartir harmonieusement »[172]. L'essor de la négociation modifie l'ordonnancement juridique traditionnel. Puisque la pérennité de tout système repose sur l'équilibre des intérêts qui le composent, la négociation est corrélativement facteur de nouveaux équilibres. La négociation est, en effet, à l'origine de bouleversements, de rééquilibrages, qu'il convient d'analyser. Dans un premier temps, en renforçant la négociation aussi bien dans les procédures amiables que dans les procédures collectives, le législateur français a bouleversé le schéma dual initial dans lequel les procédures étaient cantonnées. Les frontières entre l'amiable et le judiciaire apparaissent, à cet égard, moins étanches. Si le traitement des difficultés des entreprises nécessite un arbitrage permanent entre des intérêts contradictoires, la place accrue de la négociation au sein du droit des entreprises en difficulté concourt, à l'inverse, à faire émerger des intérêts convergents. Ainsi, la promotion de la négociation illustre, dans un second temps, l'approche d'un meilleur équilibre entre les intérêts affectés par la défaillance de l'entreprise. C'est ainsi une véritable redistribution du rôle des acteurs qui est mise en œuvre.

L'émergence de la négociation en droit des entreprises en difficulté suppose donc d'observer l'apparition de nouveaux équilibres au sein des procédures **(Titre 1)** et entre les acteurs qui participent au traitement des difficultés **(Titre 2)**.

Titre 1. La négociation, facteur de nouveaux équilibres au sein des procédures

Titre 2. La négociation, facteur de nouveaux équilibres entre les acteurs

[172] V° *Équilibrer*, définition du Petit Robert.

TITRE 1. La négociation, facteur de nouveaux équilibres au sein des procédures

L'un des phénomènes récents les plus topiques en droit des entreprises en difficulté réside dans le décloisonnement de l'architecture des procédures, notamment depuis que les plans se préparent dans « *l'antichambre* »[173] des procédures amiables. Pendant longtemps, on opposait les procédures amiables et les procédures judiciaires, les procédures préventives étant amiables et non collectives quand les procédures curatives avaient un caractère judiciaire et collectif. Le critère de distinction reposait sur l'état de cessation des paiements du débiteur. Désormais, la cessation des paiements n'est plus l'apanage des procédures judiciaires, puisque l'ouverture de la sauvegarde, procédure judiciaire et collective, est conditionnée par l'absence de cessation des paiements lorsque la conciliation, procédure amiable, peut être ouverte en cas de cessation des paiements de moins de 45 jours. Au titre de ces mutations, la place de la négociation se fait grandissante tant au sein des procédures amiables que judiciaires et brouille les critères de distinction des procédures. L'architecture même des procédures est bouleversée.

Aux côtés de ce changement qui touche l'équilibre général entre procédures amiables et procédures judiciaires, de nouveaux équilibres apparaissent au sein même des procédures. En expansion dans la quasi-totalité des procédures, la négociation sera, donc, analysée aussi bien en procédure amiable qu'en procédure collective. Toutefois, malgré la diffusion de la négociation dans l'ensemble des procédures, l'analyse s'avère particulièrement pertinente au regard de la procédure de conciliation et des sauvegardes accélérées dans lesquelles l'évolution est la plus marquante. Le développement de la négociation s'articule avec un contrôle judiciaire renforcé. Dès lors, on observe un nouvel équilibre en conciliation qui demeure contractuelle par nature mais présente, au fil des réformes, un caractère judiciaire plus marqué **(Chapitre 1)**. La négociation est également apparue dans un champ où elle est traditionnellement absente, celui des procédures collectives. Le point d'orgue de sa consécration est l'apparition des sauvegardes accélérées dans le droit positif. Un nouvel équilibre est remarquable, cette fois au sein de procédures judiciaires. En effet, la négociation des plans se réalise, en amont, dans le cadre d'une procédure amiable, la conciliation.

[173] Avec l'instauration des procédures de sauvegarde accélérées (C. com., art. L. 628-1 et s.). H. Poujade et S. Vigreux, « Le montage des plans », *in Le traitement des créances : pratique et actualités*, *BJE* 01 janv. 2017, n° 1, p. 78.

La procédure collective, procédure de sauvegarde accélérée, financière ou non, sert ensuite à imposer le résultat de la négociation aux créanciers réfractaires. La combinaison est originale en ce qu'elle allie processus négocié et résultat imposé judiciairement. Sont ainsi apparues des procédures collectives hybrides, dans lesquelles la négociation est une phase incontournable **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1. Négociation promue et contrôle accru : le cas de la conciliation

Chapitre 2. Négociation injectée et sujétion maintenue : le cas des sauvegardes accélérées

Chapitre 1. Négociation promue et contrôle accru : le cas de la conciliation

Les « *charmes de la voie contractuelle* »[174] pour traiter les difficultés attirent de plus en plus[175] les débiteurs depuis la loi du 1er mars 1984[176], officialisant le règlement amiable. La procédure de conciliation, issue de la loi du 26 juillet 2005[177], dite « loi de sauvegarde des entreprises », en est l'héritière directe. Le législateur de 2005 est en effet venu bouleverser le paysage du droit des entreprises en difficulté en retouchant profondément le règlement amiable, alors peu utilisé. La procédure de conciliation, régie par les articles L. 611-4 à L. 611-16 du Code de commerce, plus ambitieuse et plus pragmatique, a désormais un champ d'application élargi.

Au regard des conditions d'ouverture de la procédure de règlement amiable, celles relatives à la procédure de conciliation ont été assouplies à la fois quant à la nature des difficultés rencontrées et quant aux personnes concernées. En effet, selon l'article L. 611-4 du Code de commerce, la procédure de conciliation s'applique à un débiteur qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière. Les difficultés doivent être avérées ou, depuis la loi de 2005, prévisibles. À l'inverse, le règlement amiable ne pouvait être sollicité que dans le cas où l'entreprise éprouvait « *une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise* »[178]. L'élargissement du champ d'application de cette procédure conventionnelle s'est également opéré en faveur des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante. Cette nouveauté permet désormais, sur le fondement de l'article L. 611-5 du Code de commerce, d'ouvrir cette voie aux professionnels indépendants, dont les professionnels libéraux, soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. L'anticipation

174 C. Saint-Alary-Houin, « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies », *Rev. proc. coll.* 2007, n° 1, p. 13.

175 Étude Deloitte, Altares, *L'entreprise en difficulté en France. Un équilibre fragile*, mars 2017, p. 14 ; Deloitte, Altares, *Défaillances d'entreprises*. T2. 2018, disponible en ligne.

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

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

178 C. com., art. L. 611-3 anc.

des difficultés des entreprises est accentuée, et dans le même temps, le nombre d'entreprises bénéficiant de la procédure de conciliation plus important.

De plus, le clivage entre la prévention, antérieure à la cessation des paiements, et le traitement des difficultés, postérieur à cet état, n'existe plus dès lors que la conciliation peut être ouverte après cessation des paiements. En effet, depuis la loi de sauvegarde des entreprises de 2005, la cessation des paiements n'est plus la clef absolue de répartition entre les procédures amiables et les procédures judiciaires, modifiant ainsi le rôle du juge. Auparavant, l'aiguillage était l'état de cessation des paiements et l'aiguilleur, maître du jeu, le juge[179]. Aujourd'hui, le débiteur a une liberté de choix importante et peut demander l'ouverture d'une procédure amiable s'il ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours[180]. Il s'agit d'une avancée considérable puisqu'un débiteur en état de cessation des paiements peut rechercher un accord avec ses partenaires et n'est plus obligé de se soumettre à une procédure collective. La conciliation conserve, certes, son caractère préventif puisqu'elle peut être utilisée avant la cessation des paiements, mais ce qui la caractérise davantage est qu'elle repose essentiellement sur une négociation entre le débiteur et ses créanciers dans un cadre judiciairement limité.

La conception judiciaire du traitement des difficultés, imaginée dès la loi du 25 janvier 1985[181] pour exprimer l'idée que le rétablissement des entreprises est l'affaire du juge, évolue donc considérablement : le débiteur est désormais artisan de son propre redressement en négociant avec ses principaux créanciers. La négociation a, en ce sens, été promue par les différentes réformes depuis 2005. Cependant, cette évolution de la conciliation a été accompagnée d'un renforcement de la procédure afin de favoriser les négociations et leur succès dans un cadre sécurisé. La liberté contractuelle n'est donc pas totale au sein de cette procédure. Ainsi, certaines règles nouvelles présentent des ressemblances avec celles des procédures collectives, illustrant alors une certaine « *parenté entre la conciliation et les procédures collectives* »[182], et même une judiciarisation de plus en plus marquée de la prévention[183].

---

[179] F.-X. Lucas, *«* Rapport de synthèse *», in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 43.

[180] C.com., art. L. 611-4.

[181] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

[182] B. Thullier, *«* La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives *»*, *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 174.

[183] Th. Montéran, *«* La prévention : à nous de jouer ! *»*, *Gaz. Pal.* 01 juill. 2014, n° 182, p. 3.

Les différentes réformes depuis 2005 ont donc favorisé le recours à la conciliation en renforçant son caractère contractuel et privé et en la dotant d'atouts supplémentaires **(Section 1)**. L'affirmation de la dimension contractuelle de cette procédure doit cependant être enrichie par la prise en compte de l'influence du régime des procédures collectives sur celui de la conciliation. En effet, la faveur faite à la négociation entre le débiteur et ses créanciers dans cette procédure s'est corrélativement accompagnée de contrôles opérés par le juge **(Section 2)**.

Section 1. La promotion d'un traitement privé des difficultés

La procédure de conciliation est la procédure principale de la réforme de 2005 par laquelle le législateur a entendu privilégier le traitement négocié. Cette voie contractuelle est souvent préférée à une procédure collective et judiciaire pouvant compromettre le crédit de l'entreprise en raison de sa publicité. C'est d'ailleurs à cause de son caractère contractuel et confidentiel[184] que la conciliation n'a pu être inscrite à l'Annexe A du Règlement européen n° 1346/2000.

Si, sous l'empire de la loi du 10 juin 1994, ce traitement négocié paraissait plus judiciarisé, notamment grâce à la possibilité donnée au président du tribunal d'ordonner la suspension des poursuites des créanciers, les réformes, depuis la loi de sauvegarde de 2005 sont davantage marquées par la privatisation du traitement (**§ 1**). En effet, sous l'égide du conciliateur, les négociations entre le débiteur et ses créanciers se déroulent généralement loin du juge. De même, puisque « *la prévention est la solution* »[185], car l'une des clés du succès du traitement des difficultés réside dans l'anticipation, le législateur de 2005 a mis en place une procédure de conciliation plus attractive[186], en renforçant les avantages pour ceux participant aux négociations. Depuis, cette œuvre préventive et contractuelle n'a eu de cesse d'être poursuivie au fil des réformes (**§ 2**).

184 Rép. Min. n° 120292, JOAN Q 1er mai 2007, p. 4159.

185 P. Rey, *«* La prévention est la solution *»*, *Banque magazine*, fév. 2004, n° 655, p. 18.

186 F.-X. Lucas, *«* Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 *»*, *BMIS* 01 nov. 2005, n° 11, p. 1181 ; F. Macorig-Venier, *«* Du règlement amiable à la conciliation *», in La sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 4, p. 352.

§ 1. La privatisation du traitement des difficultés

Lorsqu'une entreprise perçoit les premiers signes de difficulté, elle tente d'abord d'améliorer sa trésorerie, souvent par le biais d'efforts financiers réalisés par les associés. Quand ces solutions internes ne sont pas suffisantes, le dirigeant aura recours à un soutien extérieur en négociant emprunts et délais avec ses principaux partenaires. Le traitement privé est, en effet, favorisé car il est plus souple et plus confidentiel. Ces techniques négociées ne sont pas régies par le Livre VI du Code de commerce. Mais dès lors que la situation s'aggrave, l'entreprise peut être dans l'incapacité d'y remédier seule. Dans cette hypothèse, les mécanismes conventionnels de règlement des difficultés par l'intermédiaire d'un tiers, prévus par le droit des entreprises en difficulté, se substituent alors au traitement purement privé.

Afin de maintenir l'activité et l'emploi, le législateur s'est attaché à renforcer ces outils en permettant un traitement négocié des difficultés avant un état de cessation de paiement avancé. Depuis la loi de sauvegarde de 2005, le traitement des difficultés dont la solution est l'œuvre du débiteur et de ses créanciers a été davantage valorisé dans la procédure de conciliation par rapport aux concordats préventifs et à l'ancien règlement amiable (**A**). Dans le même temps, le régime de la conciliation a été amélioré avec le renforcement des nombreux avantages qu'elle offre au débiteur et à ses créanciers (**B**).

A. Le renforcement de l'aménagement privé de la conciliation

La conciliation issue de la loi de 2005 est une procédure permettant de laisser le débiteur s'accorder avec ses principaux créanciers. Sa particularité est sa coloration contractuelle marquée malgré l'existence possible d'un état de cessation des paiements récent. La préservation des libertés individuelles du débiteur et de ses créanciers est donc au cœur du dispositif. En cela, le traitement des difficultés apparaît privé, le droit commun des contrats s'appliquant alors à bien des égards (**1**). Au fil des réformes, le caractère contractuel de la procédure a également été réaffirmé, participant au mouvement plus général de contractualisation de la matière (**2**).

1. Un aménagement privé des difficultés

20. Une procédure libérale. Les réformes successives depuis 2005 ont placé le débiteur et ses créanciers, tels des musiciens, et le conciliateur, leur chef d'orchestre, au centre de la scène. Ils deviennent ainsi les seuls maîtres de la mélodie qu'ils créeront ensemble. Dès lors, sauf exceptions,

le juge restera le grand absent de cette procédure[187]. L'anticipation supposant un changement des mentalités, et plus que jamais de comportement de la part des dirigeants, il était nécessaire de limiter l'intervention du juge. Par conséquent, les parties ont une liberté totale de négociation dans le cadre d'une conciliation. En effet, les négociations sont maîtrisées essentiellement par le débiteur, ses créanciers et le conciliateur. Il en découle alors deux principes essentiels : la liberté de négociation de l'accord et le volontariat des créanciers de s'y associer.

La procédure est ainsi organisée de manière libérale : reposant sur une initiative du débiteur, la conciliation encadre la recherche d'un accord négocié par les parties et non imposé par le juge. La participation des créanciers est toujours volontaire et, à la différence de l'ancien concordat[188], peuvent être réunis à la table des négociations « les principaux créanciers » ou « les cocontractants habituels » du débiteur[189].

La jurisprudence fait état du caractère volontaire et contractuel de la procédure en énonçant que les créanciers ne doivent pas être contraints et sont libres de s'engager, même pour une partie seulement de leurs créances[190]. Un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 22 février 2007[191] souligne « *qu'imposer au principal fournisseur de services, dans le cadre ou en marge d'une procédure de conciliation, un tel niveau de contrainte n'est pas conforme à la volonté du législateur et détourne de sa finalité une procédure de traitement des difficultés des entreprises qui a été fondamentalement conçue comme une procédure contractuelle, où la solution se dégage peu à peu d'une discussion entre partenaires invités à une table de négociation* ». En l'espèce, une société, dont l'activité principale reposait sur la vente itinérante, utilisait les services d'un commissionnaire. Ce dernier exerça son droit de rétention sur des marchandises en raison d'une créance importante non payée. À la suite d'un mandat *ad hoc*, une conciliation fut ouverte aux fins de trouver un arrangement à l'amiable entre les parties. Une première ordonnance du président du tribunal de commerce de Tours imposa des délais de paiement et la fin du délai de rétention à l'encontre du créancier, lequel a alors mis le stock de marchandises retenues à disposition du débiteur. Cependant, la société débitrice demanda, au surplus, que le commissionnaire avance les frais de dédouanement

187 J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pa*l. 12 mai 2011, n° 132, p. 7, spéc. p. 10.

188 La loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 instituait deux procédures : la liquidation des biens et le règlement judiciaire. Dans le cadre de cette dernière procédure, un concordat amiable était homologué par le juge. Il désignait l'accord amiable conclu entre un débiteur et ses créanciers. La loi de 1967 limitait au vote du concordat l'intervention des créanciers chirographaires. Puis, la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 a refondu la matière en instituant une double procédure : la procédure d'alerte et la procédure de règlement amiable.

189 C. com., art. L. 611-7, al. 1er.

190 Com., 15 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 235, *RTD com*. 1999, p. 185, obs. F. Macorig-Venier.

191 CA Orléans, ch. com., 22 fév. 2007, n° 07/00236, Sté. DHL Danzas Air et Océan France c/ Sté. Outidor.

et les frais de manutention et de transport pour la libération effective des marchandises. À la suite du refus du commissionnaire, une seconde ordonnance lui imposa de maintenir l'avance de ces frais pour une somme d'environ 1 700 000 €. Cette dernière ordonnance a été infirmée par la Cour d'appel d'Orléans qui rappela avec force la finalité de la procédure de conciliation. L'arrêt énonce, en effet, que l'accord de conciliation résulte d'une discussion entre les partenaires invités à la table des négociations. Ainsi, la décision qui obligeait le créancier à aggraver davantage son encours est contraire à la volonté du législateur qui a créé une procédure de conciliation « *fondamentalement conçue comme une procédure contractuelle* »[192].

Cet arrêt illustre bien le fait que l'accord de conciliation est le résultat d'une discussion entre le débiteur et ses créanciers et qu'il ne peut en résulter, dans un tel cadre contractuel, un rapport totalement déséquilibré entre les parties[193]. La Cour de cassation énonce expressément dans une affaire plus récente que tout créancier peut refuser librement les propositions de restructuration dans la procédure amiable, sans engager sa responsabilité, même si une majorité de créanciers les ont acceptées[194]. En définitive, ces décisions révèlent de manière implicite la nature contractuelle de l'accord.

21. La nature contractuelle de l'accord de conciliation. Comme l'ancien règlement amiable, le résultat des négociations est un accord « sur mesure ». De nature contractuelle, l'accord a un contenu souple et librement défini par le débiteur et ses principaux créanciers avec le soutien du conciliateur. À la différence du traitement judiciaire et collectif des difficultés des entreprises, aucun sacrifice ne peut être imposé aux créanciers[195].

Quoique rendu sous l'empire de la loi de 1984, relative au règlement amiable, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 9 octobre 1997[196] présente un intérêt certain pour la détermination de la nature juridique de l'accord. En l'espèce, une société, admise au bénéfice d'un règlement amiable, a obtenu la conclusion d'un accord amiable dans lequel un établissement bancaire consentait un abandon de créances et une participation au règlement des créances non bancaires. L'accord a été conclu sous la condition résolutoire d'un « dépôt de bilan » de la société débitrice et sous la condition suspensive de la participation de tous les créanciers bancaires à un

192 CA Orléans, ch. com., 22 fév. 2007, préc.

193 Sur l'équilibre de l'accord : Ch. Delattre, *«* La procédure de conciliation ne peut imposer des contraintes "hors normes" *»*, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 3, p. 29, note sous CA Orléans, ch. com., 22 fév. 2007, préc.

194 Com. 22 sept. 2015, n° 14-17.377, *D.* 2015, p. 1950, obs. F.-X. Lucas ; du même auteur : *D.* 2016, p. 1894.

195 Sauf concernant les délais de grâce.

196 CA.Versailles, 9 oct. 1997, 12e ch. 2e sect. Sté Immopar c/ Caisse Régionale Mutuel Val de France, RG n° 1995-9585, *JCP E* 1998, n° 13, p. 513, note A. Triclin et G.Fereira ; *RTD com.* 1998, p. 923, obs. F. Macorig-Venier.

« plan de redressement amiable ». La Cour d'appel de Versailles a été amenée, dans cette affaire, à se prononcer sur l'appel formé contre une ordonnance rendue par le tribunal de commerce de Chartres qui a débouté le bénéficiaire du règlement amiable de sa demande d'exécution de l'accord au motif que la rédaction d'un écrit unique et global était imposée. Les juges d'appel ont infirmé l'ordonnance en affirmant que le texte applicable aux faits de l'espèce « *ne déroge nullement aux règles de droit commun de validité des conventions, ne prévoit pas la nécessité d'un écrit -encore moins d'un écrit unique- qui serait destiné à rendre effectif l'accord ; qu'au contraire, la signature d'un écrit a, aux termes mêmes du décret, pour seule fin de "constater" l'existence d'un tel accord* ». En ce sens, les juges sont venus réaffirmer la nature contractuelle de l'accord issu du règlement amiable. On observe, également, l'importance de la liberté contractuelle des parties quant à la détermination du contenu de l'accord. Ce dernier est façonné librement par les parties, lesquelles peuvent notamment décider d'ajouter à l'accord des conditions suspensives ou résolutoires, comme en l'espèce. Le législateur n'imposant aucune obligation au débiteur et à ses créanciers, la volonté des contractants apparaît en effet déterminante.

L'accord de conciliation est donc une véritable convention, reposant sur un échange de consentements entre les parties. Il est la loi des parties et a de ce fait une force contraignante. Le choix entre la constatation et l'homologation de l'accord[197] n'a pas d'impact sur cette force obligatoire. Aussi, un accord simplement conclu n'est pas dépourvu de tout effet juridique. L'accord seul suffit pour obtenir réparation en cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties. La nature contractuelle de l'accord se manifeste ainsi par l'application du droit commun des contrats. Conformément à l'article 1103 du Code civil, les parties signataires s'engagent à ce qu'elles ont convenues dans l'accord. L'accord de conciliation tire donc sa force obligatoire de cette disposition, à la différence du plan de sauvegarde dont la force obligatoire provient du jugement l'ayant arrêté.

Par ailleurs, à la différence de l'ancien concordat amiable, le vote majoritaire des créanciers ne suffit pas car l'unanimité est requise. À cet effet, l'accord de conciliation s'analyse comme un véritable contrat, voire comme un contrat collectif[198]. Bien que les obligations des créanciers ne soient pas égales, elles sont interdépendantes et concerne « *un ensemble de personnes impliquées dans une*

197 L'accord de conciliation peut également être simple, c'est-à-dire ni constaté ni homologué.

198 C. Saint-Alary-Houin, *«* La procédure de conciliation *»*, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169, spéc. p. 174. *Contra* : G. Ferreira et A. Triclin, *«* Nature juridique du règlement amiable *»*, *JCP E* 1998, n° 13, p. 513. Selon ces auteurs, *«* le règlement amiable ne relève probablement pas de la catégorie des contrats collectifs, définie comme un contrat passé entre une personne et un groupe de personnes ou entre deux groupes de personnes car "le groupe qui contracte exprime, sur un objet déterminé, un faisceau de manifestations…" *»*.

action commune »[199]. Autrement dit, le contrat collectif peut être défini comme l'acte juridique par lequel se manifestent les volontés d'un ensemble de personnes unies par une communauté d'intérêts[200]. En raison de son caractère « collectif », la modification en cours d'exécution de l'accord de conciliation pose certaines difficultés qui seront étudiées dans de prochains développements[201].

En outre, les créanciers ne peuvent poursuivre le débiteur en recouvrement des créances contenues dans l'accord. L'article L. 611-10-1 du Code de commerce[202] gèle de telles actions en justice en raison de la force obligatoire des conventions. En revanche, la nature contractuelle de l'accord permet de contester sa validité, bien que les délais de recours contre la décision de l'homologation aient expiré[203]. Plus délicate est la question des conséquences de l'inexécution de l'accord en raison de certaines imprécisions textuelles.

22. Les incertitudes persistantes concernant les effets de la sanction en cas d'inexécution de l'accord. La fin de l'accord peut être la conséquence de l'inexécution de l'accord ou de l'ouverture d'une procédure collective. Elle est prévue aux articles L. 611-10-3 et L. 611-12 du Code de commerce que l'accord soit constaté ou homologué. Le législateur détaillant peu les effets de l'échec de l'accord, certaines règles mériteraient d'être clarifiées[204]. En attendant, les sanctions du droit commun des contrats en cas d'inexécution du contrat peuvent servir d'éclairage. S'agissant de la sanction de l'inexécution de l'accord, l'ordonnance de 2008 a aligné la constatation sur la procédure d'homologation[205]. Auparavant, l'homologation était concernée par le régime dérogatoire prévu par l'ancien article L. 611-10, alinéa 5 du Code de commerce, lequel prévoyait expressément la résolution de l'accord. La constatation était, en raison du silence des textes, seule placée sous l'égide du droit commun des contrats prévoyant également la résolution de l'accord

199 Définition de l'acte juridique collectif : V°. *Collectif*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, PUF, 9e éd., 2018.

200 Sur ce sujet : v. A. Rouast, Essai sur la notion juridique de contrat collectif en droit des obligations, Thèse, Lyon, 1909 ; G. Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, LGDJ, 1961.

201 V. *Infra* n° 66 et s.

202 Créé par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et modifié par celle du 12 mars 2014, l'article L. 611-10-1 du Code de commerce énonce que « pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet ». Cette règle existait déjà, antérieurement à l'ordonnance de 2008, à l'article L. 611-10 du Code de commerce.

203 G. Podeur, « Accords de conciliation et plans de sauvegarde », *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1431.

204 V. le complet état des lieux réalisé par : S. Ravenne, « La résolution de l'accord de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 11 et s.

205 Cette harmonisation n'est pas une innovation fondamentale mais davantage une clarification des textes puisque du droit commun applicable à la constatation découlaient des effets similaires.

comme sanction à son inexécution[206]. Le nouvel article L. 611-10-3 du Code de commerce donne compétence au président du tribunal lorsque l'accord est constaté, et au tribunal lorsqu'il est homologué, pour prononcer la résolution de l'accord[207]. Si cette distinction répond à un souci de parallélisme des formes[208], elle est à ce stade peu convaincante. Si en raison de la rapidité de la procédure devant le seul président du tribunal, les créanciers, parties à l'accord homologué, sont de fait, sur ce seul point, moins bien traités que dans le cadre d'un accord constaté[209], à l'inverse, l'absence de collégialité concernant le prononcé de la résolution de l'accord constaté n'est pas opportune puisqu'il existe désormais un litige[210]. La collégialité semble nécessaire dans les deux cas, que l'accord soit constaté ou homologué, car les effets d'une résolution ne sont pas anodins. La collégialité[211] présente en effet une sécurité juridique importante tant pour garantir l'intérêt des juges que celui des justiciables[212]. Elle permet, entre autres, d'assurer l'impartialité et la qualité de la justice[213]. Elle constitue également un rempart contre l'arbitraire ; permet une pluralité de compétences[214] et favorise la mesure et la pondération[215]. Pour certains, la compétence du tribunal en matière d'homologation permet même de crédibiliser davantage la procédure de conciliation[216]. Puisque les effets de la résolution de l'accord sont identiques qu'il soit constaté ou homologué et, surtout, parce qu'ils ne sont pas bénins, il serait souhaitable que la collégialité soit requise dans les deux hypothèses.

---

206 C. civ., art. 1184, anc.

207 S'agissant des modalités de la demande de résolution de l'accord : C. com., art. R. 611-46.

208 La constatation de l'accord est en effet de la compétence du président du tribunal, saisi par requête conjointe des parties et son homologation relève, en revanche, de la compétence du tribunal : C. com., art. L. 611-8, I et II.

209 S. Ravenne, *«* La résolution de l'accord de conciliation *»*, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 11, spéc. p. 13.

210 Ph. Pétel, *«* Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1845 du 18 décembre 2008 *»*, *JCP E* 2009, 1049, n° 3, p. 27, spéc. p. 29 ; P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 145.122, p. 357.

211 Si le principe de collégialité n'a pas valeur constitutionnelle, il est néanmoins intégré au principe d'égalité devant la Justice, Cons. const. 23 juill. 1975, déc. n° 75-56 DC.

212 J. Villacèque, *«* Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques *»*, *D.* 1995, n° 41, p. 317. La délibération collective contribue à la formation des juges et neutralise les préjugés à leur encontre. Elle contribue, dans le même temps, à donner confiance aux justiciables en la justice.

213 Il est possible de voir dans la collégialité un facteur d'impartialité car la décision collégiale impose aux juges une délibération, *«* une confrontation de points de vue éventuellement différents qui peut […] prendre la forme d'une discussion contradictoire *»* : Y. Desdevises, *«* Collégialité, impartialité et contradiction *», in Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 233, spéc. p. 234.

214 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 400, p. 293.

215 J. Villacèque, *op.cit.*, *D.* 1995, n° 41, p. 317.

216 P.-M. Le Corre, *op. cit.*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 144.451, p. 341.

La question s'est également posée de savoir si la sanction de l'inexécution de l'accord est réellement une résolution ou si elle s'apparente davantage à une résiliation. L'enjeu est important car la résolution produit un anéantissement rétroactif du contrat lorsque la résiliation ne produit d'effets que pour l'avenir. Afin d'y répondre, un auteur s'est fondé sur un critère de distinction précis : l'accord de conciliation porte-t-il sur une opération économique « continue » ou « globale »[217]? Autrement dit, l'opération est-elle une suite d'engagements ou vise-t-elle un résultat global ? Dans la première hypothèse, l'opération peut être assimilée à un contrat à exécution successive, dont la mauvaise exécution est sanctionnée par la résiliation et, dans la seconde, à un contrat à exécution instantanée, auquel est attachée traditionnellement la résolution[218]. Seule la seconde qualification, qui voit l'accord de conciliation en tant qu'opération globale, doit être retenue puisque l'objectif poursuivi, à savoir la sauvegarde de l'entreprise, réside exclusivement dans l'exécution complète de l'opération. C'est pourquoi la résolution, et non la résiliation, est la qualification retenue dans le Code de commerce.

La complexité du régime de la sanction en cas d'inexécution de l'accord est aussi illustrée par les difficultés liées à la rétroactivité de la résolution[219]. Bien que l'ordonnance de 2008 ait complété les insuffisances des textes, quelques incertitudes demeurent. En effet, l'ancien article L. 611-10, alinéa 5 du Code de commerce prévoyait la possibilité pour le tribunal de prononcer une « *déchéance de tout délai de paiement accordé* », ce qui donnait à penser que les autres engagements dans l'accord, notamment les remises de dettes, demeuraient[220]. L'ordonnance de 2008 a expressément mis fin au doute en visant, à l'article L. 611-10-3 du Code de commerce, uniquement la déchéance des seuls délais de grâce imposés par le juge. Dès lors, en raison de la résolution de l'accord et de ses effets rétroactifs, le débiteur se voit déchu des délais de paiement et des remises de dettes consentis par ses créanciers. Mais lorsque le débiteur a déjà effectué des paiements, les sommes restent acquises aux créanciers car elles sont soustraites des sommes dues[221]. Autrement dit, les

217 S. Ravenne, *«* La résolution de l'accord de conciliation *»*, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 11, spéc. p. 14.

218 Ce critère traditionnel de distinction en matière de résolution et de résiliation des conventions est fortement critiqué aujourd'hui.

219 S. Ravenne, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 11, spéc. p. 16 à 18.

220 En ce sens encore aujourd'hui : C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat, LGDJ, 11e éd., 2018, n° 393, p. 223. Selon Madame la Professeure Saint-Alary-Houin, la disposition de l'artile L. 611-10-3, alinéa 3 du Code de commerce, selon laquelle est conférée au président du tribunal ou au tribunal la possibilité d'une déchéance de tout délai de paiement, y compris des délais de grâce imposés aux tiers non parties à l'accord, conduit à penser que les autres stipulations de l'accord demeurent, et notamment les remises de dettes.

221 S'agissant du cas de l'ouverture d'une procédure collective, l'article L. 611-12 du Code de commerce énonce expressément à cet égard : *«* En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues *»*.

créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances, déduction faite des sommes perçues. Si sur ce point, le législateur a éclairci la situation, il n'en est pas de même concernant le sort des nouveaux apports en trésorerie et de nouveaux biens et services. L'exception faite à l'effet rétroactif de la résolution sur les paiements effectués par le débiteur s'explique par le caractère antérieur de la dette à l'accord, et donc par la préexistence de la créance à l'accord résolu. En revanche, il ne semble pas que cette absence de restitution puisse jouer pour les nouveaux apports car aucune dette n'existe antérieurement à l'accord[222]. De ce fait, les principes gouvernant la résolution, et notamment le principe de restitution, devraient s'appliquer en cette hypothèse. À l'inverse, les mesures de gestion, financières, économiques et sociales prises par le débiteur ne sont pas, à proprement parler, la contrepartie des engagements des créanciers. En ce sens, l'accord de conciliation peut être considéré comme un « *contrat synallagmatique imparfait* »[223]. Ainsi, de telles mesures ne peuvent être restituées aux créanciers lorsque l'accord n'est pas correctement exécuté[224].

Quoi qu'il en soit, pour mettre fin aux zones d'ombre existantes sur les effets de la résolution, des précisions textuelles sont attendues. Il conviendrait notamment de préciser le sort des nouveaux apports en trésorerie et de nouveaux biens et services mais aussi les effets de la déchéance de « tout délai de paiement accordé » au cours de la conciliation ou pendant l'exécution de l'accord, visée par l'article L. 611-10-3, alinéa 3 du Code de commerce. Si cette déchéance semble devoir s'appliquer à l'ensemble des créanciers auxquels le président du tribunal avait imposé des délais de grâce[225], l'opinion contraire a également été soutenue[226]. Celle-ci consiste à voir dans cette formulation non pas « tous » les délais mais seulement « l'un quelconque de ces délais », laissant la possibilité au juge de faire subsister certains délais. La formule de l'article – « tout délai accordé » – est donc ambiguë et appelle une clarification de la part du législateur, lequel pourrait la remplacer par « tous les délais accordés ». La seule certitude quant aux conséquences du non-respect de l'accord est qu'il n'est plus sanctionné par l'ouverture d'une procédure collective. En effet, la résolution de l'accord n'entraîne plus l'ouverture automatique d'une procédure judiciaire, comme

222 S. Ravenne, *«* La résolution de l'accord de conciliation *»*, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 11, spéc. p. 16.

223 *Ibid.*

224 Madame le Professeur Thullier énonce sur ce point que les mesures de restructuration réalisées par le débiteur seraient maintenues en cas de résolution de l'accord : B. Thullier, *«* Accords ni constatés, ni homologués ; remise en cause des accords *» in* La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107, spéc. p. 111.

225 En ce sens également : P.-M. Le Corre, *op. cit.*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 142.127, p. 305 et 306.

226 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 200, p. 106.

cela était le cas sous la loi du 25 janvier 1985[227]. L'article L. 611-12 du Code de commerce énonce en effet que : « *L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué* […] ». C'est donc seulement si elle survient que la procédure collective met fin à l'accord.

En définitive, l'accord de conciliation n'est pas le même que sous les législations antérieures en ce qu'il s'apparente davantage au contrat de droit commun. Cette rupture avec les régimes antérieurs se caractérise également par le mouvement de contractualisation qui touche également la procédure en elle-même. On assiste ainsi à la prééminence du processus contractuel à tous les stades du traitement amiable.

2. La contractualisation de la procédure

23. L'évolution législative vers une contractualisation de la procédure de conciliation. La conciliation succède à d'autres procédures tendant à favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté au moyen d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers. Cependant, elle est celle qui présente la coloration contractuelle la plus affirmée.

Par exemple, la loi du 2 juillet 1919[228] - texte de circonstances en raison de la survenance de la guerre et de la crise économique - a institué une procédure de règlement amiable des difficultés pour cause de guerre dont l'issue reposait sur un accord entre le débiteur et ses créanciers. Voté par la majorité des créanciers, ce *règlement transactionnel* n'était pas un véritable contrat, recueilli à l'unanimité. Le décret-loi du 25 août 1937 a créé, quant à lui, une procédure de « règlement amiable homologué » dont le champ d'application était réduit aux seuls créanciers chirographaires[229]. Une fois encore la procédure n'était pas exclusivement contractuelle puisque l'homologation judiciaire de l'accord était obligatoire. Insatisfaisant, le système a pris fin en 1939 en raison du faible nombre d'homologations[230]. Les juges, qui ne détenaient que peu de pouvoirs d'investigations, étaient en effet réticents à accorder l'homologation des accords[231]. L'accord

227 Le redressement judiciaire était prononcé de manière automatique lorsque le juge constatait la violation du règlement amiable. Cette mesure a été rendue facultative par la loi du 10 juin 1994.

228 A. Trasbot, Le règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919 – Étude critique (économique et juridique), Thèse, Bordeaux, 1922.

229 P. Stein, *Le règlement amiable homologué*, Thèse, Paris, Droit, Librairie technique et économique, 1938 ; M. Laborde-Lacoste, « Le règlement amiable homologué (Décret-loi du 25 août 1937) », *Semaine Juridique*, 1938, n° 45.

230 M. Labbé, Le règlement amiable de la loi du 1er mars 1984, Thèse, Paris, 1987, p. 8.

231 *Ibid.*

amiable tel qu'il est prévu actuellement dans les textes relatifs à la conciliation s'en éloigne donc sensiblement.

À la suite de l'échec de ces expériences législatives, la loi n° 84-148 du 1er mars 1984[232] a permis au débiteur de saisir le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance d'une demande de désignation d'un conciliateur aux fins de favoriser le redressement par la conclusion d'un accord avec ses principaux créanciers[233]. Cependant, le règlement amiable, procédure essentiellement contractuelle, n'a pas connu le succès escompté en raison de la trop grande frilosité des créanciers à s'associer à son déroulement. Le faible succès de cette procédure a conduit le législateur à réformer son régime. C'est ainsi qu'avec la loi du 10 juin 1994, il est venu donner une coloration plus judiciaire au règlement amiable[234] en permettant notamment au président du tribunal d'ordonner la suspension des poursuites des créanciers dès lors qu'il estimait qu'une suspension provisoire des poursuites était de nature à faciliter la conclusion d'un accord[235]. Le conciliateur a également vu sa mission renforcée puisqu'elle consistait à la fois à « *favoriser le fonctionnement de l'entreprise* » et à « *rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers* »[236]. En réalité, les pouvoirs du juge et du conciliateur ont été considérablement augmentés en vue de favoriser l'effectivité et l'essor du traitement amiable[237]. Enfin, l'homologation de l'accord par le juge a été rendue obligatoire si l'ensemble des créanciers en acceptait le contenu. Le cas échéant, la décision du juge pouvait être assortie de délais de grâce à l'encontre de créanciers non parties à l'accord. La procédure apparaissait, dès lors, comme une « *figure mixte* » revêtant « *une dimension judiciaire* »[238].

La judiciarisation de la procédure de conciliation par la réforme de 1994 n'a toutefois pas porté ses fruits. Un retour en arrière a donc été effectué par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, qui rend la procédure plus souple et plus attractive en renforçant son caractère contractuel.

24. La contractualisation de la procédure au regard de la mission du conciliateur. Le mouvement de contractualisation de la procédure de conciliation s'illustre aussi par l'évolution de la mission du conciliateur, laquelle a notamment été modifiée par la réforme du 26 juillet 2005.

232 Loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JORF 2 mars 1984, p. 751.

233 Loi n° 84-148 du 1er mars 1984, art. 35.

234 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 340, p. 192.

235 C. com., art. L. 611-4, anc.

236 C. com., art. L. 611-4, I, anc.

237 J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, PUAM, 2003, n° 357, p. 219.

238 J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Grossi, L. Merland et N. Vignal, *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 30e éd., 2018, n° 1016.

Dans un avis sur le projet de loi de sauvegarde dans sa version d'octobre 2003, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP) avait dénoncé l'excessive judiciarisation de la conciliation au regard des pouvoirs conférés au conciliateur[239]. Une modification de ses prérogatives était attendue afin de rendre la procédure plus attractive. Ce fut chose faite avec la loi de 2005 qui a écarté le pouvoir d'ingérence du conciliateur dans la gestion de l'entreprise en supprimant de sa mission le fait de devoir « *favoriser le fonctionnement de l'entreprise* ». Par conséquent, à l'instar des conciliateurs dans un procès, sa mission ne touche que la négociation en elle-même, caractéristique générale du mandat de justice. Le texte prévoit que le conciliateur favorise uniquement la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise[240]. Le rôle du conciliateur n'est donc pas coercitif et révèle une fois encore le caractère contractuel de la phase d'élaboration de l'accord. Ne détenant aucun pouvoir de contrainte, il a de ce fait une mission de nature incitative. Mais cela ne signifie pas que son rôle est minime. En effet, le législateur lui a, dans le même temps, conféré un rôle actif dans l'élaboration de l'accord tout en évitant que le chef d'entreprise soit dessaisi. De la sorte, la loi de sauvegarde a étendu ses pouvoirs afin de favoriser les négociations. Ainsi, il a la possibilité d'émettre des propositions se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi[241]. Cet ajout est opportun puisqu'une telle prérogative facilite les négociations et le succès de l'accord, sans entraîner un dessaisissement du débiteur. Le texte manque toutefois de précision : à qui et comment le conciliateur adresse-t-il ses propositions[242]? Il conviendrait que les textes soient plus précis sur le déroulement de sa mission.

Par ailleurs, c'est un leurre de penser que le débiteur et ses principaux créanciers sont les seuls maîtres des négociations. Sur le fondement de l'article R. 611-36 du Code de commerce, le conciliateur peut demander au président du tribunal de mettre fin à sa mission s'il estime que les propositions faites par lui et rejetées par le débiteur étaient indispensables. Dès lors, si les pouvoirs du conciliateur ne sont pas coercitifs, il n'en demeure pas moins que sa position a un effet important sur le déroulement des négociations.

---

239 L'avis de la CCI de Paris est exposé par : A. Outin-Adam et S. Bienvenu, « Projet de loi de sauvegarde des entreprises : réaction de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris », *JCP E* 2004, n° 38, p. 1409.

240 C. com., art. L. 611-7, al. 1.

241 C. com., art. L. 611-7, al. 1.

242A. Outin-Adam et S. Bienvenu, *art. cit., JCP E* 2004, n° 38, p. 1409.

En outre, pour mener à bien sa mission, le conciliateur possède d'importants moyens d'information sur la situation du débiteur. Malgré la place primordiale faite à la confidentialité au sein de cette procédure, tout renseignement utile peut lui être transmis par le débiteur[243]. Le président lui communique également les renseignements dont il dispose et, le cas échant, les résultats de l'expertise de l'article L. 611-6, al. 5 du Code de commerce, réalisée en vue d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise.

Le conciliateur est donc un véritable « chef d'orchestre ». Il faut toutefois compter sur l'honnêteté et la transparence du débiteur. En effet, le succès de la conciliation étant fondé sur le dialogue, il se doit d'être le plus transparent possible[244]. Aussi, le succès de cette procédure amiable s'explique par les compétences des différents intervenants[245]. La réussite de la mission du conciliateur dépendra donc également en grande partie de son savoir-faire. Il doit réunir de nombreuses qualités comme celle d'être un connaisseur du droit, des entreprises et des marchés ainsi qu'être un professionnel capable de mettre en confiance les différentes parties à l'accord[246]. Un accord satisfaisant ne pouvant être trouvé qu'en présence de professionnels compétents, un ancien président de tribunal de commerce avait fixé des critères[247] pour sélectionner les personnes susceptibles d'être nommées en tant que mandataire *ad hoc*. Parmi les qualités requises, étaient énoncées : la capacité à respecter la confidentialité, le sens de la transaction, la capacité à comprendre les solutions des parties. À ces qualités s'ajoutaient celles « acquises » comme la formation ou la connaissance du sujet[248].

En somme, l'intervention du conciliateur n'est plus liée au fonctionnement de l'entreprise mais permet seulement aux parties de s'entendre en vue de l'adoption d'une solution amiable. L'évolution de la mission du juge révèle également cette contractualisation de la procédure.

---

243 C. com., art. L. 611-7, al. 2.

244 V. *Infra* Chap. I, Titre II, Partie II, n° 279 et s.

245 N. Morelli, *«* La contractualisation du droit des entreprises en difficulté *»*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 101, spéc. p. 104.

246 P. Lavigne, *«* La multiplication des procédures – La procédure de conciliation *», in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 26, spéc. p. 29.

247 Ces qualités valent également pour la fonction de conciliateur : M. Rouger, *«* Le moratoire sous l'égide du juge *», in Le contrat au secours de l'entreprise*, *RJ com.* 1999, n° spéc., p. 137, spéc. p. 141.

248 L'énoncé de ces qualités est d'autant plus important lorsque la personne nommée n'est pas un administrateur judiciaire.

25. La contractualisation de la procédure au regard de la mission du juge. La suppression avec la réforme de 2005 de certaines prérogatives conférées au juge participe également au mouvement de contractualisation de la phase des négociations. L'une des règles fondamentales des procédures dites « collectives » réside dans l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution. Le législateur de 2005 est venu supprimer la faculté donnée au juge de prononcer la suspension provisoire des poursuites pendant la procédure de conciliation. En effet, sous l'empire de la loi de 1994, cette mesure était faiblement utilisée et privait la procédure de toute confidentialité en raison de la publicité de l'ordonnance du président. De plus, jugée « *autoritaire* »[249], cette règle imposait aux créanciers une « *suspension trop générale* »[250]. Il en est résulté sa suppression[251], faisant disparaître l'« *îlot judiciaire dans l'océan de contractualisation* »[252] de la conciliation, et ce afin notamment de respecter la distinction souhaitée par la réglementation européenne entre les procédures dites « collectives » et celles qui ne le sont pas[253].

Depuis 2005, une autre règle atténue les prérogatives du juge en conciliation. On l'a vu[254], sous l'empire du règlement amiable, l'homologation était obligatoire lorsqu'un accord était conclu avec tous les créanciers[255]. Le traitement préventif était, dans ce cas, associé à une procédure judiciaire, car l'homologation est un jugement. La loi du 26 juillet 2005 a supprimé cette intervention automatique du juge en faisant de l'homologation de l'accord une simple faculté entre les mains du débiteur. Il existe ainsi une distinction claire entre les procédures amiables et les procédures purement judiciaires. En définitive, à la différence de la loi du 10 juin 1994 qui avait judiciarisé le règlement amiable, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 « contractualise » davantage la procédure en supprimant la faculté de suspendre les poursuites et en rendant l'homologation facultative et à l'initiative du débiteur. Autrement dit, la conciliation, plus souple, permet de renforcer la préservation de la liberté individuelle des créanciers et du débiteur.

249 P. Rubellin, *«* La négociation préventive *», in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 13, spéc. p. 19.

250 *Ibid.*

251 Interv. X. de Roux sur amend. n° 397, JOAN CR, 2e séance du 2 mars 2005, p. 1594.

252 C. Saint-Alary-Houin, *«* La procédure de conciliation *»*, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169, spéc. p. 170.

253 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 142.111, p. 302.

254 V. *Supra*, Introduction, n° 9.

255 En vertu de l'ancien article L. 611-4-VIII du Code de commerce.

La procédure de conciliation s'est, par ailleurs, vue parer de nombreux atouts afin d'accentuer l'efficacité des négociations.

B. Le renforcement des atouts de la conciliation

Pour garantir le succès des négociations, le législateur est venu renforcer les principaux avantages de cette procédure : la confidentialité (**1**) et la rapidité (**2**).

1. La confidentialité réaffirmée

26. La réussite des négociations conditionnée par le respect de la confidentialité. La réussite des négociations est conditionnée par le respect de la confidentialité, essentielle pour préserver la confiance des futurs partenaires du débiteur. Ce dernier a donc tout intérêt à ce que le traitement de ses difficultés s'opère le plus discrètement possible. Précisément, puisque le traitement amiable tire son efficacité de la confidentialité qui l'entoure, le législateur est venu renforcer son respect[256]. Ainsi, créé par la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 611-15 du Code de commerce énonce : « *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* ». Il y a là une généralisation de cette obligation de confidentialité à toutes les mesures amiables, y compris désormais au mandat *ad hoc* pour lequel les textes ne précisaient pas une telle obligation. Mais surtout parce qu'elle permet de préserver le crédit de l'entreprise, la confidentialité est étendue à toute personne qui par ses fonctions a connaissance du traitement amiable, même si elle n'a pas été appelée à la procédure[257]. Sans cette obligation de confidentialité, des actions individuelles de créanciers pourraient aggraver les difficultés de l'entreprise. À cet égard, la suppression, en 2005, de la possibilité donnée au président du tribunal de prononcer la suspension provisoire des poursuites des créanciers, avait notamment été justifiée par le souci de préserver la confidentialité de la procédure. Plus encore, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle a expressément permis au débiteur de ne pas tenir informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l'ouverture de la procédure[258]. Bien que renforçant la confidentialité,

256 Y. Guyon, « La transparence dans les procédures collectives », *LPA* 21 avril 1999, n° 79, p. 8. ; Sur l'évolution dans le traitement amiable : Ph. Roussel Galle et P. Le Marchand, « La prévention. Du mandat *ad hoc* et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et "prepack" cession », *CDE* 2015, n°1, p. 22 ; H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE* 01 mai 2012, n° 3, p. 183 ; F. Macorig-Venier et C. Caviglioli, « Le point sur la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, p. 78 ; F. Macorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », *in La sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n°4, p. 352 ; v. *Supra,* Chap. I, Titre I, Partie I, n°26 et *Infra*, Chap. I, Titre II, Partie II, n° 282 et s.

257 Com. 15 déc. 2015, n°14-11500, *LEDEN* 04 janv. 2016, n° 1, p. 2, obs. P. Rubellin.

258 C. com., art. L. 611-6, al. 3.

nous discuterons dans des développements ultérieurs, de l'opportunité d'une telle disposition au regard de l'obligation de confidentialité pesant sur les représentants du personnel[259]. Quoi qu'il en soit, la confidentialité demeure au cœur de la conciliation, facilitant ses chances de succès.

S'agissant de l'accord lui-même, le débiteur a le choix entre le simple accord, l'accord constaté ou l'accord homologué, lesquels ne feront pas l'objet de la même publicité. La constatation de l'accord préserve la plus grande confidentialité possible puisque l'ordonnance du président du tribunal n'est pas précédée d'une large consultation, contrairement à la requête en vue de l'homologation. De plus, l'ordonnance constatant l'accord n'est suivie d'aucune publicité, à la différence du jugement d'homologation qui fait l'objet de diverses mesures de publicité[260]. Le secret de la réussite de la conciliation repose donc sur la confidentialité de l'ouverture et du déroulement de la procédure. La levée de la confidentialité de la procédure n'intervient que dans un cas précis : le tribunal qui ouvre une procédure collective précédée dans les dix-huit mois d'une conciliation peut demander communication des pièces et des actes relatifs à la procédure amiable[261].

L'instauration d'une véritable obligation de confidentialité s'inscrit dans le mouvement d'un « *droit à l'oubli* »[262], conféré en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire lorsque le débiteur exécute correctement son plan. En effet, depuis un décret du 7 décembre 2011[263], la radiation d'office des mentions au Registre du commerce et des sociétés (RCS) relatives aux décisions mentionnées à l'article R. 123-122 est expressément prévue lorsque le plan de sauvegarde est toujours en cours à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de son arrêté, délai porté à cinq ans pour le plan de redressement[264]. Afin de poursuivre dans ce sens et consacrer un véritable droit au rebond des dirigeants, les mentions de l'échec économique sur tous les registres, notamment sur

259 V. *Supra*, Chap. I, Titre II, Partie II, n° 288 et s.

260 C. com., art. R. 611-43. Un avis du jugement d'homologation est notamment publié au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), dans un journal d'annonces légales et au greffe du tribunal.

261 C. com., art. L. 621-1, al. 6. Pour une application jurisprudentielle de la règle s'agissant de la communication des pièces et des actes relatifs à un mandat *ad hoc* : T. com. Coutances, 10 janv. 2017, n° 2017/000017, *LEDEN* 01 fév. 2017, n° 2, p. 2, obs. F.-X. Lucas.

262 F.-X. Lucas, « Confidentialité du plan de sauvegarde ou de redressement : la radiation des mentions au RCS », *LEDEN* 15 janv. 2012, n°1, p. 1.

263 D. n° 2011-1836 du 7 déc. 2011 relatif aux radiations d'office du registre du commerce et des sociétés en matière de plans de sauvegarde et de redressement, JO n°0285 du 9 déc. 2011, p. 20878.

264 C. com., art. R. 123-135.

le fichier bancaire des entreprises (FIBEN), pourraient être supprimées, sauf en cas de condamnation personnelle[265].

Aux côtés de la confidentialité, le temps limité des négociations constitue également un gage d'efficacité.

2. La durée de la procédure clarifiée

27. Un encadrement de la durée de la conciliation facilitant les négociations. Comme auparavant, il revient au juge de fixer le délai pour conclure un accord de conciliation. La durée de la procédure de conciliation était auparavant limitée à trois mois, elle est désormais fixée à quatre mois[266], prorogeable d'un mois au plus[267].

L'encadrement de la durée de la conciliation permet d'encourager les parties à la négociation à ne pas perdre de temps et favorise, de ce fait, les chances de succès du traitement amiable. À cet égard, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 18 décembre 2008 précise que : « *l'article 3 clarifie les règles applicables à la durée de cette procédure, afin d'éviter que celle-ci ne se prolonge à l'excès alors qu'une procédure collective serait plus adaptée (art. L. 611-6)* »[268].

Ainsi, les auteurs de l'ordonnance de 2008 ont encadré plus strictement la durée légale de la conciliation. En effet, en raison du silence des textes sur l'éventualité de saisir à nouveau le président du tribunal en vue de l'ouverture d'une autre conciliation en cas d'échec de l'accord, la tentation de certains débiteurs d'obtenir plusieurs conciliations successives pouvait être forte. Afin d'éviter que les négociations se poursuivent trop longtemps, le législateur a posé l'interdiction d'ouvrir une nouvelle procédure de conciliation dans les trois mois suivant l'échec de la première[269]. Dès lors, « *conciliation sur conciliation ne vaut* »[270]. L'hypothèse d'enchaînement des procédures de conciliation détournait la loi de sa finalité puisque l'enfermement de la procédure dans des délais précis n'avait plus d'intérêt s'il était possible à la fin de ce délai de demander l'ouverture d'une

265 V. sur cette proposition : G. Teboul, « Recommandations pour un meilleur traitement des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 16 mai 2017, n° 19, p. 17.

266 C. com., art. L. 611-6, al. 2.

267 En d'autres termes, la conciliation peut éventuellement être prorogée une seule fois par une deuxième période qui ne peut excéder un mois.

268 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JO du 19 décembre 2008, texte n° 28, p. 19457.

269 C. com., art. L. 611-6, al. 2.

270 A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, n° 2, p. 110, spéc. p. 111.

nouvelle procédure. Désormais, le débiteur doit attendre trois mois à partir de la fin de la conciliation et attester sur l'honneur qu'il a rempli cette condition[271]. Cette nouvelle disposition renforce le rôle du conciliateur au sein des négociations puisqu'il sait qu'il ne pourra bénéficier de plus de cinq mois pour obtenir un accord des créanciers[272].

28. La prolongation de la conciliation en cas de demande de constatation ou d'homologation de l'accord. Parallèlement, les réformes de 2008 et de 2014 ont assoupli la durée de la conciliation. Dans un premier temps, l'ordonnance de 2008 a prévu une exception à la fin de la mission du conciliateur lorsque le tribunal est saisi d'une demande d'homologation. L'article L. 611-6, alinéa 2 du Code de commerce prévoit une prolongation automatique de la procédure. Cette disposition, reprenant les suggestions et observations des praticiens[273], permet de remédier à une difficulté que l'on pouvait rencontrer lorsque l'accord avait été conclu avant la fin de la procédure et que le tribunal n'avait pas pu matériellement l'homologuer avant cette date. Auparavant, l'article R. 611-40 du Code de commerce invitait à penser que l'homologation ne pouvait plus intervenir après la fin de la mission du conciliateur, ce qui pouvait porter préjudice au débiteur[274]. Cette situation n'est désormais plus possible puisque la conciliation dure jusqu'à l'homologation lorsque celle-ci a été demandée. Cet « allongement » de la procédure est opportun pour donner effet à un accord conclu dans les temps. Il était contestable que la durée de la conciliation, nécessaire à la recherche de l'accord, soit « *amputée du temps nécessaire à l'homologation* »[275]. Elle durait souvent en pratique de quatre à six semaines[276], ce qui réduisait le temps de la conciliation proprement dite. En somme, exclure du décompte le temps nécessaire au tribunal pour statuer sur l'homologation de l'accord, permet de consacrer du temps supplémentaire aux négociations[277]. L'ordonnance de 2008 laissait néanmoins de côté la constatation de l'accord sur

271 C. com., art. R. 611-22.

272 F.-X. Lucas, « Les innovations introduites par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 : morceaux choisis », *LPA* 22 avril 2010, n° 80, p. 47.

273 En ce sens : Th. Montéran, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. proc. coll.* 23 et 24 janv. 2008, n° 24, p. 3 ; I. Rohart-Messager, « L'amélioration de la prévention », *Gaz. Pal.* 07 mars 2009, n° 66, p. 5.

274 Le décret n° 2009-160 du 12 février 2009 abroge l'alinéa 1 de l'article R. 611-40 du Code de commerce : « Le tribunal statue sur l'homologation prévue au II de l'article L. 611-8 avant le terme de la procédure de conciliation ».

275 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 141.533, p. 299.

276 I. Rohart-Messager, « L'amélioration de la prévention », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, n° 66, p. 5, spéc. p. 6. ; A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, n° 2, p. 110, spéc. p. 111.

277 A.-S. Texier et E. Russo, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA* 2 mars 2009, n° 43, p. 3, spéc. p. 4.

ce point[278]. L'ordonnance du 12 mars 2014 est donc venue clarifier les textes sans trop de bouleversements puisque cette prorogation exceptionnelle a été étendue à l'hypothèse d'une demande de constatation de l'accord[279].

Il était en effet nécessaire d'étendre cette exception au cas de constatation de l'accord[280]. Bien que la durée limitée de la conciliation favorise la recherche d'une solution négociée prompte, elle pouvait constituer un frein en cas d'option pour la constatation de l'accord. Elle constituait notamment un « couperet » en mettant fin à la mission du conciliateur et à la procédure lorsqu'il existait un nombre significatif de créanciers dispersés sur le territoire national ou au-delà, rendant difficile la conclusion de l'accord dans un temps restreint.

Les réformes récentes ont donc modifié le temps de la conciliation tout en conservant une procédure enserrée dans des délais brefs pour préserver les chances de redresser l'entreprise par la négociation. Il est certain que la procédure se doit d'être rapide, notamment lorsque le débiteur est en cessation des paiements puisqu'il est fait obstacle à l'ouverture d'autres procédures, peut-être plus adaptées à la situation du débiteur. Mais il faut également un temps utile pour négocier raisonnablement, sans se précipiter[281].

Au demeurant, recourir au tribunal est toujours perçu par les chefs d'entreprise comme une perte d'indépendance, même dans le cadre d'un traitement à l'amiable comportant de nombreux atouts. C'est donc pour inciter les débiteurs à s'accorder rapidement avec leurs partenaires que des mesures incitatives ont été érigées, voire renforcées au fil des changements législatifs.

§ 2. Les incitations à la conciliation

Les chiffres apparaissent satisfaisants puisqu'ils révèlent une augmentation des procédures amiables et un recul important des emplois touchés pour les redressements et les liquidations

278 A. Lienhard, *Procédures collectives 2019-2020*, Delmas, 8e éd., 2018, n° 2133, p. 50.

279 C. com., art. L. 611-6, al. 2 : « […] Si une demande de constatation ou d'homologation a été formée en application de l'article L. 611-8 avant l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision, selon le cas, du président du tribunal ou du tribunal ».

280 *Contra* : A.-S. Texier et E. Russo, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA* 02 mars 2009, n° 43, p. 3, spéc. p. 4. Pour ces auteurs, il n'était pas nécessaire d'étendre l'exception à la constatation car le constat peut intervenir dans des délais plus courts en raison notamment du formalisme plus réduit.

281 Il est d'ailleurs parfois nécessaire de procéder antérieurement à un mandat *ad hoc* préparatoire.

judiciaires[282]. L'attractivité de la conciliation a notamment été renforcée afin que cette procédure devienne la « *pièce maîtresse du futur édifice législatif* »[283].

Les différentes réformes n'ont donc eu de cesse de rendre le recours à la conciliation plus aisée pour le chef d'entreprise afin pour lui d'anticiper le plus en amont possible ses difficultés **(A)**. Rendre la conciliation attractive suppose également que ses partenaires soient incités à y participer **(B)**.

A. Les incitations en faveur du débiteur

La réussite de la négociation est conditionnée par son caractère volontaire. Tout au plus, le président du tribunal peut inciter le chef d'entreprise à recourir à la conciliation, dans le cadre de l'entretien qu'il aura sollicité[284]. En effet, se mettre sous la protection judiciaire pour la mise en œuvre d'une solution conventionnelle n'est pas naturel, le juge étant encore trop souvent perçu comme un agent répressif[285]. Pour opérer cette *« révolution des mentalités »*[286] en faveur de l'anticipation, un des moyens mis en œuvre consiste à rassurer le débiteur. L'idée est qu'il peut accorder sa confiance aux organes de la procédure, et notamment au juge. Ainsi, on assiste à une disparition du traitement répressif au profit d'un traitement préventif moins stigmatisant pour le débiteur[287].

Ainsi, à la lecture des textes, le débiteur semble seul maître de ce qui entoure la procédure, à savoir son déclenchement et ses coûts. Cependant, la pratique révèle que les créanciers ont parfois une forte influence sur lui. De même, le législateur a dû atténuer la souplesse tenant à la procédure pour la sécuriser davantage (**1**). Il n'en demeure pas moins que de telles dispositions en faveur du

282 Selon les chiffres de Deloitte et Altares, *L'entreprise en difficulté en France*, éd. 2016, mars 2017 : 2 467 procédures amiables en 2016 (soit + 3 %) et 612 001 emplois concernés contre 57 844 procédures judiciaires (- 8,3%) et 193 649 emplois concernés. Bien que différentes, les données de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté (OCED) parviennent au même constat : « la diminution des ouvertures de procédures s'amplifie au plan national (-7,5 %, en glissement annuel au 1er octobre 2017). En procédure amiable (mandat *ad hoc* et conciliation), le nombre des emplois concernés connaît toujours une forte augmentation » : v. le Bulletin de santé des entreprises en France et en Île-de-France sur le site de l'OCED.

283 V. Martineau-Bourgninaud, « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 86.

284 C. com., art. L. 611-2.

285 P. Lavigne, « La multiplication des procédures – La procédure de conciliation », *in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 26, spéc. p. 29.

286 C. Schmitt, « La conciliation – Aspects pratiques », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 178, spéc. p. 181.

287 C. Saint-Alary-Houin, « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169.

débiteur l'incitent indéniablement à privilégier la voie amiable, surtout celles qui tendent à préserver son sort en raison de l'ouverture de la procédure (**2**).

1. La maîtrise partielle des contours de la procédure par le débiteur

Pour favoriser l'accès au traitement amiable, et même si la réalité est parfois moins idéale, le législateur place le débiteur aux commandes de la procédure aussi bien en lui donnant la maîtrise de son déclenchement (**a**), qu'en lui permettant d'anticiper les coûts (**b**).

a) La maîtrise partielle de la demande d'ouverture

29. Le déclenchement de la procédure par le seul débiteur. La procédure de conciliation repose sur une initiative du débiteur. Ce dernier est même considéré comme « *le pivot* »[288] de la réforme du 26 juillet 2005 car il détient le monopole de la demande.

Le président du tribunal ne peut se saisir d'office et les créanciers n'ont pas non plus la possibilité de saisir la juridiction aux fins d'ouverture d'une conciliation, alors même que cette dernière peut être ouverte en cas de cessation des paiements. Or, classiquement, la cessation des paiements permet aux créanciers de provoquer l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire[289]. Dans une certaine mesure, octroyer une telle possibilité aux créanciers en conciliation permettrait d'éviter un traitement tardif des difficultés d'un débiteur frileux de se rendre au tribunal. Mais cette faculté serait contraire à l'esprit volontariste de la procédure. De plus, il est peu probable, en pratique, que les créanciers soient à l'initiative d'une telle demande, puisqu'il s'agira pour eux de consentir à faire des sacrifices. Cependant, à l'instar du règlement amiable agricole[290], il pourrait être envisagé que la saisine du président du tribunal appartienne également aux créanciers souhaitant assigner le débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire[291], en faisant ainsi de la conciliation un préalable obligatoire à l'ouverture d'une procédure collective sur saisine d'un créancier. Cette obligation favoriserait la prévention des difficultés des entreprises et leur règlement à l'amiable.

288 *Ibid.*, p. 169, spéc. p. 170.

289 A. Lienhard, *Procédures collectives 2019-2020*, Delmas, 8e éd., 2018, n° 11. 217, p. 361.

290 C. rur., art. L. 351-2.

291 À la condition que le débiteur ne soit pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

La préservation de la liberté individuelle du chef d'entreprise est ici marquée puisque la demande d'ouverture d'une conciliation émane du seul débiteur. Il doit être convaincu de recourir à la conciliation afin de surmonter ses difficultés[292]. C'est ainsi que la possibilité conférée au président du tribunal de commerce de convoquer préalablement le dirigeant, déjà prévue par les anciens textes[293], se trouve renforcée par la loi du 26 juillet 2005. Pour davantage d'initiative, le critère prévu pour la convocation est largement entendu et repose sur des éléments de nature à compromettre la continuité de l'exploitation[294]. Cette convocation permet de faire prendre plus rapidement conscience aux dirigeants des difficultés de leur entreprise et de les informer sur les différentes mesures propres à redresser cette situation. Un recours plus systématique à cette pratique était recherché par le législateur puisqu'en 2002 seuls 20 % des tribunaux de commerce français l'avaient mise en œuvre[295]. Cet objectif semble désormais atteint au regard de l'augmentation constante des entretiens[296].

Si la souplesse de la demande d'ouverture de la procédure est caractérisée, laquelle demande relève exclusivement du débiteur, une limite est néanmoins posée quant à la décision d'ouverture de la conciliation. En effet, celle-ci est communiquée au ministère public[297], ce qui peut avoir un certain effet dissuasif pour les chefs d'entreprise[298]. Les conditions procédurales relatives à la demande sont également souples mais avec, toujours, certaines garanties de sérieux.

30. Une demande introduite par voie de requête du débiteur. La demande d'ouverture de la procédure amiable doit être adressée par le débiteur, sous forme d'une requête et plus précisément par le chef d'entreprise ou l'organe légal de représentation de la personne morale[299]. L'introduction

292 Le débiteur est cependant loin d'être le seul à devoir être convaincu de l'importance d'anticiper. Les autres protagonistes tels que les créanciers ou les salariés doivent également en avoir conscience.

293 C. com., art. L. 611-2, I, al. 1er, anc.

294 Ch. Delattre, « La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 4, p. 18, spéc. p. 19. Il ne convient cependant pas de multiplier les convocations : M.-H. Monsèrié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *Prévention et traitement amiable des difficultés*, LGDJ, 2018, n° 334, p. 124.

295 J.-J. Hyest, Rapp. Sénat, n°335, t.1, p. 96 : 11 379 convocations ont été adressées en 2002 par seulement 39 juridictions.

296 L'augmentation a notamment été importante dans les tribunaux de commerce d'Ile-de-France les années 2014 (+12%) et en 2015 (+30%). En 2015, 5 700 convocations ont été réalisées par les tribunaux franciliens. V. not. La lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficultés, juill. 2016, n° 41.

297 C. com., art. L. 611-6, al. 3.

298 F. Macorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », *in La sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 352, spéc. p. 354.

299 Face au refus du président du tribunal, seul le débiteur peut interjeter appel dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision, au regard de l'article R. 611-26 du Code de commerce.

de la demande par voie de requête permet qu'on l'assimile à une « *véritable demande en justice* »[300]. La demande n'est donc pas totalement libre. D'autant plus qu'elle est assortie d'informations précises sur la situation du débiteur.

L'information donnée par le débiteur dans sa requête est précisée par l'ordonnance du 12 mars 2014. Selon la nouvelle rédaction de l'article L. 611-6, alinéa 1 du Code de commerce, le débiteur a l'obligation de transmettre des informations concernant sa situation économique, financière, sociale et patrimoniale. Le président détient ainsi des éléments d'information sur la situation de l'entreprise beaucoup plus précis qu'auparavant puisque la situation patrimoniale du débiteur est désormais prise en compte.

De même, le débiteur se doit d'exposer « *ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face* »[301]. Dès lors, une des conditions de forme requise pour l'ouverture de la procédure repose sur une requête du débiteur soutenue par un dossier élaboré. Bien que les termes « le cas échéant » donnent une simple possibilité au débiteur d'énoncer des moyens pour faire face à ses difficultés, il semble opportun que ce dernier ait, au préalable, envisagé les mesures appropriées. En effet, cela faciliterait considérablement les négociations avec les partenaires susceptibles de lui venir en aide. Avant toute ouverture des négociations, un travail en amont du débiteur avec ses conseils est donc souhaitable. Puisque la demande d'ouverture d'une procédure de conciliation s'apparente à une démarche responsable de gestion de l'entreprise[302], le débiteur doit mettre toutes les chances de son côté pour que la conciliation soit un succès.

Concernant l'ouverture de la procédure, la tendance est donc à la souplesse et à la maîtrise par le débiteur. Ce dernier a également un rôle à jouer dans la désignation du conciliateur, chef d'orchestre des négociations.

31. La proposition d'un conciliateur par le débiteur prévue par les textes ; l'influence possible des créanciers en pratique. Depuis la loi de sauvegarde de 2005, le débiteur peut proposer un nom de conciliateur au président du tribunal. L'initiative du débiteur est une fois de

300 F. Macorig-Venier, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p., 352, spéc. p. 353.

301 C. com., art. L. 611-6, al. 1er.

302 Si le recours à la conciliation a été facilité depuis les récentes réformes du droit des entreprises en difficulté, il ne peut être affirmé de manière générale que le droit de la défaillance est un outil de gestion pour les personnes morales : C. Tabourot-Hyest, « L'instrumentalisation du droit de la faillite », *in Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Mél. P. Le Cannu, 2014, p. 637. En ce sens également : B. Thullier et A. Diesbecq, « Le traitement des difficultés, un outil de gestion des débiteurs personnes morales », *Rev. proc. coll.* 2017, n° 4, p. 46. Madame la Professeure Thullier énonce, à cet égard, que le traitement des difficultés n'est pas un outil à la libre disposition des managers puisqu'il est, d'une part, un traitement hors de l'ordinaire et, d'autre part, un traitement administré, sous contrôle étatique.

plus manifeste. Toutefois, cette possibilité ne pourrait-elle pas générer un certain conflit d'intérêts et entacher l'indépendance à laquelle le professionnel est tenu ? Nous ne le pensons pas. D'une part, cette faculté a uniquement pour objectif de renforcer la confiance souhaitée entre le débiteur et le conciliateur. Il apparaît peu probable, en pratique, que le conciliateur délaisse les créanciers, essentiels aux négociations en raison des efforts consentis en faveur de l'entreprise en difficulté. D'autre part, si la neutralité du conciliateur semble affectée, il n'est pas exclu qu'un créancier le soulève devant le juge.

Dans la pratique parisienne, la proposition par le débiteur d'un conciliateur est devenue quasiment systématique[303]. Les juges sont toutefois méfiants quant à la raison intrinsèque du choix du professionnel et s'assurent que des créanciers n'ont pas exercé une quelconque pression à cet égard. Ainsi, la question est fréquemment posée au débiteur lors de l'entretien préalable avec le président du tribunal. Un président a pu relever que la réponse est, malheureusement, souvent indécise[304]. Partant, si les textes renforcent la prise d'initiative du débiteur s'agissant de l'ouverture d'une procédure amiable de conciliation, la pratique révèle, quant à elle, qu'il n'est pas toujours seul décisionnaire, les créanciers ayant dans certains cas une influence évidente.

De plus, une fois encore une atténuation à la souplesse de principe peut être constatée s'agissant de la désignation du conciliateur. Depuis la loi de sauvegarde des entreprises de 2005, cette désignation n'est pas totalement libre puisque des incompatibilités sont prévues à l'article L. 611-13 du Code de commerce. Quoi qu'il en soit, le débiteur a désormais la possibilité de choisir son conciliateur ainsi que le récuser.

32. La récusation par le débiteur du conciliateur. Toujours dans le sens d'un renforcement de la préservation des libertés individuelles du débiteur, le législateur lui a également offert un droit de récusation du conciliateur[305]. Afin d'éviter les conflits d'intérêts, l'article R. 611-27 du Code de commerce précise les hypothèses de récusation qui sont au nombre de cinq :

- Le conciliateur a directement ou indirectement un intérêt personnel à la procédure.

303 J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 7.

304 J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 7. L'ancien président de chambre au tribunal de commerce de Paris évoque ainsi son expérience : « à la question usuelle "Comment avez-vous connu ce mandataire ou conciliateur que vous proposez ?", il est fréquent que le dirigeant se tourne spontanément vers son conseil pour le laisser répondre directement ».

305 La proposition d'un conciliateur ainsi que sa récusation par le débiteur sont fixées par le décret : D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 20 à 26.

- Il existe un lien direct ou indirect, quelle qu'en soit la nature, entre le conciliateur et l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés de celui-ci.
- Il existe une cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur.
- Le conciliateur est dans l'une des situations d'incompatibilité visées à l'article L. 611-13[306].
- Le conciliateur a été radié ou destitué d'une profession réglementée.

Si la loi du 26 juillet 2005 a entendu conférer l'initiative de la demande d'ouverture de la conciliation au seul débiteur ainsi que la possibilité de proposer un conciliateur[307], l'ordonnance du 12 mars 2014 va plus loin en renforçant la maîtrise des coûts, liés aux honoraires des professionnels.

b) La maîtrise partielle du coût de la procédure

33. La liberté de principe concernant la rémunération du conciliateur. La rémunération du conciliateur est une autre illustration de la maîtrise par le débiteur de la procédure amiable. En pouvant décider de la rémunération du conciliateur, le débiteur anticipe déjà certains coûts liés à l'ouverture de la procédure de conciliation[308]. Le principe est en effet celui de la liberté, car la rémunération n'est pas tarifée mais négociée entre le débiteur et le conciliateur, préalablement à sa désignation. Concrètement, des conventions d'honoraires entre le praticien proposé et le débiteur sont fréquemment signées avant la saisine du président du tribunal[309]. Cette contractualisation des conditions de rémunération des intervenants incite indéniablement le débiteur à recourir à cet outil préventif et amiable.

---

306 Afin d'éviter les conflits d'intérêts, la personne désignée en tant que mandataire *ad hoc* ou conciliateur ne doit avoir perçu aucune rémunération ou paiement de la part de l'entreprise visée, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui contrôle l'entreprise dans les vingt-quatre mois précédents. La loi de modernisation de la Justice du XXIe siècle du 18 nov. 2016 modifie le texte en assouplissant les incompatibilités. En effet, initialement, le texte prévoyait une exception à la liste des incompatibilités : la rémunération au titre d'un mandat *ad hoc*, d'un mandat de justice confié dans le cadre d'une procédure de règlement amiable ou d'une procédure de conciliation à l'égard du même débiteur ou du même créancier. Depuis la loi de 2016, il est complété par « ou de la rémunération perçue au titre d'un mandat de justice, autre que celui du commissaire à l'exécution du plan, confié dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ». Par conséquent, le mandataire de justice qui est intervenu dans le cadre de ces procédures pourra être désigné mandataire *ad hoc* ou conciliateur dans l'hypothèse de difficultés au cours de la mise en œuvre du plan de sauvegarde ou de redressement.

307 Le débiteur ne propose pas seulement le mandataire qui a pour mission de favoriser l'accord, il choisit également avec qui il souhaite discuter parmi ses principaux créanciers et, le cas échéant, ses cocontractants habituels. Certes, l'article L. 611-7, al. 1er du Code de commerce n'énonce pas expressément la possibilité du débiteur de proposer des créanciers mais tel est le cas en pratique.

308 Sur les frais engagés par le débiteur en difficulté : D. Voinot, « Les frais de justice du débiteur : quelle prise en charge ? », *in Le droit des entreprises en difficulté est-il performant ?*, *Rev. proc. coll.* 2018, n° 1, p. 91.

309 F. Pérochon, « Coût, transparence et confidentialité de la prévention », *in* La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 79, spéc. p. 81.

La fixation négociée des conditions de rémunération permet au débiteur de savoir à l'avance le coût approximatif du traitement amiable. Grâce à l'exigence de ce « devis »[310], le débiteur semble maîtriser les coûts à venir. Ainsi, avant l'ouverture de la procédure, le débiteur apprécie au regard de la problématique de son entreprise, la somme des divers coûts qu'il sera susceptible d'engager[311]. La rémunération est, en pratique, fréquemment fixée sur la base du temps passé sur le dossier. Pour les dossiers importants, il existe notamment la possibilité d'un honoraire complémentaire dit « de résultat ». En définitive, l'anticipation des coûts de la conciliation[312] est nettement favorisée.

34. L'encadrement légal de la rémunération du conciliateur. Si cette logique d'anticipation et de liberté facilite l'accès à la conciliation, et donc au traitement négocié, elle n'est pas sans garde-fous. Cet accord entre les parties, existant déjà sous le régime du règlement amiable[313], est davantage encadré aujourd'hui. Les textes sont, certes, assez souples et laissent une certaine marge de manœuvre au débiteur et au conciliateur pour s'entendre sur le prix, mais la réforme de 2014, après celle de 2005, est venue renforcer l'encadrement de ces rémunérations[314]. D'abord, la loi de sauvegarde de 2005 a prévu la fixation par le président du tribunal des conditions de la rémunération du conciliateur, après accord écrit du débiteur[315]. Ensuite, depuis l'ordonnance de 2014, l'avis du ministère public doit être recueilli par le président du tribunal, lequel fixe toujours, au moment de sa désignation, les conditions de la rémunération du conciliateur en fonction des diligences qu'implique l'accomplissement de sa mission[316]. Ces conditions comprennent, selon l'article R. 611-47 du Code de commerce, les critères sur la base desquels la rémunération sera arrêtée, son montant maximal, le montant ou les modalités de versement des provisions. De plus, la rémunération ne peut ni faire l'objet d'un forfait pour ouverture du dossier, ni être liée au montant des abandons de créances obtenus[317]. La liberté entre le professionnel et le chef d'entreprise est également « surveillée » car à l'issue de la mission, l'ordonnance dans laquelle le président arrête la rémunération sur ces bases est également communiquée au ministère public. En

310 Pour reprendre à notre compte le terme employé par Ph. Roussel Galle : *«* 1re table ronde : Le mandat *ad hoc* et la conciliation : l'efficacité renforcée ? *», in* La loi de sauvegarde en pratique, 10èmes Rencontres Petites Affiches, Maison du Barreau, 7 mars 2006, *LPA*. 21 sept. 2006, n° 189, p. 11, spéc. p. 19.

311 R. Valliot, *«* 1re table ronde : Le mandat *ad hoc* et la conciliation : l'efficacité renforcée ? *», in* La loi de sauvegarde en pratique, 10èmes Rencontres Petites Affiches, Maison du Barreau, 7 mars 2006, *LPA*. 21 sept. 2006, n° 189, p. 11, spéc. p. 18.

312 Les règles sont globalement identiques concernant le mandat *ad hoc*.

313 Décret n° 85-295 du 1er mars 1985, art. 37, al. 3.

314 C. com., art. L. 611-14 et art. R. 611-47 et s.

315 C. com., art. L. 611-14.

316 *Ibid.*

317 *Ibid.*

outre, le président ne peut désigner un conciliateur dont la désignation ne lui a pas été proposée par le débiteur, qu'après avoir obtenu l'accord de celui-ci sur les conditions de sa rémunération[318].

Enfin, l'article R. 611-49 du Code de commerce permet la révision de la rémunération à la hausse du professionnel si celui-ci estime, au cours de sa mission, que le montant maximal fixé par l'ordonnance qui l'a désigné est insuffisant. Autrement dit, si les nouvelles conditions de la rémunération sont fixées par le président du tribunal en accord avec le débiteur, il n'en demeure pas moins que le coût des professionnels n'est pas entièrement maîtrisé par le débiteur.

35. Les limites pratiques à la libre fixation de la rémunération des professionnels. La pratique révèle, elle-aussi, que la libre négociation de la rémunération n'est pas totale puisque le juge peut refuser la nomination d'un conciliateur dont la rémunération lui semble excessive[319]. Le juge peut en effet vérifier, lors de l'entretien préalable, le consentement libre et éclairé du débiteur concernant la rémunération du professionnel. À ce titre, un ancien président du tribunal de commerce de Paris a révélé avoir parfois procédé, avant de rendre l'ordonnance de taxation, à des convocations de chef d'entreprise sur la rémunération du conciliateur afin d'éviter les abus[320]. Ainsi, il pouvait par la suite obtenir des accords plus équitables si des montants excessifs apparaissaient[321].

Face à une situation de crise, les dirigeants sont fréquemment peu regardants sur le prix à payer concernant les professionnels susceptibles de les aider à redresser leur entreprise[322]. À cet égard, ils subissent davantage le montant fixé qu'ils ne le maîtrisent. Plus encore, certains évoquent « *l'élitisme réel ou supposé de ces procédures de prévention* »[323]. En effet, les petites et moyennes entreprises utilisent encore trop peu les mesures conventionnelles qui leur sont offertes, en partie en raison des honoraires conséquents des professionnels. De plus, d'importantes disparités de rémunération existent entre les conciliateurs parisiens et provinciaux. Cette différence d'honoraires s'explique notamment par l'inégalité territoriale, s'agissant de l'importance des dossiers et de leur impact sur

318 C. com., art. R. 611-47-1, al. 2.

319 J. Badillet, *op.cit.*, p. 7, spéc. p. 10.

320 *Ibid.*

321 *Ibid.*

322 Il a ainsi été relevé des réponses de chef d'entreprise telle que : « C'est cher mais si c'est le prix à payer pour sortir l'entreprise de ses difficultés… » : J. Badillet, *op.cit.*, p. 7, spéc. p.10.

323 J. Badillet, *op.cit.*, p. 7, spéc. p. 10.

la vie économique française. Depuis la crise financière de 2008, les juges parisiens ont tenté d'éviter qu'il ne se crée un effet d'aubaine en instaurant une limite en matière de taux horaire[324].

36. L'instauration d'une base d'honoraires forfaitisés pour les petites entreprises ? Pour éviter des coûts trop élevés, une modification textuelle serait opportune afin de fixer des bases d'honoraires forfaitisées pour les petites entreprises. En ce sens, une évolution notable s'est déjà opérée avec l'ordonnance du 12 mars 2014 qui a créé un article L. 611-16 dans le Code de commerce, prévoyant en son alinéa second qu'une clause mettant à la charge du débiteur en mandat *ad hoc* ou en conciliation les honoraires des conseils des créanciers pour la quote-part excédant une proportion fixée à 75% est réputée non-écrite[325]. En faisant supporter aux créanciers obligatoirement 25% des honoraires, cette disposition allège les débiteurs tout en ne dissuadant pas ses créanciers de participer aux négociations.

L'exemple du droit français est topique de la volonté du législateur de baisser les coûts du traitement amiable des difficultés et de favoriser ainsi l'accès à ces mesures. D'ailleurs, le système français se différence notablement des pratiques anglo-saxonnes qui font peser tous les honoraires des conseils des créanciers sur le débiteur dans les dossiers importants en matière de prévention[326].

37. La mise en place d'une assurance obligatoire ? Pour palier l'inertie de certaines entreprises due à leur manque de moyens, d'autres solutions ont été envisagées afin d'anticiper le coût du traitement amiable. Le 19 juin 2012, un communiqué du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables (CSOEC) et du Conseil national des barreaux (CNB), en lien avec le Centre d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP), a annoncé la création d'une nouvelle garantie d'accès à la prévention : l'Assurance Santé Entreprise (ASE). L'idée est de faciliter la prévention en finançant les honoraires des « experts de crise » (avocats, experts-comptables, mandataire *ad hoc* et conciliateur), lesquels seront couverts par des assurances moyennant le paiement d'une prime annuelle. Six compagnies d'assurance[327] ont alors participé à la mise en place de cette garantie.

---

324 J. Badillet, *op.cit.*, p. 7, spéc. p. 10 : « 350 euros HT pour le mandataire ou conciliateur, 220 euros HT pour le collaborateur. Cette limite, qui se voulait un plafond, a été comprise par beaucoup comme ayant également valeur de plancher ».

325 Arrêté du 25 juillet 2014 pris pour la fixation de la quote-part mentionnée à l'article L. 611-16 du code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JORF n° 0174 du 30 juillet 2014, p. 12524.

326 F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, « Le mandat *ad hoc* et la conciliation », *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 3, p. 4.

327 Axa, Chartis, Hiscox, Covea, Risques, Groupama et CFDP : Th. Montéran, « Pour favoriser la prévention : l'assurance santé entreprise », *Gaz. Pal.* 04 août 2012, n° 217, p. 3.

Comme c'est le cas en matière de santé des personnes physiques avec le système de l'assurance maladie, cette nouvelle garantie permet aux entreprises de bénéficier des soins des experts de crise grâce à l'ASE[328]. Cette assurance est particulièrement intéressante car elle s'adresse aussi bien aux grandes entreprises qu'aux petites structures, aux commerçants, aux agriculteurs et aux artisans, ou encore aux professionnels libéraux. De plus, les primes et garanties sont modulables en fonction du chiffre d'affaires[329]. La cotisation annuelle est, par ailleurs, généralement faible[330].

Cette assurance a des avantages non négligeables : elle rend plus accessibles les dispositifs de prévention et assure de « couvrir en quelque sorte la "responsabilité sociale" qui pèse sur le dirigeant et de servir un intérêt qui va au-delà de celui de l'entreprise »[331]. Le soutien assurantiel permet donc aux entreprises de se tourner plus facilement vers la prévention et de faire confiance à ses experts. C'est donc un investissement intéressant pour l'entreprise qui anticipe l'avenir, mais également une sécurité pour les experts qui se voient assurés d'être payés.

Parce qu'elle peut s'avérer indispensable pour une entreprise en difficulté, la souscription à cette assurance ne devrait-elle pas être rendue obligatoire ? La question se pose notamment en raison de l'importance que revêt la prévention. Parfois, lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés, elle peut vouloir préférer s'en sortir seule sans recourir aux experts de crise en raison de leur coût trop élevé. L'intérêt général est pourtant en jeu, notamment au vu des emplois mis à mal lors d'une faillite. À défaut de fixation d'une base d'honoraires forfaitisés par le législateur, une telle obligation peut s'avérer nécessaire.

---

328 L'élément qui déclenche la garantie est l'apparition d'une situation d'alerte. L'alerte peut, d'abord, provenir de procédures d'alertes légales communes, c'est-à-dire des alertes déclenchées par les commissaires aux comptes, par le comité d'entreprise, ou le cas échéant, par le comité social et économique, ou par les associés et les actionnaires et par la convocation du dirigeant par le président du tribunal. L'alerte peut, ensuite, être déclenchée par le débiteur lui-même lorsqu'il sollicite la nomination d'un conciliateur, lorsqu'il bénéficie d'un entretien au centre d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP) ou lorsqu'il demande des délais à la Commission des chefs de service (CCSF). La couverture des honoraires des experts de crise n'est cependant pas automatique : la prise en charge est de plein droit en présence d'une ordonnance du président du tribunal nommant un conciliateur mais dans les autres mécanismes de prévention (médiation du crédit, médiation inter-entreprises, entretiens auprès des CIP, etc.), elle requiert l'accord préalable de la compagnie d'assurance.

329 Communiqué CSOEC et CNB, 19 juin 2012, « Experts-comptables et avocats lancent l'assurance santé entreprise », *BJE* 01 juill. 2012, n° 4, p. 267.

330 Th. Montéran, « Pour favoriser la prévention : l'assurance santé entreprise », *Gaz. Pal.* 04 août 2012, n° 217, p. 3. L'auteur indique qu'en 2012, pour une entreprise dont le chiffre d'affaires est inférieur à 1 000 000 €, la prime peut varier de 49 € à 505 €, pour une garantie de 4 000 € à 50 000 €.

331 S. Belinguier, « L'assurance santé entreprise : prévention et sauvegarde de l'entreprise en difficulté par la couverture des honoraires des "experts de crise" », *Gaz. Pal.* 22 janv. 2013, n° 22, p. 19, spéc. p. 20.

En définitive, la question de la rémunération des conciliateurs a permis de mettre en avant le caractère négocié de sa fixation au regard de la liberté laissée aux parties sur ce point. Toutefois, la pratique a révélé qu'une telle liberté se payait cher, notamment pour les petits débiteurs. Des limitations nécessaires ont donc été posées par les juges, et d'autres sont attendues dans les textes. Plus encore, en instaurant un encadrement légal à la rémunération des professionnels en conciliation, le législateur de 2014 a rapproché ce dispositif de celui des procédures collectives[332]. Néanmoins, à la différence des procédures collectives où la rémunération des administrateurs et des liquidateurs judiciaires est encadrée par un tarif réglementé, en matière amiable les conditions de la rémunération du professionnel requièrent encore l'accord du débiteur lorsqu'elles sont décidées par le président du tribunal.

Pour attirer les débiteurs, le législateur prévoit également de préserver son sort en cas d'ouverture de la procédure.

2. La préservation totale du sort du débiteur

38. La paralysie des clauses contractuelles aggravant la situation du débiteur en cas d'ouverture d'une conciliation. Afin de sécuriser le recours au traitement amiable, le législateur répute non écrites les clauses des contrats qui diminuent les droits ou aggravent les obligations du débiteur dès lors qu'il souhaite solliciter l'ouverture d'une conciliation[333].

Cette règle reprend à l'identique une formule employée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 2014 relatif au maintien des contrats en cours dans le cadre d'une procédure collective. La Cour de cassation énonçait : « *est interdite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de sa mise en redressement judiciaire* »[334]. Ce ne sont plus seulement les clauses prévoyant la résiliation ou la résolution du contrat du seul fait de l'ouverture de la procédure collective qui sont paralysées[335], mais bien toutes les clauses contractuelles contraires aux intérêts du débiteur du fait de l'ouverture de son redressement judiciaire. Partant, c'est sur le modèle que connaissent les procédures collectives, à propos du maintien des contrats en cours, que cette disposition permet de protéger le débiteur en évitant notamment le jeu d'une clause de déchéance du terme du contrat due au

332 B. Thullier, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 174.

333 C. com., art. L. 611-16. Cette disposition est également applicable au mandat *ad hoc*.

334 Com. 14 janv. 2014, n° 12.22.909, Act. Proc. Coll. 2014, n° 4, comm 53, note Ph. Roussel Galle.

335 C. com., art. L. 622-13, I et L. 641-11-1, I.

recours à la procédure amiable. En paralysant des clauses de nature à dissuader le débiteur de recourir à ces instruments par les conséquences préjudiciables engendrées par leur mise en œuvre[336], cette mesure est de nature à favoriser l'adoption d'un accord amiable de façon indirecte[337].

D'autres dispositions permettant aux dirigeants de rester à la tête de leur entreprise sont également déterminantes pour les inciter à recourir à cette procédure.

39. Le maintien du débiteur aux commandes de son entreprise. À la différence des procédures collectives, la conciliation maintient les pouvoirs de gestion du débiteur puisqu'il n'y a pas de dessaisissement, ni de restriction de pouvoir. À cet égard, la Cour de cassation rappelle que « *la faculté d'imposer la vente n'entrait pas dans les pouvoirs du mandataire qui devait se contenter si possible de trouver un accord avec les créanciers* »[338].

L'homologation de l'accord de conciliation a également des effets avantageux pour le débiteur car elle entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier[339]. Contrairement à ce qui était prévu par la loi du 10 juin 1994, le débiteur n'a plus l'obligation de saisir le tribunal à cette fin. Il y a donc une automaticité de la levée de l'interdiction[340].

40. La possible protection contre les sanctions ? Certaines décisions illustrent l'idée selon laquelle la conciliation peut être « *un alibi pour parer à toute sanction* »[341] lors d'une ouverture ultérieure d'une procédure collective. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, le 29 mars 2007, a infirmé un jugement condamnant un dirigeant pour déclaration tardive de l'état de cessation des paiements, en raison des nombreux entretiens qu'il avait eu avec le magistrat délégué à la prévention du tribunal de commerce de Paris[342]. Dans un sens similaire, la Cour d'appel d'Orléans a considéré qu'un dirigeant

336 Déchéance du terme, résolution d'un contrat, augmentation des intérêts.

337 F. Macorig-Venier, *«* Les mesures juridiques favorables aux accords *», in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 96, spéc. p. 98.

338 Com. 1er fév. 2011, n° 09-16179, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 35, obs. Ch. Delattre.

339 C. com., art. L. 611-10-2, al. 2. Concernant l'EIRL, cette mesure ne concerne que l'activité bénéficiant de la procédure.

340 Sauf une exception : le débiteur doit justifier de la levée de l'interdiction d'émettre des chèques auprès de l'établissement de crédit à l'origine de la mesure par la remise d'une copie du jugement homologuant l'accord et d'un relevé des incidents de paiements, C.com., art. R. 611-45.

341 Ch. Delattre, *«* La prévention peut-elle être un alibi pour parer à toute sanction ? *»*, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 25, comm. 144.

342 CA Paris, 3e ch., 29 mars 2007, n° 06/12891.

ne pouvait être sanctionné au motif d'une exploitation déficitaire abusive dès lors qu'il avait obtenu du président du tribunal de commerce la désignation d'un mandataire *ad hoc*[343]. Inversement, la Cour d'appel de Toulouse a décidé, dans un arrêt du 29 avril 2009, que la sanction du dirigeant était justifiée car aucune demande d'ouverture d'une conciliation n'avait été faite[344]. De telles décisions sont satisfaisantes car elles sont émises en faveur de la prévention, et en font un véritable bouclier contre les sanctions susceptibles d'être prononcées en procédure collective.

Néanmoins, le recours à un traitement amiable n'exonère pas toujours le dirigeant de toute responsabilité, notamment lorsqu'il instrumentalise la procédure préventive. Ainsi, dans un arrêt du 9 août 2011, la Cour d'appel de Rennes a décidé de retenir la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant qui, pour justifier la déclaration tardive de la cessation des paiements, invoqua la désignation préalable d'un mandataire *ad hoc*[345]. Par conséquent, hormis les cas d'instrumentalisation de la conciliation, si le débiteur anticipe et recourt à cette procédure, il pourra éviter certaines sanctions en procédure collective.

Les nombreuses incitations à recourir à ce traitement négocié ne visent pas exclusivement le débiteur, il est en effet nécessaire que les autres participants aux négociations soient convaincus de ses avantages.

B. Les incitations en faveur des partenaires de l'entreprise

Parce que soutenir une entreprise en difficulté est risqué, le financement des partenaires doit bénéficier d'une sécurité juridique suffisante. Les personnes ayant consenti une sûreté sont des acteurs importants au sein des procédures amiables et collectives. En effet, ayant pour vocation d'intervenir en cas de défaillance, elles sont à la fois des « débiteurs de substitution » à l'égard des créanciers, mais aussi des créanciers à part entière à l'égard du débiteur, principalement au regard des recours en remboursement dont elles bénéficient[346]. Les récentes réformes se sont donc intéressées à ces cautions, garants, coobligés, afin de favoriser l'ouverture des procédures amiables

343 CA Orléans, ch. com., éco. et fin., 9 oct. 2008, n° 08/01966.

344 CA Toulouse, 2e ch., 29 avr. 2009, n° 08/02103.

345 CA Rennes, 2e ch., 9 août 2011, n° 10/05370.

346 Le garant personne-physique est certes fréquemment le dirigeant de la personne morale débitrice mais il peut également être une autre personne.

et préventives[347]. À cette fin, ces réformes ont amélioré leur sort **(1)**. Selon l'article L. 611-7, alinéa 1er du Code de commerce, sont appelés à la conclusion de l'accord amiable, les principaux créanciers du débiteur ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels. Pour attirer ces partenaires, le législateur « *manie la carotte et range le bâton* »[348]. En effet, à l'instar du sort réservé aux garants, il est venu renforcer la protection de ces autres créanciers pour les inciter davantage à apporter leur soutien et, de fait, à participer activement à la négociation de l'accord de conciliation **(2)**.

1. L'amélioration du sort des garants

41. La situation inégalitaire des garants sous l'empire de la loi de sauvegarde de 2005. Jusqu'alors, sur le fondement de l'ancien article L. 611-10, alinéa 3 du Code de commerce, le législateur limitait le bénéfice de la conciliation, et notamment des remises accordées dans l'accord de conciliation. En effet, seuls les coobligés, les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome pouvaient se prévaloir des dispositions de l'accord homologué[349]. La restriction n'était pas sans poser quelques difficultés pratiques en raison de l'évolution de la jurisprudence en matière de sûretés. Dans un arrêt d'une Chambre mixte en date du 2 décembre 2005, la Cour de cassation avait jugé qu'« *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui* » n'est « *pas dès lors un cautionnement* »[350]. Quels effets cette disparition du concept même de cautionnement réel résultant de cette jurisprudence avait-elle produit? Un débat doctrinal s'était alors ouvert sur le point de savoir si ce type de garantie pouvait bénéficier du régime protecteur des cautions existant en droit des entreprises en difficulté[351]. Sans trancher cette discussion, il convient de retenir que la

347 Ch. Léguevaques, « La loi de sauvegarde et les cautions : au bonheur des cautions ? », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 296. ; C. Houin-Bressand, « Cautions, garants et coobligés », *in Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse les 17 et 18 janvier 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, p. 112.

348 F. Macorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », *in La sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 352, spéc. p. 355.

349 Certains auteurs dénonçaient alors un « mélange des genres » entre ces catégories distinctes : O. Salvat, « La situation des garants », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 147, spéc. p. 148, Ch. Léguevaques, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 296, spéc. p. 298, H. Croze, « La loi de sauvegarde des entreprises (II) – Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation», *Procédures* 2005, n° 11, p. 6, spéc. p. 9.

350 Cass. ch. mixte., 2 déc. 2005, no 03-18.210, Juris-Data n° 2005-031111, *JCP G* 2005, II, 10183, note Ph. Simler; *JCP E* 2006, 1056, note S. Piédelièvre.

351 Pour une approche favorable à l'application de l'article L. 611-10 anc. du Code de commerce pour ces garants : v. Ph. Roussel Galle, « La procédure de sauvegarde. Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice ? », *JCP E* 2006, 2437, p. 1679, spéc. p. 1682. Pour cet auteur, le législateur de 2005 a souhaité viser le cautionnement réel (J.-J. Hyest, Rapp. Sénat, n° 335, t. 1, p. 271 ; Débat Sénat, Séance 30 juin 2005, JO déb. Sénat, 1er juill. p. 4840). De plus, selon une doctrine autorisée, le cautionnement réel est bien un cautionnement même s'il n'emporte aucun engagement personnel. Il conviendrait, dès lors, d'apporter une rectification à la formulation de la Cour de cassation (en ce sens : Ph. Simler, « Le cautionnement réel est réellement un cautionnement », *JCP G* 2001, I, p. 367). En d'autres termes,

protection était restreinte puisque les intéressés n'étant ni des coobligés, ni des cautions, ni des garants autonomes ne pouvaient bénéficier des dispositions de l'accord homologué[352].

Se posait également la question du sort des cautions, coobligés et des garants autonomes dans le cadre d'un accord constaté. À défaut d'homologation, le droit commun devait, semble-t-il, s'appliquer aux sûretés concernées[353]. Pourtant, il avait été admis en jurisprudence que les remises accordées à l'occasion d'un règlement amiable profitaient à la caution[354]. Autrement dit, l'accord constaté ne pouvait pas profiter aux garants autonomes[355].

La protection des garants en cas d'accord homologué peut, toutefois, apparaître comme une mesure affaiblissant le régime des sûretés[356], notamment en ce qu'elle est contraire à la volonté des parties en matière de cautionnement. Mais, en mettant à l'abri de toute poursuite les dirigeants-cautions, elle se justifie par le souci de les inciter à se diriger vers la voie contractuelle, sous le contrôle du juge. Elle permet plus généralement de renforcer l'efficacité de l'exécution de l'accord, lequel ne pourra pas faire l'objet d'un recours par un garant. C'est pourquoi le législateur est allé plus loin encore en alignant la situation des garants en cas d'accord constaté sur celle qui existe en cas d'accord homologué. De plus, toujours pour rendre la conciliation plus attractive, la protection touche désormais toutes les sûretés.

---

selon Monsieur Le Professeur Roussel Galle, la sûreté réelle, qu'elle soit ou non qualifiée de cautionnement, doit bénéficier des règles protectries du droit des entreprises en difficulté, conformément à l'esprit de la loi du 26 juillet 2005. En sens contraire : v. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 721-231, p. 2603. L'auteur considère, pour sa part, que « dès lors que l'opération ne peut s'analyser en un cautionnement, les règles spécifiquement posées pour les cautions doivent rester sans application ». Autrement dit, il déduit de cette jurisprudence qu'une telle garantie n'est pas visée par les dispositions du droit des entreprises en difficulté applicables au cautionnement.

352 P.-M. Le Corre, *op. cit.*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 144.132, p. 329.

353 C. Saint-Alary-Houin, « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169, spéc. p. 177.

354 Com. 5 mai 2004, n° 01-03.873, Bull. civ. 2004, IV, n° 84 ; *RTD civ.* 2004, p. 534, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2004, p. 590, obs. F. Macorig-Venier ; D. 2004, p. 1594, obs. A. Lienhard ; Act. Proc. Coll. 2004, n° 132, obs. J. Vallansan. Dans cette affaire, les juges du fond avaient relevé que le créancier était libre, dans le cadre du règlement amiable, de souscrire ou non à l'accord emportant restructuration de la dette. Dès lors, il ne pouvait, sans déséquilibrer gravement l'économie des relations contractuelles et sans s'affranchir de son obligation de se comporter en partenaire loyal, exiger de sa cocontractante, garante, qu'il a exclue de l'élaboration du plan, l'exécution de sa propre obligation. Ainsi, selon la Cour de cassation, la Cour d'appel a fait ressortir à bon droit que les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution.

355 C. Saint-Alary-Houin, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169 ; P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, n° 33, p. 2297.

356 Pour une vision globale de la réforme sur le droit des sûretés : v. P. Crocq, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés », *Dr. et patr.* janv. 2005, n° 133, p. 43. L'auteur met en avant l'idée que la réforme, bien que respectueuse dans l'ensemble des concepts fondamentaux du droit des sûretés, est moins favorable aux sûretés personnelles qu'aux garanties réelles.

42. Une évolution favorable vers une protection accrue des garants dans le cadre d'une conciliation. L'œuvre législative actuelle tend donc à favoriser le traitement négocié des difficultés des entreprises, le régime des sûretés en conciliation permet de s'en convaincre. À tel point qu'il a pu être constaté une certaine forme « d'instrumentalisation » des sûretés au service du redressement de l'entreprise[357]. En effet, les différentes réformes récentes en droit des entreprises en difficulté ainsi que l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, qui a réécrit le droit des sûretés, ont tenté un rééquilibrage entre deux intérêts contraires : le sauvetage de l'entreprise et l'efficacité des sûretés en faveur des créanciers[358]. Par exemple, l'atteinte aux droits des créanciers par la neutralisation des sûretés se justifie lorsqu'un sauvetage de l'entreprise est envisageable. L'équilibre recherché n'est cependant pas aisé tant il existe des disparités selon que le sauvetage de l'entreprise est possible ou non[359].

L'article 7 de l'ordonnance de 2008 a apporté deux modifications majeures du régime antérieur en étendant, d'une part, la liste des tiers-garants bénéficiaires de l'accord et d'autre part, en ne distinguant plus selon que l'accord est constaté ou homologué. Désormais, selon l'article L. 611-10-2, alinéa 1er du Code de commerce, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué. L'élargissement concerne donc à présent tous les tiers ayant conféré une sûreté personnelle et ceux ayant affecté ou cédé un bien en garantie[360]. Cet élargissement du domaine des garants pouvant bénéficier de l'accord de conciliation, qu'il soit constaté ou homologué, contribue à diminuer les risques de contournement du dispositif législatif des sûretés[361]. Aussi, l'identité de traitement des techniques de garantie permet d'éviter la concurrence entre elles[362]. Toutefois, seule une difficulté naît lorsque les garants ne sont pas

357 P. Crocq, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, n° 19, p. 1306.

358 F.-X. Lucas, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *in* Les réformes des sûretés et l'entreprise : développement du crédit et anticipation des difficultés (121e Congrès du Conseil national des greffiers), *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 60.

359 F.-X. Lucas, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 60.

360 On peut ainsi envisager l'hypothèse du nantissement, de l'hypothèque, du gage ou encore de la fiducie.

361 Le contournement, en pratique, peut être observé par le recours à d'autres formes de garantie, plus protectrices : P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, p. 75, spéc. p. 81 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1845 du 18 décembre 2008 », *JCP E* 2009, 1049, n° 3, p. 27, spéc. p. 29.

362 Ph. Roussel Galle, « La procédure de sauvegarde. Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice ? », *JCP E* 2006, 2437, p. 1679, spéc. p. 1682.

intervenus à l'accord constaté – et qu'ils ne sont pas les dirigeants de l'entreprise – s'agissant de leur information du bénéfice de l'accord alors que ce dernier est confidentiel[363].

De plus, à la différence de l'hypothèse d'un plan de sauvegarde, aucune distinction n'est faite entre les tiers garants personnes physiques ou morales[364]. L'ordonnance du 12 mars 2014 a poursuivi cette évolution favorable aux garants puisqu'ils bénéficient désormais des délais de grâce accordés par le juge au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 du Code de commerce[365].

En définitive, le tribut payé par les créanciers est certes lourd mais il peut aisément être attaché à la réussite de l'accord puisqu'« *à défaut, en effet, les tiers* [garants] *exerceraient leur recours contre le débiteur ayant conclu l'accord et risqueraient d'en compromettre l'exécution* »[366]. L'extension des effets de l'accord permet de rendre la procédure plus attractive. En effet, protégées, les personnes garantes seront moins réticentes à apporter leur aide au débiteur en difficulté. En outre, les dirigeants-cautions seront également moins frileux à demander l'ouverture d'une telle procédure.

Les autres créanciers du débiteur voient aussi leur situation s'améliorer afin de négocier activement avec le débiteur.

2. L'amélioration du sort des créanciers

Le Code de commerce comprend des mesures incitant les créanciers à participer aux négociations. Tel est notamment le cas de l'instauration du privilège de *new money* **(a)** et de la responsabilité limitée des créanciers **(b)**.

a) Le privilège de *new money*

43. L'incitation renforcée des créanciers à consentir des sacrifices pendant la conciliation. Dans le cadre d'une conciliation ayant donné lieu à un accord homologué, le privilège de conciliation, appelé également « privilège du *new money* », prévu à l'article L.611-11 du Code de

363 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 144.132, p. 329.

364 C. com., art. L. 626-11, al. 2. Pour une critique de cette différence de traitement : P. Crocq, « Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés », Dr. et patr. mars 2006, p. 90, spéc. p. 93.

365 C. com., art. L. 611-10-2, al. 1er.

366 F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *in* Réforme des procédures collectives : ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, p. 65, spéc. p. 67.

commerce, confère, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, une priorité de paiement aux créanciers ayant consenti un nouvel apport en trésorerie, de bien ou de service.

Cette disposition essentielle de la loi de sauvegarde de 2005 est l'une des expressions majeures de l'incitation des créanciers à consentir des efforts lors du règlement à l'amiable des difficultés d'une entreprise. Cette évolution marque un tournant incontestable par rapport à la législation antérieure, dans laquelle aucun avantage n'était octroyé aux créanciers qui consentaient de nouveaux concours dans le cadre du règlement amiable[367].

Ainsi, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, les créanciers qui consentent un nouvel apport en trésorerie, un nouveau bien ou service, en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité[368], sont payées par privilège avant toutes autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13 du Code de commerce. Autrement dit, la finalité du privilège est téléologique : il est nécessaire que l'apport assure la poursuite de l'activité et sa pérennité. Le privilège de conciliation encourage donc les créanciers à financer la restructuration de l'entreprise car ils ont la certitude d'être payés en priorité lors de l'ouverture d'une procédure collective ultérieure, s'il existe des actifs suffisants. Le rang des créanciers bénéficiant du privilège est extrêmement favorable, en cas d'ouverture d'une sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, ils seront payés après le superprivilège des salariés[369] et les frais de justice postérieurs à l'ouverture de la procédure pour les besoins de cette dernière.

Au fil des réformes, le législateur a renforcé les effets et amélioré l'efficacité du privilège afin d'inciter davantage les créanciers à consentir des sacrifices lors de la négociation de l'accord. Tout d'abord, l'ordonnance de 2008 a étendu le privilège de conciliation en supprimant la référence faite au paiement de ces créanciers par privilège « aux créances nées avant l'ouverture de conciliation »[370]. Cette disposition pouvait être interprétée comme faisant primer les créances nées après l'ouverture de la conciliation sur le privilège de conciliation. L'article L. 611-11 modifié du

367 Cependant, sous la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, il existait à l'article 40 (devenu l'article L. 622-27 du Code de commerce), un privilège pour certaines créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture.

368 Les apports consentis dans le cadre d'une augmentation de capital sont écartés par le texte pour éviter que les associés priment sur des créanciers. En revanche, ils peuvent effectuer des apports de trésorerie en compte-courant puisque dans une telle situation ils agissent comme des créanciers.

369 L'amélioration de la recherche de nouveaux financements ne doit en effet pas porter atteinte au privilège des créances salariales, et plus largement aux intérêts de l'AGS.

370 C. com., art. L. 611-11, anc.

Code de commerce prévoit désormais le paiement par privilège « *avant toutes les autres créances* »[371]. Le législateur a donc supprimé la maladresse textuelle, sujette à interprétation, tout en incitant dans le même temps les créanciers à soutenir le débiteur en leur assurant un paiement prioritaire[372].

Ensuite, l'ordonnance de 2014 a renforcé davantage le traitement de faveur fait aux apporteurs d'argent frais aux fins, toujours, d'améliorer l'efficacité de la procédure, en élargissant considérablement le domaine du privilège de *new money*. Il est étendu, d'une part, au règlement agricole, et bénéficie, d'autre part, aux créanciers ayant consenti un apport en trésorerie ou fourni un nouveau bien ou service à quel que stade que ce soit de la procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué. Cette faveur facilite le soutien rapide du débiteur avant même la conclusion définitive de l'accord. Le législateur apporte de la souplesse comparativement au régime antérieur. En effet, il n'est plus nécessaire que l'apport soit consenti uniquement dans l'accord homologué, mais il suffit qu'il le soit pendant la recherche de l'accord. Toutefois, il est surprenant que cette extension temporelle soit limitée au « cadre de la conciliation ». Le privilège gagnerait pourtant à être étendu aux apports consentis dans le cadre des négociations d'un mandat *ad hoc*. Une formulation telle que « dans le cadre des négociations pour parvenir à cet accord », similaire à celle prévue en matière de règlement amiable agricole, pourrait remplacer celle existante afin d'étendre le privilège au mandat *ad hoc*.

Enfin, l'incitation des créanciers à négocier se retrouve également dans le renforcement de l'efficacité du privilège en cas d'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire ultérieurs. À l'article L. 626-20, I, 3° du Code de commerce, l'ordonnance du 12 mars 2014 interdit désormais d'imposer des remises ou des délais aux créances garanties par le privilège d'argent frais sans l'acceptation de ces créanciers. Cette interdiction, qui concernait auparavant seulement les créances salariales superprivilégiées et privilégiées et les très petites créances, permet donc aux apporteurs d'argent frais d'être payés hors plan[373]. Partant, le privilège renforcé en cas de plan de sauvegarde ou de redressement incite les créanciers en conciliation à redoubler d'efforts lors des négociations.

371 Le Conseil constitutionnel a sur ce point écarté l'atteinte au principe d'égalité des créanciers : Cons. const. 22 juill. 2005, déc. n° 2005-522 DC.

372 C. Delattre, *«* Prévention : amélioration de la conciliation *»*, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, p. 37, spéc. p. 39.

373 Cette précision fait suite à un débat doctrinal sur la soumission au plan des créances garanties par le privilège : F. Pérochon et F.-X. Lucas, *«* Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? - Controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Pérochon *»*, *BJE* 01 sept. 2012, n° 5, p. 341.

Si la position privilégiée incitative de ces créanciers favorise la conclusion de l'accord de conciliation, il est permis de regretter qu'à certains égards, la publicité du jugement d'homologation dissuade certains débiteurs d'y recourir.

44. L'éventuel frein au bénéfice du privilège : la publicité du jugement d'homologation. La publicité du jugement d'homologation de l'accord[374] est la contrepartie nécessaire au privilège. L'avantage du privilège du *new money* peut comporter des risques d'abus de la part de certains partenaires du débiteur d'où la nécessité d'une publicité du jugement. La publicité permet ainsi d'apporter la sécurité attendue par les acteurs économiques[375]. Elle protège, entre autres, les tiers à l'accord de conciliation car il ne saurait y avoir de privilège occulte[376]. La publicité assure en effet l'opposabilité *erga omnes* du privilège de conciliation[377]. Les tiers sont ainsi informés de l'existence d'un tel privilège et peuvent agir en conséquence. Eux aussi pourront apporter eux aussi leur soutien à l'entreprise en difficulté ou, à l'inverse, exercer un recours en tierce opposition à l'encontre du jugement s'ils considèrent qu'une atteinte est portée à leurs intérêts[378]. En effet, les tiers à l'accord peuvent estimer que leurs intérêts sont lésés en raison du rang inférieur conféré à leur créance[379].

La publicité du seul jugement d'homologation semble suffisante pour protéger les intérêts des autres créanciers et des tiers à l'accord. Toutefois, certains prônent une transparence plus importante et souhaitent une publication obligatoire du privilège – et non pas uniquement du jugement d'homologation – au greffe du tribunal. Cela éviterait « *le parcours du combattant* »[380] des

374 C. com., art. R. 611-40. Monsieur le Professeur Lucas militait pour la soumission à la discipline collective des créances éligibles au privilège de la conciliation, en tant que créances « antérieures » et ne relevant, au-delà du privilège accordé, d'aucun dispositif de faveur. À l'inverse, Madame la Professeure Pérochon soutenait que la lettre des textes autorisait le paiement hors plan de l'apporteur d'argent frais. Selon l'auteur, une fois le plan adopté, il faut suivre l'ordre de l'article L. 611-11 du Code de commerce, à savoir l'apporteur d'argent frais doit être payé, après les superprivilégiés, et avant les créances postérieures qui n'auraient pas été payées à l'échéance. De plus, ce paiement hors plan apparaissait indispensable à la cohérence des textes. En effet, la loi de sauvegarde favorise le traitement amiable des difficultés, passant, notamment, par la voie de l'homologation. Il était donc essentiel pour Madame Pérochon que « la sécurité juridique des parties soit assurée et que la promesse de l'article L. 611-11 ne soit pas bafouée ».

375 P.-M. Le Corre, « Du privilège occulte de la conciliation », *Gaz. Pal. éd. spéc. Dr. entr. en diff.*, 13 oct. 2012, n° 286, p. 3.

376 Y. Chaput, « Quelques clés réglementaires du Code de sauvegarde. A propos du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 », *JCP G* 2006, I, 130, n° 15, p. 723.

377 F. Vinckel, « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques », LPA 12 juin 2006, n°116, p. 7.

378 C.com., art. L. 611-10, al. 2.

379 P. Sardet et J.-P. Beauchamp, « Réforme des faillites ou le privilège de la ré-Conciliation… », *Rev. proc. coll.* 2004, n°1, p. 25.

380 P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 144.571, p. 352 ; du même auteur, « De quelques difficultés intéressant le privilège de la conciliation », *in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre

créanciers pour obtenir des informations afin qu'ils consentent à fournir des efforts en toute connaissance de cause. Cette proposition permet, certes, d'assurer la sécurité et la transparence attendues, mais elle est peu protectrice des débiteurs. La publicité faite est bien suffisante : le jugement d'homologation est déposé au greffe du tribunal où tout intéressé peut en prendre connaissance, et un avis doit être inséré au BODACC[381] ainsi que dans un journal d'annonces légales[382]. Si le contenu de l'accord de conciliation n'est pas repris dans le jugement, il mentionne néanmoins les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution, ainsi que les montants garantis par le privilège de conciliation[383]. Si la publicité se justifie aisément au regard de la sécurité qu'elle confère, d'autres dénoncent le fait qu'elle a dans le même temps un caractère dissuasif[384]. Par crainte de voir leurs difficultés dévoilées au grand jour, certains débiteurs sont tentés de demander aux apporteurs d'argent frais de renoncer à la possibilité d'obtenir leur privilège[385]. C'est d'ailleurs en raison de sa confidentialité que les premiers chiffres, après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, ont révélé la préférence pour l'accord constaté par rapport à l'accord homologué[386]. Ces chiffres[387] ont pu faire dire à certains praticiens que « *face à une telle désaffection, il est malheureusement permis de parler d'un véritable échec du privilège de new money* »[388]. Cette affirmation est toutefois sévère au vu du succès actuel de l'homologation dans certains tribunaux de commerce[389].

Les conséquences préjudiciables de la publicité du jugement d'homologation pour l'entreprise avaient d'ores et déjà été soulevées lors des débats parlementaires sur la loi de sauvegarde. Mais ce sont les impératifs de transparence et de sécurisation de l'accord qui ont fini

---

2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 102, spéc. p. 103. Pour l'auteur, il est contraire à la sécurité et à la transparence des affaires qu'un établissement de crédit prête à un débiteur sans savoir, au moment de l'octroi du crédit, qu'il est déjà primé par le privilège de la conciliation.

381 Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.

382 C. com., art. L. 611-10 et R. 611-43.

383 C. com., art. R. 611-40, al. 2.

384 N. Laurent et O. Assant, *«* Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 *»*, *JCP G* 2008, n° 26, p. 25.

385 Dans une interview donnée dans le journal Les Echos, Monsieur Christian Vigot, responsable des affaires spéciales à la Société Générale, énonce : *«* afin d'éviter cette publicité, certaines parties nous invitent à renoncer au privilège. Après avoir donné à l'entreprise les moyens financiers de se pérenniser, cela ne nous semble pas acceptable *»* : *Les Echos*, *«* Les banques "judiciaires" concurrencées par les banques commerciales *»*, 31 mars 2008, p. 34.

386 Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, juill. 2007, p. 10.

387 Les demandes d'homologation étaient de l'ordre d'environ 20 % des accords signés jusqu'à l'ordonnance du 18 décembre 2008 : C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 388, p. 222.

388 N. Laurent et O. Assant, *«* Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 *»*, *JCP G* 25 juin 2008, n° 26, p. 25, spéc. p. 26.

389 C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 388, p. 222.

par primer[390]. Dès lors, dans le but de remédier aux craintes liées à la publicité, il a pu être envisagé de supprimer l'obligation d'obtenir l'homologation de l'accord pour bénéficier du privilège[391]. À ce titre, l'accord seulement constaté, non soumis à publication, serait suffisant. Cette proposition n'est cependant pas sans inconvénients puisqu'elle se heurte aux précautions liées au caractère confidentiel de l'accord constaté[392]. Ainsi, le juge ne sera pas tenu d'effectuer des vérifications sur l'accord, ce qui pourrait tenter certains créanciers à tirer des avantages disproportionnés. De même, en l'absence d'autorité de la chose jugée, sa décision ne fera plus obstacle à la fixation de la cessation des paiements à une date antérieure, mettant à mal la sécurité juridique puisque l'accord pourra être remis en cause en cas d'état de cessation des paiements préexistant[393]. Une telle voie consistant à rendre occulte le privilège ne semble donc pas envisageable.

Une seconde proposition a consisté à réduire les mesures de publicités existantes[394]. En ce sens, la publicité du jugement d'homologation se limiterait au strict nécessaire, à savoir à la consultation par toute personne au greffe d'une copie du jugement[395]. Si une telle proposition peut être justifiée du point de vue de la protection du débiteur. De plus, nombreux privilèges, comme les frais de justice ou les salaires, ne font pas l'objet de mesures de publicités particulières. Cela étant, cette limitation du champ de la publicité à la simple consultation au greffe du jugement de conciliation est préjudiciable pour les créanciers non-signataires de l'accord s'estimant lésés. En effet, en raison de l'absence de publication du jugement au BODACC ou dans un journal d'annonces légales, les tiers à la conciliation méconnaissent, de fait, la date du prononcé dudit jugement ou celle de son dépôt au greffe, à partir desquelles ils peuvent former tierce-opposition. Là encore, aux fins notamment de protéger les intérêts des tiers à l'accord de conciliation, la mise en œuvre de la proposition consistant à réduire considérablement les publicités actuelles n'apparaît pas souhaitable.

---

390 Monsieur le député Jérôme Chartier affirmait néanmoins que « la sécurisation des accords est un objectif légitime de la réforme, bien qu'en pratique peu d'accords, conclus dans le cadre de procédures amiables, ont été remis en cause. Le plus souvent la remise en cause était liée à d'autres éléments litigieux » : J. Chartier, Avis AN, n° 2099, 15 fév. 2005.

391 N. Laurent et O. Assant, « Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. – La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ? », JCP G 2008, n° 26, p. 25, spéc. p. 27.

392 X. de Roux, Rapp. AN, n° 3651, 31 janv. 2007.

393 N. Laurent et O. Assant, « Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. – La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ? », *JCP G* 2008, n° 26, p. 25, spéc. p. 27.

394 *Ibid.*

395 *Ibid.*

En définitive, malgré l'atteinte portée à la confidentialité de la conciliation par la publicité indirecte du privilège, il ne semble pas opportun de la supprimer ou de la réduire drastiquement. En revanche, une extension du champ d'application du privilège peut être envisagée afin d'inciter les créanciers à prendre davantage de risques.

45. Le renouveau attendu du privilège de *new money*. Le privilège de *new money* constitue une incitation certaine à la participation active des créanciers aux négociations[396]. Toutefois, il mériterait quelques améliorations. Une question de *lege feranda* se pose, en effet, sur l'extension du domaine du privilège. Son champ d'application est actuellement limité aux apports en trésorerie et aux nouveaux biens et services. Or, il pourrait être envisagé que le privilège concerne également l'octroi significatif de délais et remises[397]. En effet, on ne voit pas les raisons qui justifieraient l'exclusion des créanciers méritants qui ont accepté d'accorder un long délai[398] ou une remise conséquente. À ce titre, le privilège ne porterait que sur une fraction de l'étalement de la dette. Ce serait alors le signe d'un geste positif en direction des créanciers pour qu'ils participent activement aux négociations en consentant des efforts certains.

Dans le même ordre d'idées, le privilège pourrait aussi être étendu lorsque l'entreprise est convalescente, c'est-à-dire après la fin de la procédure[399]. L'idée de réinjecter de l'argent à ce stade est essentielle car les entreprises bénéficiant d'un accord de conciliation, d'un plan de sauvegarde ou de continuation, ne retrouvent pas souvent du crédit auprès de leurs partenaires. Afin d'assurer l'efficacité des accords, le renforcement du dispositif du privilège de *new money* permettrait aux entreprises de bénéficier à nouveau de financements après la validation des accords. À cet égard, il conviendrait de doter ce « *privilège de new money post-procédure* »[400] d'un cadre juridique avec des conditions précises.

---

396 Pour une approche nuancée : D. Voinot, « L'efficacité incertaine du privilège de conciliation », *Revue Banque* 01 avril 2012, n° 747, p. 32.

397 P.-M. Le Corre, *«* De quelques difficultés intéressant le privilège de la conciliation *», in* L*a prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n°1, p. 102, spéc. p. 103.

398 P.-M. Le Corre, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n°1, p. 102, spéc. p. 103. : un délai de cinq ans peut, par exemple, représenter un délai significatif.

399 G. Teboul, *«* Le droit des entreprises en difficulté en réforme permanente : quelques pistes pour renforcer la prévention et la sauvegarde *»*, *Gaz. Pal.* 29 oct. 2015, n° 302, p. 4.

400 *Ibid.* : *«* Nous avons vu cela avec la crise bancaire à une époque où certains établissements de crédit ne semblaient pas mériter une telle mansuétude. Pourquoi ne pas procéder de cette manière avec des entreprises méritantes, afin de protéger notre tissu économique et en prévoyant les conditions dans lesquelles ce financement, après homologation des plans, pourrait intervenir. À quand le privilège de new money post-procédure ? *»*. L'auteur va plus loin en proposant l'institution d'un privilège en matière de plan de redressement, pour tout apport en trésorerie conseti dans les deux ans

En définitive, le législateur pourrait renforcer le régime du privilège en étendant son champ d'application aux délais et remises conséquents, voire à des nouveaux apports postérieurement à la conclusion de l'accord. Ainsi, l'article L. 611-11 du Code de commerce pourrait être réécrit comme suit : « En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, **dans le cadre de négociations** [nous surlignons] ayant donné lieu à l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur, un nouveau bien ou service, **des délais ou remises** [nous surlignons], en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances […].

Les personnes qui fournissent, dans le cadre de l'exécution de l'accord, un nouvel apport en trésorerie au débiteur, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège [nous surlignons] ».

Quoi qu'il en soit, les récentes réformes ont développé de nombreuses mesures de nature à favoriser la conclusion d'un accord de conciliation, en incitant les partenaires du débiteur à négocier. Si l'ordonnance de 2014 n'est, quant à elle, pas revenue sur la rédaction de l'article L. 650-1 du Code de commerce prévoyant l'irresponsabilité des créanciers à raison des concours apportés au débiteur et restant limitée aux procédures judiciaires, il n'en demeure pas moins qu'en pratique les créanciers participants à la conciliation voient rarement leur responsabilité engagée.

b) La responsabilité limitée des créanciers

46. Le principe de non-responsabilité des créanciers pour soutien abusif limité par les textes aux procédures collectives. Le principe de non-responsabilité des créanciers n'est pas applicable en conciliation. Or une telle faveur à l'égard des créanciers aurait pu les inciter à jouer le jeu des négociations en conciliation. Mais cette exclusion est relativement récente, le principe ayant connu au fil des réformes des retouches diverses.

Antérieurement à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, certains partenaires du débiteur en difficulté se trouvaient dans une position inconfortable du fait de la menace de responsabilité qui pesait sur eux pour soutien abusif. Ils se trouvaient en effet dans une situation paradoxale car, par crainte que leur responsabilité soit engagée, ils hésitaient entre le maintien ou la rupture des relations avec leur client. Il y avait là une insécurité juridique doublée d'une insécurité

---

de l'arrêté du plan : du même auteur, « Recommandations pour un meilleur traitement des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 16 mai 2017, n° 19, p. 17.

économique[401]. Partant, afin de mettre en adéquation la règle juridique avec l'objectif de sauvegarde[402], le législateur de 2005 a introduit à l'article L. 650-1 du Code de commerce un principe général de non-responsabilité des créanciers du fait de leurs concours. Le principe est accompagné d'exceptions : les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.

Initialement, le champ d'application de l'irresponsabilité des créanciers du fait des concours consentis était réservé à la conciliation par le projet de loi de sauvegarde des entreprises[403]. Cependant, fut retenue une application plus générale de la mesure étant donné l'emplacement de l'article L. 650-1 du Code de commerce dans un titre V du Livre VI intitulé « *des responsabilités et sanctions* »[404]. Étendue à toutes les procédures, cette disposition a cependant été décriée, par certains, car elle apparaissait contraire à la norme constitutionnelle et au droit européen[405]. En effet, la privation du droit à réparation d'un préjudice pouvait être vue comme une atteinte à l'égalité ou à la liberté[406]. De même, le principe de non-responsabilité des créanciers pouvait se heurter au droit à un procès équitable[407] et à l'octroi d'un recours effectif[408], et au fait que toute personne ait droit au respect de ses biens[409]. Pourtant, le Conseil constitutionnel n'a pas considéré cette règle comme contraire au principe de responsabilité, d'une part, en raison de l'existence du droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, et d'autre part, car elle est de « *nature à lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté* »[410].

L'évolution ultérieure du texte ne suscite néanmoins pas l'approbation puisque l'ordonnance de décembre 2008 le circonscrit aux cas d'ouverture d'une procédure collective.

---

401 D. Voinot, *Procédures collectives*, LGDJ Lextenso éditions, 2e éd., 2013, n° 79, p. 38.

402 *Ibid.*

403 Texte n° 392, adopté par l'Assemblée nationale le 9 mars 2005, en première lecture, après déclaration d'urgence; en discussion au Sénat à partir du 31 mai 2005. Avis Sénat, n° 355, au nom de la Commission des Finances sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, Ph. Marini, 26 mai 2005, spéc. p. 82. Il est précisé, dans cet avis, les raisons de l'extension du champ d'application de la disposition (art. 142 bis).

404 F. Macorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 352, spéc. p. 356.

405 R. Routier, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, n° 22, p. 1478.

406 J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 23e éd., 1995, spéc. n° 124. Le doyen Carbonnier considère qu'il puisse y avoir « quelque chose de constitutionnel dans l'article 1382 [du Code civil] ».

407 CESDH., art. 6.

408 CESDH., art. 13.

409 Premier protocole, art. 1er.

410 Cons. const. 22 juill. 2005, déc. n° 2005-522 DC, Loi de sauvegarde des entreprises : JO 27 juill. 2005, p. 12225.

L'alinéa 1er de l'article L. 650-1 du Code de commerce énonce en ce sens : « *lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». Si la modification opérée par le législateur de 2008 a le mérite de la clarté[411], elle semble contraire à l'idée initiale. Si l'on se réfère aux travaux préparatoires de la loi de sauvegarde, l'irresponsabilité du créancier avait été imaginée pour le cas de l'accord de conciliation homologué. On avait ainsi pu faire entrer la conciliation dans le champ d'application de l'article L. 650-1[412]. Cette restriction du principe d'irresponsabilité des créanciers s'explique, certainement, par la volonté du législateur de soumettre cette procédure consensuelle au seul droit commun[413]. Un auteur dénonce assez fortement cette retouche comme pouvant être « *la ruine de la conciliation* »[414]. Sans aller si loin, ce pas en arrière du législateur ne semble pas opportun, car l'impunité du créancier est un avantage qui aurait pu inciter les partenaires à la conciliation. Il conviendrait donc de faire entrer à nouveau la conciliation dans le champ d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce, et ce bien que la responsabilité des créanciers apparaisse limitée en pratique.

47. Une responsabilité limitée en pratique. La limitation de ce principe aux procédures judiciaires n'emporte néanmoins pas de conséquences considérables sur le recours à la conciliation car le risque couru par les créanciers ayant participé à la conciliation reste limité. En effet, ils seront protégés dans l'hypothèse d'une ouverture ultérieure d'une procédure collective dans les limites du texte. Il reste que la responsabilité ordinaire pour soutien abusif jouera en conciliation pour les

411 En revanche, un doute subsiste quant au terme « concours consentis », qui peut se comprendre comme une limitation du champ d'application de l'article aux apports financiers (en ce sens : A. Lienhard, *Procédures collectives 2019-2020*, Delmas, 8e éd., 2018, n° 141.11, p. 506). L'avis majoritaire de la doctrine défend, à l'inverse, une conception large des « concours » (extension faite aux délais de paiement, crédits et avances ainsi qu'aux concours réalisés avant l'ouverture de la procédure), pour inciter davantage les partenaires à négocier : D. Legeais, « Les concours consentis à une entreprise en difficulté (C. com., art. L. 650-1) », *JCP E* 2005, n° 1510, p. 1747. ; D. Robine, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un "cadeau" empoisonné ? », *D.* 2006, n° 1, p. 69, spéc. p. 71 ; J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, n° 25, p. 1743, spéc. p. 1746. La Cour de casation a pu également juger que les termes « concours consentis » ne limitaient pas l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce aux seuls établissements de crédit et que « les délais de paiement accordés par un contractant au débiteur constituaient des concours au sens de ce texte […] » : Com. 16 oct. 2012, n° 11-22993 ; BJE 01 nov. 2012, n° 06, p. 379, obs. L. Le Mesle ; *Gaz. Pal.* 19 janv. 2013, n° 19, p. 404, obs. R. Routier ; *D.* 2012, p. 2513, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2012, p. 1735, note D. Legeais. Pour un exemple de condamnation en cas d'octroi abusif de délais (condamnation de l'Urssaf pour avoir accordé des délais de paiement de cotisations sociales à un de ses ressortissants dont elle savait ou aurait dû savoir la situation irrémédiablement compromise : Com. 10 déc. 2003, MSA c/ Brenac et Sté Tarasconaise de reboisement, arrêt n° 1807 F-P P+B+R+I ; *RTD com* 2004, p. 139, obs. M. Cabrillac et D. Legeais. ; *D.* 2004, note X. Delpech, p. 136.

412 P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7e éd., 2006, spéc. n° 633.

413 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 366, p. 210.

414 R. Routier, « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 10 mars 2009, n° 69, p. 53, spéc. p. 54.

concours consentis au cours de la procédure ou en amont, dans le cadre d'un mandat *ad hoc* par exemple. Toutefois, l'engagement de la responsabilité pour soutien abusif sera semble-t-il exceptionnel en raison de la surveillance opérée par le mandataire *ad hoc* et le conciliateur sur les opérations[415]. Une modification textuelle permettrait en tout état de cause de sécuriser les fournisseurs de crédit.

Conclusion de la section. La négociation est au cœur de la procédure de conciliation. Les réformes législatives récentes renforcent cette faveur faite au traitement négocié en conférant au débiteur et à ses créanciers une importante liberté de négocier. Aux fins de succès de la négociation pour parvenir à un accord unanime, le législateur renforce la confidentialité de la procédure et limite sa durée. Dans la même logique, les mesures incitant à participer à l'accord sont nombreuses. Ainsi, on constate que le débiteur et les créanciers en conciliation sont « maîtres » du destin de l'entreprise avec le moins de risques possibles. L'idée sous-jacente est celle de mieux traiter le débiteur et ses créanciers qui anticipent et négocient. Toutefois, la souplesse de la procédure pour parvenir à un accord et les avantages conférés aux parties ne sont-ils pas rendus possibles par un renforcement du contrôle de la négociation ? Les frontières apparaissent alors véritablement poreuses entre les procédures amiables et les procédures collectives.

Section 2. Le renforcement des contrôles de la conciliation

Dans un contexte moins interventionniste, le législateur a, au fil de ses réformes, privilégié les solutions négociées par rapport aux mesures judiciaires. Toutefois, l'essor du traitement négocié avec l'attractivité renforcée de la conciliation ne doit pas méconnaître la sécurité attendue. Ainsi, le renforcement du caractère contractuel de la conciliation s'est accompagné corrélativement d'une sécurisation accrue du déroulement et de l'issue des négociations. D'une certaine façon, l'adaptabilité de l'accord de conciliation et le rôle important joué par les parties ont été rendus possibles par la contrepartie caractérisée par le contrôle mis en place. Plus encore, le succès de la conciliation réside principalement dans le cadre mis en place pour favoriser l'accord et le rendre plus efficace.

L'encadrement judiciaire plus marqué se manifeste à deux niveaux : au cours des négociations **(§ 1**) et à la fin des négociations (**§ 2**).

415 M.-H. Monsèrié-Bon, *Entreprises en difficulté : détection des difficulté*, Encyclopédie Dalloz, Rép. com., v. *Mandat ad hoc* et *conciliation*, n° 88.

§ 1. L'encadrement judiciaire renforcé en amont de l'accord

Le cadre législatif de la conciliation comporte de nombreuses mesures visant à favoriser la conclusion de l'accord. Le juge réapparaît donc, dans un certain nombre d'hypothèses, pendant les négociations. Par exemple, si le principe, en conciliation, est celui des délais librement consentis par les créanciers, il est toutefois atténué par certains garde-fous judiciaires afin de permettre le succès de la négociation. Tel est notamment le cas des délais de paiement octroyés par le juge - également appelés « délais de grâce » - dont le régime a été progressivement renforcé. Cette faculté d'accorder des délais de grâce permet de paralyser les poursuites d'un créancier et, partant, de l'empêcher de faire obstacle à la conclusion de l'accord (**A**). La maîtrise des négociations n'est donc pas totalement laissée entre les mains des parties, débiteur et créanciers, afin notamment d'éviter les blocages. L'intervention judiciaire est également de mise pour contrôler d'éventuels abus. À cet effet, le ministère public intervient lui aussi pour protéger ce traitement négocié. Si son rôle n'est pas déterminant car une intervention trop marquée de sa part dissuaderait le recours à la conciliation, ses prérogatives ont tout de même été renforcées au fil des réformes (**B**).

A. L'octroi judiciaire des délais de grâce

Moins contraignante que l'ancienne suspension des poursuites, la mise en oeuvre des délais de paiement connaît des conditions d'application plus souples qu'auparavant. Les délais de paiement sont donc plus largement octroyés, facilitant le succès des négociations **(1)**. Il demeure cependant quelques imprécisions textuelles qui mériteraient d'être éclaircies **(2)**.

1. La mise en œuvre des délais de grâce

La faculté d'octroyer des délais de paiement permet donc au juge d'imposer une certaine discipline collective aux créanciers refusant d'entrer dans les négociations ou de participer à l'accord de conciliation. Lors des dernières réformes, cette possibilité a été ouverte à un plus grand nombre de cas, ce qui traduit la volonté du législateur de faciliter davantage la mise en œuvre de ces délais de paiement **(a)**. Un tel pouvoir conféré au juge pendant les négociations est toutefois encadré, les délais étant notamment limités quant à leur durée **(b)**.

a) Une mise en œuvre facilitée

48. Le champ d'application des délais de grâce et du contrôle du juge. L'une des règles de la conciliation, qui la distingue des procédures collectives *stricto sensu*, est celle de l'absence d'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution. Cependant, afin de permettre un temps de répit au débiteur et d'éviter que les poursuites d'un créancier ne compromettent les négociations,

l'article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce énonce : « *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 de l'article 1343-5 du code civil* ». Cette application des dispositions du Code civil, plusieurs fois remaniées[416], traduit une considération pour le débiteur en difficulté[417] en ce qu'elle permet de reporter ou d'échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. Énoncé en des termes généraux, l'article 1343-5 du Code civil offre ainsi la possibilité à n'importe quel débiteur de demander à un juge l'octroi de délais de grâce. Dans le cadre d'une conciliation[418], en cas d'échec de la négociation entre le débiteur et son créancier récalcitrant, le juge usera de son pouvoir coercitif en lui imposant des délais. C'est en ce sens que le rôle de persuasion du juge, très présent au début de la chaîne, cèdera le pas à celui de la coercition[419].

Cette faveur faite au débiteur n'est cependant pas sans gardes-fous. D'une part, le juge doit prendre en considération la situation du débiteur. Ainsi, un débiteur qui ne rapporte pas la preuve de ses difficultés financières ne peut obtenir des délais de paiement[420]. Le juge prend également en compte les besoins du créancier[421]. Autrement dit, malgré le silence des textes sur ce point, le juge, dans les faits, semble rechercher un équilibre raisonnable entre les différents intérêts en présence[422].

416 Les délais de grâce ont notamment été encadrés par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ils étaient régis par les articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

417 L'application de ces délais a une portée importante puisque les garants du débiteur peuvent désormais bénéficier des délais de grâce octroyés : C. com., art. L. 611-10-2. Auparavant, ils ne pouvaient bénéficier que des dispositions de l'accord constaté ou homologué.

418 Dans le cadre de la conciliation, le débiteur doit assigner le créancier poursuivant ou l'ayant mis en demeure devant le président du tribunal qui a ouvert la procédure de conciliation. Le président statue en la forme des référés après avoir recueilli les observations du conciliateur, ou le cas échéant, du mandataire à l'exécution de l'accord. Sa décision est communiquée à la juridiction saisie de la poursuite et notifiée au débiteur, au créancier, au conciliateur et, le cas échéant, au commissaire à l'exécution de l'accord (C. com., art. R. 611-35).

419 J.-B. Drummen, « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 84.

420 En ce sens : CA Aix-en-Provence, 26 fév. 2015, 14/05046, JurisData n° 2015-005642, *JCP E* 2015, n° 16, Actu. 326. Selon les juges du fond, dans cette affaire, le débiteur qui ne justifie aucunement de sa situation comptable actuelle ni des difficultés financières alléguées, ne pourra bénéficier de délais de paiement.

421 Pour un exemple jurisprudentiel classique en dehors du droit des entreprises en difficulté : Civ. 3ème. 20 fév. 1973, n° 72-10629. Pour la Cour de cassation, la Cour d'appel a exercé son pouvoir souverain d'appréciation en relevant notamment « qu'un délai de grâce ne pourrait que mettre en péril les intérêts du créancier sans profit aucun pour les débiteurs ».

422 A. Sériaux, « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD civ.* 1993, n° 4, p. 789, spéc. p. 796.

D'autre part, le champ d'application de l'octroi des délais de grâce est limité. Il est par exemple expressément prohibé d'accorder de tels délais s'agissant de créances alimentaires[423] ou salariales[424].

49. Une application des délais de grâce renforcée au fil des réformes. De nombreuses mesures ont été mises en œuvre par le législateur au cours des différentes réformes afin d'éviter les obstacles à la conclusion de l'accord de conciliation à l'image des poursuites intempestives de certains créanciers. Par exemple, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 a donné la possibilité au débiteur de demander des délais de grâce sans attendre les poursuites du créancier, c'est-à-dire dès qu'il est mis en demeure[425]. Cela permet donc un déclenchement de la saisine du président du tribunal plus en amont qu'auparavant.

La réécriture de l'article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce par l'ordonnance de 2014 permet également d'éviter les incertitudes : les délais de grâce s'appliquent y compris si la mise en demeure ou la poursuite du créancier intervient avant l'ouverture de la conciliation[426]. Cette difficulté existait depuis longtemps en jurisprudence. L'objet de la discussion portait sur la possibilité de demander des délais de grâce en cas de poursuites engagées antérieurement à la décision d'ouverture de la procédure. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 19 octobre 2006[427] l'a admis. En l'espèce, un établissement bancaire assigna en référé le débiteur en paiement des sommes dues après la requête aux fins d'ouverture d'une procédure de conciliation, mais avant que l'ordonnance ouvrant cette dernière ne soit rendue. La Cour d'appel approuva l'argumentation de la société débitrice en énonçant que le fait que les poursuites aient été introduites « *antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de conciliation […] est sans influence sur le droit de la SARL […] de bénéficier du sursis de l'article D28* ».[428] Cette décision était conforme à l'esprit de la loi, car l'article L.

423 C. civ., art. 1343-5, al. 6 (C. civ., art. 1244-1, al. 4, anc.). La jurisprudence a interdit l'octroi de délai de grâce en matière de prestation compensatoire en raison de son caractère mixte, à la fois alimentaire et indemnitaire : Civ. 1ère, 29 juin 2011, n° 10-16.096, *RLDC* oct. 2011, n° 86, p. 44, note E. Pouliquen.

424 Aucun délai de grâce ne peut être accordé au titre des créances salariales alors qu'il en est autrement concernant les créances indemnitaires : ex. : Soc. 18 nov. 1992, Bull. Civ. V, n° 555, *RTD civ.* 1993, p. 611, obs. P.-Y. Gautier.

425 Ord. 2008-1345 du 18 décembre 2008, art. 4.

426 L'ancien article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce prévoyait que « si, au cours de la procédure, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier », le juge pouvait octroyer des délais de grâce. La nouvelle rédaction de l'article est : « Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier » peut demander au juge l'octroi de tels délais.

427 CA Versailles, 13e ch., 19 oct. 2006, 13e ch., RG n° 06/01788, *Robodistribution c/ Fortis Banque France*.

428 L'article 28 du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (D28) est relatif au sursis à statuer de la juridiction saisie d'une poursuite d'un créancier dès lors que le débiteur assigne le créancier poursuivant devant le président du tribunal qui a ouvert la procédure de conciliation aux fins d'obtenir des délais de paiement.

611-7, alinéa 5 du Code de commerce n'imposait pas une exigence de poursuites postérieures à l'ouverture de la conciliation[429]. Une solution contraire a néanmoins été retenue par une autre Cour d'appel, deux années plus tard. En effet, la Cour d'appel de Pau, le 17 janvier 2008[430], a fait une interprétation littérale de l'article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce en considérant que « *sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens invoqués, le président du tribunal n'était pas fondé à faire application de cette disposition (avant-dernier alinéa de l'art. L. 611-7 c. com.), alors que la poursuite introduite par M. M... […] était antérieure à sa saisine et à l'ouverture de la procédure de conciliation* ». Dans cette affaire, les faits étaient différents car le juge n'avait pas été saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure de conciliation lorsque le créancier assigna en paiement l'entreprise en difficulté. Toutefois, une telle décision rendait la procédure amiable peu utile en raison de l'affaiblissement du débiteur engendré par la poursuite du créancier[431].

Au vu de ces divergences jurisprudentielles, il était opportun que le législateur clarifie le texte. Depuis l'ordonnance de 2014, l'octroi de délais suspend les instances en cours mais, aussi les procédures d'exécution engagées par les créanciers antérieurement à la conciliation[432]. Cette faculté, donnée au juge en cas de poursuites antérieures, ou à l'ouverture d'une conciliation, permet une fois encore d'atteindre l'objectif de sauvetage de l'entreprise en difficulté face à des créanciers récalcitrants aux négociations.

Enfin, une nouvelle disposition, l'article L. 611-10-1, alinéa 2 du Code de commerce, prévoit la possibilité de faire application des délais de grâce durant l'exécution de l'accord pour le paiement de créances qui n'ont pas fait l'objet de l'accord[433]. Cette innovation permet dès lors d'inciter les créanciers invités à participer à la conciliation à consentir des efforts, au risque de se voir imposer des délais par la suite.

---

429 F. Macorig-Venier, « Procédure de conciliation. « Suspension des poursuites ». Les articles L. 611-7 et R. 611-35 du code de commerce s'appliquent même à des poursuites entamées avant l'ouverture de la procédure », *RTD com.* 2007, p. 830, spéc. p. 832, note ss. CA. Versailles, 19 oct. 2006, n° 06/01788, préc.

430 CA Pau, 17 janv. 2008, 2e ch., Juris-Data, n° 2008-359902, Mathieu c/ SAOS Stade Montois Rugby professionnel, *JCP E* 2008, p. 2024, obs. Ch. Delattre ; *RTD com.* 2008, p. 848, obs. F. Macorig-Venier.

431 En ce sens également : F. Macorig-Venier, « Procédure de conciliation. « Suspension des poursuites ». Les articles L. 611-7 et R. 611-35 du code de commerce ne s'appliquent pas à des poursuites engagées avant l'ouverture de la procédure », *RTD com.* 2008, n° 4, p. 848, spéc. p. 849, note ss. CA. Pau, 17 janv. 2008, 2e ch., Juris-Data, n° 2008-359902, *Mathieu c/ SAOS Stade Montois Rugby professionnel.*

432 Pour une illustration de l'application de l'article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce lorsque des poursuites ont été engagées avant l'ouverture de la conciliation : CA Aix-en-Provence, 26 fév. 2015, préc.

433 Pour plus de développements : v. *Infra* n° 64 et s.

Sans comparaison avec l'ancienne suspension judiciaire des poursuites, fortement contraignante, les récentes réformes ont tout de même considérablement renforcé le rôle du juge dans un processus pourtant amiable, et ce afin de sécuriser et de faciliter le déroulement des négociations. En revanche, elles n'ont pas répondu aux souhaits de certains praticiens d'aller encore plus loin.

b) Une mise en œuvre encadrée

50. Des délais de paiement judiciaires peu octroyés en pratique. Le renforcement des prérogatives du juge dans la procédure amiable peut inquiéter. Pour certains, ces délais ne devraient pas être « *le complément judiciaire d'un accord insuffisant* »[434], car le fait « *d'introduire la contrainte judicaire dans une procédure amiable entraînerait une regrettable confusion des genres* »[435]. En effet, bien qu'une intervention du juge sécurise la phase des négociations, il ne faudrait pas s'écarter excessivement de son caractère contractuel d'origine. Il ne faudrait pas non plus s'éloigner de l'objectif unique de l'application des délais de grâce en conciliation destiné à faciliter la conclusion d'un accord.

La pratique atténue néanmoins ces réserves. D'une part, l'octroi de délais de grâce n'est pas si fréquent au regard du faible nombre de demandes d'octroi de délais[436]. Concrètement, les créanciers appelés à la table des négociations jouent majoritairement le jeu[437]. D'autre part, les délais de grâce ne sont pas uniquement imposés par le juge mais ils peuvent être également négociés. Il est en effet intéressant d'observer, en pratique, que le conciliateur négocie fréquemment de tels délais avec les créanciers récalcitrants. Ainsi, à Paris, de nombreux cas se concluent par une ordonnance prenant acte d'un accord relatif à l'obtention de délais de paiement accordés par des créanciers qui ne participent pas aux négociations[438].

Certaines propositions ont néanmoins été émises en faveur d'un assouplissement des conditions d'octroi de tels délais.

51. La durée des délais de grâce inchangée. Le juge peut reporter ou échelonner le paiement dans la limite de deux années. Or, certains appellent depuis longtemps de leurs vœux une

434 Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1845 du 18 décembre 2008 », *JCP E* 2009, 1049, n° 3, p. 27, spéc. p. 29.

435 *Ibid.*

436 F. Macorig-Venier et C. Caviglioli, « Le point sur la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, p. 78, spéc. p. 80.

437 *Ibid.*

438 J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 7, spéc. p. 10.

modification de la durée des délais de grâce en vue de son augmentation. Les propositions non retenues par l'ordonnance de 2008 ont notamment été formulées par Maître Georges Teboul, favorable à un délai de trois ans[439], ainsi que par Maître Montéran souhaitant un délai de quatre ans[440]. La réponse du Ministère de la Justice reposait sur la nature contractuelle de la procédure : « *la conciliation demeure une procédure essentiellement amiable* […]. *Les propositions tendant à augmenter cette durée [des délais de paiement] ont été écartées afin de ne pas introduire dans une procédure d'essence amiable un mécanisme de traitement judiciarisé des dettes* »[441].

Pour ces praticiens, il ne faut pas perdre de vue l'objectif de la conciliation : parvenir à un accord « réalisable » entre le débiteur et ses créanciers. Or, les poursuites engagées par des créanciers sont susceptibles d'affaiblir le débiteur, voire de faire échouer la procédure de conciliation. Ainsi, limiter les délais de grâce à deux ans peut, dans certains cas, apparaître inefficace. Par conséquent, ils proposent de donner la possibilité au président du tribunal d'imposer à un créancier un délai compatible avec la période du redressement du débiteur ou d'imposer aux créanciers récalcitrants des délais aussi longs que ceux accordés par les autres créanciers[442]. Cependant, ces délais sont excessifs dans une procédure par nature amiable. De plus, une telle possibilité déroge au droit commun des contrats et porte ainsi une atteinte nette au caractère contractuel de la conciliation.

52. Un encadrement nécessaire des délais de grâce. À un autre niveau, certains praticiens souhaitent que ces délais de grâce puissent être demandés sans condition préalable, c'est-à-dire sans une mise en demeure du débiteur[443]. Dans ce cas, un débiteur pourrait demander au président du tribunal de prononcer de tels délais contre un créancier n'ayant pas participé aux négociations ou ayant refusé l'accord proposé[444]. Cependant, ce serait encore conférer au juge un pouvoir trop important dans une procédure par nature amiable. En effet, la conciliation a pour but de faire naître un accord de manière conventionnelle entre les parties intéressées. Les délais de grâce, autorisés au sein de cette procédure, permettent seulement un temps de répit au débiteur. Il ne serait donc pas

439 G. Teboul, « La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.* 8 avr. 2008, n° 99, p. 2, spéc. p. 3.

440 Th. Montéran, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté : osons la réforme », *Gaz. proc. coll.* 23-24 janv. 2008, n° 24, p. 3.

441 A.-S. Texier, « La sauvegarde ne doit plus être une "demi-innovation sous-utilisée" », *LPA* 24 fév. 2009, n° 39, p. 3, spéc. p. 4.

442 En ce sens : G. Teboul, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 8 avr. 2008, n° 99, p. 2.

443 Th. Montéran, « La réforme de la prévention des difficultés », *D.* 2009, n° 10, p. 639, spéc. p. 642.

444 Th. Montéran, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté : osons la réforme », *Gaz. proc. coll.* 23-24 janv. 2008, n° 24, p. 3.

recommandé d'aller plus loin en laissant le juge imposer des délais à des créanciers inertes. À cet égard, l'ordonnance de 2008 a écarté la référence aux délais de paiement anciennement faite à l'article L. 611-8, II, 3°, du Code de commerce, relatif à l'homologation de l'accord. Il était auparavant prévu que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires « *sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil* ». Dès lors, une lecture littérale du texte permettait d'envisager des délais de grâce aux créances non incluses dans l'accord homologué, heurtant ainsi la volonté législative de renforcer le caractère contractuel de la procédure[445]. Or, à la lecture de l'article L. 611-7 du Code de commerce, les délais de grâce du droit commun semblaient être réservés par le législateur à la seule recherche de l'accord dans l'hypothèse de poursuites d'un créancier. Une clarification de la part du législateur sur ce point était donc attendue. L'abrogation de cette partie du texte ne permet plus le doute : aucun délai de paiement ne peut être accordé dans le jugement d'homologation. Mais d'autres dispositions appellent encore des précisions.

2. Les interrogations persistantes

53. La question délicate des créances fiscales. Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 16 juin 1998[446], est venu trancher une question délicate après l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 27 mars 1996[447] dans lequel les juges du fond avaient retenu la possibilité pour le juge d'imposer au Trésor, non partie à l'ancien règlement amiable, des délais pour le paiement de ses créances. La Cour d'appel s'était fondée sur la volonté du législateur d'imposer au règlement amiable l'application du principe de l'égalité des créanciers, principe fondamental du droit des procédures collectives, dont les dispositions d'ordre public devaient prévaloir sur les règles spécifiques du droit fiscal. La Cour de cassation approuve la solution de la Cour d'appel tout en écartant le motif de l'égalité des créanciers. En effet, au visa de l'article 36 de la loi du 1er mars 1984, elle affirme que « *selon ce texte, quand un débiteur fait l'objet d'une procédure de règlement amiable et qu'un accord est conclu avec les principaux créanciers, le président du tribunal peut accorder au débiteur les délais de paiement prévus à l'article 1244-1 du Code civil pour les créances non incluses dans l'accord ; que ce texte spécial, dont le domaine couvre sans distinction toutes les créances non incluses dans l'accord déroge à la loi générale qui exclut*

445 Ph. Roussel Galle, «"Etre" ou "avoir été". A propos de l'application des articles 1244-1 et suivants du code civil lors de l'homologation de l'accord de conciliation », *LPA* 11 août 2008, n° 160, p. 5. L'auteur met en avant le fait que les travaux parlementaires et les textes réglementaires sont silencieux sur cette application du droit commun dans le cadre de l'homologation.

446 Com. 16 juin 1998, n° 96-15.525, Bull. 1998, IV, n° 193 p. 160, *RTD com.* 1998, n° 4, p. 918, obs. F. Macorig-Venier.

447 CA. Rennes, 2e ch., 27 mars 1996, rép. gén. 9600631, *SA Soifilène c/ Receveur des impôts de Rennes-Nord et a.*

l'octroi de délai de grâce pour certaines créances, notamment fiscales »[448] . En faisant une interprétation littérale du texte, la Cour de cassation rejette l'argument du pourvoi, présenté par les services fiscaux, fondé sur la nature contractuelle du règlement amiable[449]. Selon le pourvoi, les dispositions de l'article 1244-1 du Code civil[450], qui relèvent du droit commun, ne sont pas applicables au droit fiscal qui reste soumis à des principes dérogatoires. Pour la Cour de cassation, la nature du règlement amiable n'a pas de conséquences sur le domaine d'intervention du président du tribunal, lequel peut imposer des délais aux services fiscaux dès lors que les créances ne sont pas incluses dans l'accord[451]. La Cour de cassation applique également l'adage « *speciala generalibus derogant* » en considérant que l'article 36 est une règle spéciale. Par ailleurs, en énonçant que l'article « *ne distingue pas entre les différentes natures de créances* », la Cour de cassation rappelle que le juge demeure souverain pour accorder des délais à toutes les créances non comprises dans l'accord amiable. Cette jurisprudence, rendue sous le régime du règlement amiable, est audacieuse puisqu'en principe l'octroi de délais de grâce, sur le fondement du droit commun, est exclu pour les créances fiscales[452]. En tout état de cause, l'article L. 611-7, alinéa 5 du Code de commerce permet l'octroi de délais de grâce dans l'hypothèse où « *le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier* ». L'absence de restriction du texte légal, avec l'emploi du terme général de « *créancier* », invite à envisager de tels délais à l'encontre du Trésor public[453]. D'autres difficultés apparaissent dans les textes.

54. Les difficultés d'application des délais de grâce. Bien que le législateur ait renforcé l'application des délais de grâce, améliorant ainsi les moyens de négocier l'accord, demeurent des incertitudes. D'abord, la faculté d'octroyer des délais de paiement fait partie des prérogatives du juge alors qu'elle se situe à l'article L. 611-7 du Code de commerce relatif à celles du conciliateur. Aussi, cet article précise que le juge peut faire application des dispositions relatives aux délais de grâce « *après avoir été éclairé par le conciliateur* ». Or, le texte ne précise pas les modalités entendues. Des interrogations, bien que secondaires, se posent donc quant à l'intervention du conciliateur. Par

448 L'application du texte a été reprise par la Cour d'appel de Douai en matière de cotisations sociales : CA Douai, 2e ch., 25 juin 2000, *RTD com.* 2001, n°1, p. 212, obs. F. Macorig-Venier.

449 Dans le même sens que le pourvoi : B. Soinne, *Rev. proc. coll.* 1996, n° 3, p. 313, spéc. p. 314. L'auteur critique la solution de la Cour d'appel de Rennes qui identifie selon lui la procédure de règlement amiable aux procédures de redressement ou de liquidation judiciaire. Il énonce : *«* Certes, lors de la loi de 1994, il a été procédé à une certaine *«* judiciarisation *»* du règlement amiable mais cette procédure n'a pas pour autant changé de nature *»*.

450 Nouvel article 1343-5 du Code civil.

451 Selon le commentateur de l'arrêt, *«* il ne peut plus y avoir de conséquences induites nécessairement de ces qualifications juridiques *»*, comme le pourvoi a tenté de le faire : D. Mélédo-Briand, *JCP G* 1998. II. 10218, p. 2281, spéc. p. 2282, note ss. Com. 16 juin 1998, n° 96-15.525.

452 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n°160, p. 88.

453 F. Macorig-Venier, *«* Du règlement amiable à la conciliation *», in La sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 352, spéc. p. 354.

exemple, doit-il seulement faire un rapport ou est-il tenu d'intervenir à l'audience ? Ce flou textuel n'est pas sans conséquence, car il pourrait servir à un créancier récalcitrant pour fonder une voie de recours[454].

En outre, la réponse donnée par le législateur sur le devenir des délais octroyés en cas d'inexécution de l'accord de conciliation ne convainc pas. L'ordonnance du 18 décembre 2008 prévoit en effet à l'article L. 611-10-3, alinéa 3 du Code de commerce que : « *Le président du tribunal ou le tribunal qui décide la résolution de l'accord peut aussi prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ou du second alinéa de l'article L. 611-10-1* ». À la différence des règles applicables sous l'empire de la loi de sauvegarde de 2005[455], il s'agit désormais d'une simple faculté entre les mains du juge. Il apparaît cependant regrettable que les délais de grâce ne prennent pas fin automatiquement en cas d'échec de l'accord de conciliation, alors même que leur principale finalité réside dans le succès de la conciliation. En outre, aucun texte ne prévoit le cas dans lequel des délais de grâce ont été prononcés par le président du tribunal pendant la conciliation, lorsque celle-ci n'a pas abouti à un accord. Une précision du législateur sur ce point est attendue afin que ces créanciers ne connaissent pas une situation moins favorable que les autres. Dans l'attente d'une modification textuelle sur ces points, il convient d'espérer que les juges combleront ces lacunes en liant, par exemple, la durée du délai à l'exécution de l'accord et en prononçant la déchéance automatique du délai en cas de résolution de l'accord[456]. En ce sens également, un délai de paiement pourrait être levé dès lors qu'il n'est plus nécessaire à la conclusion de l'accord.

C'est également dans un souci de sécurisation des négociations que le ministère public intervient davantage au sein de la procédure de conciliation.

454 E. Douhaire, « Les aspects pratiques de la conciliation – le rôle du conciliateur dans les négociations », *RJ com.* 2008, n° 1, p. 21, spéc. p. 26.

455 Sous l'empire de la loi de sauvegarde, l'ancien article L. 611-10 du Code de commerce énonçait : « […] le tribunal s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé ». L'interprétation du texte a néanmoins fait débat en doctrine. Certains considèrent qu'il s'agissait d'une déchéance automatique : F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, p. 65, spéc. p. 66. D'autres énoncent au contraire que « […] même en cas d'échec de la conciliation, ces délais resteront valables » : G. Teboul, « Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique, I, La prévention », *LPA* 19 oct. 2005, n° 208, p. 3.

456 F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, « Le mandat *ad hoc* et la conciliation », *in Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, Actes du colloque organisé à l'Université de Besançon le 10 octobre 2014, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 3, p. 4, spéc. p. 7.

B. Le contrôle accru du ministère public

Sous l'empire du droit ancien de la faillite, le ministère public, « *héritier des gens du Roi* »[457], c'est-à-dire représentant de l'État, était déjà considéré comme un « *prince chez les marchands* »[458], les affaires étant tenues secrètes. Dans l'ère contemporaine du droit des entreprises en difficulté, son rôle a été accru progressivement en même temps que l'évolution de la perception de l'entreprise comme « *objectif d'intérêt public* »[459]. La loi du 13 juillet 1967 pose en effet les premières pierres de cet édifice par des dispositions relatives à l'information du ministère public dans le cadre des procédures collectives[460]. Le renforcement de son rôle au sein des procédures collectives s'exprime, ensuite, par la reconnaissance d'une compétence générale « en toutes matières »[461], faisant de lui un acteur essentiel de cette matière[462]. Puis, son rôle est étendu à la procédure amiable par les lois du 25 janvier 1985 et du 10 juin 1994[463]. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance de 2014 confirment la volonté de renforcer l'implication du ministère public au sein des opérations de traitement amiable des difficultés des entreprises. Le ministère public détient donc aujourd'hui des pouvoirs de plus en plus importants dans le cadre d'une procédure de conciliation.

Si le renforcement de ses interventions au sein d'une procédure négociée interpelle et encourt la critique **(1)**, il est la contrepartie nécessaire de la place grandissante faite à la liberté contractuelle aux fins de protéger l'intérêt public **(2)**.

1. Les critiques du renforcement du contrôle

55. L'effet dissuasif pour le débiteur. L'accroissement du rôle du ministère public dans une procédure contractuelle peut être perçu défavorablement par les débiteurs. En effet, après son accueil au tribunal aux fins de trouver un accord amiable avec ses créanciers, le dirigeant peut

457 R. Badinter, « Le procureur et le consul », *RJ com.* 1981, n° 7-8, p. 245.

458 J.-F. Boiron, « Le "prince" chez les "marchands" », *Gaz. Pal.* 1982, I, doctr., p. 251.

459 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 206, p. 150.

460 Art. 10 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.

461 Par deux lois spéciales : la loi n° 70-613 du 10 juillet 1970 et la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981. Le ministère public détient l'information et un droit d'action en droit des entreprises en difficulté. B. Soinne, « L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation (commentaire de la loi n° 81-927 du 15 oct. 1981 et du décret n° 82-327 du 9 avr. 1982) », *D.* 1983, chron. III, p. 11.

462 B. Ghandour, *op. cit*, LGDJ, 2018, n° 206, p. 150.

463 Y. Guyon, Droit des affaires, Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite, Tome 2, Economica, 9e éd., 2003, p. 187.

craindre que sa responsabilité soit engagée[464]. Le ministère public est susceptible de constater des irrégularités propres à l'ouverture de la procédure et, plus largement, des faits délictueux commis durant son activité de nature à engager sa responsabilité pénale[465]. À ce titre, il a la possibilité d'entendre le débiteur responsable et lui enjoindre de régulariser la situation. Par conséquent, l'intervention du ministère public renforce la défiance du dirigeant à l'encontre du tribunal. Pourtant, les débiteurs honnêtes ne doivent pas être conduits à masquer leurs difficultés et à éviter de se tourner vers les juridictions par crainte d'être sanctionnés[466]. C'est pourquoi, un auteur dénonçait déjà, en 1973, les inconvénients de la présence de cet acteur dans le traitement des difficultés des entreprises[467]. Quelques années plus tard, un autre auteur préconisait de limiter le rôle du ministère public au sein des procédures contractuelles car une intervention trop marquée de sa part donnerait un « *aspect judiciaire à cette démarche qui doit rester dominée par la prépondérance du juge pour garantir l'accord* »[468]. À ce titre, Monsieur Drummen, ancien président du tribunal de commerce de Nanterre, opère une distinction : il reconnaît son rôle dans *« le domaine délicat »* des procédures collectives en tant que facteur de sécurité, mais il rappelle que, dans le cadre de la prévention, une telle intervention peut contrarier les efforts déployés pour inciter le dirigeant à se présenter au tribunal[469].

56. L'atteinte à la confidentialité. Le renforcement des prérogatives du ministère public s'illustre notamment par l'élargissement de son droit à l'information. La loi de sauvegarde de 2005 prévoit une information immédiate de ce dernier s'agissant de l'ouverture d'une procédure de conciliation[470]. Il peut ensuite prendre connaissance des pièces et rapports du juge relatifs aux affaires du débiteur déposés au greffe[471]. Il lui incombe, à cet égard, de vérifier le dépôt des comptes

464 Th. Montéran, *«* L'accueil du débiteur en état de cessation des paiements dans les tribunaux de commerce *»*, *Gaz. Pal.* 23 sept. 2004, n° 267, p. 2.

465 G. Teboul, *«* Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique *»*, *LPA* 02 nov. 2005, n°218, p. 7.

466 A. Outin-Adam et S. Bienvenu, *«* Projet de loi de sauvegarde des entreprises : réaction de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris *»*, *JCP E* 2004, n° 38, p. 1409.

467 R. Ithurbide*, Histoire critique des tribunaux de commerce*, LGDJ, 1970, spéc. p. 181 : *«* Avec la meilleure volonté, même en matière de faillites, nous ne voyons que des inconvénients à la présence du ministère public près les tribunaux de commerce et nous concluons à son danger […] *»*.

468 M.-A. Lafortune, *«* Le ministère public et l'entreprise en difficultés *»*, *LPA* 12 janv. 1994, n° 5, p. 20.

469 J.-B. Drummen, *«* Projet de réforme de la loi de sauvegarde : l'avis du Président du Tribunal de commerce de Nanterre *»*, *Lamy Droit commercial*, 2008.

470 C. com., art. L. 611-6 al. 3.

471 Le décret d'application de la loi du 26 juillet 2005 rappelle d'ailleurs la nécessité du dépôt du rapport d'expertise afin d'informer au mieux le ministère public : Art. 52 al. 2 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

sociaux en sollicitant par exemple la liste des sociétés récalcitrantes au respect de cette obligation[472]. La réforme permet également que la rémunération du conciliateur, du mandataire à l'exécution de l'accord et, le cas échéant, de l'expert, qui est arrêtée à l'issue de leur mission par ordonnance du président du tribunal soit communiquée au ministère public[473]. L'information communiquée au ministère public peut également avoir une incidence sur le déclenchement des voies de recours. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, une extension des voies de recours a été prévue à son profit[474]. Il a désormais la possibilité de faire appel de la décision ouvrant la procédure de conciliation[475], notamment afin de faire respecter le délai de carence de trois mois entre deux conciliations successives[476]. Auparavant, cette décision n'était susceptible d'aucun recours. De plus, à la différence de l'accord constaté[477], il peut faire appel du jugement d'homologation[478]. Cette voie de recours a été considérée par un professionnel comme *« injustifiée »*[479], car le tribunal aura au préalable vérifié l'absence de cessation des paiements ainsi que le respect de l'intérêt des créanciers non-signataires à l'accord.

L'ordonnance du 12 mars 2014 va plus loin encore en exigeant, en cas d'impossibilité de parvenir à un accord, que soit communiquée au ministère public la décision de mettre fin à la mission du conciliateur[480]. Cette information permet d'éviter que le débiteur ne poursuive par la suite une activité déficitaire sans demander l'ouverture d'une procédure collective. Ainsi informé, le ministère public pourra décider d'agir aux fins d'ouverture d'une procédure collective sans attendre que la situation du débiteur ne se détériore davantage. De surcroît, l'ouverture des voies de recours et l'information transmise au ministère public constituent des atteintes certaines à la confidentialité régnant au sein de la procédure de conciliation[481].

---

472 TGI Avesnes-sur- Helpe, 2e ch., ord.15 nov. 2007, n° 07/00080, *Ministère public c/ SA Assainissement de la Région de Fourmies*, *JCP E* 2008, 1282, p. 36, note Ch. Delattre.

473 C. com., art. L. 611-14.

474 C. com., art. L. 611-6 al. 3 et art. L. 611-10, al. 2.

475 C. com., art. L. 611-6 al. 3.

476 C. com., art. L. 611-6 al. 2.

477 C. com., art. L. 611-8, I.

478 C. com., art. L. 611-10 al. 2. Pour les jugements rejetant l'homologation, un appel est également possible sans indication, néanmoins, des personnes concernées. Il ne fait pas de doute que le ministère public bénéfice encore dans cette hypothèse de la possibilité d'interjeter appel.

479 Th. Montéran, *«* La réforme de la prévention des difficultés *», in* Réforme du droit des entreprises en difficulté (ordonnance numéro 2008-1345 du 18 décembre 2008 et décret numéro 2009-160 du 12 février 2009), D. 2009, n° 10, p. 639.

480 C. com., art. L. 611-7, al. 6.

481 Th. Montéran, *art. cit.*, *D.* 2009, n° 10, p. 639.

57. La dépendance du ministère public au pouvoir exécutif. Au-delà de la perte de confidentialité et de la méfiance provoquée par d'éventuelles sanctions pénales, l'évolution croissante du rôle du ministère public a pu être critiquée au regard de son statut particulier de magistrat soumis à l'autorité du pouvoir exécutif. En effet, le magistrat est un agent du pouvoir exécutif placé « *sous l'autorité du garde des sceaux* »[482]. La Cour européenne des droits de l'homme a, d'ailleurs, considéré que « *les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif* […] » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention[483]. Ce rapport hiérarchique[484] se caractérise notamment par la possibilité conférée au ministre de la justice d'adresser aux magistrats du ministère public des instructions générales[485]. Exerçant l'autorité publique, ceux-ci devront prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions données[486]. Plus encore, le magistrat apparaît comme le « *porte-parole* »[487] du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, bien qu'à l'audience sa parole soit libre[488]. Compte tenu des intérêts de l'État à la sauvegarde de certaines entreprises, le ministère public interviendra ainsi selon les instructions données, à savoir dans le sens de la politique définie en la matière. C'est donc en raison de la dépendance des membres du ministère public que la légitimité de son intervention en droit des entreprises en difficulté a pu être à juste titre remise en cause[489].

Si certaines critiques à l'encontre de l'intervention accrue du ministère public sont compréhensibles, l'accroissement de son rôle apparaît néanmoins justifié dans un droit où la sauvegarde des entreprises est devenue l'un des objectifs d'intérêt public majeur. La place croissante du représentant des intérêts de la société se justifie donc par son rôle de police économique.

2. Les justifications du renforcement du contrôle

58. Le renforcement nécessaire du contrôle du ministère public. À l'instar du juge, la présence du ministère public au sein du traitement négocié représente un garde-fou important au regard des abus susceptibles d'être commis. Son rôle accru se justifie d'ailleurs à différents égards.

482 Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 5.

483 CEDH 23 nov. 2010, n° 37104/06, aff. *Moulin c/ France*, spéc. § 57, *D*. 2011, n° 5, p. 338, obs. S. Lavric.

484 Ce rapport hiérarchique se manifeste également par le fait que les magistrats du parquet sont également placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques : Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958, préc., art. 5.

485 CPP., art. 30.

486 CPP., art. 33.

487 J.-F. Renucci, « Le parquet et les faillites », *RSC* 1990, n° 2, p. 235, spéc. p. 237.

488 CPP., art. 33.

489 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 215 et s., p. 156 et s.

Tout d'abord, en intervenant dans des instances mettant en jeu des intérêts économiques et sociaux[490], il apparaît comme l'un des « *garant[s] de la moralité des opérations* »[491]. Dès lors, l'information et les voies de recours lui étant offertes confortent la fonction de « gardien naturel » de l'ordre public économique et social[492] et de « défenseur » de l'intérêt général[493]. Les réformes lui ont donc octroyé des armes supplémentaires afin de veiller à l'exacte application de la loi ainsi qu'à l'équilibre des intérêts en présence[494].

Ensuite, la communication de la décision d'ouverture de la procédure de conciliation est prévue afin d'éviter que le ministère public n'engage une action en ouverture de redressement judiciaire lorsqu'il a connaissance de la cessation des paiements du débiteur alors qu'une conciliation est en cours.

Enfin, en procédure amiable, le rôle du ministère public est plus préventif que répressif, car son objectif principal n'est pas celui d'engager des poursuites pénales[495]. La recherche de solution et de sécurité prime pour lui sur celle des sanctions[496]. D'ailleurs, il agit généralement comme partie jointe, notamment lorsqu'il a été appelé à donner son avis[497], et non pas comme demandeur devant le tribunal[498]. C'est en ce sens que la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a substitué le terme de « *ministère public* » à celui de « *Parquet* », lequel était davantage pourvu d'une connotation

---

490 N. Fricero, *«* La procédure civile dans les procédures collectives : entre clarification et bouleversement… *»*, *Gaz. Pal.* 07 mars 2009, n° 66, p. 16.

491 C. Saint-Alary-Houin, *«* Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? *»*, *Dr. et patr.* janv. 2005, n° 133, p. 24.

492 E. Houlette, *«* Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde *»*, *JCP E* 2005, n° 42, p. 1514 ; Ph. Pétel, *«* Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008. *»*, *JCP G* 2009, n° 6, p. 110.

493 J.-P. Triaulaire, *«* Le rôle du ministère public *»*, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 212.

494 E. Houlette, *«* Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde *»*, *JCP E* 2005, n° 42, p. 1514 ; Y. Sala, *«* Rôle et pouvoirs du ministère public, sanctions pénales et loi de sauvegarde des entreprises *»*, *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 121.

495 P. Clement*, in* Colloque AFFIC Chambre de commerce de Paris du 13 septembre 2005, Gaz. Pal. 18-20 sept. 2005, p. 25.

496 Th. Montéran, *«* Un nouvel équilibre des pouvoirs entre les acteurs *»*, *LPA* 16 mars 2006, n° 54, p. 20 ; P.-M. Le Corre, *«* 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise *»*, *Gaz. Pal.* 21 juillet 2007, n° 202, p. 3.

497 Par ex., l'avis donné en cas d'homologation de l'accord (C. com., art. L. 611-9, al. 1er) ; l'avis donné dans le cadre de l'arrêté du plan (C. com., art. L. 626-27,I). Sur les avis du minsitère public : Ch. Delattre, *«* Les avis du ministère public *»*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 5, p ? ; J. Vallanssan et V. Leloup-Thomas, *«* Qu'est-ce-qu'un avis ? *»*, *Rev. proc. coll.* 2018, n° 1, p. 10.

498 F. Bonan, *«* Les entreprises en difficulté : terre de conflits – synthèse des intérêts contraires *»*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 99 ; E. Houlette, *«* Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde *»*, *art. cit.*, *JCP E* 2005, n° 42, p. 1514.

pénale[499]. Ce changement terminologique traduit surtout un souci de dépersonnalisation : l'emploi d'une expression plus neutre tend, semble-t-il, à « rassurer » les chefs d'entreprises.

Dans la pratique, le temps a fait son oeuvre et les craintes des dirigeants ont fortement diminué à l'encontre de ces magistrats, désormais plus formés et plus expérimentés[500]. Comme certains l'avaient espéré, à la suite de l'ordonnance de 2008, on note désormais l'absence « *d'oppositions frontales* » avec le tribunal et la présence d'un « *climat serein* »[501].

Le contrôle judiciaire au sein de la conciliation a donc été renforcé en même temps que la place importante faite aux libertés individuelles pour éviter les blocages au succès des négociations et éviter les comportements frauduleux. Il en est de même de la phase postérieure aux négociations, soit de l'accord de conciliation en tant que tel et de son exécution.

§ 2. L'encadrement judiciaire renforcé en aval de l'accord

59. L'encadrement judiciaire passe par la formalisation[502] du résultat des négociations. Le formalisme procédural de l'accord[503] correspond à l'acte judiciaire : donné acte, constat ou homologation. Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les parties doivent en effet opérer un choix après la conclusion de l'accord: il existe une gradation de ses effets au regard des trois « degrés » de force de l'accord, simplement conclu, constaté ou homologué[504]. Selon la façon dont l'accord est formalisé, les effets de ce dernier seront plus ou moins importants. De surcroît, le rôle du juge sera plus ou moins prégnant selon la situation envisagée (**A**). L'encadrement judiciaire passe également par une surveillance de la bonne exécution de l'accord. À cet égard, le juge peut intervenir de nouveau en octroyant des délais de paiement et surtout, en désignant, sur demande du débiteur, un mandataire à l'exécution de l'accord en charge de veiller à son exécution (**B**).

499 E. Houlette, *art. cit.*, *JCP E* 2005, n° 42, p. 1514.

500 F. Bonan, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 99.

501 G. Teboul, *«* La réforme du Père Noël : redressement judiciaire, liquidations judiciaire et sanctions *»*, Gaz. Pal. 03 fév. 2009, n° 34, p. 3.

502 Le terme *«* formalisation *»* est emprunté à : C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat, LGDJ, 11e éd., 2018, n° 379 et s., p. 217 et s. Il renvoie au dégré de formalisme de l'accord simple, constaté ou homologué.

503 Ch. Gorins, *«* Le protocole de conciliation : un contrat judiciaire *»*, *LPA* 23 déc. 2014, n° 255, p. 6.

504 C. Saint-Alary-Houin, *«* La procédure de conciliation *»*, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169, spéc. p. 174.

A. Le contrôle opéré lors de la formalisation de l'accord

60. Le contrôle variable du juge selon les effets attendus de l'accord. Le contrôle du juge sur l'accord est d'une inégale importance selon que l'accord est constaté ou homologué. Si l'étendue de son contrôle est discutée en doctrine dans ces deux hypothèses[505], il ne fait pas de doute qu'il y a une absence d'intervention judiciaire dans le cadre de l'accord simplement conclu, soumis au droit commun des contrats. L'accord est « constaté » par le président du tribunal alors que l'accord est « homologué » par le tribunal, ce qui illustre déjà une différence entre les deux options.

61. Le contrôle atténué dans le cadre de la constatation de l'accord. Dans l'hypothèse de la constatation de l'accord, un contrôle formel est opéré par le président, d'une part, sur l'existence de l'accord et, d'autre part, sur la déclaration du débiteur selon laquelle il n'est pas en cessation des paiements ou que l'accord met fin à l'état de cessation des paiements[506]. En ce sens, selon le texte, il ne doit pas contrôler la validité de l'accord. Le président du tribunal ne se prononçant pas sur l'accord, les parties conservent ainsi un total contrôle sur son contenu. Cependant, si à la lecture des textes il n'a pas à effectuer un contrôle sur l'acte, il conviendrait qu'il s'assure de sa validité[507] au regard des conditions posées à l'article 1128 du Code civil[508] et de sa conformité à l'ordre public[509]. Cela constitue en effet la condition de son « sceau judiciaire » lorsqu'il rend son ordonnance de constat[510].

Quoi qu'il en soit, non publiée, l'ordonnance du président du tribunal a pour principal effet de donner force exécutoire au contrat[511], sans conférer aux créanciers signataires aucun privilège. C'est pourquoi, l'homologation est parfois préférée, en tant que « version sécurisée »[512] en raison du contrôle judiciaire opéré sur les conditions qu'elle requiert.

---

505 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 144.11, p. 320.

506 C. com., art. L. 611-8, I.

507 À savoir, le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain.

508 C. civ., art. 1108, anc.

509 Sur la nécessité de renforcer le contrôle du président du tribunal dans les textes : v. *Infra* Chap. II, Titre II, Partie I, n° 167 et s.

510 Ch. Gorins, *art. cit.*, *LPA* 23 déc. 2014, n° 255, p. 6.

511 C. com., art. L. 611-8 I.

512 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 57.

62. Le contrôle accru dans le cadre de l'homologation de l'accord. Par rapport à la constatation, l'homologation confère une sécurité juridique accrue à l'accord et produit des effets juridiques importants à l'égard des tiers[513].

Le tribunal - et non plus le président – détient, de ce fait, des prérogatives étendues sur le contenu de l'accord puisqu'il a l'obligation de vérifier trois conditions, posées à l'article L. 611-8, II, du Code de commerce : *« 1° Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ; 2° Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ; 3° L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires ».* Au vu de ces critères, il existe une emprise réelle de la loi sur le contrat. Le juge contrôle largement le contenu même de l'accord puisqu'un regard est également porté sur les clauses de l'accord[514]. Le rôle du tribunal sur l'accord homologué est conséquent puisqu'il ne se contente pas de réceptionner l'accord des parties, il vérifie l'acte. Il détient en ce sens de larges pouvoirs d'appréciation. Il vérifie donc l'économie du contrat, s'il sort l'entreprise de l'état de cessation des paiements et ses effets à l'égard des autres créanciers. Dans cette dernière hypothèse, il détient un véritable rôle modérateur au profit des créanciers non signataires en vérifiant que l'accord ne comporte pas de garanties qui sont préjudiciables à leurs intérêts[515]. Il contrôle ainsi l'usage qui peut être fait par un créancier de sa position[516].

Au-delà de son rôle en amont de la conclusion de l'accord, le ministère public est également un véritable intervenant au cours de la procédure d'homologation de l'accord. Comme les personnes appelées à l'audience d'homologation en application de l'article L. 611-9 du Code de commerce, le ministère public a la possibilité de prendre connaissance de l'accord homologué au greffe du tribunal[517]. D'ailleurs, le tribunal ne peut statuer sans l'avoir appelé antérieurement afin de recueillir son avis[518]. Il devient donc un acteur essentiel lors de l'audience d'homologation en veillant notamment à la crédibilité de l'accord, à l'absence de cessation des paiements et à ce que les garanties ne soient pas disproportionnées[519].

---

513 C. com., art. L. 611-8 II, art. L. 611-9 et art. L. 611-10.

514 Le juge opérera, par exemple, un contrôle sur les clauses par lesquelles le conciliateur a reçu mandat des parties de les représenter ou encore sur les conditions suspensives qui ne permettraient pas l'application de l'accord.

515 A. Diesbecq, « L'abus réprimé : la correction par le juge - Le contrôle de l'abus dans le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 19 déc. 2009, n° 353, p. 24.

516 *Ibid.*

517 C. com., art. R. 611-40, al. 1er.

518 C. com., art. L. 611-9, al. 1er.

519 Circ. Min. Just., 18 avril 2006, relative à l'action du ministère public dans les procédures du livre VI du code de commerce en conséquence de la loi de sauvegarde des entreprises, BOMJ n° 102 (1er avril au 30 juin 2006), spéc. p. 3.

Si le contrôle sur les conditions de l'homologation apporte une sécurité renforcée, son régime génère toutefois des interrogations. D'une part, une question concerne la distinction opérée entre les demandes de constatation ou d'homologation de l'accord. En effet, à la différence du constat qui se fait sur requête conjointe des parties[520], la demande d'homologation de l'accord émane du seul débiteur[521]. Cette possibilité exclusivement entre les mains du débiteur se démarque de l'idée de « consensus » entre le débiteur et ses créanciers. On s'éloigne du processus purement contractuel attaché à la conciliation. Plus encore, la pratique n'est pas en adéquation avec la loi sur ce point puisque, dans les faits, il est reconnu que ce sont généralement les créanciers qui érigent en condition suspensive la demande en justice d'homologation[522]. D'autre part, une autre question porte sur les conséquences du refus de l'homologation par le tribunal[523], lesquelles ne sont pas précisées par le législateur[524]. Il est donc permis de penser que l'accord continuera à lier les parties puisque l'homologation n'est pas une condition de sa validité[525]. Le droit des contrats continuera de s'appliquer dans une telle hypothèse.

En définitive, l'accord homologué demeure contractuel mais a également un caractère procédural et judiciaire marqué. Que l'accord soit constaté ou homologué, on observe un recul de l'application du droit commun.

63. Le recul du droit commun des contrats. La consécration de l'accord par une décision de justice, que cela soit par une ordonnance ou un jugement, montre un « *recul du droit commun des contrats* »[526] compte tenu des effets qu'elle emporte.

Sous l'empire de la loi de sauvegarde de 2005, des disparités importantes existaient entre les effets d'un accord constaté, soumis en majorité aux règles de droit commun, et ceux d'un accord homologué, réglementé par le droit des entreprises en difficulté. L'ordonnance du 18 décembre 2008 est venue établir un certain équilibre en rapprochant les effets de l'accord constaté et ceux de

520 C. com., art. L. 611-8 I.

521 C. com., art. L. 611-8 II.

522 À l'instar de la proposition d'un conciliateur qui émane fréquemment des créanciers : v. *Supra* n° 24.

523 Le jugement qui rejette l'homologation ne fait d'ailleurs pas l'objet de publication.

524 J.-P. Sortais, *«* Le sort des accords de conciliation en cas de refus d'homologation ou de constatation *»*, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, p. 11.

525 F. Macorig-Venier, *«* Du règlement amiable à la conciliation *», in La sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 352, spéc. p. 355.

526 F. Macorig-Venier, *«* Les mesures juridiques favorables aux accords *», in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 96 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 228, p. 116.

l'accord homologué. Sous la législation antérieure à 2008, toute action en justice et toute poursuite individuelle était suspendue pendant l'exécution de l'accord homologué[527]. Désormais, une disposition unique, l'article L. 611-10-1 du Code de commerce, régit les effets communs de l'accord constaté et de l'accord homologué en prévoyant l'interruption ou l'interdiction de ces actions et l'arrêt ou l'interdiction des poursuites individuelles sur des créances qui font l'objet de l'accord. Partant, cette nouvelle règle renforce les effets de l'accord constaté en faveur du sauvetage du débiteur et se superpose, ainsi, aux effets de l'accord sur le terrain du droit commun[528]. Il n'en demeure pas moins que la force de l'accord, et la connotation judiciaire qui en découle sont moindres qu'en cas d'homologation de l'accord. En effet, l'accord de conciliation à lui seul ne peut produire les effets de l'homologation voulus par les parties. L'intervention du juge par l'homologation va donc lui conférer les effets recherchés. La décision du juge vient alors se greffer à un acte juridique préexistant pour lui faire produire certains effets de droit, tels que le privilège de conciliation ou la protection contre les nullités de la période suspecte. Les effets produits sur l'accord par l'ordonnance de constat et le jugement d'homologation l'éloignent donc nécessairement du droit commun des contrats.

De même, l'article L. 611-10-1 du Code de commerce qui exclut les créances restructurées du bénéfice de l'anatocisme[529], ou l'article L. 611-10-2 qui déroge au droit des sûretés en faisant bénéficier les garants des dispositions de l'accord constaté ou homologué, sont autant d'exceptions à l'application du droit commun. Cependant, à la question posée « *l'accord de conciliation, un contrat transformé en jugement ?*»[530], la réponse est assurément négative car il reste de nature contractuelle.

L'influence des procédures collectives sur ce traitement négocié[531] se constate également au moment de l'exécution de l'accord. Cette phase se rapproche, en effet, de celle de l'exécution des plans arrêtés en procédure collective car elle est de plus en plus encadrée.

527 C. com., art. L. 611-10, al. 3, anc.

528 F. Macorig-Venier, « Réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret n° 2009-160 du 12 février 2009 », *RTD com.* 2009, n° 2, p. 436, spéc. p. 444.

529 Cette disposition déroge à l'article 1343-2 du Code civil dans le cas d'accord constaté ou homologué.

530 G. Podeur, « Accords de conciliation et plans de sauvegarde », *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1431.

531 N. Borga, « La conciliation, une procédure collective comme les autres ? », *BJE* 01 mai 2018, n° 3, p. 115.

B. Le contrôle opéré lors de l'exécution de l'accord

64. L'octroi de délais de grâce pendant l'exécution de l'accord. Selon l'article L. 611-10-1, alinéa 2 du Code de commerce, si, au cours de la durée de l'exécution de l'accord, « *le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par l'un des créanciers appelés à la conciliation dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord, le juge qui a ouvert la procédure de conciliation peut, à la demande du débiteur et après avoir recueilli, le cas échéant, les observations du mandataire à l'exécution de l'accord, faire application des dispositions de l'article 1343-5 du code civil, en prenant en compte les conditions d'exécution de l'accord* ». Dès lors, des contraintes peuvent être imposées, postérieurement à la procédure, aux créanciers « appelés à la conciliation » ayant refusé un effort en faveur du débiteur[532]. Une précision est apportée comparativement à l'article 1244-1 du Code civil : le juge ne prend pas seulement en compte la situation du débiteur et les besoins du créancier, il doit également tenir compte des conditions d'exécution de l'accord. Si l'exécution est en échec, il est peu probable que le juge impose des délais au créancier récalcitrant. En somme, comme le précise le Rapport au Président de la République[533], « *il s'agit de mesures accordées au cas par cas* […] *et non d'un substitut à un plan imposé* ».

Étonnament, le législateur exclut expressément les créanciers publics de l'application de cette nouvelle règle à l'article L. 611-10-1, alinéa 2 du Code de commerce alors qu'il ne le fait pas à l'article L. 611-7, alinéa 5, entraînant alors des incertitudes. Or, on voit mal ce qui justifie une distinction entre la phase d'exécution de l'accord et celle de la recherche de l'accord. Est-ce à dire qu'*a contrario* les créanciers publics pourraient se voir imposer de tels délais en phase d'élaboration de l'accord[534] ? Plus encore, ces délais ne profitent pas aux coobligés, cautions et autres tiers ayant garanti les dettes du débiteur. Il est surprenant que de tels délais octroyés par le président du tribunal pendant la durée de la procédure puissent être invoqués par les garants alors que cette faculté leur est refusée au stade de l'exécution de l'accord. Si l'intervention du juge peut améliorer l'exécution de l'accord, la désignation d'un mandataire chargé de surveiller cette phase va également dans ce sens.

532 L'article L. 611-10-1, alinéa 2 du Code de commerce parle du débiteur « mis en demeure ou poursuivi par l'un des créanciers appelés à la conciliation dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord ». Dès lors, il s'agit d'imposer des délais au créancier non-signataire de l'accord, du moins en ce qui concerne la créance dont le paiement est poursuivi. Il est, par ailleurs, peu envisageable que le créancier poursuivant ait consenti des sacrifices dans l'accord et demande dans le même temps le paiement d'une autre créance.

533 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JORF n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5243.

534 F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, « Le mandat *ad hoc* et la conciliation », *in Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, Actes du colloque organisé à l'Université de Besançon le 10 octobre 2014, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 3, p. 4, spéc. p 6.

65. La surveillance de l'exécution de l'accord par la création d'un mandataire à l'exécution de l'accord. L'ordonnance de 2014 confère de nouvelles fonctions au conciliateur. Le législateur permet au débiteur, lors de la constatation ou de l'homologation de l'accord, de solliciter la désignation du conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de l'exécution de l'accord[535]. Le mandataire présentera, sans délai, un rapport au président du tribunal ou au tribunal en cas de difficultés faisant obstacle à l'exécution de sa mission. Le président du tribunal ou le tribunal, selon le cas, peut alors mettre fin à sa mission par décision notifiée au débiteur. La surveillance par un mandataire de l'exécution de l'accord illustre une fois encore le renforcement de l'encadrement de ce dernier et l'influence des procédures collectives sur la conciliation, notamment au regard de ses ressemblances avec le commissaire à l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement[536].

En orchestrant les débats lors de l'élaboration de l'accord, le conciliateur a pu créer un climat de confiance entre lui et les parties qui négocient. Il peut désormais être l'interlocuteur direct d'une partie en difficulté pour exécuter l'accord. Sa maîtrise parfaite du dossier permet de dire qu'il est le plus à même de répondre aux cocontractants en difficulté dans l'exécution de leurs engagements. Cependant, l'étendue de sa mission n'est pas aussi précise qu'en matière de procédure collective[537]. Puisque la mission est limitée au bon déroulement de l'exécution de l'accord, on en déduit qu'il ne s'agirait pas pour lui de procéder au recouvrement des créances, ni d'engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers, à l'instar du commissaire à l'exécution du plan[538]. Cette limitation se comprend, certes, en raison de la nature contractuelle de l'accord de conciliation, mais il pourrait entrer dans ses fonctions la possibilité de proposer des modifications de l'accord à certaines conditions.

66. Une possible modification de l'accord de conciliation par le mandataire à l'exécution. En procédure collective, le commissaire à l'exécution du plan rend compte au tribunal et au

535 C. com., art. L. 611-8, III : « Lorsque le président du tribunal constate l'accord ou que le tribunal homologue celui-ci, il peut, à la demande du débiteur, désigner le conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de cette exécution. En cas de difficultés faisant obstacle à l'exécution de sa mission, le mandataire désigné présente sans délai un rapport, selon le cas, au président du tribunal ou au tribunal, qui peut alors mettre fin à sa mission par décision notifiée au débiteur. Ce dernier peut également, à tout moment, solliciter la fin de cette mission ». Cette nouvelle casquette du conciliateur ouvrira droit à des honoraires spécifiques.

536 C. com., art. L. 626-25.

537 Les textes sont relativement silencieux sur le contenu de sa mission. L'article R. 611-40-1 du Code de commerce énonce seulement : « Lorsque le débiteur demande la désignation d'un mandataire à l'exécution de l'accord, le conciliateur est invité à présenter ses observations sur l'intérêt d'une telle mission. Le mandataire ne peut être désigné qu'après avoir exprimé son accord ».

538 C. com., art. L. 626-25.

ministère public du défaut d'exécution du plan[539]. À cet égard, l'article R. 626-47, alinéa 2 du Code de commerce prévoit que : « *le rapport fait état des observations du débiteur et propose éventuellement les solutions qui seraient de nature à permettre l'exécution du plan* ». En conciliation, les textes demeurent silencieux sur une telle possibilité conférée au mandataire à l'exécution de l'accord. Pourtant, il serait opportun de prévoir expressément la possibilité pour lui de proposer, au sein de son rapport, d'éventuelles solutions pour mettre fin aux difficultés liées à l'exécution de l'accord.

En raison de la nature contractuelle de l'accord, le législateur réserve toujours aux seules parties à l'accord la possibilité de saisir le président du tribunal - ou le tribunal - aux fins de prononcer la résolution de l'accord constaté ou homologué, en cas d'inexécution[540]. Toutefois, permettre au mandataire à l'exécution de proposer des solutions serait en cohérence avec les nouvelles prérogatives du conciliateur consistant à pouvoir être force de propositions en phase d'élaboration de l'accord[541]. L'atteinte que le droit des entreprises en difficulté porterait ainsi au principe de liberté contractuelle apparaîtrait justifiée par l'objectif de bonne exécution de l'accord.

Plus encore, aucune modification de l'accord par l'intermédiaire du mandataire n'est actuellement prévue par les textes dans le cadre de la procédure de conciliation. En procédure collective, une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan[542]. En outre, la saisine du tribunal peut émaner du commissaire à l'exécution du plan lorsque la situation du débiteur permet une modification substantielle du plan au profit des créanciers. La distinction entre les procédures amiables et judiciaires s'explique incontestablement par la différence de nature entre l'accord de conciliation et le plan. La modification des termes du jugement nécessite, en effet, d'obtenir une nouvelle décision judiciaire, quand la modification du contrat que constitue l'accord de conciliation pourra intervenir par la signature d'un simple avenant[543]. L'accord de conciliation est, en effet, un contrat qui tire sa force obligatoire de l'article 1103 du Code civil, à la différence des plans qui la tirent du jugement les arrêtant. Il n'en demeure pas moins que la modification de l'accord par les parties pose certaines difficultés.

67. Les difficultés liées à la modification de l'accord par les parties. Compte tenu de sa nature contractuelle, l'accord peut être modifié en cours d'exécution, à la demande de l'une des

539 C. com., art. L. 626-25, al. 5.

540 C. com., art. L. 611-10-3 al. 1er et 2.

541 C. com., art. L. 611-7, al. 1er.

542 C. com., art. L. 626-26.

543 G. Podeur, « Accords de conciliation et plans de sauvegarde », *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1433.

parties et en accord avec l'ensemble des contractants, afin de prévenir une éventuelle inexécution. En effet, ce que la volonté des parties a fait, cette même volonté peut le défaire[544]. Ainsi, pourrait-il être envisagé la modification d'un échéancier de remboursement ou la mise en place d'un refinancement. De façon logique, en tant que « contrat collectif »[545], la modification de l'accord amiable requiert en principe l'accord de tous les signataires. De plus, s'il a fait l'objet d'une constatation ou d'une homologation, le parallélisme des formes voudrait qu'un nouveau constat ou une nouvelle homologation ait lieu. Malgré sa lourdeur, cette solution est inévitable si les modifications apportées sont substantielles[546]. En revanche, si la modification est non substantielle, et encore plus si elle n'intéresse qu'un seul créancier et ne perturbe pas l'exécution globale de l'accord, il ne semble pas nécessaire d'imposer de telles contraintes[547]. Cependant, l'accord initial doit indiquer cette possibilité et définir les modifications non substantielles. Il est également préférable d'en informer l'ensemble des signataires à l'accord[548].

À l'inverse, un auteur considère que si l'accord de conciliation constaté ou homologué peut être modifié ultérieurement par un avenant, les modifications ne pourront en aucun cas rendre caduques les conséquences de la constatation ou de l'homologation[549]. Dès lors, les créanciers pourront toujours se prévaloir du titre exécutoire[550] que constitue l'accord constaté ainsi que des effets de l'homologation, et ce malgré le réaménagement de leurs créances. Autrement dit, les effets de la constatation et de l'homologation perdureront en dépit des modifications apportées au contrat initial[551]. Il est possible d'adhérer à cette thèse, seulement si la modification n'est pas substantielle et qu'elle a été prévue, au préalable, dans l'accord d'origine.

Par conséquent, qu'il soit constaté ou homologué par une décision de justice, l'accord de conciliation demeure contractuel. Pour autant, cette décision de justice emporte des conséquences

544 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 144.411.

545 V. *Supra*, n° 24.

546 L'ancien président du tribunal de commerce, Monsieur Yves Lelièvre, précise qu'en pratique le procédé n'est pas si lourd car il est généralement procédé par simple avenant à la convention initiale si les conditions sont réunies : F. Pérochon, « Prévention : Suivi et résolution des accords amiables. Rémunération dans les missions amiables », *BJE* 01 nov. 2012, n° 06, p. 409.

547 P.-M. Le Corre, *op. cit.*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 144.411.

548 F. Pérochon, « Prévention : Suivi et résolution des accords amiables. Rémunération dans les missions amiables », *BJE* 01 nov. 2012, n° 06, p. 409.

549 G. Podeur, *art. cit.*, *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1432.

550 Il en est notamment ainsi d'un acte notarié revêtant la formule exécutoire : Civ. 2ème, 6 mai 2010, n° 09-67.058. Dans cet arrêt, la Cour de cassation énonce que la banque peut se prévaloir des actes notariés exécutoires pour fonder la procédure de saisie visant à recouvrer la créance née de ces conventions, même s'ils ont été modifiés par des avenants, dès lors que ces derniers n'ont pas opéré de novation.

551 G. Podeur, *art. cit.*, *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1432.

importantes à l'encontre des créanciers. Aussi, une modification de l'accord au cours de son exécution pose des questions, non résolues par les textes, sur ses effets sur les décisions de constatation ou d'homologation.

Conclusion de la section. De prime abord, la conciliation est une procédure purement contractuelle. Cependant, tout en renforçant son caractère négocié, le législateur a accru le rôle du juge et du ministère public pour faciliter la négociation et protéger son résultat. Ainsi, il est désormais possible pour le débiteur d'obtenir des délais de paiement judiciaires à l'égard des créanciers appelés à la conciliation mais ayant refusé d'y participer. Cette règle est le signe d'une procédure plus judiciaire qu'auparavant. Aussi, le contrôle judiciaire opéré sur l'accord constaté ou homologué lui conférant des effets énergiques, ainsi que la surveillance de son exécution, le rapproche un peu plus des plans élaborés en procédure collective.

Conclusion du Chapitre

La recherche d'une solution négociée est moins évidente pour les systèmes, comme le nôtre, reposant sur « *une conception plus centralisée des rapports sociaux* »[552]. La législation française tente néanmoins d'évoluer vers un système plus contractuel et négocié du traitement des entreprises en difficulté.

Le législateur a entrepris au cours des dernières réformes une démarche incitative afin que le débiteur traite précocement et de façon négociée ses difficultés. En effet, l'un des principaux apports de la loi de sauvegarde des entreprises de 2005 est « *de s'être imprégnée de* […] *principes forts, à savoir, qu'il vaut mieux prévenir les difficultés des entreprises par la négociation contractuelle plutôt que d'espérer les guérir par le remède du 'tout judiciaire'*»[553]. Pour ce faire, le caractère contractuel de la procédure de conciliation a été fortement réaffirmé en conférant notamment la maîtrise du traitement au débiteur et à ses créanciers, lesquels peuvent négocier un accord « sur mesure ». Toutefois, ces avancées législatives ne peuvent être gages de réussite sans une volonté commune de l'ensemble des acteurs de la procédure d'y parvenir[554]. Le traitement négocié a donc également été rendu attractif pour les parties à l'accord en améliorant leur sort. Certes, comme pour tout contrat, les parties signataires à l'accord de conciliation sont tenues d'en respecter les termes au risque de voir leur responsabilité contractuelle engagée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution. Sinon, le traitement amiable entraîne peu de risques pour les créanciers de voir leur responsabilité engagée pour soutien abusif. Ainsi, la procédure de conciliation apparaît, fondamentalement, la mesure essentielle du traitement négocié des difficultés d'une entreprise.

Cependant, sans être une procédure judiciaire, elle s'en rapproche de plus en plus[555]. Au cours des réformes, le législateur a en effet souhaité faciliter l'accès à ce traitement amiable tout en renforçant son contrôle judiciaire. Partant, des ressemblances ont pu être constatées entre les

---

[552] P. Lavigne, « La multiplication des procédures – La procédure de conciliation », *in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 26, spéc. p. 29.

[553] A. Reins, « Un mandat *ad hoc* confirmé et une procédure de conciliation améliorée », *LPA* 16 mars 2006, n° 54, p. 10.

[554] V. J. Chartier, Avis AN, n° 2099, 15 fév. 2005 : « L'expérience a très clairement démontré que la réussite d'une procédure amiable repose essentiellement sur ces trois principes fondamentaux : anticipation, confidentialité et consensus ».

[555] B. Thullier, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 174.

nouvelles règles de la conciliation et celles des procédures collectives. D'abord, le juge est présent au cours des négociations en ayant la possibilité d'imposer des délais de paiement aux créanciers. Ensuite, il prend des décisions sous le contrôle du ministère public, acteur désormais incontournable de cette procédure. Enfin, le juge intervient en aval des négociations pour constater ou homologuer l'accord et, ainsi, lui faire produire des effets divers selon la décision judiciaire. Cette intervention judiciaire n'est d'ailleurs pas sans soulever des questions au stade de l'exécution de l'accord.

Plus surprenant, les procédures collectives sont, elles-aussi, imprégnées par la logique contractuelle du traitement amiable. La place de la négociation y est en effet grandissante. On voit ainsi apparaître, dans l'architecture des procédures collectives, des procédures hybrides : les sauvegardes accélérées.

Chapitre 2. Négociation injectée et sujétion maintenue : le cas des sauvegardes accélérées

Le Livre VI du Code de commerce a été modifié à diverses reprises depuis les réformes de 1984 et 1985. Il paraît résulter de cette évolution que le point d'ancrage des procédures n'est plus le critère de cessation des paiements[556]. La répartition des procédures réside davantage dans leur caractère judiciaire ou contractuel[557]. Toutefois, même cette distinction semble aujourd'hui délicate en raison de la place grandissante de la négociation dans les procédures par nature judiciaire et collective. L'instauration des comités des créanciers par la loi du 26 juillet 2005 constitue les prémices du phénomène. Cette nouvelle approche repose également sur l'anticipation avec la création de la procédure de sauvegarde[558]. Dans cette perspective, l'amiable et la prévention se retrouvent au cœur du dispositif normatif. Le point d'orgue du changement structurel des procédures de traitement des difficultés des entreprises est la consécration légale des *prepacks*[559] en 2010 et 2014. Répondant aux vœux des praticiens[560] et aux évolutions jurisprudentielles, avec les arrêts « *Autodistribution* »[561] et « *Thomson* (*Technicolor*) »[562], elle permet la préparation de plans en amont de la procédure collective au cours de laquelle ils pourront être arrêtés dans les plus brefs délais.

---

556 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat, LGDJ, 11e éd., 2018, n° 129, p. 81.

557 *Ibid.*

558 Le terme « anticipation » peut porter à confusion au vu de l'état de cessation des paiements des entreprises ? Il serait plus juste de parler « d'anticipation des difficultés irréversibles » de l'entreprise.

559 Le terme issu du droit américain est fréquemment repris en doctrine. Sa traduction varie selon les auteurs, lesquels utilisent souvent indifféremment les termes « projets de plan », « plans pré-négociés » ou encore « protocole d'accord ».

560 H. Chriqui, « Prévention des difficultés des entreprises : peut-on aller plus loin ? », *Gaz. Pal.* 18 mai 2004, n° 139, p. 2. ; J.-L. Vallens, « Seuls les créanciers peuvent demander la résolution d'un accord amiable », *RTD com.* 2009, p. 621.

561 T. com. Evry, 6 avr. 2009, RG n° 2009L00934, inédit, *LEDEN* juill. 2009, p. 1, obs. F.-X Lucas ; *CDE* 2009, n° 5, p. 35, obs. F.-X Lucas.

562 T. com. Nanterre, Ch. except., 30 nov. 2009, *Thomson*, (jugement d'ouverture) ; T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, RG n° 2010L00346 (jugement arrêtant le plan de sauvegarde), *D.* 2010, A.J. p. 500, obs. A. Lienhard ; *D.* 2010, p. 2504, obs. R. Dammann et G. Podeur.

Ce mécanisme contractuel a été inspiré de la pratique américaine du *prepackaged restructuring plan (prepack)*[563], la plus ancienne en matière d'accord préétabli[564]. Aujourd'hui consacrée par les textes dans le *Bankruptcy Code*[565], elle consiste pour le débiteur à négocier, avant l'ouverture d'une procédure de *Chapter 11*[566], un accord sur la restructuration de l'entreprise avec ses créanciers les plus importants. Ce processus contractuel, plus adapté aux moyennes et grandes entreprises nécessitant une restructuration financière[567], a été mis en place pour limiter les coûts et les longueurs de la procédure de restructuration de *Chapter 11*[568].

Le législateur français s'est donc inspiré du droit américain en créant la procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA)[569] issue de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, dite « loi de régulation bancaire et financière »[570]. Le but est, pour les entreprises bénéficiant d'une procédure de conciliation et n'ayant pu obtenir l'accord unanime de leurs créanciers, de recourir à une procédure collective. S'agissant d'une restructuration exclusivement financière, seuls les comités de

---

563 Le terme *« prepackaged restructuring plan »* peut être traduit par *«* plan de restructuration préemballé *»*.

564 Sous le Bankruptcy Act de 1898, la jurisprudence américaine avait admis les préparations de plans avant l'ouverture d'une procédure de *Chapter 11*. À titre d'illustration : Campbell v. Alleghany Corp. 75 F 2d. 947 (4 th. Cir. 1935). Après quelques années de faible utilisation, ces opérations ont connu, à nouveau, un regain d'intérêt dans les années 1990 : M. Kirschner, D. Kusnetz, L. Solarsh, C. Gatarz, *«* Prepackaged Plans, The Deleveraging Tool of the 90's in the Wake of OID and Tax Concerns *»*, Seton Hall Law Review, vol. 21, 1991, p. 643, cité par M. Tanger, *La faillite en Droit Fédéral des États-Unis*, préf. J. Larrieu, Economica, 2002, p. 368.

565 Le droit américain de la faillite a été profondément réformé par le *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* de 2005 lequel intègre la Loi type sur l'insolvabilité internationale de 1997 élaborée par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Le § 341 du Bankruptcy Code énonce que le débiteur peut être libéré de l'obligation de réunir un comité des créanciers s'il a sollicité l'accord des créanciers sur un plan, antérieurement à l'ouverture de la procédure. De plus, le § 1125 relatif aux conditions d'adoption du plan autorise le débiteur à négocier avec ses créanciers pour obtenir un accord avant l'ouverture de la procédure. Sur ces dispositions : M.L. Bernstein, J. Friedland et J.D. Ayer, *«* Out-of-court Wokouts, Prepacks and Pre-Arranged Cases : a primer *»*, American Bankruptcy Institute Journal, 2005, vol. 24, n° 3, p. 16.

566 En droit américain, la restructuration des entreprises est principalement régie par le chapitre 11 du Code des faillites. Le chapitre 11 du Code fédéral américain des faillites a pour objectif de restructurer l'entreprise en difficulté au moyen d'un plan négocié entre le débiteur et ses créanciers. Cette procédure est publique et entraîne dès son ouverture l'arrêt des poursuites des créanciers. Trois caractéristiques principales sont souvent avancées pour la décrire : le *debtor in possession* qui permet au débiteur de rester aux commandes de son entreprise pendant une période donnée, le vote du plan par des comités de créanciers à une double majorité (par classe et par voix) et la possibilité pour le juge d'imposer le plan aux parties (*« cram down »*). Le législateur français s'est fréquemment inspiré de cette procédure.

567 R. Levin, *«* La restructuration d'entreprises dans le cadre du chapitre 11 du code américain des faillites *»*, *CDE*. 2009, n° 5, p. 21, spéc. p. 25.

568 K.-A. Mayr, *«* Unlocking the Lockup. The Revival of Plan Support Agreements Under New § 1125(g) of the Bankruptcy Code *»*, *Norton Journal of Bankruptcy Law & Practice*, Déc. 2006, Vol. 15, p. 729, spéc. p. 734 : *« Promoting a consensual process in reorganization in turn, will have the broader benefit of preserving the ressources of both debtors and creditors ; it will encourage the making of arrangements earlier in the case* (…) *»*. L'auteur rappelle donc que promouvoir un processus contractuel dans la réorganisation de l'entreprise a l'avantage de préserver les ressources des débiteurs et des créanciers et d'encourager les arrangements à l'amiable le plus en amont possible.

569 C. com., art. L. 628-9 à L. 628-10.

570 Loi n° 2010- 1249, 22 oct. 2010, JO n° 247 du 23 oct. 2010, p. 18984.

créanciers des établissements de crédit et assimilés et l'assemblée des obligataires sont concernés[571]. Jugée trop restrictive, il a été souhaité qu'elle soit accessible à un plus grand nombre de débiteurs[572]. C'est pourquoi l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 est venue étendre son domaine en créant une procédure de sauvegarde accélérée (PSA) aux contours plus larges[573]. En permettant cette ouverture, l'ordonnance a permis la « *démocratisation* »[574] de ces « nouvelles » procédures de sauvegarde[575]. De même, la réforme de 2014 a introduit une autre nouveauté avec le plan de cession préparé, dit *prepack*-cession, permettant au débiteur d'organiser la cession de son entreprise en mandat *ad hoc* ou en conciliation et de le mettre en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure collective[576].

Le législateur a ainsi posé une « passerelle » entre la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde. Si la procédure collective apparaît plus contractuelle en faisant entrer un projet de plan d'ores et déjà négocié en amont, l'unilatéral domine puisqu'il sera imposé à une minorité réfractaire. De tels ponts entre les procédures amiables et judiciaires modifient inéluctablement les équilibres existants entre les procédures. Un remarquable « *mille-feuille* »[577] est donc désormais à la disposition des débiteurs, dont les différentes couches, représentant les procédures amiables et collectives, trouvent à se compléter.

Ainsi, la consécration légale des *prepacks* au sein des procédures collectives met en lumière l'originalité du dispositif qui repose sur un processus négocié et un résultat des négociations imposé (**Section 1**). L'injection de la négociation dans le cadre des procédures collectives n'est pas sans incidences sur les équilibres du Livre VI du Code de commerce. Il convient, alors, d'apprécier la signification de ce bouleversement dans des procédures, par nature collective et judiciaire. En effet, cette nouvelle articulation entre l'amiable et le judiciaire modifie inévitablement le droit des

---

571 C. com., art. L. 628-9.

572 C. Saint-Alary-Houin, *«* La généralisation de la SFA ? *»*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 105.

573 C. com. art. L. 628-1 à L. 628-8.

574 Ph. Roussel Galle, *«* À propos du décret du 30 juin 2014 pris en application de l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté *»*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 7, spéc. 8. ; G. Jazottes, *«* La mise en place d'une "nouvelle" procédure de sauvegarde accélérée et le maintien de la sauvegarde financière accélérée *», in Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, Actes du colloque du 10 octobre 2014 à la Faculté de droit de Besançon, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 3, p. 9.

575 Des dispositions générales, communes aux deux procédures, ont été édictées par le législateur (dispositions propres à la SFA : C. com., art. L. 628-9 et L. 628-10). Les termes *«* sauvegarde accélérée *»* seront donc utilisés lorsque les deux procédures seront visées concomitamment au sein des développements.

576 C. com. art. L 611-7, L. 642-2 et R. 642-2.

577 C. Saint-Alary-Houin, *«* De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! *», in 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 44.

entreprises en difficulté qui ne comprend plus une démarcation claire et nette entre procédures amiables et procédures collectives (**Section 2**).

Section 1. L'originalité de la combinaison

Les lois de 2010 et de 2014, créant la procédure de sauvegarde financière accélérée et la procédure de sauvegarde accélérée, ont fait apparaître, dans l'architecture des traitements des difficultés des entreprises, des procédures tout à fait originales. Si l'importante place faite à la négociation en procédure amiable n'étonne pas, il est plus surprenant de voir son résultat imposé en procédure collective. Le mécanisme du *prepack* est, en effet, un outil hybride, conciliant à la fois l'amiable et le judiciaire. La phase amiable permet au débiteur de négocier avec ses créanciers un accord qui constitue le projet de plan soumis au vote des comités de créanciers, une fois la procédure collective ouverte **(§ 1)**. La procédure collective sert, alors, à imposer aux créanciers réfractaires le projet de plan élaboré en conciliation **(§ 2)**.

§ 1. Un processus négocié

Depuis la réforme de 2005, la négociation du traitement des difficultés d'une entreprise est au cœur des préoccupations du législateur. L'instauration des *prepacks* en droit des entreprises en difficulté illustre la poursuite de ce mouvement. Ces instruments reposent, en effet, sur une négociation entre le débiteur et ses principaux créanciers **(A)**. La négociation, se déroulant dans le cadre d'une procédure de conciliation, est donc parée de nombreux atouts, propres à cette procédure, permettant de limiter les inconvénients liés à l'ouverture d'une procédure collective **(B)**.

A. La négociation du projet de plan

68. Le *prepack*, élément de renforcement de la contractualisation du droit des entreprises en difficulté. L'évolution du droit des entreprises en difficulté est caractérisée depuis longtemps par un mouvement de contractualisation[578]. La conciliation, créée par la réforme de 2005, repose sur la conclusion d'un accord unanime des créanciers sollicités et du débiteur. De même, l'instauration des comités de créanciers, par la même réforme, participe de ce mouvement en

578 V. *Supra*, Introduction, n° 7.

permettant aux créanciers de voter le projet de plan après des négociations, favorisant ainsi une solution négociée fondée sur l'adhésion d'une majorité de créanciers[579]. C'est dans ce contexte que s'inscrit la dernière évolution législative consacrant les *prepacks* au sein des procédures collectives. Le législateur promeut, en effet, une nouvelle fois le traitement négocié des difficultés des entreprises, le *prepack* étant un projet de plan pré-négocié entre le débiteur et ses principaux créanciers pour le faire adopter en tant que plan dans le cadre de procédures de sauvegarde. Plus précisément, le projet de plan doit avoir un soutien suffisamment large des créanciers pour que son adoption lors de la procédure collective soit vraisemblable dans les délais prévus aux articles L. 628-8 et L. 628-10 du Code de commerce[580].

69. La notion de soutien suffisamment large appréciée au cas par cas. La notion de « soutien suffisamment large » est appréciée au cas par cas par les juges lors de la demande d'ouverture d'une sauvegarde accélérée. Le législateur est d'ailleurs resté vague sur les critères d'appréciation de ce soutien préalable. L'imprécision du texte peut néanmoins s'expliquer par le fait que la négociation ait lieu en conciliation, procédure dans laquelle certains créanciers sont encore inconnus[581].

Il semble cependant logique que le débiteur obtienne la majorité des deux tiers du montant des créances pour rendre possible son adoption dans les conditions prévues dans le cadre du vote des comités des créanciers[582].

70. La preuve et le champ d'application du soutien. La preuve du soutien est identique pour les deux procédures : elle est apportée par tout moyen, au plus tard au moment où le juge statue[583]. La différence importante entre les deux sauvegardes réside dans leur portée. La PSA a un effet quasi *erga omnes* en affectant tous les créanciers soumis à l'obligation de déclaration, à l'exception des salariés et des créanciers alimentaires[584]. En raison de ses effets étendus, il existe peu de différence avec la sauvegarde classique. La SFA n'a, quant à elle, d'effet qu'à l'égard des créanciers

579 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-P. Haehl, LGDJ, 2013, n° 19, p. 28.

580 C. com., art. L. 628-1, al. 2.

581 Selon l'article L. 611-7, alinéa 1er du Code de commerce, le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable. Certains créanciers ne sont pas invités à la table des négociations. Th. Montéran et M. Mieulle, *«* De la pratique du plan de sauvegarde pré négocié à la procédure de sauvegarde financière accélérée *»*, *Journal des sociétés*, nov. 2010, p. 36, spéc. p. 41 ; H. Bourbouloux, *«* La sauvegarde financière accélérée *»*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, p. 73, spéc. p. 74.

582 Dans le sens de la nécessité de recueillir une majorité qualifiée pour l'adoption future du plan : F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 2014, n° 395, p. 190.

583 C. com., art. R. 628-2, al. 1.

584 C. com., art. L. 628-6.

financiers[585]. Il semble donc plus difficile, en PSA, d'attester du vaste soutien devant être recueilli « *de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet* »[586], puisque leur nombre peut être important.

Par ailleurs, il existe une difficulté d'interprétation du champ d'application de ce soutien. Concerne-t-il l'ensemble des créanciers, y compris ceux n'appartenant pas à un comité de créanciers ? À l'exclusion de la SFA, qui au vu de sa spécificité, ne concerne pas l'ensemble des créanciers[587], la question a un intérêt pratique concernant le plan adopté en PSA. À première vue, si l'on se fonde sur sa portée, il semblerait que l'ensemble des créanciers à l'égard desquels la procédure produit ses effets[588] soit concerné. Cependant, l'article L. 628-8 du Code de commerce énonce que le tribunal arrête le plan dans les conditions prévues dans le cadre des comités des créanciers. Or, dans certaines situations, le seul plan soumis aux comités ne suffira pas à sauver l'entreprise en difficulté. Par exemple, des créanciers importants tels que l'Urssaf ou le Trésor ne font pas partie des comités de créanciers. Le conciliateur aura donc tout intérêt à recueillir l'accord individuel des créanciers hors comités sur des délais et des remises[589]. Un tel soutien sera par la suite vérifié par le tribunal lors de l'ouverture de la procédure. Au vu de l'importance que peuvent revêtir de tels sacrifices hors comités, il aurait donc été opportun que la réforme intègre cette possibilité dans les textes[590]. D'une part, l'article L. 628-2 du Code de commerce énonce que « *le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après un rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation et les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers concernés* ». Le texte fait donc mention des perspectives d'adoption du projet de plan par les seuls « créanciers concernés ». Or, pour plus de précisions, il pourrait être ajouté le soutien des créanciers exclus de la composition des comités[591]. D'autre part, l'article L. 628-8 pourrait prévoir, à titre complémentaire, que le tribunal prend acte des délais et remises consentis par les autres créanciers.

585 C. com., art. L. 628-9.

586 C. com., art. L. 628-1, al. 2.

587 Les comptes du débiteur font apparaître que la nature de l'endettement rend vraisemblable l'adoption d'un plan par les seuls comités financiers (comités des établissements de crédit et l'assemblée des obligataires : C. com. art., L. 628-9.

588 C. com., art. L. 628-6.

589 Le conciliateur devra justifier dans son rapport de l'obtention de tels accords sur les délais ou encore de démarches effectuées auprès de la Commission des chefs des services financiers concernant les remises (C. com., art. D. 626-14). En ce sens : J. Théron, *«* La procédure de sauvegarde accélérée *», in Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose…*, *Dr. et patr.* juill-août 2014, n° 238, p. 46, spéc. p. 50.

590 *Ibid.*, p. 46, spéc. p. 50 et 51.

591 C. com., art. L. 626-30.

En définitive, bien que la condition de soutien suffisamment large mérite d'être précisée, il n'en demeure pas moins que la consécration législative du *prepack* illustre l'importance de la négociation dans la préparation du projet de plan qui sera voté en procédure collective. Depuis la modification des textes en ce sens - et même avant - la jurisprudence est venue au renfort de cette évolution.

71. L'illustration jurisprudentielle de la place faite au processus négocié. Les rares affaires mettant en œuvre un *prepack* témoignent de la place grandissante faite à la négociation comme mode de traitement des difficultés des entreprises. On peut notamment se fonder sur un exemple antérieur à l'instauration du mécanisme dans les textes, sur un autre concernant la SFA et enfin sur un dernier relatif à la PSA.

Tout d'abord, le *prepack* négocié par la société *Thomson* est un exemple topique du renforcement de la négociation en procédure collective. Cette holding de tête du groupe éponyme, composé de 200 sociétés à travers une dizaine de pays avec plus de 20 000 salariés, réalisait en 2009 un chiffre d'affaires de plus de 3,5 milliards d'euros[592]. Portant la quasi-totalité de la dette financière du groupe, la société *Thomson* envisagea, pour les années à venir, l'insuffisance de ses flux de trésorerie face à sa dette, élevée à 2,8 milliards d'euros. C'est pourquoi elle décida, à l'été 2009, de négocier avec ses principaux créanciers. La réduction de l'endettement financier[593] était prévue, soit sous forme d'augmentation du capital social, soit par l'émission d'obligations. L'un de ses principaux créanciers, la *Deutsche Bank*, refusa l'accord et mis en vente aux enchères les titres qu'elle détenait. La négociation était dès lors compliquée eu égard à la dispersion des titres sur le marché et l'impossibilité en résultant d'identifier clairement l'ensemble des créanciers. Souhaitant poursuivre la mise en œuvre d'un traitement négocié[594], la société demanda l'ouverture d'une procédure de sauvegarde en novembre 2009[595]. Celle-ci permettait, en effet, de connaître l'identité des créanciers grâce à la fois à la période d'observation et à la déclaration des créances, mais surtout de réunir les comités des créanciers pour qu'ils se prononcent sur le projet de plan ainsi préétabli.

592 La société-mère était composée de 512 salariés.

593 Dans cette affaire, les enjeux étaient uniquement économiques et financiers ; il n'y avait de ce fait pas de restructuration sociale envisagée.

594 Ch. Lebel, « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde : Thomson SA », *JCP E* 2009, n° 51-52, p. 3, spéc. p. 4.

595 La société était éligible à l'ouverture de la sauvegarde car elle justifiait de difficultés insurmontables et n'était pas en cessation des paiements au regard de son actif disponible face à son passif exigible (Actif disponible : 155 millions d'euros ; passif exigible : 19 millions d'euros).

Le 17 février 2010, le tribunal de commerce de Nanterre[596] est venu arrêter le plan « *selon les modalités prévues au projet de plan et ses annexes* »[597]. La solution trouvée était fondée sur une assise contractuelle puisque « *cette restructuration n'a été permise qu'avec l'assentiment et le concours de la majorité des créanciers de la société ayant accepté de convertir des créances en actions ou en titres de créances donnant accès au capital* »[598].

Ensuite, un autre exemple jurisprudentiel, reposant sur l'ouverture d'une sauvegarde financière accélérée, montre également que le *prepack* est le résultat de négociations réussies entre le débiteur et la majorité de ses créanciers. En vue de surmonter ses difficultés financières, une filiale d'un groupe dans le secteur de la logistique et de l'emballage, avait obtenu un accord de conciliation, homologué par le tribunal de commerce de Nanterre en février 2013[599]. Aucun impact social n'était envisagé, seule la restructuration financière de la société était prévue aux moyens d'apports d'actionnaires et de délais de paiement des créanciers publics et bancaires. La holding, quant à elle, s'était engagée à renoncer à appeler les dividendes tant que la filiale n'avait pas achevé son plan d'apurement. De plus, certaines banques seniors avaient accepté la réduction des intérêts d'un prêt d'acquisition et le report de la date finale de maturité des prêts. Toutefois, en raison du refus d'une des banques à signer l'accord, une demande d'ouverture d'une SFA a été faite devant le tribunal de commerce de Nanterre. Le tribunal releva expressément qu'il « *ressort du contrat de restructuration annexé au projet de plan, que la majorité des créanciers en nombre et en montant des créances, a adhéré aux propositions contenues dans le projet de plan* »[600].

Enfin, dans la même logique, l'ouverture de la première sauvegarde accélérée, le 19 septembre 2014, en faveur des sociétés holdings du groupe *Alma Consulting*, cabinet de conseil

596 T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, RG n° 2010L00346.

597 Le projet de plan faisait l'objet de contestations de la part de créanciers porteurs de titres super-subordonnés (TSS), faisant partie de l'assemblée unique des obligataires. Cependant, le tribunal, qui était amené à contrôler que l'intérêt de tous les créanciers étaient suffisamment protégés, considéra qu'il était nécessaire d'arrêter immédiatement le plan de sauvegarde. Selon le tribunal, la négociation préalable à la sauvegarde avait été compliquée entre Thomson et les créanciers super-privilégiés en raison de la difficulté d'identifier les titulaires de titres au porteur et le temps restreint des négociations. Par voie de conséquence, le tribunal arrêta le projet de plan selon les modalités prévues au projet de plan et invita les parties à négocier sur le calcul de la créance d'intérêts des porteurs de TSS dans le cadre d'une médiation. Une telle invitation à négocier n'entraîne aucune modification du plan de sauvegarde. Pour une analyse complète du traitement contesté de la créance d'intérêts des porteurs de TSS : v. P.-M. Le Corre, « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.* 2010, p. 839.

598 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-P. Haehl, LGDJ, 2013, n° 23, p. 34.

599 T. com. Nanterre, 27 fév. 2013, RG n° 213L002505.

600 T. com. Nanterre, 27 mars 2013, RG n° 1013L00611. Le jugement est cité par : Ph. Roussel Galle, « Adoption du plan de la première sauvegarde financière accélérée », *JCP E* 2013, n° 23, p. 24, spéc. p. 25.

français, témoigne de l'utilisation du *prepack* pour céder à l'amiable une entreprise en difficulté[601]. Comprenant environ 1300 salariés et détenant une dette d'environ 430 millions d'euros, à la suite d'un LBO[602] en 2007, la société *Alma Consulting* a négocié sa cession dans le cadre d'une conciliation. La réussite des négociations n'était, au départ, pas aisée tant les parties ne semblaient pas vouloir s'accorder sur le futur repreneur[603]. Du reste, le fruit des négociations a finalement été un vote à 98% en faveur de la détention du capital social par le Fonds *Babson* et par d'autres créanciers à hauteur de 80%, divisant ainsi la dette par quatre. C'est donc sur la base de cet accord pré-négocié, avec l'assentiment de certains créanciers seulement, que la société a demandé l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée. Ces trois exemples illustrent que les solutions reposent « *sur la base d'un accord de restructuration largement négocié avant même l'ouverture de la procédure collective, avec une large majorité - mais non l'unanimité - des principaux créanciers* »[604].

Le législateur a donc su tirer les leçons de la pratique en consacrant le mécanisme du *prepack* dans les textes. Puis la jurisprudence, qui s'était montrée innovante à cet égard, poursuit son œuvre en appliquant les nouveaux textes. Au demeurant, cette phase amiable dispose de nombreux atouts, protégeant l'entreprise et ses partenaires.

B. Les atouts de la négociation

Les négociations en conciliation permettent un traitement rapide **(1)**, souple et confidentiel des difficultés des entreprises **(2)**. Bien plus, les parties négocient dans un cadre sécurisé **(3)**.

---

601 V. pour plus d'explications sur ce dossier : D. Cosnard, « Alma Consulting, un nouveau champion français bientôt repris par ses créanciers », *Le Monde*, 7 sept. 2014 ; « Alma Consulting, première société placée en sauvegarde accélérée », *Le Monde*, 19 sept. 2014 ; A. Boudet, « Alma Consulting autorisé à ouvrir des procédures de sauvegardes accélérées », *Les Echos*, 23 sept. 2014 ; A. Boudet, « Alma Consulting repart de l'avant », *Les Echos*, 19 nov. 2014 ; A. Boudet, « Le numéro un européen du conseil en optimisation des coûts s'offre le numéro 3 français », *Les Echos*, 9 janv. 2015.

602 *Leveraged buy-out*. Un LBO est le rachat des actions d'une entreprise financé par une très large part d'endettement. Concrètement, une société holding est créée et s'endette pour racheter la majorité des actions d'une société cible. Les emprunts sont ensuite remboursés grâce aux dividendes que la cible verse au holding.

603 La majorité des créanciers, dont le président d'Alma Consulting, soutenait la reprise par le Fonds Babson lorsqu'une minorité de créanciers, dont l'un des principaux actionnaires et fondateur de la société, votait en faveur de l'offre concurrente du cabinet Leyton.

604 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 34, p. 34.

1. Un traitement rapide

72. Des délais réduits en sauvegarde accélérée. La célérité de la procédure se manifeste par des délais de procédure considérablement réduits. En effet, le projet de plan doit être adopté pour la PSA dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture[605] et pour la SFA dans un délai, encore plus court, d'un mois à partir du jugement d'ouverture, délai prolongé pour un mois au plus par le tribunal[606].

Le respect de ces brefs délais est notamment possible grâce à la préparation du projet de plan trouvé en amont pendant la procédure de conciliation[607]. La procédure s'en trouve raccourcie puisque seul le vote des comités sur le plan est nécessaire. De plus, en comparaison avec la sauvegarde de droit commun, il n'y a pas de période d'observation, ni d'élaboration de bilan économique et social, l'observation de la situation de l'entreprise ayant eu lieu en amont, lors de la conciliation. En outre, l'article L. 628-7, alinéa 1er du Code de commerce instaure une dérogation aux modalités de déclaration de créances prévues aux articles L. 622-24 et L. 622-26. Le débiteur établit, en effet, une liste des créances devant faire l'objet de la déclaration de chaque créancier ayant participé à la conciliation[608]. Cette liste est déposée au greffe dans les dix jours du jugement d'ouverture[609]. Il en est de même de la réduction du délai dans lequel les comités doivent se prononcer, fixé au troisième alinéa de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce[610], réduit à huit jours en sauvegarde financière accélérée[611]. Les dérogations aux règles de la sauvegarde classique liées à l'objectif de brièveté de la procédure concernent également la non-application des dispositions relatives à la résiliation des contrats en cours et celles propres aux revendications et restitutions[612]. De plus, à sa demande, le débiteur peut être dispensé d'inventaire par le tribunal. Ces délais réduits ont un atout majeur : celui de la préservation de la valeur de l'entreprise.

605 C. com., art. L. 628-8.

606 C. com., art. L. 628-10, al.2.

607 En cas de non-respect des délais, il est mis fin à la procédure et à la différence des autres procédures collectives aucune conversion n'est possible : C. com., art. L. 628-8, al. 2.

608 La liste est certifiée par le commissaire aux comptes ou, à défaut, par l'expert-comptable.

609 C. com., art. L. 628-7, al. 1er et al. 3 et art. R. 628-8.

610 Les comités se prononcent sur chaque projet, dans un délai de vingt à trente jours suivant la transmission des propositions du débiteur. À la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge-commissaire peut augmenter ou réduire ce délai, qui ne peut toutefois être inférieur à quinze jours.

611 C. com., art. L. 628-10, al. 1er.

612 C. com., art. L. 628-1, al. 1er.

73. Un des effets de la réduction des délais : la préservation de la valeur de l'entreprise. Avant même que le législateur organise formellement le *prepack*, les affaires « *Autodistribution* » et « *Thomson* »[613] ont démontré les effets favorables d'une négociation préalable entre un débiteur et ses créanciers financiers sur la célérité de la procédure de sauvegarde ouverte ultérieurement. En effet, la sauvegarde de la société *Autodis* s'est déroulée en sept semaines et celle de la société *Thomson* en onze semaines. Partant, la consécration légale du *prepack* modifie le déroulement et les finalités de la sauvegarde classique car son objet n'est plus « *simplement la continuation de l'exploitation, mais le maintien de la valeur de l'entreprise* »[614]. En effet, l'activité économique de l'entreprise n'est pas affectée car elle se poursuit pendant les négociations du projet de plan. De plus, l'ouverture de la procédure judiciaire induit une perte de confiance auprès des partenaires de l'entreprise en difficulté. En réduisant la durée de la procédure collective, la destruction de valeur qu'emporte nécessairement son ouverture est dès lors limitée[615]. Autrement dit, la sauvegarde préparée à l'avance sera de courte durée, ce qui réduit les effets collatéraux négatifs[616].

En somme, la phase des négociations, déplacée dans une sphère amiable, mais toujours sous la protection du tribunal, permet de limiter le temps passé en procédure judiciaire, et ainsi d'en réduire les coûts et de préserver le crédit de l'entreprise. La préparation du *prepack* en phase amiable présente d'autres avantages inhérents aux procédés et procédés amiables, comme la souplesse et la confidentialité du traitement.

2. Un traitement souple et confidentiel

74. Un cadre souple. Le *prepack* est un outil original permettant un alliage parfait entre l'amiable et le judiciaire. Dès lors, « nul ne saurait remettre en question la pertinence d'un plan concerté et arrêté avec l'ensemble de ses créanciers avec toute la souplesse de traitement que peut offrir ce genre d'accord délesté des règles imposées par les procédures judiciaires »[617]. Les négociations ont pour objectif majeur de permettre aux parties de bâtir, en amont d'une procédure plus rigide, des

613 T. com. Evry, 6 avr. 2009, RG n° 2009L00934, *Autodistribution, préc.* ; T. com. Nanterre, Ch. except., 30 nov. 2009, *Thomson*, préc. ; T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, RG n° 2010L00346, préc.

614 C. Saint-Alary-Houin, *«* La sauvegarde financière accélérée *»*, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, p. 31, spéc. p. 35.

615 F.-X. Lucas, *art. cit.*, *CDE* 2009, n° 5, p. 35.

616 J.-B. Drummen, *«* La détection précoce des difficultés des entreprises (table ronde) *»*, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 49, spéc. p. 52.

617 Th. Montéran et M. Mieulle, *«* De la pratique du plan de sauvegarde pré négocié à la procédure de sauvegarde financière accélérée *»*, *Journal des sociétés*, nov. 2010, p. 36.

projets de plans sérieux. En effet, la conciliation est perçue comme une procédure moins brutale qu'une procédure collective, permettant une restructuration voulue et contrôlée par les parties[618].

Du reste, l'élaboration du projet de plan est souple puisque l'article L. 628-1 du Code de commerce prévoit comme seule condition pour l'ouverture d'une PSA ou d'une SFA l'obtention du « *soutien suffisamment large de la part des créanciers* ».

75. Un cadre confidentiel. La confidentialité[619] des négociations au sein de la conciliation est l'un des éléments à l'origine de son succès[620]. Le principe de la confidentialité est énoncé à l'article L. 611-15 du Code de commerce et prévoit que toutes les personnes appelées à la procédure ou qui, par leurs fonctions, en ont connaissance sont tenues à la confidentialité sur les informations délivrées dans ce cadre. La confidentialité permet de protéger l'entreprise dont les difficultés pourraient être aggravées par des divulgations déloyales. Autrement dit, elle permet, elle-aussi, de préserver le crédit de l'entreprise.

L'autre avantage du *prepack* réside, donc, dans le cadre souple et confidentiel des négociations, favorisant la préservation du crédit de l'entreprise et assurant la confiance de ses partenaires. Négocier un *prepack* au cours d'un traitement amiable permet également aux parties de se placer sous la protection du tribunal. Le cadre des négociations est, de ce fait, sécurisé.

3. Un traitement sécurisé

76. L'ouverture préalable d'une conciliation. En matière de plans préparés, des convergences importantes existent entre la procédure française et la procédure américaine[621]. Néanmoins, un point essentiel les différencie ostensiblement : celui du cadre des négociations. Outre-Atlantique, une liberté totale est laissée aux parties, lorsqu'en France un cadre légal est imposé. Ce cadre est celui de la conciliation. Le président du tribunal est présent dès le début du processus puisqu'il ouvre la conciliation[622], puis pendant son déroulement au regard des pouvoirs que le législateur lui

618 F.-X. Lucas, *«* Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française *», in* Entreprises en difficulté : pratiques innovantes – Aspects de droit interne et international, *CDE* 2009, n° 5, p. 35.

619 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 26.

620 O. Dufour, *«* Le tribunal de commerce de Paris parie sur la conciliation *»*, *LPA* 3 fév. 2009, p. 4.

621 V. S. Stankiewicz-Murphy, L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. Vers un rapprochement des droits ?, ss. la dir. de J.-L. Vallens, Thèse, Strasbourg, 2011. p. 130 et s.

622 C. com., art. L.611-6, al. 2.

a conférés[623]. L'exigence d'une conciliation préalable s'oppose donc au droit américain pour lequel le législateur a choisi de ne soumettre la phase de négociation pour l'élaboration du *prepackaged plan* à aucune condition. En effet, la phase pré-judiciaire américaine est purement contractuelle, car il s'agit d'une négociation entre le débiteur et ses créanciers sans aucune intervention de la loi, ni du juge[624]. De surcroît, avant l'ouverture du *Chapter 11*, le débiteur ne peut bénéficier de l'*automatic stay*[625] qui le protège de ses créanciers. Cette liberté totale pose justement des difficultés aux États-Unis, liées aux nombreux abus révélés[626]. La conciliation apporte, dès lors, ce cadre sécurisé. Elle est structurée[627] en raison du rôle du juge et de l'information donnée au ministère public. C'est très certainement pour l'ensemble de ces raisons que le mandat *ad hoc*, dont le régime est plus souple, a été écarté comme condition préalable aux sauvegardes accélérées.

C'est à l'ouverture de la procédure accélérée que le tribunal contrôle l'opportunité du projet de plan et s'assure du soutien suffisant des créanciers. Le rapport du conciliateur est donc essentiel dans la prise de décision des juges.

77. L'importance du rapport du conciliateur dans la décision du tribunal d'ouverture de la procédure. Afin de prononcer l'ouverture d'une PSA ou d'une SFA, le tribunal statue en s'appuyant sur le rapport du conciliateur explicitant le déroulement de la conciliation et les perspectives sérieuses d'adoption du projet de plan de nature à assurer la pérennité de l'entreprise[628]. Ce rapport substantiel est une pièce décisive dans la décision du tribunal car il assure le sérieux et la pertinence du projet de plan, c'est-à-dire son adéquation aux besoins et aux moyens de l'entreprise[629]. Le tribunal doit, en effet, être conforté par la large adhésion des créanciers au futur

623 En matière d'informations : C. com. art. L. 611-6, al. 5. S'agissant des délais de paiement imposés par le juge : C. com. art. L. 611-7, al. 5.

624 Un tribunal de l'État de l'Utah a rappelé que de telles négociations avaient lieu en conseil d'administration et non dans un tribunal : « in the board room, not in the court room » : In Re Curlew Valley Ass, 14 B.R. 511 (Bankr. D. Utah 1981).

625 L'automatic stay, prévu par le Code de la faillite, U.S.C. §362(a), correspond aux principes français du gel des poursuites et d'interdiction de payer les créances antérieures.

626 S. Stankiewicz-Murphy, *op. cit.*, Thèse, Strasbourg, 2011, p. 127 à 129. L'auteur met en avant les inconvénients liés aux risques de détournement de la procédure par le débiteur et l'importance du contentieux en la matière en raison de l'imprécision des règles ; M. Tanger, *La faillite en Droit Fédéral des États-Unis*, préf. J. Larrieu, Economica, 2002, p. 367 et s. M. Tanger énonce notamment que malgré les avantages des plans préétablis, c'est pendant le déroulement de la procédure judiciaire que les parties vont se rapprocher, soumises à la pression légale et judiciaire.

627 R. Dammann et S. Schneider, « La sauvegarde financière accélérée-analyse et perspectives d'avenir », *D.* 2011, n° 21, p. 1429, spéc. p. 1431.

628 C. com., art. L. 628-2 et art. R. 628-4.

629 L'article R. 628-4, alinéa 1du Code de commerce prévoit, à cet égard, que le rapport du conciliateur est complété par tout élément permettant d'apprécier la pertinence du projet de plan, notamment au regard des conditions économiques et financières de la poursuite de l'activité énoncées par ce projet.

plan. Pour ce faire, il peut demander la communication des pièces et actes relatifs à la conciliation, nonobstant l'exigence de confidentialité attachée à cette phase[630]. Ainsi, le passage en conciliation permet au tribunal de détenir de précieuses informations sur l'entreprise, avant de se prononcer sur l'ouverture d'une sauvegarde accélérée. Cela tranche avec la liberté conférée en droit américain, où les négociations se déroulent principalement lors des conseils d'administration. Dans un tel cadre, les juges américains ont des informations bien plus tardivement que leurs homologues français[631].

L'intervention d'un conciliateur permet donc de garantir aux yeux des juges, le respect du principe de loyauté dans les négociations et la solidité du projet. Le conciliateur devient, ainsi, au stade de la procédure judiciaire, le véritable garant de la crédibilité du résultat des négociations. Il s'agit alors à ce stade de convaincre le tribunal qu'une majorité des créanciers soutient le débiteur.

78. La désignation du conciliateur comme administrateur judiciaire, illustration du pont entre la conciliation et la sauvegarde. Dans un souci d'efficacité et de simplicité, l'article L. 628-3 du Code de commerce précise que le conciliateur, lorsqu'il est inscrit sur la liste des administrateurs judiciaires, est en principe automatiquement nommé en qualité d'administrateur judiciaire, sauf décision contraire motivée. Le projet de plan, généralement complexe en matière de restructuration financière, et la célérité attendue en procédure collective invitent, en effet, à ce que l'administrateur judiciaire ait eu, au préalable, connaissance du dossier.

L'articulation de la procédure amiable et de la procédure collective est ici évidente. Le conciliateur semble être le plus apte à participer à la sauvegarde accélérée, en tant qu'administrateur judiciaire, en raison du rôle qu'il joue lors des négociations antérieures. Dans le cadre de la conciliation, il a ainsi pu se familiariser avec le dossier et les parties et contribuer au perfectionnement des négociations ; autant d'éléments qui permettent de préparer au mieux la procédure ultérieure[632].

En définitive, la conciliation est un cadre procédural adapté pour l'élaboration d'un projet de plan, arrêté ultérieurement en procédure accélérée. Les avantages du *prepack* ne se limitent pas à l'importante liberté laissée aux parties. Recourir à un tel mécanisme pour conclure un projet de plan préalable à une sauvegarde accélérée confère également une sécurité non négligeable pour une

630 C. com., art. L. 628-2.

631 S. Stankiewicz-Murphy, *op. cit.*, Thèse, Strasbourg, 2011, p. 85.

632 A. Besse et N. Morelli, « Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde », *JCP E* 2009, n° 25, 1628, p. 28, spéc. p. 30.

entreprise en difficulté et ses partenaires. Le *prepack* est donc un instrument original en ce qu'il est négocié en conciliation et imposé en procédure collective.

§ 2. Un résultat imposé

La procédure judiciaire permet de légitimer le fait d'imposer aux créanciers minoritaires récalcitrants la volonté de la majorité. Tout l'intérêt de la procédure de sauvegarde accélérée réside dans la possibilité d'imposer le projet de plan n'ayant pas obtenu l'unanimité. Le *prepack*, de nature contractuelle, est remplacé par un plan, arrêté unilatéralement par le tribunal dans le cadre de ces procédures accélérées **(A)**. Si cette technique de « forçage » au projet de plan peut être critiquable à certains égards, elle est néanmoins limitée à certaines entreprises. En effet, ces procédures collectives d'un nouveau genre ne sont pas accessibles à l'ensemble des entreprises en difficulté, les petites structures en étant écartées **(B)**.

A. Un plan unilatéral

79. L'instauration des procédures accélérées critiquée. Plutôt que de voir dans les affaires « *Autodistribution* »[633] et « *Thomson* »[634] la souplesse du droit français et laisser ainsi faire la pratique[635], le législateur a préféré réformer le droit des entreprises en difficulté en créant de nouvelles procédures. Ces différents ajouts législatifs peuvent jeter le trouble dans l'architecture des procédures collectives, voire donner à certains un sentiment « *d'émiettement* » du droit[636].

De plus, le « forçage » possible par le recours à une procédure collective et judiciaire n'emporte pas l'adhésion de tous. D'une part, on a pu se demander si la mise en œuvre du *prepack* ne constituait pas, en réalité, l'instrumentalisation des procédures de conciliation et de sauvegarde. Le recours à la sauvegarde peut être perçu comme un détournement de la procédure de conciliation en ce que l'on incite les créanciers à négocier dans un cadre souple et consensuel en forçant par la suite la main des plus récalcitrants dans le cadre d'une procédure collective[637]. D'autre part, l'instauration de ces procédures ne fait qu'accentuer la tendance qui affecte certains principes

633 T. com. Evry, 6 avr. 2009, *Autodistribution*, RG n° 2009L00934, préc.

634 T. com. Nanterre, Ch. except., 30 nov. 2009, préc. ; T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, RG n° 2010L00346, préc.

635 B. Grelon, *«* La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de "régulation bancaire et financière" en date du 22 octobre 2010 *»*, *Rev. Sociétés* 2011, n° 1, p. 7, spéc. p. 8.

636 *Ibid.*, p. 7, spéc. p. 9.

637 *Ibid.* ; J. Théron, *«* La procédure de sauvegarde accélérée *», in* Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose…, *Dr. et patr.* juill-août 2014, n° 238, p. 46, spéc. p. 48.

du droit des entreprises en difficulté[638]. En traitant de manière distincte les créanciers[639], elle porte atteinte, à certains égards, au principe d'égalité des créanciers[640]. À ce titre, il a été souligné l'« *agression sauvage* »[641] et l'atteinte « *particulièrement vigoureuse* »[642] au principe d'égalité des créanciers.

Si des effets néfastes peuvent être relevés, l'objectif de ces procédures est la recherche d'efficacité dans la sauvegarde d'une entreprise[643].

80. L'ouverture d'une procédure collective justifiée. S'agissant de la critique sur l'inflation législative, il apparaît opportun de consacrer la pratique dans les textes dans un souci de sécurité juridique. L'encadrement juridique évite les dérives et les abus. De plus, les justiciables ont accès à une « boîte à outils » plus efficace et plus élargie, leur permettant ainsi de faire un choix selon leur situation.

En tout état de cause, le passage en procédure collective permet d'imposer à une minorité le plan pré-négocié en procédure amiable. En d'autres termes, l'ouverture d'une procédure collective et judiciaire légitime le mécanisme du *cramdown*, qui consiste à « écraser » la minorité des créanciers. La combinaison est originale en ce qu'elle rend complémentaires deux procédures, l'une contractuelle, la conciliation, l'autre judiciaire, la sauvegarde[644]. Les nouvelles sauvegardes conjuguent, donc, à la fois la souplesse contractuelle de la préparation du futur plan et la contrainte judiciaire, liant les créanciers affectés par la procédure une fois le plan arrêté par le tribunal.

L'instauration d'une procédure collective pour faire adopter un projet d'accord de conciliation « converti » en plan de sauvegarde s'explique par la difficulté de recueillir l'unanimité en procédure amiable. En effet, les organes de la procédure de conciliation ne détenant pas de pouvoir de contrainte, il peut apparaître difficile, lorsque la dette est complexe, d'obtenir l'accord unanime des créanciers. Il faut se rappeler que les négociations reposent, à ce stade, sur la simple volonté des participants. Les raisons d'un défaut de « consensus » sont diverses. La multiplicité des

638 V. *Infra* Chap. I, Titre I, Partie II, n° 211.

639 Cela est patent en SFA, laquelle n'a d'effet que sur les créanciers financiers du débiteur : C. com., art. L. 628-9.

640 F.-X. Lucas, *«* Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée *», in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance*, Actes du colloque organisé à 'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 93, spéc. p. 95.

641 Th. Montéran, *«* Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée : agression sauvage des principes d'égalité des créanciers et d'unicité du patrimoine *»*, *Gaz. Pal.* 15-16 oct. 2010, n° 289, p. 9.

642 Ph. Roussel Galle, *«* Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010 *»*, *JCP E* 2010, n° 44-45, act. 591, p. 3, spéc. p. 5.

643 F. Reille, *«* La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 *»*, *Gaz. Pal.* 6 avril 2014, n° 96, p. 11, spéc. p. 14.

644 L.-C. Henry, *«* La sauvegarde financière accélérée ou les leçons de la pratique *»*, *LPA* 22 nov. 2016, n° 232, p. 4.

acteurs, la complexité de la dette ou encore les divergences de politiques internes entre les prêteurs[645] sont autant de freins à un accord unanime. Dans certains cas, le débiteur rencontre même des difficultés à identifier ses créanciers. Comment parvenir en effet à un accord lorsque les intérêts des créanciers sont trop divergents (créanciers seniors et créanciers subordonnés, prêteur originaire ou *hedge fund*, etc.)[646]? C'est pourquoi, la conclusion d'un accord amiable « *peut parfois tenir du miracle* »[647]. La sauvegarde accélérée, financière ou non, permet donc de contourner la difficulté relative à la règle de l'unanimité. Le recours à une procédure judiciaire se révèle indispensable dans les cas où le point d'équilibre dans les négociations est difficile à trouver.

En outre, les atteintes que la procédure collective porte au principe de liberté contractuelle et à celui de l'égalité des créanciers peuvent être justifiées par la protection de l'intérêt général. L'immixtion du juge dans la relation contractuelle permet de vérifier que « *les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* »[648].

Il reste que ce *cramdown* n'est pas à la portée de toutes les entreprises en difficulté car les procédures de sauvegarde accélérée, financières ou non, ont un champ d'application restreint.

B. Un domaine restreint

81. L'exclusion du mandat *ad hoc*. Seule la conciliation permet la passerelle entre les procédures amiables et judiciaires. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée, financière ou non, nécessite en effet que le débiteur soit engagé dans une procédure de conciliation, au jour de la demande d'ouverture[649]. L'exclusion du mandat *ad hoc* est critiqué[650] car il apporte, lui aussi, des gages de sécurité, assurés par la présence d'un tiers indépendant, qui pourra attester du sérieux de l'opération et du soutien suffisamment large obtenu. Cependant, cette exclusion s'explique sans

645 Certains acceptent les termes d'un accord sans difficulté tandis que les autres opposent un refus systématique.

646 R. Dammann et G. Podeur, « Sauvegarde financière express : vers une consécration législative du « prepack à la française » ? », *D.* 2010, p. 2005.

647 A. Besse et N. Morelli, *art. cit.*, *JCP E* 2009, n° 25, 1628, p. 28, spéc. p. 30.

648 Selon l'alinéa 1er de l'article L. 628-8 du Code de commerce, le tribunal arrête le plan dans les conditions prévues à l'article L. 626-31 dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture. L'article L. 626-31 du Code de commerce énonce qu'il s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés.

649 C. com., art. L. 628-1, al. 2. Illustration jurisprudentielle de l'exigence d'une conciliation « en cours » : Com. 12 juill. 2016, n° 14-27.983.

650 D. Caramalli, « Droit des entreprises en difficulté : quelques suggestions d'amélioration », *D.* 2013, p. 2417 ; P.-M. Le Corre, « En avant, pour une nouvelle réforme de la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 09 déc. 2013, n° 245, p. 3.

doute par le souhait du législateur de maintenir la souplesse et le caractère consensuel du mandat *ad hoc*[651]. D'autant plus qu'une procédure de conciliation peut toujours être précédée d'un procédé de mandat *ad hoc*.

Quoi qu'il en soit, la restriction des conditions d'ouverture des procédures de sauvegarde accélérée est justifiée par l'idée qu'elles ne doivent pas être totalement généralisées. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur n'a pas ouvert ces procédures aux très petites entreprises.

82. Des conditions tenant à la qualité du débiteur. Les conditions d'ouverture des sauvegardes accélérées relatives à la fiabilité des comptes et à la taille du débiteur sont désormais identiques pour les deux sauvegardes[652]. L'identité des seuils permet ainsi d'abaisser ceux de la sauvegarde financière accélérée dans sa version d'origine[653], laquelle était considérée comme une procédure exceptionnelle, voire « *élitiste* »[654]. Désormais, les seuils, non cumulatifs[655], visent les entreprises d'au moins : 20 salariés, 3 000 000 euros de chiffres d'affaires hors taxe et 1 500 000 euros pour le total de bilan[656]. Les entreprises de taille moyenne peuvent ainsi, à présent, y recourir. Une évolution favorable s'est donc opérée s'agissant de l'accès à ces procédures[657].

Certains auteurs ont néanmoins pu regretter que le législateur ne soit pas allé plus loin. En effet, ces seuils entraînent un traitement différencié injustifié entre les débiteurs, les très petites entreprises ne pouvant se prévaloir de telles procédures. Ils ne se justifient pas, d'une part, au regard

---

651 C. Saint-Alary-Houin, « La généralisation de la SFA ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 105.

652 Pour la SFA : l'article L. 628-9 du Code de commerce renvoie aux « conditions de l'article L. 628-1 » relatif à la PSA.

653 À l'origine, seuls pouvaient bénéficier d'une SFA les débiteurs dont les comptes étaient certifiés et dont le chiffre d'affaires était supérieur à 20 millions d'euros ou le nombre de salariés supérieur à 150. Une modification textuelle en faveur d'une simplification des seuils a ensuite été entreprise par la loi « Warsmann » n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives afin d'ouvrir la SFA aux holdings : JORF n° 0071 du 23 mars 2012, p. 5226. Le seuil avait été fixé par l'article 1er du décret n° 2012-1071 du 20 septembre 2012 : JORF n° 0221 du 22 sept. 2012, p. 15008.

654 C. Saint-Alary-Houin, « La sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, p. 31, spéc. p. 34.

655 L'ordonnance du 26 septembre 2014 supprime les doutes qui avaient pu être émis concernant le caractère cumulatif de ces seuils en ajoutant à l'article L. 628-1 du Code de commerce la mention « l'un au moins de ces seuils » : Ord. n° 2014-1088 du 26 sept. 2014 complétant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives : JO 27 sept. 2014, p 15725.

656 C. com., art. D. 628-3. Les deux premiers seuils correspondent au seuil de désignation obligatoire d'un administrateur judiciaire. On notera également que le total de bilan et le montant du chiffre d'affaires sont appréciés à la date de clôture du dernier exercice comptable. Ils sont définis conformément aux dispositions de l'article D. 123-200 du Code de commerce.

657 Cette évolution était depuis longtemps réclamée par une partie de la doctrine concernant la SFA. V. not. Th. Montéran, « Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée », *Gaz. Pal.* 15-16 oct. 2010, p. 9, spéc. p.11. ; M. Menjucq, « La simplification manquée de la sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, p. 1. ; Ph. Roussel Galle, « Chronique de droit des entreprises en difficulté », Rev. Sociétés, juin 2011, n° 6, p. 381 ; J.-F Kuntz et V. Nurit, « De la conciliation à la sauvegarde financière accélérée : la combinaison est-elle efficace ? », *BJE* 01 nov. 2012, n° 193, p. 389 ; C. Saint-Alary-Houin, « La généralisation de la SFA ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 105.

des objectifs poursuivis par la réforme de 2014, à savoir faciliter l'anticipation de l'aggravation des difficultés et améliorer les règles de procédure pour plus de sécurité, de simplicité et d'efficacité[658]. En effet, est-ce que la véritable simplification ne consisterait-elle pas à supprimer tout seuil pour rendre les sauvegardes accélérées accessibles à toutes les entreprises[659]? Ils peuvent surprendre, d'autre part, comparativement au droit américain qui permet à tout débiteur éligible à la procédure de *Chapter 11* d'utiliser un *prepackaged plan*. Par conséquent, il a été proposé de supprimer radicalement les seuils afin de simplifier l'accès à la procédure et la rendre accessible à toute entreprise[660]. Cela permettrait à un plus grand nombre de débiteurs de se placer sous la protection du tribunal[661].

Toutefois, si ces procédures sont plus sélectives qu'une procédure de sauvegarde classique, c'est qu'il existe de nombreux obstacles à leur généralisation[662]. Outre les atteintes portées au principe d'égalité des créanciers et au caractère collectif de la procédure, l'objectif est d'écraser les créanciers minoritaires par un vote majoritaire. Or, cet écrasement des créanciers récalcitrants s'éloigne de la conception de la procédure de sauvegarde traditionnelle, reposant sur une démarche volontaire du débiteur et sur l'adoption d'un plan négocié avec les créanciers[663].

De plus, d'un point de vue pratique ces seuils n'ont rien d'étonnant, en ce sens que les très petites entreprises n'ont généralement qu'un seul partenaire financier, l'instauration d'un comité n'étant donc pas possible[664]. Plus encore, il a été avancé qu'une entreprise qui aurait un chiffre d'affaires ou un total de bilan faible ne devrait pas être éligible à une procédure accélérée pour éviter tout risque d'abus[665]. Il est vrai que les entreprises de petite taille ont souvent peu de

658 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5243.

659 En ce sens concernant la SFA : M. Menjucq, « La simplification manquée de la sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, p. 1.

660 O. Bouru, « Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 3, p. 55, spéc. p. 56. Le praticien regrette que la réforme de 2014 n'ait pas mis en place des dispositifs pour les très petites entreprises (moins de vingt salariés), lesquelles représentent 95 % de notre tissu économique.

661 *Ibid.*

662 C. Saint-Alary-Houin, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 105.

663 *Ibid.*

664 A. Lienhard, *op.cit.,* n° 34, p. 2238.

665 Ph. Roussel Galle, « À propos du décret du 30 juin 2014 pris en application de l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 7, spéc. p. 9.

créanciers, ce qui entraîne un risque de stratégies frauduleuses lors du vote et peut vider, en conséquence, le processus majoritaire de sa légitimité[666].

En définitive, si l'extension des seuils est une évolution positive, le domaine des procédures de sauvegarde accélérée doit demeurer restreint.

Conclusion de la section. Après avoir créé dans un premier temps une procédure de sauvegarde financière accélérée, le législateur a mis en place une procédure de sauvegarde accélérée plus largement ouverte ; toutes deux ont été conçues comme des passerelles entre les procédures amiables et judiciaires. Elles tirent en effet leur originalité des deux phases qui les caractérisent : la première, amiable, qui vise à obtenir le bénéfice d'un accord non unanime et, la seconde, judiciaire, permettant de l'imposer aux minoritaires sous la forme d'un plan, à la suite d'un vote en comités. Bien que leur champ d'application ne soit pas large, ces instruments ont indéniablement été conçus en faveur du débiteur. Au-delà de leur caractère original, conjuguant le contractuel et le judiciaire, ils modifient en profondeur l'architecture traditionnelle des procédures collectives.

Section 2. La signification de la combinaison

Le législateur a créé des procédures collectives originales servant de cadre pour imposer à une minorité un projet de plan négocié en phase amiable. Le passage en procédure collective impose, dès lors, au débiteur et à ses créanciers de se soumettre aux règles impératives des procédures collectives. À cet effet, la liberté contractuelle n'est plus totale et le processus négocié se trouve limité.

Toutefois, l'incidence de la négociation préalable sur les procédures collectives, reflétant l'articulation entre l'amiable et le judiciaire, témoigne d'un changement important dans l'architecture des procédures de traitement des difficultés. Apparaissent, en effet, dans le sillage des procédures collectives et judiciaires, des procédures hybrides, ni totalement collectives, ni totalement judiciaires **(§ 1)**. La mutation est profonde car la procédure collective ne sert pas seulement à entériner un projet de plan n'ayant pas obtenu l'unanimité, elle représente une menace pour les participants aux négociations. En cela, elle incite les parties à s'accorder en amont, en procédure amiable **(§ 2)**.

666 A.-C Soulard, M. Lobry-Igelman, A.-L Khov et P. Rossi, « Quelques idées force de la réforme du droit des entreprises en difficulté », *LPA* 25 juill. 2014, n° 148, p. 7.

§ 1. Des procédures de sauvegarde hybrides

La consécration des *prepacks* dans l'architecture des procédures collectives insuffle un souffle nouveau aux procédures collectives où la négociation fait son « entrée officielle ». Le législateur a ainsi entendu privilégier le traitement des difficultés le plus en amont possible et le passage « éclair » en procédure collective. Si la nature hybride de ces procédures apparaît assez clairement **(A)**, le régime du résultat des négociations, *prepack* et plan, est, quant à lui, plus ambigü **(B)**.

A. La nature hybride des procédures

La nature hybride des nouvelles sauvegardes s'observe par l'atténuation des caractéristiques essentielles de la procédure collective, à savoir son caractère collectif **(1)** et son caractère judiciaire **(2)**.

1. Des procédures semi-collectives

83. Le caractère collectif des procédures collectives. Fondamentalement, la question de savoir si les nouvelles procédures de sauvegarde sont des procédures collectives renvoie à la détermination du caractère collectif d'une procédure. Ses manifestations sont diverses. D'une part, les créanciers perdent le droit d'agir individuellement contre le débiteur, d'où résulte la contrepartie d'une sorte de saisie collective sur son patrimoine. D'autre part, les créanciers, dont les intérêts sont représentés collectivement par des mandataires de justice[667], sont réglés selon un ordre établi. Dès lors, la discipline collective et le principe d'égalité des créanciers sont les corollaires du caractère collectif d'une procédure.

Pour autant, le caractère collectif n'a jamais été absolu[668]. Il a même pu être remis en cause lors de la suppression de la « masse »[669] par la loi de 1985 car c'est par la masse que le caractère collectif était attesté[670]. Plus encore, cette remise en question du caractère collectif des procédures

667 On peut parler à cet égard de « collectivisation » des droits individuels.

668 M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial – Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7e éd., 2007, n° 296, p. 211.

669 La masse des créanciers était soumise au principe d'égalité des créanciers et représentée par le syndic qui agissait en son nom. La Cour de cassation la dota de la personnalité morale : Com. 17 janv. 1956, *D.* 1956, p. 265, note R. Houin ; *JCP G* 1956, II, p. 9601, note M.-A. Granger.

670 M.-A Frison-Roche, « Le caractère collectif des procédures collectives », *RJ com.* 1996, p. 293, spéc. p. 296.

collectives a également été liée à l'atteinte de plus en plus criante au principe d'égalité et à la diversité des intérêts représentés[671]. Toutefois, le caractère collectif a été maintenu et constitue l'un des principes traditionnels des procédures collectives, les distinguant des traitements amiables.

Reste à savoir si la place faite à la négociation a eu des répercussions sur le caractère collectif des sauvegardes accélérées.

84. La SFA, une procédure semi-collective. La SFA a été prévue pour des entreprises dont l'activité économique est viable mais qui se sont fortement endettées auprès de leurs partenaires financiers[672]. L'originalité de cette procédure réside donc dans le fait qu'elle n'affectera qu'une catégorie de créanciers. En effet, plus restreinte que la PSA, elle ne produit ses effets qu'à l'égard des créanciers membres du comité des établissements de crédit ou de l'assemblée des obligataires[673]. Ainsi, les créanciers non bancaires parviennent à échapper à la procédure, et partant, ne subissent pas le gel des poursuites, l'interdiction des paiements et la déclaration des créances. De ce fait, certains auteurs perçoivent la SFA comme une procédure « *hémiplégique* »[674] ou à « *effet limité* »[675]. Il est surtout largement acquis, en doctrine, que cette procédure est une procédure « *semi-collective* »[676] car la discipline collective ne s'impose pas à l'ensemble des créanciers.

Monsieur le Professeur Vallens va plus loin en affirmant qu'elle « *n'a rien d'une procédure collective* » car tous les autres créanciers en sont écartés[677]. Selon lui, c'est un principe contraire à celui du caractère collectif de la procédure qui est posé, car les effets de la procédure ne se produisent qu'à l'égard d'une catégorie limitée de créanciers[678]. À l'inverse, Monsieur le Professeur Lucas considère que « *le caractère collectif n'est pas moins marqué que pour les autres procédures du livre VI du Code de commerce* »[679]. D'abord, il avance l'idée selon laquelle le caractère collectif n'a jamais été total dans

671 *Ibid.*, p. 293, spéc. p. 300 et s.

672 Amendement présenté par MM. Hyest et Marini, Sénat, projet de loi Régulation bancaire, n° 144, 24 sept. 2010.

673 C. com., art. L. 628-9.

674 M. Menjucq, « Adoption de la « sauvegarde financière accélérée » : consécration du « prepackaged plan » en droit français ! », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, p. 1, spéc. p. 2.

675 B. Saintourens, « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, p. 23, spéc. p. 24.

676 Terme employé pour la première fois par : P.-M. Le Corre, « L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *Gaz. Pal.* 15-16 oct. 2010, n° 289, p. 3.

677 J.-L. Vallens, « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? », *RTD com.* 2011, n° 3, p. 644.

678 J.-L. Vallens, « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? », RTD com. 2011, n° 3, p. 644.

679 F.-X. Lucas, « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », *in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance*, Actes du colloque organisé par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 93, spéc. p. 95.

aucune procédure, en raison des situations préférentielles faisant échapper certains créanciers à la discipline collective[680]. Ensuite, les créanciers soumis à la SFA doivent subir les contraintes qui font l'essence des procédures collectives : la déclaration des paiements, l'interdiction des paiements et l'arrêt des poursuites individuelles. De la même manière, ils sont soumis au règlement collectif voté en comité des créanciers. Si ces arguments sont convaincants, car il s'agit davantage d'une limite au champ d'application de la procédure, il n'en demeure pas moins qu'elle ne produit ses effets contraignants que sur une catégorie précise de créanciers, limitant, dans le même temps, l'effet de la discipline collective.

En définitive, en raison des incidences limitées de la procédure, la SFA est une procédure segmentée portant une atteinte relative au caractère collectif et global de la sauvegarde classique. La procédure de sauvegarde accélérée pose, quant à elle, d'autres difficultés.

85. La PSA, une procédure collective ? La PSA concerne tous les créanciers ayant l'obligation de déclarer, soit les créanciers dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure. Une large catégorie de créanciers est donc concernée : établissements de crédit, fournisseurs, créanciers publics. En se fondant sur sa portée, de nombreux auteurs considèrent la PSA comme une véritable procédure collective[681]. Comme l'indique le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014[682], la PSA est collective du fait des effets de l'ouverture de la procédure sur des catégories homogènes de créanciers auxquelles est imposée une discipline collective et dont les intérêts sont représentés par un mandataire judiciaire. De même, la limitation des effets aux seuls créanciers antérieurs soumis à l'obligation de déclaration existait sous l'empire de la loi de 1985 pour le redressement et la liquidation judiciaire, sans que le caractère collectif n'ait été contesté à l'époque[683]. En raison de la discipline collective imposée à l'ensemble des créanciers, à l'exception d'une catégorie limitée[684], la PSA est, pour certains, une procédure collective.

680 Tel était déjà le cas lorsque le droit de la faillite ne s'appliquait qu'à certains créanciers et faisait échapper à la discipline collective ceux étant munis de sûretés.

681 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 224.511, p. 514 ; F. Pérochon, « Des outils de restructuration des entreprises en difficulté adaptés à toutes les situations ? », Table ronde, *BJE* 01 nov. 2014, n° 6, p. 391, spéc. p. 393 ; F. Reille, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 6 avril 2014, n° 96, p. 11, spéc. p. 12.

682 Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, JO 14 mars 2014, p. 5249.

683 F. Reille, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 6 avril 2014, n° 96, p. 11, spéc. p. 12.

684 La référence à la déclaration des paiements exclut notamment les créanciers d'aliments (C. com., art. L. 628-6).

Si cette thèse peut convaincre, le raisonnement inverse peut également être tenu en considération de l'article L. 628-6 du Code de commerce, lequel limite explicitement les effets de la PSA à certains créanciers en énonçant que cette procédure « *ne produit d'effet* ***qu'à l'égard*** [nous surlignons] *des créanciers mentionnés à l'article L. 622-24 et soumis à l'obligation de déclaration prévue par ce texte ainsi qu'à l'égard des cocontractants mentionnés aux articles L. 622-13 et L. 622-14* ». En tout état de cause, le principe est inverse : la procédure est limitée à certains créanciers, même s'ils sont nombreux. Non globale, la PSA est une procédure encore plus segmentée à l'égard des créanciers que la SFA[685]. Par exemple, la procédure ne produit pas d'effets sur les contrats en cours ne relevant pas de l'option de l'administrateur, c'est-à-dire notamment sur les contrats de fiducie ainsi que sur les contrats de travail. Dans cette perspective, en raison des effets limités de la procédure à l'encontre de certains créanciers, il est possible de la considérer, à l'instar de sa variante, comme une procédure semi-collective.

Un manque de cohérence des textes peut être soulevé à cet égard. En effet, pourquoi faire peser sur les créanciers hors comités tous les inconvénients de la procédure collective[686] et faire qu'elle s'applique à tous si ceux-ci ne peuvent subir les délais uniformes imposés par le juge, en application de l'article L. 628-8, alinéa 3, qui les excluent[687]? Le fait de ne pas leur imposer de délais signifie qu'ils ne sont pas nécessaires à l'adoption du plan. Dès lors, il existe une certaine « *dissymétrie* »[688] entre le fait que la procédure ait un effet quasi *erga omnes* et le contenu du plan limité par l'interdiction d'imposer des délais uniformes aux créanciers hors comités. Toutefois, cette disposition s'explique certainement par la volonté du législateur d'éviter que certains créanciers mettent à mal l'adoption du plan tout en réduisant les contraintes pesant sur eux.

Quoi qu'il en soit, en raison de l'intégration de la négociation dans la nouvelle ossature des procédures collectives, la procédure de sauvegarde accélérée est moins une procédure collective qu'un processus judiciaire d'homologation d'un projet de plan[689], opposable à ceux qui n'y ont pas adhéré en cas de vote positif des comités.

---

685 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat, LGDJ, 11e éd., 2018, n° 970, p. 651.

686 Gel du passif, consultations, etc.

687 F. Pérochon et H. Bourbouloux, *«* La procédure de sauvegarde et ses variantes *», in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes (Paris V), le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 50, spéc. p. 53.

688 F. Pérochon, *«* Des outils de restructuration des entreprises en difficulté adaptés à toutes les situations ? *»*, Table ronde, *BJE* 01 nov. 2014, n° 6, p. 391, spéc. p. 394.

689 J.-L. Vallens, *«* La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? *»*, *RTD com.* 2011, n° 3, p. 644. L'auteur considère la SFA non comme une procédure collective mais comme *«* un processus judiciaire d'homologation d'un projet d'accord de conciliation *»* qui se trouve ainsi rendu opposable aux créanciers réfractaires.

2. Des procédures quasi-consensuelles

86. Le caractère négocié marqué des procédures de sauvegarde accélérée. Semi-collectives, les procédures accélérées sont, dans une autre mesure, des procédures quasi-consensuelles en raison de la place faite à la négociation, intervenue en amont. Elles ne sont, en effet, ouvertes qu'à la condition qu'une majorité de créanciers a soutenu le plan pré-négocié. La négociation marque ici un tournant dans le droit des procédures collectives car le rôle du juge est moins accentué. Le tribunal a, en effet, un rôle moindre qu'en procédure collective classique. Ainsi, le tribunal vérifie, à l'ouverture de la procédure, l'existence d'un soutien d'une majorité de créanciers et l'opportunité du plan. Lors de l'arrêté du plan définitif, il s'assure uniquement que les intérêts de tous les créanciers sont protégés. Ne pouvant imposer des délais uniformes[690], il est dépourvu de pouvoir quant à l'élaboration du plan. En d'autres termes, sa mission « *relève désormais plus du contrôle d'un accord fortement contractuel que de l'élaboration d'un plan imposé aux créanciers* »[691]. La discipline collective aura été « acceptée » en amont par la majorité des créanciers et l'issue de la procédure abandonnée à leur volonté. De surcroît, le tribunal met seulement fin à la procédure à défaut d'arrêté de plan dans les délais légaux et ne peut convertir la procédure[692]. Partant, il ne remplit qu'un rôle d'homologation du projet de plan[693].

Finalement, les procédures de sauvegarde accélérée, financières ou non, ne sont pas des procédures collectives et judiciaires dans le sens entendu habituellement, mais davantage des compléments de la conciliation.

87. Les sauvegardes accélérées, des compléments de la conciliation. En réalité, ces sauvegardes accélérées sont de nouvelles issues de la procédure de conciliation[694], soumises à des règles particulières et à celles régissant la procédure de sauvegarde. Le législateur français a créé une passerelle légale et formelle entre une procédure amiable et une procédure judiciaire de « *sauvegarde aménagée* »[695]. Il est venu instituer des ponts entre les procédures lorsque la situation est

690 C. com., art. L. 628-8, al. 3. Selon ce texte, les dispositions de l'article L. 626-18, alinéa 4 relatives aux délais uniformes ne sont pas applicables à la sauvegarde accélérée. Par conséquent, le tribunal prend simplement acte des délais et remises consentis.

691 H. Bourbouloux et G. Couturier, *«* La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise *»*, *BJE* 01 mars 2011, n° 1, p. 48.

692 C. com., art. L. 628-8, al. 2.

693 J. Théron, *«* La procédure de sauvegarde accélérée *», in Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose…*, *Dr. et patr.* juill-août 2014, n° 238, p. 46, spéc. p. 51.

694 M. Menjucq, *art. cit.*, n° 6, p. 1.

695 J.-L. Vallens, *art. cit.*, p. 621.

bloquée. Dès lors, l'entreprise peut changer de direction et emprunter un « *itinéraire bis* »[696] à la conciliation dans laquelle l'accord négocié n'a pas reçu l'unanimité. Les nouvelles procédures sont donc dans la continuité de cette phase amiable. En cela, elles apparaissent comme des procédures hybrides[697] constituant une formidable articulation entre la conciliation, procédure amiable, et la sauvegarde, procédure collective.

On l'a vu[698], le procédé consiste à tirer profit des avantages de la conciliation et à éviter le plus possible les inconvénients de la procédure collective. Le « *centre de gravité de l'opération* »[699] réside donc dans le cadre amiable durant lequel le principal de la restructuration est négocié. En somme, le processus négocié est le cœur du dispositif : « *le détour par la procédure collective n'est qu'un pis-aller, qu'un accident de la négociation* »[700]. La procédure de sauvegarde en tant que telle n'apporte pas de solutions, elle ne constitue que le « *cadre du vote du plan* »[701] décidé en amont. Plus encore, la sauvegarde « *n'est que l'habit, ou peut-être même l'alibi, permettant de justifier de ce que la décision arrêtée par certains seulement s'impose à tous* »[702]. Certes, la procédure permet de donner au projet de plan force obligatoire et de l'imposer aux récalcitrants, mais elle apparaît surtout comme une simple « *chambre d'enregistrement de l'accord* »[703] trouvé en conciliation par la majorité des créanciers. En cela, le caractère consensuel marqué en procédure de sauvegarde accélérée est peu compatible avec la sauvegarde judiciaire classique[704].

88. Des procédures distinctes de la sauvegarde classique. S'il est aisé de voir les sauvegardes accélérées et la procédure de sauvegarde comme des poupées russes s'emboitant les unes dans les autres[705], il est en revanche plus difficile de se ranger derrière l'idée selon laquelle les nouvelles

696 Th. Montéran et M. Mieulle, *«* De la pratique du plan de sauvegarde pré négocié à la procédure de sauvegarde financière accélérée *»*, *Journal des sociétés*, nov. 2010, p. 36, spéc. p. 43.

697 F.-X. Lucas, *«* Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française *», in* Entreprises en difficulté : pratiques innovantes – Aspects de droit interne et international, *CDE* 2009, n° 5, p. 35 ; B. Grelon, *«* La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de "régulation bancaire et financière" en date du 22 octobre 2010 *»*, *Rev. Sociétés* 2011, n° 1, p. 7

698 V. *Supra*, n° 74 et s.

699 F.-X. Lucas, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 93, spéc. p. 95.

700 *Ibid.*

701 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 1067, p. 460.

702 J. Théron, *«* La procédure de sauvegarde accélérée *», in* Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose…, *Dr. et patr.* juill-août 2014, n° 238, p. 46, spéc. p. 47.

703 *Ibid.*, p. 46, spéc. p. 49.

704 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat, LGDJ, 11e éd., 2018, n° 976, p. 654.

705 C. Saint-Alary-Houin, *«* De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! *», in 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 44. La sauvegarde classique serait le genre, la procédure de sauvegarde accélérée, l'espèce, et la sauvegarde financière accélérée, la variante de l'espèce.

procédures constituent des « *variantes* »[706] de la sauvegarde en raison de leur emplacement au sein du Code de commerce[707]. Ce rattachement formel ne suffit pas à lier totalement les sauvegardes accélérées à la sauvegarde de droit commun. D'autres arguments permettent de s'en convaincre. Tout d'abord, dans un souci de célérité, de nombreuses dérogations aux règles de la sauvegarde ont été énoncées. Tel est notamment le cas des règles déterminant le sort des contrats en cours et celles régissant les revendications. Ensuite, il n'existe pas véritablement de période d'observation car toute la phase d'élaboration du projet de plan se réalise en amont. Enfin, il est désormais possible pour le débiteur d'être en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours[708], à la différence de la sauvegarde classique.

L'analyse de la place de la négociation dans l'architecture du droit des entreprises en difficulté a montré que l'évolution tend vers une prise en compte accrue de la négociation dans les procédures par nature judiciaire et collective. La nature des sauvegardes accélérées, différente de celle des procédures collectives classiques, apparaît hybride. Le régime juridique du résultat des négociations est, quant à lui, plus difficile à déterminer.

B. Le régime juridique ambigu du résultat des négociations

On le sait, l'ouverture d'une procédure accélérée est conditionnée à la preuve d'un soutien suffisamment large des créanciers pour que l'adoption du projet de plan, lors de la procédure collective, soit vraisemblable dans de brefs délais. Soutenir c'est « *donner son appui à* »[709] : les créanciers appuient le projet de plan qui sera voté en comités des créanciers. Mais qu'en est-il de la force contraignante de ce soutien ? Cette question n'est pas anodine car le fait de s'assurer que le consentement de la majorité des créanciers sera renouvelé dans le cadre de la sauvegarde accélérée permet de réduire les effets délétères pour l'entreprise liés à l'ouverture d'une procédure collective. Effectivement, pour parvenir à un tel résultat, il est nécessaire que le vote des créanciers ne soit plus qu'une simple formalité en procédure collective[710]. Une fois adopté par les comités des

706 M. Menjucq, « Adoption de la « sauvegarde financière accélérée » : consécration du « prepackaged plan » en droit français », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, p. 1. ; R. Dammann et S. Schneider, « La sauvegarde financière accélérée-analyse et perspectives d'avenir », *D.* 2011, n° 21, p. 1429, spéc. p. 1430.

707 Le chapitre VIII « De la sauvegarde accélérée » est insérée dans le titre II du Code de commerce intitulé « De la sauvegarde ».

708 C. com., art. L. 628-1, al. 4.

709 Dictionnaire Quillet de la langue française, 1990.

710 A. Besse et N. Morelli, « Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde », *JCP E* 2009, n° 25, 1628, p. 28, spéc. p. 32.

créanciers, le plan est, lui aussi, source d'interrogations. En effet, si au cours de son exécution, les parties souhaitent en modifier substantiellement le contenu, un nouveau vote des comités est exigé. Or, les seuils peuvent ne plus être atteints à ce moment. Dès lors, si le *prepack* pose des difficultés quant à sa force obligatoire **(1)**, le plan une fois arrêté pose, quant à lui, des questions quant à son exécution, notamment s'agissant de sa modification **(2)**.

1. La question de la force obligatoire du *prepack*

Le soutien des créanciers au projet de plan n'étant qu'un engagement de vote, rien n'assure le débiteur qu'ils voteront en procédure de sauvegarde accélérée conformément à ce qu'ils avaient prévu. À ce titre, le *prepack* apparaît être non contraignant **(*a*).** Pour éviter d'éventuelles rétractations, pouvant mettre en échec la sauvegarde de l'entreprise, des parades juridiques sont envisageables **(*b*).**

a) Un *prepack* non contraignant

89. Le « soutien » au projet de plan, un engagement de vote. Selon l'article L. 628-2 du Code de commerce, le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure accélérée après un rapport du conciliateur et non sur le fondement du projet de plan lui-même. Ce rapport fait état du déroulement de la conciliation et du consentement anticipé des créanciers concernés au projet de plan. Pour certains, le projet de plan en conciliation est un « *accord-plan* »[711], pour d'autres, c'est une simple « *approbation d'une large majorité de créanciers* »[712]. C'est précisément la nature de cet accord qu'il convient d'établir pour en apprécier ses effets sur les parties.

L'accord entre le débiteur et la majorité des créanciers lors de la conciliation pourrait, de prime abord, être défini comme un accord de principe. Trouvé lors d'une phase de négociation, cet accord n'est pas assimilable à un contrat définitif même s'il repose sur les modes de formation du contrat classique[713]. L'accord de principe est une convention par laquelle les parties s'engagent à poursuivre leurs négociations afin de conclure un contrat dont les conditions restent à définir[714]. Le célèbre arrêt « *Régie Renault* » de la Chambre sociale de la Cour de cassation, en date du 24 mars

711 H. Bourbouloux et G. Couturier, *«* La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise *»*, *BJE* 01 mars 2011, n° 1, p. 48.

712 B. Grelon, *«* La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de "régulation bancaire et financière" en date du 22 octobre 2010 *»*, *Rev. Sociétés* 2011, n° 1, p. 7, spéc. p. 11.

713 I. Najjar, *«* L'accord de principe *»*, *D.* 1991, p. 62.

714 J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 16e éd., 2014, n° 149, p. 142.

1958[715], marque l'existence d'une œuvre prétorienne en la matière. En l'espèce, la société *Régie Renault* avait envoyé une lettre à un ancien employé, ayant quitté son emploi pendant l'occupation allemande, dans laquelle elle envisagerait sa réintégration selon l'évolution de la situation de l'entreprise. La Cour de cassation, contrairement aux juges du fond, ne vit dans cette lettre « qu'un accord de principe » et non un engagement ferme et définitif. Si une promesse de réembauche a pu être déclarée comme obligatoire[716], la jurisprudence admet traditionnellement que l'accord de principe ne lie pas son auteur, l'engagement devenant ferme seulement lorsqu'il est suivi d'une confirmation[717]. L'accord de principe, supposant « *psychologiquement, une suite* »[718], ne met à la charge des parties qu'une obligation de poursuivre les négociations de bonne foi[719]. L'accord de principe se situe donc au-delà de simples pourparlers, mais en deçà du contrat définitif[720]. En conséquence, dans un accord de principe, un consentement est donné en attendant une confirmation ultérieure. Sur ce point, un lien pourrait être fait avec le consentement donné, en amont, par les créanciers et devant être confirmé dans le cadre ultérieur d'une sauvegarde accélérée. Cependant, le *prepack* est le résultat d'une négociation ayant eu lieu au cours d'une conciliation. D'un côté, le débiteur s'engage à demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée et à soumettre au vote le projet de plan reflétant fidèlement le *prepack*, de l'autre, les créanciers s'engagent à le voter. Il s'agit donc bien d'un « *accord contractuel qui préfigure le plan sans lier les organes de la procédure* »[721]. L'élaboration du plan en conciliation est donc « *quasi-définitive* »[722] en phase amiable, ce qui constitue la clé de réussite de la procédure judiciaire. À la différence de l'accord de principe, les négociations ne se poursuivent plus et les conditions du plan soumis au vote des comités sont d'ores et déjà définies. En d'autres termes, l'élaboration du plan a lieu en amont, les sauvegardes accélérées

715 Soc. 24 mars 1958, *Régie Renault*, *JCP* 1958, II, 10168, note J. Carbonnier.

716 Civ. 16 nov. 1927, *D.* 1928.I.33, note A. Rouast ; Chbre. Req. 19 oct. 1931, *D.H.* 1931. 540.

717 Com. 18 janv. 2011, n° 09-72.508 : qualification d'un engagement d'accord de principe au motif que les parties n'étaient pas engagées de façon irrévocable à conclure un contrat de franchise dans des conditions suffisamment définies ; Com. 10 janv. 2012, n° 10-26.149, *RTD civ.* 2012, n° 2, p. 311, obs. B. Fages : la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce dans cet arrêt qu' » un accord de principe donné par une banque "sous les réserves d'usage" implique nécessairement que les conditions définitives de l'octroi de son concours restent à définir et oblige seulement celle-ci à poursuivre, de bonne foi, les négociations en cours ». Ces arrêts sont conformes au sens que l'on donne généralement à l'accord de principe, qui n'oblige qu'à poursuivre les discussions de bonne foi afin de parvenir à un accord.

718 I. Najjar, *art. cit.*, *D.* 1991, n° 9, p. 62, spéc. p. 63.

719 Com. 10 janv. 2012, n° 10-26.149, préc.

720 L'accord de principe n'est donc ni une simple acceptation informelle, ni un acte unilatéral de volonté, ni un contrat sous-condition d'accomplir certaines formalités, ni une promesse de porte-fort, ni un avant-contrat préparatoire.

721 R. Courtier et N. Laurent, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier "pré-pack" à la française », *in Entreprises en difficulté : pratiques innovantes – Aspects de droit interne et international*, *CDE* 2009, n° 5, p. 26.

722 B. Grelon, « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de "régulation bancaire et financière" en date du 22 octobre 2010 », *Rev. Sociétés* 2011, n° 1, p. 7, spéc. p. 11.

servant, par la suite, uniquement à l'arrêter. Alors qu'une telle preuve ne constitue pas une condition d'ouverture de la sauvegarde accélérée, l'accord de conciliation signé, mais n'ayant pas reçu l'unanimité, est fréquemment présenté par le débiteur comme projet de plan[723]. En somme, il s'agit d'un « *véritable engagement de vote, formalisé dans un protocole d'accord* »[724], fixant les termes et conditions du futur plan, voté en sauvegarde accélérée par les comités de créanciers concernés.

Le projet de plan n'est donc pas un accord de principe mais il apparaît tout de même précaire car une rétractation d'un des créanciers est possible. Or, elle peut être lourde de conséquences pour le débiteur et pour les autres créanciers favorables au plan, puisqu'à défaut de vote par les comités, le tribunal met fin à la procédure[725]. À ce titre, un rapprochement peut être fait avec l'inexécution d'une promesse unilatérale de vente.

90. Le rapprochement avec les promesses unilatérales de vente. En raison de l'absence de condition légale posée quant au caractère ferme de l'accord, à sa forme ou à son effectivité[726], il est possible de s'interroger sur la nature de la sanction pouvant être prononcée à l'encontre du créancier renonçant à voter en faveur du plan. S'assurer du respect de la parole donnée lors du *prepack* au moment du vote du plan conduit à se demander si le prononcé d'une exécution forcée est possible en cas d'inexécution d'un créancier. Par comparaison, en matière de promesses unilatérales de vente, cette question a longtemps été le terrain de vifs débats doctrinaux et de fluctuations jurisprudentielles. L'exemple des promesses unilatérales illustre les difficultés liées à l'efficacité de l'engagement d'une partie, à savoir vendre un bien au bénéficiaire qui détient une option pendant un certain temps. La question portait essentiellement sur le caractère contraignant de la promesse.

723 Pour un exemple : Com. 12 juill. 2016, n° 14-27.983, *D.* 2016, p. 1645 ; *Rev. Sociétés* 2016, p. 553, obs. L.-C. Henry ; *BJE* 2015, n° 6, p. 398, note D. Voinot. L'arrêt indique : « que le 9 décembre 2013, un accord de conciliation, avec demande d'homologation, a été signé par l'ensemble des établissements de crédit créanciers de la société C., à l'exception de la [banque X] ; que le 12 décembre 2013, la société C. a demandé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée et présenté l'accord de conciliation comme projet de plan ».

724 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, n° 10, 2014, n° 392, p. 189. V. également dans le sens d'un protocole d'accord : A. Lienhard, *Procédures collectives 2019-2020*, Delmas, 8e éd., 2018, Delmas, n° 92.20, p. 323. V. parmi les définitions de *Protocole*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 12e éd., 2018 : « procès-verbal d'accord, acte (instrumentum) portant engagement ou libération. […] / Dans la pratique commerciale, document établi par deux ou plusieurs entreprises qui constate soit les bases d'une opération complexe, encore à l'état de projet, qu'elles se proposent de réaliser […], soit un contrat préparatoire à la conclusion d'un contrat important ou d'un groupe de contrats ».

725 C. com., art. L. 628-8, al. 2.

726 Th. Montéran et M. Mieulle, « De la pratique du plan de sauvegarde pré négocié à la procédure de sauvegarde financière accélérée », *Journal des sociétés*, nov. 2010, p. 36, spéc. p. 41.

Considérant que l'obligation du promettant constituait une obligation de faire, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que la rétractation du promettant avant la levée d'option ne pouvait être sanctionnée que par une condamnation à des dommages et intérêts[727], conformément à l'ancien article 1142 du Code civil[728]. Afin de justifier sa jurisprudence et d'en atténuer les critiques[729], la Cour de cassation est venue par la suite valider les clauses d'exécution forcée en énonçant que « *les parties à une promesse unilatérale de vente sont libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre peut se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente* »[730]. La réforme récente du droit des obligations, avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016[731], est venue mettre un terme au débat en clarifiant le droit des contrats préparatoires[732]. Il est désormais prévu que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis[733]. Le Rapport au Président de la République énonce sur ce point : « *L'article 1124, après avoir donné une définition de la promesse unilatérale (alinéa 1), prévoit la sanction de la révocation de cette promesse, avant la levée de l'option, par l'exécution forcée du contrat (alinéa 2)* »[734].

727 Civ. 3e, 15 déc. 1993, Consorts Cruz, n° 91-10.199, Bull. civ. III, n° 174, D. 1994, somm. 230, obs. Tournafond ; *D.* 1995, somm. 87, obs. L. Aynès ; Defrénois, 1994, p. 795, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1994, obs. J. Mestre. L'impossibilité d'obtenir la réparation forcée en cas de rétraction du promettant avant la levée d'option a été réaffirmée par la suite par la troisième chambre civile de la Cour de cassation : Civ. 3ème, 11 mai 2011, n° 10-12.875, *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2011, p. 532, obs. Fages ; Civ. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, *D.* 2012, p. 130, note A. Gaudemet ; *RTD civ.* 2011, p. 758, obs. Fages.

728 C. civ., art. 1142, anc. : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

729 Les critiques ont été nombreuses. Par exemple : D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, n° 1, p. 1 ; D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », *RDC* 2005, n° 1, p. 61 ; N. Molfessis, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *D.* 2012, n° 4, p. 231.

730 Civ. 3e, 27 mars 2008, n° 07-11.721 ; LPA 13 oct. 2008, n° 205, p. 13, note A. Lebois ; *RDC* 2008, n°3, p. 734, note D. Mazeaud.

731 Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 fév. 2016.

732 En matière de pacte de préférence, par exemple, le nouvel article 1123 du Code civil consacre la jurisprudence sur l'option entre nullité du contrat et substitution au tiers de mauvaise foi en intégrant la double preuve : preuve de la connaissance par le tiers de l'existence du pacte et intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. L'article distingue entre tiers de bonne ou de mauvaise foi. Il supprime également opportunément la réserve d'une clause de confidentialité.

733 C. civ., art. 1124, al. 2, nouv. : « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

734 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 fév. 2016. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne reprend pas le principe posé à l'ancien article 1142 du Code civil permettant l'octroi de dommages et intérêts en cas d'inexécution des obligations de faire ou de ne pas faire. Par ailleurs, le nouvel article 1221 du Code civil permet au créancier d'une obligation d'en poursuivre l'exécution forcée après une mise en demeure. Si le texte est bienvenu en ce qu'il fait disparaître les différentes catégories d'obligations, il reste que selon l'objet de l'obligation l'exécution forcée sera plus ou moins possible. De plus, des incertitudes demeurent sur la possibilité de déroger à l'exécution forcée en

À l'instar des promesses unilatérales, on peut se demander si l'obligation de faire incombant aux créanciers[735] – à savoir voter en faveur du plan – peut se résoudre en exécution forcée en cas d'inexécution. Par analogie, le créancier, tel un promettant, devrait être contraint à l'exécution en nature s'il ne respecte pas son obligation. Toutefois, dans le silence des textes sur cette question, quelles pourraient être les techniques juridiques permettant d'assurer l'efficacité du *prepack* ?

b) Les parades juridiques assurant le vote conforme des créanciers

91. Les parades contractuelles au silence des textes. Il importe d'assurer la sécurité du *prepack* et, ainsi, le protéger d'une éventuelle rétractation de la part d'un créancier. Pour cela, il est possible de mettre en œuvre des parades contractuelles. Tout d'abord, les parties pourraient prévoir dans le *prepack* d'insérer une clause d'exécution forcée[736]. Sur un plan pratique, cette solution a des limites : comment forcer un créancier qui refuse de voter ? Si l'inexécution du créancier fait basculer la majorité qualifiée, un nouveau vote devra être sollicité. Or, les textes sont silencieux sur ce point. Cependant, même si l'administrateur judiciaire n'est pas lié par la clause, tout concourt à penser qu'en pratique il fera nommer un mandataire *ad hoc*, en charge de suppléer le créancier réfractaire lors d'un nouveau vote[737]. Plus encore, rien n'interdit que les parties prévoient, dans le *prepack*, la nomination d'un mandataire *ad hoc* chargé de se substituer au créancier défaillant[738]. Une critique pourra néanmoins être émise concernant la nomination d'un mandataire *ad hoc* en substitution du créancier défaillant en raison de la remise en cause évidente du droit de vote des créanciers. Néanmoins, dans un souci de sécurité juridique et de sauvetage des entreprises, cette faculté ne semble pas condamnable[739]. Ensuite, l'insertion d'une clause pénale est également envisageable afin de dissuader les créanciers de se rétracter au regard du montant de la sanction contractuellement fixé. Un risque est toutefois possible pour le débiteur de voir la pénalité révisée par le juge si elle

---

nature : M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, n° 9, p. 494.

735 L'obligation de faire peut être définie comme celle qui astreint un débiteur à une action positive.

736 Clauses qui, rappelons-le, sont d'une pleine efficacité : Civ. 3e, 27 mars 2008, n° 07-11.721, préc.

737 A. Besse et N. Morelli, *art. cit.*, *JCP E* 2009, n° 25, 1628, p. 28, spéc. p. 33.

738 R. Courtier et N. Laurent, *art. cit.*, *CDE* 2009, n° 5, p. 26.

739 Elle a par ailleurs déjà été utilisée en pratique. En effet, le plan de sauvegarde financière accéléré de la société Solocal Group (groupe Pages Jaunes), en date du 9 mai 2014, indiquait en son article 7.1 : « la société pourra solliciter la désignation d'un mandataire *ad hoc* qui sera en charge de prendre toute mesure utile et de conclure tout document en vue de la mise en œuvre du plan de sauvegarde au nom et pour le compte de tout créancier de la société qui n'accomplirait pas les actes et formalités nécessaires à la mise en œuvre du plan de sauvegarde » : T. com. Nanterre, 9 mai 2014, n° 2014J00341, cité par : G. Podeur, « Accords de conciliation et plans de sauvegarde », *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1434.

est manifestement excessive ou dérisoire[740]. Enfin, la sécurisation du vote pourrait se traduire par le développement de conventions de vote, signées en conciliation avant qu'une procédure collective ne soit envisagée. En droit des sociétés, les conventions de vote entre associés sont un moyen d'organiser la cohabitation de divers intérêts au sein d'une société en agissant sur son fonctionnement[741]. Les engagements de vote sont fréquemment utilisés concernant la composition des organes sociaux de la société ou les décisions sociales (réduction ou augmentation du capital, cession d'actifs, fusion, modifications des statuts, etc.). Pour être valables, ces conventions de vote doivent être temporaires et conformes à l'intérêt social, ou à tout le moins, ne pas lui être contraires[742]. Et surtout, elles doivent être dénuées de fraude à un droit d'ordre public sociétaire[743]. Les comités étant dépourvus de la personnalité morale, la validité des conventions de vote ne pourrait être appréciée à la lumière de l'intérêt de la société ou d'un intérêt supérieur[744]. Ainsi, si les solutions retenues en droit des sociétés en matière de conventions de vote sont éclairantes sur l'appréciation de leur licéité, elles ne s'appliquent pas *stricto sensu* au droit des entreprises en difficulté. D'autant plus que leur validité au sein des comités des créanciers est expressément prévue par l'ordonnance du 12 mars 2014[745]. Il existe, toutefois, peu de précision pour en apprécier leur mise en œuvre[746]. Dans le silence des textes, il s'agirait donc de prévoir au préalable les conditions du vote en sauvegarde accélérée afin de se prémunir contre d'éventuels renoncements ultérieurs. Par ailleurs, à l'instar du droit des sociétés, les conseils devront s'assurer que la convention ne heurte pas les dispositions impératives du droit des entreprises en difficulté et qu'elle est ainsi dénuée de fraude. Tel ne sera pas le cas, par exemple, dans l'hypothèse où le créancier a monnayé son vote avec le débiteur en raison de la rupture de l'égalité entre les créanciers ainsi provoquée[747].

---

740 C. civ., art. 1231-5, al. 2, nouv.

741 P. Didier, « Les conventions de vote », Mél. J. Foyer, PUF, 1997, p. 342.

742 V. notamment : M. Jeantin, « Les conventions de vote », *in La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, *RJ com.* 1990, n° spéc., p. 124, spéc. p. 129 ; A. Constantin, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », Mél. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 253, spéc. p. 263 et s.

743 M. Jeantin, *art. cit.*, *RJ com.* 1990, n° spéc., p. 124, spéc. p. 129 ; A. Viandier, « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote »,in *Prospectives du droit économique*, Mél. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 311, spéc. p.314 et p. 315.

744 A. Besse et N. Morelli, *art.. cit.*, *JCP E* 2009, n° 25, 1628, p. 28, spéc. p. 32.

745 C. com., art. L. 626-30-2, al. 4.

746 L'article L. 626-30-2, al. 4 du Code de commerce précise uniquement que l'administrateur judiciaire est informé de l'existence d'une convention de vote. L'administrateur soumet au créancier les modalités de calcul des voix correspondant aux créances lui permettant d'exprimer un vote. En cas de désaccord, le créancier ou l'administrateur peut saisir le président du tribunal statuant en référé. Sur les conventions de vote : v. C. Barrillon, Le critère de la qualité d'associé, préf. M.-L. Coquelet, PUAM, 2017, n° 524 et s., p. 339 et s.

747 Sous l'empire du concordat amiable ou judiciaire, les juges contrôlaient de telles conventions au regard des articles 597 et 598 du Code de commerce déclarant nulles à l'égard de toutes personnes les conventions par lesquelles un créancier aurait stipulé des avantages particuliers en raison de son vote dans les délibérations de la faillite. Pour une illustration : Cass. Req., 17 oct. 1939, *D.* 1940, jur., p. 3. Dans cette affaire, un créancier s'était fait souscrire une

Quoi qu'il en soit, afin de sécuriser de telles conventions, l'insertion d'une clause d'exécution forcée permettrait de protéger le débiteur contre les changements de position lors du vote du plan. C'est précisément ce type de mécanisme qui est fréquemment utilisé dans la pratique américaine.

92. L'exemple américain des « *lock up agreements* ». Aucune arme juridique spécifique n'est donc donnée aujourd'hui par le législateur français aux débiteurs se trouvant confrontés, lors de l'adoption du plan, à un refus ultérieur de la part d'un créancier ayant participé au *prepack*. Pour autant, la parade contractuelle des conventions de vote peut être rapprochée des *lock up agreements* américains.

Le législateur américain a fait le choix de ne soumettre la phase de négociation pour l'élaboration du *prepack* à aucune condition. Le *prepack* est, de fait, considéré comme une sorte de « *Chapter 11 consensuel* »[748] puisqu'une fois le projet de plan voté par la majorité requise des créanciers[749], la société débitrice se place sous la protection du *Chapter 11*. Dès lors, le tribunal, appelé à statuer sur le plan pré-négocié, peut donner effet au vote des créanciers en décidant d'approuver le plan[750]. L'originalité de la procédure américaine tient donc au fait que le vote a lieu

reconnaissance de dette en échange de sa promesse d'un vote favorable dans le cadre d'un concordat amiable. Les juges du fond ont considéré qu'une telle convention rompait par un avantage particulier à son profit l'égalité de situation entre tous les créanciers et était de nature à en inspirer le vote. La Cour d'appel de Douai a donc déclaré nulle la reconnaissance de dette par application des articles 597 et 598 du Code de commerce. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en considérant que la Cour d'appel a fait une exacte application des textes et a légalement justifié sa décision.

748 J. Fink et D. Palmer, Prepackaged and prearranged chapter 11 case process (ce n'est pas cela le titre voir Thèse), Practising Law Institute, Jan. 28th, 2010.

749 11 U.S.C Article 1126 (c) et (b). Le vote à la majorité des membres de chaque comité (class of claims ou class of interests) représentant au moins les deux tiers du montant des créances de l'ensemble des membres du comité.

750 Dès lors que le vote s'est déroulé dans les conditions conformes au Code (informations suffisantes des créanciers, délai de réflexion raisonnable, etc.), il existe peu de chances que le juge remette en cause le plan.

avant l'ouverture de la procédure collective et qu'un nouveau vote des créanciers n'est pas requis[751]. La durée de la procédure collective s'en trouve ainsi sensiblement réduite[752].

Le risque de rétractation y est néanmoins élevé car les créanciers peuvent demander au cours de la phase amiable l'ouverture d'un *Chapter 11*[753] et proposer des plans concurrents jusqu'au vote définitif. Par ailleurs, les créanciers n'étant pas soumis à la suspension des poursuites pendant cette période, certains pourraient être tentés de faire des actions contre le débiteur et agir d'une manière contraire aux intérêts des parties en négociation[754]. Cette marge de manœuvre laissée aux créanciers fait craindre un éventuel retournement de situation. C'est dans ce contexte que la pratique américaine a développé un outil efficace et adapté pour éviter tout risque de changement de position avant et lors du vote : les *lock up agreements*. Les *lock up agreements* sont des accords conclus entre un débiteur et ses créanciers dans le cadre d'un *prepackaged plan*[755] permettant de s'assurer du

751 L'adoption du Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act du 20 avril 2005 a créé une nouvelle règle : 11 U.S.C section 1125 (g). Le texte prévoit : « Notwithstanding subsection (b), an acceptance or rejection of the plan may be solicited from a holder of a claim or interest if such solicitation complies with applicable nonbankruptcy law and if such holder was solicited before the commencement of the case in a manner complying with applicable nonbankruptcy law » (Traduction possible : Nonobstant le paragraphe (b), l'acceptation ou le rejet du plan peuvent être sollicités auprès d'un titulaire d'une créance ou d'intérêts si une telle sollicitation est conforme au droit hors loi de la faillite et si le créancier a été sollicité avant le début de l'affaire d'une manière conforme aux règles au droit hors loi de la faillite). La section (b) prévoit que l'acceptation ou le rejet d'un plan ne peuvent pas être sollicités après la requête, à moins qu'une déclaration écrite approuvée par le tribunal de la faillite comme contenant des "renseignements adéquats" est transmis au moment de la sollicitation. Le droit américain de la faillite permet ainsi avec la section 1125 (g) de comptabiliser les votes des créanciers émis préalablement à l'ouverture du Chapter 11 sans réitération du vote par la suite : K.-A. Mayr, « Unlocking the Lockup. The Revival of Plan Support Agreements Under New § 1125(g) of the Bankruptcy Code », *Norton Journal of Bankruptcy Law & Practice*, Déc. 2006, Vol. 15, p. 729. L'auteur parle de « renaissance des accords de soutien du plan en vertu de cette nouvelle règle. En effet, selon lui : « The enactment of § 1125(g) has cleared the cloud of doubt that has hovered over plan support agreements in connection with prenegotiated Chapter 11 cases in the aftermath of the Delaware bankruptcy court's decisions 2002. The voluntary or involuntary filing of a bankruptcy petition in the middle of a prenegotiated plan process should no longer present a threat that continuing and completing that process after the bankruptcy filing will violate § 1125(b) and/or put at risk the votes of creditors participating in that process ». Traduction possible : « le texte du § 1125(g) a dégagé le nuage de doutes qui planait sur les accords de soutien du plan dans le cadre des plans pré-négociés au Chapter 11 à la suite de la jurisprudence de 2002. Le dépôt volontaire ou involontaire d'une faillite au milieu du processus d'élaboration du plan pré-négocié ne devrait plus présenter une menace de violation de la section § 1125(b) après le dépôt de bilan et/ou mettre en danger les votes des créanciers participant à ce processus ». Par voie de conséquence, la problématique de la validité des conventions de vote liées aux divergences de jurisprudence perd donc de son importance au regard de cette section. Pour une illustration de la jurisprudence : J. Athanas, C. Reckler, « Lock-up Agreements-Valuable, Tool or Violation of the Bankruptcy Code ? », *Norton Journal of Bankruptcy Law & Practice*, vol. 15, n° 4, August 2006, p. 431.

752 Généralement, le temps passé en Chapter 11 à la suite d'un prepack ne dure que trois mois au maximum, alors que sa durée est nettement supérieure pour une restructuration classique (de 6 à 24 mois) : v. R. Levin, « La restructuration d'entreprises dans le cadre du chapitre 11 du code américain des faillites », *CDE* 2009, n° 5, p. 21, spéc. p. 25.

753 Cette demande de Chapter 11 involontaire est régie par le Code fédéral de la faillite : 11 U.S.C § 303 (b).

754 M. Massel, « How to negociate a Ch. 11 Plan Support Agreement », Law 360, 16 oct. 2013 : http://www.law360.com/articles/480786/how-to-negotiate-a-ch-11-plan-support-agreement.

755 De tels accords sont également présents dans les prearranged sales plan, lesquels consistent en des ventes pré-arrangées de branches d'activités de l'entreprise.

vote du plan par les créanciers lorsqu'ils seront sollicités[756]. Le terme « *lock up agreements* » qui signifie littéralement « enfermer des accords »[757] explicite le fait que les créanciers « verrouillent » leur accord de volonté en faveur du futur plan[758]. Généralement, ces « accords-verrous »[759] sont ainsi rédigés : « *les parties s'engagent à ne pas rejeter le plan et/ou les parties s'engagent à ne pas voter pour un autre plan* »[760]. Cet engagement de vote n'est toutefois réellement effectif qu'à la condition que le plan reprenne les termes exacts de l'accord négocié[761]. De tels accords peuvent se révéler utiles en raison de leur caractère obligatoire. En effet, les parties sont liées dès la conclusion du *prepack* puisque la signature du créancier vaut vote dès lors que l'accord le stipule expressément[762].

Pour rendre effectif le *prepack*, le développement de tels actes semble donc également envisageable en droit français. Dès lors, les créanciers s'engageraient à voter en faveur du plan futur par un acte inséré au *prepack* ou signé séparément. Cette parade conventionnelle, inspirée du droit américain, est une solution satisfaisante pour sécuriser le vote des créanciers. On pourrait aussi être tentés d'aller plus loin en supprimant le recours à un second vote, caractérisé en droit français par l'adoption du plan par les comités, ou plus encore en donnant au tribunal la possibilité d'imposer le plan en cas de rejet d'un des comités[763]. Cependant, ces propositions apparaissent radicales. En

---

756 Pour une définition : J. Athanas, C. Reckler, « Lock-up Agreements-Valuable, Tool or Violation of the Bankruptcy Code ? », *Norton Journal of Bankruptcy Law & Practice*, vol. 15, n° 4, August 2006, p. 431 : « The tool utilized by debtors to ensure that the constituents who negociate a plan vote for that plan is a lock-up agreement ». Traduction possible : « l'outil utilisé pour s'assurer que les parties qui ont négocié un plan votent pour ce plan est un lock-up agreement ».

757 "*Lock up*" signifie "Fermer à clef".

758 Certains auteurs parlent d'» accord de soutien au plan » et d'» accord de blocage » : K.-A. Mayr, « Unlocking the Lockup. The Revival of Plan Support Agreements Under New § 1125(g) of the Bankruptcy Code », *Norton Journal of Bankruptcy Law & Practice*, Déc. 2006, vol. 15, p. 729 ; M. Massel, « How to negociate a Ch. 11 Plan Support Agreement », Law 360, 16 oct. 2013 : http://www.law360.com/articles/480786/how-to-negotiate-a-ch-11-plan-support-agreement.

759 Le terme « accord-verrou » est utilisé volontairement pour imager l'enfermement du positionnement des créanciers sur le vote futur. À notre sens, il s'agit en effet d'un accord « verrouillé » car engageant le créancier qui le signe.

760 J. Fink et D. Palmer, Prepackaged bankruptcy and prearranged bankruptcy, Practising Law Institute, Nov. 25th 2008.

761 J. Athanas, C. Reckler, « Lock-up Agreements-Valuable, Tool or Violation of the Bankruptcy Code ? », Norton Journal of Bankruptcy Law & Practice, vol. 15, n° 4, August 2006, p. 431, spéc. p. 435. Les auteurs rappellent que ces accords prévoient simplement que si un plan contient certains termes, les parties à l'accord voteront pour lui : « A lock up agreement simply provides that if a plan contains certain terms, the parties to the agreement will vote for it ». Ils ajoutent que de tels accords évitent au débiteur d'engager des frais relatifs à la négociation pour se rendre compte finalement que les créanciers ne le soutiendront pas : « A debtor does not want to incur such cost only to find that the members of the constituencies with whom the plan was negociated will not support ».

762 S. Stankiewicz-Murphy, L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. Vers un rapprochement des droits ?, ss. la dir. de J.-L. Vallens, Thèse, Strasbourg, 2011, p. 154.

763 *Ibid.*, p. 153. Pour l'auteur, en cas de rejet du plan par l'un des comités, « il pourrait être intéressant de confier dans ce cas l'équivalent du pouvoir de cram down au juge pour qu'il puisse contraindre l'adoption d'un plan équitable et viable à tous les créanciers ». La technique du « cram down » américaine est prévue par la section 1129 du Bankruptcy Code. Le juge peut imposer le plan s'il n'est pas discriminatoire et s'il réserve un traitement juste et équitable aux créanciers.

effet, on peut craindre que l'architecture des procédures de traitement des difficultés des entreprises perde de sa clarté, déjà toute relative avec l'épuisement du critère de cessation des paiements. De plus, il serait porté une atteinte trop importante au principe de l'égalité des créanciers et de la liberté contractuelle. En l'absence d'un second vote, l'écrasement des minoritaires par la majorité des créanciers ne serait pas justifié.

Par conséquent, si différentes parades contractuelles permettent de renforcer l'efficacité du *prepack* en sécurisant le vote des créanciers, des parades légales pourraient également être édictées.

93. La clarification des textes. Afin de renforcer la sécurité du *prepack*, il conviendrait d'envisager dans les textes les conséquences du rejet d'un plan du fait d'un changement de position d'un créancier et les conditions de la mise en œuvre du nouveau vote. À ce titre, la question de savoir si le plan doit être revoté en l'état, ainsi que celle relative à l'exercice de l'exécution forcée d'un vote seraient définitivement réglées.

Aussi, un texte permet actuellement aux créanciers de présenter des plans concurrents en application de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce. Avec cette arme, certains créanciers pourraient être tentés de réaliser des manœuvres dilatoires en transmettant un plan concurrent à l'administrateur judiciaire quinze jours avant la date du premier vote[764]. Si, en pratique, cette manœuvre est matériellement difficile, elle est possible juridiquement[765]. Pour davantage de cohérence avec l'esprit des textes de la sauvegarde accélérée, il conviendrait d'ajouter une disposition prévoyant l'exclusion de cette possibilité.

En définitive, les *prepacks* ne sont pas parés de toutes les vertus, les créanciers pouvant ne pas réitérer leur accord lors du vote du plan. L'articulation entre le traitement à l'amiable et le traitement judiciaire des difficultés des entreprises en ressort ici imparfaite. L'exécution du plan soulève, elle aussi, une autre problématique juridique.

764 C. com., art. R. 626-57-2, al. 2.

765 G. Jazottes, *«* La mise en place d'une "nouvelle" procédure de sauvegarde accélérée et le maintien de la sauvegarde financière accélérée *», in Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, Actes du colloque du 10 octobre 2014 à la Faculté de droit de Besançon, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 3, p. 9, spéc. p. 11.

2. La question de l'exécution du plan

94. Le plan des nouvelles sauvegardes, « *un jugement valant contrat* ? »[766]. Avant d'envisager le régime du plan, il est à noter que la question de sa nature est interrogée par un auteur[767]. De prime abord, la réponse semble évidente : à l'instar des plans de sauvegarde classiques, il s'agit d'un jugement car, après avoir été adopté à la majorité requise par les comités des créanciers, il est arrêté par le tribunal et s'impose à tous les créanciers, y compris ceux qui ont voté contre[768]. Partant, il ne peut être remis en cause que par une voie de recours et sa modification nécessite un nouveau jugement. Pour autant, l'auteur se demande si ce jugement ne vaut pas contrat[769]. En effet, en pratique la réponse à cette question n'est pas si simple puisque certains projets de contrats signés en conciliation sont purement et simplement annexés au jugement arrêtant le plan. Tel a notamment été le cas dans l'hypothèse de la sauvegarde financière accélérée de la société *Solocal Group*, dans laquelle le jugement arrêtant le plan comprenait, en annexe, des avenants aux contrats de crédit existants[770]. Le plan indiquait à cet égard : « *les éventuelles modifications des contrats susvisés seront régies par les stipulations desdits contrats* »[771]. Il ajoutait que les projets de contrats annexés pourront être « *complétés, adaptés ou modifiés par la société* » en cas de modifications « *purement techniques* »[772]. Une ambiguïté apparaît donc car le jugement crée des créances « hors plan », régies par des contrats[773]. Un praticien révèle ainsi que certains débiteurs souhaitent davantage « *être dans la même situation que si un accord de conciliation avait été signé* »[774] afin, notamment, d'éviter d'obtenir un nouveau jugement pour modifier les projets de contrats annexés au projet de plan.

Malgré l'intérêt de la question, il nous semble que le plan ne peut pas être considéré comme un contrat. En effet, le plan et ses contrats annexés sont opposables à tous et surtout toujours arrêtés par un jugement. De plus, de telles hypothèses font figures d'exception. Les textes sont précis à cet égard. Une procédure de sauvegarde accélérée n'est ouverte que si le projet de plan, élaboré en conciliation, est susceptible de recueillir de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable

766 G. Podeur, *«* Accords de conciliation et plans de sauvegarde *»*, *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1433 et s.

767 *Ibid.*, p. 1430.

768 C. com., art. L. 626-11, al. 1er : *«* Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous *»*.

769 G. Podeur, *art. cit.*, *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1433 et s.

770 T. com. Nanterre, 9 mai 2014, n° 2014J00341, cité par : G. Podeur, *art. cit.*, *D.* 2017, n° 25, p. 1430, spéc. p. 1434.

771 *Ibid.*

772 *Ibid.*

773 *Ibid.*

774 *Ibid.*

son adoption dans des délais limités[775]. Aussi, les conditions de l'arrêté du plan relèvent de l'article L. 626-31 relatif aux comités des créanciers et, partant, la modification substantielle du plan ne pourra intervenir qu'après un nouveau jugement, ce qui n'est pas non plus sans poser quelques difficultés pratiques.

95. La modification du plan soumise à un nouveau vote, source de difficultés. L'adoption du plan et l'exécution du plan sont soumises au régime du droit commun des plans[776]. À cet égard, il peut être regretté une incohérence pratique concernant sa modification substantielle[777]. En effet, l'article L. 626-31, alinéa 3 du Code de commerce prévoit que la modification substantielle du plan exige à nouveau un vote et, partant, la composition des comités des créanciers. Or, les seuils de constitution des comités peuvent ne plus être atteints et la composition des comités peut varier par rapport au vote d'origine[778]. L'exigence d'un nouveau vote dans les conditions de consultation des comités de créanciers n'apparaît donc pas satisfaisante en raison de l'évolution de la situation du débiteur depuis l'adoption du plan.

Il pourrait donc être envisagé une modification du plan dans les conditions de l'article L. 626-26 du Code de commerce, à savoir décidée par le tribunal à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan, après qu'il ait entendu « *toute personne intéressée* »[779].

Au-delà de ces difficultés, un constat plus positif peut être fait s'agissant de l'instauration des deux sauvegardes accélérées. Un de leurs atouts réside dans l'incitation des créanciers à s'accorder avec le débiteur.

775 C. com., art. L. 628-1, al. 2.

776 C. com., art. L. 628-8.

777 La modification substantielle du plan s'apprécie au regard des objectifs et des moyens du plan. Elle est notamment demandée lorsqu'un élément nouveau est susceptible de remettre en cause les dispositions du plan d'origine (CA Paris, 10 mai 1995, *D*. 1995, IR, p. 162). Il peut par exemple s'agir d'une demande de prolongation de la durée du plan, d'un allongement de la durée de l'échéancier ou même de licenciements.

778 F. Pérochon et H. Bourbouloux, *«* La procédure de sauvegarde et ses variantes *», in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes (Paris V), le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 50, spéc. p. 53.

779 Le tribunal statue également après avoir recueilli l'avis du ministère public et avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

§ 2. Des procédures collectives incitatives

96. La menace que représente l'ouverture d'une procédure collective. Par leur seule existence, les sauvegardes accélérées ont un effet d'« épouvantail » en permettant la réussite de certaines conciliations avec un accord unanime des créanciers. L'ouverture d'une procédure collective pour faire imposer l'accord peut représenter une menace pour les créanciers réticents à subir une procédure plus contraignante. En effet, ces nouvelles procédures peuvent être perçues comme des « menaces » puisque, dans certains cas, les créanciers vont préférer se rallier à l'accord, de crainte d'être laissés pour compte lors de la procédure judicaire[780]. La perspective d'ouverture d'une procédure collective, et notamment la publicité qui en est faite, met chacun face à ses responsabilités et peut ainsi inciter les créanciers récalcitrants à changer d'avis au cours de la conciliation[781]. Il en est de même en matière de *prepack*-cession, où les créanciers sont invités à conclure un accord dès la conciliation afin d'éviter le *cramdown* de la procédure collective[782]. La véritable mutation du droit des entreprises en difficulté réside donc bien dans l'idée que ces procédures collectives apparaissent comme des procédures incitatives à la négociation. Autrement dit, brandir la menace de l'ouverture d'une procédure collective est une arme dissuasive efficace[783].

97. Une négociation préalable tendant à rassurer le marché. La consécration du *prepack* au sein des procédures collectives entraîne, eu égard à la place importante faite à la négociation, une « *privatisation de la procédure collective* »[784]. Mais surtout, le soutien obtenu en conciliation d'un nombre suffisant de créanciers permet de rassurer le marché. Un des intérêts majeurs du *prepack* réside bien dans « *l'affichage vis-à-vis du marché des chances de réussite du sauvetage de l'entreprise et de l'accord avec les créanciers* »[785]. En d'autres termes, le projet de plan négocié en conciliation a un impact positif sur la procédure judiciaire ultérieure, laquelle est perçue par l'environnement économique de l'entreprise

780 Ph. Dubois, *«* La sauvegarde financière accélérée *»*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, p. 73 ; J. Théron, *art. cit.*, *Dr. et patr.* juill-août 2014, n° 238, p. 46, spéc. p. 51 ; Ph. Roussel Galle, *«* Des outils de restructuration des entreprises en difficulté adaptés à toutes les situations ? *»*, Table ronde, *BJE* 01 nov. 2014, n° 6, p. 391, spéc. p. 393.

781 En ce sens : Ph. Dubois, *art.. cit.*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, p. 73, spéc. p. 75.

782 Ch. Gorins, *«* Evolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective *»*, *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 185, spéc. p. 188.

783 P. Rubellin, *«* La négociation préventive *», in* D*roit économique et droit de l'entreprise en difficulté. V ers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 13, spéc. p. 30 ; M.-H. Monsèrié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *Prévention et traitement amiable des difficultés*, LGDJ, 2018, n° 547, p. 215.

784 B. Grelon, *«* La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de *«* régulation bancaire et financière *»* en date du 22 octobre 2010 *»*, *Rev. Sociétés* 2011, p. 7, spéc. p. 23.

785 H. Bourbouloux, *«* La sauvegarde financière accélérée *»*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, p. 73, spéc. p. 74.

comme « *utilisée comme une technique de gestion maîtrisée et partagée par la majorité des partenaires de l'entreprise, et non comme une procédure judiciaire ouverte à son encontre, et à l'encontre de tous* »[786].

Le projet de plan négocié est donc un signal positif fort envoyé au marché. D'une part, cela permet de rassurer les partenaires sur la capacité de l'entreprise à mener à bien sa restructuration dans les plus brefs délais[787]. La sauvegarde doit en effet être brève et sa sortie doit être annoncée dès l'ouverture de la procédure. Les effets néfastes pour le crédit de l'entreprise s'en trouvent ainsi atténués, puisque « *tout l'intérêt d'un pre-pack est de permettre à une entreprise de réaliser un simple « aller-retour » en procédure de sauvegarde* »[788]. D'autre part, le *prepack* qui précède une sauvegarde accélérée met en lumière « *un usage moderne et apaisé de la procédure de sauvegarde* »[789]. Certes le « forçage » à l'encontre des minoritaires ne peut être vu comme une « pacification » des rapports entre les parties. Cependant, le caractère amiable très marqué de la procédure et l'atténuation du caractère contraignant attaché aux procédures collectives « classiques » permettent d'y voir une dimension plus apaisée de la procédure collective. En effet, une telle négociation laisse à penser que la procédure accélérée qui suivra sera perçue comme menée en accord avec une majorité des créanciers[790]. Les « nouvelles » sauvegardes apparaissent comme la concrétisation d'un processus de négociation préalablement établi[791]. Ainsi, plus d'une dizaine d'années après la réforme de 2005, les souhaits du législateur de faire de la procédure de sauvegarde le moyen privilégié d'une « *contractualisation des solutions aux difficultés de trésorerie* »[792] ont été largement exaucés.

En définitive, la phase contractuelle préalable à la procédure judiciaire illustre un changement du droit de la défaillance pour créer un droit original de l'entreprise en difficulté dans une logique de dialogue avec les créanciers[793]. Les nouvelles sauvegardes sont donc comme des solutions de sortie rassurant le marché. Si le rapport de force exercé par les créanciers subsiste en

786 G. Couturier, *op.cit.*, n° 7, p. 683, spéc. p. 685.

787 Ph. Roussel Galle, « Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010 », *JCP E* 2010, n° 44-45, act. 591, p. 3, spéc. p. 5.

788 R. Courtier et N. Laurent, *art. cit.*, *CDE* 2009, n° 5, p. 26, spéc. p. 31.

789 A. Besse et N. Morelli, *art. cit.*, *JCP E* 2009, n° 25, 1628, p. 28, spéc. p. 30.

790 F.-X. Lucas, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 93, spéc. p. 94.

791 Un auteur énonce en ce sens que « les principes des sauvegardes accélérées (qui auraient pu porter le nom de procédures anticipées) se rattachent aux idées de négociation et d'anticipation » : P. Rossi, « Des outils de restructuration des entreprises en difficulté adaptés à toutes les situations ? », Table ronde, *BJE* 01 nov. 2014, n° 6, p. 391, spéc. p. 394.

792 X. de Roux, Rapp. AN n° 3651, sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 31 janvier 2007, p. 55.

793 C. Saint-Alary-Houin, « La sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, p. 31, spéc. p. 32. ; R. Dammann et G. Podeur, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, 2094.

procédure collective puisque ces derniers peuvent toujours se rétracter en ne votant pas en faveur du projet de plan, la mutation des procédures collectives consiste dans l'affichage créé par les négociations préalables en procédure amiable. Il s'agit principalement de « sauver les apparences » sur la situation de l'entreprise et sur sa capacité à trouver des solutions avec ses créanciers. En termes brefs, redonner confiance au marché.

98. Exemple jurisprudentiel d'un projet de plan incitatif. Au-delà des avantages constatés de la conciliation entre l'amiable et le judiciaire, ces nouvelles procédures peuvent apparaître incitatives lorsque le plan prévoit un avantage aux apporteurs d'argent frais. C'est ce que la Cour d'appel de Paris a rappelé, dans un arrêt du 11 mai 2016[794] en approuvant le plan de sauvegarde financière accélérée de la société *Ludendo Commerce France*. Cette dernière a été soumise à une SFA afin d'imposer aux créanciers récalcitrants les termes de l'accord de restructuration, élaboré préalablement en conciliation. Une des banques, qui s'opposait dès le départ au projet de plan, est venue le contester après son arrêté par le tribunal au motif qu'il induisait une inégalité de traitement entre les créanciers participants au crédit renouvelable et ceux qui n'y participaient pas, ceux ayant accepté de participer au crédit renouvelable voyant leurs créances antérieures transformées en « *new money* ». Autrement dit, les créanciers acceptant de consentir un nouveau crédit au débiteur seraient remboursés intégralement à l'arrêté du plan. Les juges du fond ont énoncé que « *la différenciation n'apparaît pas manifestement disproportionnée et protège suffisamment les intérêts de tous les créanciers, lesquels ont pu librement accepter l'une des 3 options qui leur étaient proposées* ».

Cette décision illustre donc l'efficacité de ces procédures lorsqu'il s'agit de contraindre un créancier minoritaire au sein des comités. Elle rappelle surtout l'existence d'un garde-fou important tenant à la vérification par le tribunal que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés et d'opérer ainsi un contrôle de proportionnalité des sacrifices faits par les créanciers. La solution paraît justifiée, en l'espèce, car le plan portait une atteinte limitée aux droits des créanciers en garantissant aux créanciers réfractaires[795] un paiement total de leur créance progressivement sur trois ans. Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il est rare, en pratique, qu'un plan arrêté dans le cadre des comités des créanciers offre aux créanciers une option entre différentes modalités de paiement de leur créance[796]. Cette faculté est davantage utilisée en phase de consultation des

794 CA Paris, 11 mai 2016, n° 16/03704, *BJE* 01 juill. 2016, n° 04, p. 241, note F.-X. Lucas.

795 Les créanciers réfractaires étaient notamment ceux qui n'acceptaient pas de participer à une nouvelle convention de crédit renouvelable.

796 F.-X. Lucas, « Quelques précisions sur le plan de SFA voté par le comité des établissements de crédit », *BJE* 01 juill. 2016, n° 04, p. 241.

créanciers dans les conditions de l'article L. 626-5, alinéa 2 du Code de commerce[797]. Enfin, cet arrêt révèle qu'un mécanisme incitatif peut être mis en œuvre dans le plan d'une sauvegarde accélérée, financière ou non, par lequel les créanciers apporteurs d'argent frais bénéficient d'un traitement privilégié.

Conclusion de la section. L'instauration des sauvegardes accélérées dans le Livre VI du Code de commerce a modifié les équilibres au sein des procédures. De nature hybride, elles peuvent être définies comme des procédures semi-collectives et quasi-consensuelles. Si elles combinent les avantages d'une procédure amiable et ceux d'une procédure collective, une difficulté apparaît s'agissant de la force contraignante du projet de plan pré-négocié. Les engagements de vote contenus dans ce dernier peuvent aisément ne pas être respectés lors du vote en comités des créanciers. Des parades contractuelles et des modifications textuelles ont donc été envisagées. Quoi qu'il en soit, ces procédures incitent à la négociation aussi bien en raison des avantages qu'elles procurent au débiteur et aux créanciers et de la menace qu'une procédure collective fait peser sur eux.

797 *Ibid.*

Conclusion du Chapitre

Il aurait pu être envisagé de conduire de telles négociations en dehors des tribunaux de commerce, au sein des chambres de commerce et d'industrie par exemple. Cela permettrait de ne pas effrayer les débiteurs, encore trop frileux à pousser les portes des tribunaux et d'éviter une procédure judiciaire, coûteuse et moins rapide. Cette alternative consistant à ne pas encadrer les négociations n'est pas souhaitable en raison des dérives possibles. Le droit américain est un bon exemple à cet égard. La souplesse des négociations a démontré les différents abus et le nombre conséquent de contentieux qui en découle[798]. Une autre alternative consisterait à modifier les règles de la conciliation, en ne requérant plus l'unanimité des créanciers[799]. Cette solution reviendrait à concevoir que tout accord amiable qui a l'approbation d'une large majorité de créanciers financiers et non financiers puisse être voté comme l'était autrefois le concordat préventif. Cela aurait le mérite d'éviter d'instrumentaliser la sauvegarde et permettrait d'obtenir plus facilement la conclusion d'un accord sans se confronter au refus de principe de créanciers récalcitrants. Cette proposition se heurte toutefois à un obstacle important : elle porte incontestablement atteinte au caractère contractuel attaché à cette procédure. En effet, une conciliation dénuée d'unanimité bouleverserait inutilement l'ordonnancement des procédures. Plus encore, cette procédure ainsi modifiée ne serait pas pour autant éligible au règlement communautaire puisque la conciliation n'est pas une procédure d'insolvabilité au sens de ce texte[800]. L'instauration des procédures de sauvegarde accélérée, financières ou non, semble donc être un bon compromis avec la passerelle créée entre une procédure amiable et une procédure judiciaire.

Cette consécration législative du *prepack* est venue modifier l'architecture des procédures collectives. Elle est une nouvelle illustration de la place grandissante faite à la négociation pour traiter les difficultés des entreprises. L'instauration de ce mécanisme négocié dans l'univers traditionnellement plus strict des procédures collectives est louable car il vise à permettre, en amont, la préparation de solutions mieux maîtrisées par le débiteur et ses créanciers. À cet égard, la conciliation est adaptée pour la préparation d'un projet de plan puisqu'elle est souple, confidentielle et permet de réunir le plus grand nombre de créanciers. La négociation préalable aura

[798] S. Stankiewicz-Murphy, L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. Vers un rapprochement des droits ?, ss. la dir. de J.-L. Vallens, Thèse, Strasbourg, 2011. p. 207 et s.

[799] C. Saint-Alary-Houin, « La généralisation de la SFA ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 105.

[800] *Ibid.*

également des répercussions favorables une fois la procédure collective ouverte. En effet, le travail de négociation, le *prepack* et l'adhésion de la majorité des créanciers, de le mettre en œuvre dans le cadre d'une sauvegarde accélérée, vont favoriser l'accélération du traitement afin de préserver la valeur de l'entreprise. La procédure collective sert, quant à elle, à imposer la solution aux créanciers minoritaires. Dans cette nouvelle architecture des procédures collectives, tout est fait pour que les débiteurs et leurs créanciers trouvent un terrain d'entente avant l'ouverture d'une procédure collective, plus contraignante. Il n'en demeure pas moins qu'il conviendrait que les textes soient plus précis en cas de refus de la part de certains créanciers de voter en faveur du plan. En ce sens, les conséquences du rejet d'un plan du fait d'un changement de position d'un créancier et les conditions de la mise en œuvre du nouveau vote pourraient être spécifiées. Elles pourraient notamment envisager que le plan soit revoté en l'état.

Dans la continuité de la conciliation, la sauvegarde accélérée paraît donc comme « *la tête d'affiche de ce mouvement incitatif de contractualisation* »[801]. Ainsi, bien qu'imparfaite, l'articulation entre l'amiable et le judiciaire montre la richesse d'une coordination des deux procédures afin d'offrir le traitement le plus adapté aux débiteurs. De même, bien qu'encore peu utilisées[802], les procédures déjà ouvertes sont des succès, ce qui démontre qu'elles constituent des outils efficaces de traitement des difficultés dans la nouvelle ossature des procédures collectives[803].

---

[801] M. Rolain, « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA* 17 déc. 2014, n° 251, p. 7.

[802] Y. Lelièvre, « Sauvegarde financière accélérée : seules six procédures ouvertes ce jour », *Option Droit & affaires*, mars 2014, p. 16 ; Deloitte, Altares, *Défaillances d'entreprises. T2. 2018*, disponible en ligne.

[803] Pour une illustration d'une procédure de sauvegarde financière réussie : T. com. Nanterre, 27 mars 2013, RG n° 1013L00611 : ouverture de la première SFA intéressant un groupe dans le secteur de la logistique et de l'emballage : Ph. Roussel Galle, « Adoption du plan de la première sauvegarde financière accélérée », *JCP E* 6 juin 2013, n° 23, p. 24 ; La SFA est également adaptée au traitement des difficultés financières d'une société ayant des titres cotés ou largement diffusés. L'exemple de l'ouverture d'une SFA, le 22 janvier 2015, en faveur de la Holding AgroGeneration, est topique. La société AgroGeneration souhaitait restructurer sa dette financière car, depuis 2014, elle faisait face à d'importantes difficultés en raison d'une hausse brutale du cours des céréales et des tensions géopolitiques en Ukraine. Aux termes d'un pacte conclu entre certains actionnaires de la société, un droit de veto en faveur d'actionnaires minoritaires au sein du conseil d'administration de la société était prévu pour toute émission emportant immédiatement ou à terme une modification des statuts de la société et pour toute ouverture de procédure de conciliation et de sauvegarde. Afin de surmonter l'opposition des actionnaires minoritaires, il a été fait application en l'espèce de l'ancien article L. 626-16-1 du Code de commerce. Crée par l'ordonnance de 2014, ce texte prévoit la possibilité pour le tribunal de donner mandat à l'administrateur de convoquer l'assemblée générale d'actionnaires à l'effet de statuer sur les modifications statutaires induites par le plan. En outre, il peut décider que l'assemblée compétente statuera, sur première convocation, à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote. Du fait de l'application de cette disposition, le conseil d'administration a perdu son pouvoir de convoquer une assemblée générale d'actionnaires et, par voie de conséquence, les représentants des actionnaires minoritaires ont perdu leur pouvoir d'opposition : A.-S. Noury, « La procédure de SFA est un outil particulièrement adapté au traitement des difficultés financières d'une société ayant des titres cotés ou largement diffusés », *BJE* 01 juill. 2015, n° 4, p. 211.

Conclusion du Titre 1

Pour traiter les difficultés d'une entreprise, suivant les dispositions du Livre VI du Code de commerce, deux voies peuvent être empruntées : amiable ou judiciaire. Classiquement, les procédures amiables font une place importante à la négociation, puisqu'elles sont par essence contractuelles. Au fil des réformes, le législateur a accentué cette faveur faite à la négociation en procédure de conciliation. Il a ainsi notamment renforcé les atouts de la conciliation, telles que la confidentialité et la rapidité, pour favoriser le succès des négociations. En favorisant davantage la négociation en procédure de conciliation, le législateur place le débiteur et ses créanciers au cœur du traitement, maîtres des négociations, avec le moins de risques possibles. Parallèlement, l'encadrement judiciaire a été accentué aussi bien pendant les négociations qu'après. La liberté des négociations n'est donc pas exclusive de tout contrôle judiciaire. À cet effet, la conciliation se rapproche des procédures collectives. De nouveaux équilibres entre les procédures apparaissent, dès lors, dans l'ordonnancement juridique et au sein même de cette procédure contractuelle.

La conciliation sert également à élaborer un projet de plan, lequel sera imposé aux minoritaires réfractaires en procédure collective. L'instauration des sauvegardes accélérées dans le champ des procédures collectives est une parfaite illustration de l'articulation des procédures amiables et judiciaires. Sont ainsi combinés, les avantages de la procédure amiable, dont la rapidité, puisqu'un projet de plan est d'ores et déjà élaboré, et ceux de la procédure collective, en raison de « l'écrasement » des minoritaires lors de l'arrêté du plan. La négociation apparaît donc plus importante qu'auparavant dans les procédures collectives et judiciaires car elle est la première phase de ces « nouvelles » sauvegardes.

La promotion de la négociation en droit des entreprises en difficulté a ainsi modifié les équilibres au sein de l'architecture des procédures. À la lumière des dispositions relatives à la conciliation et aux sauvegardes accélérées, financières ou non, a été observée l'apparition de nouveaux équilibres : les procédures amiables, tout en accusant toujours un caractère fortement contractuel, se rapprochent des procédures judiciaires, et réciproquement. En effet, alors qu'elles sont traditionnellement perçues comme des procédures contraignantes, les procédures collectives font de plus en plus de place à la négociation entre le débiteur et ses créanciers. Cette évolution n'est sans doute pas sans répercussions sur le rôle des principaux acteurs du traitement des

difficultés des entreprises. Ainsi, après avoir exposé les manifestations de la négociation au sein de procédures amiable et judiciaire, il s'agit à présent d'en évaluer les effets sur les protagonistes eux-mêmes.

TITRE 2. La négociation, facteur de nouveaux équilibres entre les acteurs

Le droit des entreprises en difficulté voit s'affronter de multiples intérêts, fort divers, dont ceux du débiteur, des créanciers privés et publics et des salariés. Tous ont un intérêt au sauvetage de l'entreprise, soit dans le but d'être payé, soit dans celui de préserver leurs emplois. De plus, le traitement des entreprises en difficulté est traditionnellement[804] attribué à l'autorité judiciaire par le législateur français. Le juge est donc un acteur central du traitement de la défaillance d'une entreprise. Ainsi, classiquement, on présente le droit des entreprises en difficulté comme une « *terre de conflits* »[805] où chacun défend son propre intérêt, sous l'autorité du juge.

Or, l'intégration de plus en plus marquée de la négociation pour traiter des difficultés des entreprises conduit à modifier la participation des parties au processus négocié ainsi que l'office du juge. L'essor de la négociation est en effet source de nouveaux équilibres entre les différents acteurs. D'une part, les participants à la négociation voient leur rôle accru dans la recherche de la solution **(Chapitre 1)**. D'autre part, la négociation atteint nécessairement l'étendue de l'office du juge en même temps qu'un rôle plus important est confié au débiteur et à ses créanciers. Toutefois, si on observe un glissement de plus en plus marqué d'un droit imposé vers un droit négocié, le juge n'a pas disparu. Son rôle semble à certains égards remodelé **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1. La rénovation du rôle des parties

Chapitre 2. La rénovation de l'office du juge

[804] Il existe également un traitement administratif des difficultés : CIRI, CODEFI, etc. V. *Infra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 126 et s.

[805] Formule empruntée au titre du Colloque de Deauville, organisé les 29 et 30 mars 2008, par l'Association Droit et Commerce : « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178.

Chapitre 1. La rénovation du rôle des parties

Le droit apparaît rénové avec le renforcement des instruments amiables et l'instauration de nouvelles sauvegardes qui reposent essentiellement sur une négociation entre le débiteur et ses principaux créanciers. Précisément, le centre de gravité des procédures collectives n'est plus la liquidation judiciaire, « *simple procédure d'ordre* »[806], mais des procédures négociées favorisant l'implication des parties prenantes. Le terme « partie » n'est pas employé aux fins de décrire les droits des parties, c'est-à-dire de toute « *personnes ayant intérêt à agir et qualité pour agir* »[807]. Les parties sont, ici, appréhendées comme les participants au processus de négociation, soit le débiteur et ses partenaires.

Longtemps le droit des entreprises en difficulté a été un droit « pro-débiteur », en particulier avec la loi de 1985[808], droit dans lequel on porte atteinte à l'existence de la créance et on impose aux créanciers des sacrifices. Sous cette loi, les propositions élaborées par le débiteur et l'administrateur judiciaire sont communiquées aux créanciers par le mandataire judiciaire qui recueille leur accord[809]. Aujourd'hui, le droit des entreprises en difficulté ne se réduit plus à la primauté de l'intérêt supérieur de l'entreprise sur les autres intérêts en présence. La tendance semble différente puisque la question de la balance des intérêts est systématique et au cas par cas[810]. Plus encore, la négociation permet une convergence entre les différents intérêts.

---

806 Y. Chaput, *«* Ordonnance du 12 mars 2014 – Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace, plus équilibré ? Propos conclusifs *», in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, *Rev, proc. coll.* 2014, n° 4, p. 85.

807 CPC., art. 31. V. sur cette notion : F. Derrida, *«* La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation des entreprises *»*, *D.* 1989, p. 77 et s., spéc. n° 37 ; O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, ss. la dir. de J. Miguet, Th. Toulouse I, 1995, n° 281 et s.

808 F.-X. Lucas, *«* La genèse de la réforme *», in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 6 ; Rapport *Doing Business* 2004 : F.-X. Lucas, *«* Doing Business, La liquidation d'entreprise *», in* Actes du colloque consacré au rapport de la Banque mondiale Doing Business, 2004, Collection thèmes et débats, Dalloz, 2005.

809 Ce mode de consultation existe toujours avec la consultation individuelle des créanciers sur les modalités du plan : C. com., art. L. 626-5.

810 C. Saint-Alary-Houin, *«* Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives *», in 3èmes rencontres jurisprudence-doctrine : échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives*, *BJE* 01 mai 2016, n° 3, p. 223.

Un rééquilibrage des rapports de force s'est donc opéré au profit des créanciers qui se voient doter de prérogatives élargies au sein des négociations et au détriment des associés, lesquels peuvent parfois être contraints de s'impliquer dans le redressement de l'entreprise (**Section 1**). Si la participation aux négociations visant à traiter les difficultés de l'entreprise a été encouragée, le législateur n'a pas permis à tous les acteurs de participer pareillement à l'élaboration de la solution. La présence des salariés et de l'AGS[811] dans le processus négocié est presque inexistante et les créanciers publics peinent toujours à jouer un rôle déterminant dans la solution recherchée (**Section 2**).

Section 1. Les participations encouragées

Avec les lois du 13 juillet 1967 et du 25 janvier 1985, les droits des créanciers ont été amoindris. Leur pouvoir de décision sur le sort du débiteur s'est en effet trouvé nettement atténué, notamment par le plan de continuation imposé par le tribunal après une simple consultation ou le plan de cession pouvant les évincer. Aussi bien, « le droit de vie et de mort » des créanciers sur l'entreprise leur avait été retiré[812].

La politique juridique, amorcée par la loi du 10 juin 1994, et poursuivie par le législateur lors des dernières réformes, a consisté de manière progressive en une revalorisation de leurs droits et en un accroissement de leur participation dans le traitement des difficultés des entreprises.

Le législateur de 2005 suit cette voie afin notamment de « rétablir la confiance des prêteurs pour qu'ils ne soient plus fondés à refuser d'assurer le financement normal de l'économie »[813].

À l'inverse, le droit des sociétés a longtemps été inadapté aux procédures collectives[814]. On pouvait en effet remarquer que, dans le cadre d'un plan de continuation, les créanciers se voyaient

---

811 Association pour la gestion du Régime de Garantie des Créances des salariés.

812 F. Derrida, *« Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire », in Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 1011, spéc. p. 1024. L'auteur énumère les différentes atteintes aux droits de certains créanciers opérés sous l'empire de la loi de 1967 dans le cadre du concordat dans le règlement judiciaire. À cet égard, il rappelle que la loi ne fait plus expressément référence à l'intérêt des créanciers concernant l'étendue du contrôle du tribunal sur le concordat. Les juges du fond n'avaient, ainsi, plus le devoir de rechercher si le concordat était conforme à l'intérêt des créanciers. En outre, Derrida critique le fait que la loi n'organise pas la consultation collective des créanciers titulaires de sûretés, bien que leur accordant trop de prérogatives. Enfin, il dénonce l'absence des salariés au sein de l'assemblée concordataire.

813 J.-J. Hyest, Rapp. Sénat, 11 mai 2005, n° 335, p. 33.

814 On pouvait parler alors de *« l'introuvable droit des sociétés en difficulté »* : Ph. Roussel Galle, *« L'introuvable droit des sociétés en difficulté », in* Mél. Ph. Merle, Dalloz, 2003, p. 607.

imposer des délais de paiement et des remises de dettes lorsque les actionnaires ne pouvaient se voir contraints à aucun sacrifice. Or ils pouvaient bloquer l'adoption d'un plan de continuation prévoyant l'entrée au capital d'un nouveau partenaire candidat à la reprise de l'entreprise. Tel est toujours le cas aujourd'hui mais le législateur tend à rééquilibrer les rapports de force au profit des créanciers en contraignant les associés et les actionnaires à participer à la recherche de la solution.

Un des changements notables de la loi de sauvegarde de 2005 et des lois qui lui ont succédé réside donc dans l'implication forte des créanciers à la définition du sort de l'entreprise, tant dans le traitement amiable que judiciaire **(§ 1**). En rééquilibrant les pouvoirs au profit des créanciers, le législateur a donc procédé à une refonte des dispositions les concernant alors que les associés sont de plus en plus contraints à participer au redressement de la société en difficulté. En effet, pour que les opérations de sauvetage de l'entreprise aboutissent et que les négociations entre les créanciers et le débiteur soient un succès, il convient d'éviter les blocages d'un petit nombre d'associés ou d'actionnaires (**§ 2**).

§ 1 La pleine implication des créanciers privés

La situation des partenaires de l'entreprise en difficulté a été améliorée à de nombreux égards lors des dernières réformes du droit des entreprises en difficulté. Outre les changements substantiels[815] apportés en matière de déclaration et de vérification des créances[816], de revendication[817] et de crédit-bail[818], l'évolution concerne surtout l'emprise plus marquée des créanciers au sein des négociations, rééquilibrant les rapports de force entre les acteurs en leur faveur. En améliorant leur situation, la volonté législative est de les inciter à participer activement aux négociations **(A)**. À l'instar de la logique concordataire, le législateur a surtout revalorisé le

815 Pour une analyse approfondie des modifications textuelles : F. Legrand, M.-N. Legrand et M.-H. Monsèrié-Bon, « Qu'est-ce qui change pour les partenaires de l'entreprise en difficulté ? », *in* 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 48 ; F. Macorig-Venier et J. Vallansan, « Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 58.

816 Par exemple, l'article L. 628-7 du Code de commerce, relatif à la sauvegarde accélérée, prévoit que le débiteur établit la liste des créances de chaque créancier ayant participé à la conciliation.

817 L'ordonnance du 12 mars 2014 est venue clarifier les règles de la procédure de revendication, facilitant de ce fait les démarches des créanciers propriétaires. Selon le nouvel article L. 641-14-1 du Code de commerce, c'est au liquidateur judiciaire qu'il appartient avec l'accord de l'administrateur, s'il en a été désigné, d'acquiescer à la demande en revendication ou en restitution.

818 L'ordonnance du 12 mars 2014 avantage également le crédit-bailleur. Auparavant, le paiement du crédit-bailleur pendant la liquidation judiciaire, en cas de levée d'option d'achat du contrat, devait être inférieur à la valeur vénale du bien. Désormais, cette condition est supprimée, avantageant le créancier : C. com., art. L. 641-3.

dialogue entre le débiteur et ses créanciers par l'institution des comités dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement **(B)**.

A. L'amélioration générale du sort des créanciers privés

Le degré d'implication des créanciers privés dans la recherche d'une solution à apporter aux difficultés de l'entreprise est incontestablement plus important aujourd'hui. Le renforcement de leur association au sein des négociations apparaît aussi bien dans les dispositions relatives aux procédures amiables que judiciaires (**1**). Concrètement, les incitations sont nombreuses pour faire d'eux des acteurs centraux du traitement des difficultés (**2**).

1. Les manifestations de l'association des créanciers

99. La liberté de négociation en procédure amiable. La flexibilité du mandat *ad hoc* et de la procédure de conciliation permet que les différents intérêts des créanciers s'expriment librement puisqu'ils n'imposent aucune organisation pour leur expression. Leurs intérêts sont notamment préservés en raison de la conclusion d'un accord amiable reposant sur l'unanimité.

C'est justement en ce sens que la Cour de cassation rappelle qu'un créancier appelé à négocier dans le cadre d'un mandat *ad hoc* n'est pas tenu d'accepter les propositions du mandataire *ad hoc*[819]. Dans cette affaire, la caution, assignée en paiement par une des banques du débiteur en redressement judiciaire, a fait valoir une attestation du mandataire *ad hoc* établissant que la banque, contrairement aux autres créanciers, avait refusé le moratoire[820]. Au-delà de la préservation du principe de confidentialité, en mettant l'attestation à l'écart des débats, les juges du fond ont légalement justifié leur décision en retenant que la créancière pouvait, sans commettre de faute, refuser les propositions du mandataire *ad hoc*.

Aussi bien, puisque le cadre légal du traitement amiable des difficultés des entreprises favorise la prise en compte des intérêts des créanciers, les juges incitent les débiteurs et leurs créanciers à privilégier cette voie. En effet, ils invitent fréquemment les entreprises à rechercher

819 Com. 22 sept. 2015, n° 14-17.377, préc. ; Ph. Roussel Galle, « Mandat *ad hoc*, confidentialité et droit du créancier de refuser les propositions du mandataire *ad hoc* », *Rev. Sociétés* 2015, n° 12, p. 761.

820 La caution invoquait le devoir de loyauté auquel était tenue la banque à son égard. Selon elle, le refus de la banque d'accepter les propositions du mandataire *ad hoc* avait accéléré les difficultés de l'entreprise.

avec leurs créanciers un accord à l'amiable avant de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde[821]. Dans cette logique, la procédure de conciliation a été rénovée au fil des réformes pour inciter les créanciers à participer activement aux négociations[822]. Tel est également le cas dans le cadre de négociations en procédure collective.

100. Un mécanisme contractualisé d'élaboration du plan. La consultation des créanciers en procédure collective prend deux formes : la consultation individuelle de droit commun, dite « consultation ordinaire », prévue aux articles L. 626-5 et suivants du Code de commerce, et celle des créanciers réunis en comité en vertu des articles L. 626-29 et suivants. La consultation ordinaire s'applique aux créanciers qui ne sont pas membres de comités[823], ou lorsqu'un comité a refusé les propositions faites ou ne s'est pas prononcé dans un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture, lorsque le tribunal n'a pas arrêté le plan[824] ou encore toutes les fois où il n'y a pas de comités. À cet égard, la consultation de droit commun devient une procédure par défaut, voire s'apparente à une sanction en faisant perdre aux créanciers et au débiteur leur liberté de négocier et en redonnant, dans le même temps, au tribunal un pouvoir de contrôle qui s'amenuit lorsque les comités acceptent le projet de plan[825].

Selon l'article L. 626-18 du Code de commerce, le tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers dans la procédure de consultation individuelle, ce qui illustre l'importance du rôle des créanciers dans l'élaboration du plan. Il a la possibilité de les diminuer et ne peut jamais les augmenter. De plus, le tribunal homologue des accords de conversion en titres acceptés par les créanciers[826]. En d'autres termes, il acte divers accords de volonté sans pouvoir imposer des délais et remises.

821 G. Couturier, « Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté », *BMIS* 01 juill. 2010, n° 7, p. 683.

822 V. *Supra.* Chap I, Titre I, Partie I.

823 C. com., art. L. 626-33.

824 C. com., art. L. 626-34.

825 Ch. Leguevaques, « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ? », *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 63.

826 C. com., art. L. 626-18, al. 2.

Cela étant, le tribunal impose des délais uniformes de paiement en cas d'échec de l'élaboration du plan, à savoir aux créanciers qui n'acceptent ni délais, ni remises[827]. On parle alors de « plan imposé »[828] pour inciter les créanciers à accepter.

L'instauration des sauvegardes accélérées, financières ou non, a précisément amélioré la situation des créanciers en favorisant la recherche d'une majorité qualifiée puisqu'est exclue toute possibilité d'un plan imposé par le juge. Il est ainsi impossible dans ces hypothèses d'imposer des solutions contre l'avis de la majorité des créanciers[829]. En toute logique, à défaut d'accord des créanciers majoritaires au sein des comités, dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture, aucun plan ne peut être arrêté et le tribunal doit mettre fin à la procédure[830]. De surcroît, les dispositions de l'article L. 626-18 du Code de commerce qui prévoient pour le tribunal la possibilité d'imposer des délais uniformes aux créanciers réfractaires ne sont pas applicables[831]. Ces nouvelles procédures marquent une innovation importante dans le rééquilibrage des rapports de force entre les acteurs car un plan ne peut être imposé aux créanciers. Une autre avancée en faveur des créanciers concerne l'exécution du plan.

101. Le plan modifié dans l'intérêt des créanciers lors de l'exécution du plan. Jusqu'à l'ordonnance du 12 mars 2014, une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne pouvait être demandée que par le débiteur, les contrôleurs étant seulement entendus[832]. Désormais, selon l'article L. 626-26 du Code de commerce, « *lorsque la situation du débiteur permet une modification substantielle au profit des créanciers, la saisine du tribunal peut émaner du commissaire à l'exécution du plan* »[833]. Les créanciers sont donc incités à participer non seulement à l'élaboration du plan mais également à son exécution, puisque le commissaire à l'exécution du plan peut demander la modification du plan dans leur intérêt.

827 C. com., art. L. 626-18, al. 4.

828 Une illustration de cette modification par le tribunal a été donnée dans l'affaire Cœur Défense. V. not. CA Versailles, 28 fév. 2013, n° 12/02755. Dans ce dossier, sur le fondement de l'article L. 626-18 du Code de commerce, le tribunal a imposé le plan au fonds commun de titrisation en reprenant les projets initiaux (l'affaire s'est étalée sur de nombreuses années en raison notamment de différents recours sur la décision initiale d'adoption du plan). Pour une analyse de l'affaire sur l'arrêté du plan de sauvegarde contre l'avis des créanciers : R. Dammann et M. Boché-Robinet, « Le plan "imposé" : les leçons du dossier Cœur Défense », *D.* 2013, n° 43, p. 2895.

829 R. Dammann et M. Boché-Robinet, *op.cit.*, *D.* 2013, n° 43, p. 2895.

830 C. com., art. L. 628.-8.

831 C. com., art. L. 628-8, al. 3.

832 C. com., art. L. 626-26, anc.

833 C. com., art. L. 626-26, al. 1er, complété par l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, art. 41.

À l'inverse, une modification d'un plan ne peut être réalisée au détriment des créanciers. En effet, une demande de modification d'un plan doit être rejetée lorsqu'elle tend à un sacrifice supplémentaire, alors que le débiteur dispose de fonds suffisants pour payer en une échéance unique l'intégralité du passif restant dû. À ce titre, le 23 novembre 2015, le tribunal de commerce de Valenciennes a rejeté la demande de modification du plan de redressement car le dirigeant avait omis d'indiquer aux créanciers un événement essentiel : le fonds de commerce de la société avait été cédé pour une somme permettant un désintéressement total des créanciers avant l'expiration de la durée du plan[834]. Dans cette affaire, l'intérêt du rôle du ministère public est éclairant[835], car alerté par les explications fournies en chambre du conseil, il relevait le manque de précision de la consultation des créanciers[836]. En d'autres termes, le débiteur disposait des fonds suffisants pour s'acquitter de l'intégralité du passif et avait omis d'en informer ses créanciers. Le tribunal a donc refusé de prolonger la situation des créanciers en leur imposant des sacrifices alors que le débiteur avait surmonté ses difficultés. Cette décision participe incontestablement à la « moralisation » de l'exécution des plans et se révèle en adéquation avec les nouvelles missions dévolues au commissaire à l'exécution du plan[837].

Les textes donnent également plus de pouvoirs aux créanciers dans le traitement négocié des difficultés des entreprises et leur offrent notamment des situations avantageuses les incitant à y participer.

2. Les incitations aux créanciers privés de prendre part aux négociations

102. Les avantages accordés aux créanciers en conciliation. Afin de renforcer la participation des créanciers en conciliation, le législateur a prévu des mesures incitatives en leur faveur en renforçant, d'une part, la sécurité juridique de l'accord homologué et, d'autre part en créant le privilège de conciliation.

834 T. com. Valenciennes, 2e ch., 23 nov. 2015, n° 2015003150. Le tribunal relève dans cette affaire que : « la modification du plan de redressement présentée par la société s'inscrit dans une pure logique spéculative permettant à ses associés de disposer, à l'issue du paiement de son plan de redressement, d'un boni de liquidation ».

835 Pour rappel, son avis doit être recueilli avant que le tribunal ne statue : C. com., art. L. 626-26, al. 3.

836 L'article R. 626-45, al. 3 du Code de commerce se limite à énoncer que le greffier « informe » les créanciers lorsque la modification porte sur les modalités d'apurement du passif, tandis que ceux-ci doivent seulement « faire valoir leurs observations » dans un délai bref de quinze jours.

837 H. Poujade, « Une "pincée d'éthique" dans la modification d'un plan de continuation », *BJE* 01 mars 2016, n°2, p. 97.

En premier lieu, les effets de l'homologation de l'accord de conciliation tendent à protéger les créanciers[838]. Précédemment, avant la loi de 2005 et sous l'empire du règlement amiable, l'homologation de l'accord ne mettait pas les créanciers à l'abri d'une action en nullité de la période suspecte. Par conséquent, les créanciers pouvaient avoir un comportement d'évitement, mettant en échec les négociations, dû à l'absence de sécurisation de l'accord. Leur sécurité est, aujourd'hui, assurée par l'éviction des nullités de la période suspecte[839]. À ce titre, lors de l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire, le tribunal ne pourra pas reporter la date de cessation des paiements à une date antérieure à l'homologation de l'accord afin de prononcer l'annulation de l'acte passé en période suspecte. Les créanciers sont donc assurés de ne pas subir l'annulation des actes prévus dans l'accord homologué.

En second lieu, dans le cadre d'une conciliation s'achevant par un accord homologué, le privilège de conciliation[840] créé par la loi du 26 juillet 2005 incite les créanciers à consentir un nouvel apport en trésorerie ou un nouveau bien ou service ayant pour but d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité[841]. En leur conférant une intéressante priorité de paiement[842], le privilège encourage les créanciers privés à participer activement aux négociations de la conciliation.

En définitive, ces dispositions présentent l'avantage d'offrir une sécurité certaine aux créanciers et particulièrement aux apporteurs d'argent frais incités à soutenir l'entreprise en difficulté. Ainsi, de tels avantages accordés aux créanciers participent-ils de leur intégration dans le traitement amiable des difficultés des entreprises. Ce dispositif est une approche renouvelée de l'objectif du droit des entreprises en difficulté de maintenir l'entreprise en vie en facilitant l'apport d'agent frais en cours de procédure. Le traitement des difficultés des entreprises ne doit plus être un repoussoir pour les créanciers, mais l'occasion de saisir de nouvelles opportunités.

Plus encore, aujourd'hui, un des avantages principaux pour les apporteurs de *new money* une fois la procédure collective ouverte réside dans l'impossibilité pour le juge de leur imposer des délais et remise dans le cadre des comités de créanciers.

---

838 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 62.

839 C. com., art. L. 611-8 et L. 631-8, al. 2.

840 Le privilège de conciliation confère en effet une priorité de paiement en cas de procédure ultérieure collective aux créanciers ayant consenti dans le cadre d'une conciliation ayant donné lieu à un accord homologué, un nouvel apport en trésorerie, un nouveau bien ou service au débiteur. V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 43.

841 C. com., art. L. 611-11.

842 P.-M. Le Corre, « Le privilège de la conciliation », *Gaz. Pal.* 7-8 sept. 2005, n° 251, p. 50.

103. Le traitement avantageux des créanciers bénéficiaires du privilège de conciliation dans l'élaboration du plan. L'article L. 626-20 du Code de commerce, relatif à la consultation individuelle des créanciers, énonce les cas dans lesquels certaines créances, comme celles garanties par le privilège de *new money*, ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais sans l'accord des créanciers concernés. Une question se posait de savoir si cette disposition faisait obstacle à ce que des délais ou remises soient imposés aux créanciers apporteurs d'argent frais qui voteraient défavorablement sur le projet de plan dans le cadre des comités[843]. Au regard de cette difficulté non réglée pendant longtemps par les textes, deux thèses s'opposaient en doctrine. La première était défendue par Monsieur le Professeur Lucas qui considérait que cet article ne constituait pas un frein à ce que des délais ou des remises soient imposés aux créanciers garantis par le privilège de l'article L. 611-11 du Code de commerce. La seconde, soutenue par Madame la Professeure Pérochon, défendait, à l'inverse, que les articles L. 626-20 et R. 626-33-1 interdisaient que ces créanciers « méritants » se voient imposer de tels délais et remises.

Se fondant sur une analyse littérale des textes, Monsieur le Professeur Lucas invoquait trois arguments principaux. Tout d'abord, il rejetait l'application de l'article L. 626-20 aux plans votés en comité en raison de l'éviction des textes organisant la consultation individuelle des créanciers tels que les articles L. 626-12 et L. 626-18 du Code de commerce, exclus par l'article L. 626-30-2, alinéa 2. Puisque dans le cadre des comités de créanciers un autre corps de règles s'applique, les créanciers auxquels on ne peut imposer des délais et remises sans leur acceptation expresse en consultation individuelle vont, inversement subir la loi de la majorité en comité, à défaut de disposition contraire[844].

Ensuite, le deuxième argument de l'auteur était fondé sur la nature propre de ces plans. En effet, les comités sont des organes collégiaux dans lesquels les créanciers perdent leur individualité pour négocier, ensemble, dans un groupement. À cet effet, comme ils ne sont pas exclus expressément par la loi des comités pour la partie de leur créance garantie par le privilège[845], ils subissent les risques liés à la qualité de membre de comités. Dès lors, ils sont soumis à la loi de la majorité et échappent aux règles protectrices du consentement pouvant exister dans le cadre de la consultation individuelle, comme à l'article L. 626-5, alinéa 3 du Code de commerce. Cette disposition impose, en effet, l'accord exprès pour une proposition portant sur une conversion de

843 L'article L. 626-20 du Code de commerce énumère les créances qui ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers, dont les créances garanties par le privilège de new money.

844 F.-X. Lucas et F. Pérochon, « Créanciers de la new money, le retour », *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 192, spéc. p. 195.

845 C. com., art. L. 626-33. Cet article prévoit une consultation individuelle pour les créanciers non-membres des comités.

créances en actions. En revanche, un créancier en comité de créanciers peut devenir actionnaire contre sa volonté si le projet de plan prévoit que la conversion est adoptée. Ainsi, en vertu de la nature des comités et du principe majoritaire les gouvernant, chaque membre est considéré comme ayant accepté les termes du projet de plan voté[846]. Pour l'auteur, les « *comités peuvent tout* »[847] et il n'est pas illogique d'imposer des délais et remises aux créanciers garantis par le privilège. En tant que membres du comité, on ne peut leur appliquer les règles de consultation individuelle qui visent à recueillir leur accord exprès.

Enfin, le troisième argument reposait sur l'article L. 626-31 du Code de commerce énonçant que la décision du tribunal rend applicables à tous les membres les propositions acceptées par les comités. Partant, même si on appliquait l'article L. 626-20 aux comités, le vote des délais et remises demeurait une acceptation de tous les créanciers, lesquels s'étaient collectivement exprimés[848]. En définitive, dans le sens de cette thèse, il ne restait aux créanciers apporteurs d'argent frais, refusant les délais et remises prévus, que la seule perspective d'un refus du tribunal d'arrêter le plan si les intérêts de tous les créanciers n'étaient pas suffisamment protégés.

Contrairement à cette première analyse, Madame la Professeure Pérochon prenait argument des finalités de la loi pour défendre l'idée selon laquelle il n'est pas possible d'imposer à l'apporteur d'argent frais, membre d'un comité, les délais et remises d'un projet de plan qu'il refuserait[849]. En allant au-delà de la lettre des textes, et se fondant ainsi sur l'esprit de la réforme de 2014, elle considérait que la protection accordée aux créanciers garantis par le privilège de conciliation en consultation ordinaire est un principe général de protection. En outre, l'acceptation du projet de plan émane globalement du comité et, au regard du sens civiliste de l'acceptation, il ne peut être admis que la fiction d'acceptation s'applique directement à chacun des créanciers.

Enfin, il n'est pas logique de protéger ces créanciers en consultation ordinaire pour des délais et remises non expressément refusés et de les imposer en comité alors qu'ils les auraient cette fois expressément refusés.

---

846 S'agissant des comités de créanciers, l'auteur parle d'une « fiction d'adhésion de tous leurs membres à la décision issue du vote, auraient-ils personnellement voté contre » : F.-X. Lucas, « Le banquier et les nouvelles procédures : sauvegarde accélérée et SFA », *in Contentieux bancaire des procédures collectives : l'établissement de crédit et l'entreprise en difficulté*, ss. la dir. de E. Le Corre-Broly, Bruylant, 2014, n° 31, p. 175.

847 F.-X. Lucas et F. Pérochon, « Créanciers de la new money, le retour », *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 192, spéc. p. 197.

848 *Ibid.*, p. 192, spéc. p. 198.

849 *Ibid.*

Nous rejoignons une telle analyse en raison de la sécurité juridique conférée à l'apporteur de *new money*. Il faut reconnaître que la différence de traitement avec les créanciers en consultation ordinaire ne se justifiait pas. Dès lors que le créancier avait voté en faveur du plan, il avait démontré expressément accepter les délais ou remises proposés. Il n'y avait, dans cette hypothèse, aucune difficulté. En revanche, lorsqu'il les refusait de manière expresse, la protection accordée au créancier devait être identique à celle apportée en consultation ordinaire. Certes, la décision du tribunal d'arrêter le plan est applicable à tous les membres, y compris ceux l'ayant rejeté, au regard de l'article L. 626-31 du Code de commerce mais la cohérence textuelle et l'esprit de la loi imposaient que la protection en faveur des créanciers garantis par le privilège soit générale. À cet égard, une réponse explicite du législateur sur ce débat était vivement attendue.

C'est ainsi que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle[850] est venue trancher la question. À l'article L. 626-30-2, alinéa 2 du Code de commerce, relatif au fonctionnement des comités des créanciers, a été insérée la phrase suivante: « *ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers les créances garanties par le privilège établi au premier alinéa de l'article L. 611-11* ». Les projets de plan proposés aux comités ne peuvent, dès lors, comporter des remises ou des délais qui n'auraient pas été explicitement acceptés par les créanciers bénéficiaires du privilège de *new money*. En ce sens, la loi confère une importante marge de manœuvre aux créanciers apporteurs d'argent frais en conciliation pour négocier le plan en procédure collective.

B. L'octroi d'un pouvoir d'initiative dans les comités

La lourdeur de la procédure collective et les délais difficiles à respecter ont notamment été surmontés par l'instauration des sauvegardes accélérées accueillant la pratique du « *prepackaged plan* »[851]. Néanmoins, la véritable évolution repose sur l'intégration croissante des créanciers dans le processus d'élaboration du plan dans le cadre des comités des créanciers.

850 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n° 269 du 19 novembre 2016, art. 99.

851 Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, JORF n°0247 du 23 octobre 2010, p. 18984 ; Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JORF n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249 ; v. *Supra*, Chap. II, Titre I, Partie I.

Inspirés du droit américain et des orientations préconisées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[852], les comités de créanciers sont un retour aux sources, rappelant le vote majoritaire des assemblées concordataires sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967. L'introduction des deux comités des créanciers en France - celui des sociétés de financement, des établissements de crédit et ceux assimilés, ainsi que celui des principaux fournisseurs de biens ou de services - a été l'une des mesures phares de la loi de sauvegarde des entreprises de 2005 et n'a eu de cesse d'évoluer depuis. À cet égard, les plans de sauvegarde et de redressement élaborés en comités apparaissent plus négociés. Si cette « contractualisation du plan »[853] est favorable aux créanciers dont le pouvoir d'initiative est renforcé (**1**), les réformes touchant les comités de créanciers ont laissé en suspens certains écueils (**2**).

1. Un pouvoir d'initiative renforcé

104. L'implication renforcée des créanciers. La création des comités des créanciers a été mise en œuvre par le législateur de 2005 en vue de privilégier la recherche de solutions consensuelles[854]. Il est ainsi venu insuffler de la négociation dans les procédures de sauvegarde et de redressement, pourtant judiciaires[855].

Cette innovation permet donc une meilleure participation des créanciers au redressement de l'entreprise et, partant, un meilleur équilibre des pouvoirs entre le débiteur et ses créanciers[856]. Le déroulement de la procédure repose, en effet, sur une négociation, dans des délais brefs, entre les membres des comités et le débiteur à partir des propositions de ce dernier. La négociation débouche sur un projet de plan et se conclut par un vote sur ce projet. L'article L. 626-30-2, alinéa

852 J.-L. Vallens, *«* Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? *»*, *D.* 2004, n° 33, p. 2420, spéc. p. 2426. L'importante liberté conférée aux créanciers s'arrête à l'élaboration du plan car à la différence du droit américain, les créanciers sont exclus de la surveillance et de la gestion de l'entreprise : M. Tanger, *La faillite en droit fédéral américain*, Economica, 2002, spéc. p. 98 et 99.

853 Ch. Leguevaques, *«* Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ? *»*, *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 63 ; M.-L. Coquelet, *«* Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? *»* in *Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance?,* Actes du colloque organisé à l'Université Paris Nanterre le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 84, spéc. p. 86.

854 Ph. Dellier, Débats Sénat, séance du 30 juin 2005, JO 1er juillet 2004, p. 4862.

855 F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, *«* La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises *»*, *RDBF.* janv.- fév. 2006, n° 1, p. 60, spéc. p. 62.

856 M.-A. Baret, *«* Le comité des créanciers *», in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 22, spéc. p. 25.

3 du Code de commerce énonce, à cet égard, que les comités se prononcent sur chaque plan « après discussion avec le débiteur et l'administrateur ».

Les créanciers sont, depuis l'ordonnance de 2008, plus impliqués dans les négociations puisque tout créancier membre d'un comité peut soumettre des propositions, en les transmettant par tout moyen au débiteur et à l'administrateur[857]. Cependant, ce rôle est limité par le filtre opéré par le débiteur, avec le concours de l'administrateur, qui apprécie de transmettre aux comités celles qui reçoivent son agrément[858].

Un pas supplémentaire vers l'implication des créanciers a, ensuite, été fait par l'ordonnance du 12 mars 2014 qui confère la possibilité à tout créancier membre d'un des deux comités de proposer un projet de plan qui devra faire l'objet d'un rapport de l'administrateur avant d'être soumis au vote des comités[859]. Cette innovation est majeure puisqu'elle prive le débiteur de son monopole sur l'élaboration du plan et constitue un moyen efficace contre l'instrumentalisation des procédures de sauvegarde ou de redressement[860]. Elle permet également d'éviter que les actionnaires bouleversent les rapports de force de manière illégitime et dans leurs seuls intérêts[861]. Plus encore, le débiteur peut désormais voir la procédure de sauvegarde convertie en redressement judiciaire par le tribunal, à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, si l'adoption du plan est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements[862]. Une telle possibilité a l'avantage de sanctionner le comportement abusif d'un débiteur et de son actionnaire par lequel ils refuseraient de négocier de bonne foi et imposeraient « *au forceps* »[863] un plan favorisant les intérêts de l'actionnaire. Enfin, la faculté donnée aux créanciers membres des comités de proposer un plan alternatif est une mesure audacieuse car le législateur n'a pas entendu la limiter à l'hypothèse dans

857 C. com., art. L. 626-30-2, al. 3.

858 C. com., art. R. 626-57-2.

859 C. com., art. L. 626-30-2, al. 1er et art. R. 626-57-2, al. 2. Lorsqu'un créancier propose un projet pour un débiteur exerçant "une activité bénéficiant d'une autorisation administrative, d'un agrément, d'un conventionnement ou d'une habilitation" relevant du domaine de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, l'autorité administrative compétente devra être consultée sur son projet de plan : C. com., art. L. 626-2-1.

860 Les créanciers se retrouvaient auparavant devant un choix souvent défavorable pour eux dans les deux cas, à savoir soit accepter les délais et remises proposés, soit se voir imposer des délais de paiement par le tribunal : R. Dammann et G. Podeur, *«* Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 *»*, *D.* 2014, n° 12, p. 752.

861 CA Versailles, 28 fév. 2013, n° 12/02755, préc. ; R. Dammann et M. Boché-Robinet, *art. cit.*, *D.* 2013, n° 43, p. 2895.

862 C. com., art. L. 622-10, al. 3. Si une telle conversion peut être imposée au débiteur, elle peut également être demandée par lui.

863 Pour reprendre l'expression de deux auteurs : R. Dammann et G. Podeur, *art. cit.*, *D.* 2014, n° 12, p. 752.

laquelle le débiteur n'aurait pas proposé de plan. Ainsi, non envisagée de manière subsidiaire, elle permet une véritable mise en concurrence du projet de plan du débiteur et de celui des créanciers[864]. C'est dire que cette innovation améliore le rôle des créanciers dans le cadre des négociations du plan.

Autrement dit, en étant force de propositions, les créanciers ne sont plus devant un simple choix entre accepter le plan décidé par le débiteur et ses actionnaires ou se faire imposer par le tribunal le rééchelonnement de leur créance. Le législateur invite, désormais, les parties à négocier et à s'accorder à la majorité sur le plan proposé par le débiteur ou sur les plans alternatifs présentés par les créanciers. La réforme de 2014 est donc venue opérer un rééquilibrage des rapports de force en faveur des créanciers. À l'unilatéralisme qui prévalait alors est substitué un espace de dialogue et de délibération.

105. La distinction avec la consultation ordinaire des créanciers, hors comités. Bien sûr, si on admet qu'il y a une contractualisation des plans au vu du renforcement du rôle des créanciers dans leur élaboration, il convient de souligner que la conception de l'acceptation des comités[865] est fortement éloignée de l'acceptation retenue par le droit des contrats. En effet, le plan ne résulte pas d'une adhésion unanime des créanciers et ce dans un souci d'efficacité de la procédure collective, afin d'éviter les blocages possibles. L'implication de certains créanciers représente, en effet, dans le même temps une contrainte pour ceux qui se voient imposer par la majorité des sacrifices non consentis. On est donc loin du droit des contrats, « *lequel se préoccupe toujours du consentement de celui qui s'oblige* »[866], lorsque l'article L. 626-31 du Code de commerce lie tous les créanciers au plan, qu'ils l'aient voté ou non, dès lors que la majorité l'a adopté. Néanmoins, cette dérogation au droit commun des contrats demeure moins « radicale » que l'article L. 626-5 du Code de commerce, relatif à la consultation ordinaire des créanciers. En effet, cet article énonce que le silence gardé par le créancier, pendant trente jours à compter de la réception de la proposition pour le règlement des dettes, vaut acceptation[867].

---

864 Ph. Pétel, *«* L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue de l'universitaire *», in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 67.

865 C. com., art. L. 626-31, al. 1er. Selon cet article, la décision du tribunal d'arrêter le plan rend applicables à tous les créanciers *«* les propositions acceptées par les comités *»*.

866 F.-X. Lucas et F. Pérochon, *art. cit.*, *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 192, spéc. p. 197.

867 Tel n'est pas le cas lorsque la proposition porte sur une conversion en titres donnant ou pouvant donner accès au capital, le défaut de réponse valant refus : C. com., art. L. 626-5, al. 3.

La volonté du législateur de contractualiser le plan et la distinction avec la consultation ordinaire des créanciers trouvent une autre illustration à l'article L. 626-31, alinéa 2 du Code de commerce : par dérogation à l'article L. 626-26, une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan arrêté par le tribunal ne peut intervenir qu'en procédant à une nouvelle consultation des comités. Partant, une nouvelle phase de discussion en comité est enclenchée. Dans le cadre de la consultation ordinaire, l'article L. 626-26 du Code de commerce prévoit qu'une telle modification ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan. Le tribunal ne statue qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public et avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et toute personne intéressée. Plus encore, lorsque la modification porte sur les modalités d'apurement du passif, le greffier en informe les créanciers intéressés par lettre recommandée avec demande d'avis de réception[868]. Ils disposent alors d'un délai de quinze jours « *pour faire valoir leurs observations* »[869] au commissaire à l'exécution du plan. La distinction entre la « simple » consultation des créanciers et la négociation est ici patente car ceux-ci ne discutent pas cette modification[870].

C'est donc en toute logique que l'institution des comités des créanciers a été présentée comme une innovation majeure réintroduisant « *un aspect contractuel et concordataire dans une procédure qui demeure toutefois "hybride"* »[871].

106. La libre détermination du contenu du plan. La place faite à la négociation est d'autant plus importante que le projet de plan est laissé à la libre appréciation des parties, le législateur n'ayant donné aucune directive concernant son contenu. Si le législateur ne précise pas la teneur des propositions présentées par le débiteur[872], il est logique de l'apprécier largement et d'en déduire qu'il s'agit de délais et remises ainsi que des mesures sociales et économiques.

C'est au regard de l'emblématique affaire « *Eurotunnel* »[873] que le législateur de 2008 est venu apporter des améliorations à ce régime en ouvrant la voie à la conversion des créances en capital.

868 C. com., art. R. 626-45, al. 3.

869 *Ibid.*

870 V. *Supra* note de bas de page 836.

871 Avis Sénat, n° 355, au nom de la Commission des Finances sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, Ph. Marini, 26 mai 2005, p. 23.

872 C. com., art. L. 626-30-2, al. 1er.

873 T. com. Paris, 2 août 2006, n° 2006047554, *Sté Eurotunnel PLC*. Sur ce jugement, v. R. Dammann et G. Podeur, « L'affaire Eurotunnel : première application du règlement CE n° 1346/2000 à la procédure de sauvegarde » *D.* 2006, n° 33, p. 2329 ; F. Jault-Seseke et D. Robine, « Procédure de sauvegarde transfrontalière », *BMIS* 01 janv. 2007, n° 1, p. 37. Cette affaire a donné lieu à une série importante de décisions : T. com. Paris, 15 janv. 2007, n° 2006058654. Sur

Le projet de plan peut ainsi reposer sur des délais de paiement, des remises de dettes et désormais, « *lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports,* [sur] *des conversions de créances en titres ou pouvant donner accès au capital* »[874]. Sur le plan financier, la possibilité d'attribuer des actions aux créanciers joue un rôle similaire à celui d'une clause de retour à meilleure fortune[875]. La conversion des créances en capital s'opère le plus souvent par souscription des créanciers à une augmentation du capital en numéraire, précédée d'une réduction de capital selon la technique du « coup d'accordéon ».

La conversion consensuelle est bien évidemment à privilégier même si dans certaines situations elle devra être imposée à la minorité. Effectivement, le législateur a préféré le pragmatisme en imposant à certains créanciers des conversions de créances en capital : si le plan a été voté favorablement, des créanciers récalcitrants peuvent voir leurs créances converties contre leur gré. Pour éviter un éventuel blocage lorsque cette mesure est indispensable au redressement de l'entreprise[876], il est fortement conseillé aux débiteurs de s'assurer du soutien des créanciers dans des négociations préalables[877].

En somme, les créanciers, le débiteur et l'administrateur sont libres de décider de la teneur du projet de plan, lequel peut même établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient[878]. Une simple consultation du mandataire judiciaire, des représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel est prévue pour qu'ils présentent leurs observations à chacun des comités avant que ceux-ci ne se prononcent sur le ou les projets de plan[879]. Le pouvoir renforcé des créanciers quant à la négociation du contenu du plan ne fait néanmoins pas totalement disparaître le rôle du juge.

---

ce jugement, v. F. Jault-Seseke et D. Robine, « Affaire Eurotunnel : nouvel épisode », *BMIS* 01 avril 2007, n° 4, p. 459. – CA Paris, ch. 3, sect. B, 29 nov. 2007, RG n° 07/05764. – CA Paris, ch. 3, sect. B, 29 nov. 2007, RG n° 07/05752. Sur ces arrêts, v. M. Menjucq, « Réflexions critiques sur les arrêts du 29 novembre 2007 de la cour d'appel de Paris dans l'affaire Eurotunnel », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 1, p. 9.

874 C. com., art. L. 626-30-2, al. 2.

875 R. Dammann et G. Podeur, « La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficultés », *BMIS* 01 déc. 2009, n° 12, p. 1129, p. 1133.

876 *Ibid.*, p. 1134. Les auteurs émettent l'hypothèse selon laquelle l'entreprise est dans l'impossibilité de rembourser ses dettes, même après rééchelonnement sur dix ans. La conversion des créances en capital apparaît être, dans un tel cas, une mesure indispensable.

877 La procédure de consultation des comités dure en moyenne six mois maximum.

878 C. com., art. L. 626-30-2, al. 2 et art. L. 626-32, al. 2. V. sur cette exception au principe général d'égalité des créanciers : *Infra*, Chap. I, Titre I, Partie II, n° 207 et s.

879 C. com., art. R. 626-59.

107. Le maintien du rôle important du tribunal. L'instauration des comités des créanciers et les différentes évolutions en la matière ont mis en exergue le changement de pouvoir opéré entre les acteurs de la procédure collective. En effet, le débiteur et ses créanciers ont plus de prise sur le projet de plan que le tribunal. Ce dernier, ne pouvant « *pas s'immiscer dans les accords scellés entre la majorité des créanciers d'un comité et le débiteur* »[880], un auteur considère qu'il détient de ce fait une « *compétence liée* »[881] par leur décision. Le contrôle du tribunal est réalisé une fois le projet de plan adopté par l'un des comités et ne concerne que la vérification de la protection suffisante des intérêts de tous les créanciers, selon l'article L. 626-31, alinéa 1er du Code de commerce. Le tribunal arrête ou rejette le plan seulement sur ce fondement. Dans le cadre des comités, c'est donc un contrôle *ex post* qui est opéré par le tribunal, révélant ainsi la pleine association des créanciers à l'élaboration du plan. Toutefois, il est excessif de parler de « compétence liée » car le dernier mot appartient au tribunal qui peut toujours refuser les propositions votées par les comités.

La création des comités de créanciers a certes conféré aux créanciers un rôle moteur dans la préparation et la conclusion des plans. Mais, à défaut d'accord, l'élaboration du plan se fait selon la procédure de « droit commun »[882] et le tribunal reprend ses larges pouvoirs, notamment celui d'imposer des délais de paiement. La consultation individuelle diffère en effet sensiblement de celle des comités en privant les créanciers de la possibilité de négocier ensemble. De plus, la durée du plan est fixée par le tribunal et ne peut excéder dix ans, ce qui n'est pas le cas dans le cadre des comités[883]. Enfin, les échéances et le montant des annuités sont librement décidés par les comités : contrairement aux délais uniformes dans le cadre de la consultation individuelle, il n'est pas prévu que le premier paiement intervienne avant un délai d'un an et que pour les annuités suivantes, un montant minimal correspondant à 5 % de chacune des créances admises soit établi[884].

Par ailleurs, si cette institution permet une intégration opportune des créanciers dans le processus négocié du traitement des difficultés des entreprises, il demeure des difficultés à résoudre reposant à la fois sur la composition et sur le fonctionnement des comités.

---

880 Ch. Leguevaques, « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ? », *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 63.

881 *Ibid.*

882 C. com., art. L. 626-34.

883 C. com., art. L. 626-12 (la durée est portée à quinze ans lorsque le débiteur est un agriculteur). C. com., art. L. 626-30-2, al. 2. Selon cet article, les projets de plan proposés aux comités ne sont soumis ni aux dispositions de l'article L. 626-12 ni à celles de l'article L. 626-18, à l'exception de son dernier alinéa.

884 Consultation individuelle : C. com., art. L. 626-18, al. 4.

La possibilité de négocier au sein des comités est limitée à un petit nombre. De plus, leur fonctionnement ne facilite pas toujours l'adoption de plan. Afin que la négociation soit accessible à tous et qu'elle soit gage de succès, il conviendrait de réformer, sur certains points, la composition et le fonctionnement des comités.

2. Les difficultés liées à la composition et au fonctionnement des comités

108. Un champ d'application des comités restreint. L'article L. 626-29 du Code de commerce détermine le champ d'application des comités. Il distingue entre les comités dont la composition est obligatoire et les comités facultatifs, lesquels fonctionnent pareillement.

Les comités obligatoires concernent les entreprises d'une taille importante. Le texte exige que les comptes du débiteur aient été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et que le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires soit supérieur à des seuils fixés par décret. Ces seuils ont été fixés à 150 salariés et un chiffre d'affaires de 20 millions d'euros hors taxes[885].

Le législateur a prévu, pour les entreprises en deçà des seuils, la possibilité pour le débiteur et l'administrateur judiciaire de demander au juge-commissaire la constitution des comités[886]. Toutefois, la composition facultative des comités est limitée car le juge-commissaire ne peut se saisir d'office et cette faculté n'est pas donnée aux créanciers. En cas de carence de l'administrateur, les contrôleurs ne peuvent pas agir dans l'intérêt collectif comme cela peut être le cas en cas de carence du mandataire judiciaire dans d'autres situations[887]. La raison est simple : l'administrateur n'est pas le mandataire judiciaire et ne représente pas l'intérêt collectif des créanciers. Pourtant, au regard de l'esprit de l'ordonnance du 12 mars 2014 ayant remis en cause le monopole du débiteur

885 C. com., art. L. 626-29, al. 1er et art. R. 626-52.

886 C. com., art. L. 626-29, al. 2. Lorsque le débiteur est en deçà des seuils, il peut ne pas demander au juge-commissaire ou refuser de bénéficier de la procédure de comités. Dans ce cas, l'administrateur supplée au débiteur, ce qui peut étonner en procédure de sauvegarde dans laquelle il n'a en principe qu'un rôle de surveillance ou d'assistance du débiteur dans la gestion de son entreprise. De même, lorsqu'aucun administrateur n'a été désigné faute pour l'entreprise de ne pas atteindre les seuils le requérant, le juge qui souhaite favoriser la recherche d'une solution consensuelle, en désignera un afin de pallier l'inertie du débiteur. Dans cette hypothèse, l'élaboration du plan s'apparente plus à une « procédure de comités forcée » : V. Bourgninaud, « Chapitre VI : Du plan de sauvegarde. Section III : Des comités de créanciers », *in La loi de sauvegarde article par article*, ss la dir. de F.-X. Lucas et H. Lécuyer, *LPA* 8 fév. 2006, n° 28, p. 85, spéc. p. 86.

887 C. com., art. L. 622-20 : possibilité d'agir en cas de carence du mandataire judiciaire.

de proposer un plan car les créanciers peuvent désormais en proposer un[888], il aurait pu être envisagé de leur conférer la possibilité de demander la constitution des comités. Cette faculté est envisageable car, d'une part, elle irait dans le sens de l'évolution actuelle du renforcement de leurs droits, et, d'autre part, elle serait contrôlée par le juge-commissaire.

Si le champ d'application des comités est restreint, sa composition a été élargie au fil des réformes.

109. La composition des comités élargie. À la différence du concordat qui ne prévoyait qu'une masse concordataire regroupant les seuls créanciers chirographaires, les créanciers sont désormais réunis par catégorie. Ils se répartissent en effet en deux comités : celui des établissements de crédit et assimilés, celui des principaux fournisseurs et l'assemblée des obligataires, que la doctrine qualifie parfois de troisième comité de fait[889].

Au fil des réformes, le législateur a agrandi considérablement le champ du comité des établissements de crédit. La catégorie des établissements de crédit a, tout d'abord, été modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 afin de l'élargir au plus grand nombre de créanciers. Sont concernés les établissements de crédit « *et ceux assimilés, tels que définis par décret en Conseil d'État* » ainsi que « *tous les titulaires d'une créance acquise auprès de ceux-ci ou d'un fournisseur de biens ou de services* »[890].

Le législateur est allé encore plus loin puisque, désormais, les sociétés de financement[891] et « *toute autre entité auprès de laquelle le débiteur a conclu une opération de crédit* »[892] sont également membres de ce comité. Cette définition inclut implicitement les actionnaires ayant consenti des avances intra-groupes[893].

888 C. com., art. L. 626-30-2, al. 1er.

889 R. Dammann et G. Podeur, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, 2094, n° 47, p. 36, spéc. p. 39 ; Ph. Roussel Galle, *La réforme du droit des entreprises en difficulté – De la théorie à la pratique*, Litec, coll. Carré Droit, 2e éd. 2007, n° 675, p. 353.

890 C. com., art. L. 626-30, al.1er et 2.

891 Décret n° 2014-1315 du 3 novembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière et relatif aux sociétés de financement (art.9), JO n° 0256 du 5 nov. 2014, p. 18575. V. C. com., art. L. 626-30, al. 1er.

892 Décret n° 2009-160 du 12 février 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, JO n° 0037 du 13 février 2009, p. 2596. V. C. com., art. R. 626-55, al. 2.

893 L. Le Guernevé et N. Morelli, « Les nouveaux enjeux des comités de créanciers », *in Vers un droit de la restructuration financière*, *CDE* 2011, n° 4, p. 17.

Il en est de même de l'assemblée unique des obligataires pour laquelle l'ordonnance de 2008 a profondément modifié la composition en lui conférant un champ d'application mondial[894], malgré l'existence de masses différentes, puisqu'elle est désormais constituée de l'ensemble des créanciers titulaires d'obligations émise en France ou à l'étranger[895].

Contrairement au comité des établissements de crédit, la détermination des principaux fournisseurs de biens ou de services se réalise en fonction de l'importance de la créance détenue par le fournisseur[896]. En effet, chaque fournisseur est membre de droit du comité lorsque sa créance représente plus de 3% du total des créances des fournisseurs. À l'instar du comité des établissements de crédit, le législateur a étendu le champ de ce second comité en abaissant le seuil requis, qui était de 5% depuis la loi de sauvegarde de 2005[897], et en ne calculant plus le total des créances hors taxes mais toutes taxes comprises[898]. La composition des comités, assise sur un critère ne tenant pas à sa nature, est également source de critiques.

110. La composition des comités critiquée. Déjà avant l'adoption de la loi de sauvegarde, la composition des comités a suscité des discussions en raison de certaines difficultés non résolues par les projets de textes[899].

D'une part, des créanciers restent exclus des négociations. Les créanciers publics ne font toujours pas partie de ces comités selon l'article L. 626-30, alinéa 3 du Code de commerce qui exclut explicitement les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Cela peut surprendre lorsque certains établissements publics territoriaux sont prestataires de service[900]. À la différence de ce qui existe en droit américain, le salarié est également exclu des négociations sur le plan en raison de son statut particulier[901].

---

894 B. Grelon, « La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité », *Rev. Sociétés* 2008, n° 1, p. 25.

895 C. com., art. L. 626-32.

896 C. com., art. L. 626-30, al. 3.

897 Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, art. 65.

898 Décret n° 2009-160 du 12 février 2009, art. 41.

899 B. Soinne, « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives), *D.* 2004, n° 21, p. 1506.

900 V. en ce sens : S. Bienvenu et A. Outin-Adam, « Projet de loi de sauvegarde des entreprises – Réaction de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) », *JCP E* 2004, n° 38, p. 1409 ; G. Bremond et E. Scholastique, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E* 2006, n° 10, p. 466, spéc. p. 468.

901 Il n'est néanmoins pas impossible, en pratique, de l'associer par voie de consultation sur le projet de plan : V. Bourgninaud, *art.. cit.*, *LPA* 8 fév. 2006, n° 28, p. 85, spéc. p. 87.

La répartition selon la qualité des créanciers, et non en fonction de la nature de la créance, est, d'autre part, à l'origine de nombreuses incertitudes. En effet, si l'ordonnance de 2008 a dissipé certaines difficultés, l'épineuse question d'une modification de la composition des comités de créanciers fondée sur le modèle américain demeure. D'ailleurs, une proposition de directive européenne de 2016 remet en cause une telle répartition et préconise que les créanciers aux intérêts distincts soient traités dans des catégories distinctes[902].

Il peut être observé, par exemple, que toutes les créances d'une banque sont intégrées parmi celles réunies au sein du comité des établissements de crédit même lorsqu'elles se rapportent à une activité de conseils.

Plus encore, se pose la problématique de la confusion des intérêts dans les restructurations financières. En effet, dans le contexte de la crise économique et financière de 2008, le droit des entreprises en difficulté a été davantage confronté aux entreprises portant un endettement structuré. Dans un tel cas, les dettes de l'entreprise sont structurées en plusieurs tranches distinctes : la dette senior, mezzanine et junior[903]. La complexité de la dette rend délicate la restructuration de l'entreprise et le cadre actuel des comités des créanciers ne permet pas de refléter les différents intérêts en présence. En effet, les comités et l'assemblée des obligataires ne sont pas adaptés à la diversité des catégories de créanciers qui existent[904].

D'abord, les créanciers privilégiés peuvent se voir « écrasés » par des créanciers chirographaires au sein d'un même comité.

Au-delà de cette problématique, une autre question épineuse apparaît dans le cadre de LBO[905] où les taux d'intérêts augmentent en fonction du rang de subordination de chaque créance.

---

902 Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, spéc. p. 48. L'article 9, relatif à l'adoption des plans de restructuration, énonce que : *«* Les États membres veillent à ce que les parties concernées soient traitées dans des classes distinctes tenant compte du critère de répartition en classes. Les classes sont formées de façon à ce que chacune d'elles comprenne des créances ou des intérêts assortis de droits suffisamment similaires pour que ses membres puissent être considérés comme un groupe homogène caractérisé par une communauté d'intérêt *»*.

903 V. Définitions in Les Echos.fr : Lors des opérations de LBO (rachat d'une entreprise par endettement), le levier financier recherché nécessite de mettre différents niveaux de financement avec des risques croissants. La dette senior est une dette bénéficiant de garanties spécifiques et dont le remboursement se fait prioritairement par rapport aux autres dettes, dites dettes subordonnées. La dette junior (ou subordonnée) est donc le second niveau de dette. La dette mezzanine (dette junior) est la dette très subordonnée (la plus risquée) s'interposant entre la dette senior et les capitaux propres. L'investisseur en dette mezzanine ne sera donc remboursé qu'après le remboursement complet de toutes les tranches de la dette senior.

904 G. Couturier, *«* Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté *»*, *BMIS* 01 juill. 2010, n° 7, p. 683, spéc. p. 686.

905 Le LBO («*Leverage Buy-Out »*) désigne le rachat d'entreprise par effet de levier, c'est-à-dire par recours à un fort endettement bancaire.

À cet égard, la majorité au sein d'un comité peut changer au fil du temps de la période d'observation en raison des intérêts courus car le poids des créanciers les plus subordonnés aura augmenté par rapport à celui des créanciers seniors[906]. Dans cette hypothèse, un déséquilibre est créé entre les créanciers de rangs différents et des créanciers pourtant seniors peuvent subir la loi de la majorité.

Ensuite, il y a une source de confusion d'intérêts lorsque les associés votent dans les mêmes comités que les créanciers. Ce constat est d'autant plus problématique lorsque la participation de l'associé est déterminante pour l'issue du vote[907]. Par exemple, certains créanciers titulaires de dette mezzanine[908] sont dans la même assemblée des obligataires que l'associé qui souscrit à des émissions d'obligations subordonnées. Il en est de même lorsque l'associé consent des avances en compte courant, lesquelles constituent des opérations de crédit, et vote par conséquent au sein du comité des établissements de crédit.

Cette confusion des intérêts peut également être observée dans le cadre d'un groupe de sociétés. Ainsi, Monsieur le Professeur Lucas souligne qu'« *un débiteur peut se trouver maître du fonctionnement de comités savamment constitués, c'est-à-dire constitués de façon à ce que des créanciers qui lui sont affiliés (associés, sociétés sœurs, société mère) y détiennent la majorité. On verrait poindre alors une dérive clanique, les comités de créanciers tournant à la réunion de famille associant la société débitrice, ses sociétés sœurs, sa société mère, et sa grand-mère* […] », l'auteur ajoutant que « *les créanciers extérieurs au groupe risquent de se trouver bien seuls dans de tels comités dont ils auront à redouter des décisions qui risquent d'être plus dictées par la prise en compte des intérêts du groupe que par celle des intérêts des créanciers* »[909].

Pour autant, il est intéressant de constater que, dans la pratique, certains débiteurs sont soucieux de la protection des intérêts des créanciers. C'est ainsi que dans l'affaire « *Autodistribution* »[910], l'actionnaire convoqué au sein du comité des établissements de crédit en sa

906 R. Courtier et N. Laurent, *art.. cit.*, *CDE* 2009, n° 5, p. 26.

907 R. Dammann et M. Robinet, *«* La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? *», in La loi de sauvegarde à l'épreuve des sociétés*, *BMIS* 01 déc. 2009, n° 12, p. 1116, spéc. p. 1121 ; R. Courtier et N. Laurent, *art. cit.*, *CDE* 2009, n° 5, p. 26.

908 La dette mezzanine prend fréquemment la forme d'obligations à bons de souscription d'actions.

909 F.-X. Lucas, *«* Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française *»*, *CDE* 2009, n° 5, p. 35, spéc. p. 40.

910 T. com. Évry, 6 avr. 2009, *LEDEN* 01juill. 2009, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; R. Courtier et N. Laurent, *art. cit.*, *CDE* 2009, n° 5, p. 26.

qualité de prêteur intra-groupe[911] s'était abstenu de voter afin que le résultat du vote reflète la décision majoritaire des créanciers extérieurs au groupe.

Le régime juridique des comités et de l'assemblée unique des obligataires apparaît néanmoins perfectible. Il doit être amélioré pour refléter au mieux les différents intérêts dans ce type de procédure.

Enfin, une autre difficulté, soulevée depuis longtemps, tient à la distinction entre le comité des établissements de crédit et l'assemblée des obligataires[912]. Si les différences entre le comité des établissements de crédit et l'assemblée des obligataires tendent à s'estomper[913], l'intérêt de maintenir leur séparation se pose. Un des inconvénients majeurs soulevé par les auteurs est le caractère artificiel[914] de cette séparation. Le risque de blocage par les obligataires est aussi un argument important dans le sens d'une modification de la législation. Effectivement, au vu de la sophistication des dettes aujourd'hui, il n'est pas inenvisageable de craindre un blocage de la part des créanciers juniors « mezzaneurs », appartenant à l'assemblée générale des obligataires, tandis que la valeur de l'entreprise est dans la dette senior au sein du comité des établissements de crédit. L'idée d'un unique comité des créanciers financiers s'apparenterait à une procédure de conciliation dans laquelle il faudrait « *composer avec tout le monde* »[915].

Pour pallier ces difficultés, la modification de la composition des comités vers une répartition selon la nature de la créance a été fréquemment envisagée.

---

911 Les prêts intra-groupes étant considérés comme des opérations de crédit, les créanciers sont membres du comité des établissements de crédit (C. com., art. R. 626-55, al. 2.).

912 H. Bourbouloux militait pour *«* la fusion des comités des créanciers et d'obligataires en un seul comité des créanciers financiers *»* : H. Bourbouloux, *«* La sauvegarde financière est une procédure non agressive *»*, *Option Droit et Affaires*, 6 oct. 2010, n° 47, p. 3 ; N. Bricq : *«* on pourrait fusionner le comité des établissements de crédit et l'assemblée générale des obligataires en un unique comité des créanciers financiers *»* : Compte rendu des débats parlementaires, Sénat, séance du lundi 1er octobre 2010.

913 Certaines avancées législatives ont permis une atténuation des différences entre le comité des établissements de crédit et l'assemblée des obligataires. Sous l'empire de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, l'article L. 626-30-2 du Code de commerce prévoyait pour le comité des établissements de crédit la prise en compte des accords de subordination alors que l'article L. 626-32 relatif aux obligataires n'en faisait pas mention. De plus, la loi de 2010 envisageait que certains créanciers soient exclus du vote des comités des établissements de crédit alors qu'il n'était rien prévu pour les obligataires. Ainsi, selon l'article L. 626-30-2, al. 5, *«* Ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances *»*. Là encore, le législateur n'avait pas aligné les deux dispositions. La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 a réparé ces disparités en ajoutant à l'article L. 626-32 du Code de commerce les dispositions de l'article L. 626-30-2.

914 R. Dammann et G. Podeur, *«* Sauvegarde financière, le "prepack" à la française *»*, *D.* 2010, n° 37, p. 2504.

915 H. Bourbouloux, *«* La sauvegarde financière accélérée *»*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, p. 73, spéc. p. 78.

111. Le changement souhaité : des comités répartis selon la nature de la créance. À l'instar du droit américain de la faillite[916], les comités de créanciers pourraient être constitués selon la nature de la créance et ainsi selon les intérêts homogènes des créanciers[917]. Dès lors, les créanciers se distinguant par leur subordination et leur sûreté, seraient répartis dans des comités distincts. Cela permettrait une expression plus fidèle de leurs intérêts et d'éviter les écueils énoncés.

Aux États-Unis, les textes prévoient la constitution obligatoire d'un comité de créanciers chirographaires[918]. Toutefois, le juge peut autoriser la création de comités supplémentaires, dits « comités additionnels » (*additional committees of creditors)*, comme ceux réunissant les créanciers hypothécaires, les actionnaires ou les obligataires[919]. Les comités des créanciers établis selon la nature de la créance peuvent donc être nombreux. Les créanciers des comités sont nommés par le *United States Trustee*, un fonctionnaire fédéral indépendant et doivent défendre leurs intérêts collectifs et non pas leur propre intérêt : c'est le concept des *fiduciary duties*.

Il pourrait être opportun de donner un tel pouvoir à l'administrateur judiciaire français afin qu'il propose au juge commissaire, au cas par cas, en fonction des spécificités de chaque dossier, la constitution de comités en fonction d'intérêts homogènes[920] (chirographaires, privilégiés, subordonnés ou garantis par des « *credit default swaps*[921] »). La création des classes de créanciers à la lumière du droit américain permettrait notamment d'éviter des situations de blocage.

Pour les dossiers à enjeu limité, le dispositif actuel pourrait être maintenu afin de ne pas y introduire de la complexité[922]. En revanche, lorsque l'affaire est complexe, à savoir appréciée par référence au total du passif ou au chiffre d'affaires et au nombre de salariés, des catégories

916 V. sur ce thème : R. Dammann et S. Schneider, « La sauvegarde financière accélérée-analyse et perspectives d'avenir », *D.* 2011, n° 21, p. 1429.

917 Ce type de classes existe également au Royaume-Uni et en Allemagne.

918 U.S.C. §1102 (a) (1): "[…] The United States trustee shall appoint a committee of creditors holding unsecured claims and may appoint additional committees of creditors or of equity security holders as the United States trustee deems appropriate". Traduction possible : « Le United States Trustee nomme un comité de créanciers détenant des créances non garanties et peut nommer d'autres comités de créanciers ou de porteurs de titres de participation s'il le juge approprié ».

919 U.S.C. §1102 (a) (2): "On request of a party in interest, the court may order the appointment of additional committees of creditors or of equity security holders if necessary to assure adequate representation of creditors or of equity security holders. The United States trustee shall appoint any such committee". Traduction possible : « À la demande d'une partie intéressée, le tribunal peut ordonner la constitution de comités supplémentaires de créanciers ou de détenteurs de titres de participation, si nécessaire, pour assurer une représentation adéquate des créanciers ou des détenteurs de titres de participation. Le United States Trustee nommer un tel comité ».

920 En ce sens : G. Couturier, *op. cit.*, p. 683, spéc. p.690.

921 Certains créanciers transposent le risque de non-recouvrement de leur créance à des tiers au moyen de produits financiers de type assuranciel comme ces credit default swaps.

922 F.-X. Lucas et R. Dammann, « Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014 ? », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 143.

homogènes pourraient être mises en place. Les catégories de créanciers ne se prononceront sur le plan que pour autant qu'elles se trouvent affectées par la restructuration[923]. Chaque catégorie se prononcerait à la majorité des deux tiers du montant des créances et le plan pour être arrêté par le tribunal ne devrait pas porter atteinte aux intérêts légitimes des autres catégories de créanciers minoritaires[924]. Ainsi, sans pour autant faire peser sur le plan le risque de son annulation, la possibilité serait laissée à un créancier minoritaire de le contester dans l'hypothèse où sa créance aurait été mieux traitée dans le cadre d'une liquidation judiciaire[925]. Dans un tel cas, le créancier pourrait dès lors être indemnisé par le débiteur. L'instauration d'un système dualiste avait déjà pu être proposée par des auteurs[926], faisant suite à des recommandations de la Commission européenne[927].

En tout état de cause, réformer la composition des comités des créanciers ne peut se faire sans des adaptations spécifiques. L'instauration d'un système par classe à l'instar du modèle américain nécessiterait de déroger au vote conforme de toutes les classes au vu de la multiplicité possible de ces dernières. Le législateur devrait, alors, fixer des seuils afin qu'un nombre minimum de classes vote en faveur du plan.

La réunion des créanciers par classe peut également poser des difficultés en France où la dichotomie « *créanciers chirographaires / créanciers privilégiés* » est très présente, laissant peu de place aux conventions de subordination. Enfin, cette répartition par classe ne va pas nécessairement de soi dans le système français car elle repose sur la notion de « valeur », notion économique fluctuante et critiquée[928]. Au-delà de la composition des comités, leur fonctionnement révèle également certaines difficultés. Or, pour éviter les blocages de minoritaires lors des négociations, il conviendrait de modifier certaines règles.

112. Le fonctionnement des comités critiqué. Depuis l'ordonnance de 2008, afin de lutter contre le fractionnement des créances, la décision est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote[929], et non plus

923 *Ibid.*

924 *Ibid.*

925 En droit américain, il s'agit de la règle de « best interest test ».

926 F.-X. Lucas et R. Dammann, *art.. cit.*, *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 143.

927 Art. 22 c), Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, n° 2014/135/UE.

928 H. Bourbouloux, *art. cit.*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, p. 73, spéc. p. 78.

929 C. com., art. L. 626-30-2, al. 4 et art. L. 626-32, al. 3.

à la majorité des membres, ce qui permet de faciliter l'adoption des plans par les comités[930]. Il existe, néanmoins, encore des interrogations concernant le fonctionnement des comités.

D'une part, bien que l'ordonnance de 2008 ait précisé la composition des comités dans le cas des cessions de créances[931], les textes restent obscurs sur leur incidence sur le droit de vote des créanciers[932]. En effet, l'administrateur judiciaire doit arrêter le montant des créances huit jours avant la date du vote selon l'article R. 626-58 du Code de commerce. Par ailleurs, l'article R. 626-57-1 déclare que « *le transfert d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture est porté à la connaissance de l'administrateur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ». C'est donc à partir du jour de la connaissance de l'administrateur judiciaire que le nouveau titulaire de la créance a le droit d'exprimer un vote sur les propositions du plan[933]. L'absence de coordination entre ces deux dispositions pose des difficultés lorsque la cession est intervenue dans le délai de huit jours ou avant ce délai mais qu'elle n'a pas été portée à la connaissance de l'administrateur judiciaire.

D'autre part, certains créanciers subordonnés qui ont perdu la valeur de leur investissement mais gardent leur droit de vote au sein des comités peuvent vouloir bloquer les négociations. Désormais, les textes prévoient que les créanciers doivent informer l'administrateur judiciaire de l'existence de conventions de vote[934] ou de subordination[935]. Afin de régler rapidement et au préalable les litiges liés à ces accords, le législateur a prévu que l'administrateur judiciaire soumette à ces créanciers les modalités de calcul des voix correspondant aux créances leur permettant d'exprimer un vote[936]. Cependant, les dispositions ne sont pas claires sur les critères qui déterminent le niveau des droits de vote[937], faussant ainsi le jeu de la négociation entre les créanciers. De plus,

---

930 La loi permet également de contrer les montages permettant de multiplier artificiellement le nombre de créances afin d'obtenir une majorité au sein du comité, en excluant la prise en compte des bulletins nuls. Ce calcul permet, certes, une adoption plus aisée des plans mais au détriment de ceux qui n'expriment pas de consentement. V. sur cette question : P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 10e éd., 2018, n° 513-421, p. 1373 et s.

931 C. com., art. L. 626-30-1, al. 1er. L'article énonce que l'obligation ou la faculté de faire partie d'un comité constitue un accessoire de la créance née antérieurement à la procédure et se transmet de plein droit à ses titulaires successifs nonobstant toute clause contraire. Rappelons, à cet égard, que ne sont membres des comités dont la créance est postérieure à l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 626-30, al. 1er).

932 G. Couturier, « Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté », *BMIS* 01 juill. 2010, n° 7, p. 683, spéc. p. 687.

933 C. com., art. L. 626-30-1, al. 3.

934 La validité des conventions de vote est opportune car, à la différence du vote au sein des assemblés d'associés, le vote des créanciers dans les comités peut être égoïste, le créancier défendant son intérêt personnel puisque le tribunal a la charge de faire respecter l'intérêt général.

935 C. com., art. L. 626-30-2, al. 4.

936 *Ibid.*

937 N. Morelli, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue du praticien », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 69, spéc. p. 70. L'auteur voit dans cette nouvelle règle

en cas de désaccord, le tribunal statue en référé et non « en la forme des référés »[938]. Bien que rapide, l'action en référé ne semble pas adaptée à la complexité de tels montages financiers[939]. En outre, cette procédure débouche sur une décision provisoire, ce qui n'empêchera pas le créancier contestant l'analyse du juge des référés de soulever une contestation du plan au fond devant le tribunal, selon la procédure prévue par l'article L. 626-34-1 du Code de commerce. Enfin, l'ordonnance de référé pourrait également faire l'objet d'un appel, retardant en conséquence l'adoption du plan. Ainsi, ce dispositif semble être de nature à créer une insécurité juridique en ne permettant pas d'éviter les contentieux susceptibles de fragiliser un plan[940].

En définitive, cloisonner les négociations en comité est une avancée majeure dans notre droit des entreprises en difficulté. Les comités permettent, en effet, d'intégrer un peu plus les créanciers et de faire émerger les différentes volontés individuelles au travers d'accords[941]. Néanmoins, ce processus négocié inséré dans un environnement judiciaire a dans le même temps mis en exergue les limites de l'organisation des comités en droit français. L'exemple des classes homogènes de créanciers américaines pourrait constituer un modèle pour une éventuelle modification des textes législatifs.

L'évolution du droit des entreprises en difficulté a révélé la volonté du législateur d'intégrer davantage les créanciers dans le processus d'élaboration de la solution à apporter à l'entreprise en difficulté. Le rééquilibrage des rapports de force en faveur de certains créanciers trouve également une illustration quant à l'éventuelle expropriation par les créanciers des associés ou des actionnaires réticents à redresser eux-mêmes l'entreprise. Les récentes réformes ont en effet durci leur situation afin qu'ils financent plus largement le redressement et ce aux risques d'être évincés.

---

issue de l'article L. 626-30-2, al. 4 une sorte de pouvoir de modération des votes de l'administrateur judiciaire. La règle qui prévaut, en pratique dans le cadre du calcul des droits de vote est celle du nominalisme monétaire, à savoir à montant nominal de créance identique, droit de vote identique. Par conséquent, en prévoyant la possibilité à l'administrateur judiciaire de « soumettre les modalités de calcul des voix correspondant aux créances lui permettant d'exprimer un vote », il semble qu'il peut aller au-delà du nominalisme monétaire et organiser un système de valorisation des créances. Cependant, les textes ne précisant pas les modalités de calcul, des incertitudes demeurent quant au choix opéré par l'administrateur judiciaire.

938 C'est dire que l'ordonnance de 2014 n'institue pas une procédure spécifique de « référé au fond ».

939 R. Dammann et G. Podeur, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014, n° 12, p. 752.

940 *Ibid.* ; Ph. Pétel, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue de l'universitaire », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 67, spéc. p. 68.

941 A.-F. Zattara-Gros, « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz-Litec, 2011, p. 623, spéc. p. 629.

§ 2 La recherche de l'implication des associés

113. Un droit des entreprises en difficulté longtemps protecteur des actionnaires et des associés. L'affaire *Eurotunnel*[942] de 2006 est topique du libre choix des associés et actionnaires à consentir des sacrifices dans les opérations de sauvetage de l'entreprise. Aux prémices de l'affaire, le désintérêt des actionnaires des sociétés initiales pour l'offre publique d'échange (OPE) aurait en effet conduit à mettre en péril l'exécution du plan de sauvegarde. La poursuite d'activité n'étant pas possible sans leur consultation - le plus souvent s'agissant d'une contribution financière lors d'une augmentation du capital ou d'un renoncement au profit d'un tiers repreneur - ils sont depuis longtemps perçus comme les « *maîtres du devenir de l'entreprise* »[943].

Ce n'est que récemment que le droit des entreprises en difficulté s'est véritablement intéressé aux associés d'une société en difficulté. Avant les réformes de 2008 et de 2014, ce droit, peu soucieux de leur sort[944], n'exigeait pas d'eux qu'ils apportent un soutien actif au sauvetage de l'entreprise. On pouvait même être tentés d'y voir un droit « *au service de la protection des associés du débiteur* »[945], voire « *un outil de protection du capital* »[946]. Dès lors, nombreux regrettaient l'état du droit positif, favorable aux associés, alors que tous les efforts devaient être concentrés sur la seule entreprise[947].

La faveur ainsi faite aux associés, alors qu'ils supportent le risque social et ont de ce fait à répondre des difficultés de l'entreprise, se perçoit également en droit des sociétés. Il donne, lui aussi, l'impression « *d'immuniser* »[948] l'associé qui reste libre de participer au redressement de

942 T. com. Paris, 2 août 2006, n° 2006047554, préc.

943 J.-F. Barbiéri, « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA* 30 sept. 2008, n° 196, p. 6.

944 F.-X. Lucas, « Les associés et la procédure collective », *in* Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, *LPA* 9 janv. 2002, n° 7, p. 7 ; A. Cerati-Gauthier, « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés* 2006, n° 2, p. 305.

945 R. Dammann et M. Robinet, « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur », *in La loi de sauvegarde à l'épreuve des sociétés*, *BMIS* 01 déc. 2009, n° 12, p. 1116.

946 M.-L. Coquelet, « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *in* Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives, Actes du colloque organisé à l'Université de Caen le 15 octobre 2010, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, p. 77.

947 Th. Bellot, J.-C. Grevet, E. Hess et A. Teste, « La confrontation du droit des entreprises en difficulté et du droit des sociétés. Qui sont les principaux bénéficiaires : les associés, les dirigeants ou les investisseurs ? », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 5, p. 55.

948 Pour reprendre à notre compte le terme de Madame la Professeure Coquelet : M.-L. Coquelet, « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *in Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et*

l'entreprise. L'article 1836, alinéa 2 du Code civil constitue en effet un bouclier certain pour l'associé frileux à consentir des sacrifices car il énonce que ses engagements ne peuvent être augmentés sans son consentement. En d'autres termes, il n'existe pas en droit des sociétés un « *devoir de sauvetage* »[949] de la société débitrice incombant à l'associé. L'*affectio societatis* dont il est animé le conduit certes à exécuter le contrat de société de bonne foi[950] mais n'entraîne pas à son égard une obligation de « solidarité » avec la société lorsqu'elle rencontre des difficultés[951]. D'ailleurs, l'associé a le droit de quitter la société malgré l'ouverture d'une procédure collective[952].

Si les deux branches du droit ont longtemps épargné l'associé de la société en difficulté, le droit des entreprises en difficulté se détache progressivement de l'esprit du droit des sociétés. À ce titre, le droit des entreprises en difficulté et le droit des sociétés suivent leur propre logique faisant obstacle à un « *droit des sociétés en difficulté* »[953]. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté permet aujourd'hui de surmonter le blocage d'associés ou d'actionnaires dans certaines conditions.

114. La participation renforcée des associés à la cession interne de l'entreprise. Pour assurer la survie de l'entreprise à travers un plan, les associés peuvent avoir un rôle prégnant à jouer dans le cadre d'un plan de cession[954] ou *via* la cession interne de l'entreprise[955]. Toutefois, la réalité révèle que les associés sont réticents à participer au sauvetage de l'entreprise dans laquelle l'apurement du

---

responsabilités en droit des procédures collectives, Actes du colloque organisé à l'Université de Caen le 15 octobre 2010, *Rev. proc. coll. 2010*, n° 6, p. 77.

949 A. Cerati-Gauthier, L*a société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, préf. J. Mestre, PUAM, 2002, n° 351, p. 275 et 276 ; L'expression n'a de valeur qu'un slogan dépourvu de portée juridique : F.-X. Lucas, *«* Les associés et la procédure collective *», in Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*, *LPA* 9 janv. 2002, n° 7, p. 7, spéc. p. 10.

950 A. Viandier, *La notion d'associé*, Thèse, Paris, 1978, n° 78 et s. ; Y. Chartier, *«* L'évolution de l'engagement des associés *»*, *Rev. Sociétés* 1980, p. 3 ; plus généralement sur la détermination d'un nouveau critère de la qualité d'associé reposant sur l'assujettisement au risque social : C. Barrillon, *Le critère de la qualité d'associé*, préf. M.-L. Coquelet, PUAM, 2017.

951 A. Cerati-Gauthier, *op. cit.*, PUAM, 2002, n° 351, p. 276.

952 Com. 23 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 436, obs. B. Soinne.

953 M.-L. Coquelet, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, p. 77.

954 C. com., art. L. 642-1 et s.

955 À côté de la transmission d'entreprise la plus courante, qui se matérialise par la transmission de l'entreprise à un tiers par un plan de cession, la cession interne de l'entreprise s'entend comme le plan de sauvegarde ou de redressement d'une société avec prise de contrôle par un tiers. Sur les reprises internes : v. A. Diesbecq, *«* La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté *»*, *Gaz. Pal.* 21-22 janv. 2009, n° 22, p. 3. Sur les enjeux de la cession lorsque l'entreprise connaît des difficultés : D. Demeyere, « Les enjeux de la cession de l'entreprise en difficulté », *LPA* 30 mai 2012, n° 108, p. 39. Selon l'auteur, il n'est pas rare qu'en pratique des cessions d'un bloc de contrôle d'une société s'effectuent pour un prix de cession de un euro. Il ajoute ainsi que de nombreux schémas de cession se révèlent être hasardeux pour traiter les difficultés de l'entreprise.

passif reste dû car l'investissement constitue un « *placement à risque* »[956]. À cet égard, un associé ne peut être contraint directement à adopter un plan de sauvegarde ou de redressement[957], toute modification statutaire ou du capital nécessaire à la réorganisation de l'entreprise supposant un vote souverain de l'assemblée générale[958].

Le droit des entreprises en difficulté a donc été modifié dans le dessein d'inciter, voire de contraindre, les associés ou actionnaires à participer à l'effort commun[959].

L'ordonnance du 12 mars 2014 les incite, d'une part, à participer aux négociations du plan en prévoyant à l'article L. 626-3, alinéa 4 du Code de commerce, en cas d'augmentation du capital social prévu par le projet de plan, la possibilité pour eux de bénéficier de la compensation à concurrence du montant de leurs créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le projet de plan.

Par diverses dispositions, l'ordonnance contraint, d'autre part, les associés à ne pas nuire, par leur refus en assemblée générale, au redressement de l'entreprise dans le cadre de sa reprise. La reprise interne de l'entreprise est caractérisée soit par une augmentation du capital par le tiers, soit par une cession volontaire ou forcée des droits des associés et des actionnaires à son profit[960]. C'est donc l'une des seules situations où la survie de l'entreprise peut être opposée aux associés ou actionnaires, alors qu'en principe ils représentent l'expression normale de l'intérêt social.

S'agissant de la cession interne par augmentation de capital, l'administrateur judiciaire pouvait déjà en vertu de la loi de 2005 recevoir mandat de convoquer l'assemblée compétente afin de mettre en œuvre les modifications statutaires prévues par le plan de sauvegarde ou de

---

956 J.-C. Pagnucco, *«* Les associés et le plan de cession *», in Les plans dans le livre VI du Code de commerce*, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 82.

957 Ph. Roussel Galle, *«* Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté *», in La loi de sauvegarde à l'épreuve du droit des sociétés*, *BMIS* 01 déc. 2009, p. 1109.

958 C. com., art. L. 626-3.

959 Cette évolution était ardue au regard du droit européen. En effet, initialement, le législateur européen interdisait à la lumière de la deuxième directive 77/91/CEE du 13 décembre 1976 qu'une réglementation nationale déroge à la souveraineté de l'assemblée générale en matière de modifications statutaires et d'opérations sur le capital : CJCE 14 mars 1992, Vasko SA et a. c/ AOE, BMIS 1992, p. 6723, note P. Le Cannu. Si la directive 77/91 a fait l'objet d'une refonte et a été abrogée par la directive 2012/30 du 25 octobre 2012, des limites aux modifications du capital sont encore posées : DIRECTIVE 2012/30/UE du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

960 A. Cerati-Gauthier, *«* La promotion de la "reprise interne" dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 *»*, *JCP E* 2014, n° 36, p. 29, spéc. p. 30.

redressement[961]. Mais la décision d'augmentation du capital est réellement facilitée avec l'ordonnance de 2014 qui allège les conditions d'adoption sur première convocation en prévoyant que l'assemblée statue à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote[962]. Sur deuxième convocation, il est fait application des dispositions de droit commun relative au quorum et à la majorité[963].

Dans la même logique, l'ordonnance permet de déposséder les associés et les actionnaires de leur droit de vote lorsqu'ils empêchent la reconstitution du capital, dans le cadre de l'adoption d'un plan de redressement. En effet, l'article L. 631-9-1 du Code de commerce, inspiré de la jurisprudence classique en matière d'abus de minorité[964], prévoit que le mandataire désigné pour convoquer l'assemblée compétente vote à la place des associés ou actionnaires opposants sur la reconstitution du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan. Tel est le cas lorsque les associés ou les actionnaires refusent[965] de reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social[966] et obstruent, par voie de conséquence, l'adoption du plan de redressement risquant de provoquer la liquidation judiciaire de l'entreprise. Ces règles permettent donc de remédier à des situations de blocage dans lesquelles un ou plusieurs associés interdisent la reconstitution des capitaux propres car ils redoutent la dilution de leur participation au capital social résultant d'une augmentation de capital social qu'ils ne peuvent souscrire[967]. Autrement dit, en plaçant les associés face à leurs responsabilités, ces dispositions sont le signe de la volonté d'un rééquilibrage des rapports de force entre les acteurs[968]. Il existe désormais des

961 C. com., art. L. 626-16, anc. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a abrogé cet article (art. 99 de la loi) : C. com., art. L. 626-3, nouv.

962 C. com., art. L. 626-16-1, anc., abrogé par la loi du 18 nov. 2016 : C. com., art. L. 626-3, nouv.

963 *Ibid.*

964 L'abus de minorité vient sanctionner le minoritaire qui a empêché la réalisation d'une opération essentielle pour la société dans l'unique but de favoriser ses propres intérêts au détriment de ceux des autres associés : Com. 9 mars 1993, *Flandin c./ SARL Alarme service*, *Rev. Sociétés* 1993, n° 02, p. 403, note Ph. Merle ; *D.* 1993, n° 25, p. 363, note Y. Guyon.

965 L'associé opposant peut également être celui qui s'abstient de voter. L'article R. 631-34-5 du Code de commerce énonce en effet la situation où les assemblées « ont été appelées, en vain [on surligne], à reconstituer les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social ». En ce sens : A. Cerati-Gauthier, « La promotion de la "reprise interne" dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP E* 2014, n° 36, p. 29, spéc. p. 31.

966 Selon l'article L. 626-3, alinéa 2 du Code de commerce, lorsque les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée est d'abord appelée à reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social. Elle peut également être appelée à décider la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan.

967 F.-X. Lucas, « Les actionnaires face à leurs responsabilités. Quelles responsabilités ? (1ère partie) », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 71, spéc. p. 73.

968 *Ibid.*

moyens pour forcer les associés ou actionnaires à participer aux sacrifices nécessaires au redressement. Ils ne peuvent plus se réfugier derrière la responsabilité de leurs seuls apports.

De plus, un autre rééquilibrage des pouvoirs s'opère au détriment des associés et des actionnaires. En matière de cession volontaire des titres à un tiers, depuis la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, les clauses d'agrément sont réputées non écrites en cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux prévue dans le projet de plan ou dans le plan, selon les dispositions de l'article L. 631-19, II du Code de commerce. Auparavant, l'administrateur judiciaire devait respecter la clause insérée dans les statuts imposant l'agrément du conseil d'administration pour les actes nécessaires à la réalisation de la cession[969]. Désormais, dans le cadre d'un redressement judiciaire, les associés et les actionnaires ne peuvent plus s'opposer à l'entrée d'un tiers par le biais de telles clauses. L'objectif législatif de maintenir la société prévaut sur la lettre du contrat de société. Il y a ici encore un moyen supplémentaire d'éviter la paralysie de ceux qui souhaiteraient tenir en échec une reprise interne par un tiers qui s'engagerait à exécuter le plan de redressement.

Enfin, en matière de cession forcée des parts ou actions, l'article L. 631-19-1 du Code de commerce, créé par l'ordonnance du 18 décembre 2008, prévoit la cession forcée de la participation des associés dirigeants de l'entreprise lorsque le redressement de l'entreprise le requiert[970]. Ainsi, le tribunal, sur demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants, dans l'intérêt de l'entreprise[971]. Bien qu'encadrée[972], le législateur n'était pas allé jusqu'à étendre cette mesure exceptionnelle à tous les associés ou actionnaires. C'est désormais chose faite avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques[973].

115. Le dispositif d'éviction des associés institué par la loi *Macron* du 6 août 2015. Le nouvel article L. 631-19-2 du Code de commerce s'inscrit dans le sillage des dispositions visant à

969 Com. 31 janv. 1995, *D.* 1995, p. 426, note G. Parléani ; *Rev. Sociétés* 1995, p. 320, note H. Le Nabasque.

970 Les dispositions de l'article L. 631-19-1 du Code de commerce ont été jugées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel : Cons. const. 7 oct. 2015, déc. n° 2015-486, QPC. Elles ne portent ni atteinte au droit de propriété du dirigeant, ni au principe d'égalité entre les dirigeants ordinaires les professionnels libéraux.

971 C. com., art. L. 631-19-1, al. 1er.

972 Des garanties procédurales permettent la défense de l'associé évincé : Com. 22 mai 2013, n° 12-15.305, *BJE* 1er juill. 2013, n° 4, p. 244, note Th. Favario ; *LEDEN* 09 juill. 2013, n° 7, p. 1, note F.-X. Lucas.

973 Art. 238-1 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

rééquilibrer les rapports de force dans un redressement judiciaire en n'obligeant plus les seuls créanciers à absorber les pertes en réduisant leurs créances. En s'inspirant de ce qui existait ailleurs[974], il s'est agi d'associer au redressement les créanciers devenus actionnaires par la conversion des créances en capital. Cette disposition participe surtout d'un changement de paradigme en mettant en place l'éviction d'associés ou d'actionnaires non coopératifs à l'occasion des négociations dans le cadre de l'élaboration d'un plan de redressement.

Le législateur est allé plus loin que la réforme de 2014 qui avait déjà permis de « forcer la main » des associés et actionnaires uniquement dans le cas d'une absence de reconstitution des capitaux propres. En effet, la loi *Macron* du 6 août 2015 permet la « dilution forcée » des actionnaires et la « cession forcée » des parts sociales lorsqu'ils refusent de voter la modification du capital prévue par le plan de redressement[975].

Le texte prévoit, d'une part, la désignation par le tribunal d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés et actionnaires ayant refusé la modification du capital à hauteur du montant prévu par le plan. Le tribunal peut, d'autre part, ordonner la cession, au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan, de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital. L'avertissement aux récalcitrants est clair : ils risquent l'éviction.

116. Un dispositif d'éviction limité. Certes audacieux avec ses effets énergiques, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce est néanmoins plus restreint dans son domaine. Il est d'abord limité au redressement judiciaire. La modification du capital doit également apparaître comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et le débiteur concerné doit être soit une entreprise d'au moins 150 salariés, soit une entreprise dominante[976] d'une ou plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins 150 salariés. C'est

974 Les droits américain et allemand permettent depuis longtemps d'imposer aux actionnaires la conversion des créances en capital. En Allemagne, par exemple, le droit de l'insolvabilité (*Insolvenzordung – Inso*) a été modifié substantiellement par une loi visant à faciliter le redressement des entreprises, dite loi « Esug » en date du 13 décembre 2011 et entrée en vigueur le 1er mars 2012. Cette loi a introduit une mesure majeure, le « debt to equity swap », visant à convertir les créances en capital sans l'accord nécessaire des associés historiques de l'entreprise. Avant la loi « Esug », ces derniers devaient donner leur accord dans de telles opérations. En outre, en droit allemand, le plan de sauvegarde peut prévoir toute disposition autorisée en droit des sociétés. V. sur l'exemple allemand : R. Dammann et F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *BMIS* 01 oct. 2015, n° 10, p. 521.

975 La disposition n'est pas applicable lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire.

976 Conformément à l'article L. 2331-1 du Code du travail.

donc l'importance que l'entreprise représente pour l'économie qui vaut la validation par le Conseil constitutionnel[977]. Le refus de censurer cet article repose également sur ses conditions strictes d'application.

S'agissant de la dilution forcée, ce ne sont pas tous les associés et actionnaires qui sont dépossédés de leur droit de vote mais seulement les récalcitrants à l'augmentation du capital. De plus, le Conseil constitutionnel fonde sa décision sur le fait que la possibilité de souscrire à l'augmentation de capital, par compensation à raison du montant des créances qu'ils détiennent sur la société, ne vaut que pour celles qui ont été admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le plan[978]. Aussi, selon le Conseil, l'article L. 631-19-2 ajoute que les actions émises sont proposées par préférence aux actionnaires, y compris à ceux ayant voté contre la modification du capital[979], si l'augmentation de capital est souscrite par apports en numéraire[980]. Ce dispositif préserve donc le droit préférentiel de souscription des actionnaires, issu du droit des sociétés[981]. Si le maintien du droit préférentiel de souscription peut surprendre lorsque l'objectif est d'équilibrer les rapports de force en faveur d'une augmentation de capital réservée aux créanciers ou aux tiers qui se sont engagés à exécuter le plan[982], il semble être justifié par l'atténuation de l'atteinte portée au droit de vote et au droit de propriété des actionnaires[983]. La règle ainsi introduite, renouant avec la fonction égalitaire du droit préférentiel de souscription, rend moins brutal le dispositif de dilution forcée à l'encontre des actionnaires[984].

Concernant la cession forcée, le Conseil constitutionnel rappelle que seuls sont concernés les associés ou actionnaires qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées

977 Les dispositions de l'article L. 631-19-2 du Code de commerce ont été jugées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel : Cons. const. 05 août 2015, déc. n° 2015-715 DC. En effet, en raison des garanties entourant la mise en œuvre du dispositif, l'atteinte portée au droit de propriété des associés n'a pas été jugée comme manifestement disproportionnée.

978 C. com., art. L. 631-19-2, al. 3.

979 Cons. const. n° 2015-715 DC, préc., consid. n° 143.

980 C. com., art. L. 631-19-2, al. 4.

981 C. com., art. L. 225-132, al. 2 : « Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital. ».

982 I. Parachkévova, « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *in* L*a loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, *BJE* 01 oct. 2015, n° 10, p. 529. Pour l'auteur, l'exercice du droit préférentiel de souscription nuit à la cohérence et à l'intérêt du système car les actionnaires récalcitrants pourront retrouver l'exercice de leur droit de vote lors des assemblées ultérieures et conserver un pouvoir de blocage.

983 Cons. const. n° 2015-715 DC, préc., consid. n° 143.

984 F.-X. Lucas, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 "pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques" intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* 01 sept. 2015, n° 5, p. 317.

générales ou qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, non contraire à l'intérêt de la société[985]. Il souligne également qu'en l'absence d'accord sur la valeur des droits des associés et actionnaires, celle-ci est déterminée par un expert. En ce sens, l'indemnisation des expropriés chiffrée par un expert contribue à ce que le mécanisme de cession forcée ne porte pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires[986].

117. Un dispositif d'éviction trop imprécis. Bien que strictes afin de limiter les atteintes portées aux droits des associés et actionnaires, les conditions d'application de ces dispositifs de dilution forcée et de cession forcée auraient gagné en précision[987]. Que se passe-t-il, par exemple, si lors du deuxième vote auquel participe le mandataire, d'autres associés que ceux, qui dans le cadre du premier vote, refusèrent le plan, ne l'approuvent plus à leur tour[988]? L'article ne prévoit pas que dans cette hypothèse le tribunal désigne à nouveau un mandataire pour voter en lieu et place de ces derniers récalcitrants[989]. Certains dénoncent aussi le caractère flou du critère relatif au trouble grave à l'économie nationale et régionale, soumis à l'appréciation des juges dans des délais peu compatibles avec l'urgence d'une procédure collective[990]. Par ailleurs, d'autres ont pu reprocher le fait que la loi ne soit pas allée plus loin, en ne prévoyant pas le recours au coup d'accordéon[991] afin d'évincer les anciens actionnaires, ni le fait d'imposer une augmentation du capital en numéraire (et non par compensation de créances)[992]. D'autres enfin regrettent que le législateur n'ait pas tenu compte de la valeur de l'entreprise. À cet égard, selon cette thèse, il conviendrait que l'éviction des

985 C. com., art. L. 631-19-2, al. 5.

986 Contra : F.-X. Lucas, *art. cit.*, *BJE* 01 sept. 2015, n° 5, p. 317. L'auteur ne voit pas en quoi l'indemnisation « permet d'affirmer que la disposition querellée ne heurtait pas le caractère fondamental du droit de propriété » car « que les actionnaires expropriés soient indemnisés et perçoivent la valeur des parts ou actions dont la propriété leur est retirée, c'est bien le minimum […] ».

987 A. Genestoux, « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 5, p. 3, spéc. p. 4.

988 J. Ernst Degenhardt, « La "hiérarchie du bec" toujours renversée en procédure collective ? », *in Loi Macron et procédure collective : réactions et perspectives*, *BJE* 01 nov. 2015, n° 6, p. 432.

989 *Ibid.*

990 G. Teboul, « Le volet "entreprises en difficulté" du projet de loi Macron », *Gaz. Pal.* 11-12 mars 2015, n° 70-71, p. 4, spéc. p. 5.

991 Le coup d'accordéon consiste en une réduction du capital social, suivie immédiatement d'une augmentation de celui-ci, ou inversement.

992 R. Dammann et G. Podeur, « Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE* 01 janv. 2015, n° 1, p. 1. Les auteurs préconisent un dispositif alternatif à l'existant allant plus loin afin de mettre les associés et les actionnaires face à leurs responsabilités. Ils précisent que l'augmentation forcée de capital en numéraire aurait l'avantage d'assurer une « compétition » équitable entre créanciers et actionnaires, en évitant les distorsions liées à la nature différentes des créances. Il appartiendrait au tribunal de trancher en s'assurant du respect des intérêts des actionnaires.

associés ou actionnaires soit appliquée uniquement lorsque la valeur de l'entreprise est inférieure à la somme de son passif et si le sauvetage préserve davantage de valeur que la liquidation judiciaire[993]. Pour autant, les divergences d'appréciation de la valeur d'une entreprise font obstacle à une telle proposition.

Malgré des imprécisions, la loi *Macron* apporte une nouvelle pierre à l'édifice du traitement des difficultés des grandes entreprises[994]. En effet, les associés non dirigeants et actionnaires qui jusqu'alors ne craignaient pas d'être expropriés en faveur du redressement de l'entreprise deviennent désormais les acteurs contraints de la reprise interne de leur entreprise. Plus encore cette évolution illustre que la liberté de négociation n'est pas totale puisqu'ils se voient contraints de participer à l'effort collectif au risque de craindre l'éviction.

Le rééquilibrage des pouvoirs entre les acteurs de la procédure ainsi opéré au détriment des associés, se justifie par un objectif d'intérêt général, tenant à encourager la poursuite d'activité de l'entreprise en évitant que des associés ou actionnaires ne fassent obstacle au redressement de l'entreprise.

Enfin, en ne visant que les grandes entreprises, le texte entraîne assurément une distinction entre le traitement des difficultés d'une entreprise modeste faisant une large place à la négociation et celui des entreprises plus importantes centré davantage sur la restructuration de la dette et la contrainte[995].

Conclusion de la section. Si en 1985 la protection des intérêts des créanciers avait un caractère secondaire, l'évolution du rôle des créanciers, depuis, montre que les règles du jeu ont changé. Devenu créancier « proposant » et « négociant » avec la loi de 2005 et l'ordonnance de 2008, il devient une véritable « force d'initiative » depuis l'ordonnance de 2014[996]. Le véritable

---

993 S. Vermeille, *«* Le volet droit des faillites de la loi Macron : une intention louable au départ mais un résultat dangereux à l'arrivée *»*, *D*. 2015, n° 7, p. 382.

994 Au vu des différents aménagements opérés par les dernières réformes permettant une implication renforcée des associés et des actionnaires, il peut être observé la volonté de faire enfin émerger un droit des sociétés en difficulté : Ph. Roussel Galle, *«* L'émergence d'un droit spécial des sociétés en difficulté *»*, *JCP E* 2018, n° 25, 1331, p. 38. V. sur les difficultés passées : M.-H. Monsèrié-Bon, *«* Les associés *», in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, ss. la dir. de F. Macorig-Venier, PU Toulouse, 2018, p. 103.

995 I. Parachkévova, *«* L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron *», in La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, *BJE* 01 oct. 2015, n° 10, p. 529.

996 H. Poujade et S. Vigreux, *«* Le montage des plans *», in Le traitement des créances : pratique et actualités*, *BJE* 01 janv. 2017, n° 1, p. 78.

changement s'agissant des droits des créanciers demeure toutefois la création des comités de créanciers en procédure collective. Sur ce point, les récentes réformes ont également renforcé leur participation en leur octroyant un réel pouvoir d'initiative. La loi *Macron* de 2015 s'inscrit donc dans cette évolution qui marque le retour au premier plan des créanciers privés, au détriment de certains associés ou actionnaires récalcitrants[997]. Mais ce mouvement demeure toutefois relatif pour certains acteurs.

Section 2. Les participations insuffisantes

Le rééquilibrage des rapports de force entre les différents acteurs dans le traitement négocié des difficultés d'une entreprise est plus nuancé concernant certains d'entre eux. Les créanciers publics et les salariés subissent, en effet, un traitement différent de certains créanciers privés. Leur participation aux négociations ne va pas de soi. Si pour les premiers, on constate en pratique qu'ils sont frileux à consentir des sacrifices, pour les seconds, en revanche, ce sont les textes qui ne leur donnent pas les armes légales pour y participer.

Aussi, dans le cas des créanciers publics, malgré des faiblesses, l'arsenal juridique est de plus en plus renforcé pour les inciter à négocier. De plus, l'État intervient à travers ses organes administratifs pour sauvegarder les entreprises aux moyens de différents modes d'action dont celui de la médiation. Si ce traitement, que l'on peut qualifier de « traitement administratif »[998], connaît un véritable renforcement, il n'apparaît cependant pas totalement abouti (**§ 1**). De même, si quelques avancées peuvent être observées, les salariés ainsi que l'Association pour la gestion du Régime de Garantie des Créances des salariés (AGS) demeurent toujours les grands absents du processus négocié visant à résoudre les difficultés de l'entreprise (**§ 2**).

§ 1 Un traitement administratif imparfait

Au regard des différents impôts et taxes auxquels est assujettie l'entreprise en difficulté, l'État a un intérêt pécuniaire à intervenir dans le traitement de la défaillance d'une entreprise. Plus généralement, la sauvegarde d'une entreprise peut l'intéresser car elle est source de production, de

997 M. Béhar-Touchais, *«* Les plans de sauvegarde et de continuation *», in À propos de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, La sauvegarde des entreprises*, Actes du Colloque organisé à l'Université de Toulouse le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 363.

998 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 57, p. 46.

richesse et d'emploi. L'intérêt pour intervenir est, cette fois, économique et social car le sauvetage de l'entreprise intéresse la collectivité locale ou nationale. Cependant, au vu de la multitude d'entreprises composant le tissu économique français, l'État ne peut intervenir auprès de toutes. Une sélection est donc opérée parmi celles présentant un intérêt particulier pour l'État, considérées comme des entreprises « *cruciales* »[999] pour le secteur concerné.

L'intervention étatique se manifeste à la fois à travers la mise en place d'un dispositif d'octroi de remises de dettes publiques et la création d'instances administratives dont la mission principale est de mener une médiation entre les différents acteurs concernés par le traitement des difficultés de l'entreprise. Que cela soit en matière de remises de dettes publiques (**A**) ou s'agissant du dispositif de médiation mis en place (**B**), l'intervention de l'État dans le traitement négocié des difficultés des entreprises semble être encore insuffisante.

A. Le dispositif insuffisant des remises de dettes publiques

Si les débiteurs peuvent désormais obtenir plus aisément des remises de dettes publiques de la part des organismes publics (**1**), il ne leur est toujours pas donné la possibilité de les négocier (**2**).

1. Les atouts : l'assouplissement des conditions d'octroi des remises

118. La conciliation entre deux intérêts contradictoires. Longtemps, une catégorie de créanciers a échappé aux abandons de créances consentis lors d'une procédure amiable ou collective : celle des créanciers publics. Le problème repose sur la contradiction entre le redressement d'une entreprise en difficulté et le recouvrement de l'impôt[1000]. Le travail du

999 F. Frison-Roche, *«* Les entreprises "cruciales" et leur régulation *», in L'entreprise dans un monde sans frontières, Perspectives économiques et juridiques*, ss. la dir. de A. Supiot, Dalloz, 2015, p. 253, spéc. p. 260. Pour l'auteur, *«* dans un sens négatif, une entreprise est cruciale si sa disparition cause un choc sur le secteur qui met en péril le secteur lui-même. Dans un sens positif, une entreprise est cruciale si le bon fonctionnement du secteur dépend de la présence, du bon fonctionnement et du bon comportement de l'entreprise *»*.

1000 P. Serlooten, *«* Le recouvrement de la créance fiscale dans le droit des procédures collectives : bilan et perspectives *»*, *LPA* 6 sept. 2000, n° 178, p. 58. Selon l'auteur, le Trésor public se doit d'être conciliant en aménageant autant se faire que peut la dette fiscale, mais à la condition sine qua none du recouvrement de la créance ainsi aménagée. Dès lors, en contrepartie de l'aide apportée par les créanciers publics, une certaine intransigeance sera de mise pour le paiement de ce qu'il reste dû.

législateur a donc été de les concilier et d'inciter les créanciers publics à participer aux négociations menant au sauvetage de l'entreprise.

119. L'évolution progressive en matière de remises de dettes publiques. Depuis l'Ancien Régime, les créanciers publics bénéficient de privilèges exorbitants du droit commun, justifiés par l'intérêt général, primant les intérêts des créanciers privés.

Le premier rapprochement en la matière avec les créanciers privés a été opéré avec le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, portant réforme de la publicité foncière, qui a cantonné le privilège du Trésor Public aux actifs mobiliers.

Les privilèges des créanciers publics étaient, cependant, maintenus et ces derniers pouvaient poursuivre le recouvrement de leur créance malgré l'ouverture d'une procédure de faillite ou de règlement judiciaire. Il a fallu attendre la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967[1001] pour que les créanciers publics perdent cette faculté. Comme l'évoquèrent Ripert et Roblot, cette période fut marquée par un changement radical dans l'esprit du droit des faillites avec la suppression des groupes « *rivaux* »[1002] et le placement de *« tous les créanciers sous la même discipline collective pour favoriser le redressement de l'entreprise »*[1003].

Sous l'empire de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984, la question s'était posée de savoir si les délais ordonnés par le président du tribunal en règlement amiable pouvaient être imposés aux créanciers publics[1004]. Dès l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, en date du 27 mars 1996[1005], les juges ont appliqué la primauté des règles relatives à la prévention permettant au juge d'imposer des délais à tous les créanciers, y compris publics[1006]. En d'autres termes, les créanciers publics ne pouvaient se soustraire à ces dispositions d'ordre public dérogatoires au droit commun en invoquant le principe de séparation des pouvoirs en raison de la prévalence de ces règles. Cette

1001 Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

1002 Ripert et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, 1976, p. 589.

1003 *Ibid.*

1004 CA. Paris, 21 octobre 1993, n°14740 ; CA. Douai, 19 mai 1994, n°93/10115 ; CA. Limoges, 4 octobre 1994, n° 328 (décisions citées par l'instruction de la Direction de la comptabilité publique du 13 octobre 1995, précitée. L'administration fiscale invoquait une jurisprudence constante, fondée sur les règles spécifiques du droit fiscal, lui permettant de se soustraire à une telle obligation.

1005 CA Rennes, 2e ch., 27 mars 1996, *SA Soifilène c/ Receveur des impôts de Rennes-Nord et a.*, *D.* 1997, p. 28, note F. Derrida, *JCP G* 1996, II, 22731, n° 47, note D. Meledo-Briand.

1006 En première instance, le président du tribunal de commerce avait déclaré l'action du débiteur, aux fins de bénéficier d'un délai de paiement de la part de ses créanciers publics, irrecevable au regard du principe de la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires.

solution fut approuvée par la Cour de cassation[1007] et reprise enfin par l'administration elle-même[1008]. Cet arrêt a donc marqué une avancée considérable en réaffirmant le principe d'égalité des créanciers[1009] et en permettant d'éviter l'inertie des créanciers publics dans la négociation lors d'un règlement amiable. L'idée est de brandir la contrainte des délais de paiement pour « inciter » à négocier. Plus encore, pour assurer l'efficacité du règlement à l'amiable des difficultés, tous les créanciers devaient participer aux négociations[1010]. Ensuite, sous l'empire de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985[1011], la Chancellerie indiquait la nécessité de sacrifices financiers de la part des créanciers publics mais les changements peinaient à voir le jour[1012]. Le législateur de 1985 avait prévu explicitement pour la première fois des remises de dettes et des délais de paiement de la part des organismes publics[1013]. Néanmoins, le décret d'application ne vit jamais le jour.

Ce n'est que vingt ans plus tard, avec la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005[1014], que les remises de dettes publiques ont pu enfin être octroyées, en prenant en compte les exigences communautaires[1015]. Les modalités des remises de dettes fiscales et sociales ont été instituées par le décret n° 2007-153 du 5 février 2007 et codifiées aux articles R. 626-9 à R. 626-16 du Code de commerce[1016]. Le décret a notamment introduit dans le droit français le critère communautaire de compatibilité des aides d'État se référant à une comparaison du comportement du créancier public avec l'opérateur économique privé[1017]. Un deuxième décret de la même année est venu instituer la Commission des chefs des services financiers et des représentants des

1007 Cass. com., 16 juin 1998, n° 1398, *Dr. fisc.* 1998, n° 39, comm. 841, note P. Serlooten.

1008 Réponse du Secrétaire d'État au Budget n° 12703 à M. Herment, J.O. Sénat Q. du 25 février 1999, p. 602.

1009 D. Meledo-Briand, « Le pouvoir du juge de la prévention en matière de créance fiscale », *JCP G* 1996, II, 22731, n° 47.

1010 F. Derrida, « Règlement amiable : le Trésor est soumis aux délais de l'article 1244-1 du code civil », *D.* 1997, n° 2, p. 28.

1011 Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

1012 P. Cocheteux, « Remises de dettes consenties par les créanciers publics en faveur des entreprises en difficulté », *LPA* 21 décembre 2007, n° 255, p. 8.

1013 C. com., art. L. 621-60, al. 3, anc.

1014 Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

1015 C. com., art. L. 626-6, anc.

1016 Le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 a codifié le décret n° 2007-153 du 5 février 2007 dans la partie réglementaire du Code de commerce. Les articles R. 626-9 à R. 626-16 du Code de commerce sont désormais abrogés et remplacés par les articles D. 626-9 à D. 626-15 du Code de commerce (décret n° 2009-385 du 6 avril 2009, mod. par décret n° 2014-524 du 22 mai 2014).

1017 Pour une étude approfondie : v. G. Karydis, « Le principe de l'opérateur économique privé, critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87§1 du Traité CE », *RTD eur.* 2003, n° 3, p. 389.

organismes sociaux de sécurité sociale et d'assurance chômage (CCSF)[1018], mise en place dans chaque département, sous la présidence du trésorier-payeur général. Celle-ci a pour objet d'examiner les demandes de remises de dettes publiques[1019]. Puis, l'évolution des remises publiques en la matière s'est achevée par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009[1020] et par le décret n° 2009-385 du 6 avril 2009[1021].

120. Un champ d'application des remises de dettes publiques étendu. L'article L. 626-6 du Code de commerce énonce les modalités de remises de dettes publiques dans le cadre d'une conciliation, d'une sauvegarde et d'un redressement judiciaire[1022]. Le champ d'application du texte est large puisqu'il vise *« les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale »*[1023]. En d'autres termes, sont notamment concernés par le dispositif, la Direction générale des finances publiques, les douanes, l'Urssaf, Pôle emploi et les institutions de retraite et de prévoyance[1024].

En matière fiscale, les administrations financières peuvent remettre « l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'État dus par le débiteur ». Mais « s'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise »[1025]. Dès lors, la T.V.A en est exclue. Ces exceptions s'expliquent par le fait que le débiteur a encaissé les sommes pour autrui.

Les créanciers publics peuvent accepter de remettre tout ou partie de leurs dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de

1018 Décret n°2007-686 du 4 mai 2007 instituant dans chaque département une commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage (CCSF) pour l'examen de la situation des débiteurs retardataires. Une circulaire ministérielle du ministère de l'Économie et des Finances du 4 mai 2007, diffusée par une instruction du 21 août 2007, a précisé les conditions d'octroi des remises de dettes consenties par la Commission.

1019 C. com., art. D. 626-14.

1020 Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

1021 Décret n° 2009-385 du 6 avril 2009 pris en application de l'article L. 626-6 du Code de commerce, JO 8 avril 2009.

1022 En conciliation, c'est l'article L. 611-7, alinéa 3 du Code de commerce qui permet aux créanciers publics de consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 du même code.

1023 L'article D. 626-9 du Code de commerce ajoute que sont également concernées « les institutions régies par le Livre VII du Code rural et de la pêche maritime ».

1024 Les institutions de retraite et de prévoyance ne sont pas nécessairement publiques.

1025 C. com., art. L. 626-6, al. 2.

marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation[1026]. Bien qu'encadré afin que les remises de dettes publiques échappent à la qualification d'aide d'État[1027], le régime juridique apparaît plus souple qu'auparavant : les créanciers publics sont, dès lors, de plus en plus assimilés aux créanciers privés.

121. L'assimilation progressive des créanciers publics aux créanciers privés. Avant la loi du 17 février 2009, certains considéraient que les pouvoirs publics semblaient s'efforcer de tout faire pour « *cantonner, amoindrir, voire exclure l'octroi de ces remises* »[1028].

L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, perçue comme « *la réforme du Père Noël* »[1029] tant attendue en droit des entreprises en difficulté, n'avait pas touché aux remises de dettes publiques, laissant vide le sabot de certains détracteurs du décret fiscal[1030]. Mais le cadeau est enfin arrivé avec la publication de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés[1031]. L'article 20 de la loi a modifié l'article L. 626-6 du Code de commerce en supprimant la première condition, à savoir les termes « *concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers* ».

Le décret de 2009 est également venu supprimer la justification nécessaire demandée des abandons de créances par les créanciers privés[1032]. De plus, il n'existe plus l'obligation de tenir informés, sans délai, les créanciers publics des remises orales ou écrites consenties par les créanciers privés, ni même la Commission de « l'état des discussions »[1033]. Cette évolution était attendue puisque l'expérience a démontré que le décret antérieur[1034] était inapplicable en pratique au vu des

1026 C. com., art. L. 626-6, al. 1er.

1027 La remise de dette publique ne doit pas constituer un avantage injustifié pour l'entreprise au regard des règles de concurrence européenne. Art. 107 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : « Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Sur les aides d'État : v. M.-H. Monsèrié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *Prévention et traitement amiable des difficultés*, LGDJ, 2018, n° 732 et s., p. 295 et s.

1028 S. Rétif, « Les remises accordées par les créanciers à une entreprise en difficulté », *Dr. et patr.* fév. 2008, n° 167, p. 30.

1029 G. Teboul, « La réforme du Père Noël : la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal.* 6 janv. 2009, n° 6, p. 6.

1030 B. Lagarde, « Les administrations financières : des créanciers enfin comme tous les autres », *Gaz. Pal.* 19 mars 2009, n° 78, p. 5.

1031 Décret n° 2009-385 du 6 avril 2009, préc. Mod., art. R. 626-9 et R. 626-16 du Code de commerce.

1032 C. com., anc., art. R. 626-12.

1033 C. com., anc., art. R. 626-13.

1034 Décret n° 2007-153 du 5 février 2007.

deux conditions cumulatives qu'il édictait. Trop peu de remises de dettes publiques avaient été consenties jusqu'alors.

Ainsi, l'unique garde-fou tenant à l'octroi de remises de dettes publiques « dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation »[1035], apparu suffisant à assurer la conformité du dispositif aux règles de concurrence communautaires sur les aides d'État, a l'avantage d'ouvrir d'intéressantes perspectives de négociation avec les créanciers publics[1036].

Dès lors, au vu de ces changements, le nouveau dispositif paraît être indéniablement moins contraignant. En rendant les règles économiques et fiscales plus lisibles, voire plus souples, le législateur a redonné une vitalité au principe d'égalité des créanciers, dont l'affaiblissement était constaté depuis de nombreuses années[1037]. L'assimilation des créanciers publics aux créanciers privés a permis surtout d'élargir les possibilités d'octroi de remises de dettes en faveur des entreprises en difficulté.

Ce partage des efforts était indispensable pour les entreprises en difficulté et, plus généralement, pour la sauvegarde du tissu économique. Cette évolution ne pouvant être que saluée, c'est avec une certaine dose d'optimisme qu'il a pu être avancé, après la promulgation de la loi de 2009, que les créanciers publics, au travers des Commissions des chefs des services financiers (CCSF), étaient devenus des *« créanciers comme les autres »*[1038].

122. L'apparition d'un troisième comité des créanciers ? Le rapprochement du sort des créanciers publics avec celui des créanciers privés dans les négociations menant au redressement de la situation fait dire à certains qu'un troisième comité des créanciers est apparu à côté des comités de fournisseurs et des établissements de crédit[1039]. Cette comparaison est importante puisqu'elle illustre l'impact et le rôle que les créanciers publics peuvent jouer dans le traitement négocié des difficultés d'une entreprise.

1035 C. com., L. 626-6, al.1er.

1036 P. Rubellin, *«* Assouplissement des conditions de remise des créances publiques *»*, *LEDED* 01 avr. 2009, n° 1, p. 7.

1037 J.-L. Vallens, *«* Les remises de dettes publiques *»*, *LPA* 11 juin 2008, n° 117, p.10.

1038 B. Lagarde, *«* Les administrations financières : des créanciers enfin comme tous les autres *»*, *Gaz. Pal.* 19 mars 2009, n° 78, p. 5.

1039 J.-L. Vallens, *art. cit.*, *LPA* 11 juin 2008, n° 117, p. 10.

Toutefois, on ne peut à proprement parler de « troisième comité de créanciers » car de nettes différences sont à noter entre les comités de créanciers privés et les CCSF[1040]. D'une part, les deux comités de créanciers privés ne sont pas réunis en procédure de conciliation contrairement aux CCSF. D'autre part, les comités de créanciers privés ne sont pas systématiquement réunis alors que les CCSF le sont[1041].

Si les créanciers publics se doivent d'agir comme le ferait un opérateur économique privé placé dans la même situation, on peut se demander pourquoi le processus décisionnel n'est pas lui aussi calqué sur celui des comités de créanciers privés.

2. Les faiblesses : l'impossibilité de négocier les remises

123. Le créancier public, un créancier finalement pas tout à fait comme les autres. Au-delà des différences de fonctionnement des comités et de la CCSF, d'autres dispositions illustrent que le créancier public demeure un créancier différent des autres.

Si les réformes successives ont permis de rétablir l'équilibre entre les créanciers privés et les créanciers publics, on ne peut pas les assimiler totalement. L'ordonnance de 2014 a, certes, renforcé leur participation en leur permettant d'être désignés comme contrôleurs par le juge-commissaire lorsqu'ils en font la demande[1042] mais elle limite dans le même temps le dispositif des délais de paiement imposés par le juge. Les créanciers publics sont, en effet, dispensés de la règle[1043] selon laquelle si, au cours de l'exécution de l'accord de conciliation constaté ou homologué, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par l'un des créanciers appelés à la conciliation dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord, le juge qui a ouvert la procédure de conciliation peut, à la demande du débiteur et après avoir recueilli, le cas échéant, les observations du mandataire à l'exécution de l'accord, faire application des dispositions de l'article 1343-5 du code civil relatif aux délais de grâce.

1040 En ce sens également : A. Milsan, « Les remises de dettes publiques : une nouvelle opportunité offerte aux créanciers publics pour contribuer au redressement des entreprises en difficulté », *JCP E* 2007, n° 29, 1901, p. 16.

1041 Concernant les seuils pour la constitution des comités : C. com., art. L. 626-29.

1042 C. com., art. L. 621-10, al. 2.

1043 C. com., art. L. 611-7, al. 5.

En outre, une hiérarchie est imposée aux créanciers publics puisque selon l'article D. 626-10 du Code de commerce les remises de dettes sont consenties par priorité sur les frais de poursuite, les majorations et amendes, puis sur les intérêts de retard et les intérêts moratoires, et enfin sur les droits et les sommes dus au principal. De plus, à contre-courant du mouvement d'assouplissement des conditions légales des remises de dettes publiques, les dettes dues au principal ne peuvent pas faire l'objet d'une remise totale.

De la même manière, les conditions d'octroi des remises de dettes publiques diffèrent de celles des créanciers privés. L'article D. 626-15 du Code de commerce rappelle en des termes généraux l'objectif poursuivi à savoir *« faciliter la restructuration financière de l'entreprise en difficulté, la poursuite de son activité économique et le maintien de l'emploi »*. À ce titre, la remise de dettes n'est pas justifiée dès lors que l'entreprise n'est plus viable[1044]. Par ailleurs, les règles du droit de la concurrence sont toujours prises en compte puisque l'aide apportée par les créanciers publics ne doit pas représenter un avantage économique injustifié pour l'entreprise bénéficiaire.

Au vu de ces différences, les créanciers publics ne sont décidément pas des créanciers comme les autres. Finalement, l'assouplissement des conditions légales n'a-t-elle pas été qu'une simple expression d'une « bonne volonté » affichée du législateur ? Surtout qu'il n'est pas possible de négocier devant la CCSF.

124. Un processus de négociation inexistant devant la CCSF. Obtenir une remise de dette ne semble pas aisé. Une limite posée par les textes peut en effet surprendre concernant la saisine de la CCSF[1045]. Les articles D. 626-12 et D. 626-13 du Code de commerce disposent que la saisine de la Commission a lieu, sous peine de forclusion, dans un délai de deux mois à compter de la date d'ouverture de la procédure. Ce délai étant justifié par l'utilité de l'informer le plus tôt possible et de limiter les risques que des débiteurs mal intentionnés continuent de creuser leur passif public en étant convaincus d'obtenir, par la suite, des remises de dettes publiques importantes[1046].

Ce bref délai paraît peu réaliste en pratique en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire car, sauf cas exceptionnel, aucun plan de continuation n'est présenté dans un délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture. Dès lors, la requête devant la Commission est fondée sur une demande de remises peu motivée car les éléments demeurent flous à ce stade. En

1044 C. com., art. D. 626-15, al. 1er.

1045 B. Lagarde, « Le fabuleux destin des dettes publiques », *Gaz. Pal.* 14 avril 2007, n° 104, p. 3 ; P. Gourdain, « Remise des créances publiques : le frein de l'article R. 626-13 du code de commerce », *D.* 2007, n° 36, p. 2546.

1046 F. Demaille, « Les nouvelles possibilités de participer au retournement des entreprises en difficulté ouvertes aux créanciers publics par le décret du 5 février 2007 », *CDE* 2007, no 2, p. 35.

pareille circonstance, la CCSF préférera certainement rejeter un tel dossier incomplet au vu des faibles informations concernant le futur plan. En outre, un tel délai n'est pas non plus compatible avec le délai de déclaration des créances de deux mois à compter de la publication au BODACC du jugement d'ouverture[1047]. La requête de remise de dette peut donc être soumise à la Commission alors même que le mandataire judicaire ne détient pas l'ensemble des déclarations de créances. Il aurait donc été logique que le délai de saisine de la CCSF soit au moins équivalent à six mois au regard du délai de la période d'observation[1048] des procédures de sauvegarde[1049] et de redressement judiciaire[1050].

De plus, depuis leur création en 1963[1051], les Commissions ont offert aux débiteurs l'assurance qu'elles sont le résultat d'une décision collégiale entre les différents membres[1052]. Aussi, la logique d'un « guichet unique », constitué par le secrétaire permanent de la CCSF, placé auprès du trésorier payeur général de département, est un gage de sécurité pour les chefs d'entreprise. Pour autant, si la CCSF harmonise les positions des créanciers publics, chacun d'entre eux reste libre de refuser d'accorder une remise de dette. En effet, la procédure devant la CCSF reste lourde et non contradictoire : ses décisions sont prises à l'unanimité et il n'existe aucune possibilité de se faire entendre et d'y participer[1053]. L'unanimité tient notamment à l'autonomie des administrations financières et assimilées et, partant, au fonctionnement très différent d'une institution à une autre[1054]. Cette condition est susceptible de faire craindre au débiteur un blocage du processus par le refus de l'un des créanciers publics. Par conséquent, ne reposant pas sur un débat contradictoire entre les créanciers publics et le débiteur, la décision de la CCSF est plus une « décision unilatérale » reposant sur un dossier plutôt qu'une décision prise à la suite de négociations avec le débiteur.

Par ailleurs, la prise de décision des CCSF n'est pas claire concernant les critères retenus pour octroyer des remises. Est-ce la préservation de l'emploi ou la détermination de la capacité de

1047 C. com., art. L. 622-24 et R. 622-24.

1048 Le délai de six mois peut être prolongé.

1049 C. com., art. L. 621-3 et R. 621-9.

1050 C. com., art. L. 631-7 et R. 631-7.

1051 Décret n° 63-1161 du 02 déc. 1963 de recouvrement des cotisations. Le décret instituait dans chaque département une commission des chefs de services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale pour l'examen de la situation des débiteurs retardataires ; Remplacé par le décret n°2007-686 du 4 mai 2007.

1052 A. Milsan, « Les remises de dettes publiques : une nouvelle opportunité offerte aux créanciers publics pour contribuer au redressement des entreprises en difficulté », *JCP E* 2007, n° 29, 1901, p. 16.

1053 Art. 4 du décret n°2007-686 du 4 mai 2007.

1054 Les Unions de Recouvrement de cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) sont par exemple des organismes de droit privé, chargés d'une mission de service public, très différent du Trésor Public.

l'entreprise à se redresser qui prime ? À ce titre, il n'existe aucune statistique disponible sur les abandons de créances octroyés par les administrations publiques[1055]. Plus de transparence en la matière est attendue pour opérer un bilan et permettre de constater les avancées mais aussi les difficultés persistantes.

Si le processus négocié entre les créanciers publics membres d'une CCSF et le débiteur semble inexistant, il en est de même entre les créanciers publics et les créanciers privés. Une évolution semble souhaitable sur ces deux aspects.

125. Un renforcement des négociations avec les créanciers publics souhaité. L'allégement des exigences légales a permis de favoriser les remises des créanciers publics faites à l'entreprise et de concourir ainsi à son redressement en cas de difficultés[1056]. Il incite, dans le même temps, les créanciers privés à participer eux aussi à l'effort collectif.

Pour autant, cette évolution est un véritable choc culturel pour les créanciers publics. L'idée d'un nouvel équilibre des pouvoirs entre les créanciers privés et les créanciers publics n'est pas aisée tant leurs différences de statut sont importantes. Malgré l'assouplissement du dispositif, il reste difficile en pratique d'obtenir des remises de dettes publiques, notamment en phase préventive[1057]. Or, il conviendrait pour les entreprises de négocier avec eux des impositions et des cotisations non encore exigibles afin de geler les créances futures sur les trois à six mois suivants, pour convenir par la suite de leur moratoire sur des périodes par exemple de 12, 24 ou 36 mois[1058], d'autant que cela apparaîtrait moins coûteux pour les créanciers publics que de stricts abandons de dettes.

On l'a vu[1059], lorsqu'une demande de remise de dettes est faite au créancier public, il doit certainement se demander ce qu'un créancier privé sera prêt à consentir, pour, par la suite, recouvrer raisonnablement sa créance. Pour ce faire, il conviendrait que la participation des

1055 G. Teboul, « Les remises de dettes publiques : mythe ou réalité ? », *LPA* 30 mars 2009, n° 63, p. 3.

1056 A. Lienhard, « Remise des créances publiques ; nouvel assouplissement », *Dalloz act.* 19 fév. 2009, n° 19, p. 484 ; Ch. Lebel, « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. proc. coll.,* numéro spécial, 6-7 mars 2009, n° 66, p. 46, spéc. p. 48 et 49 ; B. Lagarde, « Les administrations financières : des créanciers enfin comme tous les autres », *Gaz. Pal.* 19 mars 2009, n° 78, p. 5 ; F. Macorig-Venier, « Remises de dettes des créanciers publics : un allègement des exigences requises », *RTD com.* 2009, n° 2, p. 445.

1057 M.-H. Monsèrié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *Prévention et traitement amiable des difficultés*, LGDJ, 2018, n° 709, p. 283. Il convient toutefois de noter que, dans ces procédures, les entreprises n'ont pas toujours un passif fiscal et social significatif.

1058 En ce sens : F. Abitbol, L. Le Guernève et R. Valliot, « Les abandons de créances publiques : qui peut le plus, peut le moins », *Gaz. Pal.* 14 avril 2007, n° 104, p. 9.

1059 V. *Supra* n° 119.

créanciers publics à la négociation se réalise concomitamment avec les autres partenaires de l'entreprise, au sein de la Commission ou sous l'égide d'un juge ou d'un mandataire de justice, pour permettre des informations croisées[1060]. Cela engendrerait un dialogue en temps réel, permettant la détermination des décisions des uns au regard de l'effort demandé aux autres[1061]. Les créanciers auraient ainsi une vision plus nette de l'entreprise pour s'assurer de sa pérennité dans l'avenir[1062]. Il existerait donc à la fois une coopération entre le débiteur et ses créanciers publics mais aussi entre créanciers.

En définitive, l'équilibre souhaité dans les rapports de force entre le débiteur, les créanciers privés et les créanciers publics ne peut avoir véritablement lieu que si un changement s'opère dans le sens d'un dialogue entre les acteurs, au sein des commissions ou sous l'égide du juge, voire d'un mandataire de justice, qui organiserait l'information, évitant dès lors le sentiment que l'État peut être juge et partie.

Nonobstant la mission des CCSF dans le traitement des difficultés des entreprises et leur monopole en matière de recouvrement, d'autres organes publics interviennent dans un tout autre rôle : celui de faciliter le dialogue entre le débiteur et ses créanciers par le biais de la médiation.

B. Le dispositif incomplet de la médiation

Dans un sens juridique, la médiation est définie comme une « entremise réalisée par un tiers et destinée à réconcilier les parties en litige »[1063]. Dans un sens courant, la médiation est le « fait de servir d'intermédiaire entre deux ou plusieurs choses »[1064]. C'est cette dernière acception qu'il s'agit de retenir ici car l'État intervient à travers divers organismes administratifs, autres que les CCSF, en menant une médiation entre les différents acteurs concernés par le traitement des difficultés de l'entreprise. Cette intervention a de nombreux avantages car elle facilite notamment les négociations entre le débiteur et ses créanciers en amont du traitement, le plus souvent, et pendant son déroulement (**1**). Cependant, ce dispositif connaît des faiblesses importantes tenant notamment à l'inachèvement de son encadrement juridique (**2**).

1060 G. Teboul, *«* Les remises de dettes publiques : mythe ou réalité ? *»*, *LPA* 30 mars 2009, n° 63, p. 3.

1061 *Ibid.*

1062 *Ibid.*

1063 V°. *Médiation, in Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, p. 1009.

1064 V°. *Médiation, in* Définition du Petit Robert.

1. Les atouts : des négociations facilitées

126. Les principales instances administratives. La situation économique et sociale d'un pays est principalement déterminée par l'activité et les emplois générés par les entreprises. De fait, l'État veille à *« la préservation du tissu économique »*[1065] et joue un rôle important dans la prévention et le traitement des difficultés de ses entreprises. Il intervient auprès d'elles par divers organismes administratifs, apparus notamment dans le contexte des chocs pétroliers dans les années 1970[1066]. L'intervention de l'État dans le traitement des difficultés des entreprises n'est donc pas nouvelle. Elle se manifeste particulièrement à travers le rôle détenu par les CODEFI (Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises), et leur pendant au niveau national, le CIRI (Comité interministériel de restructuration industrielle), en lien avec les CCSF. Composées de représentants de l'administration, tels que le ministre, le préfet, les représentants des directions publiques et parapubliques (Trésor public, Urssaf, Banque de France, DIRECCTE[1067]), ces institutions publiques ont évolué au gré des textes[1068]. L'organisation des CODEFI, créés en 1974[1069], et du CIRI, créé en 1982[1070], a été affinée par deux circulaires des 25 et 26 novembre 2004[1071], et récemment actualisée par une nouvelle circulaire en date du 9 janvier

1065 G. Teboul, *art. cit.*, *LPA* 30 mars 2009, n° 63, p. 3. Sur l'intervention étatique pour soutenir l'entreprise en difficulté : v. M.-H. Monsèrié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *Prévention et traitement amiable des difficultés*, LGDJ, 2018, n° 664 et s. et 699 et s., p. 268 et s. et p. 280 et s. L'État intervient notamment au moyen de financement d'audits, de prêts via le Fonds de développement économique et social (FDES) et par l'octroi de délais de paiement par la direction des impôts dans le cadre d'un plan de règlement (n° 709, p. 283).

1066 J.-P. Garçon, *Les interventions publiques dans les entreprises en difficulté*, ss. la dir. de E. Le Gall, Thèse, Nantes, 1983, p. 11 ; L'affaire *LIP* en 1973 est significative de l'intervention de l'État lors de fortes tensions sociales liées à la crise. Le mouvement de décentralisation explique également le développement d'organismes administratifs au soutien d'entreprises en difficulté : Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ; Dossier spéc., *Trente ans de décentralisation*, *AJDA* 2012, n° 14.

1067 Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

1068 Créés en 1982, les comités régionaux de restructuration industrielle (CORRI), compétents pour les entreprises de moins de 250 salariés ont été absorbés par les CODEFI avec la circulaire du 25 novembre 2004 (Circ. 25 nov. 2004, NOR : PRMX0407814C relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, JORF 1er déc. 2004, p. 20441). Le CIRI est, quant à lui, venu remplacer le comité interministériel pour l'aménagement et l'assistance des structures industrielles (CIASI) créé par un arrêté du 28 novembre 1974.

1069 La création des CODEFI s'est réalisée sans l'intervention d'un arrêté ou d'un décret mais uniquement sur la base de simples correspondances adressées aux trésoriers-payeurs-généraux : v. L. Richer, « L'évolution des rapports entre l'Administration et les entreprises privées », *RDP* 1981, p. 919, spéc. p. 935.

1070 Arrêté du 6 juillet 1982.

1071 Circ. 25 nov. 2004, NOR : PRMX0407814C, préc. ; Circ. 26 nov. 2004, NOR : ECOX0407813C relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, JORF 1er déc. 2004, p. 20468.

2015[1072]. Par cette dernière circulaire, il s'est agi de moderniser et de rationaliser l'organisation des dispositifs de soutien et de détection des entreprises en difficulté.

Puisque la nécessité d'organiser un traitement administratif[1073] des entreprises en difficulté se fait sentir d'autant plus fortement en cas de crise économique, de nouvelles institutions ont été mises en place aux côtés de ces organes collégiaux dans le contexte de la crise économique et financière de 2008. Ainsi, ont été conçus le médiateur du crédit[1074], placé auprès du ministre de l'Économie et des Finances et chargé de faire l'intermédiaire entre l'entreprise et les établissements bancaires, et le commissaire au redressement productif[1075], devenu en 2018 « commissaire aux Restructurations et à la Prévention des difficultés des entreprises »[1076], interlocuteur local, chargé d'animer une cellule régionale de veille et d'alerte précoce et de soutenir l'entreprise dans la résolution de ses difficultés.

Ces institutions ont pour principale mission de mener une médiation entre le débiteur en difficulté et ses principaux partenaires.

127. La médiation au cœur du dispositif. Les services de l'État ont un rôle élargi, tenant à l'examen des difficultés des entreprises et à la recherche de solutions pour favoriser leur redressement. Le traitement proposé va donc du diagnostic à la négociation avec les acteurs concernés[1077].

1072 Circ. 9 janv. 2015, NOR : EINI1500411C relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement.

1073 Sur l'existence d'un droit administratif de la faillite : J.-P. Garçon, *op. cit.*, Thèse, Nantes, 1983, spéc. p. 353 ; Th. Bonneau, « Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières », *RDBF* nov. 2014, n° 6, p. 77.

1074 L'institution a, tout d'abord, été créée en dehors de tout cadre légal par une lettre de mission de l'ancien Président de la République, M. Nicolas Sarkozy, le 23 octobre 2008 ; un accord de place, pérennisant la médiation du crédit, a, ensuite, été signé le 27 juillet 2009 en présence de l'ancienne Ministre de l'Économie, Mme Christine Lagarde. L'accord de place a été renouvelé 4 fois depuis. Le dernier renouvellement, signé le 28 avril 2015, a pris fin au 31 décembre 2017. Sur le sujet, not. : F. Creux-Thomas, « La médiation : opportunité ou « gadget » ? », *JCP G* 2009, n°51, p. 558 ; X. Delpech, « Un cadre juridique pour la médiation du crédit », *D.* 2009, n° 29, p. 1948 ; N. Jacquet, « Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan ? », *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 11 ; D. Legeais, « Droit au crédit. Portée des engagements souscrits par les banques pour remédier à la crise du Crédit. Rôle du médiateur. De l'existence d'un droit au crédit (Communiqué de presse publié par le médiateur du crédit et la FBF du 12 nov. 2008)», *RTD com.* 2009, n° 1, p. 186 ; du même auteur, « Vers un retour au service public du crédit ? », *RDB* 2012, n°5, p. 5 ; B. Moreau, « La médiation du crédit aux entreprises dans les grandes lignes », *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 9 ; J.-P. Tricoit, « La nature juridique du médiateur du crédit », *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 15.

1075 C. Delattre, « Le cadre d'intervention du commissaire au redressement productif dans les entreprises en difficulté », *BJE* 01 mars 2014, n° 2, p. 130 ; F. Macorig-Venier, « Commissaires au redressement productif : rapport annuel pour l'année 2012 », *RTD com.* 2013, n° 2, p. 337 ; v. Rapp. annuel 2017, sur le site du Ministère de l'Économie et des Finances.

1076 Une circulaire en date du 20 juin 2018 relative à l'évolution du dispositif d'accompagnement des entreprises en difficulté indique que les « commissaires au redressement productif » répondront désormais au nom de «commissaires aux Restructurations et à la Prévention des difficultés des entreprises » (CRP).

1077 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 80, p. 60.

Ils peuvent, d'une part, aider les entreprises *in bonis* qui en font la demande à élaborer et à mettre en œuvre des solutions permettant d'assurer leur pérennité et leur développement. À cet égard, l'État dispose de deux outils utilisés en soutien des entreprises : des audits peuvent être commandés et des prêts du fonds de développement économique et social (FDES) peuvent être octroyés dans des conditions précises[1078]. Les services de l'État peuvent, d'autre part, accompagner les entreprises en procédures collectives, en lien avec les organes de la procédure, pour définir et mettre en œuvre les plans de reprise ou de redressement[1079].

Ce rôle peut être illustré par les missions exercées par les CODEFI et le CIRI, par le médiateur du crédit et par le commissaire au redressement productif.

Tout d'abord, le CIRI est l'instance nationale pour les entreprises de taille importante, employant plus de 400 salariés en France, dont le secrétariat est assuré par la direction générale du Trésor. Le CODEFI est l'instance, sous l'autorité préfectorale du département, qui traite des entreprises de moins de 400 salariés[1080]. Les CODEFI et le CIRI jouent une mission permanente dont la structure opérationnelle repose sur les secrétariats généraux[1081] et les cellules opérationnelles de suivi (COS)[1082]. Ceux-ci examinent les dossiers et répartissent les rôles entre les différents acteurs de l'État. Le secrétaire permanent dispose également d'un rôle pivot dans la circulation de l'information et assure le premier contact avec l'entreprise pour identifier le niveau de ses difficultés. À cet effet, il l'oriente vers le dispositif adapté[1083].

À la demande de l'entreprise, l'État poursuit également une action de médiation et de coordination de l'ensemble des acteurs publics et privés concernés par la situation de l'entreprise, dans l'objectif exclusif du redressement de cette dernière[1084]. L'accent est, d'ailleurs, désormais mis

1078 Circ. 09 janv. 2015, préc., spéc. 1, p. 1.

1079 Circ. 09 janv. 2015, préc., spéc. 1, p. 2.

1080 La circulaire de 2015 est venue modifier sa composition, notamment liée à la fusion des services fiscaux et des trésoreries générales : le vice-président est désormais le directeur des finances publiques et le commissaire au redressement productif devient un membre de droit. Sur la composition du CODEFI : v. Circ. 09 janv. 2015, préc., spéc. 1.2.2, p. 3.

1081 Le secrétariat permanent, au préalable appartenant au CIRI, a été étendu aux CODEFI par la circulaire du 25 nov. 2004, préc.

1082 Circ. 27 nov. 2008 relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement, NOR : INTK0800182C. La COS est désormais intégrée aux CODEFI : Circ. 09 janv. 2015, préc.

1083 L'orientation de l'entreprise se réalise, par exemple, vers le CODEFI, la CCSF ou la Médiation du crédit : Circ. 09 janv. 2015, préc., spéc. 1.2, p. 2.

1084 Récemment, un décret en date du 13 novembre 2017 a institué un délégué interministériel aux restructurations d'entreprises (DIRE), chargé notamment d'anticiper les difficultés des entreprises et de coordonner la mise en place

sur le « rôle de médiateur » du secrétaire permanent des CODEFI[1085]. En effet, la circulaire de 2015 énonce sur ce point qu'il doit jouer ce rôle « *en appui éventuel aux mandataires de justice désignés par le tribunal de commerce dans le cadre d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation, pour dégager une solution collective de redressement rassemblant les actionnaires, les établissements financiers et les principaux clients* »[1086].

Ensuite, l'instauration du médiateur du crédit aux entreprises est révélatrice de l'irruption de la médiation dans le cadre de la restructuration d'entreprises. L'accord de place[1087], signé en 2009 sous les auspices de l'ancienne Ministre de l'Économie et des Finances[1088], Madame Lagarde, décrit la mission de ce nouvel intervenant dans le traitement des difficultés des entreprises, conforme au droit commun de la médiation. Ainsi, selon l'article 1er de l'accord de place, le médiateur « *a pour mission de faciliter le dialogue entre les entreprises et les établissements de crédit et de recommander des solutions en cas de difficulté pour l'obtention et le maintien de crédits ou de garanties. Il peut également, en cas de difficulté en matière de crédit interentreprises, faciliter le dialogue entre ces entreprises et les assureurs-crédits ou les sociétés d'affacturage et recommander des solutions* ». Son champ d'intervention est large car il ne s'arrête pas aux difficultés de l'entreprise mais s'intéresse à tous ses problèmes de financement[1089]. Avec l'appui des médiateurs territoriaux, ainsi que par des « *tiers de confiance* »[1090], le médiateur mène une entremise entre les entreprises et les établissements de crédit. Au vu de cette action, il tend à maintenir ou à restaurer le lien social, le lien de confiance, existant entre eux[1091]. En ce sens, l'accord de place lui

---

de mesures d'accompagnement adaptées : décret n°2017-1558 du 13 novembre 2017 instituant un délégué interministériel aux restructurations d'entreprises, JO n°0265 du 14 nov. 2017.

1085 F. Macorig-Venier, *art. cit.*, *RTD com.* 2013, n° 2, p. 337.

1086 Circ. 09 janv. 2015, préc., spéc. 1.2.1, p. 3.

1087 « Un accord de place s'analyse en un contrat collectif, signé par deux organismes professionnels, et qui engage les membres qu'ils représentent » : X. Delpech, « Un cadre juridique pour la médiation du crédit », *D.* 2009, n° 29, p. 1948. On peut néanmoins s'interroger sur le fait de savoir s'il s'agit d'un véritable accord de place car il n'existe pas d'organisme de ce type concernant les entreprises bénéficiaires de ce dispositif. V. Sur ce point : X. Delpech, *art. cit.*, *D.* 2009, n° 29, p. 1948 ; J.-P. Tricoit, « La nature juridique du médiateur du crédit », *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 15.

1088 Cet accord de place a notamment été signé par le président de la Fédération bancaire française, la Ministre de l'Économie et des Finances, le médiateur, la Banque de France, l'institut d'émission des départements d'Outre-mer. Le champ d'application de l'accord de place a été étendu, lors du dernier renouvellement en avril 2015, aux adhérents de l'Association Française des Sociétés Financiers (ASF) regroupant notamment les crédits-bailleurs et les sociétés d'affacturage.

1089 Pour certains, il conviendrait de l'appeler « médiateur du financement » : X. Delpech, *art. cit.*, *D.* 2009, n° 29, p. 1948.

1090 Art. 6 et 7 de l'accord de place du 27 juillet 2009. Ces « tiers de confiance » sont les membres des réseaux territoriaux de la Banque de France et les réseaux professionnels tels que les chambres de commerce et d'industrie et les chambres des métiers.

1091 J.-P. Tricoit, « La nature juridique du médiateur du crédit », *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 15. Dans cette hypothèse, la médiation n'est pas entendue uniquement par rapport à l'existence d'un conflit ou d'un litige.

assigne une mission de rétablissement d'une communication entre les acteurs[1092]. Autrement dit, à travers la médiation, l'État régule des activités privées, permettant ainsi de rétablir un équilibre dans des relations commerciales perturbées[1093]. Il s'agit de susciter l'esprit de coopération entre les acteurs.

Enfin, les commissaires aux Restructurations et à la Prévention des difficultés des entreprises (CRP)[1094] ont, quant à eux, pour mission de proposer des solutions globales aux entreprises en difficulté de moins de 400 salariés, en dialogue avec leurs créanciers privés ainsi qu'avec la Banque de France[1095]. Ils formulent, à cet égard, des recommandations en matière de mobilisation des dispositifs publics de soutien aux entreprises, voire d'étalements fiscaux[1096]. Ils dialoguent donc tant avec les créanciers privés qu'avec les créanciers publics. Pour les entreprises d'une taille importante dépassant les 400 salariés, les commissaires sont les correspondants, sur le territoire, du CIRI[1097].

En d'autres termes, la mission des services de l'État porte aussi bien sur la détection des difficultés, sur les propositions de redressement que sur les négociations regroupant les parties prenantes concernées par les difficultés de l'entreprise. Cette intervention dans le traitement négocié des difficultés d'une entreprise peut favoriser le succès de la négociation entamée.

128. Les effets positifs de l'intervention étatique sur les négociations. La médiation menée par les instances étatiques peut avoir des effets non négligeables sur l'avancée du traitement des difficultés des entreprises. Dans un sens positif, l'intervention de ces instances peut avoir un « effet levier » sur la poursuite des négociations entre les acteurs concernés en raison de l'autorité morale

1092 De façon plus générale sur les avantages de la médiation dans le sens d'un rétablissement de la communication entre des parties qui s'affrontent : Ch. Jarrasson, *«* La médiation et la conciliation : essai de présentation *»*,*in Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit*, *Dr. et patr.* déc. 1999, n° 77, p. 36, spéc. p. 40.

1093 J.-P. Tricoit, *«* La nature juridique du médiateur du crédit *»*, *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 15.

1094 Malgré la disparition du Ministère au Redressement Productif au mois d'août 2014, les commissaires au redressement productif n'ont pas disparu et sont attachés aux services de la DIRECCTE. La liste des commissaires au redressement productif a été actualisée en novembre 2017 sur le site du Ministère de l'Économie et des Finances.

1095 V. Rapp. annuel 2012, Les commissaires au redressement productif, min. du Redressement productif, mars 2013, sur le site du Ministère de l'Économie.

1096 *Ibid.*

1097 *Ibid.*

que dégagent ces représentants de l'État[1098]. Ceux-ci apparaissent, dans ces circonstances, comme des « *catalyseurs* »[1099] de la négociation.

Précisément, même dépourvu de caractère contraignant, les propositions des organismes publics lors des négociations s'imposeront aux parties prenantes en raison de leur « *autorité morale* »[1100]. Le médiateur du crédit, par exemple, tire cette force morale de sa nomination par les autorités publiques.

Au-delà de l'autorité morale des instances étatiques, le renforcement de leur implication dans le processus négocié du traitement de la défaillance d'une entreprise a permis un changement d'attitude des parties prenantes, que la crise a accéléré[1101]. Pour reprendre l'exemple du médiateur du crédit, un « *pacte moral* »[1102] semble avoir été passé entre la collectivité nationale et les établissements de crédit : le médiateur du crédit s'engageant à conduire sa mission « *dans le strict respect des règles de confidentialité et du secret bancaire* »[1103] et les banques s'obligeant « *à participer de bonne foi au processus de médiation* »[1104]. De même, l'accord fait peser sur l'établissement de crédit qui refuse les recommandations du médiateur une obligation d'exposer les raisons de son refus[1105]. Une telle motivation participe également à pacifier les rapports, en mettant un terme à l'incompréhension qui peut animer les relations entre la Banque et l'entreprise[1106], préalable à une coopération effective.

1098 P. Peyramaure, *«* L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté *», in Les autorités publiques et l'entreprise privée*, Actes du colloque organisé à Deauville les 5 et 6 juin 1982, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 104, spéc. p. 108. L'auteur énonce en ce sens la faculté d'analyse des problèmes et des opportunités sectorielles des représentants de la puissance publique. Il est néanmoins plus critique en révélant qu'ils peuvent être tentés d'user de leur position de force selon leurs désirs. L'État peut en effet être tout à la fois *«* le principal client et le principal fournisseur d'un grand nombre d'entreprises, quand il n'en est pas le principal ou unique actionnaire ou banquier *»*.

1099 Y. Chaput, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986, n° 213, p. 214 ; Les Notes Bleues du Ministère de l'Économie, des Finances et du Budget, *«* Le nouveau dispositif de traitement des entreprises industrielles en difficulté (CIRI, CORRI, CODEFI), 1983, n° 130, 4-VII et 10-VII, p. 1, spéc. p. 2 : *«* Le dispositif administratif de traitement des entreprises industrielles en difficulté a donc pour mission de favoriser l'émergence et la mise en œuvre de solutions sérieuses de restructuration […]. Ces solutions doivent être soutenues par les partenaires naturels de l'entreprise et non portées à bout de bras par l'État, dont le rôle et la contribution financière éventuelle n'ont qu'un caractère de catalyseur *»*.

1100 O. Gohin, *Institutions administratives*, Paris, LGDJ, 2016, 7e éd., n° 703, p. 276 ; Ch. Guettier, *Institutions administratives*, Dalloz, 2010, 5e éd., n° 174, p. 180 et 181.

1101 B. Moreau, *«* La médiation du crédit aux entreprises dans les grandes lignes *»*, *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 9.

1102 N. Molfessis, *«* Le médiateur du crédit, un modèle à inventer *»*, *Les Echos*, 20 nov. 2008, p. 11.

1103 Art. 8 de l'accord de place du 27 juillet 2009.

1104 Art. 22 de l'accord précité.

1105 Art. 22 de l'accord précité.

1106 X. Delpech, *«* Un cadre juridique pour la médiation du crédit *»*, *D.* 2009, n° 29, p. 1948.

Par conséquent, d'un dispositif exceptionnel « imposé » en période de crise, la médiation du crédit est devenue une institution pérenne « adoptée » par les acteurs[1107].

Si l'intervention étatique permet de faciliter les négociations entre les parties prenantes lors du traitement des difficultés d'une entreprise, un aspect plus négatif peut également être soulevé. En effet, les acteurs privés peuvent percevoir dans cette ingérence un moyen de pression pesant sur eux[1108]. C'est pourquoi, le consentement donné lors des négociations peut parfois être considéré comme « *tronqué* »[1109]. Malgré cette critique, le rôle des instances étatiques est efficace lorsqu'elles impulsent les négociations, grâce notamment à leur autorité.

Cependant, il connaît des limites liées, entre autres, à la faiblesse du cadre juridique en place.

2. Les faiblesses : un encadrement juridique inachevé

129. Un traitement administratif des entreprises en difficulté inachevé. L'État soutient les entreprises en difficulté en apportant financièrement sa contribution par le biais des CCSF notamment. Mais, comme on l'a vu[1110], de telles aides ne peuvent être négociées par le débiteur. En revanche, divers organes administratifs ont un véritable rôle de médiation en favorisant le dialogue entre le débiteur et ses créanciers. Toutefois, ce dispositif administratif mis en place dans le traitement des difficultés des entreprises est faiblement encadré juridiquement. Mis à part des actes réglementaires comme les décrets instituant les CCSF[1111], le dispositif repose sur des textes de faible portée juridique. Concrètement, la faiblesse de la réglementation pose la question de l'ancrage institutionnel d'un tel dispositif dans le temps[1112]. En effet, les CODEFI et le CIRI reposent principalement sur des circulaires, voire à l'origine de simples lettres de missions[1113]. Après leur

1107 Rapport d'activité oct 2008/ oct. 2009, adressé au Président de la République par René Ricol, ancien médiateur du crédit. Disponible sur le site du médiateur du crédit.

1108 S. Allain, *«* Le dispositif public du traitement des entreprises en difficulté *»*, *Gaz. Pal.* 02 janv. 1994, n° 2, p. 16, spéc. p. 17 ; D. Meledo-Briand, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Thèse, Rennes I, 1992, spéc. n° 81, p. 60, pour qui l'action des pouvoirs publics s'assimile plutôt à des *«* pressions *»* qu'à une action complémentaire de celle des tribunaux ; P. Peyramaure, *«* L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté *», in Les autorités publiques et l'entreprise privée*, Actes du colloque organisé à Deauville les 5 et 6 juin 1982, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 104, spéc. p. 108.

1109 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 83, p. 64.

1110 V. *Supra*, n° 123 et s.

1111 Décret n°63-1161 du 02 déc. 1963 ; décret n°2007-686 du 4 mai 2007.

1112 B. Ghandour, *op.cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 82, p. 62.

1113 Circ. 25 nov. 2004, NOR : PRMX0407814C, préc.; circ. 09 janv. 2015, préc.

création, de nombreuses autres circulaires sont soit venues faire disparaître des instances comme les CORRI, soit modifier de manière significative la composition d'autres, comme la circulaire de 2015 qui a réorganisé les CODEFI. La souplesse qui caractérise la circulaire a permis des transformations substantielles de ces instances administratives sans l'intervention du législateur. La médiation du crédit a, quant à elle, pour acte fondateur un accord de place dont la nature juridique est génératrice d'interrogations[1114]. Elle apparaît en effet comme une « *figure d'innovation originale* »[1115] que les juristes ont du mal à classer dans les catégories classiques. Au-delà des considérations propres à la nature de la médiation du crédit, c'est sa pérennité qui est mise en doute en raison de son caractère temporaire. Plusieurs fois renouvelée par accord de place, cette « institution de crise » n'est définitivement pas ancrée dans notre système juridique. Son avenir a d'autant plus été incertain lors de la création du commissariat au redressement productif[1116]. Partant, la faiblesse du cadre juridique du dispositif administratif du traitement des difficultés des entreprises crée un véritable sentiment d'inachèvement de ce droit[1117].

130. L'absence de centralisation et l'opacité des moyens. Les limites de l'intervention de l'État se retrouvent aussi dans la difficile lisibilité des actions menées par ses instances. Si le traitement administratif semble prendre de l'ampleur au vu des nouvelles institutions créées[1118], il n'en demeure pas moins que la diversité subséquente des organes fait craindre pour la cohérence du système. En effet, les missions des principaux organismes étudiés[1119] se recoupent fréquemment et les membres sont parfois identiques d'une structure à une autre. Il en est ainsi, par exemple, du directeur des finances publiques qui préside la CCSF et se retrouve au sein des CODEFI ou encore des commissaires aux Restructurations et à la Prévention des difficultés des entreprises siégeant dans les cellules de prévention et dans les CODEFI[1120]. Certes, les informations sur les entreprises

1114 B. Moreau, *«* La médiation du crédit aux entreprises dans les grandes lignes *»*, *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 9 ; J.-P. Tricoit, *«* La nature juridique du médiateur du crédit *»*, *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 15.

1115 N. Molfessis, *«* Le médiateur du crédit, un modèle à inventer *»*, *Les Echos*, 20 nov. 2008, p. 11.

1116 Les premiers commissaires au redressement productifs ont été nommés le 1er juillet 2012, dans chacune des 22 régions de métropole, sous l'autorité des préfets de région, par M. Arnaud Montebourg, ancien Ministre du Redressement productif.

1117 Sur l'inachèvement d'un droit administratif des entreprises en difficulté : v. B. Ghandour, *op. cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 79 et s., p. 58 et s.

1118 La Banque publique d'investissement créée par la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement est un exemple parmi tant d'autres du renforcement de l'intervention publique dans le traitement des entreprises en difficulté. V. sa description sur le site du Ministère de l'Économie et des Finances.

1119 CCSF, CODEFI, CIRI, médiation du crédit.

1120 V. déjà en 1982, sur les insuffisances des interventions des autorités publiques liées à la diversité même des formes d'intervention : Y. Chartier, *«* Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives *», in Les autorités publiques et l'entreprise privée*, Actes du colloque organisé à Deauville les 5 et 6 juin 1982, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 120, spéc. p. 125.

circulent entre les institutions mais l'inexistence d'une structure commune entraîne une certaine confusion[1121]. En d'autres termes, la faiblesse du dispositif repose sur l'absence d'une autorité administrative centralisatrice[1122]. De même, pour lutter contre le caractère occulte du dispositif, la mise en place d'un organisme unique agissant pour le compte de toutes les administrations semblerait adéquate[1123].

131. Une intervention étatique secondaire. Plus notablement encore, le rôle de l'État dans le traitement des difficultés d'une entreprise n'intervient qu'en dernier. Si l'on se fonde sur la circulaire de 2015[1124] concernant les CODEFI et le CIRI, les actionnaires doivent être les premiers contributeurs ou les nouveaux investisseurs ; viennent ensuite les partenaires de l'entreprise (banques, clients, fournisseurs, etc.). On remarque, à cet égard, l'insistance avec laquelle est affirmé le rôle subsidiaire de l'État : « *les pouvoirs publics n'ont pas vocation à se substituer à la responsabilité des acteurs privés* […]. *Ainsi, la mobilisation de fonds publics ne peut constituer un préalable au traitement d'un dossier et il doit être rappelé le rôle prioritaire des actionnaires et des établissements financiers* »[1125].

Concrètement, dans le cadre de la mission des services de l'État consistant à mener une médiation et à coordonner les acteurs publics et privés, un « tour de table » peut être prévu afin d'organiser le financement de l'entreprise en difficulté[1126]. La circulaire précise sur ce point que l'État peut y participer « *dans des cas très particuliers* » et « *en exigeant systématiquement des garanties de qualité et de premier rang* »[1127]. L'implication des pouvoirs publics au sein des négociations relatives au traitement des difficultés d'une entreprise apparaît donc sensiblement différente de celle des créanciers privés.

En définitive, les réformes ont, certes, rapproché de façon audacieuse le rôle des créanciers publics de celui des créanciers privés mais l'assimilation n'a cependant pas été totale. Toutefois,

---

1121 Plus globalement, *«* l'interpénétration de l'intérêt général et des intérêts économiques privés conduit inéluctablement à une confusion des catégories juridiques, à l'imprécision de la règle de droit, à la diversité et à l'instabilité des pratiques administratives, à l'extension du pouvoir discrétionnaire de l'administration et à un effacement du juge […] *»* : B. Oppetit, *«* Les autorités publiques et l'entreprise privée. Rapport de synthèse *», in Les autorités publiques et l'entreprise privée*, Actes du colloque organisé à Deauville les 5 et 6 juin 1982, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 166, spéc. p. 171.

1122 V. *Infra*, Chap. II, Titre II, Partie II, n° 309 et s.

1123 Y. Chartier, *art. cit.*, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 120, spéc. p. 134.

1124 Circ. 09 janv. 2015, préc.1., spéc. p. 2.

1125 *Ibid.*

1126 *Ibid.*

1127 *Ibid.*

l'État intervient autrement dans le traitement des difficultés des entreprises en favorisant les négociations entre le débiteur et ses créanciers par divers canaux de médiation.

Le statut du créancier public se distingue notablement de celui du salarié. Cependant, tous deux sont indéniablement intéressés par la survie de l'entreprise. Dès 1985, le législateur proclamait la nécessité de sauvegarder les emplois parmi les objectifs essentiels de la nouvelle réforme[1128]. Depuis, l'accent est régulièrement mis sur l'intégration des salariés au cours des procédures. Toutefois, leur association dans le processus négocié des solutions demeure encore trop faible. Tel est également le cas de l'institution de garantie des salaires, l'AGS, qui, malgré son régime « généreux » et complexe[1129], n'est toujours pas impliquée directement aux négociations menées dans le traitement des difficultés de l'entreprise.

§ 2 Une intégration des salariés et de l'AGS incomplète

Les représentants élus du personnel, devenus comité social et économique[1130] ont pour objet d'assurer l'expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise[1131]. En garantissant le paiement des créances salariales, l'Association pour la gestion du Régime de Garantie des Créances des salariés (AGS) est également un acteur incontournable des

1128 Art. 1er de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

1129 La prise en charge de la garantie AGS connaît une extension continue du domaine de la garantie et obéit à des critères complexes qui révèlent un traitement particulièrement favorable pour les salariés. V. sur l'évolution de son rôle : Ph. Pétel, « Les critères de prise en charge de la garantie AGS : quarante ans d'évolution » in *L'AGS, 40 ans de solidarité et d'engagement au cœur des enjeux des procédures collectives*, *BJE* 01 nov. 2014, n° 06, p. 411. V. pour un exemple jurisprudentiel récent de la « générosité » de l'AGS : Soc. 13 déc. 2017, n° 16-21773, obs. F.-X. Lucas et G. Dedessus Le Loustier, *LEDEN* avril 2018, n° 4, p. 1. Dans cette affaire, l'AGS devait sa garantie dès lors que l'administrateur judiciaire avait, dans les 15 jours de la liquidation judiciaire, manifesté son intention de rompre le contrat de travail du salarié protégé, peu important le refus de l'inspecteur du travail d'autoriser son licenciement.

1130 L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, dite « ordonnance Macron », a fusionné les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en une seule instance appelée comité social et économique (CSE). Cette instance doit être mise en place dans les entreprises d'au moins 11 salariés en distinguant toutefois ses attributions selon que l'entreprise compte plus ou moins de 50 salariés. La mise en place du comité social et économique est possible à partir du 1er janvier 2018 et au plus tard le 1er janvier 2020 (C. trav., art. L. 2311-2). Les textes du Code de commerce font toujours référence aux termes « comité d'entreprise » et « délégués du personnel ». Par conséquent, ils pourront être parfois utilisés dans l'étude selon le texte cité.

1131 C. trav., art. L. 2311-1 et s.

procédures collectives[1132]. Depuis la loi de sauvegarde de 2005, les réformes impriment une orientation favorable à la négociation avec les représentants du personnel et l'AGS. Cependant, les représentants du personnel ne sont pas encore de véritables acteurs au sein des négociations des accords et des plans car leur rôle demeure limité **(A)**. S'agissant de l'AGS, les avancées paraissent également légères, le dialogue avec les autres protagonistes étant trop tardif **(B)**.

A. La participation limitée des institutions représentatives du personnel

Les salariés n'ont pas un rôle direct dans l'élaboration des solutions dans le cadre d'une procédure amiable ou collective. Ils sont représentés par leurs représentants du personnel, ou à défaut par le représentant des salariés[1133], organe *ad hoc* nommé uniquement dans les procédures collectives. Il a donc été essentiel pour le législateur de renforcer leurs prérogatives, à travers notamment l'information et la consultation **(1)**. Ces avancées sont toutefois limitées puisqu'ils ne peuvent pas véritablement participer à l'élaboration de la solution négociée pour traiter les difficultés de l'entreprise **(2)**.

1. Les prérogatives des institutions représentatives du personnel

Le droit à la participation des salariés en droit du travail lié à l'information-consultation. Dès le milieu du XXe siècle, le droit du travail a fait du salarié un « *citoyen dans l'entreprise* »[1134]. Le droit à la participation des salariés[1135] à la gestion de l'entreprise a donc été une préoccupation

1132 C. trav., art. L. 3253-6 : « Tout employeur de droit privé assure ses salariés, y compris ceux détachés à l'étranger ou expatriés mentionnés à l'article L. 5422-13, contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

1133 L'ordonnance du 12 mars 2014 réintroduit, dans le Code de commerce, la fonction de suppléance du représentant des salariés en liquidation judiciaire, en l'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel, disparue par erreur avec la loi de sauvegarde de 2005 : C. com., art. L. 641-1, II.

1134 J. Paillusseau, « Efficacité des entreprises et légitimité du pouvoir », *LPA* 19 juin 1996, n° 74, p. 20. En réalité, cette volonté de faire des salariés des « citoyens dans l'entreprise » était déjà l'objectif des réformes Auroux de 1982 : Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise ; Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel ; Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail ; Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

1135 La participation des salariés est une notion polysémique qui recouvre plusieurs sens selon la norme : au regard du Préambule de la Constitution, elle renvoie à toutes les formes de participation dans lesquelles les représentants du personnel défendent les intérêts des salariés (négociation collective, information et consultation, participation financière, etc.) et au sein du droit de l'Union européenne, elle recouvre uniquement l'idée d'intégration au sein des organes dirigeants : J. Dirringer, *Les sources de la représentation collective des salariés*, préf. E. Dockès, LGDJ, 2015, n° 145 et

majeure du législateur afin de rééquilibrer les rapports entre l'employeur et la collectivité des salariés[1136]. Il est un droit à valeur constitutionnelle, trouvant sa source dans le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946[1137], et figure parmi les droits sociaux consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1138]. Par conséquent, le droit à la participation des salariés garantit la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions de l'employeur qui les affectent, et ce par l'intégration de leurs représentants aux processus décisionnels[1139]. C'est en ce sens que les droits à l'information et à la consultation ont été renforcés en faveur des salariés. Le droit à participer à la gestion de l'entreprise n'a en effet véritablement de sens que s'ils disposent des informations indispensables pour leur permettre d'user de leur droit[1140] et, ce faisant, de les intégrer à la gestion de l'entreprise[1141].

À cet égard, de nombreuses dispositions du Code du travail conduisent à informer[1142] et à consulter[1143] les institutions représentatives du personnel sur la situation de l'entreprise.

132. Le renforcement de l'information-consultation dans le Code du travail. Le comité social et économique constitue un contre-pouvoir et surtout un lieu de dialogue important[1144]. Les réformes récentes en droit du travail ont renforcé en sa faveur les consultations et informations. S'agissant des informations et des consultations des représentants du personnel, une étape

s., p. 69 et s. Dans sa thèse, Mme. Josepha Dirringer se réfère « aux droits de participation » dont le pluriel permet de relever la diversité conceptuelle et la diversité des prérogatives que l'on attache à l'idée de participation.

1136 J.-M. Moulin, « La participation des salariés à la gestion de la société », *BJS* 01 mai 2002, n° 5, p. 571.

1137 Le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 consacre un principe de participation des travailleurs : « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Le Conseil constitutionnel a interprété ce principe comme comprenant un droit des salariés à être informé utilement et un droit d'appartenir à une communauté de travail : Cons. const. 28 déc. 2006, déc. n° 2006-545 DC, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social ; A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT* 2007, n° 4, p. 84.

1138 Art. 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ».

1139 J. Dirringer, *op. cit.*, préf. E. Dockès, LGDJ, 2015, n° 66, p. 37.

1140 V. Fraissinier-Amiot, « La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? », *LPA* 16 mai 2008, n° 99, p. 6, spéc. p. 6.

1141 Sur la difficile conciliation entre deux droits opposés : le « droit à l'information-consultation » et le « droit au silence de l'employeur » : Ch. Gailhbaud, « Ouverture du mandat *ad hoc* et de la conciliation : faut-il associer les salariés ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 93.

1142 Le droit d'être informé intervient généralement une fois la décision du dirigeant prise et ne requière aucun avis.

1143 La consultation est, à l'inverse, un préalable à une décision appelant un avis.

1144 E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail 2019*, HyperCours, Dalloz, 12e éd., 2018, n° 1063, p. 658.

importante a été franchie avec la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi[1145] qui a créé une consultation annuelle sur les orientations stratégiques ainsi qu'une base de données économiques et sociales (BDES) afin de faire accéder les salariés à des informations permanentes[1146]. Puis, la loi « *Rebsamen* » du 17 août 2015[1147] est venue atténuer encore un peu plus la distinction entre le droit d'être informé et le droit d'être consulté puisque le champ de la consultation a englouti une large partie de celui de l'information[1148]. La refonte des institutions représentatives du personnel par les ordonnances « *Macron* » du 22 septembre 2017 n'a pas affaibli les consultations et informations des représentants du personnel[1149]. Ainsi, le Code du travail prévoit des consultations et informations récurrentes, parmi lesquelles figurent les consultations annuelles sur les orientations stratégiques de l'entreprise[1150], sur la situation économique et financière[1151] ainsi que sur la politique sociale de l'entreprise[1152]. D'autres consultations et informations ponctuelles portent, entre autres, sur la restructuration et la compression des effectifs, les licenciements pour motif économique et sur les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire[1153].

Plus généralement, le comité social et économique est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs et les conditions d'emploi, de travail[1154].

Les difficultés de l'entreprise entrent donc dans les obligations d'informations et de consultations à l'égard des représentants du personnel. C'est d'ailleurs sur ce droit à l'information des salariés que la Cour de cassation s'est fondée, dans sa décision du 4 novembre 1982, pour considérer que le refus du chef d'entreprise de transmettre un document complexe relatif à un plan

1145 Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

1146 C. trav., art. L. 2312-36 ; art. L. 2323-8, anc.

1147 Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. La loi incite « à aller plus loin dans le sens d'une meilleure association des partenaires sociaux à la stratégie de l'entreprise » : Exposé des motifs de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite Loi « Rebsamen », diponible en ligne.

1148 E. Peskine et C. Wolmark, *op. cit.*, HyperCours, Dalloz, 12e éd., 2018, n° 1064, pp. 658-659.

1149 J.-Y. Kerbouc'h, « Représentants du personnel. La refonte des institutions représentatives du personnel (ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017) », *JCP S* 2017, n° 40, p. 17.

1150 C. trav., art. L. 2312-24.

1151 C. trav., art. L. 2312-25.

1152 C. trav., art. L. 2312-26.

1153 C. trav., art. L. 2312-37 et s.

1154 C. trav., art. L. 2312-8, al. 2 ; art. L. 2323-1, anc.

de redressement, était constitutif d'un délit d'entrave[1155]. Puisque les difficultés d'une entreprise intéressent l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, les dispositions du Code de commerce confèrent donc également un droit à l'information-consultation des représentants du personnel.

Le renforcement de l'information-consultation des représentants du personnel dans le Code de commerce. Dans le Code de commerce, l'évolution de la place faite à l'information et à la consultation des représentants du personnel est également significative[1156]. À l'époque où le droit de la faillite visait principalement à payer les créanciers et à sanctionner les débiteurs malhonnêtes, l'intervention des institutions représentatives du personnel n'était pas indispensable. En revanche, lorsqu'au fil des réformes, la nouvelle philosophie du droit des entreprises en difficulté est devenue celle du maintien de l'activité et la sauvegarde de l'emploi, l'information des représentants du personnel au devenir de l'entreprise a été renforcée.

Avec les lois de 1984 et de 1985, le législateur rompt avec la conception classique qui les assimilait à des créanciers ordinaires[1157]. Les représentants du personnel ont ainsi été intégrés au sein des procédures collectives en étant informés et entendus par les organes de la procédure ou par le tribunal. Les voies de recours[1158] qu'ils détiennent contre certaines décisions s'inscrivent également dans cette évolution. Les réformes suivantes ont poursuivi ce mouvement en renforçant le rôle des institutions représentatives du personnel[1159].

133. Le rôle d'impulsion des représentants du personnel dans l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés. Le comité social et économique peut exercer son droit d'alerte

1155 Crim. 4 nov. 1982, Bull. crim., n° 241. Dans cette affaire, le chef d'entreprise s'était contenté de lire devant le comité d'entreprise le document relatif au plan de redressement. Les juges du fond ont souligné l'importance de la transmission de l'information afin que les représentants du personnel soient suffisamment informés afin qu'ils puissent donner leur avis en connaissance de cause. L'information ainsi donnée est liée aux négociations qui suivront. En ce sens, les juges du fond ont considéré « qu'en l'espèce une véritable concertation ne pouvait s'instaurer qu'après l'étude préalable d'un document complexe ». La Cour de cassation jugea, dans le même sens, que le document et la consultation préalable n'avaient pas véritablement été réalisés.

1156 Sur l'obligation de transparence sur la marche de l'entreprise à l'égard de ses salariés : v. J.-K. Adom, « Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », BMIS 01 fév. 2003, n° 2, p. 113. L'auteur rappelle que le législateur a multiplié les obligations d'informations en matière sociale, économique et financière, aux premiers rangs desquels figurent les salariés. En droit des sociétés, le renforcement de leurs droits à l'information est dû principalement à la loi « NRE » n° 2001-420 du 15 mai 2001 (JO 16 mai 2001, p. 7776), à la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, dite « de modernisation sociale » (JO 18 janv. 2002, p. 1008) et à la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 (JO 2 août 2003, p. 13220.).

1157 Y. Guyon, « Le rôle des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *in Les transformations du droit du travail*, Mél. G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 452.

1158 C. com., art. L. 661-1.

1159 R. Vatinet, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, n° 15, p. 9.

économique[1160], qui lui est reconnu par l'article L. 2312-63 du Code du travail, lorsqu'il a connaissance de faits préoccupants de nature à affecter la situation économique de l'entreprise avant qu'elle ne soit irrémédiablement compromise. À cet égard, il peut demander des explications à l'employeur[1161].

Concrètement, grâce aux informations dont il dispose, le comité social et économique peut attirer l'attention de la direction, voire du tribunal, sur d'éventuelles difficultés à venir lui permettant de prendre les mesures qui s'imposent en prenant en considération les intérêts des salariés. Cette information détaillée favorise l'anticipation, et partant, les négociations qui vont suivre. De même, dans le cadre de la prévention-détection des difficultés d'une entreprise, le président du tribunal de commerce a la possibilité d'obtenir des informations des représentants du personnel sur la situation économique et financière de l'entreprise[1162]. Le rôle des représentants du personnel peut s'avérer essentiel dans la suite à donner au traitement des difficultés d'une entreprise. Reste à savoir si leur rôle est aussi actif au sein même des procédures.

134. L'intervention des représentants du personnel en conciliation. Y compris dans le traitement amiable et préventif, les salariés, qui sont généralement réglés de leurs salaires par l'AGS, ont un intérêt légitime, marqué par leur inquiétude quant au maintien de leurs emplois[1163]. Partant, le législateur de 2005 a créé une disposition, l'article L. 611-9 du Code de commerce, prévoyant la consultation des représentants du personnel dans le cadre de l'homologation de l'accord de conciliation. En effet, lorsque le tribunal statue sur l'homologation de l'accord de conciliation, il entend les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, en chambre du conseil[1164]. Il s'agit d'une évolution importante car sous l'empire du règlement amiable, l'homologation de l'accord n'exigeait pas leur consultation[1165]. Puis, un pas de plus a été fait avec l'ordonnance de 2014 qui prévoit à l'article L. 611-8-1 du Code de commerce que le comité

1160 A. Donnette-Boissière, « Le droit d'alerte du comité d'entreprise », *in Entreprise en difficulté et relations de travail*, Les Cahiers sociaux du barreau de Paris, 01 sept. 2015, n° 277, p. 455.

1161 Le droit d'alerte du comité d'entreprise peut comporter plusieurs phases : une demande d'explication au chef d'entreprise qui doit répondre lors de la prochaine séance du comité ; à défaut d'une réponse satisfaisante ou si le caractère préoccupant de la situation est confirmé, le comité établit un rapport à l'employeur et au commissaire aux comptes ; dans les sociétés à conseil d'administration ou à conseil de surveillance, la demande d'explication est inscrite à l'ordre du jour de la prochaine séance du conseil d'administration ou du conseil de surveillance : C. trav., art. L. 2312-63 à L. L. 2312-69.

1162 C. com., art. L. 611-2, al. 2.

1163 Th. Montéran, « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 27.

1164 C. com., art. L. 611-9, al. 1er. Notons que depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, les missions du comité d'entreprise et des délégués du personnel sont appelées à être exercées par le comité social et économique.

1165 C. com., art. L. 611-4, anc.

d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel[1166] sont informés par le débiteur du contenu de l'accord lorsque celui-ci demande l'homologation. Cette information ne débouche néanmoins pas sur un avis du comité. De plus, l'information a lieu après la conclusion de l'accord aux fins de conserver la confidentialité de la négociation. En revanche, cette nouvelle obligation est une avancée puisque jusqu'alors les représentants du personnel ne pouvaient prendre connaissance du contenu de l'accord qu'au greffe et à certaines conditions[1167]. L'ordonnance de 2014 parvient donc à un équilibre entre les deux droits : d'un côté, le droit des représentants du personnel d'être entendus par le juge, de l'autre, le respect de la confidentialité défendu par le droit des entreprises en difficulté[1168].

135. L'intervention des représentants du personnel en procédure collective. En redressement judiciaire, leurs droits, largement calqués sur ceux existant en sauvegarde[1169], ont été plus étendus qu'en procédure de conciliation. Ainsi, le tribunal ne peut statuer qu'après avoir entendu ou dûment appelé les représentants du comité d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel, sur de nombreuses décisions intéressant l'avenir de l'entreprise. Tel est notamment le cas de l'ouverture de la procédure[1170], du bilan économique et social[1171], de la décision relative à la cessation partielle d'activité[1172], de l'élaboration du projet de plan[1173], du jugement arrêtant le plan[1174] et de la modification substantielle apportée au plan[1175]. La consultation est renforcée en redressement

1166 Nouveau CSE.

1167 C. com., art. R. 611-40, al. 1er.

1168 Sur cette recherche « d'équilibre » par l'ordonnance de 2014 entre les dispositions du droit du travail et celles du droit des entreprises en difficulté : V. Leloup-Thomas et D. Jacotot, « Le droit social des entreprises en difficulté ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 76.

1169 Par renvoi aux dispositions applicables en sauvegarde : C. com., art. L. 631-19, I.

1170 C. com., art. L. 621-1.

1171 C. com., art. L. 626-8, al. 2.

1172 C. com., art. L. 622-10, al. 4.

1173 C. com., art. L. 626-8, al. 1er. Le champ des informations communiquées aux représentants du personnel est vaste car le texte fait mention « des mesures que le débiteur envisage de proposer dans le projet de plan ». Il peut donc s'agir des remises et délais, des nouvelles garanties, des offres reçues de tiers concernant la cession partielle de l'entreprise, etc.

1174 C. com., art. L. 626-9, al. 1er.

1175 C. com., art. L. 626-26, al. 3.

judiciaire lorsque le plan prévoit des licenciements pour motif économique[1176] ou le remplacement d'un dirigeant[1177].

L'étendue du droit à l'information en procédure collective se justifie car les plans comportent un volet relatif à l'emploi, exposant le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité[1178]. L'avis des représentants du personnel est donc recueilli à chaque phase-clé de la procédure, en cours d'élaboration des plans jusqu'au jour de leur adoption par le tribunal, ce qui peut avoir une influence non négligeable sur le choix final du tribunal[1179].

136. L'intervention des représentants du personnel dans le cadre d'une reprise de l'entreprise. Les instances représentatives du personnel sont également informées et consultées en matière d'offres et de licenciement collectif lors de la reprise de l'entreprise en difficulté par un tiers[1180]. Les réformes sont même allées plus loin en encourageant la reprise par les salariés.

Par exemple, la loi du 31 juillet 2014[1181], applicable au seul mandat *ad hoc*, prévoit l'information préalable des salariés en cas de vente d'un fonds de commerce. La loi *Florange* du 29 mars 2014[1182] prévoit, quant à elle, que l'administrateur judiciaire informe le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, ou, s'il est déjà mis en place le comité social et économique, que les salariés ont la possibilité de déposer une offre de reprise, dans le cadre du redressement judiciaire uniquement[1183].

1176 C. com., art. L. 631-19, III. Le plan est arrêté par le tribunal après que la procédure de consultation prévue à l'article L. 1233-58 du code du travail a été mise en œuvre par l'administrateur. L'avis, ou bien du comité d'entreprise et, le cas échéant, celui du comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail et de l'instance de coordination, ou bien du comité social et économique, sont rendus au plus tard le jour ouvré avant l'audience du tribunal qui statue sur le plan.

1177 C. com., art. L. 631-19-1, al. 3.

1178 C. com., art. L. 626-2, al. 4. Concernant les licenciements pour motif économique en procédure de sauvegarde, il est fait application du droit commun. Sur cette procédure : v. not. R. Vatinet, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, n° 15, p. 9.

1179 L. Fin-Langer et Ch. Gailhbaud, « Les représentants du personnel et les plans », *in Les plans dans le livre VI du Code de commerce*, Actes du colloque organisé à l'Université de Caen le 10 avril 2015, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 92.

1180 Le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, est entendu par le tribunal lorsqu'il arrête un plan de cession en redressement judiciaire et en liquidation judiciaire : art. L. 631-22 et art. L. 642-5, al. 1er. Depuis l'ordonnance n° 2017-1386, cette prérogative aura vocation à être exercée par le comité social et économique.

1181 Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF n° 176 du 01 août 2014, p. 12666. La loi est allée plus loin en modernisant la société coopérative et participative (SCOP). Lors d'une reprise d'une entreprise en difficulté, c'est sous cette forme de société que les salariés reprennent l'entreprise. L'étude de leur offre par le tribunal sera appréciée comme les autres offres. Sur les SCOP : v. M. Keim-Bagot, « Le salarié coopérateur : le modèle de la SCOP », *D.* 2014, n° 6, p. 523.

1182 Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, art. 4.

1183 C. com., art., L. 631-13, al. 2.

Malgré quelques affaires médiatisées[1184], la reprise d'entreprises en difficulté par les salariés reste difficile en pratique[1185]. Deux séries d'obstacles sont à constater : d'une part, la première difficulté est d'ordre financier car les sociétés coopératives participatives (SCOP) sont des sociétés généralement fragiles, dont le capital social est fréquemment constitué des indemnités de licenciement des salariés, d'autre part, juridiquement, aucun socle textuel particulier n'envisage cette reprise. Du reste, les salariés ne sont pas toujours préparés à passer du statut de salarié à celui de salarié-associé. Partant, ce rôle d'acteur de l'entreprise reste exceptionnel[1186].

Si l'information et la consultation des salariés dans le traitement des difficultés de l'entreprise a été renforcée lors des dernières réformes, leur participation demeure cependant insuffisante au sein des négociations.

2. Les insuffisances liées à l'absence de participation effective

137. Une faible intégration des représentants du personnel au stade de la négociation de l'accord de conciliation. Dans le cadre d'une conciliation d'un débiteur n'ayant pas cessé ses paiements, les salariés semblent *a priori* peu concernés par la procédure[1187]. Cependant, c'est oublier qu'au-delà des sacrifices consentis par les créanciers, l'accord de conciliation peut prévoir un plan de réorganisation de l'entreprise. Les salariés peuvent, ainsi, être menacés de déplacement ou de licenciements ultérieurs. Ainsi, le déroulement de la conciliation peut déboucher sur des mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, ou les conditions d'emploi, pour reprendre les termes de l'article L. 2312-8, alinéa 2 du Code du travail relatif à l'information-consultation due sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise[1188].

1184 Les reprises de Seafrance ou de Scop Ti sont des exemples topiques de reprises d'entreprise par les salariés.

1185 L. Fin-Langer et D. Jacotot, « Les salariés, acteurs de la reprise d'entreprise en difficulté », *in La reprise d'entreprises en difficulté*, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, p. 58, spéc. p. 60.

1186 *Ibid.* Les auteurs énoncent que seules 5 % des SCOP concernent les entreprises en difficulté.

1187 Il en sera autrement si l'entreprise a cessé ses paiements depuis moins de 45 jours : C. com., art. L. 611-4.

1188 G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2018, 32e éd., n° 1294, p. 1542. Pour ces auteurs, « l'ouverture et le déroulement de la conciliation intéressent l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. […]. Dès lors, on voit mal comment l'employeur pourrait se dispenser d'informer et consulter le comité d'entreprise, sinon avant de soumettre sa requête au tribunal, du moins avant de consentir à un accord ». Ils considèrent également que l'article L. 611-9 du Code de commerce n'est pas une disposition spéciale réglant entièrement l'intervention des représentants du personnel en dérogeant à l'article L. 2323-6 du Code du travail.

La seule solution consistant à informer les représentants du personnel une fois l'accord homologué conclu[1189] a un intérêt limité pour ces derniers. En effet, une telle information paraît tardive, les mettant devant le fait accompli, mais surtout en contrariété avec les dispositions du Code du travail relatives aux mesures susceptibles d'intéresser l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entreprise[1190].

Certes, le tribunal prend en compte, dans une telle hypothèse, leur avis et peut remettre en cause l'accord si les intérêts en présence ne sont pas suffisamment protégés mais leur participation est indéniablement réduite à une peau de chagrin. Les détracteurs de cette approche avanceront qu'un tel droit à participation est peu compatible avec l'urgence et le caractère confidentiel des négociations[1191]. Cependant, la perte de confidentialité de la procédure est à nuancer puisque l'ensemble des salariés de l'entreprise ne sera pas averti en raison de l'obligation de discrétion[1192], combinée avec l'obligation de confidentialité[1193], pesant sur les membres du comité social et économique[1194]. En effet, la confidentialité de certaines informations confidentielles justifie qu'elles ne soient pas répercutées auprès de leurs mandants.

Du reste, les instances représentatives des salariés sont souvent en pratique informées des difficultés de l'entreprise, notamment lorsque le pouvoir d'alerte du comité social et économique est mis en œuvre[1195] ou encore lorsque le président du tribunal lui demande tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur et ses perspectives de règlement[1196].

1189 C. com., art. L. 611-8-1.

1190 A. Donnette, « Droit des entreprises en difficulté et droit du travail : tentative de clarifications », *in Prévention et procédures collectives : nouvelles réforme!*, *BJE* 01 mai 2014, n° 03, p. 203. V. *Infra* Chap. I, Titre II, Partie II, n° 290 et s.

1191 Cette critique est d'autant plus forte dans les grandes entreprises et pour les dossiers complexes où il est difficile de réunir les principaux créanciers dans de brefs délais.

1192 En droit du travail, l'obligation de discrétion pesant sur les membres des représentants du personnel exige une double condition, à savoir un caractère objectivement confidentiel et présenté comme tel par l'employeur : C. trav., L. 2325-5, al. 2. ; Soc. 12 juill. 2006, n° 04-47.558, note G. Auzero, *BMIS* 01 déc. 2016, n° 12, p. 1429. Sur le point d'équilibre entre le droit à l'information et la protection de l'entreprise contre la divulgation de certaines informations : M. Del Sol et C. Lefranc-Hamoniaux, « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *JCP S* 2008, n° 52, 1666. p. 16.

1193 C. com., art. L. 611-15.

1194 A. Lienhard, Sauvegarde des entreprises en difficulté : nouvelles pratiques issues de la réforme, Dalloz, coll. Delmas, 2e éd., 2007, p. 53.

1195 C. trav., art. L. 2312-63 à L. 2312-69.

1196 C. com., art. L. 611-6, al. 5.

Finalement, en raison des impératifs du droit du travail et de la nécessité d'obtenir, en conciliation, un large consensus, la proposition d'intégrer les salariés dans la négociation, semble envisageable.

138. La nécessité d'intégrer les représentants du personnel au stade de la négociation de l'accord de conciliation. Bien qu'en procédure amiable l'intervention des représentants du personnel apparaisse moins essentielle que les principaux créanciers pour redresser la situation, rien ne semble interdire dans les textes qu'ils interviennent activement dans les négociations. Il serait, dès lors, opportun que le conciliateur apprécie au cas par cas l'utilité d'une telle intégration au regard de la situation de l'entreprise. Plus encore, un représentant particulier pourrait être créé[1197], à l'instar du représentant des salariés présent en procédure collective[1198], en tant qu'intermédiaire entre les salariés et le tribunal.

Aux fins de consacrer une meilleure intégration des représentants du personnel dans la recherche d'une solution négociée, ceux-ci pourraient accepter de diminuer certains avantages, ou exceptionnellement consentir à des réductions de salaires. Une telle proposition est néanmoins complexe à mettre en œuvre car le dispositif dépendra de la source de l'avantage. Si l'avantage est contractuel, il faudra négocier avec chacun des salariés ; si l'avantage est conventionnel (s'il provient par exemple de l'accord collectif) alors il faudra un nouvel accord, un accord de révision, signé par des organisations syndicales représentatives ; enfin, si l'avantage est unilatéral, l'employeur pourra le dénoncer seul, après information des institutions représentatives des salariés. Quoi qu'il en soit, cette association précoce des représentants du personnel leur permettrait de contrôler que les intérêts des salariés ne sont pas atteints de façon disproportionnée au sein de l'accord de conciliation.

L'information limitée à l'accord de conciliation homologué pose également des difficultés lorsqu'un *prepack*-cession fait l'objet de la conciliation.

139. La non-intervention des représentants du personnel pendant l'élaboration du *prepack*-cession en conciliation. L'article L. 611-7 du Code de commerce prévoit depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 la préparation, en conciliation, d'une cession de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure collective, sans avoir

1197 Il pourrait éventuellement être désigné par les représentants du personnel.

1198 C. com., art. L. 621-4, al. 2. Le représentant des salariés vérifie notamment, en procédure collective, le relevé des créances nées des contrats de travail.

prévu l'avis des institutions représentatives du personnel[1199]. Les prérogatives des représentants du personnel retrouveront leur empire dès l'ouverture de la procédure collective, ce qui signifie que leur avis n'interviendra donc que sur des offres potentiellement déjà retenues. Le silence des textes du Code de commerce s'agissant de l'information-consultation des institutions représentatives du personnel au stade de la réception des offres par le conciliateur peut surprendre en raison des incidences sur l'activité et l'emploi qu'elles peuvent avoir. La disposition apporte donc une réponse insuffisante à la question de l'intervention des représentants du personnel dans le cadre d'une procédure de conciliation.

140. Un droit à participation des salariés encore peu effectif dans le cadre des plans. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 dispose : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Toutefois, cette dernière dimension du principe de participation est depuis longtemps négligée en droit positif[1200]. Les instances représentatives des salariés, en particulier le CSE, peuvent, certes, avoir connaissance d'informations essentielles et exprimer leur opinion, elles ne prennent que très rarement part à la décision finale qui relève du seul pouvoir de l'employeur[1201]. Les salariés n'ont, en effet, pas de pouvoir de décision et l'employeur n'est pas tenu de suivre l'avis qui suit la consultation. Il en est de même au sein des procédures collectives, issues du droit des entreprises en difficulté.

Certes, les droits des salariés ne sont pas inexistants. Les dernières réformes sont même venues augmenter les informations et les consultations à leur égard[1202]. L'avis des représentants du personnel est d'ailleurs nécessaire en cas de licenciements collectifs dans le cadre de redressement ou de liquidation judiciaire et notamment d'un plan de cession[1203]. Pour autant, on ne peut pas à proprement parler de participation effective des salariés au sein des négociations, leur position y demeurant marginale.

D'ailleurs, il est significatif que le déséquilibre des droits s'opère en faveur des créanciers, lesquels détiennent un pouvoir d'action collective au sein des comités des créanciers. La loi du 26

1199 Le texte prévoit uniquement l'avis des créanciers participants : C. com., art. L. 611-7, al. 1er.

1200 V. Fraissinier-Amiot, « La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? », *LPA* 16 mai 2008, n° 99, p. 6.

1201 *Ibid.*

1202 V. *Supra*, n° 132.

1203 C. com., art. L. 631-19, III, art. L. 641-4, al. 5 et art. L. 642-5, al. 5. Pour rappel, ces procédures de licenciements sont dérogatoires au droit commun du droit du travail, car en redressement et en liquidation judiciaire la situation est « urgente ».

juillet 2005 a en effet donné un pouvoir important aux créanciers privés réunis en comités en leur conférant la possibilité de négocier le plan mais surtout d'en bloquer l'issue[1204]. En ce sens, ils sont traités comme de véritables acteurs du traitement des difficultés de l'entreprise. Pour rétablir l'équilibre, un amendement avait été proposé lors des discussions sur cette loi[1205] en faveur de l'intégration des salariés au sein des comités à l'instar du droit américain. Les salariés auraient ainsi pu négocier, comme les créanciers « classiques », le projet de plan de réorganisation de l'entreprise[1206]. Après avoir été vivement débattue, la proposition a été rejetée. L'argument principal avancé reposait sur l'idée que les salariés devaient rester extérieurs aux comités pour qu'on ne leur impose pas un règlement[1207], voire qu'on les prive d'une partie de leur salaire[1208]. Une autre raison consistait à dire qu'ils étaient protégés par le super-privilège et le remboursement de l'AGS[1209]. Si le rejet de l'amendement était souhaitable car il était justifié par la protection des salariés[1210], l'absence d'intervention totale de ces derniers dans l'élaboration des plans est plus discutable.

Le refus du législateur de renforcer la place des salariés au sein des négociations des plans peut surprendre, notamment lorsque l'on sait que le tribunal conserve toujours le dernier mot. En effet, le contenu du plan et son volet social est négocié uniquement par les créanciers, hors la présence des représentants du personnel. L'intervention de ces derniers n'a lieu qu'à l'issue des négociations, au moment de la décision judiciaire d'arrêter le plan[1211]. Dans cette perspective, leur pouvoir consiste à défendre devant le juge que les intérêts des salariés ne sont pas suffisamment

1204 C. com., art. L. 626-30-2, al. 4. Dans le cadre de l'adoption du plan, la décision est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote.

1205 Amendement n° 366, Sénat, séance du 30 juin 2005, p. 4858.

1206 Doc. Sénat, séance du 30 juin 2005, intervention de M. Gautier, p. 4859 : « il importe, […], d'associer les salariés et les créanciers publics aux comités de créanciers : ils auront ainsi, de la même manière que les autres créanciers, le pouvoir de discuter et d'amender le plan de réorganisation qui leur est soumis par le chef d'entreprise. Leur pouvoir est tel qu'il importe que tous les créanciers soient représentés ».

1207 Doc. Sénat, séance du 30 juin 2005, intervention de M. Hyest, p. 4860.

1208 *Ibid.*

1209 Doc. Sénat, séance du 30 juin 2005, intervention de M. Hyest, p. 4862.

1210 On perçoit, d'ailleurs, difficilement comment les salariés pourraient imposer à une minorité de créanciers des remises de dettes par exemple.

1211 Ce point a également été discuté lors des débats parlementaires sur la loi de sauvegarde de 2005 : Doc. Sénat, séance du 30 juin 2005, intervention de M. Badinter, p. 4862 : « Les salariés ne sont présents dans aucun des deux comités de créanciers. Vous avez expliqué monsieur le rapporteur, pour quelles raisons, selon vous, leur présence au sein de ces comités leur serait défavorable. Mais alors, à quel moment leurs intérêts seront-ils pris en compte ? Il est vrai que les intérêts des salariés sont nécessairement pris en compte puisque ceux-ci sont considérés comme des créanciers par le tribunal » et la réponse du rapporteur, M. Hyest : « Le rôle du tribunal est de préserver, d'une manière équitable, les intérêts des salariés et des autres créanciers. Il est clair que, si le plan ne les respecte pas, le tribunal rejettera celui-ci ». M. Badinter poursuit : » Mais alors, le système n'aura plus rien de contractuel. ».

protégés dans le plan[1212]. Il reste qu'en pratique le tribunal entérinera fréquemment le volet social du plan, la discussion avec les salariés devant le juge arrivant trop tardivement[1213].

Une explication a été donnée en doctrine consistant à voir dans cette exclusion une volonté du législateur de renforcer exclusivement les droits des créanciers les plus puissants, soit les banques et les fournisseurs[1214]. En effet, il est permis de penser que le faible rôle joué par les salariés s'explique par la logique de l'économie de marché qui sous-tend le droit des entreprises en difficulté fondée sur la rentabilité des entreprises[1215]. Si la participation des salariés dans le traitement des difficultés reste limitée, c'est certainement en dehors du droit des entreprises en difficulté, au sein de la négociation collective offerte par le droit du travail, qu'ils trouveront d'autres moyens d'action. Il ne faut, à cet égard, pas négliger la force politique des salariés, pris en tant qu'acteurs collectifs. Dans l'affaire du journal *Libération*, les salariés avaient brandi la menace de la grève au cours des négociations pour faire peser sur les orientations du plan présenté par les repreneurs dans le cadre de la procédure de sauvegarde[1216].

141. L'adaptation nécessaire des règles du droit du travail au droit des entreprises en difficulté. La mise en place d'un droit du travail des procédures collectives est souhaitée depuis longtemps en doctrine[1217]. Adapter le droit du travail au droit des entreprises en difficulté permettrait d'offrir de nouvelles perspectives afin de favoriser le sauvetage des entreprises. Il s'agirait alors de réécrire les textes[1218] de manière complète et cohérente pour éviter la technique

1212 Sur la protection par le tribunal que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés : C. com., art. L. 626-31, al. 1er. Cette disposition s'applique aux salariés car ils peuvent être perçus comme une catégorie de créanciers.

1213 Ch. Hannoun, « Les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », *in Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, ss. la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 23, spéc. p. 29.

1214 *Ibid.*, spéc. p. 28 et 29.

1215 *Ibid.*, spéc. p. 34 à 37. L'auteur s'interroge d'abord : « la fonction du droit des procédures collectives n'est-elle pas finalement exclusivement indemnitaire et tributaire du marché ? » et « les logiques profondes […] ne seraient-elles pas en réalité toujours et, sous tous les régimes, les mêmes, à savoir restructurer et organiser le transfert des actifs ? », pour conclure ensuite : « on comprend mieux dès lors que dans cette logique propice à la circulation de capital et non au redressement, à aucun moment, comme il est d'usage, les salariés n'aient été invités à la table des négociations ». Dans le même sens : J.-L. Vallens, « Réflexions sur le thème : les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », *in Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, ss. la dir.de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 41, pour qui : « l'objectif des règles protectrices du droit du travail est différent de celui des règles des procédures collectives dans une économie de marché basée sur la rentabilité des entreprises ».

1216 Affaire citée par Ch. Hannoun, *art. cit.* , Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 23, spéc. p. 38.

1217 A. Boyer, Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre, PUAM, 2006 ; V. Leloup-Thomas et D. Jacotot, « Le droit social des entreprises en difficulté ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 76 ; L. Fin-Langer, « L'adaptation du droit du travail au droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2018, n° 1, p. 100.

1218 En ce sens, la CCI de Paris et d'Ile de France a élaboré une série de textes intégrant un chapitre entier du Code de commerce.

des renvois et la multiplicité des sources entre les dispositions du Code de commerce et du Code du travail notamment.

Dans l'attente d'un droit du travail des procédures collectives, l'adaptation de certaines dispositions du droit du travail aurait le mérite d'impliquer davantage les salariés, à travers leurs représentants, au déroulement du traitement des difficultés de l'entreprise. D'une part, il pourrait s'agir d'adapter les nouveaux moyens donnés à l'entreprise, par les ordonnances du 22 septembre 2017, de négocier avec les partenaires sociaux dans le cadre de la période d'observation[1219], notamment les accords de rupture conventionnelle collective ou les accords de performance collective. Les accords de rupture conventionnelle collective[1220] sont des accords collectifs définissant les conditions de rupture d'un commun accord de contrats de travail[1221]. La rupture est exclusive d'un licenciement ou d'une démission et n'est pas imposée par l'une ou l'autre des parties. La rupture conventionnelle collective se présente comme une alternative au licenciement pour motif économique en ce qu'elle permet la suppression d'emplois sans la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi[1222]. Elle favoriserait, en outre, la gestion prévisionnelle de l'emploi et l'adaptation aux évolutions de l'entreprise[1223].

L'accord de performance collective (APC) remplace, quant à lui, les accords de maintien de l'emploi[1224], de préservation et ou développement de l'emploi[1225] et de mobilité interne[1226]. Ces accords permettaient d'imposer leurs stipulations aux contrats de travail en cas d'acceptation des salariés intéressés[1227]. Le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail[1228] définit les conditions dans lesquelles un APC peut modifier certains éléments de l'organisation du travail, de la rémunération

1219 L. Fin-Langer, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2018, n° 1, p. 100.

1220 Accord collectif instauré par l'article 10 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail. C. trav., art. L. 1237-19 à L. 1237-19-14.

1221 R. Dalmasso, « La rupture conventionnelle collective : une chimère ? », *Dr. ouvrier* 2017, n° 832, p. 649 ; P. Morvan, « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.* 2018, n° 1, p. 26.

1222 G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2018, 32e éd., n° 496, p. 615.

1223 *Ibid*, n° 496, p. 614.

1224 C. trav., art. L. 5125-1, anc.

1225 C. trav., art. L. 2254-2, anc.

1226 C. trav., art. L. 2242-17, anc.

1227 Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.* 2018, n° 9, p. 694 ; B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018, n° 6, p. 504.

1228 L'article L. 2254-2 du Code du travail a fait l'objet de deux versions successives issues tout d'abord de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 et ensuite de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 de ratification de celle-ci.

des salariés ou de leur mobilité géographique ou professionnelle afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi.

D'autre part, il pourrait s'agir d'impliquer les représentants du personnel dans la recherche de la solution, aux différents stades essentiels de la négociation. Actuellement, cela passe classiquement par une information-consultation dans les conditions prévues par le Code du travail. Or elle a peu d'intérêt, dans ces circonstances, dans la mesure où la décision n'est pas prise par l'administrateur mais par le tribunal ou le juge-commissaire[1229]. Cette information-consultation pourrait dès lors être substituée par une « information-audition » devant le juge chargé de prendre la décision[1230]. Ce renforcement du rôle des représentants du personnel présente l'avantage de leur permettre de donner un avis éclairé sur le résultat des négociations. En revanche, plusieurs inconvénients en découleraient, puisque cela ralentirait le processus de décision et représenterait un coût supplémentaire[1231].

En définitive, les salariés n'ont qu'un simple pouvoir de contestation, à travers les voies de recours qui leurs sont données[1232], ce qui n'est pas sans les décourager en raison des aléas et du temps qu'une action en justice comporte. Avec les obligations d'informations et de consultations, il semble qu'ils ne sont que les simples « spectateurs » du processus négocié de traitement des difficultés de l'entreprise[1233].

B. La participation limitée de l'AGS

L'Association pour la gestion du Régime de Garantie des Créances des salariés (AGS) est un organisme patronal créé par la loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973, qui permet de garantir le paiement des créances salariales résultant de l'exécution d'un contrat de travail, dans le cadre d'une

1229 L. Fin-Langer, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2018, n° 1, p. 100.

1230 *Ibid.*

1231 Pour éviter d'aggraver le passif, un tel coût pourrait être supporté en tout ou partie par le comité d'entreprise ou, le cas échéant, par le comité social et économique s'il a déjà été mis en place.

1232 Les représentants du personnel peuvent notamment faire appel de la décision statuant sur l'arrêté du plan de sauvegarde ou du plan de redressement : C. com., art. L. 661-1, 6°.

1233 Sur cette idée que les salariés sont moins « acteurs » que « spectateurs » au sein des procédures collectives : Ch. Hannoun, « Les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », *in Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, ss. la dir.de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 23, spéc. p. 38 ; R. Blindauer, « Les salariés dans les procédures collectives, plutôt spectateurs qu'acteurs. Observations d'un avocat en droit social », *in Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, ss. la dir.de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 49.

procédure collective[1234]. À l'origine, cette garantie instituée à la suite de l'affaire *Lip*[1235] était une mesure au service des salariés à qui il était octroyé un minimum vital[1236]. Avec l'évolution de son régime, elle est devenue un instrument au service de l'intérêt général, contribuant au redressement des entreprises dans le cadre des procédures collectives[1237].

C'est ainsi que la garantie AGS s'est vue attribuer davantage de prérogatives afin de l'associer plus étroitement aux négociations des solutions à apporter aux difficultés de l'entreprise**(1)**. Pour autant, le législateur aurait pu aller plus loin. Il est donc envisagé de proposer un renforcement de sa participation au sein des négociations des plans **(2)**.

1. Les prérogatives de l'AGS

142. L'augmentation des consultations de l'AGS. L'ordonnance de 2014 prévoit d'associer plus étroitement l'AGS au traitement des difficultés des entreprises, avant même qu'elle ne soit appelée en garantie. Désormais, lorsque la procédure est ouverte à l'égard d'une l'entreprise dont le nombre de salariés est au moins égal à cinquante, l'AGS doit être consultée sur la désignation du mandataire judiciaire ou du liquidateur judiciaire[1238], le tribunal devant recueillir ses observations. Applicable en sauvegarde alors même que l'AGS n'intervient pas au titre de la garantie des salaires, cette règle lui permet d'être intégrée à la procédure collective dès son ouverture lorsqu'il existe des enjeux sociaux majeurs. Si en pratique, l'AGS ne propose pas systématiquement le nom d'un professionnel, il arrive fréquemment qu'elle propose la désignation d'un second mandataire judiciaire[1239].

143. La possibilité pour l'AGS d'être désignée contrôleur. L'AGS a également la possibilité d'être désignée comme contrôleur dès qu'elle en fait la demande[1240]. Avant l'ordonnance de 2014,

1234 Th. Météyé, « Le coin du praticien. Organisation et fonctionnement du mécanisme de la garantie », *in Entreprises en difficulté*, ss. la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, Droit 360°, 2012, n° 1154, p. 503. Sur l'étendue et le fonctionnement de la garantie : v. D. Jacotot, « Droit social et droit des entreprises en difficulté. Les créances salariales : un traitement particulier et protecteur », *in Entreprises en difficulté*, ss. la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, Droit 360°, 2012, p. 501 et s.

1235 En 1973, l'émotion suscitée par le sort des salariés de l'usine d'horlogerie *Lip* à Besançon a entraîné la création de l'AGS et d'un mécanisme de garantie du paiement des salaires et indemnités des salariés lors la faillite de leur employeur.

1236 Ph. Pétel, « Les critères de prise en charge de la garantie AGS : quarante ans d'évolution » in *L'AGS, 40 ans de solidarité et d'engagement au cœur des enjeux des procédures collectives*, *BJE* 01 nov. 2014, n° 06, p. 411.

1237 *Ibid.*

1238 C. com., art. L. 621-4, al. 5 et art. R. 621-2-1 ; Pour les RJ et LJ : C. com., art. L. 631-9 et art. L. 641-1.

1239 P. Rossi et V. Leloup-Thomas, « Les principaux acteurs/organes. Quels apports de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 ? », *CDE* 2015, n° 1, p. 49.

1240 C. com., art. L. 621-10, al. 2 ; Par renvoi : C. com., art. L. 631-9 et art. L. 641-1.

le juge-commissaire pouvait désigner un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui en faisaient la demande, à condition que l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et un autre parmi les créanciers chirographaires. Désormais, l'article L. 621-10, alinéa 2 du Code de commerce permet que soit désigné contrôleur un créancier public ou l'AGS en qualité de contrôleur de droit.

La procédure applicable à l'AGS est dérogatoire car le décret du 30 juin 2014[1241] a admis que sa désignation en tant que contrôleur puisse se faire avant le délai préfix de vingt jours, ce qui lui permet d'avoir connaissance d'informations dès les premiers jours suivant la date d'ouverture de la procédure. La question se pose de savoir si elle doit justifier d'une créance car certains considèrent que le contrôleur doit justifier de sa qualité de créancier. Puisqu'elle peut être désignée contrôleur dès l'ouverture de la procédure, il n'est pas nécessaire que l'on s'interroge sur la réalité de sa qualité de créancier[1242]. Partant, en consacrant des pratiques habituelles de l'AGS, le législateur a souhaité qu'elle ne soit plus « *une tirelire dans laquelle on peut puiser sans préalables* »[1243]. Elle n'est de ce fait plus reconnue uniquement comme « *une sorte de caisse de garantie* »[1244] mais comme un acteur essentiel des procédures collectives[1245].

2. Les propositions d'évolution

144. Les propositions d'intervention de l'AGS non retenues. Du point de vue de l'AGS, l'ordonnance de 2014 ne constitue pas la révolution attendue[1246]. Lors de la rédaction de l'ordonnance, l'idée a été évoquée de permettre à l'AGS d'intervenir au sein des procédures préventives, notamment en conciliation[1247]. Cette idée semble séduisante, en principe, lorsque

1241 Décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO n°0150 du 01 juill. 2014, p. 10834.

1242 La question s'était en effet posée de savoir si l'AGS devait justifier d'une créance. En n'appliquant pas le délai de vingt jours à son égard, il semble qu'il faille raisonner comme pour les ordres professionnels. En ce sens également : P. Rossi et V. Leloup-Thomas, *art. cit., CDE* 2015, n° 1, p. 49.

1243 A. Donnette, *«* Droit des entreprises en difficulté et droit du travail : tentative de clarifications *», in Prévention et procédures collectives : nouvelles réforme!*, *BJE* 01 mai 2014, n° 03, p. 203.

1244 Ph. Roussel Galle, *«* Vers une redéfinition du rôle de l'AGS ? *»*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 10.

1245 En avançant plus de 2 milliards d'euros par an, l'AGS mérite en effet d'être reconnue : P. Rossi et V. Leloup-Thomas, *art. cit.*, *CDE* 2015, n° 1, p. 49.

1246 Th. Météyé, *«* Le droit social des entreprises en difficulté ? Le point de vue de l'AGS *», in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 72.

1247 Ph. Roussel Galle, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 10.

l'entreprise ne peut pas financer ses licenciements car à ce stade l'intervention de l'AGS sera moins coûteuse qu'en redressement judiciaire[1248]. Toutefois, cette proposition a été vite abandonnée car, sur le plan pratique, il existe de nombreux obstacles à la mise en place d'une telle innovation. En effet, faire intervenir l'AGS en phase préventive risquerait d'inciter des entreprises à aller en conciliation dans le seul but de faire financer des plans sociaux[1249]. Or, pour éviter les abus, les tribunaux seront tentés d'être plus stricts concernant les ouvertures de conciliation, ce qui va à l'encontre de l'esprit de cette procédure. Au-delà de l'instrumentalisation de la conciliation, il n'est pas certain que les gains ainsi réalisés contrebalanceraient les coûts[1250]. Pour autant, une proposition similaire a été faite récemment en doctrine concernant la procédure de sauvegarde[1251] : « *il peut paraître regrettable qu'en sauvegarde, les mesures de restructuration sociale ne permettent toujours pas de bénéficier d'une procédure accélérée ni d'une couverture facile de la part des AGS* »[1252]. Toutefois, les mêmes remarques que pour la conciliation peuvent être émises. Une telle mesure faciliterait les réductions abusives d'effectifs et, par conséquent, les avances excessives de l'AGS.

Aussi, la réflexion peut être poursuivie sur une plus grande implication de l'organisme dans les procédures.

145. Les propositions d'implication de l'AGS dans le processus négocié. L'AGS a un rôle essentiel dans le traitement des difficultés d'une entreprise puisqu'elle garantit le paiement des sommes dues aux salariés conformément aux conditions fixées par le Code du travail. En conséquence, il convient de l'intégrer davantage aux négociations qui concernent le volet social. Quelques avancées sont donc envisageables.

D'une part, l'AGS pourrait devenir un acteur à part entière dans le traitement, afin de dépasser son rôle limité au versement des salaires. Déjà présente en tant que contrôleur, elle pourrait être plus active au sein des négociations lorsqu'il s'agit par exemple d'élaborer des plans de licenciements[1253]. Dotée des moyens et des compétences requises, l'AGS est à même de participer à la préparation de ces plans, ou à tout le moins à détenir un droit de regard sur leur

1248 *Ibid.*

1249 *Ibid.*

1250 *Ibid.*

1251 L'AGS intervient dans le cadre de la procédure de sauvegarde lorsque des licenciements ont lieu au cours de la période d'observation et relèvent du droit commun ou, plus rarement, après l'arrêté du plan.

1252 G. Teboul, « Le droit des entreprises en difficulté en réforme permanente : quelques pistes pour renforcer la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal.* 29 oct. 2015, n° 302, p. 4.

1253 Ph. Roussel Galle, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 10.

élaboration[1254]. Cette intégration permettrait notamment de diminuer les contentieux lourds et coûteux, générés par les incertitudes juridiques liées aux licenciements pour motif économique prononcés dans le cadre de procédures collectives.

D'autre part, l'article L. 1235-16, alinéa 2 du Code du travail prévoit qu'en cas d'annulation de la décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, une indemnité est versée aux salariés, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Or, dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, cette indemnité est à la charge de l'AGS alors même qu'elle n'a pas pu participer au plan de sauvegarde de l'emploi[1255]. Une faculté de prise de position sur l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi pourrait donc également lui être consentie.

Ainsi, acteur incontournable du traitement des difficultés d'une entreprise en participant sensiblement au redressement de l'entreprise, l'AGS pourrait intervenir plus activement dans les décisions intéressant l'emploi. Ainsi, l'instauration d'un dialogue plus en amont avec l'AGS est préconisée[1256].

Conclusion de la section. La place grandissante de la négociation en droit des entreprises en difficulté bouleverse les équilibres entre le rôle des acteurs de la défaillance d'une entreprise. Si certains se voient doter de prérogatives plus importantes, d'autres sont au contraire encore trop peu pris en compte par le législateur. Il en est, par exemple, ainsi des acteurs du traitement administratif des difficultés des entreprises. Les organes étatiques sont certes plus enclins à concevoir des sacrifices au sein des négociations des solutions de traitement mais aucune négociation directe des remises de dettes publiques n'est possible avec le débiteur. De même, les instances en charge de la médiation entre le débiteur et ses créanciers n'ont pas un régime unifié, source de difficultés. Enfin, la participation des salariés et de l'AGS dans le traitement négocié des difficultés est encore insuffisante malgré certaines avancées s'agissant de l'information-consultation des représentants du personnel ou de l'implication de l'AGS, notamment en tant que contrôle.

1254 *Ibid.*

1255 À la suite de la réforme du droit des entreprises en difficulté de 2014, le Directeur de la Délégation Unédic AGS, M. Thierry Météyé, proposait plus radicalement d'exonérer l'AGS de cette « pénalité » mise à sa charge.

1256 G. Teboul, *op.cit.*, *Gaz. Pal.* 29 oct. 2015, n° 302, p. 4.

Conclusion du Chapitre

Les intérêts mis en jeu par les difficultés d'une entreprise ne se réduisent pas à ceux du débiteur. Les difficultés de l'entreprise sont une source de préoccupation pour l'ensemble de la collectivité. En effet, le droit des entreprises en difficulté est un « *carrefour d'intérêts* »[1257] où se heurtent les intérêts de l'entreprise, des créanciers, des associés, des salariés, de l'État, etc. Le législateur a donc établi un classement entre eux, une hiérarchisation, qui tend aujourd'hui à évoluer. Les réformes successives sont venues rééquilibrer les différents rapports de force en présence. Ainsi, le plan fait aujourd'hui intervenir l'ensemble des parties prenantes, avec des degrés d'implication différents.

Le comité des créanciers apparaît comme l'instrument principal de négociation des créanciers privés mis en place par la loi de sauvegarde de 2005. L'ordonnance de 2014 poursuit cette logique d'implication de ces créanciers en leur permettant dans certaines hypothèses de proposer des projets de plan, soumis au tribunal, en concurrence avec celui élaboré par le débiteur.

Les associés voient, quant à eux, leur devoir d'actionnaire renforcé afin de les inciter, voire de les contraindre, à participer aux négociations. Il est ainsi prévu des mécanismes dérogatoires en matière de libération du capital social, de reconstitution des fonds propres et de l'exercice du droit de vote en assemblée générale.

Les récentes réformes s'inscrivent, donc, dans l'évolution, dont les jalons avaient déjà été posés, qui fait des créanciers privés les acteurs centraux du traitement négocié des difficultés des entreprises. Elle traduit donc une revalorisation du pouvoir d'action des créanciers au sein de la procédure[1258].

Certains acteurs vont donc pouvoir participer activement aux négociations afin d'apporter une réponse adéquate à la défaillance, tandis que d'autres, paraissent délaissés du processus négocié.

[1257] C. Saint-Alary-Houin, « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *in 3èmes rencontres jurisprudence-doctrine : échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives*, *BJE* 01 mai 2016, n° 3, p. 223.

[1258] M.-L. Coquelet, « Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? » in *Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance?*, Actes du Colloque organisé à l'Université Paris Nanterre le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 84, spéc. p. 86. Il est à noter qu'au temps du concordat, les offres concordataires étaient directement émises par le chef d'entreprise lui-même.

S'agissant des créanciers publics, ils sont de plus en plus incités à participer davantage au sauvetage de l'entreprise. Toutefois, lorsqu'il s'agit de remettre des dettes publiques, les négociations avec le débiteur sont inexistantes. Or, il convient que l'État accepte de participer à des négociations comme un créancier privé puisqu'il agit comme tel lorsque le débiteur ne peut payer, en appréciant le mérite d'un rééchelonnement ou d'un abandon de créance. Parallèlement au paiement des créances publiques, de nombreux organes comme le CIRI, les CODEFI, le médiateur du crédit ou le commissaire aux Restructurations et à la Prévention des difficultés des entreprises ont pour mission de chercher un terrain d'entente entre les parties, souvent en appui au mandataire *ad hoc*, dans le but d'organiser les restructurations à venir. Malgré un traitement administratif des difficultés efficace, il demeure faiblement encadré juridiquement.

L'intégration des représentants du personnel au sein du processus négocié constitue un pas important et audacieux en ce qu'il obligerait à prendre en compte la voix des salariés dans le traitement des difficultés de l'entreprise. Cependant, ce pas n'a pas encore été franchi par le législateur français. Depuis le constat d'un « divorce » entre le droit du travail et le droit des entreprises en difficulté[1259] et l'émergence d'un droit social des entreprises en difficulté[1260] qui peine à voir le jour, des réformes sont intervenues afin d'intégrer davantage les représentants des salariés à l'occasion du traitement des difficultés de l'entreprise, avec notamment le renforcement de leur information-consultation. Cependant, ceux-ci ne sont pas réellement associés au déroulement des négociations menant au traitement des difficultés de l'entreprise. Au même titre que les représentants du personnel, le rôle de l'AGS au sein des procédures a été réaffirmé par les récentes réformes. Toutefois, l'équilibre parfait entre les intérêts de tous les protagonistes du traitement des entreprises en difficulté ne semble toujours pas atteint au vu de sa faible implication à la négociation des plans.

Le déploiement du processus négocié au sein des procédures amiables et collectives s'est donc accompagné d'une redistribution des rôles entre les acteurs en faveur notamment d'une certaine catégorie de créanciers. Cette mutation implique également un changement de rôle de l'arbitre de ces intérêts contradictoires : le juge.

[1259] G. Teboul, *«* Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté *»*, *LPA* 02 janv. 2008, n° 1, p. 7.

[1260] Ph. Roussel Galle, *«* Vers une redéfinition du rôle de l'AGS ? *»*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 10 ; V. Leloup-Thomas et D. Jacotot, *«* Le droit social des entreprises en difficulté ? *»*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 76.

Chapitre 2. La rénovation de l'office du juge

L'office[1261] du juge est traditionnellement défini à partir de la *jurisdictio*[1262], à savoir le fait de trancher des litiges en disant le droit[1263]. Cependant, cette notion a évolué au fil du temps[1264] et recouvre aujourd'hui d'autres réalités[1265].

En droit des entreprises en difficulté, le juge s'écarte de son office traditionnel car, dans bien des cas, il ne tranche pas de litiges. Il détient une variété de fonctions : il organise, planifie une solution et a une mission sociale d'accompagnement, diluant ainsi le caractère proprement juridictionnel de son intervention[1266]. Par conséquent, le juge apparaît, à de nombreux égards, comme un gestionnaire[1267] ou un décideur[1268] des entreprises en difficulté. De plus, il statue généralement à la lumière de critères économiques et sociaux[1269]. La dénaturation de son office traditionnel ne fait donc pas de doute[1270]

Dans le Livre VI du Code de commerce, le traitement des difficultés des entreprises relève entièrement de l'autorité judiciaire. Le traitement strictement contractuel des difficultés des entreprises pouvant être un terrain propice aux abus, la sécurité juridique appelle donc l'encadrement judiciaire, y compris dans les procédures amiables. À cet égard, il convient de préciser qui est ce « juge » dans le traitement des difficultés des entreprises. Il s'agit des organes

---

[1261] Empr. au lat. *officium* : « fonction, devoirs d'une fonction; assistance, service ; devoir, obligation morale » qui désigna aussi dès le VIIe siècle les offices liturgiques, Dictionnaire de l'Académie française, Le trésor de la langue française informatisé, disponible en ligne.

[1262] V. not. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Thèmis Droit, 2013, spéc. n° 17 s., n° 30 s., n° 146 s. ; J. Normand, V° *Office du juge, in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 930.

[1263] « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » : CPC, art. 12, al. 1er.

[1264] J. Moury, « De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio (en droit judiciaire privé) », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 299.

[1265] H. Berliner, Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté, ss. la dir. de A. Pirovano, Th. Nice, 1990 ; Ph. Jeannerot, L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire, ss. la dir. de Y. Guyon, Thèse, Paris, 1992.

[1266] B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 222, p. 164.

[1267] A. Lyon-Caen et Q. Urban (ss. la dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006 ; G. Wiederkehr, « Le juge gérant », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 385.

[1268] P. Cagnoli, Essai d'analyse processuel du droit des entreprises en difficulté, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 281 et s.

[1269] Ce qui est « étranger » à la *jurisdictio* ; Ph. Pétel, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G* 1994, I, 3759.

[1270] Pour une analyse approfondie de la dénaturation de l'office traditionnel du juge en droit des entreprises en difficulté : B. Ghandour, *op. cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 221 et s., p. 163 et s.

juridictionnels du tribunal en charge du traitement de la défaillance des entreprises, lequel est le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance. Ils sont au nombre de trois : le président du tribunal, la formation collégiale[1271] et le juge-commissaire[1272].

La réforme du 26 juillet 2005, ainsi que les réformes suivantes, ont donné une plus grande place au débiteur et aux créanciers et réduit, en conséquence, le poids de l'appareil judiciaire[1273]. Si le législateur confère de plus en plus aux parties la maîtrise de l'organisation du règlement des difficultés, la pratique consulaire a su, elle aussi, faire œuvre utile en privilégiant les solutions consensuelles. Ainsi, en dépit de l'échec du règlement amiable, certains juges ont usé de mécanismes souples et amiables adaptés à chaque situation[1274]. Avec la crise immobilière, c'est plus précisément le Président du tribunal de commerce de Paris qui a favorisé la mise en œuvre de mandats *ad hoc*[1275]. Bien que réduite, l'intervention du juge ne semble pas totalement écartée par la prise en compte croissante des volontés individuelles. Il s'agit de privilégier la négociation sans évincer le juge, dont la présence demeure incontestablement souhaitable[1276]. Dès lors, comment intervient-il au sein des négociations et sur le produit qui en découle ?

Il existe, en effet, une tension entre la liberté contractuelle et le rôle dévolu au débiteur et à ses créanciers et le contrôle du juge qui subsiste malgré la promotion de la négociation dans les procédures amiables et judiciaires. Savoir comment le juge agit sur ces traitements, permet de constater qu'il détient toujours un rôle actif, lequel n'a donc pas été affecté par l'évolution de la matière. Il a d'ailleurs des prérogatives importantes lui permettant à la fois d'inciter les parties à s'accorder et de contrôler les négociations et leur résultat **(Section 1)**. Plus encore, l'analyse de ses

---

[1271] La formation collégiale est désignée par « le tribunal ».

[1272] Juge unique, délégué du tribunal de commerce, qui bien que faisant partie du tribunal, a un pouvoir propre.

[1273] V. *Supra*, Chap. I, Titre II, Partie I ; A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 10e éd., 2017, n° 25, p. 14.

[1274] J.-P. Marchi, « Une création originale du tribunal de commerce de Paris : le mandataire *ad hoc* », *Gaz. Pal.* 22 mars 1983, p. 123.

[1275] G. Bolard, « Administration provisoire et mandataire *ad hoc* : du fait au droit », *JCP G* 1995, I, 3882, p. 439. Le mandat *ad hoc* a en effet été consacré ultérieurement par la loi du 10 juin 1994.

[1276] V. *Infra*, Chap. II, Titre I, Partie II n° 232 et s. ; A.-M. Romani, « Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises », *in* Mél. A. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 173, spéc. p. 174.

pouvoirs reflète un autre mouvement touchant aux équilibres de la matière, celui de l'hybridation des procédures amiables et judiciaires **(Section 2)**.

Section 1. L'office du juge : de la promotion du dialogue à l'exercice du contrôle

L'intervention du juge a pour objectif de faciliter et de sécuriser la préparation et l'issue d'une solution négociée de traitement des difficultés d'une entreprise. L'analyse des moyens d'action du juge conduit à constater que c'est en phase préventive, en amont de l'ouverture de procédures collectives, qu'il intervient pour promouvoir le dialogue entre le débiteur et ses créanciers. D'ailleurs, cette mission est peu réglementée dans les textes. Cela s'explique aisément puisque ce sont les parties qui mènent les négociations, en présence d'organes spécialisés ; le juge n'a qu'une fonction « d'impulsion » à jouer **(§ 1)**. En revanche, il retrouve un rôle de premier plan dans les textes, aussi bien en procédure amiable que collective, lorsqu'il s'agit de protéger les parties et les tiers à l'accord. Le juge revêt, à cet effet, sa casquette de « contrôleur », plus contraignante **(§2)**.

§ 1 Favoriser le dialogue

Si la mission traditionnelle du juge consiste aux termes de l'article 12 du Code de procédure civile à trancher les litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, il lui revient également de concilier les parties, d'après l'article 21 dudit Code. L'exemple du droit des entreprises en difficulté est topique à cet égard. Le président du tribunal ou le tribunal n'y tranchent pas un litige entre deux parties mais traitent les difficultés d'une entreprise. Aussi, l'évolution du droit des entreprises en difficulté tend davantage à régler les difficultés de l'entreprise dans un climat apaisé.

L'instauration de procédés et procédures faisant une place importante aux négociations entre les parties prenantes a inévitablement recentré le rôle du juge, sur le terrain, vers la recherche d'un dialogue entre elles. Sans user de son *imperium*, le juge facilite la recherche d'accords entre le débiteur et ses créanciers, illustrant ainsi – en reprenant les figures du Doyen Ost[1277] - sa nouvelle fonction de « juge-entraîneur » **(A)**. En outre, au moyen du dialogue, il tente d'apaiser les tensions

1277 F. Ost, *«* Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur – Trois modèles de justice *», in Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, ss. la dir. de P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, 1983, p. 1, spéc. p. 46.

et d'éviter les éventuels blocages à l'accord, le rapprochant, cette fois, de la figure du « juge-pacificateur » **(B)**.

A. Un « juge-entraîneur »

146. Le juge de la défaillance, un « juge-entraîneur ». Le juge de la défaillance peut être perçu à certains égards comme un « *juge-entraîneur* »[1278] en ce qu'il donne, à l'instar d'un entraîneur d'une équipe sportive, une certaine dynamique à ses joueurs. Il anime, met en mouvement le jeu sans pour autant user de son pouvoir coercitif. Le dialogue instauré par le juge est donc un moyen d'inciter les parties à s'accorder. Cette forme originale d'intervention du juge, tranchant avec sa fonction traditionnelle, trouve en particulier une manifestation lors des entretiens au tribunal avec les chefs d'entreprise, ou le cas échéant avec les créanciers.

147. Le droit d'alerte du président du tribunal. Consacrant la pratique des juridictions[1279], la loi du 1er mars 1984[1280] a institué différents mécanismes d'alerte ayant pour but d'informer le débiteur en difficulté de faits de nature à compromettre la continuité de son exploitation. Dans ce cadre, il y a donc un seul « joueur » : le chef d'entreprise. L'objectif est de l'avertir et d'instituer une discussion, au préalable, au sein de l'entreprise, puis éventuellement un dialogue avec ses principaux partenaires afin de mettre un terme rapidement aux difficultés, avant la cessation des paiements. Renforcée par la loi du 10 juin 1994[1281] et celle du 26 juillet 2005[1282], la procédure d'alerte n'est pas

1278 *Ibid.*

1279 V not. J.-P. Haehl, « La consécration du droit d'alerte du président du tribunal de commerce », *LPA* 30 sept. 1994, n° 117, p. 13 ; J. Raibaut, « Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 73. Il est établi que les tribunaux de commerce ont modifié, en peu de temps, leur organisation pour donner une place importante à la prévention : juges spécialisés et délégués à la prévention, installation de cellules permanentes en relation avec les greffes, création de chambres de prévention spécialisées, etc.

1280 Loi du 1er mars 1984, art. 34.

1281 La loi du 10 juin 1994 a notamment élargi le domaine de la convocation en visant les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économique, ou les entreprises individuelles, commerciales ou artisanales (C.com., art. L. 611-2). Sous l'empire de la loi de 1984, seuls étaient concernés les dirigeants des sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique.

1282 La loi du 26 juillet 2005 permet au président du tribunal, à la suite de l'entretien ou si le dirigeant ne s'est pas rendu à la convocation, d'obtenir des compléments d'information par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement : C.com., art. L. 611-2, al. 2.

seulement déclenchée par le commissaire aux comptes[1283], par le comité d'entreprise[1284] ou par les associés[1285] mais elle l'est également par le président du tribunal[1286].

Il a ainsi d'abord été permis au président du tribunal de commerce de convoquer le dirigeant lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure que l'entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation et quelle que soit son importance[1287]. Ensuite, un ajout heureux a été fait par la réforme du 12 mars 2014 qui confère le même droit au président du tribunal de grande instance pour les entreprises agricoles, les professionnels indépendants et les personnes morales de droit privé non commerçantes[1288].

L'exercice de ce droit d'alerte est important en ce qu'il permet d'entamer le dialogue avec des chefs d'entreprise, lesquels ignorent souvent les moyens légaux mis à leur disposition. Sans prodiguer des conseils[1289], le président du tribunal suscite une prise de conscience chez le dirigeant, laquelle peut enclencher un processus de négociation avec ses partenaires. À cet effet, le président du tribunal se livre à un véritable exercice de maïeutique dans le dessein de faire sortir le débiteur de son isolement[1290]. Ainsi, certains juges affirment qu'à la suite de l'entretien avec le dirigeant, ce dernier ressort « différent », les difficultés avouées[1291].

1283 C.com., art. L. 612-3.

1284 Le comité d'entreprise a vocation à disparaître depuis les ordonnances Macron du 22 sept. 2017. Ses prérogatives sont appelées à être exercées par la nouvelle institution légale appelée « comité social et économique ». Sur le droit d'alerte économique : C. trav., art. L. 2312-63 à L. 2312-69.

1285 Pour les sociétés par actions et les SARL : C.com., art. L. 223-36, art. L. 225-232, art. L. 226-1 et art. L. 227-1, al. 3.

1286 C.com., art. L. 611-2.

1287 C.com., art. L. 611-2 et R. 611-10 et s. Le critère de convocation a été élargi par la loi du 10 juin 1994 puisqu'à l'origine l'article 34 de la loi du 1er mars 1984 exigeait que les comptes de l'entreprise fassent apparaître « une perte nette comptable supérieure à un tiers du montant des capitaux propres en fin d'exercice ». La loi de 1994 supprime, dans le même temps, l'exigence tenant à ce que les entreprises concernées n'atteignent pas les chiffres de 300 salariés et de 120 millions de francs de chiffre d'affaires.

1288 C.com., art. L. 611-2-1. L'ordonnance du 12 mars 2014 rectifie ainsi un oubli du législateur de 2005 concernant le pouvoir d'alerte du président de grande instance.

1289 Nous verrons dans de prochains développements que le juge ne doit pas donner de conseils aux chefs d'entreprise car une telle immixtion dans la gestion des affaires du débiteur dépasse sa mission et pourrait remettre en cause son impartialité : v. *Infra* n° 150.

1290 J.-B. Drummen, « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires », Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 54.

1291 Entretien du 9 juillet 2014 au tribunal de commerce de Nanterre avec Monsieur Chassaing, alors vice-président du tribunal de commerce de Nanterre.

Les entretiens ne sont pas uniquement des lieux d'écoute, ils permettent également au juge de révéler les « *forces utiles* » à la négociation[1292]. En amont, le juge peut percevoir, grâce à ces échanges, les intervenants susceptibles de parvenir à un accord satisfaisant. Finalement, les convocations permettent d'envisager des mesures pour redresser la situation. Dans cette perspective, par le dialogue, le juge donne une impulsion au débiteur vers la recherche de solutions avec ses partenaires, et éventuellement vers le consensus. On a pu ainsi qualifier le président du tribunal d'« *impulseur* »[1293] ou encore de « *catalyseur* »[1294].

Autrement dit, le président du tribunal ne s'ingère pas dans les affaires du dirigeant en lui ordonnant une solution. N'étant certainement pas un acte juridictionnel, ne pouvant être qualifiée ni de jugement, ni d'ordonnance, la nature de l'intervention du juge se rapproche sensiblement d'un acte d'administration judiciaire[1295]. Ce droit d'alerte conféré au président du tribunal illustre bien sa fonction de « *juge-entraîneur* »[1296].

Considérée comme marginale à l'origine[1297], l'alerte par le président du tribunal de commerce a connu un certain essor ces dernières années. Avant la loi de sauvegarde, de 1996 à 2004, les présidents des tribunaux de commerce, de Paris, Nanterre et Créteil, ont procédé à environ 37 000 convocations de dirigeants[1298]. En 2008, il était dénombré 5 476 convocations par an dans les principaux tribunaux franciliens[1299], équivalant environ au chiffre des ouvertures de procédures collectives[1300]. Ces chiffres n'ont cessé d'augmenter ces dernières années, l'année 2015 comptabilisant une augmentation de 30% par rapport à l'année précédente dans l'ensemble des tribunaux franciliens[1301].

1292 A. Jacquemin et B. Remiche, *Les magistratures économiques et la crise*, Coll. Crisp, Bruxelles, 1984.

1293 M. Armand-Prévost, « La conciliation judiciaire. Solution ou prévention des litiges », *RJ com.* 1994, n° 9-10, p. 341.

1294 M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, entreprises en difficulté*, Dalloz, Coll. Précis, 7e éd., 2007, n° 475, p. 296 .

1295 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 239, p. 137.

1296 *Ibid.*

1297 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 122.212, p. 228.

1298 C. Alexandre-Caselli, « Procédures de défaillance de prévention : données factuelles », *JCP E* 2005, n° 42, p. 1787, spéc. p. 1789.

1299 Tribunaux de commerce de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil.

1300 Pour 7 569 procédures collectives : La Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté (LOCED), fév. 2009, n° 33, p. 9.

1301 Tribunaux de commerce de Paris, Nanterre, Bobigny, Créteil, Meaux, Melun, Versailles, Evry et Pontoise. *LOCED* juill. 2016, n° 41, p. 11.

Bien que facultatif, le pouvoir de convocation offert au président du tribunal connaît un franc succès au sein des tribunaux de commerce[1302]. Si la « culture de l'anticipation » et du dialogue des juges consulaires est avérée[1303], l'expérience des juges du tribunal de grande instance est quant à elle moins relatée. À la différence de l'alerte du président du tribunal de commerce, attachée à son autorité et confortée par l'existence du greffe commercial, celle des tribunaux de grande instance est plus difficile à exercer[1304]. En effet, les juges n'ont pas la même « culture » que les juges consulaires en raison des différences de formation et ils ne disposent pas des mêmes informations[1305]. Quoi qu'il en soit, l'alerte est une technique intéressante permettant aux présidents des tribunaux d'entamer un premier échange avec les dirigeants d'entreprise en difficulté et favoriser ainsi une prise de conscience rapide. Elle est possible grâce aux informations détenues par le juge sur la situation de l'entreprise.

148. L'information du juge, essentielle pour enclencher un dialogue. Grâce aux importants pouvoirs d'investigation dont il dispose[1306], le président du tribunal semble pouvoir anticiper les contentieux et les blocages susceptibles de retarder le processus de négociation[1307]. Pour ce faire, l'information transmise au juge recèle un avantage évident. Elle provient notamment des nombreuses informations légales qui sont centralisées par les greffes des tribunaux de commerce. Le dirigeant d'une société commerciale doit, par exemple, déposer au greffe du tribunal les comptes annuels de la société[1308]. De plus, afin d'avoir une information fiable sur la santé de l'entreprise, le législateur[1309] a institué, pour les entreprises importantes, l'obligation d'établir des documents prévisionnels. L'alerte du président du tribunal peut également être provoquée par le déclenchement d'autres alertes, comme celles du commissaire aux comptes ou celle des représentants du personnel. Enfin, lors des convocations le juge recueille des informations

1302 Cette faculté est néanmoins variable d'une juridiction à une autre puisque chaque président détermine « sa propre politique préventive » au sein de sa juridiction : J. Raibaut, « Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 73.

1303 I. Rohart-Messager, « La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce », *Gaz. Pal.* 8 et 9 janv. 2010, n° 9, p. 5 ; J.-B. Drummen, « Les critères de solution du tribunal. Coercition ou persuasion », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 84.

1304 Th. Favario, « L'extension du domaine de l'alerte », *in Prévention et procédures collectives : nouvelle réforme !, BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 172.

1305 Les informations des présidents des TGI sont moindres car, hormis les inscriptions de privilège du Trésor ou des organismes de sécurité sociale, le greffe du TGI ne détient pas le dépôt des comptes : C. com. art., L. 232-24.

1306 V. not. C. com., art. L. 611-2.

1307 O. Tiquant, *La contractualisation des procédures collectives*, ss. la dir. P. Le Cannu, Thèse Paris, 1999, p. 414 ; Ch. Delattre, « Le pouvoir d'investigation du président du tribunal de commerce en matière d'alerte et de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 24.

1308 C. com., art. L. 232-21.

1309 Loi n° 84-148 du 1er mars 1984.

essentielles en interrogeant le dirigeant sur divers points concernant la situation de l'entreprise[1310]. Si une information lui apparaît obscure ou inexacte, il invite le chef d'entreprise à l'éclaircir[1311]. Par conséquent, il devance d'éventuelles difficultés à venir et permet de mettre en place un dialogue efficace. Au final, il anticipe les contentieux qui pourraient naître en raison d'un comportement déloyal du débiteur ou des créanciers.

149. Des entretiens peu réglementés. Hormis quelques textes[1312], la réglementation est limitée s'agissant des moyens d'action du président du tribunal dans le cadre des convocations. Il existe néanmoins une procédure à suivre. En effet, le président du tribunal fait convoquer par le greffier le dirigeant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et par lettre simple, avec une note jointe par laquelle il expose les faits qui ont motivé son initiative[1313]. À cet égard, certains préconisent que les documents comptables à apporter lors de l'entretien soient listés dans la lettre de convocation[1314]. Cependant, une telle obligation de constituer un dossier solide risquerait de dissuader les dirigeants de se rendre à l'entretien. La souplesse est de ce fait de rigueur afin de favoriser l'échange avec les chefs d'entreprise.

Dans cette logique, l'entretien avec le dirigeant se tient hors la présence du greffier[1315], de façon individuelle et confidentielle. Le président du tribunal mène librement l'entretien, à défaut de texte précisant son déroulement. Un texte prévoit cependant l'établissement par le président d'un procès-verbal à la suite de l'entretien[1316], mais celui-ci ne mentionne que la date, le lieu de l'entretien ainsi que l'identité des personnes présentes, ce qui exclut la teneur de ce qui a été dit.

150. L'importance de la personnalité du juge. Le succès de l'entretien est étroitement lié à la personnalité de celui qui le met en œuvre[1317]. Fondé sur le dialogue, voire sur de la psychologie, le

1310 Entretien du 9 juillet 2014 au tribunal de commerce de Nanterre avec Monsieur Chassaing, vice-président du tribunal de commerce de Nanterre.

1311 *Ibid.*

1312 C.com., art. L. 611-2 et L. 611-2-1 ; art. R. 611-10 à R. 611-17.

1313 C. com., art. R. 611-10.

1314 En ce sens : I. Rohart-Messager, « La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce », *Gaz. Pal.* 8 et 9 janv. 2010, n° 9, p. 5, spéc. p. 7.

1315 C. com., art. R. 611-11, al. 1er.

1316 C.com., art. R. 611-11.

1317 I. Rohart-Messager, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 8 et 9 janv. 2010, n° 9, p. 5 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 242, p. 138.

juge exerce une « *magistrature morale* »[1318]. Dit autrement, la technique de la convocation s'éloigne de la logique judiciaire[1319].

En outre, l'absence de précision concernant l'entretien permet au président du tribunal de ne pas se limiter à un rendez-vous unique, selon la situation[1320].

Partant, le président du tribunal n'intervient pas « *en tant que magistrat, mais plutôt en qualité de professionnel de la vie des affaires* »[1321]. Ainsi, le décalage entre la faible réglementation et la pratique est harmonieux et les résultats de la prévention, encourageants[1322].

Pour autant, le juge doit être prudent dans l'exercice de ces prérogatives afin qu'il ne donne pas de conseils[1323], lesquels relèvent du rôle de l'avocat[1324]. Sauf à remettre en cause son impartialité, le juge ne peut pas dans le même temps juger et conseiller[1325]. La frontière est pourtant ténue lorsque le juge suggère des orientations au dirigeant et lorsque qu'il prodigue des conseils[1326].

Globalement, la contrepartie du renforcement du rôle du président dans sa mission d'alerte est le respect du principe d'impartialité[1327]. S'il est intervenu au stade de la prévention, il ne doit pas

---

1318 C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 242, p. 138.

1319 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 239, p. 175.

1320 Afin d'éviter de passer de l'information au conseil, certains préconisent que le président du tribunal se limite à un seul entretien : I. Rohart-Messager, « La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce », *Gaz. Pal.* 8 et 9 janv. 2010, n° 9, p. 5, spéc. p. 8 ; Ch. Delattre, « La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 4, p. 18.

1321 J.-P. Haehl, « La consécration du droit d'alerte du président du tribunal de commerce », *LPA* 30 sept. 1994, n° 117, p. 13.

1322 Les convocations permettent aux chefs d'entreprise de prendre plus rapidement conscience de leurs difficultés et des moyens à leur disposition pour y remédier. Ainsi, ils peuvent être plus aisément incités à recourir aux procédés et procédures amiables et préventifs : J.-J. Daigre, « Le rôle du tribunal de commerce, bilan d'une enquête », *in* La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application, *JCP E* 1987, II, 15066, p. 625.

1323 J.-P. Haehl, *art. cit., LPA* 30 sept. 1994, n° 117, p. 13, spéc. p. 19.

1324 I. Rohart-Messager, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 8 et 9 janv. 2010, n° 9, p. 5, spéc. p. 8 : les conseils prodigués risqueraient d'être reçus par le dirigeant comme des assurances de réussite.

1325 B. Ghandour, *op. cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 239, p. 174.

1326 On peut à cet égard se référer au texte des convocations du tribunal de commerce de Nanterre : » Nous attirons votre attention sur le fait que l'entretien prévu a pour objet d'examiner avec vous et vos conseils si les difficultés apparentes que votre entreprise peut connaître sont réelles et, dans l'affirmative, vous orienter [nous soulignons] au mieux afin de les surmonter. Cet entretien est également destiné à vous permettre d'être informé de vos obligations et de vos responsabilités. Il a un caractère confidentiel dès l'accueil », cité par : I. Rohart-Messager, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 8 et 9 janv. 2010, n° 9, p. 5, spéc. p. 7. Le fait d'» orienter » peut aisément être assimilé à l'exercice de conseil.

1327 Ch. Delattre, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 4, p. 18. L'auteur énonce notamment une question écrite d'un député sur la prévention détection posée à Madame la Ministre de la Justice. La réponse ministérielle est sans équivoque : « […] son impartialité pourrait être mise en cause s'il était appelé à siéger dans une formation de jugement saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un débiteur dont la situation aurait été évoquée lors des réunions. Une saisine d'office du tribunal ou sur assignation de l'un des créanciers participant à de telles réunions seraient de nature à nourrir encore davantage une suspicion de partialité. Dans ces conditions, la participation du président du tribunal à des « cellules » de la nature de celles décrites par la question n'apparaît pas susceptible de

intervenir dans la composition du tribunal saisi pour statuer sur l'ouverture éventuelle d'une procédure[1328].

En somme, le juge, à la manière d'un entraîneur, alerte les dirigeants, par la voie du dialogue, dans le cadre d'entretiens librement conduits. Mais le juge intervient également lors des négociations lorsque des tensions sont évidentes et malmènent le processus vers l'accord. Il peut, à ce titre, être rapproché de la figure du « juge-pacificateur ».

B. Un « juge-pacificateur »

151. Le juge de la défaillance, un « juge-pacificateur »[1329]. Le droit des entreprises en difficulté est un droit doté d'une dimension psychologique importante[1330]. Les nouveaux dispositifs[1331] l'attestent puisqu'ils incitent les créanciers et le débiteur à participer aux solutions négociées plutôt que d'attendre une procédure où ils seront contraints de le faire[1332]. Au-delà de ces mécanismes ou procédures, le juge permet par sa personnalité, et plus généralement par son autorité, d'influencer les parties. Le juge de la défaillance n'a certes pas toujours de pouvoir sur les solutions à apporter[1333] mais, de façon informelle, il doit pouvoir apaiser les éventuelles dissensions apparues entre un débiteur et ses créanciers[1334]. En intervenant dans un climat de tension, il devient un « *fédérateur des*

s'inscrire dans le prolongement des missions dont celui-ci est investi, en application du livre VI du Code de commerce » : Question écrite n° 50929, JOAN 2 juin 2009, p. 5265 et Rép. Min, JOAN 11 mai 2010, p. 5356.

1328 En matière de pré-jugement, par exemple, lorsqu'il est porté à la connaissance du président du tribunal des éléments faisant apparaître que le débiteur est en état de cessation des paiements, le président en informe le ministère public par une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal. Dans ce cas, pour parer à la contestation de l'impartialité, le législateur interdit, sous peine de nullité, la participation au jugement de l'affaire du président à l'origine de la note : C. com., art. L. 631-3-1. Pour la liquidation judiciaire : C. com., art. L. 640-3-1.

1329 On reprend une fois encore la figure du doyen F. Ost : F. Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur – Trois modèles de justice », *in Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, ss. la dir. de P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, p. 1.

1330 Ph. Roussel Galle, « Le législateur psychologue », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, p. 2.

1331 Parmi eux, on songe à l'instauration des sauvegardes accélérées, l'institution des comités des créanciers ou encore le renforcement du cadre juridique de la conciliation avec notamment l'octroi de délais de paiement.

1332 Ph. Roussel Galle, *art. cit., Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, p. 2.

1333 Notamment en procédure amiable : J. Vallansan, « Le rôle du juge dans les procédures préventives », *in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 nov. 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 76.

1334 P. Drai, « Le monde des affaires et ses juges », *RJ. com.* 1990, n° 9-10, p. 329, spéc. p. 330.

volontés »[1335] des parties, avec le dialogue comme outil d'apaisement des conflits. Il apparaît en ce sens sous la figure du « juge-pacificateur ».

152. Débloquer des négociations en favorisant le dialogue. En phase préventive, par le biais des convocations, le juge n'est « *ni un conseil, ni un gendarme* »[1336], il doit être seulement à l'écoute[1337]. En revanche, en procédure amiable, le juge demeure « *témoin* »[1338] des négociations mais retrouve un rôle actif pour débloquer certaines situations. En effet, ce n'est véritablement qu'en cas de blocage, qu'il aplanit, en pratique, les difficultés apparues lors de l'élaboration d'un accord.

Déjà sous l'empire de la loi du 10 juin 1994, certains considéraient que la direction de la négociation était « *dualiste* »[1339], c'est-à-dire assurée principalement par le conciliateur et à titre secondaire par le président du tribunal. Les auteurs notaient, à cet égard, que le président déterminait la mission du conciliateur et intervenait en donnant son point de vue aux parties en cas de blocage[1340]. Un tel constat peut encore être fait aujourd'hui. Les négociations sont ainsi menées par les parties avec l'aide du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur, sous les auspices du juge.

Les textes du Code de commerce étant silencieux sur cette mission, c'est donc la pratique juridictionnelle qui y pourvoit. C'est en ce sens qu'un ancien président de tribunal de commerce[1341] a pu affirmer qu'en cas d'obstacles, en agissant dans le cadre de l'article 21 du Code de procédure civile[1342], le président du tribunal devient un « support » nécessaire à la mission du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur pour tenter de concilier les parties. De plus, bien qu'aucun texte ne lui confère la possibilité d'imposer aux parties de renégocier, il semblerait qu'en pratique il puisse les inviter à

1335 H.-J. Nougein, *«* Le juge de la prévention *», in Le juge de l'économie*, Actes du colloque organisé à La Baule les 8 et 9 juin 2002, *RJ. com.* 2002, n° spéc., n° 11, p. 30, spéc. p. 38.

1336 Ch. Delattre, *«* L'entretien de prévention de l'article L. 611-2, alinéa 1er, n'est pas un entretien de simple courtoisie car les enjeux sont importants *»*, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 23.

1337 J. Vallansan, *«* Le rôle du juge dans les procédures préventives *», in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 nov. 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 76, spéc. p. 78.

1338 Entretien du 9 juillet 2014 au tribunal de commerce de Nanterre avec Monsieur Chassaing, vice-président du tribunal de commerce de Nanterre.

1339 P. Le Cannu, J.-M. Lucheux, M. Pitron et J.-P Sénéchal, *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidations judiciaires*, GLN Joly, 1994, n° 192, p. 97.

1340 *Ibid.*, n° 193, p. 98.

1341 J.-B. Drummen, *«* Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires *»*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 54, spéc. p. 55.

1342 L'article 21 du Code de procédure civile énonce qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties.

le faire sur les points qui lui paraîtraient critiquables[1343]. Dans le cadre d'une conciliation, l'article L. 611-7, alinéa 4 du Code de commerce indique que le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes remarques utiles sur les diligences du débiteur. Dès lors, les négociations sont certes menées par les parties sous l'égide du conciliateur, mais informé de l'avancement des discussions[1344], le président du tribunal semble pouvoir réagir au compte-rendu du conciliateur. À cet effet, il convoque les minoritaires[1345] bloquant la conclusion de l'accord afin qu'ils lui exposent leurs motifs. Il facilite ensuite les négociations en suggérant éventuellement des orientations[1346]. Le président du tribunal s'éloigne, dans cette hypothèse, de la neutralité dont il doit faire preuve, en détection-prévention, lors des convocations du dirigeant, en amont de l'ouverture d'une procédure.

Débloquer une situation en favorisant le dialogue est une technique également utilisée par les autres juges chargés du traitement des difficultés des entreprises qui, dans leur bureau ou dans l'enceinte de la chambre du conseil, sont conduits à écouter les chefs d'entreprise et les créanciers. Ainsi, le juge-commissaire dépasse dans certains cas sa mission traditionnelle en recourant à la diplomatie. En effet, dans certaines situations, il écoute le chef d'entreprise lequel, incapable d'exercer ses fonctions, peut vouloir s'y raccrocher « *comme un noyé à sa bouée de sauvetage* »[1347]. Y compris dans les procédures collectives dans lesquelles la décision finale revient au tribunal, le « juge-sanctionnateur » fait place à « *un juge qui va aider à rechercher des solutions, qui, même lorsqu'il sera amené à les imposer, va rechercher le dialogue, l'adhésion* »[1348].

En termes brefs, s'il fait partie de son office en procédure civile, le rôle tutélaire du juge n'est pas explicitement prévu par le Code de commerce concernant le traitement des difficultés des entreprises. Cependant, la pratique révèle son efficacité, garantie notamment par les nombreuses informations qu'il détient sur la situation de l'entreprise et l'avancement des négociations.

1343 J.-E. Kuntz, *«* Titre Ier : De la prévention des difficultés des entreprises *», in La loi de sauvegarde article par article*, ss. la dir. de F.-X. Lucas et H. Lécuyer, *LPA* 8 fév. 2006, n° spéc., n° 28, p. 5, spéc. p. 14.

1344 À notre sens, en conciliation, la communication instaurée entre le président du tribunal et le conciliateur est essentielle. Les deux s'informent mutuellement des éventuels obstacles ou fraudes pouvant freiner le processus de négociation.

1345 Dans le cadre de la procédure de conciliation, l'unanimité des créanciers est exigée pour la conclusion de l'accord.

1346 J.-E. Kuntz, *«* Titre Ier : De la prévention des difficultés des entreprises *», in* La loi de sauvegarde article par article, ss. la dir. de F.-X. Lucas et H. Lécuyer, *LPA* 8 fév. 2006, n° spéc., n° 28, p. 5, spéc. p. 12.

1347 M. Armand-Prevost, *«* Le juge-commissaire *», in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Dalloz, coll. *«* Thèmes et commentaires *»*, 1995, p. 117, spéc. p. 130.

1348 G. Teboul, *«* Synthèse *»* in *Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 54.

En définitive, le juge intervient, en pratique, soit en phase de détection avec la mise en place d'entretiens, soit une fois la procédure ouverte pour désamorcer les obstacles. Sans que les textes lui fournissent des directives à cet égard, et grâce à son autorité, selon la situation, il donne l'impulsion des négociations ou pacifie les rapports entre le débiteur et ses créanciers. Ce rôle de « juge-entraîneur » et de « juge-pacificateur » va également de paire avec un rôle plus contraignant de contrôle. Le dialogue instauré par le juge pour faciliter la négociation a, en effet, pour complément le contrôle qu'il opère sur le déroulement de la négociation et sur son résultat.

§ 2 Exercer le contrôle

La liberté conférée au débiteur et à ses créanciers dans le soin d'organiser le redressement de l'entreprise, par la négociation, nécessite qu'un encadrement judiciaire soit mis en place. À défaut, une liberté totale laissée aux parties serait un terrain propice à la fraude et à la déloyauté[1349]. À cet effet, les figures du « juge-entraîneur » et du « juge-pacificateur » laissent la place à celle de « juge-contrôleur » ou de « *juge-arbitre* »[1350]. Loin d'être l'arbitre d'un litige, il s'assure que les intérêts en présence sont protégés. Aussi, convient-il de déterminer les différents moyens légaux conférés au juge pour qu'il exerce son contrôle tant sur le cadre des négociations **(A)**, que sur leur issue **(B).**

A. Le contrôle du cadre des négociations

Le contrôle judiciaire du cadre des négociations induit, tout d'abord, une appréciation par le juge des difficultés économiques de l'entreprise **(1)**. La sécurité juridique offerte au débiteur et à ses créanciers découle, ensuite, du contrôle judiciaire opéré sur les organes de la procédure et sur le déroulement de leur mission **(2)**.

1. Le contrôle de la situation du débiteur

153. La sécurité juridique des négociations. Une des tâches qui incombe au président du tribunal pour ouvrir une procédure, amiable ou collective, est celle de la vérification de la situation

1349 H.-J. Nougein, *art. cit.*, *RJ com.* 2002, n° spéc., n° 11, p. 30, spéc. p. 33.

1350 La figure du « juge-arbitre » est la troisième employée par le Professeur Ost : F. Ost, *op. cit.*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, p. 1.

de l'entreprise. En effet, il convient notamment d'éviter le risque que le débiteur ait minoré son passif, conduisant à l'échec des solutions envisagées.

En contrôlant la situation de l'entreprise, le juge garantit aux créanciers un cadre sûr des négociations[1351]. Ainsi, les créanciers sont assurés que leur intervention et leurs sacrifices ne seront pas fait pour une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise et dont le redressement est manifestement impossible[1352]. L'effet est incontestablement positif sur la confiance des créanciers, plus enclins au dialogue. En d'autres termes, le contrôle judiciaire effectué sur la situation de l'entreprise sécurise et favorise les négociations.

154. L'appréciation en opportunité des difficultés du débiteur. Si cette mission est plus aisée en procédure collective où il existe la déclaration des créances et leur vérification par un organe spécialisé[1353], sous le contrôle du juge-commissaire, en procédure amiable cette vérification peut s'avérer délicate. Le président du tribunal n'ouvre une procédure de conciliation qu'à la condition que le débiteur éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et qui ne se trouve pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours[1354]. Il est néanmoins difficile d'apprécier l'état de cessation des paiements avec exactitude. Monsieur le Professeur Soinne a pu regretter, après la promulgation de la loi de sauvegarde de 2005, qu'avec cette notion « *le législateur se défausse, pour l'essentiel, sur des juridictions consulaires* »[1355] alors qu'il est « *assez divinatoire de rechercher si l'état de cessation des paiements, éventuellement constaté, existe ou non depuis plus ou moins de 45 jours* »[1356].

La décision judiciaire ne repose donc pas sur une pure détermination juridique des difficultés puisque l'appréciation économique des difficultés d'une entreprise est factuelle. Autrement dit, le juge appréhende le fait économique pour décider, selon chaque situation, de l'ouverture d'une procédure[1357].

1351 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 230, p. 145.

1352 *Ibid.*, n° 310, p. 180.

1353 Déclaration des créances adressée par les créanciers au mandataire judiciaire : C.com., art. L. 622-24.

1354 C.com., art. L. 611-4.

1355 B. Soinne, « Brèves réflexions sur la nouvelle loi et son application au 1er janvier 2006 (Loi n° 2005-845, 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises) », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 3, p. 175, spéc. p. 176.

1356 *Ibid.*

1357 Le juge recherche une solution économiquement efficace. Par exemple, il retiendra l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire selon les chances de redressement de l'entreprise.

Du reste, l'appréciation de la situation de l'entreprise est facilitée par les larges pouvoirs d'investigation du juge.

155. Les larges pouvoirs d'investigation du juge. Le président du tribunal dispose de larges pouvoirs d'investigation dans l'ensemble des procédures. En amont de l'ouverture d'une procédure, nombre d'acteurs lui dresse un rapport de la situation de l'entreprise[1358]. Par exemple, l'administrateur judiciaire, avec le concours du débiteur et éventuellement l'assistance d'experts, est chargé de dresser dans un rapport le bilan économique et social de l'entreprise[1359]. Après l'ouverture de la procédure de conciliation[1360], et comme peuvent le faire le tribunal et le juge-commissaire[1361] à la suite de l'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, il exerce ses pouvoirs d'investigation auprès de nombreux tiers. Le président du tribunal peut, en effet, obtenir communication d'informations par le greffe, par les commissaires aux comptes, les experts-comptables, les notaires, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociales, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement[1362].

Par ailleurs, la connaissance de la situation de l'entreprise peut être renforcée par l'information donnée par le ministère public. Il est effectivement possible qu'il détienne des informations sur la santé financière du débiteur dont la transmission au président du tribunal sera essentielle pour un traitement des difficultés le plus en amont possible. En ce sens, il peut faciliter une solution négociée en fournissant ou en complétant des informations à cette fin[1363].

1358 S'agissant des moyens de détection des difficultés des entreprises du président du tribunal : C. com. art., L. 611-2.

1359 C. com., art. L. 623-1.

1360 C. com., art. L. 611-6, al. 5.

1361 C. com., art. L. 623-2 et L. 631-18, al. 1er.

1362 Notons à cet égard l'ajout heureux à la liste de tiers par l'ordonnance du 12 mars 2014 : à l'article L. 623-2 du Code de commerce, sont ajoutés les notaires et les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique. En procédure de conciliation, ces personnes sont également citées par l'article L. 611-6, al. 5 modifié. Une lacune du système antérieur a, par ailleurs, été rectifiée par l'ajout des experts-comptables. Contrairement à la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, le texte relatif à la conciliation ne permettait pas au président du tribunal d'interroger ces professionnels du chiffre. Une telle restriction (ou était-ce un oubli du législateur) était surprenante lorsque l'on sait que de nombreuses sociétés ne sont pas dotées de commissaires aux comptes.

1363 M.-A. Lafortune, « Le ministère public et l'entreprise en difficultés », *LPA* 12 janv. 1994, n° 5, p. 20.

Contrairement à la procédure de sauvegarde[1364] et de redressement judiciaire[1365], il n'existe pas de texte en procédure amiable sur la transmission d'informations par le ministère public. Cependant, la pratique de certains tribunaux de commerce révèle une implication fréquente au déroulement du mandat *ad hoc* et de la conciliation[1366]. Les différentes informations obtenues permettent dès lors au juge d'avoir une image précise et fiable de l'entreprise.

Que l'on se place lors d'une procédure amiable ou d'une procédure collective, le président du tribunal et le juge-commissaire veillent à leur propre information et à la circulation des informations entre les différents intervenants à la procédure. Bien que n'étant pas au cœur des débats pendant l'élaboration d'accords, le juge est tout de même à la source de l'information, ce qui lui permet de contrôler la situation du débiteur. Il contrôle également les différents organes de la procédure, présents dans le cadre des négociations.

2. Le contrôle des organes de la procédure

156. La nomination des organes de la procédure. En droit des entreprises en difficulté, le juge ne met pas fin à un litige. Le juge a une mission finalisée[1367], orientée vers l'avenir, lorsqu'il envisage le sauvetage ou la liquidation d'une entreprise. À cette fin, il est amené à organiser ce futur : le juge se fait alors « organisateur »[1368]. Dès l'ouverture de la procédure, il nomme les organes qui la mèneront et fixe l'étendue de la mission de certains d'entre eux lorsque cela est prévu par la loi[1369].

Les organes de la procédure sont des auxiliaires de justice, c'est-à-dire « *des personnes qui, sans être investies par l'État de la fonction de juger, sont appelées à participer à l'administration de la justice en apportant leur concours aux juges et aux parties* »[1370]. Ils agissent pour assurer le bon fonctionnement de la

1364 C. com., art. L. 621-8, al. 2.

1365 C. com., art. L. 631-9, al. 1er.

1366 Pour l'exemple du tribunal de commerce de Marseille : V. M. Cimamonti, « Le rôle du Parquet », *in La prévention des difficultés des entreprises –Analyses des pratiques juridiques*, Actes du colloque organisé à l'Université Aix-Marseille III les 25 et 26 mars 2004, PUAM, 2004, p. 135.

1367 La procédure collective poursuit une finalité imposée par le législateur : le traitement des entreprises en difficulté : O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, ss. la dir. de J. Miguet, Th. Toulouse I, 1995, n° 241, p. 234 ; Partant, le président du tribunal, ses délégués ainsi que le juge-commissaire sont « les agents d'exécution d'une législation finalisée » : P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2002, n° 15, p. 11.

1368 P. Cagnoli, *op. cit.*, LGDJ, 2002, n° 311, p. 248 et s.

1369 L'arrêté d'un plan, le constat ou l'homologation d'un accord de conciliation sont également des illustrations marquantes de la fonction organisationnelle du juge.

1370 R. Perrot, Institutions judiciaires, Montchrestien, 2000, n° 402, V. Plus récent.

procédure. On désigne notamment par « organes de la procédure », le mandataire *ad hoc*, le conciliateur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, le représentant des salariés, le liquidateur judiciaire, le mandataire à l'exécution de l'accord et le commissaire à l'exécution du plan.

La nature de l'intervention des mandataires *ad hoc* et des conciliateurs favorise le rapprochement entre les parties en vue de l'adoption d'un accord[1371]. En effet, leur intervention ne remet en cause ni la liberté de gestion des dirigeants, ni la confidentialité des difficultés[1372]. Leur nomination par le président du tribunal[1373] est importante car pour obtenir la pleine confiance du débiteur et des créanciers, l'impartialité de ce tiers doit être totale. La présence d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur impartial assure en effet aux parties qu'aucune personne ne sera avantagée au détriment d'une autre. Pour ce faire, le choix du président est primordial. Le législateur de 2005 a d'ailleurs renforcé l'impartialité de ces organes au vu des incompatibilités prévues à l'article L. 611-13 du Code de commerce[1374].

Si le choix du président est libre, depuis 2005 le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire *ad hoc* et d'un conciliateur. De même, selon l'article L. 611-6, alinéa 4 du Code de commerce, il « *peut récuser le conciliateur* »[1375]. Bien que cette disposition précise que la possibilité de récusation est octroyée au débiteur « *dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'État* », il aurait été préférable de préciser que le débiteur « *peut demander au tribunal* » la récusation, afin de ne pas confondre la faculté de demander la récusation avec la possibilité de récuser en elle-même. Le président de la juridiction a, en effet, un droit de regard sur cette demande au vu des conditions posées à l'article R. 611-27 du Code de commerce.

1371 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 178, p. 121.

1372 *Ibid.*, n° 179, p. 121.

1373 Pour le mandat *ad hoc* : C. com., art. L. 611-3, al. 1er. Pour la conciliation : C.com., art. L. 611-6, al. 2.

1374 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 31 et s.

1375 Concernant le mandataire *ad hoc*, les textes ne prévoient pas sa récusation par le débiteur mais ce dernier peut demander au président du tribunal de mettre fin à sa mission : C.com., art. R. 611-21.

Au sein des procédures collectives, il revient au tribunal de désigner un mandataire judiciaire et un administrateur judiciaire[1376] pour lesquels la loi pose des conditions strictes d'accès à la profession[1377] et énumère les incompatibilités[1378].

La nomination des organes par le président du tribunal ou par le tribunal participe donc à sécuriser le cadre des négociations. Par ailleurs, il contrôle le déroulement de leur mission.

157. Le contrôle judiciaire de la mission des organes de la procédure. Au-delà de la nomination d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur, le président du tribunal n'a pas de réel rôle dans la mesure où ce sont les parties, débiteur et créanciers, qui maîtrisent les négociations. Sauf à favoriser le dialogue, une fois le professionnel nommé, le juge n'a plus de pouvoir sur les solutions à trouver[1379]. Cependant, si dans le cadre des procédures amiables, il n'a pas de véritable pouvoir de « *décideur* », il demeure un « *contrôleur* »[1380]. En effet, il contrôle la bonne exécution de la mission confiée au tiers.

Un tel contrôle est prévu par les textes en conciliation puisque l'article L. 611-7, alinéa 4 du Code de commerce énonce que « *Le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur* ». Par ailleurs, l'ordonnance du 12 mars 2014 est venue rapprocher l'accord de conciliation du plan de sauvegarde ou de redressement en permettant désormais au président du tribunal[1381] ou au tribunal[1382] de nommer un mandataire à l'exécution de l'accord, chargé de leur présenter un rapport en cas de difficultés faisant obstacle à sa mission[1383].

En revanche, en raison de la souplesse souhaitée pour le mandat *ad hoc*, le législateur n'a pas prévu de dispositions à cet effet. Cependant, la pratique révèle que dans de nombreuses affaires,

---

1376 C. com., art. L. 621-4 (sauvegarde), C. com., art. L. 631-9 (redressement judiciaire) et C.com., art. L. 641-1, II (liquidation judiciaire).

1377 Pour les mandataires judiciaires : C. com., art. L. 812-2 à L. 812-3 ; Pour les administrateurs judiciaires : C. com., art. L. 811-2 à L. 811-5.

1378 Pour les mandataires judiciaires : C. com., art. L. 812-8 à L. 812-8-1 ; Pour les administrateurs judiciaires : C. com., art. L. 811-10.

1379 J. Vallansan, *«* Le rôle du juge dans les procédures préventives *», in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 nov. 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 76, spéc. p. 78.

1380 H.-J. Nougein, *«* Le juge de la prévention *», in Le juge de l'économie*, Actes du colloque de La Baule les 8 et 9 juin 2002, RJ com. 2002, n° spéc., n° 11, p. 30, spéc. p. 37.

1381 Le président détient cette faculté lorsqu'il constate l'accord de conciliation.

1382 Le tribunal détient cette faculté lorsqu'il homologue l'accord de conciliation.

1383 C. com., art. L. 611-8, III.

le mandataire *ad hoc* informe le président de l'exécution de sa mission en lui rendant un rapport[1384]. Dans certains tribunaux, les mandataires *ad hoc* ont pour pratique de remettre un rapport contenant leurs premières observations un mois après leur mission[1385]. Bien que les textes soient silencieux sur ce point, le contrôle judiciaire sur le déroulement de la mission du mandataire *ad hoc* est inévitable puisque la technique du mandat *ad hoc* peut être perçue, à certains égards, comme judiciaire. En effet, le mandataire *ad hoc* tient ses pouvoirs du président du tribunal qui définit sa mission dans une ordonnance notifiée par greffier[1386]. Ainsi, les tribunaux veillent à ce que la mission n'ait pas une durée excessive et à ce que les mandataires *ad hoc* leur fassent un rapport périodiquement[1387]. Les créanciers sont, donc, assurés que si aucune solution amiable n'est envisageable, la mission du mandataire *ad hoc* ne se prolongera pas inutilement.

En procédure collective, le contrôle du juge sur la mission des organes au cours du déroulement des négociations appelle peu de développements car il est incontestable qu'il y joue un rôle important en ce qu'il assure la direction générale de la procédure. À ce titre, il contrôle les organes de la procédure et décide du sort de l'entreprise[1388]. Avec la loi du 25 janvier 1985, la masse des créanciers disparaît et la procédure est tout entière placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire[1389]. Alors même qu'une place importante est faite à la négociation depuis la réforme, le juge détient des pouvoirs accrus : il ouvre les procédures, nomme, remplace les organes, définit leur rôle et en autorise des actes graves. Malgré la place grandissante faite à la négociation en procédure collective, le juge demeure le « *grand maître de la procédure* »[1390].

Au-delà du contrôle effectué sur le cadre des négociations au sein des procédures amiables et collectives, le juge détient d'importants pouvoirs sur leur résultat.

1384 B. Jadaud, *« Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire ad hoc », in Prospectives du droit économique*, Mél. M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 411, spéc. n° 10, p. 416.

1385 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 336, p. 190.

1386 C. com., art. R. 611-19, al. 2.

1387 CA. Pau 15 juill. 2010, n° 08/03319, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 168, p. 36, obs. Ch. Delattre.

1388 Ph. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, Cours Dalloz, 8e éd., 2014, n° 123, p. 65.

1389 M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, HyperCours, 6e éd., 2017, n° 13, p. 10.

1390 H. Berliner, Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté, ss. la dir. de A. Pirovano, Th. Nice, 1990, p. 26 ; Y. Guyon, Droit des affaires. Tome 2. Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, Paris, Economica, 9e éd., 2003, n° 1152 ; E. Balemaken, Le juge et le sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit OHADA et en droit français, ss. la dir. de P. Crocq, Thèse, Paris II, 2013, n° 309, p. 128.

B. Le contrôle du résultat des négociations

Le contrôle du juge est également opéré à l'issue des négociations, et plus précisément sur le contenu de l'accord. Le législateur lui octroie de nombreux moyens d'action pour veiller à la préservation des différents intérêts en présence **(1)** et entériner l'accord des parties afin de lui conférer des effets exécutoires **(2)**.

1. La préservation des intérêts en présence

158. Le juge de la défaillance, un « juge-arbitre » des intérêts en présence. Le droit des entreprises en difficulté est une matière où sont défendus différents intérêts. En assurant l'expression de l'ensemble des intérêts concernés par la défaillance d'une entreprise, la notion de « droit subjectif » s'efface au profit de celle « d'intérêt »[1391]. L'intérêt serait d'après Madame la Professeure Martin-Serf : « *ce que chacun poursuit dans une opération (instance, convention) et ce que chacun doit respecter chez l'autre (si l'intérêt est légitime)* »[1392].

Il y a, tout d'abord, les intérêts du débiteur, personne physique ou personne morale. Il y a, ensuite, les intérêts des créanciers, extrêmement nombreux[1393]. Aussi, il est principalement question, derrière le sauvetage d'une entreprise en difficulté, de l'intérêt des salariés. Enfin, le traitement de la défaillance est principalement guidé par la protection de l'intérêt général. Il peut s'entendre ici de l'intérêt social ou encore d'un intérêt national ou régional à protéger[1394].

Assurément, c'est surtout à l'intérêt de l'entreprise[1395] que l'on songe lorsque l'on évoque le droit des entreprises en difficulté. Jusqu'en 1967, aucune distinction n'était faite entre l'homme et

1391 P. Cagnoli, *op. cit.*, LGDJ, 2002, n° 12, p. 8 et 9.

1392 A. Martin-Serf, « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires », Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, Gaz. Pal. 26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 9.

1393 On rencontre en droit de la défaillance tout type de créanciers : créanciers privés, créanciers publics, créanciers chirographaires, créanciers titulaires de sûretés, etc.

1394 R. Houin, « Rapport de synthèse », *in* Actes du colloque organisé à l'Université des Sciences sociales de Toulouse les 6, 7 et 8 fév. 1986, Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1986, p. 343, spéc. p. 344.

1395 Non définie par la loi, « l'entreprise » demeure une notion floue. Sur les difficultés à cerner juridiquement cette notion : A. Solal, « Les difficultés d'une construction juridique de l'entreprise : test de l'efficacité de nos procédés de connaissance juridique », *RTD com.* 1971, p. 617. Pour une définition de l'entreprise au sens économique : v. J. Paillusseau, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, p. 98, spéc. p. 103 : pour cet auteur, l'entreprise n'est ni un sujet de droit, ni un objet de droit. C'est un objet d'organisation juridique. Plus précisément, l'auteur énumère plusieurs caractéristiques de l'entreprise. Nous ne citerons que les principales : 1° C'est une activité économique ; 2° C'est un ensemble de moyens humains et matériels affectés à la conduite et à la réalisation de cette activité ; 3° C'est un centre de décision et de pouvoir ; 4° C'est une communauté humaine organisée ; 5° C'est un centre d'intérêts ; 6° C'est une organisation complexe de production, de distribution et de gestion.

l'entreprise. Cette distinction, apparue avec la loi du 13 juillet 1967, marque un tournant dans le droit de la faillite, lequel se tourne désormais vers les intérêts de l'entreprise, plutôt que de voir le débiteur comme un individu malhonnête à sanctionner[1396]. Ce droit devient un droit économique tourné vers l'avenir de l'entreprise au lieu de « régler ses comptes » avec le passé[1397].

L'intérêt de l'entreprise constitue une variété d'intérêts collectifs[1398]. Elle est à cet égard une « *sorte d'entité qui sert de cadre à ce carrefour d'intérêts* »[1399]. En effet, l'une des caractéristiques principales de l'entreprise est qu'elle est le « véhicule » permettant de mener une activité économique. Or si l'activité régresse, la plupart de ces intérêts sont indubitablement en danger. La préservation de l'activité de l'entreprise est donc au cœur du dispositif législatif[1400]. On mesure, par conséquent, le rôle essentiel des juges qui devront faire des choix et distinguer les entreprises susceptibles d'être sauvées de celles qui ne pourront l'être.

En termes brefs, l'objectif de conciliation des différents intérêts poursuivi par le législateur doit être exécuté par les organes judiciaires en charge de la défaillance – certains représentent même des catégories d'intérêts[1401] – et notamment par les juges, qui apparaissent alors comme les garants de la protection des intérêts en présence.

Si c'est aux mandataires de justice qu'il revient la tâche de gérer les conflits entre les différents intérêts, voire de négocier des accords[1402], il appartient au juge d'en contrôler le résultat en prenant en compte l'intérêt de l'entreprise, les intérêts des créanciers et ceux des tiers.

159. Les dispositions légales qui confèrent la mission de préservation des intérêts. En premier lieu, il entre expressément dans les fonctions du juge-commissaire de protéger les intérêts

1396 À cet égard, la loi du 13 juillet 1967 prévoit que le tribunal doit faire un choix entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens en se fondant sur l'avenir financier de l'entreprise. L'appréciation ne porte plus sur la malhonnêteté du débiteur, mais sur les perspectives de redressement de l'entreprise. Cependant, le paiement des créanciers demeure la finalité première du législateur.

1397 A. Martin-Serf, *«* Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires *»*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 9, spéc. p. 11.

1398 A. Martin-Serf, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 9, spéc. p. 12. L'auteur rappelle ainsi que l'entreprise est le point de rencontre de nombreux intérêts comme ceux des associés, des salariés, de l'administration fiscale, des fournisseurs, des clients, etc.

1399 R. Houin, *art. cit.*, Annales des Sciences sociales de l'Université de Toulouse, 1986, p. 343, spéc. p. 344.

1400 J. Paillusseau, *«* Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit *»*, *D.* 1997, p. 98, spéc. p. 103.

1401 Il y a, entre autres, les représentants des salariés ; les mandataires judiciaires qui représentent les intérêts des créanciers.

1402 G. Bolard, *«* Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires *»*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 178, p. 112, spéc. p. 113.

en présence[1403]. C'est avec la loi du 25 janvier 1985 que le juge-commissaire accède à cette mission générale[1404]. Si la protection des intérêts en présence est désormais visée par les textes, la « *fonction arbitrale* »[1405] du juge-commissaire n'est pas nouvelle[1406]. Honoré de Balzac évoquait le caractère « schizophrénique » du juge jonglant avec des intérêts contraires : « *au lieu d'être l'homme des créanciers*, [il] *peut devenir l'homme du débiteur* […] *; il ménage donc la chèvre et le chou* »[1407].

En second lieu, certaines dispositions permettent au juge de contrôler que des intérêts ne sont pas lésés dans le cadre d'accords de conciliation ou de plans.

En conciliation, le tribunal qui statue sur une demande d'homologation d'un accord de conciliation est tenu de vérifier que ce dernier ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires[1408]. Il est tenu de contrôler la conformité de l'acte juridique aux règles juridiques et le respect de l'ensemble des intérêts en présence. Le juge peut donc rejeter la demande d'homologation s'il considère, selon son appréciation souveraine des faits, que l'accord ne permet pas un traitement équilibré des difficultés. À cet égard, il a la faculté d'entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile[1409].

En sauvegarde et en redressement, le tribunal doit arrêter le plan, sauf s'il considère que les intérêts de tous les créanciers n'ont pas été suffisamment protégés[1410]. Tel sera certainement le cas lorsque le projet de plan aura été le fruit d'une procédure trop orientée[1411]. Par exemple, des créanciers minoritaires peuvent être victimes d'une entente entre le débiteur et un seul créancier ultra majoritaire[1412]. Ainsi, dans sa prise de décision, le juge veille au respect des règles légales et des intérêts concernés.

1403 C. com. art., L. 621-9, al. 1er.

1404 C. com. art., L. 621-12, anc. L'article 14 de la loi de 1985 énonçait en effet que le juge-commissaire était » chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence ».

1405 P.-M. Delesalle, « La fonction arbitrale du juge-commissaire », *Rev. proc. coll.* 1986, n°1, p. 59.

1406 J.-L.Vallens, « Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire », *JCP G*, I, 1985, 14550.

1407 H. de Balzac, « Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau », *in La Comédie humaine, Études de mœurs, scènes de la vie parisienne*, t. II, Paris, 1844, p. 552.

1408 C. com., art. L. 611-8, II, 3°.

1409 C. com., art. L. 611-9, al. 2.

1410 C.com., art. L. 626-31 et L. 631-19 I.

1411 J.-L. Mercier, « Les entreprises en difficulté : terre de conflits - Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n°178, p. 67.

1412 *Ibid.*

Toutefois, les textes sont elliptiques sur cette question, pourtant essentielle en pratique. L'article L. 626-31 du Code de commerce prévoit simplement que le tribunal s'assure que « *les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* ». Ces termes apparaissent subjectifs : faut-il comprendre cette expression par rapport au plan de sauvegarde et à la restructuration de l'entreprise, par comparaison entre les créanciers d'un même comité ou par opposition entre les créanciers d'un comité et ceux qui sont hors comité[1413]? Les explications de la commission des lois du Sénat[1414] éclairent un peu plus sur le cadre de cette vérification : « *La procédure des comités de créanciers ne doit en effet pas conduire à sacrifier les intérêts des créanciers minoritaires au sein des comités ou ceux des créanciers qui n'en seraient pas membres. Or les dispositions du projet de plan adopté par les comités de créanciers peuvent leur être préjudiciables, car elles peuvent imposer aux minoritaires des efforts disproportionnés à leurs capacités contributives, ou affaiblir le gage des créanciers non membres en prenant des garanties disproportionnées aux efforts consentis ou en avantageant les créanciers membres dans l'exécution du plan* ». Malgré de telles explications, il conviendrait que les textes soient modifiés dans le but de préciser ce que recouvre ce contrôle.

Au demeurant, dans les termes « les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés », l'adverbe « suffisamment » est protéiforme, contenant ainsi le pouvoir d'appréciation du juge. En termes brefs, ce dernier procède à une vérification souveraine de cette protection des intérêts. À cet égard, la jurisprudence peut être un peu plus éclairante que les textes.

160. Exemple jurisprudentiel. L'analyse de la jurisprudence permet de palier les imprécisions des textes en révélant les éléments sur lesquels les juges s'appuient pour vérifier que les intérêts des créanciers sont suffisamment protégés.

Dans le cadre d'une sauvegarde financière accélérée, un arrêt du 22 septembre 2016 de la Cour d'appel de Paris a adopté le plan de sauvegarde d'une société dont l'endettement était exclusivement obligataire[1415]. Le tribunal de commerce avait ouvert une SFA un an auparavant. Quelques jours avant le vote par l'assemblée générale des obligataires, le projet de plan fit l'objet d'une modification qui bien que découverte le jour du vote n'empêcha pas son approbation à la majorité requise. Toutefois, soumis au tribunal, le plan fut rejeté par jugement du 30 novembre 2015 aux motifs, relevés d'office, que les conditions formelles permettant d'arrêter le plan n'étaient pas réunies.

1413 Ch. Leguevaques, « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ? », *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 63.

1414 J.-J. Hyest, Rapp. Sénat, 11 mai 2005, n° 335, t. 1, p. 296.

1415 CA Paris, 5e ch., 22 sept. 2016, n° 15/25086, *Sté L'Immobilière Hôtelière* ; *LEDEN* 30 nov. 2016, n° 10, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *LPA* 12 janv. 2017, n° 9, p. 6, obs. N. Nef Naf ; *BJE* 01 fév. 2017, n° 02, p. 147, obs. N. Borga,

La Cour d'appel devait alors statuer sur la possibilité d'ouvrir une procédure de SFA en présence d'un endettement exclusivement obligataire du débiteur et sur la possibilité d'adopter un plan de sauvegarde modifié quelques jours avant son vote.

S'agissant de la première question, la Cour d'appel répond « *que le caractère exclusivement obligataire du passif ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre de la procédure de sauvegarde financière accélérée* […] », permettant ainsi l'ouverture d'une SFA a un débiteur dont l'endettement est exclusivement obligataire. S'agissant de la seconde question, elle relève notamment que la modification est intervenue juste avant le vote mais « *qu'il n'y a pas lieu de retenir que cette modification était suffisamment importante pour impliquer le respect d'un nouveau délai* [de consultation] *de dix jours* […] ». La Cour s'émancipe donc de certaines conditions d'adoption du plan et infirme le jugement du 30 novembre 2015.

L'intérêt de cet arrêt repose surtout sur le fait que la Cour d'appel justifie cette liberté prise sur les conditions formelles d'adoption du plan par le respect des objectifs de la procédure et par la protection suffisante des intérêts de tous les créanciers qui y sont soumis en relevant qu'« *il importe de vérifier si tous les intérêts des créanciers sont suffisamment protégés* »[1416].

Les juges relèvent sur ce point que les dispositions du plan protègent suffisamment l'intérêt collectif des créanciers, en ce qu'elles permettent l'apurement intégral du passif et la poursuite de l'activité du débiteur[1417]. En effet, les obligataires avaient, en l'espèce, tout intérêt à ce que le plan ne soit pas rejeté, lequel rejet aurait mené, à terme, la société à la cessation de paiements. Dans cette affaire, on constate que les juges ont apprécié souverainement la préservation des intérêts des créanciers en ne comparant pas les intérêts des créanciers entre eux mais en vérifiant de façon globale si la modification du plan avait pour but de les désintéresser.

Dans d'autres espèces, le juge peut être amené à vérifier l'existence de déséquilibres significatifs.

1416 N. Nef Naf, « La sauvegarde financière accélérée, l'art délicat du blitzkrieg judiciaire », *LPA* 12 janv. 2017, n° 9, p. 6.

1417 La Cour d'appel constate à cet égard : « De l'avis de l'ensemble des intervenants, outre que le rejet du plan risquerait très fortement de conduire la société à la cessation des paiements puis à la liquidation judiciaire, la conversion de la totalité des obligations en actions emportera l'extinction du passif et la poursuite de l'activité, répondant en cela aux objectifs fixés par la loi. Mais encore, cette conversion entraînera l'augmentation du capital et la reconstitution des fonds propres et permettra, sous réserve de l'accord de l'Autorité des marchés financiers, la reprise de la cotation en bourse de la société qui devrait bénéficier de nouveaux investisseurs. Sont ainsi en vue deux projets d'importance pour lesquels la société Saint Exupéry Finance s'engage à apporter la première année la somme de 250 000 € comme fonds de roulement ».

161. Le contrôle des déséquilibres excessifs. L'accord trouvé entre un débiteur et ses créanciers en procédure amiable ou en procédure collective n'est pas nécessairement égalitaire. Il est en effet rare que les obligations des parties soient égales. Pour autant il n'existe pas d'« *exigence d'une rigueur arithmétique* »[1418]. Il s'agit davantage d'une « *fiction de l'équivalence des intérêts en présence* »[1419], une équivalence parfaite des intérêts apparaissant être un leurre dans une situation de crise au cours de laquelle autant d'intérêts s'opposent. En réalité, il s'agit donc pour le juge d'éviter les déséquilibres excessifs.

En ce sens, la mission du juge de la défaillance dénote « *une démarche inspirée du principe de proportionnalité* »[1420]. Le contrôle de proportionnalité peut être présenté comme une « *norme de comportement du juge* »[1421] qui par sa fonction régulatrice, permet au juge d'apaiser les conflits entre les différents intérêts[1422]. En effet, le législateur commande au tribunal d'arrêter une solution sur la base d'intérêts contraires. C'est le conduire à combiner tous ces intérêts sans exclure automatiquement l'un d'entre eux[1423]. Le juge doit alors doser la part de chacun afin de tous les ménager. Cette démarche s'apparente au principe de la proportionnalité, entendu ici comme une technique de pondération[1424], c'est-à-dire de mise en balance, d'équilibrage d'intérêts divers. Dès lors, le tribunal peut refuser un plan si des sacrifices excessifs sont imposés aux créanciers ou encore si le plan apparaît trop rigoureux et voué à l'échec, mettant ainsi à mal l'intérêt des créanciers[1425].

1418 Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, p. 14.

1419 G. Teboul, *»* Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires *»*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 54.

1420 J.-M. Calendini, *«* Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives *»*, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 51.

1421 P. Martens, *«* L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité *», in* P*résence du droit public et des droits de l'homme*, Mél. J. Velu, Bruylant, Bruxelles, p. 49, spéc. p. 62.

1422 M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 779, p. 458.

1423 J.-M. Calendini, *art. cit.*, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 51.

1424 Le principe de proportionnalité ne figure pas au nombre des grands principes généraux qui régissent le droit des entreprises en difficulté. Hormis quelques décisions récentes en matière de sanctions (Com. 1er déc. 2009, n°08-17187; Com. 15 déc. 2009, n° 08-21906 ; Com. 26 janvier 2010, n° 08-14088), aucun texte et aucune jurisprudence n'y fait référence. Le principe de proportionnalité est généralement cantonné au droit pénal ou à la jurisprudence européenne. V°. *Proportionnalité*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p.821. En droit pénal, il s'agit d'une *«* directive de politique criminelle qui commande au législateur, dans l'échelle des peines, de doser la sévérité de la sanction en fonction de la gravité de l'infraction *»*. Le principe de proportionnalité est, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, une *«* règle de pondération selon laquelle les atteintes portées à des droits fondamentaux par la puissance publique ne peuvent excéder ce qui est nécessaire à l'intérêt général *»*.

1425 Ph. Pétel, *«* La réforme des plans de redressement *»* in *La réforme des procédures collectives*, *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 34, spéc. p. 37.

En définitive, le juge, qu'il soit le président du tribunal, un juge-délégué ou un juge-commissaire, assure les arbitrages nécessaires entre les différentes forces en présence. Il contrôle ainsi l'équilibre de la solution dans l'intérêt de tous. Le contrôle opéré par le juge sur la préservation des intérêts est également lié à sa décision d'adopter ou non l'accord. Les moyens d'action du juge sont en effet plus importants encore à l'issue des négociations lorsqu'il s'agit de consacrer leur résultat par une décision de justice.

2. La consécration de l'accord

162. Le contrôle du juge en procédure amiable. Le juge peut intervenir dans certains cas, à la demande du débiteur, pour donner force exécutoire à l'accord. Tel n'est pas le cas dans le cadre du mandat *ad hoc*, dans lequel le juge rend seulement une ordonnance de fin de mission. Il en sera de même dans la procédure de conciliation si l'accord n'est pas soumis au constat ou à l'homologation. En revanche, dans ces deux dernières hypothèses, le contrôle du juge sera plus ou moins fort selon le choix du débiteur entre l'un ou l'autre[1426].

Au demeurant, un accord de conciliation reste un contrat et rien ne semble faire obstacle à une modification des termes par simple avenant signé entre les parties, sans l'intervention d'une décision judiciaire[1427]. Cependant, saisi par l'une des parties à l'accord constaté ou homologué, c'est au président du tribunal ou au tribunal, en cas d'inexécution des engagements résultant de cet accord, de prononcer la résolution de celui-ci[1428].

163. Le contrôle du juge en procédure collective. L'intervention judiciaire est également importante en procédure collective. En dépit d'un accroissement de la place faite à la volonté du débiteur et de ses partenaires, l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement ne peut se passer du sceau du juge. À cet égard, la procédure de sauvegarde ne peut être qualifiée de procédure contractuelle, malgré l'évolution dans un sens de contractualisation de la procédure[1429]. En effet, les textes octroient au juge de nombreuses prérogatives sur l'issue qu'est le plan.

D'abord, le tribunal n'arrêtera définitivement un plan qu'après avoir statué au vu des documents prévus à l'article L. 626-8 et après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur,

1426 V. *Supra*, § 2, Section 2, Chap. I, Titre I, Partie I.

1427 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 68.

1428 C. com. art., L. 611-10-3.

1429 V. *Infra* n° 164 et s.

l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les représentants du comité d'entreprise[1430] ou, à défaut, des délégués du personnel[1431]. En outre, en présence de comités de créanciers, le plan ne sera arrêté qu'à la condition « *que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* »[1432].

Ensuite, le juge peut intervenir pour modifier le plan. Il a un pouvoir important puisqu'il en est le seul détenteur lorsque la modification est substantielle[1433]. À la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan, seul le tribunal peut décider d'une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan[1434]. Dans le cadre des comités des créanciers, une telle modification est soumise à des modalités précises, sur la base d'un nouveau vote des comités de créanciers[1435].

En revanche, si la modification est secondaire, rien ne semble empêcher, dans le silence des textes, que le débiteur et ses créanciers le modifient seuls. Malgré l'existence d'une décision judiciaire, une telle possibilité a été défendue par les rédacteurs de la loi de sauvegarde de 2005 s'agissant de la modification non substantielle du plan de cession[1436].

1430 Pour rappel, les institutions représentatives du personnel fusionnent pour former le nouveau comité social et économique (CSE) : Ord. n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales (C. trav. L. 2311-1 et s.).

1431 C. com., art. L. 626-9.

1432 V. *Infra* n° 158 et s. C. com. art., L. 626-31 (sauvegarde) ; C. com. art., L. 628-8 (sauvegarde accélérée) ; C. com. art., L. 631-19 (redressement judiciaire). Notons que s'il y a lieu, le tribunal doit contrôler que l'approbation de l'assemblée ou des assemblées mentionnées à l'article L. 626-3 du Code de commerce a été obtenue dans les conditions prévues audit article.

1433 C. com. art., L. 626-26, al. 2 : Le tribunal statue sur la modification du plan après avoir recueilli l'avis du ministère public et avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, ou s'il existe déjà, du comité social et économique et toute personne intéressée.

1434 C. com. art., L. 626-26, al. 1er. Pour rappel, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le commissaire à l'exécution du plan a la possibilité de saisir directement le tribunal lorsque « la situation du débiteur permet une modification substantielle du plan au profit des créanciers », afin de les faire profiter du retour à meilleure fortune du débiteur pendant l'exécution du plan.

1435 C. com. art., L. 626-31, al. 3.

1436 Rapport J.-J. Hyest, n° 335, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 11 mai 2005, spéc. p. 398. Le rapport précise, concernant le nouvel article L. 642-6 du Code de commerce (modification substantielle du plan de cession en cours d'exécution), qu' » a contrario, toute autre modification non substantielle du plan pourrait être effectuée sans avoir été ni demandée ni autorisée ».

Enfin, le tribunal peut décider la résolution du plan en cas d'inexécution par le débiteur de ses engagements dans les délais fixés par le plan[1437]. À l'inverse, si la fin est heureuse car les engagements pris ont été tenus, le tribunal constate que l'exécution du plan est achevée[1438].

En définitive, en procédure amiable et en procédure collective, les accords entre le débiteur et ses créanciers se concrétisent généralement par une ordonnance ou un jugement. L'enjeu est important car les effets juridiques ne seront pas les mêmes selon que la restructuration de dettes trouve sa source dans une décision de justice ou dans un contrat. De même, le régime juridique de l'accord différera selon que le juge constate, homologue un accord de conciliation ou arrête un plan[1439].

Conclusion de la section. Le juge détient des moyens d'action divers sur le traitement négocié des difficultés d'une entreprise, fondés à la fois sur le dialogue et sur le contrôle. Cette intervention judiciaire permet, entre autres, d'offrir au débiteur et à ses créanciers un cadre des négociations sécurisé. Elle sera, néanmoins, à géométrie variable selon la procédure.

La place de plus en plus grande faite à la négociation en droit des entreprises en difficulté[1440] permet également de mettre en exergue l'évolution de l'office du juge qui reflète l'hybridation des procédures. Le rapprochement entre les différentes procédures et, partant, l'atténuation de la distinction entre l'amiable et le judiciaire sont en effet les changements majeurs qui touchent actuellement la matière.

Section 2. L'office du juge : reflet de l'hybridation des procédures

Bien souvent, les catégories juridiques sont par commodité construites selon une logique binaire. De la sorte, on oppose « *le jugement et le contrat, la juridiction et la convention, les phénomènes d'autorité et les phénomènes de négociation* »[1441]. À l'usage, il est apparu que l'on peinait à intégrer certaines figures juridiques dans une catégorie plutôt qu'une autre, démontrant leur inévitable imbrication. La recherche d'un juste équilibre entre le « tout contractuel » et le « tout judiciaire » a été entreprise

1437 C. com. art., L. 626-27, I, al. 2.

1438 C. com. art., L. 626-28.

1439 V. *Infra* n° 164 et s.

1440 V. *Supra*, Titre I, Partie I.

1441 L. Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices* 1998, n° 9, p. 87, spéc. p.92.

en droit judiciaire privé afin de mettre fin à des modèles jugés trop stricts[1442]. Le métissage entre l'amiable et le judiciaire se retrouve également en droit des entreprises en difficulté : « *la loi du 26 juillet 2005 est bien une recherche d'équilibre entre la négociation contractuelle et l'interventionnisme judiciaire. L'esprit de la médiation n'en est pas absent entre ces deux extrêmes que sont la loi du marché et l'imperium du juge* »[1443].

Désormais, avec l'essor de la négociation dans les procédures amiables et collectives, les restructurations de dettes se concrétisent au confluent du contractuel et du judiciaire[1444].

En analysant l'évolution des textes relatifs à la procédure de conciliation[1445], on a pu observer à la fois la promotion de la négociation et le renforcement de l'intervention judiciaire au sein de cette procédure amiable. Cette hybridation de la procédure de conciliation se révèle également lorsque l'on s'intéresse à l'office du juge sur le résultat de la négociation. En effet, si la négociation caractérise toujours la procédure de conciliation, le renforcement du rôle du juge au stade de l'adoption de l'accord de conciliation par la voie du constat ou de l'homologation illustre la montée en puissance du juge **(§ 1)**. À l'inverse, si la nature du plan est toujours judiciaire, à la lumière des dernières réformes une diminution des pouvoirs du tribunal est manifeste lorsqu'il l'arrête. Ainsi, le rôle du juge dans le cadre de l'adoption des plans de continuation ou de cession illustre l'atténuation de l'unilatéralisme judiciaire qui préexistait auparavant sur les plans **(§ 2)**.

§ 1 L'accord de conciliation : la montée en puissance du juge

Le règlement amiable, à l'origine essentiellement contractuel dans le cadre de la loi du 1er mars 1984[1446], n'a eu de cesse de se judiciariser au fil des réformes. Ainsi, en 1994, on pouvait lire que cette procédure avait « *une figure mixte* »[1447] en raison de « *sa base* [qui] *reste de type conventionnel* »[1448] et du fait qu'*« elle revêt aussi une dimension judiciaire* »[1449]. Depuis la loi de sauvegarde de 2005, l'action

1442 J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, PUAM, 2003, n° 360, p. 220.

1443 Y. Chaput, *«* Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives *»*, *JCP G* 2005, n° 46, p. 2097, spéc. p. 2099.

1444 G. Podeur, *«* Accords de conciliation et plans de sauvegarde *»*, *D.* 2017, n° 25, p. 1430.

1445 V. *Supra* Chap. I, Titre I, Partie I.

1446 G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1, 15e éd., 1993, n° 2838.

1447 J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Grossi, L. Merland et N. Vignal, *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 30e éd., 2018, n° 1016, préc., v. *Supra* Chap. I, Titre I, Partie I, n° 23.

1448 *Ibid.*

1449 *Ibid.*

du président du tribunal et du tribunal a été renforcée dans la procédure de conciliation, héritière du règlement amiable. La conciliation est donc judiciairement contrôlée, permettant d'associer à la dimension contractuelle de ce traitement, une dimension judiciaire.

Cette judiciarisation aux fins de sécurité juridique explique qu'aujourd'hui les simples accords, sans intervention judiciaire, soient marginalisés **(A)**. En effet, les effets attachés aux décisions de constatation ou d'homologation de l'accord rendent ces dernières attractives pour le débiteur et ses créanciers. Le renforcement du contrôle opéré par le juge sur l'accord rapproche dans ces hypothèses la conciliation des procédures collectives et judiciaires **(B)**.

A. Des accords « simples » marginalisés

164. Les motifs de l'absence de constat et d'homologation de l'accord. Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées pour expliquer l'absence de constat ou d'homologation de l'accord de conciliation. D'abord, il est possible que le président du tribunal ou le tribunal aient refusé de constater ou d'homologuer l'accord au regard des conditions posées à l'article L. 611-8 du Code de commerce. Ensuite, les parties peuvent s'y prendre trop tardivement, une fois la procédure éteinte, par exemple. Enfin, l'absence de constatation ou d'homologation de l'accord peut résulter d'un choix des parties, souhaitant faire produire à leur accord simplement les effets d'un contrat. C'est cette dernière hypothèse qui retient notre attention, tant il paraît audacieux de se priver des nombreux avantages que confèrent désormais la constatation et l'homologation.

165. L'absence de constat et d'homologation : une hypothèse désormais marginalisée[1450]. Choisir d'écarter la formalisation de l'accord de conciliation est surprenant au vu des effets liés au constat et à l'homologation. On est même tentés de se demander si aujourd'hui ce n'est pas une voie marginale, peu empruntée par les parties à l'accord, en raison de la faveur faite par les textes à la constatation et à l'homologation. Si, sous l'empire de la loi du 1er mars 1984, les accords n'étaient ni constatés, ni homologués, et donc soumis au seul droit commun, les réformes ultérieures n'ont eu de cesse de renforcer les incidences du constat et de l'homologation. L'ordonnance du 18 décembre 2008 et celle du 12 mars 2014 ont, par ailleurs, opéré un rapprochement entre les accords

1450 B. Thullier, « Accords ni constatés, ni homologués ; remise en cause des accords » in *La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme,* Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107, spéc. p. 111. En faisant le constat d'un mouvement de « rigidification » qui traverse la conciliation, l'auteur met en avant le fait que les textes ne traitent, pour la grande majorité, que des accords constatés ou homologués. En effet, selon Madame la Professeure Thullier, « puisqu'il faut du contrôle, pour amortir le passage du tout ordre public vers plus de contractuel, les accords ni constatés ni homologués sont peu à peu marginalisés. Évidemment, introduire du contrôle et marginaliser ce qui n'est pas contrôlé va dans le sens de moins de souplesse et imprime plus de rigidité ».

constatés et homologués. Outre le fait que l'accord ne constituera pas un titre exécutoire[1451], il sera privé des effets comme le privilège de conciliation, la levée de l'interdiction bancaire ou encore de l'application des dispositions de l'accord constaté ou homologué aux coobligés et garants[1452]. Ainsi, au regard du renforcement des effets attachés au constat et à l'homologation, les différences existantes entre un « simple » accord et les autres se creusent. En conséquence, l'accord ni constaté ni homologué semble être devenu une « *anomalie* »[1453].

166. L'avenir incertain de ces « simples » accords en conciliation. L'évolution constatée en conciliation conduit à s'interroger sur le maintien du choix entre un accord simple et les voies du constat ou de l'homologation. À cet égard, Madame la Professeure Thullier s'est interrogée sur l'émergence d'un nouveau contrat spécial, l'accord de conciliation, qui serait seulement celui constaté ou homologué[1454]. La question est importante car dans l'éventualité que, un jour, ce choix n'existe plus, le refus du juge de constater ou d'homologuer remettrait en cause l'accord[1455]. Le constat et l'homologation feraient office de condition *ad validitatem*. Plus encore, la possibilité de modifier l'accord exigerait une intervention judiciaire comme c'est le cas en matière de plans.

L'ordonnance de 2014 n'est pas allée sur ce terrain mais le renforcement des effets liés à la constatation et à l'homologation relance la question avec plus de force.

S'il est certain que l'accord de conciliation conserve sa nature contractuelle car il lie les parties, débiteur et créanciers, qui l'on négocié librement, sans contrainte du conciliateur, le rôle du juge n'est pas anodin lorsqu'il le constate ou l'homologue.

B. Le contrôle judiciaire renforcé dans le constat et l'homologation

Depuis que la loi du 10 juin 1994 a introduit une distinction entre les règlements amiables en permettant au président du tribunal d'homologuer l'accord conclu avec tous les créanciers, le contrôle judiciaire opéré sur l'accord s'est durci au fil des réformes. Le choix entre la constatation et l'homologation entraîne nécessairement un contrôle distinct sur l'accord. Si un tel contrôle

1451 Civ. 2e, 27 sept. 2012, n° 11-23285.

1452 C. com., art. L. 611-10-2, al. 1er. Notons que cette évolution favorisant la situation des garants, opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, a été renforcée par l'ordonnance du 12 mars 2014. Désormais, ils pourront également bénéficier des délais de grâce accordés au débiteur dans le cadre des articles L. 611-7 et L. 611-10-1 du Code de commerce.

1453 B. Thullier, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107, spéc. p. 111.

1454 *Ibid.*

1455 *Ibid.*

demeure moins important dans le cadre du constat, la pratique révèle que certains présidents de juridictions s'octroient une plus grande marge de manœuvre que celle donnée par les textes **(1)**. En revanche, un contrôle plus vigoureux est prévu par les textes dans l'hypothèse de l'homologation, lequel a d'ailleurs été accentué lors des dernières réformes **(2)**.

1. Un contrôle renforcé par la pratique judiciaire dans le constat

167. Le constat, un contrôle judiciaire formel. Dans l'hypothèse du constat, le juge n'a pas la possibilité d'examiner le contenu de l'accord, il doit se limiter à contrôler de façon formelle son existence[1456]. L'article L. 611-8, I du Code de commerce requiert en effet une simple déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord ou que ce dernier y met fin. Le président du tribunal, et non le tribunal, statue, selon ce texte, uniquement au vu de cette déclaration. Un auteur y voit ainsi une « *homologation-visa* »[1457] faite par le président, c'est-à-dire qu'il donne force exécutoire à un accord[1458] seulement sur la déclaration du débiteur. Dans le même sens, d'autres parlent d'« *autocertification* »[1459] du débiteur de son état de non cessation des paiements. De même, l'emploi du présent de l'indicatif au sein de l'article – « *Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire* » - implique une « *compétence liée* »[1460] du juge, lequel n'est pas tenu d'opérer un contrôle supplémentaire.

Il est ainsi unanimement soutenu que le rôle du juge se cantonne à l'appréciation de l'existence de l'accord, sans en analyser le contenu[1461]. Il exerce alors un simple contrôle formel tant sur l'existence de l'accord que sur l'attestation certifiant que le débiteur ne se trouve pas ou plus en

1456 J.-J. Hyest, Rapp. Sénat 11 mai 2005, n° 335, t. 1, p. 123.

1457 Y. Chaput, « La sauvegarde des entreprises en difficulté », *JCP G* 2005, n° 30, act. 428, p. 1431.

1458 Selon l'article R. 611-39 du Code de commerce, l'accord des parties est constaté par une ordonnance du président du tribunal qui y fait apposer la formule exécutoire par le greffier. Les copies de l'accord et ses annexes ne sont délivrées qu'aux parties et aux personnes pouvant se prévaloir des dispositions de l'accord et valent titre exécutoire.

1459 R. Dammann, « La future procédure de conciliation, pierre angulaire du projet de loi de sauvegarde des entreprises », *Bull. d'actualité Lamy droit commercial* juill. 2005, n° 179, p. 1, spéc. p. 3.

1460 A. Lienhard et P. Pisoni, *Code des procédures collectives commenté*, Dalloz, 16e éd., 2018, p. 35.

1461 F. Macorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 354 ; Ph. Roussel Galle, *Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique*, Litec, 2e éd., 2007, n° 223, p. 116 ; E. Balemaken, *Le juge et le sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit OHADA et en droit français*, ss. la dir. de P. Crocq, Thèse, Paris II, 2013, n° 184, p. 89.

état de cessation des paiements. L'appréciation du président du tribunal sur l'accord est donc limitée[1462].

Un contrôle uniquement formel imposé au président du tribunal par les textes ne paraît donc pas suffisant.

168. La nécessité de renforcer le contrôle dans les textes. Il peut paraître surprenant que le président du tribunal se limite à « donner acte » à l'accord et ne refuse de le constater qu'en cas de fraude. Certains auteurs estiment d'ailleurs que son contrôle devrait aller plus loin[1463]. En effet, l'octroi de la force exécutoire étant « *une prérogative grave* »[1464], le président pourrait opérer un contrôle minimum de non-contrariété à l'ordre public[1465]. Par ailleurs, « *il serait artificiel de faire apposer sa signature par un juge pour donner force exécutoire à des accords fantaisistes* […] »[1466].

En outre, le juge devrait refuser le constat dans le cas d'une attestation mensongère du débiteur au vu de l'évidence de l'état de cessation des paiements[1467]. Un auteur préconise toutefois que cette possibilité reste d'un usage exceptionnel, le juge ne devant pas être conduit à rechercher des informations sur l'état de l'entreprise, ou à apprécier le contenu de l'accord[1468]. Mais, puisque le président du tribunal connaît la situation de l'entreprise lors de l'ouverture de la conciliation[1469], on ne voit pas les raisons qui empêcheraient une appréciation de son état après le processus de négociation.

1462 C. Saint-Alary-Houin et alii, *Code des entreprises en difficulté*, LexisNexis, éd. 2013, p. 54. ; J. Vallansan, « La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ? » in *Les attraits des nouveaux modes de traitement des difficultés des entreprises*, Actes du colloque organisé à Dijon le 10 mars 2006, *LPA* 14 juin 2007, n° spéc., n° 119, p. 9.

1463 J.-P. Sortais, « Le sort des accords de conciliation en cas de refus d'homologation ou de constatation », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, p. 11 ; B. Thullier, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107, spéc. p. 108.

1464 R. Perrot, « L'homologation des transactions (article 1441-4 du nouveau Code de procédure civile) », *Procédures* 1999, n° 8-9, p. 3.

1465 J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 7 ; B. Thullier, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107, spéc. p. 108.

1466 Y. Chaput, « Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives », *JCP G* 2005, n° 46, p. 2097, spéc. p. 2100.

1467 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 180, p. 98.

1468 Ph. Roussel Galle, *op. cit.*, Litec, 2e éd., 2007, n° 223, p. 116.

1469 C. com., art. R. 611-22 et R. 611-23. Le président dispose de certaines informations sur la situation du débiteur au vu des pièces justificatives accompagnant la requête aux fins d'ouverture de la procédure de conciliation et de la convocation du débiteur « pour recueillir ses explications ».

Ainsi, puisque le constat de l'accord nécessite le sceau judiciaire, il est nécessaire que le président du tribunal vérifie au préalable la validité de l'acte et sa non-contrariété à l'ordre public[1470]. Les textes devraient semble-t-il être modifiés en ce sens. Pour certains, ils devraient même prévoir l'obligation pour le président du tribunal d'entendre le conciliateur et d'obtenir éventuellement communication du rapport de ce dernier à l'issue des négociations[1471]. Imposer légalement une telle obligation ne semble cependant pas opportun. Elle contrarierait les objectifs de rapidité et de souplesse poursuivis dans le cadre du constat[1472]. En revanche, pour dépasser la « compétence-liée » du président du tribunal, il pourrait être inséré dans le Code de commerce une disposition prévoyant une simple faculté pour lui de le faire, lorsqu'il existe des doutes importants sur l'attestation de l'état de non-cessation des paiements du débiteur.

Une modification des textes dans le sens d'un renforcement du contrôle judiciaire sur l'accord ne serait pas surprenante au regard notamment de la pratique des juges, parfois éloignée de ce cadre légal limitant les pouvoirs du président du tribunal.

169. Exemples de contrôles issus de la pratique des juges consulaires. Concrètement, lorsque le président du tribunal intervient pour constater un accord de conciliation, il vérifie la déclaration de non-cessation des paiements ainsi que la réalité de l'accord[1473]. Un ancien président de chambre au tribunal de commerce de Paris a ainsi pu relater un cas dans lequel l'accord paraissait signé à l'unanimité alors que tel n'était pas le cas[1474]. Le juge a dès lors convoqué toutes les parties afin qu'elles réitèrent l'accord devant lui. Il y a dans ce cas une intervention judiciaire évidente dans le cadre d'un simple constat d'accord. De même, ce même président relate que dans sa pratique il a pu vérifier la non-contrariété de l'accord aux dispositions d'ordre public[1475].

Cette observation est également faite par Monsieur Chassaing, ancien président du tribunal de commerce de Nanterre, qui affirme que le juge détient un « *devoir de vigilance renforcé* »[1476]. Ainsi, il

1470 Ch. Gorins, « Le protocole de conciliation : un contrat judiciaire », *LPA* 23 déc. 2014, n° 255, p. 6.

1471 G. Teboul, « Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique », *LPA* 19 oct. 2005, n° 2, p. 3, spéc. p. 6.

1472 En ce sens : Ph. Roussel Galle, *op. cit.*, Litec, 2e éd., 2007, n° 223, p. 115.

1473 J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 7.

1474 Dans ce cas, l'accord n'avait pas été formé, simplement évoqué oralement. Le conciliateur assurait, pourtant, avoir l'accord de toutes les parties.

1475 J. Badillet, *art. cit*, *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 7. M. le président affirme même qu'il s'agit d'une « vérification élémentaire ».

1476 Cette formulation a été empruntée à Monsieur Chassaing. Entretien en date du 9 juillet 2014.

est possible qu'il ne procède pas au constat si l'accord ne lui paraît pas « *correct* »[1477]. Toutefois, de telles situations seront rares puisque la présence du conciliateur lors de l'élaboration de l'accord constitue un filtre non négligeable.

En définitive, en raison du contrôle effectué par le juge sur l'acte en vertu d'une prévision légale et des effets particuliers qu'elle lui confère, la constatation est bien une « *petite homologation* »[1478].

Il n'en demeure pas moins que dans la « grande » homologation, le rôle du juge, dans les textes, est plus actif.

2. Un contrôle renforcé par les textes dans l'homologation

170. Le caractère gracieux de l'homologation. L'homologation relève d'une décision gracieuse car le juge n'intervient pas dans le cadre d'une contestation ou d'un litige[1479]. En effet, il n'est pas saisi et ne se saisit pas d'un litige à trancher[1480]. Le caractère gracieux de l'homologation ne signifie pas qu'elle n'a pas une nature juridictionnelle[1481]. En d'autres termes, on ne saurait confondre la fonction juridictionnelle et la fonction contentieuse[1482].

L'homologation constitue un contrôle de légalité et d'opportunité opéré par le juge sur un acte juridique qui lui confère la force exécutoire d'une décision de justice[1483]. Ainsi, en tant qu'acte

1477 *Ibid.*

1478 B. Thullier, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107, spéc. p. 108. L'auteur rappelle à cet égard les quatre éléments de l'homologation au sens général : l'existence tout d'abord d'un acte juridique ; un contrôle judiciaire effectué ensuite sur cet acte ; le contrôle est exercé en vertu d'une prévision légale ; enfin, l'homologation parfait l'acte ou ses effets.

1479 En ce sens : L. Boy, *«* Les formes du traitement juridictionnel du contentieux économique *», in Changement social et droit négocié*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 27 ; M.-A. Frison-Roche, *«* La cohérence juridique de la loi du 10 juin 1994 *», in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Dalloz, coll. *«* Thèmes et commentaires *»*, 1995, p. 23.

1480 En matière gracieuse, le juge statue selon l'article 25 du Code de procédure civile *»* lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle *»*. L'homologation appartient donc à la matière gracieuse puisqu'un accord de volontés soumis à un contrôle judiciaire préexiste à l'intervention du juge.

1481 I. Balensi, *«* L'homologation judiciaire des actes juridiques *»*, *RTD. civ.* 1978, p. 42 et p. 233, spéc. p. 57.

1482 Y. Chevallier, *«* Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle *», in* Mél. Stassinopoulos, 1974, p. 275.

1483 V°. *Homologation*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 512.

juridictionnel, il convient de lui reconnaître l'autorité de la chose jugée[1484], laquelle interdit de remettre en cause un jugement, en dehors des voies de recours prévues à cet effet.

En droit des entreprises en difficulté, l'accord trouvé dans le cadre d'un traitement à l'amiable n'a pas toujours été homologué.

171. Les différentes homologations selon les réformes. L'homologation existe depuis longtemps dans le droit de la défaillance puisque déjà en 1673 avec l'Ordonnance de Colbert, le concordat, contrat collectif, était soumis à l'homologation du juge. Toutefois, elle a été marquée par des périodes de « disparition » et des périodes de « réapparition ».

Le recours au règlement amiable homologué judiciairement était prévu par le décret-loi du 25 août 1937. Puis, la loi du 13 juillet 1967 prévoyait l'homologation du concordat. Le système n'était donc pas si éloigné de l'actuel car le tribunal exerçait déjà un contrôle d'opportunité et de légalité. Il examinait alors les perspectives de l'entreprise et appréciait ses chances de redressement. De même, il vérifiait la conformité du concordat à l'intérêt public ainsi que son sérieux[1485].

En revanche, dans la loi du 1er mars 1984 sur le règlement amiable, la constatation et l'homologation de l'accord n'étaient pas envisagées[1486]. Les accords étaient régis par le droit commun des contrats. L'accord signé était communiqué au président du tribunal, qui en prenait acte et se voyait rendre compte par le conciliateur de sa mission[1487].

Afin d'assurer l'efficacité de la prévention, le législateur de 1994 a adopté des mesures plus fermes que celles issues de la loi de 1984. Ainsi, le juge s'est vu doté de pouvoirs plus importants tels que le pouvoir d'ordonner la suspension des poursuites pour faciliter la conclusion de l'accord et celui de l'homologuer[1488]. Cette homologation était obligatoire pour le président du tribunal en cas d'unanimité des créanciers et facultative si seuls les « principaux » créanciers avaient participé à l'accord[1489]. Il est possible d'en déduire que le président du tribunal bénéficiait d'un pouvoir

1484 En ce sens également : I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42 et p. 233, spéc. p. 240.

1485 Art. 72 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.

1486 A. Couret, « Le traitement non judiciaire des difficultés des entreprises» *in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Commentaire de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et de son décret d'application n° 94-910 du 1 oct. 1994*, ouvr. coll., Montchrestien, 1995, p. 13, spéc. p. 42.

1487 Art. 37 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984, JO, 2 mars 1984, p. 757.

1488 L'article 4 de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 ajoute aux prérogatives du président l'homologation de l'accord amiable.

1489 C. com., art. L. 611-4, anc.

d'appréciation lorsque l'accord était signé par les principaux créanciers alors qu'il ne semblait pas avoir une telle liberté de choix dans l'hypothèse où ils étaient tous présents[1490].

Malgré ces prérogatives, son rôle était plus limité qu'aujourd'hui. Il n'existait pas de condition d'homologation tenant au contenu de l'accord, le seul critère reposait sur le nombre de créanciers, parties à l'accord[1491]. Le juge ne vérifiait ni la validité, ni l'opportunité de l'accord[1492].

Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les conditions pour obtenir l'homologation d'un accord de conciliation sont plus strictes[1493]. De ce fait, le tribunal[1494] opère un contrôle plus approfondi sur l'accord. D'abord, le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements ou l'accord conclu doit y mettre fin[1495]. À cet égard, le rôle du juge s'en trouve renforcé par rapport à l'homologation du règlement amiable qui n'était pas subordonné à ces conditions. L'homologation requiert désormais du tribunal une appréciation au fond de la situation de trésorerie du débiteur[1496]. Ensuite, les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise[1497]. Enfin, l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires[1498].

Si de telles exigences permettent d'éviter que l'homologation puisse servir à garantir des actes illicites[1499], passés au cours de la période suspecte, il reste que le rôle du juge n'est pas aisé.

172. Les difficultés d'appréciation des conditions. Les juges examinant en chambre du conseil la demande d'homologation de l'accord doivent donc aller plus loin que le président du tribunal constatant simplement l'accord, ce qui n'est pas toujours simple en pratique. S'assurer que l'accord met fin à l'état de cessation des paiements est en effet une tâche difficile pour le tribunal qui doit faire une analyse scrupuleuse – et sujette à discussion – du rapport entre l'actif disponible et le

1490 En ce sens également : A. Couret, *art. cit.*, p. 13, spéc. p. 42.

1491 J.-J. Hyest, Rapp. Sénat 11 mai 2005, n° 335, t. 1, p. 123.

1492 Y. Muller, *Le contrat judiciaire*, ss. la dir. de G. Viney, Thèse., Paris, 1995, n° 47, p. 43.

1493 C. com., art. L. 611-8, II.

1494 À la différence de la constatation, ce n'est pas le seul président du tribunal qui homologue l'accord par voie d'ordonnance mais le tribunal, organe collégial, qui rend contradictoirement un jugement. L'importance des effets attachés à l'homologation peut en effet expliquer cette différence.

1495 C. com., art. L. 611-8, II, 1°.

1496 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, 2014, n° 103, p 73.

1497 C. com., art. L. 611-8, II, 2°.

1498 C. com., art. L. 611-8, II, 3°.

1499 V. Martineau-Bourgninaud, « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, n° 20, p. 1356, spéc. p. 1359.

passif exigible de l'entreprise[1500]. De plus, vérifier que « *les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise* »[1501] est délicat lorsque l'on sait que son avenir est encore incertain[1502]. Enfin, le juge contrôle les effets de l'accord à l'égard des autres créanciers afin de vérifier qu'il ne lèse pas leurs intérêts, ce qui n'est pas non plus une démarche facile.

Un arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 2017[1503] illustre de manière topique l'étendue du contrôle du tribunal concernant les conditions de fond de l'homologation. En l'espèce, un accord de conciliation homologué mettait fin aux difficultés d'un concessionnaire et prévoyait la cession à l'euro symbolique de la participation majoritaire détenue par le dirigeant, en contrepartie notamment de son maintien à ses fonctions. Révoqué quelques années plus tard, le dirigeant réclame réparation au constructeur automobile en lui reprochant de l'avoir contraint à céder ses actions et ses parts sociales dans des conditions désavantageuses. Le demandeur fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes en se fondant sur la non-validité de l'accord, à défaut de concessions réciproques. Son argumentation n'est pas suivie par la Cour de cassation qui rejette son pourvoi. L'arrêt retient l'existence de concessions certes indirectes mais réelles : ces concessions assuraient la poursuite de l'activité de la société dont le dirigeant retirait un avantage en évitant l'ouverture d'une procédure collective et en conservant ses fonctions, auxquelles était attachée une rémunération substantielle. Dès lors, la Cour d'appel avait « *caractérisé les concessions réciproques fondant la validité de la transaction, fussent-elles indirectes* ».

En définitive, malgré des rapprochements, l'hypothèse de l'homologation apparaît toujours « *plus nettement insérée dans une conception judiciaire* »[1504] que celle du constat.

Quoi qu'il en soit, si la conciliation demeure la procédure négociée par excellence du droit des entreprises en difficulté, elle est aujourd'hui marquée par un renforcement accru de l'office du juge sur le résultat de la négociation. De la sorte, le contrôle judiciaire opéré sur l'accord de conciliation traduit le mouvement qui traverse la matière conduisant la procédure amiable à se rapprocher des procédures collectives lorsque le tribunal arrête un plan. Inversement, les procédures collectives s'inspirent parfois du processus négocié caractérisant le traitement amiable.

1500 *Ibid.*, p. 1356, spéc. p. 1359.

1501 C. com., art. L. 611-8, II, 2°.

1502 V. Martineau-Bourgninaud, *art. cit.*, *D.* 2005, n° 20, p. 1356, spéc. p. 1359.

1503 Com. 5 juill. 2017, n° 15-22220, inédit, Gaz. Pal. 10 oct. 2017, n° 34, p. 61, obs. G.C. Giorgini.

1504 Y. Chaput, *art. cit.*, *JCP G* 2005, n° 46, p. 2097, spéc. p. 2100.

L'analyse des textes sur l'élaboration des plans révèle l'atténuation de son rôle dans la recherche de la solution.

§ 2 Les plans de continuation et de cession : l'atténuation de l'unilatéralisme judiciaire

L'examen de la nature juridique du plan a été entrepris depuis longtemps[1505]. Cependant, le mouvement de contractualisation du droit des entreprises en difficulté a-t-il eu une incidence sur le contrôle opéré par le juge sur les négociations et sur le plan trouvé par les parties ?

En d'autres termes, les prérogatives du juge sur les plans sont-elles aujourd'hui si différentes de celles détenues sur l'accord recherché dans une procédure amiable ?

Le plan doit assurer la pérennité de l'entreprise en définissant les perspectives de redressement et les modalités de règlement du passif. Il peut donc être défini comme « *un acte judiciaire négocié dans sa préparation, constitutif de droit et qui porte, pour le temps fixé, organisation de l'entreprise* […] *et du paiement de ses créanciers* »[1506].

La dénomination de plan est donc justifiée par le rôle joué par l'institution judiciaire[1507]. C'est en effet ce rôle qui le distingue d'un accord de conciliation, même si on l'a vu[1508], l'homologation de l'accord se rapproche du plan en raison des nombreuses vérifications effectuées par le tribunal. Au niveau de la sémantique, on dit qu'un accord est conclu et que le plan est arrêté. Le tribunal apparaît alors comme « l'acteur clé »[1509] du plan car c'est lui qui décide si le plan est sérieux et en cas de pluralité de plans, celui qui permet dans les meilleures conditions d'assurer la pérennité de l'entreprise.

1505 M. Jeantin, *«* Le plan de redressement *», in* Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse les 6, 7 et 8 fév. 1986, Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1986, p. 255 ; J. Patin, *«* Le plan : élaboration et nature juridictionnelle *», in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 75, spéc. p. 80 et s.

1506 J. Patin, *art. cit.*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 75, spéc. p. 83.

1507 Le plan est un acte juridictionnel puisque ce sont les tribunaux de commerce ou les tribunaux de grande instance qui sont appelés à statuer en matière de plan (C. com., art. L. 621-2, al. 1er). Il est arrêté selon une procédure spécifique, entouré de certaines garanties procédurales (principe du contradictoire, publicité du jugement, motivation de la décision, etc.). Le jugement arrêtant le plan est également revêtu de l'autorité de la chose jugée, il rend ses dispositions opposables à tous et peut faire l'objet de voies de recours (C. com., art. L. 626-11, al. 1er et art. L. 661-1, I, 6°).

1508 V. *Supra*, n° 172.

1509 J. Vallansan, *«* Le plan, les plans, quels plans ? (propos introductifs) *», in Les plans dans le livre VI du Code de commerce*, Actes du colloque organisé à l'Université de Caen, le 10 avril 2015, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 60.

C'est notamment avec la loi du 25 janvier 1985 que le tribunal voit son rôle accru par les textes, en même temps que celui du juge-commissaire et du ministère public. Il peut décider d'arrêter les moyens permettant le redressement de l'entreprise en tranchant selon les critères légaux établis. Ainsi, avant la réforme de 2005, le tribunal a un véritable rôle décisionnel **(A)**. Puis, la loi du 26 juillet 2005 a transformé le visage des procédures collectives en encourageant les chefs d'entreprise à anticiper en faisant le choix du plan de sauvegarde, mais aussi en favorisant la négociation entre les parties. Dès lors, si l'action du juge sur les plans a été maintenue au gré des réformes successives, on assiste néanmoins à un accroissement de la liberté conférée au débiteur et à ses créanciers, et corrélativement à une diminution de ses pouvoirs **(B)**.

A. Les manifestations passées de l'unilatéralisme judiciaire

Traditionnellement, l'unilatéral est opposé au négocié. L'acte unilatéral est en effet le fruit d'une volonté unique, celle d'une seule personne[1510]. Avant la loi de sauvegarde de 2005, l'unilatéralisme judiciaire est prégnant dans le cadre des procédures collectives. La dimension procédurale et judiciaire des procédures collectives est assurément importante sous l'ordonnance du 23 septembre 1967 et la loi du 25 janvier 1985. Le tribunal a le pouvoir de sceller le sort de l'entreprise en décidant d'arrêter ou de rejeter le plan et d'intervenir activement dans l'élaboration du plan. Le rôle décisionnel du juge dans le plan est manifeste dès son apparition avec l'ordonnance de 1967 **(1)**. La loi de 1985 n'a pas remis en cause ce mouvement. Bien au contraire, elle l'a accentué. En considération des pouvoirs accrus reconnus au juge on a pu parler de « judiciarisation » des procédures et, partant, des plans **(2)**.

1. Le pouvoir décisionnel du juge sous l'ordonnance du 23 septembre 1967

173. La distinction entre le concordat et la procédure de suspension provisoire des poursuites. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la notion de planification n'apparaît pas dans le droit des procédures collectives. Le règlement judiciaire permettait le vote par les créanciers d'un concordat proposé par le débiteur fondé sur un apurement progressif du passif. La liquidation des biens dessaisissait, quant à elle, complètement le débiteur de la gestion de son patrimoine et

1510 V°. *Unilatéralisme*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018.

permettait au syndic de payer les créanciers. Dans le cadre du concordat, le tribunal se bornait uniquement à l'homologuer : ses interventions relevaient davantage de son office traditionnel, à savoir trancher les contestations liées à la procédure[1511]. C'est avec l'ordonnance du 23 septembre 1967 que le plan de redressement économique et financier de l'entreprise, assorti d'un plan d'apurement collectif du passif, fait son apparition avec la procédure de suspension provisoire des poursuites[1512]. Le rôle du tribunal y est plus remarquable.

174. Un plan imposé aux créanciers et décidé par le tribunal. Applicable aux entreprises en « *situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise* » et dont la disparition aurait été de nature à provoquer un trouble grave pour l'économie, la suspension provisoire des poursuites permet au débiteur de présenter un plan de redressement pendant une période d'observation. Le jugement prononçant la suspension provisoire des poursuites confère au débiteur un répit de trois mois au cours duquel les créanciers ne peuvent exercer ni saisies, ni poursuites individuelles. Le plan n'est pas soumis aux créanciers mais déposé au greffe du tribunal et communiqué au juge-commissaire pour être soumis au tribunal[1513]. De la sorte, les créanciers, n'étant pas réunis en assemblée, ne votent pas de concordat et se voient donc démunis de tout pouvoir. Ils peuvent, en revanche, consentir des remises et délais.

En d'autres termes, le sort de l'entreprise est décidé par le tribunal qui peut « admettre »[1514] le plan proposé en vérifiant le sérieux, les garanties suffisantes d'exécution et la protection des intérêts des créanciers au sein du plan[1515]. Par conséquent, le plan est un acte unilatéral opposable à tous, décidé par le juge[1516].

1511 J.-P. Gastaud, *«* La nature juridique du plan arrêté judiciairement *», in Problèmes d'exécution des plans de redressement*, Actes du colloque organisé à l'Université de Sophia-Antipolis, le 27 mars 1993, *LPA* 16 juin 1993, n° 72, p. 13, spéc. p. 14.

1512 Art. 14 de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.

1513 Art. 23 de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.

1514 Art. 28 de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises. L'article énonçait à cet égard : *«* Le tribunal admet le plan proposé s'il le juge sérieux et s'il estime qu'il offre des garanties suffisantes d'exécution. Il donne acte, s'il y a lieu, des remises ou délais accordés par les créanciers *»*.

1515 Art. 28 de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.

1516 J. Patin, *«* Le plan : élaboration et nature juridictionnelle *», in* in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 75, spéc. p. 76.

Ainsi, l'ordonnance de 1967 a véritablement détaché le droit des procédures collectives des créanciers et du droit de paiement[1517] et présentait certaines insuffisances. Tel était le cas de l'absence de dispositions concernant l'élaboration du plan ainsi que les limites du caractère contradictoire de la procédure[1518]. La réforme de 1967 a néanmoins inspiré celle de 1985, marquée également par le rôle décisionnel du tribunal.

2. La « judiciarisation » des plans avec la loi du 25 janvier 1985

175. L'office étendu du juge sur les plans. La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 marque un tournant dans le droit des procédures collectives en entendant traiter les difficultés des entreprises par un plan, lequel se décline de façon concurrente en plan de continuation et en plan de cession[1519]. Dès lors, le plan constitue le principe et l'objectif du législateur de 1985 pour les entreprises en redressement judiciaire[1520].

Le plan ne peut être arrêté qu'autant qu'il aura été précédé d'une concertation entre le débiteur et ses partenaires. À cet égard, le plan doit respecter la volonté de ceux qui acceptent des engagements[1521]. Toutefois, s'il est possible de dire que le plan s'appuie sur un « socle contractuel »[1522], le champ de liberté dont dispose le juge par rapport aux volontés individuelles ne permet pas de conclure à un plan de nature contractuelle[1523]. En effet, le tribunal ne conçoit certes pas le plan en tant que tel mais il tranche selon les critères imposés par la loi sur l'activité, l'emploi et le règlement du passif[1524]. Si les prémices de la réorganisation de l'entreprise par voie judiciaire s'en

1517 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 34, p. 33.

1518 J. Patin, *art. cit.*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 75, spéc. p. 76.

1519 C. com., art. L. 620-1, al. 2, anc.

1520 L'article 1er de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 mentionne que le redressement est assuré par un plan.

1521 La volonté des parties se retrouve notamment à l'article 24 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 qui énonce que le représentant des créanciers recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier ayant déclaré sa créance sur les délais et remises qui lui sont proposés. L'article 62, alinéa 3 de la loi énonce que les personnes qui exécuteront le plan ne peuvent se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits, sous réserve de certaines dispositions. L'article 74 précise que le tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers.

1522 F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, avec la collaboration de A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, n° spéc., Dalloz, 3e éd., 1991, n° 249, p. 159.

1523 La jurisprudence a d'ailleurs considéré que les remises ne présentaient pas un caractère conventionnel : « malgré leur caractère volontaire, ces réductions participent de la nature judiciaire du plan ; elles ne peuvent être assimilées à des remises conventionnelles de dettes » : Com. 17 nov. 1992, *D.* 1993, p. 41, note D. Vidal.

1524 J. Vallansan, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 60.

trouvaient déjà dans la procédure de la suspension des poursuites, la loi de 1985 est venue organiser de manière générale « le sacrifice des créanciers »[1525], lesquels ne décident plus du sort de l'entreprise comme cela était le cas lors de la conclusion d'un concordat.

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, les créanciers du débiteur étaient réunis de plein droit en une masse représentée par un syndic[1526]. La disparition de la masse par la loi de 1985 est donc un symbole fort. La suppression du vote majoritaire du concordat a affecté le pouvoir de la collectivité des créanciers. Dès lors, l'idée d'un *contrat collectif*[1527] où la majorité impose sa loi à la minorité a disparu. À la dégradation marquée de la situation des créanciers avec la disparition de la masse, répond donc inévitablement l'accroissement du rôle du juge[1528].

Autrement dit, les créanciers n'ont plus de pouvoir décisionnel quant au devenir du débiteur, un tel pouvoir appartenant au tribunal qui scelle son sort en arrêtant le plan ou en décidant la liquidation. Au-delà du large pouvoir d'appréciation conféré au tribunal sur de nombreuses mesures intéressant les perspectives d'avenir de l'entreprise, il lui incombe principalement de vérifier les « *possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif*» [1529] pour l'adoption d'un plan de continuation[1530]. Cette continuation est accompagnée, s'il y a lieu, de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession de certaines branches d'activité[1531]. Plus encore, sous le régime de la loi de 1985, le

1525 M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial – Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7e éd., 2007, n° 175.

1526 La personnalité morale lui avait été reconnue par la Cour de cassation, entraînant à son égard l'attribution d'un véritable patrimoine, différencié de celui du débiteur, comportant un actif et un passif : Com. 17 janv. 1956, *D.* 1956, note R. Houin ; *JCP G* 1956, II, p. 9601, note M.-A. Granger ; Soc. 7 juill. 1961, *JCP G* 1961, II, 12287, note Lindon.

1527 A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif en droit des obligations*, Thèse, Lyon, 1909 ; G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961. Le contrat collectif est l'acte juridique par lequel se manifestent les volontés d'un ensemble de personnes unies par une communauté d'intérêts. Il a été soutenu que le qualificatif « collectif » visait seulement l'acte dont la formation est collective et non pas tout acte doué d'effets collectifs (G. Roujou de Boubée, *op. cit.*, LGDJ, 1961, p. 27 et s). Pour autant, cette définition ne rend pas compte des actes qui lient pour l'avenir des personnes qui n'y ont pas consenti. Il en est ainsi des actes collectifs par leur formation comme le vote majoritaire d'une assemblée, ou de ceux qui n'ont ce caractère que par leurs effets, telles les conventions collectives de travail : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, 16e éd., 2014, n° 504 et s., p. 387 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2018, n° 90 et s., p. 104 et s. ; pour une analyse approfondie des actes unilatéraux collectifs en droit du travail : Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, préf. M.-A. Souriac, Dalloz, 2017, n° 58 et s., p. 49 et s. V. également nos développements sur cet acte en procédure de conciliation : *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 21.

1528 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 14, p. 25.

1529 A. Orth, « Le rôle du juge dans la nouvelle législation des entreprises en difficulté », *in Le redressement judiciaire de l'entreprise*, Actes du colloque organisé à Deauville les 7 et 8 juin 1986 par l'Association Droit et Commerce, *RJ com.* 1987, n° spéc., p. 91, spéc. p. 92.

1530Art. 69 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985. Pour des illustrations jurisprudentielles : Com. 10 juill. 1990, n° 88-18.941, Bull. civ. IV, n° 208 : le tribunal, après avoir examiné le projet de continuation de l'entreprise et la proposition de cession de repreneurs a arrêté un plan de redressement organisant la cession au profit de ces derniers. Le rejet du plan de continuation était alors contesté devant les juges du fond. ; Com. 3 avr. 2001, n° 98-16.148 : Contestation du rejet d'un plan de continuation considéré par le tribunal comme non sérieux.

1531 Art. 69 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

tribunal a un rôle actif car il s'immisce dans les modalités de redressement de l'entreprise du plan. Parmi ses nombreuses prérogatives, il est possible de citer : l'éviction des dirigeants[1532], le pouvoir d'ordonner des licenciements[1533], la fixation de la durée du plan[1534] et celle des délais de paiement[1535], l'inaliénabilité de certains biens[1536] et la détermination des contrats nécessaires au maintien de l'activité[1537]. Il appartient donc au juge de décider de la solution la plus adaptée à la situation de l'entreprise, la consultation des créanciers étant en outre souvent purement formelle[1538].

La pratique révèle en effet que, lors de l'audience en chambre du conseil, le tribunal opère fréquemment une reconstruction du plan[1539]. Par exemple, dans le cadre d'un plan de cession, les critères de choix du tribunal tiennent à la crédibilité du plan par rapport au repreneur et il n'est pas rare qu'il décide d'une mise en délibéré pouvant atteindre quinze jours afin que le candidat complète ses garanties et ses propositions[1540].

Finalement, le juge doit désormais opérer des choix économiques en pure opportunité, révélant un « dirigisme judiciaire ».

176. Un « dirigisme judiciaire » sur les entreprises en difficulté. Si l'intervention judiciaire et la négociation ne s'excluent pas, le plan est toutefois élaboré « *au sein même de l'ordre du redressement judiciaire où le tribunal continue d'exercer sa magistrature économique* »[1541]. La magistrature économique est généralement entendue comme le fait de l'autorité judiciaire dans le domaine du droit économique[1542]. En raison de l'accroissement des prérogatives du juge et du dépassement de sa fonction traditionnelle de dire le droit avec la loi de 1985, on a pu évoquer l'« *interventionnisme*

1532 Art. 23 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

1533 Art. 63 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

1534 Art. 65 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

1535 Art. 75 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

1536 Art. 70 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

1537 Art. 86 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985. Sur le sujet : v. M.-H. Monsèrié-Bon, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994, n° 388 et s., p. 362 et s.

1538 A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 10e éd., 2017, n° 698, p. 416.

1539 P. Lorbat, *«* La pratique des plans de redressement *», in Problèmes d'exécution des plans de redressement*, Actes du colloque organisé à l'Université de Sophia-Antipolis, le 27 mars 1993, *LPA* 16 juin 1993, n° 72, p. 4, spéc. p. 9.

1540 *Ibid.*

1541 J.-P. Gastaud, *«* La nature juridique du plan arrêté judiciairement *», in Problèmes d'exécution des plans de redressement*, Actes du colloque organisé à l'Université de Sophia-Antipolis, le 27 mars 1993, *LPA* 16 juin 1993, n° 72, p. 13, spéc. p. 17.

1542 G. Wiederkehr, *«* Le juge gérant *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 385.

judiciaire »[1543], la liberté « *vertigineuse* »[1544] conférée au juge dans l'adoption des plans ou encore l'apparition d'un « *dirigisme judiciaire* »[1545].

Le dirigisme est défini comme la « *politique d'autorité tendant à soumettre l'économie à un ordre public de contrôle et de direction* »[1546]. En cela, le juge « dirige » le traitement des entreprises en difficulté en maîtrisant les solutions qu'il retient[1547]. Il en est ainsi lorsqu'en la matière il exerce les fonctions d'organisation[1548] ou de planification[1549]. C'est donc en raison des nombreux pouvoirs propres du tribunal quant à l'élaboration du plan, que le juge a été érigé en véritable « *décideur* »[1550].

Dans cet ordre d'idées, le plan a une nature mixte[1551] : la volonté des parties est prise en compte par le tribunal mais leurs engagements resteraient sans effets s'ils n'étaient pas arrêtés dans le plan par le tribunal.

La réforme de 2005 a une approche différente de la place de l'institution judiciaire dans l'élaboration des plans. Le rôle du tribunal est certes maintenu mais une nouvelle place est faite à la négociation des plans.

1543 G. Bolard, *«* Rapport de synthèse *», in Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales*, Journée nationale d'études organisée par le C.R.A.J.E.F.E à Nice le 25 avril 1998, *LPA* 28 octobre 1998, n° 129, p. 65, spéc. p. 66.

1544 F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, avec la collaboration d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd., 1991, n° 248, p. 158.

1545 A. Pirovano, *«* La caractère négocié du plan judiciaire de redressement de l'entreprise (loi du 25 janvier 1985)*, in Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 81, spéc. p. 103.

1546 V. Dirigisme, G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 12e éd., 2018, p. 352.

1547 F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, avec la collaboration d'A. Honorat, *op. cit.*, Dalloz, 3e éd., 1991, n° 7, p. 3.

1548 P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2002, n° 311, p. 248 : *«* C'est bien sûr lorsqu'il arrête un plan de redressement que la fonction organisationnelle du juge apparaît avec le plus d'évidence. S'agissant des plans de continuation, il indique les modifications des statuts qu'il juge indispensables ; il définit les modalités d'apurement du passif, frappe certains biens d'inaliénabilité pour la durée qu'il fixe […] *»* ; D. Mélédo-Briand, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Thèse, Rennes, 1992, n° 351, p. 223 : *«* La réalisation du droit des entreprises en difficulté n'est pas tant de sanctionner que de réorganiser les relations économiques à l'entreprise. […] L'appel à la Justice ne sera donc pas naturel, pas plus en conséquence que ne le sera la fonction du juge *»*. Sur le dirigisme judiciaire : v. B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 271 et s., p. 198 et s ; v. Infra Chap. Nécessité juge.

1549 D. Mélédo-Briand, *op. cit.*, Thèse, Rennes, 1992, n°118, p. 76.

1550 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 14, p. 25.

1551 F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, avec la collaboration d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd., 1991, n° 249, p. 159.

B. L'atténuation actuelle de l'unilatéralisme judiciaire

Depuis la loi de sauvegarde de 2005 et les réformes qui ont suivi, le « *caractère volontariste* »[1552] du plan a été accru. Le débiteur et ses créanciers deviennent, en effet, les véritables « maîtres » des négociations menant au plan de sauvegarde et de redressement **(1)**. Il en est de même en matière de plans de cession dans lesquels le juge voit ses prérogatives réduites **(2)**.

1. Les pouvoirs du juge diminués dans le plan de sauvegarde et de redressement

Les préparations des plans de sauvegarde et de redressement sont régies par des règles largement communes[1553]. La nature juridique du plan est complexe car son élaboration a été négociée par les parties mais la décision de l'arrêter revient au tribunal. On l'a vu[1554], sous l'empire de la loi de 1985, on évoquait déjà cette négociation venant se couler dans le moule d'une décision judiciaire[1555] mais l'élaboration du plan appartenait pour l'essentiel au tribunal[1556]. C'est ce dernier point que la loi du 26 juillet 2005 est venue modifier en instaurant des comités des créanciers dans lesquels les créanciers élaborent plus librement la solution **(a)**. Dans cette hypothèse, en raison du changement de partition des acteurs, il est possible de se demander si le contrôle atténué du tribunal ne se rapproche pas, au final, de celui opéré lors de l'homologation d'un accord de conciliation **(b)**.

a) Le plan façonné par les parties dans le cadre des comités des créanciers

La réforme de 2005 a conçu les comités de créanciers « *comme des moteurs possibles de l'adoption négociée du plan de sauvegarde et de redressement* »[1557]. Ces plans s'éloignent de ceux élaborés en procédure

1552 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 977, p. 655.

1553 Concernant l'élaboration du plan : C. com., art. L. 626-2 à L. 626-8. Concernant le redressement judiciaire : C. com., art. L. 631-19, renvoi au chapitre VI consacré au plan de sauvegarde.

1554 V. *Supra*, n° 175.

1555 M. Jeantin, *« Le plan de redressement », in* Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse les 6, 7 et 8 fév. 1986, Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1986, p. 255.

1556 A. Cerati-Gauthier, La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence, préf. J. Mestre, PUAM, 2002, n° 348, p. 273.

1557 F. Pérochon, *op. cit*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 904, p. 394.

de droit commun, soit hors comités **(*i*)**, car ils reposent sur les volontés concordantes des créanciers des comités et du débiteur **(*ii*)**.

i. Un plan distinct du plan de droit commun

177. La question de la nature juridique du plan de droit commun. De prime abord, de nombreux éléments attestent du caractère contractuel du plan. La jurisprudence antérieure rendue à propos de l'ancien plan de continuation a même jugé que le tribunal a violé l'ancien article 74 de la loi de 1985, devenu aujourd'hui l'article L. 626-18 du Code de commerce, lorsqu'il a imposé des remises aux créanciers chirographaires antérieurs, qui n'en avaient pas consenti[1558]. Une décision similaire a été rendue s'agissant d'un tribunal ayant imposé aux créanciers réfractaires aux propositions des délais de paiement différents[1559]. La jurisprudence consacrait ainsi le caractère volontaire des obligations contenues dans le plan.

Cependant, en raison du pouvoir déterminant du tribunal qui décide du sort de l'entreprise, on a pu voir dans le plan négocié selon la procédure de droit commun, c'est-à-dire sans comités, un « contrat judiciairement formé »[1560]. Le contrat judiciairement formé[1561] est défini comme le contrat dans lequel le juge intervient dans sa formation[1562]. Il y a dès lors création de rapports juridiques nouveaux d'origine judiciaire.

N'entrant dans aucune catégorie juridique connue, un rapprochement a été fait avec le *contrat imposé* ou *forcé*[1563]. Cet oxymore désigne le contrat par lequel le juge « fait » un contrat qui s'appliquera aux parties, sans expression de volonté de leur part, « *comme si elles l'avaient voulu* »[1564].

1558 CA Versailles, 5 janvier 1988, *JCP G* 1988. 21002, note A. Martin-Serf.

1559 CA Versailles, 19 mai 1988, *D.* 1988, p. 572, concl. Challe.

1560 M. Douaoui, *«* A propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises *»*, *LPA* 08 janv. 2007, n° 6, p. 4.

1561 Le contrat judiciairement formé ne doit pas être confondu avec le contrat judiciaire dans lequel le juge se borne à constater l'accord des parties. V°. *Contrat judiciaire*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018. Ce contrat est défini comme le *«* contrat conclu par les parties devant le juge pendant le procès sur une question litigieuse (et s'analysant en général en une transaction ou une renonciation unilatérale) *»*.

1562 A. Engel-Créach, *Les contrats judiciairement formés*, ss. la dir. de A. Bénabent, Économica, coll. Recherches juridiques, 2002, n° 14, p. 13.

1563 M. Douaoui, *art. cit.*, *LPA* 08 janv. 2007, n° 6, p. 4.

1564 A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, Domat Droit privé, 17e éd., 2018, n° 35, p. 42. Par exemple, la loi permet au juge du divorce d'imposer aux anciens époux une cession d'usufruit ou un *«* bail forcé *»* (C. civ., art. 274 et 285-1).

Selon certains[1565], cette qualification peut être retenue concernant les plans de droit commun car, à l'instar des plans de la loi de 1985, les parties négocient librement le contenu du plan mais le contrat naît de la décision du juge[1566]. Selon cette thèse, hors les comités des créanciers, différents supports contractuels interdépendants constituent le contenu du plan mais le principe même d'adhésion au plan n'a pas été consenti par les créanciers[1567]. Dès lors, le tribunal arrête le plan comme si les créanciers avaient voulu y souscrire spontanément[1568]. S'il est possible de percevoir la coloration contractuelle du plan avec les différents accords négociés contradictoirement entre le débiteur et ses créanciers, il est cependant plus difficile de souscrire à sa qualification contractuelle ainsi retenue. Il existe, certes, des accords de volontés entre le débiteur et ses créanciers (remises de dettes, délais, avances, etc.) ainsi que des contrats imposés (cession forcée de titres du dirigeant par exemple) mais le plan ne semble pas constituer un contrat judiciairement formé. En effet, le plan n'est pas un contrat puisque des délais de paiement peuvent être imposés par le tribunal uniformément aux créanciers réfractaires[1569] et, en cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acceptation[1570]. Il s'agit donc davantage d'un acte judiciaire collectif à élaboration contractuelle se rapprochant des plans de la loi de 1985.

178. Un plan proche des plans issus de la loi de 1985 et de nature mixte. En reprenant la philosophie de la loi du 25 janvier 1985, la loi de 2005 renforce le rôle du tribunal. D'abord, le tribunal fixe la durée du plan en droit commun[1571], impose des délais uniformes[1572] et détermine les modalités de paiement des dividendes arrêtées[1573]. Ensuite, si l'action du débiteur et de ses créanciers est indispensable pour aboutir à l'élaboration d'un plan, ils ont besoin de l'intervention du juge pour le parachever. En d'autres termes, le plan détient sans conteste un caractère judiciaire

1565 A. Engel-Créach, *Les contrats judiciairement formés*, ss. la dir. de A. Bénabent, Économica, coll. Recherches juridiques, 2002, n° 6, p. 5 ; M. Douaoui, « A propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 08 janv. 2007, n° 6, p. 4.

1566 A. Engel-Créach, *op. cit.*, ss. la dir. de A. Bénabent, Économica, coll. Recherches juridiques, 2002, n° 6, p. 5. Pour l'auteur, « dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, le juge peut ordonner la cession des actions ou parts sociales appartenant aux dirigeants, lorsque la survie de l'entreprise le requiert. Il lui revient aussi d'ordonner la cession de l'entreprise, ou bien encore celle des différents éléments qui la composent, lorsque la liquidation s'impose à défaut de toute possibilité de redressement ».

1567 M. Douaoui, *art. cit.*, *LPA* 08 janv. 2007, n° 6, p. 4.

1568 *Ibid.*

1569 C. com., art. L. 626-18, al. 4.

1570 C. com., art. L. 626-5, al. 2.

1571 C. com., art. L. 626-12.

1572 C. com., art. L. 626-18, al. 4.

1573 C. com., art. L. 626-21.

puisque c'est au juge que revient la décision de l'arrêter ou non. Le jugement qui arrête le plan n'est donc pas une décision de « donner-acte » telle celle existant dans le cadre du mandat *ad hoc*[1574].

Enfin, quant au suivi du plan, le tribunal peut charger l'administrateur d'effectuer les actes nécessaires à la mise en œuvre du plan qu'il détermine[1575]. Il est informé par le commissaire à l'exécution du plan qu'il aura nommé du défaut d'exécution du plan[1576].

Cependant, ne peut être méconnue la force des volontés individuelles qui sous-tendent le plan[1577]. Les créanciers sont consultés sur des propositions pour le règlement des dettes pouvant porter sur des délais, remises et conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital[1578]. Lorsque la proposition porte sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier ayant déclaré sa créance[1579]. Les parties, débiteur et créanciers, ne sont néanmoins pas seules à décider du contenu du plan. L'administrateur judiciaire, organe judiciaire, peut être présent tant en sauvegarde[1580], qu'en redressement judiciaire[1581] aux côtés du débiteur dans le cadre de la préparation du plan[1582]. Ces règles illustrent un cadre relativement formel des négociations, mais la préparation du plan par le débiteur ou l'administrateur judiciaire et la consultation des créanciers révèlent surtout la place des volontés individuelles dans l'élaboration du plan. Ainsi, l'article L. 626-10, alinéa 1 du Code de commerce énonce que « *Le plan désigne les personnes tenues de l'exécuter et mentionne l'ensemble des engagements qui ont été souscrits par elles et qui sont nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise* […] ». L'alinéa 3 précise que le tribunal est tenu de respecter ce qui a été librement convenu entre les parties[1583]. Le tribunal prend seulement acte de ces soutiens, avec la possibilité toutefois pour lui de réduire les

1574 Dans le mandat *ad hoc*, le juge donne acte de l'accord trouvé entre les parties.

1575 C. com., art. L. 626-24, al. 1er.

1576 C. com., art. L. 626-25.

1577 A. Pirovano, *op. cit.*, Economica, 1988, p. 81, spéc. p. 83.

1578 C. com., art. L. 626-5, al. 1er.

1579 C. com., art. L. 626-5, al. 2. Le choix entre une consultation individuelle ou une consultation collective est laissé à la discrétion du mandataire judiciaire. En pratique, la tenue d'une assemblée est rare en raison de la lourdeur de la procédure : A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 10e éd., 2017, n° 705, p. 414. En revanche, lorsque la proposition porte sur une conversion de créances, le mandataire judiciaire recueille l'accord, individuellement et par écrit (C. com., art. L. 626-5, al. 3).

1580 C. com., art. L. 626-2, al. 1er : le débiteur, avec le concours de l'administrateur, propose un plan.

1581 C. com., art. L. 631-19, I, al. 2.

1582 Lorsqu'il n'est pas désigné d'administrateur judiciaire, le débiteur établit le projet de sauvegarde et de redressement avec l'assistance éventuelle d'un expert nommé par le tribunal : C. com., art. L. 627-3 et L. 631-21.

1583 C. com., art. L. 626-10, al. 3 : « Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation, sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 626-3 ».

délais et remises de dettes[1584]. Aucune remise de dette ne peut être imposée, ni aggravée par le tribunal. La réforme du 12 mars 2014 a, par ailleurs, prévu que les créanciers bénéficiant du privilège de *new money* de la conciliation ne peuvent pas se voir imposer des remises et des délais alors même qu'ils sont soumis à la discipline collective[1585]. Aussi, le tribunal ne peut-il modifier un plan sans qu'il lui en ait été fait la demande[1586].

Le plan apparaît ainsi comme une structure complexe révélant un accord de volontés individuelles et collectives sous le contrôle du tribunal[1587].

Le plan est donc un acte mixte, de nature hybride, en raison de l'importance des éléments contractuels et du rôle joué par le tribunal. L'article L. 626-28 du Code de commerce retient l'attention à cet égard. L'article énonce : « *Quand il est établi que les engagements* ***énoncés*** [nous soulignons] *dans le plan ou* ***décidés*** [nous soulignons] *par le tribunal ont été tenus, celui-ci, à la requête du commissaire à l'exécution du plan, du débiteur ou de tout intéressé, constate que l'exécution du plan est achevée* ». En conséquence, le plan apparaît, sous ce rapport, autant comme le résultat de négociations et de sacrifices acceptés par les parties que le fruit d'une décision émanant du tribunal.

Si les pouvoirs du tribunal dans la procédure de consultation des créanciers de droit commun se rapprochent de ceux qu'il détenait sous l'empire de la loi de 1985, il en va différemment dans le cadre des comités des créanciers.

ii. Un plan issu des volontés concordantes des comités et du débiteur

179. L'élargissement des cas de consultation des comités de créanciers. La loi du 26 juillet 2005 a modifié significativement le régime de l'adoption des plans en réinstaurant la collectivité[1588] sous les traits des comités de créanciers. Elle donne ainsi une nouvelle dimension à la consultation des créanciers. La création des comités des créanciers a été perçue comme un signe de contractualisation des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire car ils participent

1584 C. com., art. L. 626-18, al. 1er.

1585 C. com., art. L. 626-20-3°. Les créanciers peuvent néanmoins accepter de consentir des délais ou des remises selon l'alinéa 1er de l'article.

1586 C. com., art. L. 626-26.

1587 A. Pirovano, *op. cit.*, Economica, 1988, p. 81, spéc. p. 83.

1588 Pour rappel, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, les créanciers du débiteur étaient réunis de plein droit en une masse dotée de la personnalité juridique. Celle-ci a été supprimée avec la loi du 25 janvier 1985.

non seulement à l'élaboration du projet de plan mais aussi à son adoption[1589]. Ils sont ainsi associés plus en avant à la recherche d'une solution des difficultés du débiteur[1590]. Le regroupement en comités est néanmoins limité à certaines entreprises.

Pour les entreprises qui ne dépassent pas un des seuils pour la constitution des comités, à savoir celles qui n'emploient pas plus de 150 salariés et ne réalisent pas 20 millions d'euros de chiffres d'affaires[1591], le principe de consultation individuelle des créanciers demeure[1592]. Cependant, la constitution facultative des comités est possible sous réserve de l'autorisation du juge-commissaire[1593]. Par conséquent, en deçà des seuils pour constituer des comités, c'est encore au juge que revient le pouvoir d'en autoriser la constitution : « *la solution peut prêter à sourire car en définitive, l'effectivité de la contractualisation de la défaillance est, par le jeu même de la loi, soumise à l'autorisation de celui que l'on veut évincer* »[1594].

En tout état de cause, les cas dans lesquels le recours aux comités est possible ont augmenté considérablement depuis l'instauration des sauvegardes accélérées. La procédure de sauvegarde accélérée, financière ou non, est une procédure de sauvegarde avec constitution de comités de créanciers[1595]. Bien qu'il doive apprécier le sérieux du projet afin d'évaluer les perspectives de son adoption par les créanciers en comités[1596], le tribunal voit son rôle modifié car, à la différence de la sauvegarde de droit commun dans laquelle le projet de plan est élaboré sous son contrôle, la négociation a d'ores et déjà eu lieu en amont, en conciliation.

Quoi qu'il en soit, les réformes postérieures à la loi de 2005 ont renforcé l'implication des créanciers au sein des négociations.

1589 A.-F. Zattara-Gros, *»* La contractualisation du droit des entreprises en difficulté *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. Tricot, Dalloz, 2011, p. 623 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, 2014, n° 949, p. 414 ; M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, HyperCours, 6e éd., 2017, n° 371, p. 286.

1590 V. *Supra*, Chap. I, Titre II, Partie I.

1591 C. com., art. L. 626-29 et R. 626-52.

1592 Les conditions de règlement des créanciers hors comités sont également élaborées selon la consultation classique, c'est-à-dire sans comités.

1593 C. com., art. L. 626-29, al. 2.

1594 M.-L. Coquelet, *«* Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? *»* in *Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance?*, Actes du Colloque organisé à l'Université Paris Nanterre le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 84.

1595 C. com., art. L. 628-4 et art. L. 628-9.

1596 C. com., art. L. 628-2.

180. L'implication des créanciers renforcée dans les plans soumis aux comités. L'ordonnance du 18 décembre 2008 est allée encore plus loin avec la création de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce permettant aux créanciers appartenant aux comités de faire des propositions, voire des contre-propositions[1597]. Cette faculté donnée aux créanciers révèle alors la liberté présidant à l'élaboration du projet de plan[1598]. Cependant, l'article R. 626-57-2, alinéa 1er du Code de commerce apporte un tempérament en énonçant que : « *Le créancier membre d'un comité qui entend soumettre des propositions transmet celles-ci, par tout moyen, au débiteur et à l'administrateur. Le débiteur, avec le concours de l'administrateur, apprécie s'il y a lieu de les soumettre au comité de créanciers* ». En conséquence, si les créanciers peuvent être force de proposition, il n'y a aucune certitude que leurs propositions soient retenues puisque le débiteur peut les filtrer pour ne soumettre au comité que celles qu'il jugerait bon[1599].

Poursuivant dans la même voie, la réforme de 2014 renforce l'implication des créanciers dans le processus de réorganisation de l'entreprise. En effet, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, tout créancier membre d'un comité peut soumettre un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur[1600]. Comme le projet du débiteur, un tel projet sera soumis au vote des comités[1601]. Si l'article R. 626-57-2, alinéa 1er du Code de commerce permet toujours au débiteur et à l'administrateur de prendre en compte ou non les propositions des créanciers, il n'en est pas de même des projets de plan, visés à l'alinéa 2 du même texte, qui sont transmis à l'administrateur sans qu'il apprécie s'il y a lieu de les soumettre au comité de créanciers. Autrement dit, la limite posée par la disposition concernant les propositions et contre-propositions des créanciers ne s'applique pas s'agissant de leur projet de plan.

Par conséquent, au vu du renforcement du rôle des créanciers dans l'élaboration du plan, l'affirmation selon laquelle le plan de sauvegarde ne sera que ce que les débiteurs en feront ne semble plus véritablement exacte aujourd'hui[1602]. Les rapports entre le débiteur et ses créanciers

1597 L'alinéa 1er de l'article L. 626-30-2 énonçait que « Tout créancier membre d'un comité peut également soumettre de telles propositions au débiteur et à l'administrateur ».

1598 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 928, p. 406.

1599 *Ibid.*, n° 926, p. 405.

1600 C. com., art. L. 626-30-2, al. 1er.

1601 C. com., art. L. 626-30-2, al. 3.

1602 Ph. Pétel, « La réforme des plans de redressement » in *La réforme des procédures collectives*, *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 34.

apparaissent donc plus équilibrés qu'auparavant[1603]. Surtout, le tribunal détient des pouvoirs moindres que dans l'hypothèse d'une consultation de droit commun.

181. Le rôle du tribunal limité à l'arrêté du plan. À la différence du plan de droit commun, le plan soumis aux comités résulte de la rencontre de volontés concordantes des comités et du débiteur, tous les projets de plan étant l'objet d'une discussion avec le débiteur et l'administrateur[1604]. Surtout, le vote du plan par les comités de créanciers lie le juge. Aux termes de l'article L. 626-31 du Code de commerce, après s'être assuré que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment préservés, le tribunal arrête le plan conformément au projet adopté. Le texte ne lui laisse que le choix d'arrêter ou de rejeter le plan, il ne peut donc en aucun cas modifier les délais et remises.

En revanche, si dans un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture, le tribunal n'a pas arrêté le plan, ou lorsque l'un ou l'autre des comités et, le cas échéant, l'assemblée des obligataires ne se sont pas prononcés, la procédure de droit commun est reprise pour préparer un autre plan[1605]. Toutefois, un nouveau délai demandé par l'administrateur peut être fixé aux comités par le tribunal[1606], ce qui permet une fois encore d'encourager l'adoption du plan par les comités[1607].

En outre, par dérogation à l'article L. 626-26 du Code de commerce qui énonce que, dans le cadre de la procédure de consultation individuelle des créanciers, une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, l'article L. 626-31 prévoit qu'une telle modification ne pourra intervenir que selon les modalités prévues dans le cadre d'un nouveau vote des comités des créanciers. En d'autres termes, en présence des comités de créanciers, le plan, même modifié, n'est pas le fait du juge.

En définitive, un rapprochement avec les procédures amiables peut être fait au regard de l'accent mis sur la négociation, le rôle des créanciers étant renforcé dans les comités, diminuant corrélativement l'office du juge. Les négociations entre le débiteur et ses créanciers peuvent

1603 V. *Supra* Chap. I, Titre II, Partie I.

1604 C. com., art. L. 626-30-2, al. 3.

1605 C. com., art. L. 626-34.

1606 *Ibid.*

1607 Ph. Roussel Galle, « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014. Des outils plus performants, une meilleure sécurité juridique et des équilibres renouvelés », *Rev. Sociétés* 2014, n° 6, p. 351, spéc. p. 359.

apparaître en effet plus libres et le rôle du tribunal moins prégnant. Est-ce à dire qu'une assimilation du contrôle judiciaire sur le plan avec celui effectué au cours de l'homologation d'un accord de conciliation pourrait être envisagée ?

b) Le jugement arrêtant le plan est-il un jugement d'homologation ?

182. La proximité du contrôle judiciaire dans l'homologation et le jugement arrêtant le plan. Le contrôle du tribunal sur le produit des négociations des comités des créanciers n'est pas éloigné de celui qu'il effectue dans le cadre de l'homologation de l'accord en procédure de conciliation. Certains auteurs assimilent même explicitement la décision arrêtant le plan à une véritable homologation dans l'hypothèse d'un vote favorable des comités[1608]. Sans aller jusqu'à les confondre, il est possible de constater des ressemblances dans le contrôle opéré par le juge.

Dans les deux hypothèses, le contrôle judiciaire porte sur la protection des intérêts des créanciers. L'article L. 611-8 II, 3° du Code de commerce relatif aux conditions de l'homologation de l'accord de conciliation se rapproche de l'article L. 626-31 qui concerne le projet de plan dans le cadre de comités de créanciers. Les deux textes imposent au tribunal de contrôler dans l'accord ou dans le plan la préservation des intérêts des créanciers. Dans le cadre de l'homologation de l'accord, le tribunal veille à ce qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires. Il s'assure, dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement, que les intérêts de l'ensemble des créanciers sont suffisamment protégés[1609].

En conséquence, après les propositions émises par le débiteur et éventuellement les projets de plan des créanciers, et après les négociations et le vote des comités, il ne restera plus qu'à soumettre le projet au tribunal pour une sorte d'homologation du plan.

Plus encore, le contrôle judiciaire opéré sur le plan adopté en procédure de sauvegarde accélérée, financière ou non, s'approche encore davantage de celui effectué sur l'accord homologué. Comme pour la procédure de sauvegarde de droit commun, le tribunal est lié par le vote du plan

1608 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 2018, n° 522.121, p. 1429 et 1430 ; F. Pérochon, *op. cit.*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 949, p. 414 et s.

1609 « L'ensemble des créanciers » vise les créanciers membres des comités qui auraient refusé les propositions du plan ainsi que les créanciers hors comité : J.-J. Hyest, Rapp. Sénat 11 mai 2005, n° 335, t. 1, p. 123.

par les comités des créanciers[1610], sous réserve qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers. Il existe néanmoins une différence importante entre les procédures. En effet, dans le cadre des sauvegardes accélérées, le tribunal est également lié par l'absence d'adoption du plan par les comités. Alors que l'article L. 626-34 du Code de commerce envisage, dans ce cas, la reprise de la procédure de consultation individuelle et permet, ainsi, au tribunal d'imposer un plan reposant sur un étalement du passif sur une période de dix ans[1611], aucun plan ne peut être imposé dans les procédures de sauvegarde « de nouvelle génération ». En effet, selon l'article L. 628-8, alinéa 2 du Code de commerce, le tribunal met fin à la procédure à défaut d'arrêté de plan dans les délais. Dans cette hypothèse, « *son rôle se limite à "homologuer" le plan afin de le rendre opposable aux créanciers du débiteur* »[1612].

Si le contrôle judiciaire opéré semble proche dans les deux procédures, d'autres considèrent, au contraire, qu'il est plus faible sur les plans. Dans sa thèse, Monsieur Balemaken défend, en effet, l'idée d'une supériorité des pouvoirs du tribunal en matière d'homologation de l'accord de conciliation en se fondant sur l'existence d'un contrôle de régularité et d'opportunité effectué sur l'accord[1613]. Selon lui, la compétence du tribunal dans le cadre de l'arrêté du plan adopté par les comités est une « *compétence liée* » car « *sa décision doit être conforme au projet de plan adopté par les comités des créanciers*»[1614]. Cette affirmation semble excessive pour deux raisons. D'une part, le tribunal détient un large pouvoir d'appréciation quant à la protection des intérêts des créanciers à la suite de l'adoption du projet de plan par chacun des comités[1615]. En ce sens, il opère un contrôle de régularité du plan. D'autre part, le tribunal n'arrêtera semble-t-il pas un plan s'il n'existe pas une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée[1616]. En effet, l'article L. 626-1 du Code de commerce énonce que « *le tribunal arrête* ***dans ce but*** [nous soulignons] *un plan qui met fin à la période d'observation* ». Le contrôle sur le plan s'effectue dans ce cas, sans aucun doute, en opportunité.

1610 À l'image des solutions posées en procédure de sauvegarde de droit commun, le tribunal peut toutefois refuser d'arrêter un plan : C. com., art. L. 628-8. Le tribunal arrête le plan dans les conditions prévues en procédure de sauvegarde de droit commun, c'est-à-dire conformément aux dispositions de l'article L. 626-31.

1611 Le tribunal retrouve de tels pouvoirs lorsque l'un des comités des créanciers ou l'assemblée des obligataires ne se sont pas prononcés dans un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure ou lorsque le tribunal n'a pas arrêté le plan en application de l'article L. 626-31 du Code de commerce.

1612 M.-L. Coquelet, *op. cit.*, Dalloz, HyperCours, 6e éd., 2017, n° 426, p. 306.

1613 E. Balemaken, Le juge et le sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit OHADA et en droit français, ss. la dir. de P. Crocq, Thèse, Paris II, 2013, n° 316, p. 131.

1614 *Ibid.*

1615 C. com., art. L. 626-31, al 1er.

1616 C. com., art. L. 626-1, al 1er.

L'analyse des textes permet donc de révéler les similitudes entre les contrôles opérés par le juge en cas de demande d'homologation de l'accord de conciliation et lors de l'arrêté d'un plan. Cependant, il n'est pas possible de conclure à une équivalence parfaite des jugements.

183. L'impossible qualification de jugement d'homologation. L'homologation de l'accord de conciliation entraîne un contrôle important du tribunal car elle n'est possible qu'à certaines conditions et produit dès lors des effets énergiques[1617]. En ce sens, elle peut être rapprochée de l'arrêté d'un plan. Une différence fondamentale entre les deux actions du tribunal sur le plan et sur l'accord de conciliation est cependant susceptible de mettre en doute leur pleine assimilation. En effet, l'empreinte judiciaire sur le résultat des négociations paraît plus importante dans le cadre des procédures collectives puisqu'à la différence du refus d'homologation ne faisant pas disparaître l'accord, le refus d'arrêter le plan entraîne la reprise de la procédure, dans les conditions prévues aux articles L. 626-5 à L. 626-7 du Code de commerce[1618]. Dans cette hypothèse, la liberté au sein des négociations est donc mise à mal par la décision judiciaire car les contraintes imposées par le tribunal dans les plans de droit commun, selon les articles L. 626-12, L. 626-18 à L. 626-20 du Code de commerce[1619], sont de nouveau applicables.

Concrètement, dans le cas d'un accord de conciliation dont l'homologation a été refusée par le tribunal, les parties seront seulement privées des effets attachés à l'homologation puisque le refus d'homologuer l'accord ne remet pas en cause l'acte[1620]. En d'autres termes, les conditions légales de l'article L. 611-8 II du Code de commerce ne sont pas des conditions de validité de l'acte. Par exemple, le fait que l'accord soit « *de nature à assurer la pérennité de l'activité* »[1621] n'est pas une condition de sa validité[1622]. Aussi, « *la conciliation est encore un cadre pouvant accueillir des accords ne mettant*

1617 C. com., art. L. 611-8, II. Le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements ou l'accord conclu doit y mettre fin. Les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires.

1618 C. com., art. L. 626-34. La procédure reprise est celle de droit commun de consultation des créanciers.

1619 Durée du plan fixée par le tribunal, imposition de délais uniformes, etc.

1620 Cette remarque vaut également en cas de refus de constatation de l'accord.

1621 C. com., art. L. 611-8-II, 2°.

1622 En ce sens : B. Thullier, « Accords ni constatés, ni homologués ; remise en cause des accords » in *La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107, spéc. p. 109.

pas fin aux difficultés sans que leur validité soit en cause »[1623] alors que les plans des procédures collectives – et ce même dans le cadre des comités des créanciers – demeurent entourés de règles strictes.

Au final, la distinction entre le traitement amiable et le traitement judiciaire quant au rôle du juge dans le traitement négocié des difficultés peut sembler être dépassée à certains égards. L'opposition traditionnelle des solutions amiables obéissant à une logique contractuelle et la solution judiciaire imposée en procédure collective perd de plus en plus de son intensité en raison de l'interpénétration des méthodes entre les procédures.

On assiste également au métissage entre les différentes procédures dans le cadre des plans de cession avec la diminution des pouvoirs du tribunal et l'instauration de l'organisation de la cession dans les textes relatifs aux procédures amiables.

2. Les pouvoirs du tribunal diminués dans le plan de cession

La loi du 26 juillet 2005 a également opéré un changement important, mais non fondamental, en ne permettant plus au tribunal d'imposer des contrats non sollicités par le candidat repreneur **(a)**. Si cette modification textuelle emporte une perte ponctuelle de pouvoir du juge, l'instauration du *prepack*-cession a des effets plus marqués encore sur l'intervention judiciaire **(b)**.

a) Cession judiciaire des contrats et diminution ponctuelle des pouvoirs du tribunal

184. L'impossibilité pour le tribunal d'augmenter les charges souscrites par le cessionnaire. Dans le droit antérieur à la loi de sauvegarde de 2005, le pouvoir du tribunal était important puisqu'il pouvait imposer à un cessionnaire des charges autres que les engagements qu'il avait souscrits. En effet, l'ancien article L. 621-63, alinéa 3 du Code de commerce, interdisant de telles charges, posait dans le même temps un certain nombre d'exceptions dont celle relative à la cession

1623 B. Thullier, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107, spéc. p. 109.

judiciaire des contrats[1624]. Mais la loi du 26 juillet 2005 a modifié le principe et ses exceptions dans un nouvel article L. 626-10, alinéa 3 du Code de commerce[1625], dans lequel ne figure plus l'exception de la cession judiciaire des contrats. En conséquence, depuis la réforme de 2005, le tribunal ne peut plus imposer au cessionnaire des contrats autres que ceux qu'il s'est engagé à prendre. De plus, le nouvel article L. 642-2, II, 1° du Code de commerce[1626] exige que l'offre du cessionnaire comporte l'indication des « *contrats inclus dans l'offre* ». Le tribunal ne pourra donc déterminer les contrats à céder qu'au regard des contrats mentionnés dans l'offre. Enfin, si le tribunal ne respecte pas l'exigence posée à l'article L. 626-10, alinéa 3, le cessionnaire peut interjeter appel[1627].

Cette solution a été adoptée dès 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui rejeta un pourvoi au motif que : « *c'est par une exacte interprétation des dispositions combinées des articles L. 626-10, alinéa 3, L. 642-2, II, et L. 642-7 du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises que l'arrêt retient que le tribunal ne peut imposer au repreneur la cession de l'un des contrats autorisés par l'article L. 642-7 précité dont l'exécution aggraverait les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation de son offre qui ne mentionnait pas la reprise de ce contrat* »[1628]. En ce sens également, un arrêt plus récent de la Cour de cassation, en date du 3 mai 2016, énonce que le tribunal de la procédure collective ne commet pas un excès de pouvoir en ne retenant pas sa compétence pour statuer sur la cession d'un contrat de sous-location non compris dans une offre qui incluait, au contraire, le bail principal[1629]. De telles solutions doivent être approuvées : le tribunal ne saurait imposer à un cessionnaire des obligations qu'il n'a pas acceptées. En cela, une partie majoritaire de la doctrine considère que la modification textuelle mérite l'approbation.

185. Une limitation du pouvoir du tribunal approuvée par une partie de la doctrine. La modification du droit en matière de cession judiciaire des contrats est satisfaisante à de nombreux égards. Ainsi, Madame la Professeure Pérochon relève-t-elle une « *amélioration considérable de la sécurité juridique et du sérieux du plan* », en considérant notamment que « *le repreneur, qui exécutera le plan* […] *à*

1624 C. com., art. L. 621-88, anc., devenu C. com., art. L. 642-7, al. 2 : « Le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats, même lorsque la cession est précédée de la location gérance prévue à l'article L. 642-13 ».

1625 Modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, l'alinéa 3 de l'article L. 626-10 du Code de commerce énonce que : « Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation, sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 626-3 ».

1626 C. com., art. L. 621-85, anc.

1627 C. com., art. L. 661-6, III. Notons qu'il est également possible au cocontractant d'interjeter appel de la partie du jugement qui emporte cession du contrat.

1628 Com. 15 déc. 2009, n° 08-21235, *LEDEN* fév. 2010, p. 6, obs. O. Staes ; *D.* 2010, p. 11, obs. A. Lienhard ; *Procédures* 2010, comm. 42, note B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* 2010, n°2, comm. 60, note Ph. Roussel Galle et F. Pérochon ; et comm. 76, note J.-J. Fraimout ; *Rev. proc. coll.* 2010, n°3, comm. 96, note P. Cagnoli.

1629 Com. 3 mai 2016, n° 14-20895, *BJE* 2016, n°5, p. 331, note L. Le Mesle.

ses risques, est assurément le meilleur juge de l'utilité des contrats pour son entreprise »[1630]. Cette position est également défendue par Monsieur le Professeur Le Corre qui considère que « *le repreneur est plus à même que n'importe qui pour déterminer les contrats dont il a besoin pour assurer la poursuite de l'activité* »[1631]. À ce titre, la solution passée pouvait faire douter de la longévité d'un contrat dont le repreneur ne voulait pas[1632]. La nouveauté instaurée par la loi du 26 juillet 2005 est d'autant plus opportune qu'elle ne diminue les pouvoirs du tribunal qu'à titre exceptionnel. C'est en ce sens que Madame la Professeure Saint-Alary-Houin observe que le tribunal est toujours libre de choisir les contrats qui doivent être cédés dès lors qu'ils sont compris dans l'offre de cession[1633].

Plus encore, Madame la Professeure Thullier se félicite de « *ce retour sinon total du moins partiel au droit commun : certes le consentement du contractant cédé n'est toujours pas requis mais celui du cessionnaire est désormais nécessaire* »[1634].

En réalité, c'est dans un souci de sécurité des transactions que seuls les contrats visés par le plan font désormais l'objet d'une cession forcée[1635].

Cette diminution de l'office du juge est plus prégnante encore depuis l'instauration du *prepack*-cession lors de la réforme de 2014.

b) *Prepack*-cession et diminution générale des pouvoirs du tribunal

186. L'instauration du « *prepack cession* » permet un examen rapide des offres. L'instauration dans les textes d'une cession préparée, en amont, au cours d'une procédure

1630 F. Pérochon, *op. cit.*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 1272, p. 575.

1631 P.-M. Le Corre, *op. cit.*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 582-572, p. 1914.

1632 B. Thullier, « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde : moins de pouvoirs pour le juge », *D.* 2006, n°2, p. 130.

1633 C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 1311, p. 860.

1634 B. Thullier, « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde : moins de pouvoirs pour le juge », *D.* 2006, n°2, p. 130, spéc. p. 131. L'auteur relève également que procède du « même mouvement de rapprochement du droit commun », le fait pour le tribunal de ne plus pouvoir imposer de délai au contractant cédé selon l'article L. 642-7 du Code de commerce.

1635 C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 1314, p. 863.

amiable[1636], est l'un des apports majeurs de la réforme du 12 mars 2014[1637]. L'amélioration du plan de cession fait, ici, la part belle à la liberté contractuelle en permettant l'arrêté immédiat du plan préparé en mandat *ad hoc* ou en conciliation.

Dans le cadre d'un plan de cession traditionnel, si le tribunal envisage la cession partielle ou totale de l'entreprise[1638], il autorise la poursuite de l'activité et fixe le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur judiciaire lorsqu'il en a été désigné[1639]. Le Code de commerce prévoit, désormais, que si les offres formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur remplissent les conditions légales et sont satisfaisantes, le tribunal peut décider de ne pas fixer le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné[1640]. Une telle possibilité permet un gain de temps non négligeable, favorisant la diminution des coûts de la procédure[1641]. La date d'audience d'examen des offres sera fixée dès l'ouverture de la procédure collective[1642], sans date limite de dépôt des offres. En pratique, le tribunal fixera dans les plus brefs délais une date d'audience en adéquation avec le délai imposé légalement de quinze jours de convocation des contractants pour lesquels le contrat ou la sûreté sont susceptibles d'être transférés[1643].

187. Le contrôle du tribunal sur des offres d'ores et déjà reçues par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur. Il semble que le tribunal appréciera la régularité des offres au vu du rapport du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur lors de l'audience d'ouverture[1644]. L'article L. 642-2, alinéa 2 du Code de commerce précise, d'ailleurs, que le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur doivent rendre compte au tribunal des démarches effectuées en vue de recevoir des offres de reprise. Selon le

1636 C. com., art. L. 611-7, al. 1er.

1637 Pour une analyse complète : M. Douaoui-Chamseddine, « Le prepack cession dans les procédures collectives », *RLDA* juin 2014, n° 94, p. 69 ; C. Vincent, « La faillite du plan de cession (ou les incidences du prepack-cession) », *D.* 2015, n° 10, p. 577.

1638 En liquidation judiciaire et en sauvegarde, seul le tribunal est compétent pour fixer la date limite de dépôt des offres alors que ce rôle est confié à l'administrateur judiciaire en redressement judiciaire : C. com., art. L. 642-2, I, al. 1er, auquel renvoie l'art. L. 626-1, al. 3, et R. 631-39, al. 1er.

1639 C. com., art. L. 642-2, al. 1er.

1640 C. com., art. L. 642-2, I, al. 2. En raison de la confidentialité qui entoure la négociation des accords de cession en procédure amiable, le texte exige que le ministère public émette un avis sur les offres de reprises reçues par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur.

1641 J.-J. Fraimout, « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *in 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives*, *Rev. proc. coll. 2014*, n° 2, p. 51, spéc. p. 53.

1642 C. com., art. R. 642-1, al. 3. La fixation de la date d'audience dès l'ouverture de la procédure permet un examen des offres et une prise de décision rapides.

1643 C. com., art. R. 642-7.

1644 Th. Montéran et M. Mieulle, « Le vade-mecum du plan de cession "prepack" », *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 164, spéc. p. 171.

Rapport du Sénat, « *il s'agit alors de permettre au tribunal de se prononcer sur la cession de la façon la plus éclairée possible en statuant sur l'offre ainsi proposée, de sorte que l'acceptation de cette offre ne se fasse pas au détriment des intérêts de l'entreprise elle-même ou des droits de ses créanciers* »[1645].

Le contrôle du tribunal sur les offres est donc plus ténu que dans le cadre classique de la cession puisqu'il ne choisira pas le cessionnaire. La préparation du plan en amont de la procédure collective permet, en effet, une association plus forte du débiteur et des créanciers à la négociation de la reprise de l'entreprise. Ce d'autant qu'une cession partielle ou totale de l'entreprise pré-négociée ne peut être envisagée qu'à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants à la conciliation[1646]. Autrement dit, dans l'hypothèse où un plan de cession a été pré-négocié, le tribunal n'est pas tenu de prononcer le maintien de l'activité, ni, comme on l'a vu[1647], de fixer le délai du dépôt des offres de reprise. Il pourra donc arrêter un plan de cession partielle ou totale reprenant les termes de la cession pré-négociée par les parties, et ce dans les jours ou les semaines suivant le jour du jugement d'ouverture, selon l'état d'avancement du plan de cession pré-négocié[1648]. Le travail du juge se rapproche ici aussi d'une « homologation » du plan de cession.

On ne peut toutefois pas conclure à une absence totale de contrôle judiciaire car le tribunal doit vérifier que les offres remplissent les conditions légales et sont satisfaisantes.

Conclusion de la section. L'évolution du rôle du juge, en procédure amiable et judiciaire, a mis en lumière les interpénétrations croissantes entre ces procédures. Si l'accord de conciliation est le résultat d'une négociation libre entre le débiteur et ses principaux créanciers, le contrôle judiciaire a été renforcé au fil des réformes lors de sa formalisation. À l'inverse, le plan est certes le fruit d'une décision judiciaire, mais il présente désormais des aspects contractuels nombreux quant à son élaboration, notamment dans le cadre des comités des créanciers.

1645 Rapp. Sénat n° 90 du 21 oct. 2015.

1646 C. com., art. L. 611-7, al. 1er.

1647 V. *Supra*, n° 186. C. com., art. L. 642-2, I, al. 2. a

1648 M. Douaoui-Chamseddine, *art. cit.*, *RLDA* juin 2014, n° 94, p. 69.

Conclusion du Chapitre

Dans une matière empreinte d'ordre public où la place faite à l'accord et aux volontés individuelles qui le portent est grandissante, un contrôle judiciaire sur les négociations et leur résultat est néanmoins indispensable. L'analyse des moyens d'action du juge dans le traitement négocié des difficultés d'une entreprise a permis de révéler les nouvelles formes de son intervention en tant que « juge-entraîneur » et « juge-pacificateur ». Il intervient à la fois en encourageant le dialogue entre le débiteur et ses créanciers afin de favoriser le succès des négociations et en contrôlant celles-ci dans le but de les sécuriser.

Aussi, bien que son intervention demeure à géométrie variable suivant la procédure, l'évolution des pouvoirs du juge permet de constater que sa fonction transcende la distinction traditionnelle entre les procédures amiables et les procédures judiciaires. La nouvelle « vague de contractualisation » des procédures collectives, révélée par l'ampleur de la négociation, depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 se conjugue, en effet, avec une judiciarisation des mesures amiables. La nouvelle partition du rôle des intervenants, et notamment celle du juge, illustre ainsi cette imbrication du « judiciaire » et du « contractuel ». Elle manifeste aussi et surtout les nouveaux équilibres entre les différents acteurs.

Conclusion du Titre 2

Le droit des entreprises en difficulté est le siège de nombreux intérêts antagonistes, inhérents à la matière, qui s'apparente à une voie d'exécution collective. La promotion de la négociation s'est accompagnée d'un rééquilibrage des rapports de force entre les différents protagonistes des procédures. La percée de la négociation réconcilie, en effet, à certains égards ces intérêts pourtant, de prime abord, inconciliables. Le débiteur et ses créanciers jouent désormais une nouvelle partition à la table des négociations pour trouver un terrain d'entente.

Certaines participations au traitement négocié des difficultés sont encouragées. Les créanciers sont incités à participer davantage à l'accord en conciliation et aux comités en procédure collective. Le privilège de *new money* confère, par exemple, une priorité de paiement en cas de procédure collective ultérieure pour tout créancier apporteur d'un nouvel apport en trésorerie ou un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité dans le cadre d'une conciliation ayant donné lieu à un accord homologué. Même si elles sont limitées aux grandes entreprises[1649], les dispositions relatives aux comités des créanciers renforcent également l'association des créanciers dans le traitement négocié des difficultés, ce qui assure un meilleur équilibre avec les droits du débiteur et favorise le succès des négociations. Dans cette hypothèse des comités, l'une des principales innovations est de pouvoir proposer des plans de continuation concurrents à celui du débiteur. Ce retour en force des créanciers est d'autant plus légitime que les procédures collectives leur imposent des sacrifices d'ordre public, dérogatoires à la loi du contrat. Parallèlement, toujours pour favoriser les négociations, certaines dispositions viennent responsabiliser les associés et les actionnaires. Ils sont notamment encouragés à participer à une éventuelle augmentation de capital dans le cadre de l'élaboration du plan. La cession forcée par le tribunal des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital est également possible lorsque le redressement de l'entreprise le requiert. De telles nouveautés participent assurément d'un rééquilibrage des rapports de force au sein des négociations.

D'autres participations demeurent toutefois insuffisantes. Si les créanciers publics, au travers des Commissions des chefs des services financiers, peuvent remettre des dettes publiques,

[1649] La constitution des comités en deçà des seuils légaux peut être demandée au juge-commissaire par le débiteur ou l'administrateur.

une telle décision ne repose pas sur un débat contradictoire. De même, les salariés sont les grands absents du processus négocié des difficultés des entreprises. Outre la question de savoir quand il y a lieu d'informer les représentants du personnel au cours d'une conciliation, il reste que les textes ne prévoient pas de les intégrer dans les négociations des accords ou des plans. Des propositions ont donc été faites afin d'aller plus loin dans l'implication de ces protagonistes.

Ces nouveaux équilibres constatés dans les rapports entre le débiteur et ses créanciers influent nécessairement sur le poids du juge dans le traitement des difficultés. On pourrait s'arrêter au constat de la diminution de son office en contrepartie du renforcement du rôle du débiteur et de ses créanciers. Mais l'analyse de ses prérogatives fait constater, au contraire, un rôle actif de cet acteur dans le traitement négocié des difficultés des entreprises. Le législateur a en effet diversifié les formes de son intervention. Le juge apparaît comme un catalyseur des discussions entre les parties, notamment au moyen de ses convocations et de ses investigations. De la même manière, en dehors de sa fonction pacificatrice, le juge est aussi un garant de l'ordre public et contrôle, à cet effet, le bon déroulement des négociations et leur résultat. Le renouveau de son office permet également de mettre en lumière l'hybridation des procédures amiables et collectives au regard des prérogatives nouvelles qu'il exerce dans chacune de ces procédures. Quoi qu'il en soit, les équilibres entre les acteurs apparaissent améliorés avec la place grandissante faite à la négociation en droit des entreprises en difficulté.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

Depuis la réforme de 2005, l'accent est mis sur la négociation en droit des entreprises en difficulté. L'analyse de son domaine permet d'affirmer l'existence d'un mouvement d'expansion de ce mécanisme au sein des procédures amiables et collectives. Cette intégration de la négociation dans une matière fortement teintée d'ordre public entraîne inévitablement des modifications des équilibres existants.

La faveur faite à la négociation au fil des réformes a en effet modifié la physionomie des procédures. On assiste alors à une hybridation de celles-ci : d'un côté, on observe que le juge n'est plus totalement absent des procédures dites amiables ; d'un autre, les procédures collectives, placées traditionnellement sous le contrôle du juge, n'ignorent plus non plus les vertus des processus de discussion amiables. Par ailleurs, l'instauration des procédures de sauvegarde accélérée et de sauvegarde financière accélérée dans l'architecture des procédures collectives illustrent le pont existant désormais entre les procédures amiables et les procédures judiciaires. C'est dans ce mouvement que la pratique du *prepack* cession fait son apparition. Elle consiste à préparer, dans le cadre d'une conciliation, une solution de reprise de l'entreprise par un tiers, qui sera mise en œuvre par la suite dans le cadre d'une procédure collective.

La partition pour le juge[1650], le débiteur et les créanciers dans le traitement des difficultés a, par conséquent, également changé. Dans une certaine mesure, les rapports de force tendent à s'équilibrer : la négociation provoque la rencontre d'intérêts opposés permettant d'atteindre des équilibres. On songe au débiteur qui, en se voyant offrir des outils optimisés et des outils nouveaux de résolution de ses difficultés, devient l'artisan de son propre redressement. L'esprit des récentes réformes témoigne de cette évolution importante : le débiteur n'est plus considéré comme un dirigeant malhonnête à évincer du marché. On songe ensuite aux créanciers, également au cœur des préoccupations du législateur qui leur confère de nouveaux pouvoirs afin de maintenir leur confiance, condition primordiale d'obtention des crédits nécessaires à l'entreprise. L'instauration des comités de créanciers est un exemple topique de la volonté du législateur de les associer pleinement à l'élaboration du plan destiné à mettre fin aux difficultés. La réforme de 2014 a déplacé

[1650] L'expression est empruntée à Madame la Professeure M.-L. Coquelet, « Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? *», in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance?*, Actes du colloque organisé par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 84.

encore davantage le curseur en leur faveur puisqu'ils ont désormais la possibilité de proposer des plans concurrents à celui élaboré par le débiteur. Au final, témoins d'un fonctionnement plus horizontal du traitement des difficultés, les différents instruments dans lesquels s'inscrit la négociation semblent répondre à une logique de répartition des rôles plus équilibrée.

Si la négociation modifie les procédures, et par là même les équilibres du droit des entreprises en difficulté, en est-il de même s'agissant de l'essence même de la matière ? L'analyse de la promotion de la négociation au sein des procédures et de ses effets sur leur fonctionnement doit donc nécessairement s'accompagner de l'étude de sa portée sur certaines valeurs du droit des entreprises en difficulté.

SECONDE PARTIE. LA NÉGOCIATION, PORTEUSE DE RENOUVELLEMENT DE VALEURS

Si les remèdes aux difficultés des entreprises relèvent de la politique économique d'un État, depuis la loi du 26 juillet 2005 et ses réformes successives, le législateur français a, semble-t-il, souhaité renforcer la négociation au sein des procédures amiables et collectives. L'analyse des dispositions légales régissant les « procédures négociées » suppose de ne pas s'arrêter au constat de l'existence d'un rééquilibrage des procédures et du rôle joué par le débiteur et ses partenaires. Il faut en effet s'interroger sur ce que ce constat révèle de l'évolution des valeurs et des principes fondamentaux régissant la matière.

La « valeur » est un terme polysémique, difficile d'appréhension. Le droit et les valeurs sont indissociables : le droit promeut des valeurs et inversement les grandes notions du droit tirent des valeurs une part importante de leur signification[1651]. En effet, de nombreux concepts juridiques[1652] portent « *des significations symboliques, des justifications, des espérances, des positions idéologiques, en bref des valeurs* »[1653]. Contrairement aux choses, les valeurs sont immatérielles, d'où la difficulté de les saisir[1654]. On peut les définir comme « *des qualités désirées, qui appartiennent à un monde idéél et qui servent de critères pour les jugements portés sur la réalité* »[1655]. Dans le cadre de l'étude, elles sont davantage entendues dans le sens courant, à savoir le « caractère de ce qui est important », de ce qui sert « de référence »[1656]. En d'autres termes, c'est la « vision » défendue en la matière par le législateur, ce sur quoi il souhaite insister lorsqu'il fait une place plus conséquente à la négociation pour traiter

[1651] E. Dockès, *Valeurs de la démocratie – huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004, p. 1.

[1652] De grands concepts comme la *«* liberté *»*, l' *»* égalité *»*, le *«* contrat *»* ou encore la *«* propriété *»*.

[1653] E. Dockès, *op. cit.*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004, p. 2.

[1654] C. Grzegorczyk, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, coll. *«* Bibliothèque de philosophie du droit *»*, t. 25, 1982.

[1655] T. Sachs, *La raison économique en droit du travail : contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, préf. G. Borenfreund, LGDJ, 2013, n° 28, p. 24.

[1656] V° *Valeur*, Définition du Petit Robert.

des difficultés des entreprises. Selon Sartre, « le système de valeurs d'une société reflète sa structure». Le projet est donc d'analyser les fondements structurant la matière, ce qui la constitue.

La négociation, parce qu'elle implique nécessairement l'abandon de certains droits fondamentaux, illustre une certaine adaptation de la conception libérale au sein du droit des entreprises en difficulté. La promotion de la négociation a tout d'abord entraîné un ébranlement des valeurs traditionnelles en bouleversant, d'une part, certains principes de la matière, et en remettant en cause, d'autre part, la légitimité du traitement exclusivement judiciaire. Il convient, dès lors, de saisir l'articulation entre les traitements négociés et certains « piliers » du droit des entreprises en difficulté **(Titre 1**). Elle a ainsi mis en exergue le passage d'un droit imposé à un droit négocié. Dans cette perspective, s'interroger sur le changement de conception de la matière implique d'observer les nouvelles valeurs véhiculées par la négociation. Elle invite, à cet effet, à se demander si le pari du législateur contre la lutte des défaillances d'entreprises est en voie d'être atteint par ce nouveau prisme. Si les instruments à la disposition du débiteur sont plus attrayants qu'auparavant, et permettent, à certains égards, de voir émerger une culture de la négociation, certaines améliorations sont attendues aux fins d'inciter le débiteur et ses créanciers à y recourir. En ce sens, il convient de s'interroger sur d'autres mécanismes permettant d'aller encore plus loin dans l'avènement de la négociation en droit des entreprises en difficulté et ainsi dans le changement de perspectives du législateur **(Titre 2)**.

Titre 1. L'ébranlement de valeurs traditionnelles par la négociation

Titre 2. L'émergence de nouvelles valeurs grâce à la négociation

TITRE 1. L'ébranlement de valeurs traditionnelles par la négociation

L'examen des dispositions légales fait apparaître un essor de la négociation pour régler les difficultés des entreprises au sein des différentes procédures. Cette transformation du droit des entreprises en difficulté accompagne un mouvement plus général qui tend au changement de ses finalités, qui ne sont plus fondamentalement répressives, et à l'élargissement de son champ d'application. En effet, alors que, par le passé, les procédures de traitement des difficultés des entreprises étaient des techniques de sanction, elles sont devenues une faveur. De même, aujourd'hui, elles concernent un champ d'application diversifié tant du point de vue des difficultés que des débiteurs appréhendés[1657]. Il en ressort une diversité croissante des instruments à la disposition des débiteurs[1658]. Ce constat invite à mener une réflexion sur les effets qui sont produits sur certains principes structurants de la matière. Non envisagés dans cette étude du côté des principes généraux du procès civil, ces principes sont des règles qui fondent la matière. Le droit des entreprises en difficulté repose notamment sur l'effet réel des procédures collectives[1659], la discipline collective, les sanctions professionnelles ou encore sur l'état de cessation des paiements. Avec la montée de la négociation en cette matière, de tels principes sont confrontés à d'autres principes comme la liberté contractuelle. Un autre élément qui caractérise le droit des entreprises en difficulté est le fait que le traitement des difficultés relève entièrement de l'autorité judiciaire. La négociation est, par là, source de bouleversement du caractère judiciaire du traitement puisque la résolution des difficultés est réalisée principalement par les parties.

Si la mutation du droit des entreprises en difficulté vers un accroissement de la négociation permet d'apprécier l'altération de certaines valeurs du droit des entreprises en difficulté, elle ne les fait pas disparaître pour autant. C'est donc davantage un « ébranlement » des valeurs - dans le sens de « secousse », de « déstabilisation » - que la négociation crée.

[1657] Il existe désormais des dispositifs de traitement de la défaillance tant des entreprises, personnes morales ou entrepreneurs individuels, que des particuliers ; du commerçant aux activités professionnelles indépendantes.

[1658] Mandat *ad hoc*, conciliation, sauvegarde et redressement judiciaire avec ou sans comités de créanciers, SFA, PSA, liquidation judiciaire et liquidation judiciaire simplifiée, plan conventionnel de redressement des particuliers, etc.

[1659] Le dessaisissement du débiteur découle de l'effet réel. Ce dernier peut être défini comme l'effet de saisie des biens du débiteur par la collectivité de ses créanciers et la mise en œuvre de leur gage commun dans la procédure collective. V. M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective*, Litec, 2001.

Les traitements négociés plus souples, semblent en effet faire reculer *a priori* les règles impératives, portant l'empreinte de l'ordre public, et le principe général d'égalité entre les créanciers. En considération de la place faite à la négociation, une appréciation de l'ébranlement de ces deux principes traditionnels du droit des entreprises en difficulté peut permettre de comprendre la transformation du droit des entreprises en difficulté **(Chapitre 1)**.

Il en est de même de la conception traditionnelle de l'autorité du juge. La place grandissante de la négociation permet d'ouvrir à nouveau le débat sur la nécessité du maintien d'un recours exclusif à l'autorité judiciaire pour le traitement des difficultés des entreprises. Certains envisagent en effet la mise en oeuvre d'une voie amiable, alternative au traitement judiciaire. Malgré le choix du législateur de laisser au juge le traitement de la défaillance des entreprises, la conception marquée de l'autorité du juge se trouve ébranlée **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1. L'ébranlement de principes fondateurs traditionnels

Chapitre 2. L'ébranlement de la conception traditionnelle de la figure du juge

Chapitre 1. L'ébranlement de principes fondateurs traditionnels

Avec la place importante faite à la négociation sont apparus de nouveaux équilibres au sein des procédures et entre les acteurs du traitement des difficultés des entreprises. De telles évolutions ont nécessairement un impact sur la manière dont s'est structurée la matière. En considération de celles-ci, il convient d'observer les éventuels changements affectant certains des principes structurants du droit des entreprises en difficulté. En premier lieu, il est possible d'entreprendre une analyse sur l'ébranlement du caractère d'ordre public qu'on lui attribue volontiers. Il est en effet courant d'affirmer que l'ordre public économique est enraciné en droit des entreprises en difficulté, tant en raison de la place qu'occupe le juge, qu'en raison de la nécessaire conciliation des intérêts qui sont en cause. Naturellement, le processus négocié développe un espace d'autonomie pour les parties et tend, corrélativement, à rétrécir le champ du droit imposé. En second lieu, le développement de la négociation semble affecter le principe général d'égalité des créanciers, pilier du droit des entreprises en difficulté. Face aux difficultés d'une entreprise, les traitements mis en place tentent d'assurer que la situation du débiteur ne se détériore pas au détriment des créanciers. La protection de l'intérêt collectif des créanciers nécessite que ces derniers soient traités de manière égalitaire. Pour cette raison, ce principe est sans doute « *le plus fondamental* » des procédures collectives[1660] et justifie que l'on maintienne son impérativité. Sa teneur apparaît néanmoins affectée par le développement de la négociation qui se traduit par des répercussions certaines sur l'égalité en raison du traitement différencié qu'elle permet entre les créanciers[1661].

D'inégales importances, il s'agira donc de constater les atteintes portées à l'ordre public économique d'une part **(Section 1)** et au principe général d'égalité des créanciers d'autre part **(Section 2) ;** l'un et l'autre subissant la faveur grandissante faite aux volontés individuelles.

[1660] O. Franco, L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité, préf. E. Claudel, LGDJ, 2016, n° 539, p. 372.

[1661] Sur l'évolution générale du principe d'égalité : Rapp. pub. du Conseil d'État en 1996 sur le principe d'égalité, La Documentation française, Etudes et documents, n° 48, 1997.

Section 1. L'ordre public économique altéré

Au fil des réformes, le législateur a restreint les règles impératives qu'il avait créées à l'origine tout en renforçant les prérogatives contractuelles des acteurs du traitement de la défaillance de l'entreprise. Dérèglementer, conduit moins à supprimer certaines règles, qu'à laisser se développer des règles qui ne relèvent pas de l'hétéronomie[1662]. Ainsi un auteur a-t-il souligné l'apparition, à côté d'« *un ordre public de la règle* », d'« *un ordre public de la régulation* »[1663]. En effet, l'impérativité moindre de la loi ne s'achève pas dans un désengagement de la part de l'État, mais plutôt dans un changement de son intervention : un encadrement légal des procédures négociées subsiste donc. Autrement dit, la dilution de l'ordre public économique **(§1)**, si elle semble pouvoir être observée, fait place en réalité à de nouveaux mécanismes d'ordre public. Pour répondre au besoin de sécurité juridique des parties aux négociations, le législateur est en effet venu associer à ce mouvement, une dimension judiciaire en renforçant les pouvoirs du juge et du ministère public. En cela, leur rôle est révélateur de la portée que peut avoir leur mission de protection de l'ordre public économique. Cette judiciarisation[1664] des procédures fait ainsi réapparaître autrement l'ordre public **(§2)**.

§ 1 La dilution de l'ordre public économique

L'intervention étatique dans la vie économique a fait émerger un ordre public économique dont les traits sont différents de l'ordre public classique **(A)**. En droit des entreprises en difficulté, cet ordre public économique a également évolué au regard des nouvelles finalités poursuivies par ce droit. On constate donc une dilution de l'ordre public, dans le sens « d'un effacement progressif de ses formes »[1665]. En effet, la prééminence du sauvetage de l'entreprise va se traduire désormais par des règles moins coercitives que par le passé (**B**).

1662 A.-F. Zattara-Gros, *«* La contractualisation du droit des entreprises en difficultés *»*, *in* Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 623, spéc. p. 625.

1663 X. Lagarde, *«* Transaction et ordre public *»*, D. 2000, n ° 14, p. 217.

1664 La judiciarisation est le phénomène inverse à la déjudiciarisation : il conduit à soumettre au juge des situations ne relevant pas classiquement de la sphère judiciaire : v. L. Sautonie-Laguionie, *«* La "déjudiciarisation" du traitement des difficultés *»*, *in* Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire ou révélateur ?, ss. la dir. de F. Macorig-Venier, Actes du colloque du CDA du 16 mars 2017, PU Toulouse, 2017, p. 171.

1665 V° *Dilution*, Dictionnaire de l'Académie française, Le trésor de la langue française informatisé, disponible en ligne.

A. L'intervention étatique dans la vie économique des entreprises en difficulté

En raison de l'intervention étatique dans la vie économique, l'ordre public est devenu progressivement économique. L'ordre public est en effet évolutif car il s'adapte aux évolutions d'une branche du droit et d'une société **(1).** Le droit des entreprises en difficulté présente cette particularité d'être un droit fortement teinté d'ordre public et entrant intrinsèquement dans le champ économique **(2)**.

1. L'ordre public, une notion évolutive

188. Les caractères de l'ordre public classique. L'ordre public est une notion qui ne répond à aucune définition précise et a donné lieu à de nombreuses théories[1666]. Applicable à de nombreux domaines, l'ordre public connaît des manifestations traditionnelles : il est composé d'un ensemble de règles impératives, considérées comme essentielles pour un ordre juridique donné. Il désigne, en effet, un « *ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique,* […] *de la volonté privée* »[1667]. En droit privé, il est généralement défini comme un interdit social qui restreint la liberté contractuelle et marque qu'il existe, au-dessus des intérêts particuliers, des intérêts généraux que le pouvoir de la volonté ne saurait méconnaître[1668]. En effet, dans un système juridique, il existe un ordre de « valeurs supérieures » auxquelles les conventions particulières ne peuvent porter atteinte[1669]. L'ordre public repose ainsi sur une hiérarchie de valeurs. L'ordre public est classiquement décrit comme protégeant l'intérêt général. À cet égard, la définition de Planiol constitue une référence : une loi est d'ordre public « *toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un intérêt général, qui se trouverait compromis si les particuliers étaient libres d'empêcher*

1666 V. not. Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit comparé : France, Angleterre, URSS)*, Editions Matot-Braine, Reims, 1953 ; G. Farjat, L'ordre public économique, LGDJ, 1963.

1667 V° *Ordre public*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, 2018.

1668 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2018, n° 489, p. 569.

1669 *Ibid.*

l'application de la loi »[1670]. Malgré les difficultés de définition, l'ordre public correspond donc à l'affirmation d'une suprématie de la société sur l'individu[1671].

Cette définition se révèle néanmoins beaucoup plus risquée à notre époque, puisqu'il existe désormais aux côtés d'un ordre public défenseur de l'intérêt général, un ordre public protecteur des intérêts de catégories d'individus[1672]. Coexistent ainsi un ordre public de direction et un ordre public de protection, affaiblissant en conséquence la référence systématique à l'intérêt général. L'ordre public de direction est « *celui dans lequel l'État applique son autorité normative au maintien des institutions et à la conduite de sa politique*»[1673]. Le droit de la concurrence est un exemple typique de l'ordre public de direction. Sont d'ailleurs nulles les conventions qui ont pour objet ou pouvant avoir pour effet « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* »[1674]. L'ordre public de protection vise, quant à lui, à « *rétablir dans le contrat l'égalité d'avantages et de sacrifices que n'assurait pas le régime de liberté* »[1675]. À cet effet, le législateur règlemente des contrats dans lesquels les contractants sont dans un rapport inégalitaire comme ceux conclus entre un employeur et un salarié, un bailleur et un locataire ou encore un professionnel et un consommateur. Le droit de la consommation est ainsi fréquemment cité en exemple. Toutefois, la dichotomie de l'ordre public de direction face à l'ordre public de protection peut néanmoins apparaître inadéquate lorsque la règle impérative est à la fois de protection et de direction[1676].

Quoi qu'il en soit, en charge de la défense des intérêts essentiels de la société par référence à une table de valeurs, l'ordre public classique est une notion souple, adaptée aux besoins de

---

1670 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris : F. Pichon, 1900, n° 291 (réorganise le traité de : G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil. D'après le Traité de Planiol*, t. 1, Paris : LGDJ, 1956).

1671 J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 16e éd., 2014, n° 277, p. 286.

1672 J. Hauser et J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. civ., Dalloz, juin 2016, spéc. n°1, p.3. Selon ces auteurs, la notion d'ordre public est « vague », « relative dans le temps et l'espace ». Pour un autre auteur, la référence à l'intérêt général est, à cet égard, « équivoque » : B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », *in 1804-2004, Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, ss. la dir. de Y. Lequette et L. Leveneur, Dalloz, 2004, p. 473, spéc. p. 474.

1673 P. Catala, « À propos de l'ordre public », *in Le juge entre deux millénaires*, Mél. P. Drai, Dalloz, 2000, p. 511, spéc. p. 514.

1674 Com. 26 mai 1992, D. 1993, p. 57, note Ch. Hannoun : une clause est réputée nulle dans un contrat conclu entre un pompiste et une compagnie pétrolière lorsqu'elle prévoit, qu'à l'expiration de ce contrat, le pompiste doit restituer en nature les cuves prêtées car elle est de nature à le dissuader de contracter avec un autre fournisseur et constitue alors un frein à la concurrence.

1675 G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, n°156, p. 118.

1676 M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, n° 1039, p. 612. L'auteur rappelle à cet effet que même la Cour de cassation refuse le pouvoir de relever d'office un cas de nullité pour violation d'une règle d'ordre public de direction.

l'époque. Il est en ce sens « *relatif* »[1677] et « *mouvant* » [1678] car il « *dépend du moment, du lieu et de la matière considérés* »[1679]. Il dépend donc de la nature des situations considérées et subit l'influence de l'évolution des comportements et des esprits, traduisant son caractère évolutif[1680].

189. L'apparition d'un ordre public économique en droit français. Les profondes transformations liées au développement des fonctions dévolues à l'État ont modifié la signification de l'ordre public. Dans les années 1930, une conception nouvelle de l'ordre public apparaît : l'ordre public devient économique. Ripert est l'un des premiers à faire ce constat. Il souligne, en 1934, qu' « *il ne s'agit plus d'arrêter les conventions privées parce qu'elles porteraient atteinte à la chose publique, mais bien au contraire de les développer à la condition de les plier à l'ordre économique* »[1681]. Pour Ripert, l'ordre public devient une notion changeante puisqu' « *il ne s'agit plus des besoins permanents de l'État, de l'ordre d'une société stable. Il faut satisfaire aux besoins de l'heure* »[1682]. À la suite de cet article fondamental marquant la naissance du concept d'ordre public économique, Ripert explicite la notion : « *l'ordre établi par l'État pour la production, l'échange, la distribution des richesses sera bien de nature économique, mais ce sera tout de même un ordre public* […]. *Il y a désormais, à côté de l'organisation politique de l'État, une organisation économique, tout aussi obligatoire que l'autre. Il existe par conséquent un ordre public économique* »[1683].

Ultérieurement, d'autres auteurs français ont utilisé cette notion afin de révéler la nouvelle nature de l'ordre public. En 1953, Monsieur le Professeur Malaurie décrit l'ordre public économique comme un ordre public spécifique, sous lequel se cache une autre réalité[1684]. Celle-ci

1677 O. Franco, L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité, préf. E. Claudel, LGDJ, 2016, n° 73, p. 58.

1678 *Ibid.*

1679 *Ibid.*

1680 J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in Les notions à contenu variable en droit*, ss. la dir. de C. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 77 ; F. Terré, « Rapport introductif », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle,* Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 1996, p. 3, spéc. p. 4.

1681 G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* R*ecueil sur les sources du droit*, en l'honneur de François Gény., t. 2. : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris, Sirey, [1934], p. 347, spéc. p. 348. Notons qu'il existe un doute quant à l'année de publication. Les exemplaires conservés à la bibliothèque Cujas et à la bibliothèque François Mitterrand indiquent l'année 1935 alors que leurs catalogues respectifs font référence à l'année 1934.

1682 G. Ripert, *op. cit.*, Paris, Sirey, [1934], p. 347, spéc. p. 350. Ripert poursuit la comparaison avec l'ordre public « classique » : « Autrefois l'ordre public représentait l'élément stable de la société, le contrat la satisfaction temporaire des intérêts. Aujourd'hui le contrat est plus stable que la loi et la loi détruit volontairement cette stabilité qui lui paraît incompatible avec le mouvement économique. En même temps cette loi emprunte au contrat ses caractères de réalisation concrète. La convention privée ajustait par ses modalités les intérêts particuliers. Si elle ne peut plus faire cet ajustement, il faut bien que le législateur essaye lui-même de tout prévoir ».

1683 G. Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2e éd., 1948, n° 140, p. 255.

1684 Ph. Malaurie, Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S., Reims, éd. Matot-Braine, 1953, n° 78, p. 56 et 57.

est différente de l'ordre public traditionnellement associé aux bonnes mœurs et dont le rôle est moralisateur[1685]. La nouvelle tendance laisse, en effet, apparaître un ordre public différent, planifié par le législateur qui dirige et organise de plus en plus la vie économique[1686]. Dès lors, un contrat peut être sanctionné car contraire aux principes d'une économie saine, comme il pouvait l'être auparavant aux bonnes mœurs. En 1963, Gérard Farjat va plus loin en définissant l'ordre public économique comme « *l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat* »[1687]. Cette définition large entend que l'ordre public économique vise une organisation d'ensemble de l'économie avec notamment des prix imposés et plus généralement une réglementation stricte des biens et services, mais aussi une organisation des rapports sociaux et la préservation de la loyauté dans les rapports contractuels[1688]. Deux années plus tard, Savatier poursuit la définition en révélant l'originalité de ses caractères[1689]. Ordre « *mouvant* »[1690] car la politique économique doit perpétuellement s'adapter à la conjoncture, il est également caractérisé par l'opportunité[1691]. À ce titre, il trouble les juristes car, expose un autre auteur, « *l'économique commande le juridique, l'efficacité efface la régularité et l'opportunité prime la légalité* »[1692].

L'ordre public étant évolutif, un ordre public économique nouveau est apparu à la fin du XXe siècle.

190. L'évolution contemporaine de l'ordre public économique. L'un des points forts de l'évolution de l'ordre public coïncide avec celle de l'intervention de l'État au XXe siècle. Si cette intervention a pu être critiquée au nom des libertés[1693], l'ordre public a également été perçu comme « *novateur* »[1694] en ce qu'il aménageait le contenu de certains contrats dans un sens favorable à l'économie ou en vue de protéger la partie faible. Contrairement à l'ordre public classique qui se

1685 *Ibid.*

1686 *Ibid.*, n° 75, p. 55.

1687 G. Farjat, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 1963, n° 30, p. 38.

1688 Sur la définition extensive de l'ordre public économique proposée par Farjat : O. Franco, *op. cit.*, LGDJ, 2016, n° 75, p. 61.

1689 R. Savatier, « L'ordre public économique », *D.* 1965, chron., p. 37.

1690 *Ibid.*, p. 37, spéc. p. 39.

1691 *Ibid.*, p. 37, spéc. p. 41.

1692 C. Champaud, « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé », *in Les entreprises en difficulté, RJ COM* 1976, n° 9-10, n° spéc., p. 253, spéc. p. 255.

1693 G. Ripert, *op. cit.*, Paris, Sirey, 1934, p. 347, spéc. p. 350. L'auteur regrette que les « lois destinées à faire respecter l'ordre économique sont trop nombreuses ».

1694 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2018, n° 488, p. 563.

limitait à interdire en protégeant les institutions essentielles de la société contre les atteintes des contractants, l'ordre public économique ne se borne pas à interdire mais commande ou incite, en considération de l'intérêt général[1695]. En ce sens, il est le versant positif de l'ordre public, « *la loi ne se* [contentant] *pas de dire ce qu'il ne faut pas faire : elle dit ce qu'il faut faire* »[1696] ; et pourrait-on ajouter aujourd'hui, elle dit comment le faire.

La période intervenant après la Seconde Guerre Mondiale révèle, jusqu'aux années 1960, l'interventionnisme croissant de l'État dans le domaine économique. Lié à la reconstruction d'après-guerre, cet ordre public est offensif car il repose sur la soumission du contrat à des objectifs prédéterminés par l'État. De nouvelles figures juridiques apparaissent, remettant en cause le vocabulaire contractuel habituel, avec des contrats tels que le *contrat interdit*, le *contrat forcé*, le *contrat règlementé*, le *contrat suggéré* ou encore le *contrat contrôlé*[1697].

L'évolution s'est poursuivie à la fin du XXe siècle avec les bouleversements de la société que d'aucuns appellent néo-libérale, caractérisée par la promotion des libertés individuelles[1698]. Avec le passage d'une économie planifiée à une économie de marché[1699], l'ordre public économique change de finalité en étant moins directif[1700]. En somme, il s'affaiblit avec le regain de faveur de l'économie de marché. Cette période marque en effet le « *reflux de l'ordre public et une extension considérable de la liberté* »[1701]. Il a perdu du terrain au bénéfice des volontés individuelles, par la place croissante désormais faite aux conventions[1702]. Pour certains, l'évolution économique marque une profonde crise des démocraties libérales en ce que les pouvoirs publics ont cédé le pas aux pouvoirs privés dans de nombreux domaines de la vie économique (privatisations, déréglementations,

1695 D. Bureau, « La réglementation de l'économie », *Arch. Phil. Droit* 1997, n° 41, p. 317, spéc. p. 327.

1696 G. Ripert, *op. cit.*, Paris, Sirey, 1934, p. 347, spéc. p. 352.

1697 G. Farjat, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 1963, n° 253 et s., p. 202 et s. Puis, pour des illustrations précises de ces contrats : v. J. Hauser et J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. civ., Dalloz, juin 2016, spéc. n°13 et s.

1698 F. Terré, « Rapport introductif », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 1996, p. 3, spéc. p. 8 ; M. Mekki, *op. cit.*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, n° 393, p. 239.

1699 M.M Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire ? », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, Mél. G. Farjat, Editions Frison-Roche, 1999, p. 261, spéc. p. 264. Le marché devenant le « grand vainqueur de cette fin de siècle », l'ordre public doit donc s'adapter à la relation nouvelle que l'État entretient avec lui.

1700 *Ibid.* Pour l'auteur, « la libéralisation et la déréglementation ne signifient pas un retour pur et simple au droit civil du XIXe siècle. Elles génèrent de nouveaux besoins de régulation qui vont être satisfaits par des voies moins rigides que celles empruntées par le dirigisme de l'après-guerre ».

1701 Ph. Malaurie, » La notion d'ordre public économique », *Rev. conc. cons.* 1995, n° 83, p. 73.

1702 *Ibid.*

régulation privée de certains comportements économiques)[1703]. L'ordre public se transforme alors avec l'apparition de valeurs attachées aux lois du marché. Cette évolution est prégnante en droit des entreprises en difficulté, droit éminemment économique.

2. L'importance de l'ordre public économique en droit des entreprises en difficulté

191. Le droit des entreprises en difficulté, un droit économique. Le droit des entreprises en difficulté appartient sans conteste au droit économique[1704]. Apparaissant comme une « *science de la décision* »[1705] et de « *l'action* »[1706], son objectif principal est de faire preuve d'efficacité en arrivant au meilleur résultat possible. À cette fin, il a pour point de départ une réalité économique – tel le défaut de paiement de créances – qu'il tend à réparer[1707]. Le pouvoir normatif fixe donc des objectifs économiques et intègre dans ce droit une dimension économique[1708]. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté affiche son particularisme en raison de son objectif de régulation du domaine économique[1709], c'est en cela que l'ordre public est économique.

192. L'ordre public et la pluralité des intérêts en droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté met surtout en jeu de nombreux intérêts. D'un côté, existent des intérêts privés, ceux du débiteur et des créanciers liés par des obligations souvent contractuelles non tenues en raison de la défaillance de l'entreprise. Cette branche du droit vise à protéger leurs intérêts mais aussi ceux d'autres parties prenantes concernées par la situation de l'entreprise en difficulté comme les salariés, les cocontractants habituels, ou encore les cautions.

De l'autre, sont pris en compte des intérêts publics, qui représentent les effets néfastes de la défaillance sur la collectivité. À ce titre, le sort de l'entreprise en difficulté affecte directement l'intérêt général puisque l'entreprise a une finalité économique et sociale. Le Rapport « Sudreau » du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise, publié en 1975, énonce à cet égard que si

---

1703 B. Remiche, *«* Droit économique, marché et intérêt général *», in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, Mél. G. Farjat, Editions Frison-Roche, 1999, p. 253, spéc. p. 256 et s.

1704 J.-P. Hael, *«* Vers l'élaboration d'un droit économique des entreprises en difficulté : bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 septembre 1967 *»*, *RJ com* 1979, p. 2. ; D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007, spéc. n° 3 à 6, p. 2 à 5.

1705 D. Voinot, *op. cit.*, LGDJ, 2007, n° 3, p. 2.

1706 *Ibid.*

1707 *Ibid.*, n° 8, p. 5.

1708 *Ibid.*, n° 31, p. 22.

1709 D. Mélédo-Briand, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Thèse Rennes I, 1992, n° 131, p. 85.

« *l'entreprise se définit d'abord par sa finalité économique propre* », « *l'idée s'affirme de plus en plus qu'elle remplit aussi des fonctions d'intérêt général* »[1710] par la création d'emplois qu'elle engendre et en tant que moteur de la croissance. Par conséquent, la défaillance d'entreprises cause un trouble, car elle désorganise les relations économiques et détruit des emplois. Plus encore, elle peut causer des défaillances en cascade, le débiteur entraînant dans sa chute d'autres entreprises auxquelles il était lié. La règlementation de la défaillance des entreprises protège l'ordre public économique et donc l'intérêt général. En effet, « *la disparition d'une entreprise est la perte d'une partie de la richesse économique et sociale d'un État. Elle trouble l'ordre public économique national ou régional par l'appauvrissement du tissu économique ; elle trouble aussi l'ordre public social par la disparition des emplois qu'elle provoque ; elle trouble l'ordre public en général quand l'on connaît les problèmes psychologiques et sociaux qu'engendre le chômage* »[1711]. Les intérêts privés en matière de défaillance sont alors transcendés par l'intérêt général.

En d'autres termes, les difficultés des entreprises déclenchent en chaîne des problèmes sociaux et économiques qui deviennent par voie de conséquence des problèmes non plus d'ordre privé mais d'ordre public[1712]. L'ordre public trouve donc dans ces différents intérêts des points d'ancrage possibles. Aussi ne doit-on pas être étonné que le droit de la faillite ait été traditionnellement considéré comme nettement marqué par l'ordre public[1713].

Inévitablement, les orientations d'intérêt général procèdent d'interventions extérieures à l'entreprise, émanant de l'État et des autorités qui en dépendent[1714]. À cet égard, dans le traitement des difficultés des entreprises, l'État est bien plus qu'un arbitre, il est un véritable acteur[1715] poursuivant l'accomplissement d'objectifs économiques à travers ses organes étatiques. Ainsi, le

1710 Rapport du Comité d'études pour la réforme de l'entreprise, présidé par M. Pierre Sudreau, Documentation française, février 1975, p. 149. V. les débats plus récents sur l'entreprise : Rapport de N. Notat et J.-D. Senard, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'économie et des finances du travail, 9 mars 2018. Selon le rapport, l'entreprise a une raison d'être non réductible au profit et contribue à un intérêt collectif. En effet, selon ses auteurs, elle ne poursuit ni l'intérêt général qui demeure du ressort de la loi, ni la maximisation du profit, mais un intérêt collectif (p. 38 et s. du rapport). Pour un autre auteur, au niveau de l'entreprise, l'intérêt général est *«* un concept malléable [qui] se prête à des revendications opposées. On pourrait avancer que les entreprises d'armement, de tabac ou de jeux contrarient l'intérêt général et réclamer leur interdiction, ou répliquer qu'elles procurent de nombreux emplois et réclamer leur développement *»* : D. Schmidt, *«* La société et l'entreprise *»*, *D.* 2017, n° 41, p. 2380.

1711 M.-J. Campana et G. Teboul, *«* Les aides d'État aux entreprises en difficulté *»*, *LPA* 21 nov. 2003, n° 233, p. 5.

1712 C. Champaud, *art. cit.*, *RJ com.* 1976, n° 9-10, n° spéc., p. 253, spéc. p. 255.

1713 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 17, p. 24.

1714 B. Oppetit, *«* Les autorités publiques et l'entreprise privée. Rapport de synthèse *», in Les autorités publiques et l'entreprise privée*, *RJ com.* 1983, n° spéc.,», p. 166, spéc. p. 168.

1715 *Ibid.*, p. 166, spéc. p. 167.

droit des entreprises en difficulté, pénétré de considérations de nature économique, est devenu « *l'instrument d'une finalité économique* »[1716].

Les objectifs du législateur ont donc évolué au gré des réformes. Actuellement, le droit des entreprises en difficulté n'est plus seulement un droit répressif à l'encontre du débiteur mais un droit de « sauvegarde » de l'entreprise, ce qui déplace un peu plus encore la définition de l'ordre public sur le terrain économique[1717].

B. La disparition d'un ordre public économique exclusivement coercitif

Comme cela a été révélé dans nos développements précédents[1718], le droit des entreprises en difficulté, pourtant *a priori* récalcitrant à accueillir les accords de volontés, n'échappe pas au phénomène de contractualisation. En effet, depuis la loi du 1er mars 1984 qui a institué le règlement amiable, le législateur a ouvert davantage l'espace à la négociation. Pensant ainsi mieux atteindre l'objectif de sauvegarde de l'entreprise **(1)**, il n'a eu de cesse de privilégier des procédés plus souples de traitement des difficultés **(2)**.

1. L'évolution des finalités assignées au droit des entreprises en difficulté

193. L'évolution des objectifs du législateur vers la sauvegarde de l'entreprise. L'évolution de la conception de l'ordre public en droit des entreprises en difficulté tient principalement à la nature même des préoccupations du législateur. La recherche d'un équilibre entre les intérêts antagonistes du débiteur, de ses créanciers, de ses salariés et des tiers fait de ce droit un véritable instrument de politique économique et sociale[1719]. À cet égard, il a depuis toujours été marqué par la tension existante entre l'ordre public et la liberté contractuelle ; entre l'intérêt général et la liberté d'entreprendre.

Historiquement, le droit des faillites avait pour fonction d'éliminer les débiteurs défaillants du marché et de payer les créanciers. La faillite a en effet longtemps été perçue comme un signe de

1716 G. Canivet, « La formation du juge à l'économie », *in Le juge de l'économie*, Actes du colloque organisé à La Baule les 8 et 9 juin 2002, *RJ com.* 2002, p. 63, spéc. p. 65 ; F. Aubert, « Les finalités des procédures collectives », *in Prospectives du droit économique*, Dialogues avec Michel Jeantin, Mél. M. Jeantin, p. 367, spéc. p. 371 ; Sur la conformité à l'intérêt économique général : S. Neuville, *Le plan en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 1998, n° 127, p. 125 et spéc. p. 127 ; D. Voinot, *op. cit.*, n° 3 s. et 31, p. 2 et 22.

1717 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 254, p. 189.

1718 V. *Supra*, Partie I.

1719 G. Couturier, Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 17, p. 25.

déshonneur de la parole donnée et de ce fait était moralement condamnable[1720]. Le droit romain permettait aux créanciers de faire emprisonner leur débiteur, voire le réduire en esclave. Au Moyen Âge, on rompt le banc de commerçant du failli et on l'expose, juché sur un pilori, coiffé d'un bonnet vert. L'objectif est de faire de la faillite une procédure infamante. Les ordonnances sur le commerce de terre de Colbert de 1673, puis le Code de commerce de 1807, sont également d'une légendaire sévérité à l'endroit du failli, placé au ban de la société bien que des délais de grâce pouvaient être accordés dans certaines situations. La fonction des procédures collectives est donc au départ avant tout disciplinaire et teintée de morale. Afin de préserver l'ensemble du marché, le débiteur ne parvenant pas à tenir ses engagements est écarté. Puis, dès la fin du XIXe siècle, précisément avec la loi du 4 mars 1889, le législateur reconnaît une distinction entre le débiteur malchanceux et le débiteur fautif[1721]. Reprise au milieu du siècle suivant, cette distinction révèle que la protection de l'intérêt général ne se manifeste plus seulement dans la stigmatisation du débiteur défaillant. Toutefois, l'intérêt de l'entreprise appelait une nouvelle approche puisqu'il était fréquent qu'une entreprise méritant d'être sauvée soit liquidée en raison des fautes commises par son dirigeant. Est alors apparue avec la loi du 13 juillet 1967, la distinction de la sanction de l'homme à l'origine des difficultés et de son entreprise. Après la crise économique qui a succédé à la période des « Trente Glorieuses », le législateur s'intéresse davantage aux défaillances d'entreprises et privilégie la prévention. Toute l'évolution ultérieure de la matière va dans ce sens. Plus encore, la séparation de l'homme et de l'entreprise révèle un nouvel objectif : le sauvetage de l'entreprise.

Il en ressort un droit des entreprises en difficulté bouleversé dans ses objectifs. Tout d'abord, le principe d'apurement du passif et le paiement des créanciers en découlant sont placés au second plan dans les objectifs du législateur. Ensuite, le caractère sanctionnateur attaché à certaines procédures est surpassé par l'objectif de redressement de l'entreprise[1722]. Il n'est donc pas étonnant qu'en 1982, le Directeur des Affaires civiles au Ministère de la Justice de l'époque s'exprime en ces termes : « *c'est, je crois, aller à contre-courant de l'évolution des choses que de se poser encore la question de savoir qui doit l'emporter, du paiement des créanciers ou de la survie de l'outil industriel. L'objectif actuel* [des procédures collectives] *ne se situe plus dans la perspective classique du droit de la faillite* »[1723].

1720 F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2e éd., 2018, n° 4, p. 18.

1721 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 4, p. 4.

1722 Sur ce thème : v. Ph. Roussel Galle, *«* Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ? *», in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?,* Actes du colloque organisé par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 89.

1723 Allocution de M. Denoix de Saint-Marc au 19e Congrès national des syndics et administrateurs judiciaires de France, Ajaccio, 10-13 juin 1982, *Gaz. Pal.* 4-5 juillet 1982, cité par B. Oppetit, *art. cit.*, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 166, spéc. p. 169.

Autrement dit, après la loi de 1967, la protection de l'entreprise devient la priorité[1724]. Les orientations économiques en droit des entreprises en difficulté vont depuis dans le sens du sauvetage de l'entreprise, rompant avec la finalité sanctionnatrice originelle. Ce changement provient de la volonté législative « *de substituer à un ordre coercitif et impératif, un ordre moral et incitatif* »[1725]. Elle s'éloigne ainsi de la conception de l'ordre public classique qui accorde de manière générale une place particulière à la sanction, « *pièce essentielle* [de son] *régime* »[1726]. On assiste là à une « *conception renouvelée* »[1727] de l'ordre public en droit des entreprises en difficulté.

194. L'évolution des finalités exprimée dans les textes. Cette évolution des finalités poursuivies par le législateur s'exprime dans les énoncés législatifs issus des dernières réformes. Les termes des textes sont, en effet, évocateurs de la percée de la négociation en la matière, liée au changement des finalités.

Dans le cadre de la conciliation, l'article L. 611-7, alinéa 1er du Code de commerce est sans équivoque : « *Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise* ». Concernant la sauvegarde, l'article L. 626-2 du Code de commerce rappelle que le projet de plan détermine les perspectives de redressement et d'emploi et recense les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités. Les articles L. 626-5 et L. 626-6 portent sur l'accord des créanciers aux propositions pour le règlement des dettes privées et publiques. Ces dispositions participent du mouvement d'intégration des créanciers dans un souci de sauvegarde de l'activité.

Auparavant, les dispositions pivots du droit des entreprises en difficulté étaient l'interdiction des paiements des créances antérieures au jugement d'ouverture[1728] et l'ordre des paiements des créances postérieures[1729]. Avec les objectifs du législateur tournés vers le sauvetage de l'entreprise et l'implication accrue du débiteur et de ses créanciers, les textes de référence sont,

---

1724 R. Badinter, « Les ambitions du législateur », *in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com.*, 1976, n° spéc., p. 4, spéc. p. 6 ; M.-H. Monsèrié-Bon, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994, n° 458, p. 425 ; P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuel du droit des entreprises en difficulté*, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 124 et s., p. 93 et s. M. Cagnoli consacre de longs développements à l'émergence de deux intérêts nouveaux que souhaite protéger le législateur de 1985 : l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt général.

1725 D. Mélédo-Briand, *op. cit*, Thèse, Rennes I, 1992, n° 134, p. 86.

1726 G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, n° 380 et s., p. 311 et s.

1727 D. Mélédo-Briand, *op. cit.*, Thèse Rennes I, 1992, n° 134, p. 86.

1728 C. com., art. L. 611-7.

1729 C. com., art. L. 611-17.

semble-t-il, désormais les articles L. 626-29 et suivants du Code de commerce relatifs aux comités des créanciers[1730]. L'inspiration libérale qui guide ces textes trouve une manifestation claire tant dans le contenu du plan, librement négocié par les parties et adopté à la majorité, que dans la procédure qui échappe aux dispositions de l'article L. 626-12 et à celles de l'article L. 626-18, contraignantes en termes de durée de plan et de délais de paiement.

Dès lors, le droit de la faillite a évolué vers le « droit des entreprises en difficulté » ; et l'ordre public n'a plus été l'instrument d'un droit sanctionnateur, mais celui d'un droit « sauveteur » et davantage respectueux de la volonté des acteurs économiques. Ses mécanismes en ont été du même coup transformés de manière à opérer le passage d'un droit imposé à un droit négocié.

2. Des procédés souples de traitement des difficultés

Les règles légales impératives disparaissent parfois au profit de procédés plus souples. Cette souplesse s'apprécie tant au regard des cadres dans lesquels les acteurs peuvent agir **(a)** que des sanctions qu'ils encourent **(b)**.

a) L'assouplissement des cadres

195. Un mode de régulation davantage fondé sur la volonté individuelle. De manière générale, la contractualisation de la société illustre le recul du système pyramidal au profit d'un système en réseau dans lequel la norme contractuelle, issue d'un processus négocié, est préférée à la décision unilatérale, imposée dans une relation verticale[1731]. En réalité, la figure contractuelle écarte celle de l'État perçu comme entité de production unilatérale de règles juridiques[1732]. Ce mouvement suppose « *un desserrement de l'ordre public qui permet d'ouvrir de nouveaux espaces juridiques à la liberté contractuelle* »[1733].

Monsieur le Professeur Mestre a ainsi mis en avant le développement d'un ordre privé impératif et, corrélativement, le déclin de l'ordre étatique impératif, en se fondant notamment sur le droit des procédures collectives, tel qu'il était avant la loi de sauvegarde de 2005. Pour l'auteur,

1730 Dans ce sens également : N. Morelli, « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 101, spéc. p. 102.

1731 F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Facultés univ. Saint-Louis, 2002.

1732 P.-A. Adèle, Le droit du dispositif médical : entre gouvernement du corps et normes de gouvernance, ss. la dir. de A. Lyon-Caen, Thèse, Paris Nanterre, n° 156, p. 121.

1733 S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », *in La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2008, p. 3, spéc. p. 4.

« *l'ordre étatique impératif est en régression et aussi en renouvellement. De façon générale, on peut résumer les choses en disant que cet ordre régresse parce qu'il y a un déclin de l'État, qui prévoit de moins en moins de règles générales s'imposant impérativement à tous* […]. *Il y a aussi un renouvellement dans la mesure où l'État, néanmoins, continue dans certains cas à intervenir, mais assez paradoxalement au regard de la notion d'ordre public, le fait alors pour défendre des libertés* »[1734]. Selon lui, les corps de règles impératives sont en diminution au nom d'une certaine politique économique de l'État. Il poursuit en constatant un assouplissement du droit des procédures collectives avec l'institution du règlement amiable et l'élaboration des plans qui laisse la place à une certaine négociation de type contractuel[1735].

Ce changement de direction ne signifie donc pas que l'intervention de l'État y est inexistante. Au fond, il est possible de voir, par la promotion de la négociation, un renouvellement de l'ordre public en droit des entreprises en difficulté, adapté aux nouveaux objectifs poursuivis par le législateur. La poursuite de nouvelles orientations a supposé l'application de règles de droit laissant une place plus importante à la négociation et, donc, aux volontés individuelles, assouplissant ainsi le régime du droit des entreprises en difficulté. Cela s'observe, tout d'abord, à travers la promotion des procédures volontaires. Cela est, ensuite, tout aussi remarquable s'agissant des procédés où la loi « s'efface », comme c'est le cas du mandat *ad hoc*.

196. La promotion des procédures volontaires. La place laissée aux volontés individuelles peut également être envisagée sous le prisme du choix de procédure conféré au débiteur. En ce sens, la perspective volontariste du droit des entreprises en difficulté est renforcée par la faveur du législateur pour les procédures préventives[1736], dites « volontaires ». Le critère de cessation des paiements demeure essentiel pour distinguer les procédures « obligatoires » des procédures « volontaires », bien que son importance soit de plus en plus réduite. En effet, lorsque les difficultés de l'entreprise sont avérées avec un état de cessation des paiements certain, le débiteur a l'obligation de déclarer cet état de cessation des paiements. Il est alors contraint de se soumettre à la procédure appropriée pour ses difficultés. En revanche, lorsque le débiteur est dans une situation non encore irrémédiablement compromise, ou en cessation des paiements depuis moins de 45 jours, il peut décider de se concerter avec ses créanciers pour négocier un accord ou un plan de sauvegarde[1737] en demandant l'ouverture d'une procédure préventive. C'est donc en étant non obligatoires et

1734 J. Mestre, *«* L'ordre public dans les relations économiques *», in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. *«* Thèmes et Commentaires», 1996, p. 33, spéc. p. 38.

1735 *Ibid.*

1736 Le mandat *ad hoc*, la conciliation et la sauvegarde sont les procédés et procédures phares de la prévention.

1737 Dans l'hypothèse de la sauvegarde, le débiteur ne peut pas être en cessation des paiements.

ouvertes à l'initiative des débiteurs que les procédures préventives marquent un retrait de l'ordre public[1738].

Dans une même perspective, ces procédures volontaires restreignent moins l'exercice des droits du débiteur que les autres procédures, plus contraignantes. Dans les procédures de sauvegarde, il n'y a pas de dessaisissement du débiteur[1739] : il garde l'administration de son entreprise[1740] mais peut être surveillé ou assisté par un administrateur judiciaire pour certains ou tous les actes de gestion[1741]. La situation de la conciliation est plus délicate[1742]. À première vue, cette procédure laissant intégralement les rênes au débiteur pourrait être considérée comme dénuée de règles impératives. Toutefois, le fait que le débiteur soit aux commandes ne signifie pas l'absence de contrôle[1743]. Le conciliateur est même au plus près de ses affaires et peut être force de propositions. Quoi qu'il en soit, la procédure reste marquée par une grande liberté offerte au débiteur[1744]. En réalité, les règles impératives n'apparaissent que dans une moindre mesure lorsque les procédures sont à l'initiative du débiteur puisqu'elles sont moins encadrées et laissent davantage la place à la volonté individuelle. De sorte que la norme devient parfois « *optionnelle* »[1745], s'écartant de la rigueur traditionnelle de la règle de droit[1746].

197. Un exemple d'effacement de la loi face aux volontés individuelles : le mandat *ad hoc*. L'exemple du mandat *ad hoc* est également topique de l'assouplissement des règles légales[1747].

1738 O. Franco, L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité, préf. E. Claudel, LGDJ, 2016, n° 19, p. 24.

1739 Comme en redressement judiciaire, au sens technique, il n'y a pas de dessaisissement.

1740 C. com., art. L. 622-1, I.

1741 C. com., art. L. 622-1, II.

1742 Elle n'est d'ailleurs toujours pas inscrite dans l'annexe A du nouveau Règlement européen. La proposition avait pourtant été faite « d'élargir le champ d'application du règlement sur l'insolvabilité afin d'y intégrer les procédures d'insolvabilité au cours desquelles le débiteur conserve la gestion de l'entreprise (*debtor in possession*) » : K.-H. Lehne, Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés : 2011/2006 (INI), doc. PE 467.008, Rapport 17 oct. 2011, § 2.1.

1743 B. Thullier, « Que reste-t-il du dessaisissement ?», *in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?*, Actes du colloque organisé par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 80. Pour Madame la Professeure Thullier, la surveillance que permet la conciliation répond à la définition du dessaisissement moderne. En effet, selon cette définition : « Il n'y a dessaisissement que si la restriction dont le débiteur est l'objet est apte à éviter qu'il accomplisse des actes aggravant les difficultés et qui soient préjudiciables aux tiers ».

1744 Le mandat *ad hoc* fait, quant à lui, figure d'exception car l'absence de restrictions y est totale.

1745 D. Mélédo-Briand, *op. cit.*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Thèse, Rennes I, 1992, n° 128 et s.

1746 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 48, p. 39.

1747 Sur le mandat *ad hoc*, v. not. : H. Croze, « Loi de sauvegarde des entreprises (II), Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation », *Procédures* 2005, n°11, p. 6 ; J.-P. Legros, « Les mesures de prévention du nouveau titre I du livre VI du Code de commerce (1re partie) », *Dr. sociétés* 2005, p. 8 ; Th. Montéran, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. proc. coll.* 7-8 sept. 2005, n° spéc., p. 8 ; F. Macorig-Venier, « Entreprises en difficulté. Prévention et règlement amiable », *RTD com.*, 2005, p. 829 ; Ph. Roussel Galle, « Prévention, dynamique de

D'abord développé par la pratique des tribunaux[1748], il n'a pas eu besoin de la loi pour s'installer parmi les autres outils de traitement de la défaillance d'une entreprise. Puis, il a inspiré le législateur de 1994[1749] qui, au nom de la négociation de l'accord, a renoncé à son action[1750]. Le mandat *ad hoc* permet le traitement à l'amiable des difficultés d'une entreprise dans un cadre totalement souple. Il n'est pas soumis à des dispositions impératives, les parties étant libres de définir le contenu de leur accord. En effet, seul l'article L. 611-3 du Code de commerce régit le mécanisme sans l'encadrer pleinement puisqu'il énonce uniquement que le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission. Cet outil est donc original car il est formellement législatif mais aucune règle n'est imposée aux parties.

Le mandat *ad hoc* est donc un procédé souple et volontaire. Il est exclu d'imposer au débiteur le recours à ce mode de traitement. De plus, s'agissant des critères d'éligibilité, le texte législatif est silencieux sur la teneur des difficultés. Il reste que la cessation des paiements ne doit pas être supérieure à quarante-cinq jours puisque la demande de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire doit être impérative, sous peine de sanctions. De même, la maîtrise du coût appartient au débiteur car les conditions de rémunération sont déterminées par le juge avec son accord. Il en est de même du déroulement du mandat *ad hoc* : le mandataire *ad hoc* joue un rôle de négociateur et ne peut dans le même temps s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. La fin de sa mission est, par ailleurs, demandée par le débiteur[1751] sans que le tribunal n'ait véritablement un pouvoir d'appréciation[1752]. La participation des créanciers à l'accord est librement choisie et il existe pour ces derniers le droit de refuser les propositions faites par le débiteur. Enfin, à l'issue des négociations, lorsque le processus s'est bien déroulé, l'accord a vocation à demeurer sous la forme contractuelle. Le régime du mandat *ad hoc* illustre bien l'utilisation de procédés souples, collant aux

---

l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 12 juill. 2006, n° 138, p. 10. F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, « Le mandat *ad hoc* et la conciliation » in L*e nouveau droit des entreprises en difficulté*, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 3, p. 4 ; M.-H. Monsèrié-Bon, « Mandat *ad hoc* et conciliation : un fragile équilibre à préserver », *BJE* 01 nov. 2015, n° 06, p. 345.

1748 Le mandat *ad hoc* a été utilisé, en premier lieu, par le tribunal de commerce de Paris où le président du tribunal s'appuyait sur le texte donnant au juge mission de concilier les parties (art. 21 du CPC) et sur quelques cas de mandats de justice reconnus par le droit des sociétés.

1749 Loi n° 94-475 du 10 juin 1994, art. 4.

1750 A.-F. Zattara-Gros, « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 623, spéc. p. 627.

1751 Déc. n° 2005-1677 du 28 déc. 2005, art. 14.

1752 Ph. Roussel Galle, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 12 juill. 2006, n° 138, p. 10.

besoins des entreprises[1753], et participant à la « déjuridicisation » des procédures[1754]. Ce mouvement apparaît également dans des procédures dans lesquelles la loi ne s'efface pas totalement mais donne une place telle aux volontés individuelles. Il traduit également la diminution des sanctions à l'encontre du débiteur.

b) L'assouplissement des sanctions

La diminution des règles sanctionnatrices au sein des procédures de redressement et de liquidation judiciaire est l'une des illustrations marquantes de l'ébranlement de l'ordre public[1755]. En effet, au fil des réformes, la matière s'est transformée avec la suppression de certaines sanctions, et corrélativement avec un essor de la négociation.

Un tel constat trouve une manifestation évidente dans les procédures amiables et préventives. Le mandat *ad hoc*, la conciliation et la procédure de sauvegarde offrent en effet une véritable « immunité »[1756] au dirigeant. Le Livre VI du Code de commerce ne prévoit, de manière générale, aucune action en responsabilité, ni aucune sanction pénale ou professionnelle dans ces traitements, sauf dans les hypothèses de conversion d'une sauvegarde en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire[1757]. L'une des raisons de cette faveur accordée au débiteur repose sur

---

1753 C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 48, p. 39.

1754 Définie comme un « affaiblissement de l'aspect purement normatif au profit d'un assouplissement par l'introduction de considérations extrajuridiques - telles que le fait économique - laissant ainsi au juge une certaine marge d'appréciation » : B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 262, p. 193. Sur ce phénomène général du droit : B. Edelman, « La déjuridicisation du fait de la loi, regards un peu sombres sur les lois Auroux », *Dr. social* 1984, p. 290 ; M. Luby, « Le droit économique aujourd'hui : brèves sur un droit typique et conquérant », *RDLA* 2006, n° 6, p. 347 ; sur ce phénomène en droit des entreprises en difficulté : H. Berliner, *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, ss. la dir. A. Pirovano, Thèse, Nice, 1990, p. 26 et 164 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 47 et s., p. 38 et s.

1755 Les actions en responsabilité et les sanctions sont en nette diminution depuis les récentes réformes. Par exemple, l'action en comblement de passif remplacée en 2005 par l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne s'applique plus, depuis l'ordonnance de 2008, en cas de résolution du plan. En effet, l'article L. 652-2 du Code de commerce prévoit que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'est possible qu'en cas de liquidation judiciaire. L'évolution est importante. Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde de 2005, cette sanction pouvait être prononcée à toutes les phases du redressement ou de la liquidation judiciaire. Puis, la loi de sauvegarde est venue modifier son régime en la limitant à la procédure de liquidation judiciaire et à la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement. L'ordonnance de 2008 est allée encore plus loin en réduisant davantage son domaine d'application : la résolution ne sera pas suffisante pour son prononcé dès lors qu'elle n'est pas accompagnée d'une liquidation judiciaire. Cette solution est bienvenue lorsque l'on sait que la résolution du plan de sauvegarde n'entraîne plus automatiquement l'ouverture d'une liquidation judiciaire. L'abrogation de l'obligation aux dettes sociales par l'ordonnance de 2008 est également un signe du recul du pouvoir sanctionnateur du droit des entreprises en difficulté.

1756 Ph. Roussel Galle, « Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ? », *in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?*, Actes du colloque organisé par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 89.

1757 À l'exception de certains délits assimilés à la banqueroute pouvant être commis dans le cadre de la procédure de sauvegarde, le prononcé de sanctions civiles personnelles ou de sanctions pénales est subordonné à l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire : C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, Domat,

l'idée qu'il est difficile de redresser une entreprise contre son dirigeant[1758]. De surcroît, lorsque l'état de cessation des paiements est inexistant ou peu avancé, l'objectif d'anticipation que poursuit le législateur appelle à ne pas effrayer le dirigeant.

Plus encore, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le remplacement du débiteur ne peut plus conditionner l'adoption d'un plan de sauvegarde. En effet, le remplacement d'un ou plusieurs dirigeants était prévu par l'ancien article L. 626-4 du Code de commerce, lequel énonçait en son alinéa 1er : « *lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire* ».

En somme, les procédures dans lesquelles une place importante est laissée à la négociation ont un caractère sanctionnateur amoindri par rapport à celui des procédures de redressement et de liquidation judiciaire. Quoi qu'il en soit, cette problématique va bien au-delà des sanctions ou des actions en responsabilité : c'est la procédure en elle-même qui est moins appréhendée par le débiteur comme une sanction en raison de sa participation active au traitement de ses difficultés. En effet, le débiteur adhère mieux aux solutions qu'il aura adoptées à la suite d'une négociation poussée avec ses créanciers[1759].

En insufflant de la négociation au sein des procédures de traitement des difficultés, le législateur a entendu assouplir le cadre des procédures instituées. L'on perçoit alors se dessiner en filigrane une autre forme de régulation, transformant la conception de l'ordre public attaché à la matière. Il n'a toutefois pas disparu : moins directif, il tend également à protéger les volontés individuelles, justifiant le rôle actif du juge et du ministère public.

§ 2 La réapparition de l'ordre public économique

Lorsqu'il retient des objectifs en matière de traitement des entreprises en difficulté, l'État est nécessairement guidé par des considérations d'intérêt général. À cette fin, l'État intervient, en partie, par le jeu de ses agents, notamment les magistrats. Et alors, malgré sa dilution en raison de

11e éd., 2018, n° 1395 et s. ; M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, HyperCours, 6e éd., 2017, n° 517 et s.

1758 Ph. Roussel Galle, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 89.

1759 V. *Infra*, Chap. I, Titre II, Partie II, n° 259 et s.

la place faite à la négociation l'ordre public économique réapparaît. Autrement dit, c'est davantage une déformalisation[1760] qui a été opérée : la procédure a été allégée et le formalisme réduit[1761].

Désormais droit de la « sauvegarde » des entreprises, le droit des entreprises en difficulté, guidé par un objectif d'anticipation, est un droit dans lequel le juge et le ministère public demeurent des acteurs majeurs. Ils y tiennent, en effet, un rôle essentiel au nom de l'ordre public économique. C'est pour assurer sa protection que le ministère public a vu ses pouvoirs renforcés au fil des réformes, dans des procédures *a priori* rétives à l'ordre public **(A)**. Le juge a, quant à lui, toujours un rôle important pour garantir la protection de l'ordre public économique dans le traitement des difficultés d'une entreprise **(B)**.

A. Le ministère public, tour de garde de l'ordre public économique

198. Le renforcement du rôle du ministère public dans le traitement des difficultés. Protecteur de l'intérêt général et interlocuteur privilégié des pouvoirs publics, le ministère public veille à la bonne application de la loi. Autrement dit, il intervient en cas de non-respect du cadre légal et si l'intérêt économique le nécessite. L'ordre public sert donc d'assise à son intervention face aux défaillances d'entreprises[1762]. L'article 423 du Code de procédure civile énonce justement que dans certains domaines dans lesquels sa présence n'a pas été prévue, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci[1763].

1760 V. A. Jeammaud, V°. *Judiciarisation / Déjudiciarisation, in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 675.

1761 L. Sautonie-Laguionie, « La "déjudiciarisation" du traitement des difficultés », *in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire ou révélateur ?*, ss. la dir. de F. Macorig-Venier, Actes du colloque du CDA du 16 mars 2017, PU Toulouse, 2017, p. 171, spéc. p. 173.

1762 Sur la protection de l'ordre public par le ministère public dans le droit des entreprises en difficulté dans son ensemble : v. P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuel du droit des entreprises en difficulté*, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 67 et s., p. 47 et s.

1763 L'appréciation de l'atteinte à l'ordre public se fait in concreto. Par exemple, dans le cadre d'une procédure collective non clôturée et privée d'organes pour la poursuivre, la Cour de cassation a pu considérer qu'il y avait atteinte à « l'ordre public procédural » et que cette situation de crise justifiait l'intervention du ministère public pour faire désigner un mandataire *ad hoc* : Com. 11 oct. 2011, n° 10-21.373. V. J.-P. Rémery, « Le ministère public et le droit des entreprises en difficulté : un an de jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation (janvier 2011-février 2012) », *D.* 2012, n° 11, p. 700, spéc. p. 701.

Auparavant cantonné dans un rôle marginal[1764], il est désormais appelé à jouer un rôle plus important au-delà des sanctions qu'il peut demander[1765]. C'est notamment à partir de la loi du 13 juillet 1967, et continuellement après 1981, qu'il a connu un accroissement considérable de ses prérogatives dans le traitement des difficultés des entreprises[1766]. Intervenant à de nombreux stades de la procédure, il a un rôle de consultation et d'initiative sans égal dans les pays voisins[1767]. Son omniprésence au sein des procédures, renforcée encore un peu plus avec la loi de sauvegarde de 2005 et l'ordonnance de 2008[1768], traduit « *l'idée que les procédures collectives sont l'affaire de tous* »[1769]. Pour un auteur, la reconnaissance d'un large droit d'action au ministère public et l'implication nette des pouvoirs publics en la matière révèlent l'avènement d'une « *technocratie judiciaire* »[1770], « *le droit de l'entreprise paraît ainsi appelé à se fondre progressivement dans un droit des interventions publiques* »[1771]. Les procédures dans lesquelles une place importante est faite à la négociation ne sont donc pas épargnées par l'évolution générale de son rôle de défense des règles d'ordre public, joué en amont et en aval de la procédure.

199. Les prérogatives du ministère public en amont du déroulement de la procédure. Le rôle de protection de l'ordre public du ministère public se manifeste dès l'apparition des premiers signes de difficulté de l'entreprise. Le caractère systématique et obligatoire de sa présence au sein des cellules judiciaires de prévention, sortes de veilles financières et économiques des entreprises, est d'ailleurs fortement souhaitable afin de mettre fin aux critiques à l'encontre de ces cellules[1772]. En effet, les principales critiques à l'encontre des cellules judiciaires de prévention sont relatives au caractère secret des réunions et à l'absence du dirigeant, ce qui peut mettre à mal le principe du

1764 J.-F. Boiron, « Le "prince" chez les "marchands" », *Gaz. Pal.* 1982, I, doctr., p. 251.

1765 C. com., art. L. 651-3 pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ; C. com., art. L. 653-7 pour la faillite personnelle et les autres mesures d'interdiction ; C. com., art. L. 654-17 pour la banqueroute et les autres infractions. Sur l'évolution des prérogatives du ministère public : T. André, *Le rôle du Ministère public dans les procédures collectives*, ss. la dir. de M. Jeantin, Thèse, Paris X, 1991. ; E. Houlette, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E* 20 oct. 2005, n° 42, p. 1514. ; Rapp. annuel de la Cour de cassation, *L'ordre public*, La documentation française, 2013, spéc. p. 208 et s. ; J. Vallansan, « Le rôle particulier du ministère public, droit dérogatoire, précurseur, révélateur ? », *in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire ou révélateur ?*, ss. la dir. de F. Macorig-Venier, Actes du colloque du CDA du 16 mars 2017, PU Toulouse, 2017, p. 159.

1766 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 55 et s.

1767 Ch. Delattre, « La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 4, p. 18.

1768 Les pouvoirs du ministère public ont été sensiblement renforcés avec l'ordonnance du 18 décembre 2008, la loi d'habilitation invitant en effet à « renforcer le rôle du ministère public et accroître ses facultés de recours » : Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO 5 août 2008, p. 12471, art. 74, I, 12°.

1769 P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 2297, spéc. p. 2300.

1770 B. Oppetit, *art. cit.*, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 166, spéc. p. 171.

1771 *Ibid.*

1772 En ce sens également : Ph. Modat, « Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, p. 28.

contradictoire et les règles du procès équitable. Aussi, l'atteinte au principe général d'égalité entre les créanciers est avancée puisque ceux qui y participent bénéficient d'une information privilégiée sur les dettes existantes par rapport aux autres créanciers absents.

Le ministère public peut également être destinataire d'une alerte du commissaire aux comptes ou du comité social et économique[1773], de tout fait révélant la cessation des paiements du débiteur[1774]. Il pourra, dans cette hypothèse, saisir le tribunal d'une requête aux fins d'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire[1775].

En conciliation, la décision ouvrant la procédure de conciliation lui est notifiée[1776]. Son avis est également requis concernant les conditions de rémunération des mandataires *ad hoc* et des conciliateurs[1777]. Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent doit être examinée en présence du ministère public[1778]. Il en est de même de l'ouverture des procédures de sauvegardes accélérées[1779].

200. Les prérogatives du ministère public pendant le déroulement de la procédure et en aval. Le ministère public a également d'importants pouvoirs pendant et à la fin du déroulement de la procédure. Son pouvoir d'action est en effet prévu pour tous les moments clés de la procédure. Par exemple, la fin de mission du conciliateur en cas d'impossibilité de parvenir à l'accord lui est notifiée[1780]. De même, le tribunal l'entend ou l'appelle dans le cadre de l'homologation de l'accord[1781]. Outre les informations qu'il peut demander à l'ouverture de la sauvegarde[1782], il a également la possibilité de donner son avis concernant le plan de sauvegarde[1783]. Plus encore, pour

1773 À la suite de l'ordonnance du 22 septembre 2017 et de la fusion des instances de représentation des salariés, les prérogatives du comité d'entreprise et des délégués du personnel sont désormais exercées par le comité social et économique (Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales).

1774 C. com., art. L. 631-6 et L. 640-6.

1775 C. com., art. L. 631-5 et L. 640-5.

1776 C. com., art. L. 611-6, al. 3.

1777 C. com., art. L. 611-14.

1778 À moins qu'il ne s'agisse de patrimoines distincts d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée : C. com., art. L. 621-1, al. 4.

1779 C. com., art. L. 628-2.

1780 C. com., art. L. 611-7, al. 6.

1781 C. com., art. L. 611-9.

1782 C. com., art. L. 621-1, al. 6.

1783 C. com., art. L. 626-9.

les entreprises d'une certaine taille, les débats préalables à l'adoption du plan se déroulent en sa présence[1784]. Il donne, en outre, son avis sur la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement[1785]. Enfin, il peut agir en résolution du plan de cession[1786] et demander la cession forcée des actions appartenant au dirigeant en cas de reprise interne[1787]. En conséquence, seul le mandat *ad hoc* échappe au contrôle en aval du ministère public.

Finalement, le ministère public peut, certes, obtenir des informations par les mandataires de justice sur des faits susceptibles d'entraîner la faillite ou d'autres sanctions[1788] mais son rôle n'est pas seulement répressif. Par ces divers avis, il peut influencer la décision du tribunal. À cet égard, certains le rapprochent d'un jurisconsulte[1789]. Certains avis conditionnent même la validité de certaines décisions[1790]. En définitive, l'accroissement de la négociation et la poursuite affichée de l'objectif de sauvetage de l'entreprise assouplissent, certes, les règles du droit des entreprises en difficulté. Mais l'ordre public est loin d'avoir disparu, d'où cette impression d'ébranlement et non d'effacement. D'ordre plus économique que par le passé, il réapparaît par d'autres biais, avec notamment le contrôle accru des organes étatiques, notamment celui effectué par le juge.

B. Le juge consulaire, garant de l'ordre public économique

201. La nature judiciaire des procédures de traitement des difficultés des entreprises. L'autorité judiciaire est garante de l'ordre public économique : elle s'assure de son respect et, donc, de celui de l'ensemble des intérêts en jeu. C'est ainsi qu'en droit des entreprises en difficulté, la loi encadre le produit des négociations. Le juge intervient dès l'ouverture de la procédure et à tout moment lorsque des décisions importantes sont nécessaires[1791].

Malgré l'instauration d'un procédé contractuel, le mandat *ad hoc*, et de procédures hybrides, telles que les procédures de sauvegarde accélérée, le traitement des difficultés des entreprises reste

1784 *Ibid.*

1785 C. com., art. L. 626-27 et L. 631-20-1.

1786 C. com., art. L. 642-11, al. 2.

1787 Com. 11 oct. 2016, n° 14-29.360, inédit.

1788 C. com., art. R. 653-1, al. 1er.

1789 E. Houlette, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E* 2005, n° 42, p. 1514 ; Ch. Delattre, « Les avis du ministère public », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 5, p. 16.

1790 C'est le cas des jugements de conversion de procédure (C. com., art. R. 621-26), d'arrêté du plan (C. com., art. R. 626-17 et s.) et de résolution du plan (C. com., art. L. 626-27).

1791 Il ne sera pas traité dans ces développements des décisions judiciaires tranchant une contestation, statuant sur un recours ou sanctionnant une faute car elles ne participent pas directement au traitement des difficultés d'une entreprise.

judiciaire. Selon les réformes, les textes sont même venus accroître le rôle des organes judiciaires[1792]. Le traitement des entreprises en difficulté supposant d'arbitrer entre les intérêts en présence, le juge fait prévaloir la réalisation d'objectifs supérieurs tels que la sauvegarde, le maintien de l'emploi ou l'élimination de l'entreprise défaillante du marché. À cet égard, on considère généralement que le juge façonne les politiques publiques en la matière[1793]. Ainsi, par ses décisions prises en opportunité, il oriente « *le curseur du traitement des entités économiques et sociales défaillantes vers un ordre public de direction ou de protection* »[1794].

202. Le contrôle par le juge du respect de l'ensemble des intérêts. La dimension judiciaire sert à protéger les tiers à l'accord mais aussi à éviter qu'ils ne le remettent en cause. Du reste, cela permet la protection des intérêts des parties signataires. Cette protection judiciaire assurée sur le fruit des négociations existe aussi bien dans les procédures préventives que curatives[1795]. Par exemple, destinée à sécuriser l'accord de conciliation, l'homologation du tribunal n'intervient qu'aux conditions que l'accord mette fin à la cessation des paiements du débiteur, soit de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires[1796]. Dans une certaine mesure, l'homologation limite les volontés individuelles en donnant aux juges un pouvoir de contrôle sur l'acte[1797]. Certes plus limitée, l'intervention du juge dans le cadre de la constatation semble permettre également un contrôle judiciaire sur l'ordre public[1798]. Enfin, le simple accord, ni constaté, ni homologué, étant régi par les règles de droit commun des contrats, le contrôle judiciaire s'opérera *a posteriori*, sur le fondement des dispositions du droit des contrats. De même, en matière de plan, le tribunal s'assure que les intérêts de tous les

1792 V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 153 et s.

1793 H. Berliner, *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, ss. la dir. de A. Pirovano, Th. Nice, 1990, p. 465. L'auteur montre dans sa thèse l'évolution du droit des entreprises en difficulté en considérant que « le traitement juridictionnel des entreprises en difficulté, […], s'intègre désormais à l'évidence dans un mécanisme beaucoup plus vaste de régulation de la vie économique et sociale française ». Madame Berliner poursuit en considérant que le rôle du juge a évolué au vu de la matière conçue aujourd'hui comme « un instrument au service de politiques économiques déterminées ». Le juge prend alors ses décisions de façon opportune au regard de cette logique économique.

1794 J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in Les notions à contenu variable en droit*, ss. la dir. de C. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 77, spéc. p. 87 et s. ; B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 272, p. 199 et 200.

1795 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 175. et Chap. I, Titre I, Partie II, n° 198 et s.

1796 C. com., art. L. 611-8, II.

1797 A.-F. Zattara-Gros, « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 623, spéc. p. 630.

1798 Cette analyse n'est pas suivie de tous : V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 61.

créanciers sont suffisamment protégés[1799]. À ce titre, il détient un rôle essentiel car il peut refuser d'arrêter la solution négociée par les parties.

Ainsi, de manière générale, le contrôle du juge est réalisé sur la base d'un compromis entre l'intérêt général et la liberté économique[1800]. D'un côté, le débiteur et ses créanciers définissent eux-mêmes la solution à apporter aux difficultés de l'entreprise au cours d'une procédure devenue plus souple au fil des réformes. De l'autre, les intérêts privés étant transcendés par l'intérêt général, le juge veille toujours à ce que la solution ne lui porte pas atteinte. La décision judiciaire vise, en ce sens, la réalisation d'un objectif supérieur[1801]- la sauvegarde de l'entreprise ou sa disparition- adapté à la situation économique présentée.

Conclusion de la section. De toute évidence, l'émergence de la négociation en droit des entreprises en difficulté rejaillit sur la rigidité traditionnellement attachée aux procédures. L'ordre public n'étant pas immuable[1802], il s'est encore un peu plus déplacé sur le terrain économique[1803], notamment à travers le recul du caractère sanctionnateur des procédures. Comme sous le régime de la loi de 1985, la « déjuridicisation »[1804] se traduit par l'utilisation de procédures plus souples et par une place importante faite aux volontés du débiteur et de ses partenaires. La place faite aux volontés individuelles et les changements de finalités du droit modifient uniquement la direction des orientations de l'ordre public[1805]. La négociation a certes fait reculer certains impératifs attachés à l'ordre public. Cependant, c'est d'une simple dilution dont il est question et non d'une disparition totale. Ainsi, le contrôle des négociations et de leur résultat se réalise toujours par l'intervention du juge et du ministère public. Les textes ont même accru leur rôle entraînant une judiciarisation des procédures.

L'atteinte aux principes du droit des entreprises en difficulté par la place faite à la négociation est, par ailleurs, remarquable concernant le principe général d'égalité des créanciers.

1799 Par exemple : dans le cas d'accords de conversion en titre, C. com., art. L. 626-18, al.2 ; dans le cadre des comités de créanciers : C. com., art. L. 626-31.

1800 B. Oppetit, *art. cit.*, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 166, spéc. p. 167.

1801 P. Cagnoli, Essai d'analyse processuel du droit des entreprises en difficulté, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 318.

1802 G. Pignarre, *«* Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) ? *»*, *RDC* 01 janv. 2013, n° 1, p. 251.

1803 B. Ghandour, *op. cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 254, p. 187 ; M. Cabrillac, *«* Le rôle du Juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français *», in Le rôle du Juge en présence de problèmes économiques*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Dalloz, 1997, p. 152, spéc. p. 158.

1804 V. *Supra* note de bas de page n° 1756.

1805 M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, n° 393 et s., p. 239 et s.

Section 2. L'égalité des créanciers atténuée

203. Les fondements du principe d'égalité des créanciers. La notion d'égalité est traditionnellement attachée à celle de justice[1806] et évolue avec elle. L'égalité constitue une valeur[1807] au terme de laquelle « *les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon* »[1808]. En droit des entreprises en difficulté, le principe d'égalité n'est pas expressément défini dans les textes et en jurisprudence. Hormis un texte[1809] limité au principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et relatif aux restitutions de sommes versées à tort et dues par les créanciers, aucune disposition n'y fait référence explicitement[1810]. L'égalité des créanciers peut, néanmoins, trouver plusieurs fondements.

D'abord, en dehors du droit des entreprises en difficulté, il est aisé de le rapprocher d'une valeur fondamentale : le principe d'égalité des citoyens reconnu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789[1811]. Ce principe d'égalité et de non-discrimination est ancré dans la tradition constitutionnelle française[1812] mais aussi garanti par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme[1813] et la Cour de Justice de l'Union

---

1806 Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Pocket, coll. Agora, 2007 ; J. Rawls, *Théorie de la justice* (1971), trad. C. Audard, Seuil, 1987.

1807 C. Perelman, «Égalité et valeurs *», in L'égalité*, vol. I, Bruylant, 1971, p. 319 ; E. Dockès, *Valeurs de la démocratie – huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004 ; M. Sweeney, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, L'épilogue, Collection l'Unité du Droit, Volume V, 2016, p. 15.

1808 C. Perelman, *op. cit.*, Bruylant, 1971, p. 319.

1809 C. com., art. L. 643-7-1 : *«* Le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées. *»*.

1810 Il se fait également rare dans les débats parlementaires. Par exemple, les termes *«* égalité des créanciers *»* n'ont pas été employés au cours des débats parlementaires précédant la loi du 25 janv. 1985 : J.-L. Coudert, *«* Dans les procédures collectives, l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité ? *»*, *LPA* 26 août 1992, n° 130, p. 12.

1811 Art. 1, 6 et 13 de la DDHC. Art. 1er : *«* Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. *»*. Art. 6 : *«* La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. *»*. Art. 13 : *«* Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés *»*.

1812 Art. 1er de la Constitution française de 1958 : *«* La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. *»*.

1813 Art. 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et art. 1er du protocole n° 12 à la CESDH du 4 novembre 2000. Sur l'interdiction de discriminations dont découle le principe d'égalité : Art. 14 CESDH : *«* La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune,

européenne[1814]. Au-delà du principe général d'égalité en matière des droits de l'Homme, le principe d'égalité des créanciers puise, ensuite, classiquement sa source dans l'article 2285 du Code civil qui énonce que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ».

Ensuite, derrière ce fondement se trouvent des raisons pragmatiques puisqu'il ne peut pas être admis que certains créanciers consentent des sacrifices et que d'autres fassent échouer le sauvetage de l'entreprise au regard de leur propre intérêt[1815].

Enfin, il se retrouve de façon implicite dans nombre de règles impératives en droit des entreprises en difficulté. L'interdiction de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture[1816], le monopole de représentation des créanciers par le représentant des créanciers[1817], l'arrêt des poursuites[1818], la déclaration des créances[1819], l'interdiction d'inscrire des sûretés à compter du jugement d'ouverture[1820] et les nullités de la période suspecte[1821] traduisent cette égalité entre les créanciers face au régime impératif des procédures collectives. En effet, le principe d'égalité ne se limite pas au paiement égalitaire des créanciers placés dans une même situation et sous-tend ainsi d'autres règles. Ceci découle de la finalité des procédures collectives qui traitent de façon collective les créanciers[1822].

---

fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ». Art. 1er du protocole n° 12 : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. […] ».

1814 La Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a consacré un principe général d'égalité, tout en le déclinant sous la forme de multiples expressions écrites, comme l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, l'égalité des sexes, etc. Elle pose ce principe en tant que principe fondamental, c'est-à-dire constituant une règle supérieure d'application générale qui interdit que des situations comparables ne soient traitées différemment, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée : CJCE, 19 oct. 1977, « SA Moulins et huileries de Pont-à-Mousson », aff. 124/76 et 20/77, point 17.

1815 Ch. Leguevaques, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. Pal.* 06 août 2002, n° 218, p. 2.

1816 C. com., art. L. 622-7.

1817 C. com., art. L. 622-20, al. 1er.

1818 C. com., art. L. 622-21 et L. 622-28.

1819 C. com., art. L. 622-24.

1820 C. com., art. L. 622-30.

1821 C. com., art. L. 632-1 et s.

1822 O. Franco, L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité, préf. E. Claudel, LGDJ, 2016, n° 543, p. 375.

204. L'intérêt collectif des créanciers lié au principe d'égalité des créanciers. Le principe d'égalité des créanciers est lié à l'intérêt collectif. Ce dernier n'est pas défini dans les textes mais, de manière générale, il apparaît comme l'intérêt d'un groupe de personne qui se situe « *à mi-chemin entre l'intérêt individuel de* [chaque membre] *et l'intérêt général de l'ensemble des citoyens* »[1823]. En droit des entreprises en difficulté[1824], ce principe suit le même schéma en s'émancipant des intérêts individuels des créanciers et en reposant sur « leur gage commun »[1825]. Au fil des réformes, le principe d'égalité des créanciers a évolué et ne réside plus en une égalité mathématique[1826] entre les créanciers mais repose sur la discipline collective. La discipline collective et le principe d'unicité de la procédure sous-tendent l'interdiction des actions individuelles des créanciers[1827]. Ainsi, face au traitement collectif des créanciers, il est nécessaire de préserver leur intérêt collectif. Cela exige qu'ils soient traités égalitairement afin que les intérêts égoïstes de certains ne portent pas préjudice à d'autres.

205. L'évolution du principe au fil des réformes. Le principe, présenté comme l'un des piliers fondamentaux du droit des entreprises en difficulté, est fréquemment protégé par les juges. Dès le début du XXe siècle, la Cour de cassation a reconnu au principe un caractère d'ordre public, en interdisant toute clause qui pouvait favoriser l'un des créanciers[1828] et n'a cessé de le rappeler dans ses décisions postérieures[1829]. Cependant, au fil des réformes, et pour mieux satisfaire les finalités

1823 J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 9e éd., 2015, n° 669, p. 669.

1824 Pour une définition et une analyse de l'intérêt collectif en droit des entreprises en difficulté : M. Dols-Magneville, *«* L'intérêt collectif des créanciers *», in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire ou révélateur ?*, ss. la dir. de F. Macorig-Venier, Actes du colloque du CDA du 16 mars 2017, PU Toulouse, 2017, p. 287.

1825 La Cour de cassation a défini l'action assurant la défense de l'intérêt collectif comme celle tendant *«* à la préservation et la reconstitution du gage commun des créanciers *»* : Com. 2 juin 2015, n° 13-24.714.

1826 H. Poujade, *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Thèse, Toulouse, 2014, n° 123.

1827 La Cour de cassation est donc venue rappeler que le représentant des créanciers, dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Elle déclare, à ce titre, irrecevable l'action individuelle introduite par un créancier pour demander réparation d'un préjudice qui n'est pas distinct de celui causé aux autres créanciers : Com. 4 mars 2003, n° 99-11836, Bull. IV n° 37.

1828 Cass. Req. 13 juill. 1910, *Journ. Faill.*, 1910, p. 385.

1829 Com. 19 avr. 1985, n° 83-15258, Bull. civ.IV, n° 120, p. 103. C'est à bon droit qu'une Cour d'appel décide que ne peut pas produire effet en ce qu'elle porte atteinte à la règle d'ordre public de l'égalité des créanciers, la clause pénale qui insérée dans un contrat de prêt, prévoit la majoration des obligations du débiteur dans le cas où il serait mis en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. La clause était en l'espèce contraire à l'égalité des créanciers en ce qu'elle favorisait un créancier du fait même de l'ouverture d'une procédure collective alors qu'une clause prévue pour indemniser un cocontractant en cas de résiliation reste valable dans le cadre d'une procédure collective ; CA Paris, 25 juin 1996, RG n° 95/7257 : *«* Que les consorts X ne peuvent soutenir que le nouvel article 153-3 alinéa 4 [...], - au terme duquel " le bailleur qui entend demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures au jugement de liquidation judiciaire doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans les trois mois du jugement", constitue une dérogation à l'article 47 précité dont les dispositions sont d'ordre public et sont destinées à assurer l'égalité entre les créanciers *»*. Com. 17 nov. 1992, n° 90-19.013, *D.* 1993, p. 341, obs. J.-P. Sortais. La Cour de cassation énonce qu' *»* un créancier admis à titre chirographaire ne peut conserver les sommes à lui payées en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires, le paiement eût-il été fait par le liquidateur en connaissance de cause *»* ; Com. 17 juin 1997,

assignées par le législateur aux procédures collectives, une nouvelle dynamique a été insufflée au principe. Classiquement, il se définissait comme un règlement uniforme des créanciers antérieurs. Au nom de l'intérêt général et de la poursuite d'intérêts supérieurs, de nombreuses différences de traitement entre les créanciers - qu'ils soient ou non dans la même situation - ont en effet vu le jour. La vivacité du principe a donc connu des périodes de flux et de reflux[1830]. La place importante faite désormais à la négociation au sein des procédures collectives renforce corrélativement les situations particulières. En effet, dans un souci d'efficacité des négociations, certains créanciers sont spécialement protégés. Face au mouvement favorisant le traitement négocié qui traverse actuellement le droit des entreprises en difficulté, on assiste à une nette atténuation de ce principe **(§1)**. Elle est justifiée cependant par la recherche d'efficacité des procédures **(§2)**.

§ 1 Les manifestations de l'atténuation du principe d'égalité

Le principe d'égalité des créanciers n'est pas un principe absolu : une égalité absolue ne permet pas de prendre en compte l'inévitable hiérarchie entre les intérêts, propres à chaque catégorie de créances[1831]. Il subit donc de nombreux tempéraments selon l'objectif poursuivi par le législateur. Cependant, si l'égalité ne signifie pas qu'il faille traiter les créanciers égalitairement sans distinction, ses atteintes ont été accrues au fil des réformes, notamment avec la promotion de la négociation. En ce sens, le principe d'égalité des créanciers s'en trouve tempéré tant au regard de la multiplication des situations de traitements différences **(A)**, que de l'atteinte portée à la discipline collective avec l'apparition des nouvelles sauvegardes accélérées **(B)**.

A. Le renforcement des traitements différenciés par la négociation

Le caractère d'ordre public attaché à l'égalité des créanciers et la protection certaine assurée par la jurisprudence sont le reflet de la vivacité du principe en droit des entreprises en difficulté. Toutefois, il est atténué par de multiples causes de préférence, révélant sa nature fonctionnelle. En effet, le principe d'égalité des créanciers n'est pas une égalité abstraite impliquant un paiement

---

n° 94-14.109, Bull. civ.IV, n° 192, *D.* 1997, p. 311, obs. A. Honorat. Dans cette autre affaire, la Cour de cassation casse l'arrêt qui condamne un débiteur et son liquidateur à réaliser un mur de soutènement nécessaire pour pallier l'affaiblissement du terrain des acquéreurs de l'immeuble qu'ils avaient construit et vendu, au motif que la demande ne tend ni au paiement d'une somme d'argent, ni à la résolution du contrat. Qu'en statuant ainsi, sous couvert de condamnation de la société et de son liquidateur judiciaire à exécuter une obligation de faire, la demande impliquait le paiement d'une somme d'argent pour une cause antérieure au jugement d'ouverture, la Cour a donc violé le principe de l'égalité des créanciers. S'agissant de l'obligation de déclaration des créances, un arrêt, rendu sous l'empire de la loi de 1985, rappelle que la discipline collective imposée aux créanciers antérieurs leur interdit de contourner cette obligation pour éviter la forclusion : Com. 23 nov. 1999, n° 97-16870, Bull. civ.IV, n° 208.

1830 Ch. Leguevaques, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. Pal.* 06 août 2002, n° 218, p. 2.

1831 Ch. Labrusse-Riou, « Evolution du droit français des faillites », *in Faillites, liquidation des biens, règlement judiciaire, faillite personnelle, banqueroute*, ss. la dir. de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 5. Dalloz, 1970, p. 5.

général « au marc le franc » et effaçant les différences entre les créanciers[1832]. Il s'entend, au contraire, de manière concrète : il concerne des catégories diverses et connaît des exceptions chaque fois que les conditions différentes imposent un traitement différent. C'est que l'égalité des créanciers est une notion fonctionnelle, liée aux aspects fonctionnels de la procédure collective[1833]. L'ambiguïté du principe réside donc dans son renforcement par le législateur d'un côté, sa réduction de l'autre au nom du principe de réalisme[1834]. Il n'est, dès lors, pas étonnant qu'il connaisse des aménagements et des atténuations face à l'évolution actuelle de cette branche du droit. Il convient donc de voir les atteintes classiques portées au principe d'égalité des créanciers par le législateur **(1)** avant d'étudier ses limites actuelles en lien avec le renforcement de la négociation dans le droit des entreprises en difficulté **(2)**.

1. Les exceptions classiques au principe d'égalité

206. Les principales illustrations des tempéraments au principe d'égalité. Les atteintes au principe de l'égalité des créanciers sont généralement liées à la nature de la créance ou à la qualité des créanciers. En raison de la nature de la créance, on retrouve notamment les clauses de propriété[1835], les clauses pénales[1836] ainsi que la compensation[1837]. Dans de telles situations, les créanciers peuvent par ce biais obtenir le paiement de leur créance en priorité, ce qui rompt l'égalité entre les créanciers. De même, la qualité des créanciers peut justifier une limitation à l'égalité des

1832 F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G* 1998, I, 138.

1833 La notion fonctionnelle est une notion qui « remplit, dans un contexte donné, une fonction » : O. Franco, *op. cit.*, LGDJ, 2016, n° 541, p. 374. L'auteur cite : G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA* 2009, p. 641, spéc. p. 643.

1834 Ph. Delmotte, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », *in Rapport de la Cour de cassation pour 2003. L'égalité*, La Documentation française, 2004, p. 106, spéc. p. 108.

1835 Com. 11 mars 1997, n° 94-20069, Bull. civ IV, n° 70 p. 63.

1836 Com. 5 janv. 1999, n° 96-21553 : « le principe d'égalité des créanciers ne s'oppose à la validité au regard de la procédure collective d'une clause pénale convenue entre un créancier et le débiteur antérieurement à l'ouverture de la procédure collective que lorsqu'il résulte de cette clause une majoration des obligations du débiteur envers le créancier en cas de prononcé de son redressement judiciaire ». En conséquence, la Cour d'appel a violé ce principe en rejetant la demande d'admission au passif de l'indemnité d'exigibilité, pour déchéance du terme d'un prêt, au motif que celle-ci a la nature juridique d'une clause pénale et rompt l'égalité des créanciers.

1837 Avant la reconnaissance législative de la compensation en 1994 (art. L. 33 modifié par la loi du 10 juin 1994), la jurisprudence a validé le recours à la compensation : Com. 19 mars 1991, n° 89-17083, Bull. civ IV, n° 105 p. 73. La Cour de cassation énonce que : « les dispositions légales prévoyant un ordre de paiement entre les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective ne pouvaient mettre obstacle au jeu de la compensation entre les sommes, non sujettes à discussion quant à leur exigibilité et à leur montant […] ».

créanciers. Par exemple, le Trésor public profite d'un traitement préférentiel en raison de sa créance d'intérêt public. L'égalité des créanciers n'est pas non plus absolue au regard du traitement de faveur fait aux créances salariales[1838] et alimentaires[1839]. Un traitement à part est en effet justifié par le statut particulier des salariés, ne permettant pas de les assimiler aux autres créances. Il en est également ainsi de la créance d'aliments dont le particularisme a pour but de satisfaire les besoins vitaux du créancier[1840]. La défense d'intérêts supérieurs commande donc une rupture d'égalité entre les créanciers.

En définitive, l'égalité des créanciers est un principe fondateur du droit des entreprises en difficulté qui subit des atteintes plus ou moins importantes selon les situations. Au-delà des limites classiques, le principe est aujourd'hui également remis en cause par la place croissante faite à la négociation et aux volontés individuelles dans les procédures collectives.

2. La négociation et les nouvelles exceptions au principe d'égalité

207. L'instauration d'un privilège dans l'ordre des paiements : le privilège de conciliation. Un des attraits de la procédure de conciliation est le privilège de *new money*, institué par la réforme de 2005 au bénéfice des créanciers qui ont consenti, pendant une conciliation ayant donné lieu à un accord homologué, un nouvel apport en trésorerie, un nouveau bien ou service au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité[1841]. Applicable en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le privilège entraîne, en fait, un recul de l'égalité des créanciers en raison du classement favorable qu'il procure à ses bénéficiaires dans l'ordre des paiements des créanciers[1842].

1838 Le passif salarial obéit à des règles qui lui sont propres. Par exemple, les salariés n'ont pas à déclarer leurs créances, l'obligation pesant notamment sur l'AGS : C. com., art. R. 622-21.

1839 L'ordonnance du 18 décembre 2008 introduit l'exception à l'obligation de déclaration des créances pour les créances alimentaires. Soumis à un régime particulier, les créanciers alimentaires peuvent obtenir le versement de leur créance en dépit de l'interdiction des paiements. Cette solution prévalait déjà en jurisprudence. Pour la Cour de cassation, la créance alimentaire est une dette personnelle au débiteur qui doit être payée sur ses revenus : Com. 8 oct. 2003, n° 00-14760, Bull. civ. IV, n° 152.

1840 Ph. Delmotte, *op. cit.*, La Documentation française, 2004, p. 106, spéc. p. 126.

1841 C. com., art. L. 611-11, al. 1er.

1842 C. Saint-Alary-Houin, « Les privilèges de la procédure », *LPA* 14 juin 2007, n° 119, p. 70.

Contrastant avec la solution issue de l'article 40 de loi du 25 janvier 1985[1843], qui ne précisait pas la nature du droit de priorité qu'il avait institué[1844], l'article L. 611-11 du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde de 2005, précise, quant à lui, qu'il s'agit d'un privilège. Cette précision est en cohérence avec le droit de priorité des créanciers postérieurs, qui constitue un véritable privilège[1845]. Ainsi, ces créanciers sont payés « *par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13* »[1846]. Il faut comprendre qu'ils ne sont primés que par le superprivilège des salariés et le privilège des frais de justice.

L'atteinte à l'égalité des créanciers a donc été évidente à l'occasion de la réforme de 2005. D'une part, cette faveur entraîne incontestablement un traitement différencié entre les créanciers. D'autre part, elle ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital[1847]. C'est pourquoi, lors de l'élaboration de la loi de sauvegarde de nombreux amendements ont été déposés pour remanier cette disposition. L'opposition parlementaire de l'époque critiquait notamment la primauté du privilège de la conciliation sur les créances des organismes sociaux et fiscaux[1848]. L'exception d'irrecevabilité a même été soulevée au vu des atteintes portées aux principes constitutionnels par la rupture d'égalité ainsi créée non à des fins publiques mais à des fins privées[1849]. L'amendement tendant à la suppression de ce privilège a cependant été rejeté[1850].

Un autre amendement prévoyait la perte du privilège en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation intervenant dans les dix-huit mois suivant la date de l'homologation de l'accord de conciliation, matérialisant de fait l'échec de la conciliation. Il était alors question d'éviter le risque d'effet pervers lié au privilège, à savoir empêcher le bénéfice du

---

1843 L'alinéa 1er de l'article 40 de la loi de 1985 énonçait : « Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie. En cas de cession totale ou de liquidation ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail [*superprivilège des salariés*] ».

1844 La Cour de cassation avait énoncé que le « privilège de l'article 40 n'était pas un privilège» : M. Cabrillac et Ph. Pétel, note ss. Com. 5 fév. 2002, *JCP*, éd. *E* et *A*, 2002, chron. 807, p. 853.

1845 P.-M. Le Corre, « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal.* 08 sept. 2005, n° 251, p. 50. ; du même auteur et sur la même question, « De quelques difficultés intéressant le privilège de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 102.

1846 C. com., art. L. 611-11, al. 1er.

1847 C. com., art. L. 611-11, al. 2.

1848 Interv. M. Vaxès, JO, débats AN, 1ère séance du 3 mars 2005, p. 1602.

1849 Interv. P. Giaccobi, 3e séance débats AN, 1er mars 2005, p. 1504 et 1505 ; V. Interv. A. Montebourg, JO, débats AN, 1ère séance du 3 mars 2005, p. 1618.

1850 Amend. n°410, interv. A. Montebourg, JO, débats AN, 2e séance du 3 mars 2005, p. 1628 et 1629.

privilège à certains créanciers donnant l'impression d'avoir soutenu l'entreprise et faisant par la suite échouer l'accord[1851]. Cet amendement a également été rejeté au motif qu'il produirait « *une mesure couperet* »[1852].

Le principe d'égalité entre les créanciers est donc ici atténué par la place préférentielle donnée à certains d'entre eux dans l'ordre des paiements. Il peut l'être également au sein des négociations des délais et remises dans le cadre de l'élaboration des plans.

208. Un principe subsidiaire dans le cadre du traitement négocié des créances dans les plans de sauvegarde et de redressement. L'égalité des créanciers apparaît subsidiaire dans l'élaboration des plans, y compris hors comités des créanciers. Dans ce cadre, le débiteur est libre de proposer des modalités de paiement individualisées, faisant fi de la règle du traitement égalitaire des créanciers. En ce sens, l'article L. 626-5, alinéa 1er du Code de commerce est clair : « *Les propositions pour le règlement des dettes peuvent porter sur des délais, remises et conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Elles sont,* ***au fur et à mesure de leur élaboration*** [nous surlignons] *et sous surveillance du juge-commissaire, communiquées par l'administrateur au mandataire judiciaire, aux contrôleurs ainsi qu'au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel* »[1853]. L'alinéa 2 indique que « *lorsque la proposition porte sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance* […] »[1854]. En somme, le traitement différencié résulte de l'acceptation des créanciers issue de la phase des négociations avec le débiteur ou son administrateur. Dans ce cas, le tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers[1855] et ce n'est qu'à défaut d'acceptation qu'il impose des délais uniformes de paiement[1856]. Par voie de conséquence, le traitement uniforme des créances imposé par le tribunal est

1851 Amend. n°420, interv. A. Montebourg, JO, débats AN., 2e séance du 3 mars 2005, p. 1636.

1852 Interv. D. Perben, JO, débats AN., 2e séance du 3 mars 2005, p. 1636. Le Rapporteur de la Commission des lois considère, pour sa part, qu'un article répondait d'ores et déjà à cette question : « Cet amendement traduit un souci légitime auquel il est en partie répondu à l'article L. 621-1, tel qu'il résulte du projet de loi. Celui-ci permet, dans les cas visés par votre amendement, monsieur Montebourg, que l'audience pour l'ouverture de la procédure collective exige la présence du parquet avec éventuellement communication des pièces du dossier du mandat *ad hoc* et de la conciliation» : Interv. X. de Roux, JO, débats AN., 2e séance du 3 mars 2005, p. 1636.

1853 Les dispositions du titre II du livre VI du Code de commerce consacrées à la procédure de sauvegarde sont applicables au plan de redressement sous réserve de certaines dispositions : C. com., art. L. 631-19. Cette phase est similaire à celle de l'article 24 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, lequel énonçait : « Les propositions pour le règlement des dettes sont, au fur et à mesure de leur élaboration et sous la surveillance du juge-commissaire, communiquées par l'administrateur au représentant des créanciers, aux contrôleurs ainsi qu'au représentant des salariés, membres du comité social et économique. Le représentant des créanciers recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance ».

1854 La préparation du plan s'effectue en collaboration avec l'administrateur judiciaire : C. com., art. L. 626-2.

1855 C. com., art. L. 626-18, al. 1er.

1856 C. com., art. L. 626-18, al. 4.

subsidiaire[1857]. Cette différence de traitement résultant de l'acceptation des créanciers est justifiée par le fait que chaque accord a été donné en connaissance des autres propositions faites aux créanciers. En effet, l'article R. 626-7, II, 2° du Code de commerce prévoit que l'ensemble des propositions relatives au règlement des dettes et les garanties offertes est joint à la lettre adressée aux créanciers auxquels sont proposés des délais et remises. L'ordonnance du 12 mars 2014 est allée plus loin dans la « contractualisation des plans » en étendant la phase de consultation aux créances salariales et aux créances bénéficiant du privilège de *new money*. Effectivement, ces créances ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais sans avoir été acceptés par les créanciers concernés[1858].

La loi énonce donc que les modalités d'apurement des créances dans les plans de sauvegarde et de redressement sont traitées dans le cadre de consultations, créancier par créancier, pouvant générer une différence de traitement. Le traitement égalitaire et uniforme réapparaît pour les créanciers réfractaires ou n'ayant pas été consultés, dont le sort n'est plus traité de façon conventionnelle mais d'autorité par le tribunal[1859]. Pour autant, de telles propositions de traitement différencié devraient, en pratique, être formulées par catégories de créanciers ou justifiées par la situation de chaque créancier concerné[1860].

Le principe d'égalité des créanciers est de ce fait entaché par l'élaboration quasi sur-mesure des plans. Cette atteinte est encore plus nette dans le cadre des comités de créanciers.

209. Les différences de traitement dans les comités de créanciers. On l'a vu[1861], l'instauration des comités des créanciers en 2005 participe au mouvement de contractualisation de la matière. En injectant de la négociation dans des procédures contraignantes par nature, le législateur limite dans le même temps le principe d'égalité des créanciers.

Ce constat est d'autant plus notable depuis l'ordonnance de 2008. Si chaque projet de plan pouvait jusque-là prévoir des délais et remises, il est désormais possible d'envisager des conversions

1857 N. Ghalimi, « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA* 19 déc. 2014, n° 253, p. 4.

1858 C. com., art. L. 626-20, I.

1859 Délais uniformes imposés par le tribunal : C. com., art. L. 626-18, al. 4. Le plan peut néanmoins prévoir un choix pour les créanciers comportant un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle du montant de la créance : C. com., art. L. 626-19, al 1er.

1860 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 2014, 10e éd., n° 872, p. 382 ; P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 512.311, p. 1338 et 1339 ; M. Sénéchal et G. Couturier, « Créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ? », *BJE* 01 sept. 2012, n° 05, p. 328.

1861 V. *Supra*, Chap. I, Titre II, Partie I.

de créances en capital[1862]. S'agissant d'une forme de paiement anticipé, cette conversion a pu être critiquée par certains comme portant atteinte à la loi d'égalité[1863]. L'ouverture plus grande de l'objet de la négociation bouscule en effet un peu plus l'égalité des créanciers. Le contenu du projet de plan peut donc être varié puisqu'il peut s'agir de délais de paiement, de remises, de conversions de créances en titre donnant ou pouvant donner accès au capital.

L'ordonnance a surtout précisé que le projet « *peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient* »[1864]. L'ajout est important puisque les différences de traitement sont désormais explicites au sein du régime des comités. Cette différence de traitement n'est pas précisée par les textes mais il semble qu'elle s'applique à la fois entre les différents comités et au sein d'un même comité. L'ajout permet surtout de la justifier dans un cadre fondé sur des rapports de force, où une majorité des créanciers va imposer des sacrifices à une minorité.

La loi du 22 octobre 2010 rappelle également la possibilité d'un traitement différencié, notamment lorsqu'elle impose de tenir compte des accords de subordination conclus avant l'ouverture de la procédure[1865]. Inspiré du droit anglo-saxon, ce mécanisme de fixation conventionnelle de l'ordre des paiements entre créanciers dans les financements structurés permet aux créanciers seniors d'être payés avant les créanciers juniors. Le tribunal est, par conséquent, lié par ces accords de subordination, sauf à refuser d'arrêter le plan[1866].

L'atteinte à l'égalité de traitement entre les créanciers doit néanmoins être nuancée car le projet de plan doit refléter les différentes catégories des créanciers, un traitement uniformisé pouvant être considéré, en pratique, comme inéquitable. De même, admettre une différence de traitement selon les catégories de créanciers renforce logiquement l'égalité entre les créanciers placés dans la même situation. Enfin, le juge contrôle que la différence de traitement n'est pas

1862 C. com., art. L. 626-30-2, al. 2.

1863 Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JurisClasseur*, n° 2151, 2010. L'auteur fait état de ces critiques mais ne se range pas pour autant derrière. Il affirme, au contraire, qu'une telle opération est en conformité avec la morale des affaires d'autant qu'elle fait l'objet d'un contrôle judiciaire.

1864 C. com., art. L. 626-30-2, al. 2.

1865 C. com., art. L. 626-30-2, al. 2. La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives est venue compléter l'article L. 626-32, al. 2 par une phrase : « Il prend en compte les accords de subordination entre créanciers conclus avant l'ouverture de la procédure ».

1866 V. sur ces questions : M. Douaoui-Chamseddine, « Le tribunal qui arrête un plan de sauvegarde écartant la subordination peut-il condamner les juniors à verser des dommages-intérêts aux seniors ? », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, p. 17 ; A. Bebe Epale et Ch. Garcia, « Les plans face aux accords de subordination », *LPA* 23 juill. 2012, n° 146, p. 4.

manifestement disproportionnée[1867]. Il s'assure en effet que les « *intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* » avant d'arrêter le plan[1868], en se fondant certainement sur des considérations objectives. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 11 mai 2016[1869], illustre le contrôle judiciaire opéré sur cette différenciation de traitement entre les créanciers. Pour rappel, les juges du fond ont considéré qu'un plan de sauvegarde financière accélérée induisant une inégalité de traitement des créanciers selon qu'ils accordaient ou non un nouveau crédit au débiteur reposait sur des critères objectifs et pertinents puisque diverses options de règlement de leur créance leur avaient été proposées. En raison de ce choix, la différence de traitement n'était pas manifestement disproportionnée et protégeait suffisamment les intérêts de tous les créanciers. Ils pouvaient, en effet, apprécier l'option la plus favorable pour eux.

210. L'atteinte à l'égalité par les modalités de vote au sein des comités. Afin de faciliter l'adoption du projet de plan, les modalités du vote au sein des comités ont été modifiées par rapport à 2005. Les conditions du vote constituent, dans une certaine mesure, une atteinte au principe d'égalité des créanciers. Auparavant, une double majorité était requise : par tête et en capital. La décision était prise par chaque comité à la majorité de ses membres, représentant au moins les deux tiers du montant des créances de l'ensemble des membres du comité[1870]. Désormais, la décision est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote[1871]. Supprimant la règle de la majorité par tête, le calcul s'effectue donc à partir du seul montant des créances. Si certains déplorent cette modification car le vote par

1867 L'interprétation du contrôle de la protection des intérêts de tous les créanciers par le rapporteur de la Commission des lois du Sénat allait dans ce sens : « La procédure des comités de créanciers ne doit en effet pas conduire à sacrifier les intérêts des créanciers minoritaires au sein des comités ou ceux des créanciers qui n'en seraient pas membres. Or, les dispositions du projet de plan adopté par les comités de créanciers peuvent leur être préjudiciables, car elles peuvent imposer aux minoritaires des efforts disproportionnés à leurs capacités contributives, ou affaiblir le gage des créanciers non membres en prenant des garanties disproportionnées aux efforts consentis ou en avantageant les créanciers membres dans l'exécution du plan. Aux termes de la rédaction proposée, dans l'hypothèse où le tribunal estimerait que le projet de plan adopté par les comités protègerait suffisamment les intérêts de l'ensemble des créanciers, il arrêterait le plan conformément au projet adopté […] » : J.-J. Hyest, Rapport de la commission des lois du Sénat, déposé le 11 mai 2005, n° 335, p. 296.

1868 C. com., art. L. 626-31, al. 1er.

1869 CA Paris, Pôle 05 ch. 08, 11 mai 2016, n°16/03704, *Ludendo*, préc.

1870 C. com., art. L. 626-30, al. 3, anc.

1871 C. com., art. L. 626-30-2, al. 4. Le calcul des 2/3 du montant des créances reste effectué comme par le passé en référence au montant des créances tel qu'il a été indiqué par le débiteur et certifié par son commissaire aux comptes et, à défaut, par son expert-comptable.

tête évitait qu'un seul créancier détienne la majorité[1872], elle facilite néanmoins le vote favorable de chaque comité et évite le risque de fraude par subdivision des créances[1873]. Fondé sur la volonté collective de certains créanciers seulement, le dispositif des comités des créanciers entraîne inévitablement une atteinte à l'égalité des créanciers, en remettant en cause le traitement uniforme des créances.

En définitive, la place faite à la négociation en droit des entreprises en difficulté emporte donc la création d'un traitement préférentiel pour certains créanciers. Le même constat peut être fait avec l'apparition des procédures de sauvegarde accélérée[1874], s'agissant plus précisément d'une atteinte à la discipline collective.

B. L'altération de la discipline collective

211. Le principe d'égalité des créanciers réside en une discipline collective. L'essence des procédures collectives est d'emporter une saisie collective du patrimoine du débiteur. Elles se caractérisent aussi et surtout par la discipline collective et contraignante qu'elles imposent aux créanciers, à la différence de la logique individuelle présidant aux poursuites individuelles engagées par les créanciers dans le cadre des voies d'exécution. La discipline collective est donc chevillée autour de ce principe qui commande que les créanciers soient traités de manière égalitaire. L'instauration des procédures de sauvegarde accélérée invite à s'interroger sur l'atteinte faite à l'égalité des créanciers. En effet, l'apparition de la procédure de sauvegarde financière accélérée et de la sauvegarde accélérée dans le paysage des procédures collectives a suscité des questions quant à leur caractère collectif[1875].

1872 G. Teboul, « La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.* 8 avril 2008, n° 99, p. 2, spéc. p. 6. L'auteur regrette donc cette modification dès lors qu'il n'y a pas de manipulation. Il propose alors de conserver la règle ancienne en prévoyant une possibilité de recours rapide en cas d'abus manifeste.

1873 Rapp. au Président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, JO 19 déc. 2008, p. 19457, § art. 66.

1874 Notons que les limites au caractère collectif des procédures ne sont pas exclusives aux procédures de sauvegardes accélérées. L'exemple de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) est topique puisque l'ensemble de ses biens n'est pas appréhendé par la procédure mais seulement les éléments du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté (C. com., art. L. 680-2). Cependant, l'étude se limitant aux procédures dans lesquelles une place plus importante est faite à la négociation, le régime de l'EIRL n'a pas été envisagé.

1875 V. sur ce sujet, les développements détaillés de F.-X. Lucas, « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », *in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 93.

212. La discipline collective altérée dans les nouvelles sauvegardes accélérées. Les procédures de sauvegarde accélérées ont, d'abord, la particularité d'être des hybrides de conciliation et de sauvegarde puisque cette dernière ne peut qu'être le prolongement de la première. Elles sont, ensuite, en rupture avec la conception classique des procédures collectives avec la remise en cause du caractère contraignant de la procédure[1876]. En effet, à la différence des autres procédures collectives, l'ouverture de ces procédures accélérées nécessite la négociation préalable du débiteur avec une majorité de ses créanciers. Le tribunal doit, en ce sens, être convaincu que le débiteur a obtenu sur le projet de plan un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption[1877]. À vrai dire, la négociation qui a lieu préalablement en conciliation est le socle de la procédure de sauvegarde ouverte ultérieurement. Le caractère amiable très marqué de ces procédures bouleverse donc fondamentalement l'esprit contraignant des procédures collectives[1878]. Ces procédures ne visent, enfin, qu'une catégorie de créanciers ou de débiteurs selon la procédure. Concernant la sauvegarde financière accélérée, elle n'a d'effets qu'à l'égard des créanciers financiers[1879]. S'agissant de la sauvegarde accélérée, elle ne peut être ouverte qu'en faveur de débiteurs d'une taille relativement importante[1880] et ne produit des effets qu'à l'égard de certains créanciers[1881]. Le caractère « semi-collectif » de ces procédures ne fait donc pas de doute[1882]. Il est d'autant plus marqué dans l'hypothèse de la sauvegarde financière accélérée, laquelle apparaît segmentée en ne concernant qu'une infime partie des créanciers. L'atteinte à l'égalité des créanciers semble ici incontestable puisque si des dérogations à la discipline collective ont toujours existé, la consécration de la sauvegarde financière accélérée a permis aux créanciers « non financiers » d'échapper totalement à la procédure collective[1883].

En tout état de cause, si le principe d'égalité se trouve malmené par ces nouvelles procédures car certains créanciers y échappent, la procédure demeure, de toute évidence, collective. D'une part, le plan est voté par la collectivité des créanciers et, d'autre part, le règlement collectif

1876 *Ibid.* V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I.

1877 C. com., art. L. 628-1, al. 2.

1878 F.-X. Lucas, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 93.

1879 C. com., art. L. 628-9.

1880 C. com., art. L. 628-1.

1881 C. com., art. L. 628-6.

1882 V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 83 et s.

1883 Ces créanciers ne subissent ni l'interdiction de payer les créanciers antérieurs, ni l'arrêt des poursuites et du cours des intérêts.

des créanciers prévu par le plan empêche que les créanciers n'agissent à titre individuel, même dans le cas où le débiteur ne s'exécute pas[1884].

L'évolution des textes vers plus de négociation, dans un contexte de contractualisation, traduit le changement opéré sur le principe d'égalité entre créanciers. Toutefois, de tels tempéraments au principe d'égalité des créanciers renforcent l'efficacité des procédures collectives pour satisfaire les finalités qui leur ont été assignées.

1884 Dans ce cas, seul le commissaire à l'exécution du plan a qualité pour agir en paiement des dividendes impayés : C. com., art. L. 626-27, I, al. 1er.

§ 2 Les justifications de l'atténuation du principe d'égalité

213. L'approche historique de l'atténuation du dogme de l'égalité des créanciers. L'histoire du droit des entreprises en difficulté est marquée par le tiraillement entre le principe d'égalité des créanciers et la création sans cesse de nouveaux privilèges. Ce conflit est ancien mais connaît toujours une vive actualité.

Sous l'empire du droit romain[1885], la pénalisation de la vie des affaires illustrait l'intervention du pouvoir impérial aux fins de protéger les intérêts communs des conséquences économiques et sociales d'une faillite. Cette intervention étatique[1886] s'accompagnait d'un principe d'égalité des créanciers, érigé en dogme. Pendant des siècles, donc, l'objectif du droit de la faillite était de sanctionner le commerçant failli et de répartir de façon égalitaire les biens entre tous les créanciers. Avant le Code de commerce de 1807, ce principe d'égalité fut notamment consacré par l'ordonnance de Charles IX en 1560[1887], puis par l'ordonnance de Colbert en 1673[1888]. Dans le droit contemporain commence une période d'alternance entre indulgence et sévérité[1889]. Au nom de la protection de l'ordre public, les pouvoirs publics créent certains privilèges comme le superprivilège des salariés[1890]. Amorcé par les lois de 1967 et 1985, le tournant décisif du passage du droit de la faillite au droit des procédures collectives, puis au droit des entreprises en difficulté, a révélé qu'une autre voie que la liquidation des biens du débiteur était possible. De nombreux régimes juridiques différents ont donc été institués pour traiter des situations différentes, rompant encore un peu plus avec le principe d'égalité des créanciers[1891]. En somme, l'acception d'origine du principe d'égalité

1885 R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, Domat, LGDJ, 2e éd., 2013, n° 91 et s., p. 68 et s. ; D. Desurvire, « Banqueroute et faillite, de l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA* 30 août 1991, n° 104, p. 12 ; du même auteur, *Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 13 et s.

1886 R. Szramkiewicz et O. Descamps, *op. cit.*, Domat, LGDJ, 2e éd., 2013, n° 91, p. 68. Les auteurs parlent d'une « politique d'interventionnisme étatique », notamment à partir du Bas-Empire, au moment de la grande crise économique du IIIe siècle. Les empereurs s'assurent de la bonne marche de certains secteurs économiques en établissant des monopoles sur des industries nécessaires à l'État comme les transports publics ou les fabrications d'armes. Ils légifèrent également davantage sous forme d'édits, de rescrits, de mandats, de lois et de constitutions impériales.

1887 D. Desurvire, *art. cit.*, *LPA* 30 août 1991, n° 104, p. 12.

1888 Ch. Leguevaques, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. Pal.* 06 août 2002, n° 218, p. 2.

1889 Ch. Labrusse-Rioui, « L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de commerce » in *Faillites, liquidation des biens, règlement judiciaire, faillite personnelle, banqueroute*, ss. la dir. de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 5.

1890 Créé par le décret-loi du 8 août 1935 portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et d'administrer une société.

1891 N. Ghalimi, « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA* 19 déc. 2014, n° 253, p. 4.

des créanciers n'a plus la même réalité aujourd'hui. C'est à un jeu d'équilibriste que le législateur se livre lorsqu'il entend protéger les intérêts particuliers de certains créanciers ou de certains objectifs supérieurs et faire respecter, dans le même temps, l'égalité de traitement. Il ne s'agit, donc, plus de faire de l'égalité des créanciers un dogme face à la multiplication des situations de faveur, lesquelles se trouvent par ailleurs justifiées.

214. La justification de l'apparition de situations de traitement différentes par les objectifs de la loi. En 1985, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de certains privilèges avec le principe d'égalité. En effet, l'article 40 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises améliorait le sort des créanciers postérieurs au jugement d'ouverture dans le but de favoriser la sauvegarde de l'entreprise. L'article disposait, au cas où l'activité de l'entreprise était poursuivie pendant la période d'observation, qu'étaient payées à leur échéance les créances nées après le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ; qu'en cas de cession totale ou de liquidation de l'entreprise, ou lorsque ces créances n'étaient pas payées à leur échéance, elles étaient payées par priorité à toutes autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception du superprivilège des salariés prévu par le Code du travail. En application de ces dispositions, le deuxième alinéa de l'article 40 de la loi précisait l'ordre de paiement à respecter.

Les députés auteurs de la saisine arguaient de ce que le texte entraînait un anéantissement des droits réels d'hypothèque et de gage constitués avant l'ouverture de la procédure, et qui, dépourvu d'indemnisation, méconnaissait le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques et le principe de non-rétroactivité[1892]. Le Conseil constitutionnel a rejeté au fond ces griefs. Sans s'attarder sur celui lié au principe de non-rétroactivité[1893], il convient d'analyser l'interprétation des juges constitutionnels du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques au regard de la modification du sort des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales avec l'instauration d'une priorité de paiement aux créanciers postérieurs. Le Conseil constitutionnel a admis que la loi puisse modifier « *le rang des créances assorties de sûretés réelles à l'avantage de créanciers qui, depuis l'ouverture de la procédure, ont concouru à la réalisation de l'objectif d'intérêt général de redressement des entreprises en difficulté* »,

1892 Saisine par 60 députés - 84-183 DC.

1893 Cons. const., 18 janv. 1985, déc. préc., cons. 4, JO 20 janv. 1985, p. 820 : « Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, l'article 40 de la loi ne comporte aucun anéantissement de droits réels mais se borne à modifier l'ordre de priorité des paiements qu'ils garantissent ; qu'en vertu des articles 240 et 243, ces dispositions ne sont applicables que dans les procédures ouvertes postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi ; que si les créances assorties d'une sûreté réelle spéciale peuvent se trouver, en cas d'insuffisance d'actif, primées par des créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure de redressement, cette situation, étrangère à la matière pénale, n'est contraire à aucune règle constitutionnelle ». Pour des précisions sur le rejet du grief sur l'anéantissement rétroactif des droits réels : V. note ss. déc. n° 84-183 DC, T.-S. Renoux, *D*. 1986, p. 425, spéc. p. 432.

étant ainsi loisible au législateur de soumettre « *à des règles différentes des créanciers placés dans des situations différentes au regard de l'objectif poursuivi* »[1894].

Cette décision n'étonne pas puisque depuis la première application expresse du principe d'égalité des citoyens devant la loi[1895], le Conseil constitutionnel affirme que le principe d'égalité ne s'impose pas de manière absolue au législateur. Les citoyens peuvent, dès lors, être soumis à une différence de traitement si cette dernière est justifiée par une différence de situation objective. De sorte que des situations juridiques différentes appellent des règles juridiques distinctes. Aussi, la différence de traitement doit être compatible avec la finalité de la loi[1896]. À cet égard, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel deux QPC, consistant à savoir si les dispositions des articles L. 626-18, alinéa 1er[1897], et L. 626-19[1898] du Code de commerce portaient atteinte au principe d'égalité des créanciers. Selon la Cour de cassation, « *les deux questions posées ne présentent pas un caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués dès lors que* [ces dispositions] *régissent les pouvoirs du tribunal en matière de délais et de remises dans le cadre d'un plan de redressement, que les exceptions au principe d'égalité sont justifiées par les nécessités de la procédure collective* »[1899].

En l'espèce, l'objectif d'intérêt général de sauvetage des entreprises poursuivi par le législateur justifie qu'il modifie l'ordre de paiement des créances afin de permettre sa réalisation. La priorité de paiement ainsi établie n'est pas contraire au principe d'égalité en ce sens que les créanciers dont le titre est né postérieurement au jugement d'ouverture se trouvent dans une

1894 Cons. const., 18 janv. 1985, déc. préc., cons. 5, JO 20 janv. 1985, p. 820.

1895 Affaire dite de la « taxation d'office » (Loi de finances pour 1974) : Cons. const., 27 déc. 1973, déc. n° 73-51 DC, JO 28 déc. 1973, p. 14004 ; V°. *Principe d'égalité*, L. Philip et L. Favoreu, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 18e éd., 2016, p. 644 et s.

1896 Cons. const., 12 juill. 1979, déc. n° 79-107 DC, cons. 4, JO 13 juill. 1979 ; Sur l'appréciation de la fin d'intérêt général par le législateur : Cons. const., 26 juin 1986, déc. n° 86-207 DC, cons. 31, JO 27 juin 1986, p. 7978 : » Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes, autoriser des mesures propres à cette catégorie de travailleurs ; que les différences de traitement qui peuvent résulter de ces mesures entre catégories de travailleurs ou catégories d'entreprises répondent à une fin d'intérêt général qu'il appartenait au législateur d'apprécier et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution ».

1897 C. com., art. L. 626-18, al. 1er : « Le tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 626-5 et à l'article L. 626-6. Ces délais et remises peuvent, le cas échéant, être réduits par le tribunal ».

1898 C. com., art. L. 626-19 : « Le plan peut prévoir un choix pour les créanciers comportant un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle du montant de la créance. La réduction de créance n'est définitivement acquise qu'après versement, au terme fixé, de la dernière échéance prévue par le plan pour son paiement ».

1899 Com., QPC, 20 mars 2012, n° 11-23.812, *RTD com.* 2012, p. 850, obs. A. Martin-Serf.

situation objectivement différente des créanciers titulaires de créances assorties de sûretés réelles. Le législateur de 1985 a donc souhaité procurer un avantage aux créanciers qui, depuis l'ouverture du jugement d'ouverture, ont participé, par leur concours, au redressement de l'entreprise.

En termes brefs, nombre de règles qui pouvaient trouver leur fondement dans le principe d'égalité des créanciers connaissent des exceptions. Elles sont apparues en raison de la différence de situation objective consentie en rapport avec l'objet ou le but établi par la loi. Renforcées par la place faite à la négociation, les différences de traitement entre créanciers ont également été justifiées par les juges.

215. La justification de l'instauration du privilège de conciliation. S'agissant du privilège de conciliation et dans des termes voisins de ceux de 1985[1900], le Conseil constitutionnel, saisi du contrôle de constitutionnalité de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, a rejeté le recours en énonçant que : « *le législateur a institué le privilège contesté afin d'inciter les créanciers d'une entreprise en difficulté, quel que soit leur statut, à lui apporter les concours nécessaires à la pérennité de son activité ; qu'au regard de cet objectif, ceux qui prennent le risque de consentir de nouveaux concours, sous forme d'apports en trésorerie ou de fourniture de biens ou services, se trouvent dans une situation différente de celle des créanciers qui se bornent à accorder une remise de dettes antérieurement constituées ; qu'ainsi, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité* »[1901]. Ainsi, les efforts différemment consentis par les créanciers bénéficiaires du privilège entraînent une différence de situation avec les autres créanciers, laquelle justifie la disparité dans leur traitement.

Le Conseil constitutionnel rappelle, à cet égard, que le législateur peut régler différemment des situations différentes mais aussi déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général à condition que, dans l'un ou l'autre cas, le traitement différencié soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit[1902]. De surcroît, le privilège de conciliation incite fortement les créanciers, à la table des négociations, à renforcer leurs efforts. Il participe donc au succès de l'accord et à la sauvegarde de l'entreprise. Le traitement de faveur réalisé par le biais du privilège est, de ce fait, en rapport direct avec l'objectif du législateur. De telles justifications sont également avancées au sein des sauvegardes accélérées.

216. La justification des régimes de faveur dans la sauvegarde et ses « variantes ». Les atteintes à la discipline collective, et donc à l'égalité entre les créanciers, se justifient, une fois encore,

1900 Cons. const., 18 janv. 1985, déc. n° 84-183 DC, préc.

1901 Cons. const., 22 juillet 2005, déc. n° 2005-522 DC, JO 27 juillet 2005, p. 12225, cons. 5.

1902 Cons. const., 22 juillet 2005, déc. préc., cons. 4.

par la satisfaction des finalités que le législateur assigne à ces procédures, à savoir l'objectif d'intérêt général de redressement des entreprises en difficulté. Et paradoxalement, l'exclusion de certains créanciers à la discipline collective n'est pas destinée à satisfaire leurs propres intérêts mais à préserver la valeur de l'entreprise au profit de tous les créanciers[1903]. De la sorte, l'efficacité de la procédure est renforcée.

Dans un tout autre registre, la Cour de cassation a rappelé les objectifs du législateur s'agissant des procédures de sauvegarde[1904] pour justifier la différence de traitement entre les créanciers en sauvegarde et ceux en redressement judiciaire. En sauvegarde, les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts. En revanche, l'article L. 631-14 du Code de commerce leur refuse cette faveur en redressement judiciaire. De plus, contrairement au redressement[1905], le jugement arrêtant le plan de sauvegarde leur est également opposable. À cet effet, la possibilité qui leur est ainsi octroyée de se prévaloir des dispositions du plan constitue selon les rédacteurs de la loi de sauvegarde « *l'une des différences majeures entre la sauvegarde et le redressement*»[1906].

La Cour de cassation, qui eut à se prononcer sur des QPC dénonçant la non-conformité du régime de faveur à l'égalité des créanciers en sauvegarde classique, a énoncé : « *en interdisant aux [garants personnes physiques] de se prévaloir des dispositions du plan de redressement* […]*, cependant que [ces garants] peuvent se prévaloir du plan de sauvegarde bénéficiant au débiteur principal, le législateur a entendu favoriser le développement de la procédure de sauvegarde dont l'objectif est de maintenir l'activité économique et les emplois, en incitant les chefs d'entreprises à anticiper les difficultés de l'entreprise par des mesures significatives dont fait partie cette possibilité ; que* […] *le législateur n'a pas introduit une rupture caractérisée de l'égalité entre les cautions et les garants, la différence de traitement qui en résulte étant en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »[1907].

Appliquée à la sauvegarde, cette décision s'applique par prolongement à ses « variantes », les sauvegardes accélérées. En effet, soumise aux règles de la sauvegarde classique[1908], la procédure de sauvegarde accélérée, financière ou non, permet, elle-aussi, aux garants de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, entraînant une nouvelle différence de traitement entre les créanciers d'une

1903 M. Sénéchal et G. Couturier, « Créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ? », *BJE* 01 sept. 2012, n° 05, p. 328.

1904 C. com., art. L. 622-28, al. 1er.

1905 C. com., art. L. 631-20.

1906 J.-J. Hyest, Rapp. Sénat n° 335 sur le projet de loi de sauvegarde, Annexe au procès-verbal de la séance du 11 mai 2005, spéc. p. 268.

1907 Cass. com., 12 avr. 2012, n°12-40003, n°12-40004 et n°12-40005.

1908 C. com., art. L. 628-1, al. 1er.

procédure de sauvegarde et ceux d'un redressement judiciaire. En définitive, la finalité de ce régime de faveur[1909] est d'inciter le débiteur à consentir des sûretés garantissant son passif et se mettre le plus en amont possible sous la protection du tribunal en demandant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Il pourrait toutefois être objecté que la procédure de sauvegarde accélérée ouverte à un débiteur en cessation des paiements ne poursuit plus l'objectif d'anticipation affiché par le législateur puisque les difficultés de l'entreprise sont avérées. Aussi, les créanciers d'un débiteur en procédure de sauvegarde accélérée qui est en cessation des paiements ne se trouvent pas dans une situation si différente de ceux d'un débiteur en redressement judiciaire car, dans cette hypothèse, la sauvegarde accélérée ne relève plus véritablement de la prévention[1910]. Cet argument ne convainc pas lorsque l'on sait qu'en cas d'homologation d'un accord de conciliation, l'article L. 611-10, alinéa 3 du Code de commerce permet aux garants de se prévaloir des dispositions de l'accord sans distinction d'une éventuelle cessation des paiements. En somme, l'objectif d'anticipation de la procédure de sauvegarde accélérée n'est pas entaché alors même que le débiteur connaît un état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours. De surcroît, l'inégalité de traitement entre les différents créanciers en raison du sort distinct des cautions selon la procédure ouverte, se justifie aisément au regard de l'objet de loi. Une QPC pourrait être envisagée pour trancher le débat : un créancier en procédure de sauvegarde accélérée contesterait la constitutionnalité de ce régime de faveur lorsque son débiteur est en cessation des paiements.

Conclusion de la section. Analysée dans **s**on acception large – et non restreinte à l'égalité entre créanciers chirographaires – l'égalité entre les créanciers se trouve de plus en plus affectée par les changements opérés en droit des entreprises en difficulté. Les traitements des difficultés des entreprises plus orientés vers la négociation offrent, dans le même temps, de nouveaux privilèges aux créanciers acceptant d'y participer activement. Tel est notamment le cas du privilège de conciliation. L'apparition de procédures semi-collectives, les sauvegardes accélérées, porte également atteinte à la discipline collective, corollaire du principe d'égalité entre les créanciers. Cependant, la différence de traitement entre les créanciers est justifiée à la fois par la différence de situation créée ainsi que par l'objectif poursuivi par le législateur.

1909 Terme emprunté à : J. Ernst Degenhardt, « Sauvegarde accélérée en cessation des paiements : des faveurs injustifiées pour les garants personnes physiques? », *BJE* 01 janv. 2015, n° 1, p. 60.

1910 *Ibid.*

Conclusion du Chapitre

Le droit des entreprises en difficulté est traditionnellement et dès l'origine un droit fortement teinté d'ordre public. L'ordre public attaché à ce droit économique a évolué en fonction des objectifs poursuivis par le législateur. Ainsi, les différentes manifestations de la négociation sont venues altérer le caractère d'ordre public économique de la matière : moins coercitif, il est substitué par des règles moins contraignantes. Toutefois, ces atteintes ne sont pas plus importantes que l'encadrement mis en place pour sécuriser les négociations et leur résultat. Le renforcement de la fonction du juge et de celle du ministère public révèle cette permanence de l'ordre public.

Au fil des réformes, une nouvelle dynamique a été donnée à l'égalité des créanciers, qui a subi des flux et reflux. Avec la place grandissante faite à la négociation, il a été tempéré moins pour protéger des intérêts particuliers de créanciers que pour renforcer l'efficacité des procédures et l'objectif qui en découle, à savoir l'anticipation des difficultés et le sauvetage des entreprises.

En définitive, on assiste à un recul apparent mais contrasté des principes traditionnels de la matière. Parler d'ébranlement signifie que l'ordre public économique aussi bien que le principe d'égalité demeurent structurants de la matière, mais qu'ils ont été « déstabilisés » par les nouvelles dispositions faisant plus de place à la liberté contractuelle. C'est donc moins leur existence que la consistance de ces deux piliers qui a été affectée par l'augmentation de la négociation au sein du droit des entreprises en difficulté.

Chapitre 2. L'ébranlement de la conception traditionnelle de la figure du juge

La « fonction de juger dans une société est une fonction nécessaire et […] c'est dans la nécessité même de cette fonction que le juge doit trouver sa légitimité »[1911]. À la différence d'autres législations[1912], le juge occupe une place centrale dans le traitement des difficultés d'une entreprise. Son rôle est prépondérant de l'ouverture à la clôture de la procédure. Le juge désigne et remplace les organes de la procédure[1913], il détermine leur mission et leur rémunération, et il peut fixer l'étendue des pouvoirs du débiteur[1914]. Il décide également du bien-fondé des licenciements économiques[1915] ou de la cession de l'entreprise[1916]. En outre, il apparaît inévitable face à un dessaisissement du débiteur ou une suspension des poursuites.

L'évolution historique de la matière pourrait expliquer le choix de l'autorité judiciaire par le législateur. En effet, puisque le droit de la faillite était particulièrement marqué par sa finalité répressive, le juge était naturellement l'autorité privilégiée pour prononcer la liquidation des biens du débiteur[1917]. Cependant, le législateur a réitéré le recours au judiciaire alors même qu'il s'est éloigné de sa fonction répressive d'origine. Une autre clé d'explication réside dans la multitude d'intérêts en jeu lorsqu'une entreprise est en difficulté. Outre les conséquences sur le débiteur et ses créanciers, c'est la collectivité qui est touchée par la défaillance d'une entreprise. Ainsi, l'étendue des pouvoirs du juge s'explique par la nécessaire protection de l'intérêt général et de l'ordre public[1918]. En réalité, sans contrôle du juge, il est impossible de libérer un débiteur de ses différentes obligations[1919].

1911 G. Wiederkehr, *« Qu'est-ce qu'un juge ? », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 575.

1912 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 17, p. 23.

1913 C. com., art. L. 621-4, art. L. 621-7 (S), art. L. 631-9 (RJ) et art. L. 641-1-1 (LJ).

1914 C. com., art. L. 621-4, II et art. L. 631-10-1.

1915 C. com., art. L. 631-17, al. 1er et art. L. 641-10, al. 3.

1916 C. com., art. L. 642-2, I.

1917 B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 23, p. 27.

1918 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie II, n° 201 et s.

1919 G. Bolard, *« Synthèse : constats et perspectives », in Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, Colloque de Deauville organisé les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 112, spéc. p. 115.

Le renforcement du rôle du juge conduit, néanmoins, certains auteurs à s'interroger sur l'opportunité de son recours pour traiter des difficultés des entreprises[1920]. De même, l'insertion de plus de négociation en droit des entreprises en difficulté pose inévitablement la question de la nécessité de son intervention dans toutes les situations. La conception traditionnelle de la figure du juge en la matière s'en trouve donc affectée. L'analyse des thèses préconisant une éviction ou un recul du juge dans le traitement de la défaillance par la mise en place de solutions alternatives **(Section 1)** permettra de révéler les écueils d'une telle approche et de démontrer que le maintien du juge demeure indispensable **(Section 2)**.

Section 1. La remise en cause du système judiciaire

La pertinence de l'intervention judiciaire en droit des entreprises en difficulté s'inscrit dans un contexte plus général de réflexion sur la place du juge dans la société, ainsi qu'en témoigne la dernière réforme de 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (« J. 21 »)[1921].

Face à l'encombrement des tribunaux et à l'allongement des délais, certains font état depuis quelques années d'une « crise de la justice »[1922]. Le remède serait alors de se tourner vers une autre voie, alternative au traitement judiciaire, à l'instar des modes alternatifs des différends (MARD)[1923].

La question de cette alternative se pose nécessairement en droit des entreprises en difficulté puisque c'est certainement l'une des seules branches du droit où l'action judiciaire n'est pas facultative. Cette question est d'autant plus inévitable que la place faite à la négociation comme mode de traitement des difficultés est grandissante.

Certains auteurs remettent donc en cause l'intervention obligatoire du juge dans le traitement des difficultés d'une entreprise **(§1)** et proposent des solutions alternatives à ce système exclusivement judiciaire **(§2)**.

1920 D. Mélédo-Briand, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Thèse Rennes I, 1992, n° 709 ; R. Percerou, *«* Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ? *», in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 507 ; D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007, n° 43.

1921 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n° 269 du 19 novembre 2016.

1922 J.-F. Burgelin et P. Lombard, *Procès de la Justice*, Plon, Paris, 2003 ; J.-M. Coulon et D. Soulez-Larivière, *La justice à l'épreuve*, éd. Odile Jacob, 2002 ; J.-M. Varaut, *Faut-il avoir peur des juges?*, Plon, 2000 ; J. Lenoble et al., *La crise du juge*, LGDJ, 1990.

1923 V. *Infra* n° 227 et s.

§ 1 Les critiques du système judiciaire

En droit des entreprises en difficulté, le juge a des fonctions diverses, éloignées de son rôle originel de trancher un litige en disant le droit[1924]. Il organise, planifie une solution et accompagne le débiteur[1925]. On parle donc de « dénaturation » de l'office du juge car son office traditionnel est modifié[1926].

Parmi les critiques du système judiciaire, une distinction peut être opérée entre celles relatives à l'évolution du rôle du juge au fil des différentes réformes **(A)** et celles remettant purement et simplement en cause le traitement judiciaire des difficultés des entreprises **(B)**.

A. Les critiques portant sur l'évolution du rôle du juge

L'évolution du rôle du juge en droit des entreprises en difficulté épouse celle, plus générale, de la fonction traditionnelle de juger. Ce changement du type d'intervention du juge a encouru la critique. Dans le traitement des difficultés d'une entreprise, le juge est aujourd'hui perçu comme un gestionnaire **(1)**. L'éloignement de sa mission traditionnelle de dire le droit est également patent au vu de sa mission économique et de ses décisions empreintes d'opportunité. Les critiques reposent, donc, également sur l'apparition d'une « magistrature économique » **(2)**.

1. Un juge gestionnaire des entreprises en difficulté

217. L'évolution générale de la fonction traditionnelle de juger. Après la Révolution française, les juges civils étaient perçus comme des arbitres des intérêts privés dont les pouvoirs étaient enserrés dans des cadres légaux rigides[1927]. Peu à peu la fonction du juge a évolué en s'éloignant du

1924 CPC., art. 12.

1925 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 222, p. 164. Pour l'auteur, la planification de la solution et la mission sociale d'accompagnement diluent le caractère purement juridictionnel de l'intervention de l'autorité judiciaire.

1926 O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, ss. la dir. de J. Miguet, Th. Toulouse I, 1995, n° 2 et 3, p. 2 ; Ph. Jeannerot, *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire*, ss. la dir. de Y. Guyon, thèse dact. Paris, 1992, n° 140 et 141, p. 91 et 92 ; H. Berliner, *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, ss. la dir. de A. Pirovano, Thèse, Nice, 1990, p. 33 et s.

1927 R. Perrot, *«* Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français *», in La crise du juge*, ss la dir. de J. Lenoble, LGDJ, 1990, p. 31.

schéma classique dans lequel il procède par syllogisme avec une rigueur scientifique et une stricte objectivité de son jugement[1928]. Par suite, dans certaines situations, le juge peut exercer une fonction administrative[1929], malgré la séparation des fonctions administratives et judiciaires[1930].

L'évolution tend, en effet, vers une conception élargie de la fonction de juger, laquelle ne consiste pas seulement à trancher les conflits. Le juge est dès lors investi d'un rôle social accru et d'un pouvoir juridictionnel étendu[1931]. À cet effet, afin de sauvegarder les intérêts divergents dans des situations de crise, il excède l'exercice de sa fonction juridictionnelle classique en prenant des mesures qui lui paraissent convenables à la défense de ces intérêts et ce, notamment dans de grands secteurs de l'activité nationale[1932]. C'est encore, « *le passage de la judicature à la magistrature* »[1933] dans une société post-industrielle dans laquelle on attend du juge qu'il participe à la réalisation de politiques déterminées et assure le règlement des intérêts concernés. En analysant l'évolution de la fonction traditionnelle du juge, un auteur y voit apparaître plusieurs aspects concourant à faire de lui un « *juge-administrateur* »[1934]. En surveillant, contrôlant, voire en homologuant, « *ce technicien de la légalité devient ainsi un artisan de la gestion qui décide plus qu'il ne juge* »[1935].

En effet, au vu des nouveaux attributs dévolus au juge, le développement de son office gestionnaire ne fait pas de doute[1936]. Il s'observe, notamment dans les contentieux familiaux et les contentieux économiques, « *un glissement entre ce qui est œuvre de juridiction et œuvre d'administration et de police judiciaire de la vie civile* »[1937].

1928 R. Perrot, *op. cit.*, LGDJ, 1990, p. 31, spéc. p. 40.

1929 R. Perrot, *«* Le rôle du juge dans la société moderne *»*, *Gaz. Pal.* 1977, n° 1, p. 91, spéc. p. 96.

1930 S. Guinchard et al., *Institutions juridictionnelles*, Précis Dalloz, 14e éd., 2017, n° 85 et s., p. 133 et s.

1931 S. Rozès, *«* Un profil nouveau pour les juges *», in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 437, spéc. p. 439.

1932 *Ibid.*

1933 F. Ost, *«* Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice *», in Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, ss la dir. de Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 46.

1934 R. Perrot, *«* Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français *», in La crise du juge*, ss la dir. J. Lenoble, LGDJ, 1990, p. 31, spéc. p. 40.

1935 *Ibid.*

1936 R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, préf. L. Cadiet, LGDJ, 2006, n° 422, p. 237 et 238.

1937 C. Cambier, *«* Avant-propos *»* in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, Actes des XIe Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, 1984, p. 13, spéc. p. 22.

Aussi, le juge ne tranche-t-il plus seulement les différends en appliquant la loi car investi d'une mission de prévention, il peut également intervenir avant la décision[1938].

La complexification du rôle du juge a été critiquée en doctrine. La « crise » du juge constatée dans les années 1990 - dont les principaux symptômes étaient la lenteur des décisions et le manque de confiance de l'opinion publique à l'égard du juge – est moins une crise institutionnelle ou statutaire qu'une transformation de la conception traditionnelle de la fonction de juger[1939]. Des auteurs ont dénoncé les atteintes portées à la mission traditionnelle du juge car il s'agirait pour lui moins de dire le droit que d'exercer un rôle administratif[1940], entraînant ainsi une diffraction de son rôle[1941]. D'ailleurs, les modélisations à partir des trois figures du juge proposées par Monsieur le Professeur Ost[1942] - juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur - donnent une image de la fonction complexe du juge[1943]. La société ne cesse de demander au juge tout et son contraire : dire le droit et juger à proximité ; administrer et arbitrer ; rester impartial et s'ouvrir à la négociation ; se spécialiser et faire de la gestion[1944]. On mobilise de plus en plus l'institution judiciaire, l'éloignant de « *l'image d'un juge minimal chargé d'appliquer les règles du jeu édictées par un État non moins minimal* »[1945].

Cette évolution se traduit indéniablement en droit des entreprises en difficulté où le rôle du juge n'est pas de trancher un litige en disant le droit mais de préparer le redressement de l'entreprise.

218. « Un juge-administrateur » en droit des entreprises en difficulté. Une telle évolution est significative en droit des entreprises en difficulté. Dans le traitement des difficultés d'une entreprise, le juge est lui aussi passé d'un juge qui sanctionne à un juge qui gère en favorisant le redressement de l'entreprise. Le juge en charge du traitement des difficultés d'une entreprise est ainsi considéré comme un gestionnaire des entreprises en difficulté[1946], que certains nomment « *juge-gérant* »[1947].

1938 F. Ost, *art. cit.*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 47.

1939 J. Lenoble, *«* Introduction. La crise du juge : mythe ou réalité ? *», in La crise du juge*, ss la dir. de J. Lenoble LGDJ, 1990, p. 1, spéc. p. 2.

1940 G. Wiederkher, *«* Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge *», in Liber amicorum*, Mél. D. Schmidt, Joly éditions, 2005, p. 487, spéc. p. 490.

1941 D. Salas, *«* Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité *», in Justice et ville*, *Justices* 1995, n° 2, p. 181.

1942 F. Ost, *art. cit.*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-70.

1943 D. Salas, *art. cit.*, *Justices* 1995, n° 2, p. 181, spéc. p. 182.

1944 *Ibid.*, p. 181.

1945 *Ibid.* p. 181, spéc. p. 188.

1946 A. Lyon-Caen et Q. Urban (ss. la dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006.

1947 G. Wiederkher, *«* Le juge-gérant *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. Tricot, Dalloz, 2011, p. 385.

Pour certains spécialistes de droit processuel, il détient, en ce sens, une fonction atypique en gérant une situation de manière à trouver la meilleure solution possible[1948]. En exerçant un rôle de tutelle sur les entreprises[1949], il se rapproche plus de l'administrateur que du juge. Si sa mission de surveillance des entreprises défaillantes et celle de contrôle du bon déroulement de la procédure sont louables, l'exercice d'une fonction administrative par le juge en cette matière apparaît, pour certains, contestable.

219. Les critiques fondées sur les atteintes aux droits des parties. En droit des entreprises en difficulté, il est vrai que le juge qui sera amené à rendre un jugement ne doit pas aller trop loin dans la gestion de l'entreprise. En effet, ce n'est pas au juge de « gérer » l'entreprise en difficulté, ni de prodiguer des conseils, mais davantage aux professionnels, tels les experts-comptables et les avocats[1950].

Plus encore, bien que judiciaires, certaines décisions non juridictionnelles[1951] peuvent atteindre les droits d'une partie, entendue comme « *toute personne ayant intérêt et qualité à agir* »[1952]. En effet, la maîtrise de la procédure n'appartient pas totalement aux parties en cette matière. Elles peuvent être privées du droit de déclencher une instance en justice et d'exercer un recours contre la décision de justice.

S'agissant du déclenchement de l'instance, l'auto-saisine du juge a été l'une des critiques marquantes à l'encontre de la fonction administrative du juge. Longtemps justifiée par l'intérêt général[1953], cette faculté est aujourd'hui supprimée[1954]. En effet, reconnaître au juge la possibilité de

1948 K. Salhi, *Contribution à une théorie générale des voies de recours*, ss. la dir. de Th. Le Bars, Thèse, Caen, 2004, n° 121, p. 123 et s. ; G. Wiederkher, *art. cit.*, Mél. Tricot, Dalloz, 2011, p. 385, spéc. p. 387.

1949 Y. Chaput, *«* L'ordonnance du 12 mars 2014, réforme ou révolution ? (La mue de la cigale d'or) *»*, *Gaz. Pal.* 3 janv. 2015, n° 3, p. 36.

1950 Y. Chaput, *«* Les juges des défaillances financières des entreprises dans l'Union européenne *», in Droit et actualité*, Études offertes à J. Béguin, Litec, 2005, p. 107, spéc. p. 121. L'auteur énonce à cet égard : *«* gérer ou juger il faut choisir *»*.

1951 Sur la qualification d'acte judiciaire non juridictionnel : L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Thèmis Droit, 2013, spéc. n° 241.

1952 CPC., art. 31.

1953 Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, JurisData n° 2012-028148, JO 8 déc. 2012, p. 19279 ; cons. n° 4.

1954 Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, *Sté Pyrénées services et a.*, préc. ; Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, not. art. 60. Sur ce sujet : v. not. B. Brignon et A. Cerati-Gauthier, *«* Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté *»*, *D.* 2014, n° 39, p. 2248 ; Ch. Laporte, *«* Procédures collectives : Adieu à la saisine d'office ? *»*, *RLDA* 01 sept. 2014, n° 96, p. 69 ; J. Théron, *«* Aspects procéduraux de l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives *»*, *Gaz. Pal.* 27 mai 2014, n° 147, p. 4.

s'autosaisir, c'est corrélativement porter atteinte à la reconnaissance faite aux parties d'initier le procès[1955].

Ainsi, le pouvoir de se saisir d'office portait atteinte aux principes fondamentaux du droit judiciaire privé. C'est pourquoi, sur le fondement du principe d'impartialité, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 7 décembre 2012[1956], a supprimé cette possibilité[1957].

La saisine d'office, pouvant faire naître un risque d'arbitraire, n'est dès lors pas la règle, mais l'exception[1958]. Cette prérogative n'est donc pas totalement abrogée puisqu'il est toujours possible pour les juges de convertir la procédure collective. D'abord, la cour d'appel qui statue sur le jugement d'ouverture du redressement judiciaire peut, d'office, ouvrir la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire[1959]. Ensuite, le tribunal peut convertir d'office une procédure collective[1960]. Certes, cette possibilité ne porte pas atteinte au monopole d'initiative des parties car il n'y a pas d'ouverture *ab initio* de la procédure[1961]. Cependant, il est, dans une certaine mesure, porté atteinte au principe du dispositif[1962] selon lequel « *le procès est à la disposition des parties* »[1963], ainsi qu'au principe d'immutabilité des prétentions[1964]. En convertissant une procédure, le tribunal modifie nécessairement les demandes des parties et leur fait donc perdre la maîtrise de l'objet de leurs demandes[1965]. Plus encore, la conversion altère la situation des acteurs de la procédure qui

1955 CPC., art. 1er : « seules les parties introduisent l'instance ». Sur la définition du « principe d'initiative », H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron., p. 91, spéc. n° 44 ; L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Thèmis Droit, 2013, spéc. n° 240. Sur l'atteinte au « principe d'initiative » par l'auto-saisine du juge en droit des entreprises en difficulté : P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 215 et s., p. 172 et s. ; O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, ss. la dir. de J. Miguet, Th. Toulouse I, 1995, n° 143 et s., p. 134 et s.

1956 Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, préc.

1957 Le législateur a, par la suite, abrogé cette faculté : Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, not. art. 16, 20, 49 et 60. Pour le RJ : C. com., art. L. 631-5. Pour la LJ : C. com., art. L. 640-5.

1958 Il n'existe pas un monopole de l'initiative aux parties car le législateur peut en disposer autrement : « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. », CPC., art. 1er.

1959 C. com., art. R. 631-6.

1960 Pour la S : C. com., art. L. 622-10, al, 2. Pour le RJ : C. com., art. L. 631-15, II.

1961 Cons. const., 6 juin 2014, n° 2014-399 QPC, Sté Beverage and Restauration Organisation SA, cons. n° 9. Le Conseil constitutionnel considère dans cette hypothèse que « le tribunal ne se saisit pas d'une nouvelle instance ».

1962 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 247, p. 181 ; O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, ss. la dir. de J. Miguet, Th. Toulouse I, 1995, n° 149, p. 140 (le principe du dispositif détermine l'étendue des parties sur la matière litigieuse).

1963 L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9e éd., 2016, n° 524, p. 405.

1964 CPC., art. 4 : « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». Le juge doit « se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé » (CPC., art. 5).

1965 B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 247, p. 182 ; O. Staes, *op. cit.*, ss. la dir. de J. Miguet, Th. Toulouse I, 1995, n° 151, p. 142.

sont soumis successivement à deux procédures distinctes. Par exemple, le débiteur qui a pris l'initiative de demander l'ouverture d'une sauvegarde peut se trouver dessaisi de la gestion de son entreprise lorsqu'un redressement judiciaire ou une liquidation judiciaire sont ouverts. En d'autres termes, la conversion d'office d'une procédure collective est certes justifiée par l'objectif de célérité du traitement, mais elle porte atteinte aux principes directeurs du procès.

De même, le juge peut prendre des mesures d'administration judiciaire[1966], empêchant l'exercice des voies de recours[1967]. Les mesures d'administration judiciaire sont des actes pris par le juge dans le cadre de l'administration du service public de la justice, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles il ne statue pas dans le seul intérêt des parties en cause mais prend en considération l'intérêt du service public dont il a la charge[1968]. Tel est notamment le cas lorsqu'il gère le temps nécessaire à l'instance[1969]. En droit des entreprises en difficulté, il peut en prendre dans le cadre de son contrôle du bon déroulement de la procédure. À ce titre, la Cour de cassation a considéré que le jugement de prorogation du délai d'examen de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire[1970] étant une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours, fût-ce pour excès de pouvoir, le jugement en prononçant la rectification est lui-même insusceptible de recours[1971]. Pourtant, de telles décisions emportent des conséquences importantes pour les parties. Dans cet exemple, la décision de prorogation peut aggraver la situation du débiteur en raison du prolongement du temps de la procédure et proroge nécessairement le dessaisissement du débiteur.

En définitive, la fonction administrative du juge dans le traitement des difficultés des entreprises peut encourir la critique. La conversion d'office de la procédure porte atteinte au droit des parties de maîtriser l'objet de leurs demandes et l'un des effets des mesures d'administration judiciaire est d'interdire aux parties de former un recours contre la décision du juge.

1966 Pour une approche critique en droit des entreprises en difficulté : v. B. Ghandour, *op. cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 249 et s., p. 183 et s.

1967 CPC., art. 537.

1968 J. Théron, « Mesures d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, n° 34, p. 2246.

1969 CPC., art. 3 : « le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ». Le juge prend également des mesures d'administration judiciaire lorsqu'il organise le service public de sa juridiction (fixation et organisation des audiences, etc.).

1970 C. com., art. L. 643-9, al. 1er.

1971 Com. 9 juill. 2013, n° 12-13.193, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 30, note P. Cagnoli ; *Gaz. Pal.* 10 déc. 2013, n° 344, p. 41, note J. Théron ; *Gaz. Pal.* 01 oct. 2013, n° 274, p. 26, D. Voinot, ; *Dict. perm. Diff. Entr.*, veille perm., 09 sept. 2013, note Ph. Roussel Galle.

Au demeurant, le juge ne détient pas qu'un rôle de gestion, il a également une mission plus économique.

2. Un juge exerçant une mission économique

220. L'évolution générale de la fonction de juger vers une « magistrature économique ». La mission du juge a évolué, dans la seconde moitié du XXe siècle, vers une mission plus économique, d'où l'apparition de l'idée de « *magistrature économique* »[1972] renvoyant à l'exercice d'une fonction juridictionnelle en droit économique[1973]. Le droit économique peut répondre à la définition suivante : trouver un équilibre satisfaisant entre la légalité, laquelle garantit la sécurité juridique, et l'opportunité, répondant aux défis économiques[1974].

La transformation des juges en « *magistrats économiques* »[1975] est notamment due à la crise[1976] ainsi qu'aux mutations de la société. La magistrature économique est en effet apparue comme l'unique moyen de réguler tant l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie que les effets de domination économique des puissances privées[1977]. Ainsi, elle représente l'équilibre entre le droit et l'économie, soit un « *alliage de la science de l'économiste et de la conscience du juriste !* »[1978].

221. L'évolution de la fonction de juger en droit des entreprises en difficulté. C'est peu avant le début des années 1970 que l'idée de magistrature économique s'est renforcée dans le traitement de la défaillance des entreprises. Déjà, antérieurement à la loi du 13 juillet 1967, le Doyen Houin notait que pour conserver un employeur irremplaçable, les juges s'efforçaient d'assurer « *la*

1972 Formule fréquemment utilisée à cette période en doctrine : F. Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, Le Seuil, 1963, spéc. p. 170 s. ; A. Jacquemin et G. Shrans (ss. la dir.), *La Magistrature économique*, Actes du colloque, Oyez-Bruylant, 1976 ; B. Mercadal et P. Gulphe, *«* Magistrature et droit des affaires *», in Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, t. 7, 1978, p. 1037 ; C. Champaud, *«* L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies *», in Justice et économie*, *Justices* 1995, n° 1, p. 61 ; P. Martens et al., *«* Les Magistratures économiques *»*, *RIDE* 1997, n° spéc., n° 2.

1973 B. Ghandour, *op. cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 255, p. 189.

1974 C. Champaud, *«* Contribution à la définition du droit économique *»*, *D.* 1967, p. 215.

1975 C. Champaud, *«* L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies *», in Justice et économie*, *Justices* 1995, n° 1, p. 61, spéc. p. 62.

1976 *Ibid.*

1977 *Ibid.*, p. 61, spéc. p. 63.

1978 *Ibid.*

permanence de l'entreprise à travers la faillite »[1979]. Puis, cette idée d'une mutation « *d'un droit processuel (celui des procédures collectives) en un droit économique (celui du sauvetage d'entreprises financièrement défaillantes)* »[1980] a inspiré le législateur de 1967[1981].

La procédure de suspension provisoire, instituée par l'ordonnance du 23 septembre 1967[1982], constituait un bon exemple de l'émergence d'un droit économique[1983] puisqu'il s'agissait pour les juges d'apprécier tant la situation économique concrète de l'entreprise que les conséquences de sa disparition dans le secteur d'activité concerné aux fins d'ouverture de cette procédure. Avec les réformes de 1984 et 1985, la loi a institué « *une véritable économie judiciaire* »[1984]. En effet, en réponse aux critiques émises à l'encontre de la loi de 1967[1985] - les procédures étaient jugées tardives, inadaptées et lacunaires[1986]- les lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985 ont refondu totalement la matière en poursuivant une politique de redressement de l'entreprise. Ces lois ont notamment renforcé le traitement préventif des difficultés des entreprises. La nécessité économique dictant la réforme était explicitement affichée[1987]. L'article 1er de la loi du 25 janvier 1985 est significatif à cet égard : « *il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* »[1988]. Ces objectifs sont

1979 R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *in Liber americorum* Baron Louis Fredericq, Ed. Faculteit der Rechtsgeleerdheid Te Gent, 1965.

1980 C. Champaud, *art. cit.*, *Justices* 1995, n° 1, p. 61, spéc. p. 65.

1981 Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

1982 Ord. n° 67-820 du 23 sept. 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises, JORF du 28 sept. 1967, p. 9534.

1983 Ph. Haël, « Vers l'élaboration d'un droit économique de l'entreprise en difficulté, bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 sept. 1967 », *RJ com.* 1979, p. 1.

1984 R. Houin, « Rapport de synthèse au colloque de Toulouse », *in Le nouveau droit des entreprises en difficulté (Lois du 25 janvier 1985 et décrets d'application)*, Actes du colloque organisé par l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, les 6, 7 et 8 février 1986, Ann. Université des sciences sociales de Toulouse, 1986, t. 34, p. 351

1985 M.-J. Campana, « Le projet de réforme des procédures collectives », *D.* 1977, chron. p. 273 ; B. Soinne, « Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite », *D.* 1976, chron. p. 253.

1986 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 35, p. 33.

1987 R. Badinter, JOAN CR 6 déc. 1983, p. 5997 : « Face à un droit inadapté, inefficace, il n'existe aucun observateur qui ne soit convaincu de l'absolue nécessité d'une réforme. La réforme juridique est ainsi dictée par la nécessité économique qui imprime à la réforme que nous proposons son ampleur et son inspiration » ; R. Badinter, « Les ambitions du législateur », *in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com* 1986, n° spéc., p. 5.

1988 Art. 1er, al. 1er de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, JO 26 janv. 1985, p. 1097.

poursuivis par les dernières réformes du droit des entreprises en difficulté. Dès lors, la mutation du rôle du juge glisse incontestablement du juridique vers l'économique[1989].

Avec l'émergence du droit économique, la « *façon de juger* » du juge de la défaillance d'une entreprise diffère de sa mission traditionnelle puisqu'elle est désormais également placée sous le signe de l'opportunité[1990]. Le juge suit, en effet, un raisonnement factuel et inductif, en observant des faits dont il détermine les effets réels au regard notamment de l'intérêt social ou du redressement de l'entreprise[1991]. Cela induit une modification dans le processus décisionnel puisque le juge part des faits pour remonter jusqu'à la règle de droit potentiellement applicable[1992]. De nombreuses illustrations[1993] révèlent que le juge a l'opportunité du choix. Il peut en effet hésiter entre plusieurs solutions selon la finalité recherchée. Il peut choisir par exemple d'ouvrir un redressement ou une liquidation judiciaire selon les chances de redressement du débiteur[1994] ; il peut décider de la continuation de l'activité ou de la cession de l'entreprise[1995].

Plus encore, le juge ne raisonne plus uniquement de façon juridique lorsqu'il analyse économiquement la décision projetée[1996], c'est-à-dire quand il évalue ses conséquences sur le tissu économique[1997].

La liberté de choix conférée au juge dans l'application de la règle n'est pas sans susciter quelques réserves.

1989 Y. Guyon, *«* Le réalisme de la loi du 25 janv. 1985 sur les procédures collectives *», in Le juge et le droit de l'économie*, Mél. P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 311, spéc. p. 315.

1990 C. Champaud, *art. cit.*, *Justices* 1995, n° 1, p. 61, spéc. p. 75.

1991 *Ibid.*, p. 61, spéc. p. 78.

1992 B. Ghandour, *op. cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 266, p. 195 et 196.

1993 H. Berliner, *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, ss. la dir. de A. Pirovano, Thèse, Nice, 1990, p. 42 et s. : *«* le droit des entreprises en difficulté regorge de concepts dont l'interprétation implique une évaluation du contenu même des rapports socio-économiques visés par la réglementation *»*. Parmi de nombreux exemples cités par l'auteur : la possibilité d'un redressement par continuation ou cession, les possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif pour choisir la continuation, la branche complète ou autonome qui peut être cédée, le choix de l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi et le paiement des créanciers, etc. ; P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 272 et s., p. 214 et s. (sur l'importance des standards en procédure collective) et n° 281 et s. p. 220 et s. (sur la prise de décision du juge et le choix entre l'une ou l'autre des solutions).

1994 C. com., art. L. 631-1 et L. 641-1, al. 2.

1995 C. com., art. L. 631-1, al. 2.

1996 C. Champaud, *art. cit.*, *Justices* 1995, n° 1, p. 61, spéc. p. 78.

1997 Cette analyse se traduit par une projection dans l'avenir des effets du traitement retenu. À cet égard, le raisonnement du juge est conséquentialiste : B. Ghandour, *op. cit.*, n° 267, p. 196.

222. Les critiques fondées sur l'idée d'un « dirigisme judiciaire ». La mission prioritaire fixée au juge de sauvegarder les entreprises et de maintenir les emplois rend son rôle *« particulièrement délicat et donc discuté »*[1998]. En effet, « *les juges ont le choix des solutions économiques et les moyens d'obliger toutes les parties à s'y plier.* […]. *Tout cela est très complexe, très technique et très contraignant. Il en résulte pour les parties une impression de secret, de contrainte, d'impuissance. De là naissent les craintes, les doutes, et des accusations d'excès de pouvoir, d'arbitraire ou de favoritisme* […] »[1999]. En effet, la décision judiciaire, empreinte d'opportunité, peut comporter un risque d'arbitraire[2000]. En recherchant ce qui est économiquement efficace[2001], il ne juge pas de pur droit mais en considération de données économiques[2002], ce qui est source d'incertitude juridique pour le justiciable. L'exercice politique porte également un risque d'arbitraire car il fait peser sur la seule tête du juge une multitude de fonctions, mettant ainsi à mal la séparation des fonctions[2003].

Partant, lorsque le juge dirige le traitement des difficultés des entreprises en maîtrisant les solutions décidées[2004], il œuvre à la définition de la politique juridique des affaires[2005]. Cet aspect politique de la fonction du juge révèle un phénomène de « *dirigisme judiciaire* »[2006] sur les entreprises en difficulté.

1998 P. Bézard, *«* Rapport de clôture *», in Les tribunaux de commerce. Quelles réformes ?*, Actes du Colloque organisé à Paris le 22 octobre 1998, *RJ com.* 1998, n° spéc., n° 12, p. 59, spéc. p. 60.

1999 P. Bézard, *«* Rapport de clôture *», in Les tribunaux de commerce. Quelles réformes ?*, Actes du Colloque du 22 octobre 1998 à Paris, *RJ com.* 1998, n° spéc., n° 12, p. 59, spéc. p. 61.

2000 H. Berliner, *op. cit.*, Thèse, Nice, 1990, p. 163 ; Ph. Jeannerot, *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire*, ss. la dir. de Y. Guyon, thèse dact. Paris, 1992, n° 93, p. 57 (sur la pratique peu homogène des juges dans le cadre de concordats) ; B. Oppetit, *«* Développement économique et développement juridique *», in Droit et vie des affaires*, Mél. A. Sayag, Creda, Litec, 1997, p. 71, spéc. p. 81 ; J. Théron, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, LGDJ-Lextenso, 2008, n° 119. ; B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 269, p. 198.

2001 H. Berliner, *op. cit.*, Thèse, Nice, 1990, p. 167 : *«* L'efficacité impose que la solution soit variable, pragmatique, c'est-à-dire élaborée par le juge. Il est confronté à la nécessité d'apprécier l'opportunité d'une solution […].

2002 *Ibid.*, p. 168.

2003 P. Martens et al., *«* Les Magistratures économiques *»*, *RIDE* 1997, n° spéc., n° 2. ; B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 273, p. 200.

2004 Ph. Jeannerot, *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire*, ss. la dir. de Y. Guyon, Thèse, Paris, 1992, n°180, p. 119 : *«* le Tribunal décide du sort de l'entreprise : il prononce la liquidation judiciaire soit pendant, soit à la fin de la période d'observation, ou arrête un plan de redressement visant soit la continuation, soit la cession de l'entreprise *».*

2005 B. Mercadal et P. Gulphe, *op. cit.*, Librairies techniques, t. 7, 1978, p. 1037, spéc. p. 1047 ; Ph. Jeannerot, *op. cit.*, Thèse, Paris, 1992, n° 187, p. 122 et 123.

2006 V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 176. V. également sur ce phénomène : H. Berliner, *op. cit.*, Thèse, Nice, 1990, p. 160 : l'auteur énumère, à ce titre, le nombre important de pouvoirs propres du juge comme le fait de pouvoir de rendre inaliénables certains biens, de fixer la durée du plan, celle des délais de paiement ou encore ordonner la cession de contrats ; Ph. Jeannerot, *op. cit.*, Thèse, Paris, 1992, n° 187, p. 122 ; B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 271 et s., p. 198 et s.

En définitive, la complexité et la confusion des fonctions du juge, ainsi que la part d'opportunité dans ses décisions, ont encouru la critique. Certains auteurs sont allés encore plus loin en rejetant l'idée même d'un droit des entreprises en difficulté fondé sur une intervention systématique du juge.

B. Les critiques portant sur le système exclusivement judiciaire du traitement des difficultés

223. La remise en cause de l'approche exclusivement judiciaire du traitement des difficultés d'une entreprise[2007]. Il faut bien admettre que l'ouverture d'une procédure judiciaire présente des inconvénients. Certaines critiques à l'encontre du traitement exclusivement judiciaire des difficultés d'une entreprise reviennent régulièrement dans le débat.

La première est celle des contraintes imposées aux créanciers pendant une procédure collective. La deuxième a trait à la longueur et au coût engendrés par l'ouverture d'une procédure. Enfin, la troisième est relative au faible nombre de sauvetages d'entreprises en difficulté, lequel est fréquemment attribué à l'échec des tribunaux.

224. Des contraintes imposées aux créanciers. Les créanciers de l'entreprise en difficulté peuvent être méfiants quant à l'ouverture d'une procédure amiable ou collective. En effet, le droit des entreprises en difficulté impose, par l'entremise du juge, certaines contraintes aux créanciers, aussi bien dans le cadre d'un traitement préventif que dans un traitement curatif des difficultés.

En conciliation, par exemple, le juge a la possibilité d'imposer des délais de grâce aux créanciers récalcitrants selon des modalités différentes du droit commun[2008]. En procédure collective, l'arrêt des poursuites[2009], la déclaration des créances[2010] ou encore les délais uniformes de paiement[2011] leur sont imposés.

2007 L'expression est empruntée à : E. Chvika, *Droit privé et procédures collectives*, préf. Th. Bonneau, Defrénois, 2003, spéc. n° 366, p. 362.

2008 C. com. art., L. 611-7, al. 5.

2009 C. com. art., L. 622-21.

2010 C. com. art., L. 622-24.

2011 C. com., art. L. 626-18, al. 4.

225. Des procédures judiciaires longues et coûteuses. Les longueurs et le coût provoqués par les procédures sont des arguments forts entre les mains des partisans d'une restructuration purement privée. En effet, l'adage « le temps c'est de l'argent » prend tout son sens dans le traitement de la défaillance des entreprises en raison de la nécessité de rendre des décisions rapidement en situation de crise[2012].

Les inconvénients de la durée et du coût d'un traitement judiciaire sont souvent dénoncés en doctrine : « *le temps judiciaire est trop lent*, […], *il n'est pas satisfaisant qu'au fil des procédures et de leur persistance, l'argent de l'État et des collectivités publiques, c'est-à-dire l'argent de tous, soit utilisé à des prolongations inutiles. Voilà pourquoi, à cette étape aussi, les reprises* [d'entreprises] *opérées par des spécialistes opérant par symbiose avec les banques, hors le cadre judiciaire, sont préférables aux démarches proprement judiciaires* »[2013]. C'est pourquoi, pour un auteur, dans une matière où le moment « *de la modestie et des économies* »[2014] est venu, il convient de s'interroger sur le maintien de procédures exclusivement judiciaires. Il se demande donc s'il n'y a pas « *des moyens plus expédients et moins onéreux de procéder au maintien de l'emploi et au paiement des créanciers ?* »[2015].

En effet, le facteur temporel est primordial[2016] pour une entreprise en difficulté qui risque de voir sa situation s'aggraver en raison des lenteurs du traitement. Pourtant, la France est encore trop souvent condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour la durée excessive de certaines procédures collectives[2017].

226. L'inefficacité du traitement judiciaire. L'échec du but poursuivi par les tribunaux, à savoir le sauvetage de l'entreprise a été également fréquemment avancé pour justifier un autre mode de traitement des difficultés des entreprises. Ainsi, pour Monsieur Chvika, en réponse au faible

---

2012 R. Percerou, *«* Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ? *», in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 507.

2013 F. Terré, *«* Droit de la faillite ou faillite du droit *»*, *RJ com.* 1991, p. 29.

2014 Ph. Didier, *«* Le droit commercial au tournant du siècle *», in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 478, spéc. p. 478 et 479.

2015 *Ibid.*

2016 B. Soinne, *«* Le temps *»*, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1.

2017 Entre 1999 et 2004, 239 recours ont été introduits contre la France sur ce fondement, ce qui a conduit à 192 condamnations, Rép. min. n°70482 : JOAN Q 27 sept. 2005, 9008, citée par C. Tabourot-Hyest, Ch. Boillot, et S. Messai-Bahri, *«* Chronique de contentieux des affaires *»*, *LPA* 26 juin 2012, n° 127, p. 7. Pour un exemple plus récent : CEDH, 5e sect., 22 sept. 2011, n° 60983/09, aff. *Tetu c/ France* : condamnation de la France par la CEDH pour violation de l'article 6§1 de la CESDH pour dépassement du délai raisonnable (en l'espèce plus de vingt ans) ; *Gaz. Pal.* 21 janv. 2012, p. 6, note J.-F. Renucci ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 728, note Ph. Roussel Galle ; *Rev. proc. coll.* 2012, n° 1, p. 16, note B. Saintourens et Ph. Duprat. Il convient de noter l'évolution louable de la législation. Le souci du législateur de 2005 a en effet été d'abréger la durée des procédures. À cet effet, l'article L. 643-9 du Code de commerce prévoit que le tribunal fixe le délai dans lequel la clôture de la procédure devra être examinée tandis que les créanciers peuvent saisir le tribunal en vue de la clôture de la procédure deux ans après son ouverture.

nombre d'entreprises sauvées sous la protection du tribunal, il paraît nécessaire de traiter les difficultés des entreprises autrement, en prévoyant un mode alternatif fondé sur le droit commun[2018].

Un autre auteur, Monsieur le Professeur Percerou, considérant que le traitement judiciaire se rapproche du *« mythe »*[2019] eu égard au nombre croissant d'entreprises liquidées, appelait de ses vœux de laisser uniquement le soin au juge d'apurer les dettes par la liquidation[2020]. Autrement dit, le juge serait exclu des traitements amiables ou de redressement. Cependant, l'auteur, conscient des difficultés pour mettre en œuvre cette alternative, nuançait son propos en affirmant qu'il était impossible et peu souhaitable de modifier radicalement les modes de fonctionnement traditionnels des procédures judiciaires[2021].

Toutefois, il est difficile de souscrire à l'argument selon lequel l'augmentation des liquidations judiciaires est la conséquence de l'échec des tribunaux. De nombreuses causes, telles que l'arrivée tardive des débiteurs devant les tribunaux et le contexte économique, expliquent également l'augmentation significative des liquidations judiciaires.

Comme l'évoquait l'ancien Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, Monsieur Pierre Bézard, il n'y a rien à gagner pour quiconque dans les procédures d'insolvabilité : « *en établissant une loi qui laissait croire que l'on pouvait redresser la plupart des entreprises et en faisant du juge celui dont on pouvait attendre ce sauvetage on a fait naître beaucoup de faux espoirs et suscité autant de rancunes contre les juges et leurs auxiliaires* »[2022].

La dénaturation de la fonction traditionnelle du juge et la lourdeur du cadre procédural ont entraîné une remise en cause du système du « tout judiciaire » pour traiter les difficultés des entreprises, accompagnées de propositions alternatives.

2018 E. Chvika, *Droit privé et procédures collectives*, préf. Th. Bonneau, Defrénois, 2003, n° 373, p. 373 ; E. Chvika, *«* Le "prepackaged bankruptcy" : alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives *»*, *Rev. droit aff. Univ. Panthéon-Assas*, 2004, n° 2, p. 29, spéc. p. 31.

2019 R. Percerou, *«* Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ? *», in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 507, spéc. p. 518.

2020 *Ibid.*, p. 507, spéc. p. 518.

2021 *Ibid.*

2022 P. Bézard, *art. cit.*, *RJ com.* 1998, n° spéc., n° 12, p. 59, spéc. p. 61.

§ 2 Les propositions alternatives au système judiciaire

Critiquer un système ne suffit pas. Il convient de rechercher des solutions alternatives. Ainsi, certains détracteurs du traitement judiciaire de la défaillance ont proposé diverses solutions afin d'évincer le juge, ou du moins d'amoindrir son rôle.

Dès lors, certains auteurs ont dénoncé le recours obligatoire au juge et ont proposé dans le même temps une alternative fondée sur le contrat **(A)** ; d'autres se sont interrogés sur l'opportunité de faire une place à l'arbitrage ou à une autorité administrative indépendante pour régler les difficultés d'une entreprise **(B)**.

A. L'alternative fondée sur le traitement contractuel et privé

227. Le contrat comme mode alternatif de traitement des difficultés des entreprises. Une partie des études doctrinales, certes minoritaire, remet en cause l'approche exclusivement judiciaire du droit des entreprises en difficulté en proposant une alternative fondée sur le contrat.

Avant la loi de sauvegarde de 2005, Monsieur le Professeur Terré portait un regard pessimiste sur les politiques menées par le législateur en la matière[2023]. Critique à l'encontre du système judiciaire, l'auteur proposait la solution suivante : « *on pourrait faire l'économie d'un système judiciaire qui ne se justifie pas et pourrait être aisément remplacé, s'il s'agit d'entreprises individuelles, par des dispositions relatives à la cession d'un fonds de commerce et, s'il s'agit d'entreprises sociales, par les règles applicables à la liquidation des sociétés* »[2024]. En ce sens, l'auteur suggérait un retour au droit commun dans le traitement de la défaillance des entreprises.

D'autres auteurs appellent, également, de leurs vœux une démarche libérale et contractuelle pour traiter les difficultés d'une entreprise[2025]. Par exemple, dans sa thèse, Monsieur Chvika défend cette idée en valorisant un schéma optionnel[2026]. Il s'agirait d'emprunter préalablement la voie contractuelle et privée, fondée sur le droit commun[2027]. Le traitement judiciaire n'interviendrait

2023 F. Terré, *«* L'inutile et l'injuste *», in Le contrat au début du XXIe siècle*, Mél. Ghestin, 2001, p. 865.

2024 *Ibid.*, p. 865, spéc. p. 869.

2025 D. Vidal, *«* Rapport de synthèse *», in Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*, *LPA* 09 janv. 2002, n° 7, p. 83, spéc. p. 85 ; E. Chvika, *op. cit.*, Defrénois, 2003.

2026 E. Chvika, *op. cit.*, Defrénois, 2003, n° 373, p. 373.

2027 *Ibid.*, spéc. n° 378 à 386, p. 376 à 386.

obligatoirement qu'après l'échec de ce mode contractuel[2028]. Il propose l'instauration des procédés privés et conventionnels de redressement, pendant trois à six mois selon les difficultés de l'entreprise, par l'entremise d'un traitement exclusivement négocié par les parties et sans intervention du juge[2029]. Si la technique du mandat *ad hoc* se rapproche de cette proposition, elle en diffère fondamentalement en ce sens qu'un tiers, nommé par le président du tribunal, intervient pour favoriser les négociations.

Ce traitement à l'amiable, hors cadre institutionnel, constitue une alternative attractive pour le débiteur et ses créanciers au vu des avantages qu'il comporte.

228. Les avantages d'un traitement contractuel. La technique contractuelle pour régler les difficultés d'une entreprise, chaque fois qu'existerait une chance de survie de celle-ci, comporte certains avantages.

D'une part, la place grandissante faite aux initiatives privées permet aux parties, débiteur et créanciers, de maîtriser les solutions, et partant, d'accepter plus facilement l'issue de la situation[2030].

D'autre part, des procédés purement contractuels sont gages de souplesse et de confidentialité[2031]. De tels atouts ne sont pas négligeables pour préserver le crédit d'une entreprise lorsque l'on sait que l'ouverture d'une procédure judiciaire provoque un réflexe d'éloignement de la part des partenaires du débiteur[2032]. La mise sous assistance de la justice d'une entreprise affecte, en effet, nécessairement la confiance des tiers. Selon ces partisans, un traitement contractuel atténuerait cet écueil en permettant des négociations sans l'intervention d'un juge, conduites plus librement par les parties. Le traitement amiable, avec la promotion de la négociation comme mode de traitement des difficultés, serait donc au cœur du droit des entreprises en difficulté.

Ces propositions s'inspirent, entre autres, de certains systèmes étrangers dans lesquels le juge n'a pas toujours une place prédominante dans le traitement des difficultés d'une entreprise.

2028 E. Chvika, *op. cit.*, Defrénois, 2003, n° 386, p. 386 ; E. Chvika, *art. cit.*, *Rev. droit aff. Univ. Panthéon-Assas*, 2004, n° 2, p. 29, spéc. p. 37 et 73.

2029 E. Chvika, *op. cit.,* Defrénois, 2003, spéc. n° 388, p. 390 ; E. Chvika, *art. cit.*, *Rev. droit aff. Univ. Panthéon-Assas*, 2004, n° 2, p. 29, spéc. p. 37.

2030 V. *Infra*, Chap. I, Titre II, Partie II, n° 259 et s.

2031 V. *Infra*, Chap. I, Titre II, Partie II, n° 278 et s.

2032 R. Percerou, « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ? », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 507, spéc. p. 511.

229. L'intervention limitée du juge dans certains États étrangers. Dans certains États, des restructurations privées existent. Ainsi, le droit français de l'insolvabilité pourrait de nouveau s'inspirer du système nord-américain, dans lequel des restructurations d'entreprises se réalisent sans l'intervention du juge. C'est notamment dans les années 1990 que de nombreuses sociétés par actions ont eu recours au *prepack*[2033], préalablement à l'ouverture d'un *Chapter eleven*, afin de négocier un plan préalable avec leurs créanciers sans intervention judiciaire.

L'essor des procédures alternatives aux États-Unis, hors du tribunal, appelées « *work outs* » ou « *turnaround* » en réponse aux procédures de banqueroute, jugées longues et coûteuses, se traduit par des mesures de redressement privées[2034], élaborées sous le contrôle de « *crisis managers* »[2035]. Néanmoins, en raison de l'absence de suspension des poursuites, certains praticiens ont recours à une solution à mi-chemin de la restructuration purement privée : les « *pre packaged bankruptcies* » permettant de concilier la souplesse des accords négociés et les garanties d'une procédure judiciaire[2036]. C'est pourquoi le législateur français s'en est largement inspiré avec l'instauration de la sauvegarde financière accélérée et de la sauvegarde accélérée[2037].

Certains États voisins ont, également, une conception différente de celle du droit français en limitant l'intervention du juge tandis que les créanciers sont les acteurs principaux de la procédure[2038]. Par exemple, le droit anglais limite la compétence du juge dans le cadre du *Company voluntary arrangement* (*CVA*), lequel est un « *compromis* » ou un « *arrangement* »[2039] entre le débiteur et ses créanciers chirographaires, pouvant exister en dehors du tribunal[2040]. Bien que peu utilisé dans

2033 M. Tanger, *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, Economica, 2003, n° 67, p. 368.

2034 Ces mesures de redressement peuvent prendre la forme de remises de dettes, de modification du capital social, de transformation des créances en parts sociales, etc.

2035 J.-L. Vallens, L'insolvabilité des entreprises en droit comparé. Pratique des affaires, Joly éditions, 2011, n° 62, p. 43.

2036 *Ibid.*

2037 V. *Supra*, Chap. II, Titre I, Partie I.

2038 O. Franco, *op. cit.*, LGDJ, 2016, n° 421, p. 399.

2039 Les termes « compromis » et « arrangement » sont utilisés en jurisprudence et décrits dans la loi anglaise dans le cadre du company voluntary arrangement : D. Marks, « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, p. 59, spéc. p. 67.

2040 Il n'y a donc pas de juge, pas d'administrateur, pas de suspension des poursuites, etc.

la pratique[2041], le *CVA* présente l'avantage de ne pas avoir à être homologué en justice et s'impose dès son adoption aux créanciers, même à ceux ne l'ayant pas approuvé[2042].

Si des différences entre les droits existent concernant le rôle du juge dans le traitement de la défaillance d'une entreprise, l'importance et la nécessité de son rôle en droit français seront étudiées par la suite[2043].

À côté du traitement privé, il est possible d'envisager une négociation entre le débiteur et ses principaux créanciers devant une autorité non juridictionnelle.

B. L'alternative fondée sur le recours à une autorité non judiciaire

230. Le recours à l'arbitrage comme alternative au traitement judiciaire de la défaillance des entreprises. La question de la relation entre arbitrage et faillite n'est pas nouvelle[2044]. Cependant, elle a été peu traitée sous l'angle de l'arbitrage comme instrument de traitement des difficultés d'une entreprise.

À première vue, le rapprochement entre les deux paraît illusoire en raison de la différence de nature entre l'instance arbitrale[2045] et la procédure collective. La première est un mode de résolution des différends, la seconde est un processus de traitement d'une situation précise[2046]. En effet, l'objectif d'une procédure collective est d'assainir une situation et non de trancher entre des prétentions[2047]. La convention d'arbitrage a, au contraire, pour effet d'attribuer le pouvoir de

2041 D. Marks, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, p. 59, spéc. p. 67. L'auteur précise : « en pratique, ce sont des arrangements qui sont relativement peu utilisés. C'est utilisé dans certains cas : c'est très utile par exemple dans le cas de chaînes de magasins qui font faillite, pour des questions de locataire, des questions de bail ; en général tout le monde est d'accord. C'est utile. En dehors de ces cas, c'est de moins en moins commun ».

2042 O. Franco, *op. cit.*, LGDJ, 2016, n° 418, p. 398. Madame Franco rappelle que deux cas de contestation sont possibles mais difficiles, une fois encore, à mettre en œuvre lorsque la procédure a été violée ou lorsqu'un préjudice injuste (« unfair prejudice ») a été causé à l'un des créanciers.

2043 V. Section 2 du présent Chapitre.

2044 P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. arb.* 1983, p. 255 ; P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1987, p. 127 ; Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.* 1998, n° 3, p. 471.

2045 CPC., art. 1442 et s.

2046 G.-C. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale, préf. D. Vidal, Dalloz, 2006, n° 1020, p. 541.

2047 G.-C. Giorgini, *Ibid.*, Dalloz, 2006, n° 1114, p. 584.

trancher le litige à un tribunal composé à cette fin, en excluant la compétence des juridictions étatiques[2048].

De surcroît, la loi de la faillite interdit un pluralisme d'autorités pouvant l'appliquer. Cela n'exclut pas que certaines questions posées à l'occasion d'une procédure collective soient traitées par l'arbitrage[2049], mais les différends relevant substantiellement du droit des procédures collectives demeurent inarbitrables[2050].

La place accrue de la négociation pour régler les difficultés d'une entreprise au sein des différentes procédures offertes au débiteur rapprocherait, selon certains, le traitement de la défaillance de l'arbitrage. Dans cette perspective, il serait possible, pour un auteur, d'envisager un « *arbitrage de la faillite* »[2051]. Pour un autre auteur, il n'y aurait pas de difficulté à ouvrir un espace plus grand à la compétence arbitrale puisqu'il existe déjà des traitements conventionnels en droit des entreprises en difficulté[2052]. En défendant cette thèse, Monsieur le Professeur Vidal affirme qu'« *il n'y a pas d'obstacle, par nature, à ce que l'arbitre exerce son pouvoir de jurisdictio dans le contexte des difficultés des entreprises* » car le traitement conventionnel de la défaillance et l'arbitrage ont l'un et l'autre un fondement contractuel[2053]. L'auteur suggère en ce sens le schéma suivant : « *1 – hors cessation des paiements, le traitement conventionnel est possible et ce mode de traitement est méthodologiquement cohérent avec un arbitrage, l'un et l'autre ayant un fondement contractuel ; 2 – en revanche, une cessation des paiements relève d'une compétence judiciaire étatique à caractère exclusif* »[2054].

Cependant, cette proposition comporte des limites. D'une part, la cessation des paiements n'est plus la ligne de partage entre les procédures préventives et amiables et les procédures collectives et judiciaires. En effet, la procédure de conciliation est un traitement amiable ouvert pour une entreprise en cessation des paiements et la procédure de sauvegarde est une procédure

2048 L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9e éd., 2016, n° 1025, p. 799.

2049 G.-C. Giorgini, *op. cit.*, Dalloz, 2006, n° 1118, p. 585. Par exemple, l'arbitre peut trancher la question de l'existence de la créance mais ne peut pas condamner le débiteur au paiement d'une somme d'argent. Ce paiement éventuel ne peut intervenir que dans le cadre de la procédure collective.

2050 *Ibid.*, n° 1121, p. 587.

2051 *Ibid.*, n° 1117, p. 585. Tout en nuançant l'expression qui « ne doit pas induire en erreur : à l'heure actuelle les procédures collectives relèvent encore d'une intervention étatique considérable et donc il n'est pas encore envisageable que le traitement de l'insolvabilité d'un opérateur puisse être confié intégralement à un arbitre ».

2052 D. Vidal, « Procédure collective et procédure d'arbitrage : quelle rencontre ? », *Gaz. Pal.* 31 oct. 2009, n° 304, p. 3. Selon l'auteur, « si l'entreprise en difficulté trouve son remède dans un traitement conventionnel, les modes alternatifs de règlement y retrouvent droit de cité, au point que figure peut-être en cette matière un "gisement d'extension" de la pratique des modes alternatifs ».

2053 *Ibid.*

2054 *Ibid.*

collective pour une entreprise hors cessation des paiements. D'autre part, l'arbitrage ne permet pas une solution de traitement négocié des difficultés. La négociation entre les parties a lieu, en amont, lors de la conclusion de la clause compromissoire ou du compromis. Dans cette hypothèse, la négociation porte donc sur la juridiction qui aura à traiter des difficultés, non sur le règlement des difficultés en tant que tel car c'est l'arbitre qui tranchera. En d'autres termes, seule la source de l'arbitrage est conventionnelle. Comme pour le règlement privé des difficultés, les défauts de cette alternative au traitement judiciaire seront traités dans de prochains développements[2055].

Enfin, une dernière alternative au recours à l'autorité judiciaire est fondée sur l'institution d'une autorité administrative indépendante aux fins d'encadrer la résolution négociée des difficultés de l'entreprise.

231. Le recours à une autorité administrative indépendante comme alternative au traitement judiciaire de la défaillance des entreprises. À l'instar du droit du surendettement[2056], le recours à une autorité non judiciaire pour traiter de façon négociée les difficultés de l'entreprise est envisagé par certains auteurs[2057]. Les arguments en faveur de cette alternative fondée sur l'instauration d'une autorité administrative indépendante (AAI), spécialisée dans la défaillance, sont convaincants à différents égards. D'abord, le cadre judiciarisé actuel des procédures amiables peut susciter la méfiance des participants à la négociation. Ensuite, tout en permettant des discussions dans un cadre plus souple, l'AAI offre un lieu sécurisé, afin de contrôler les éventuelles manœuvres dilatoires ou les pressions diverses[2058]. Enfin, la négociation entre le débiteur et les créanciers pour résoudre les difficultés devant l'AAI déchargerait le juge de cette tâche, atténuant dans le même temps la critique relative à la confusion de ses fonctions[2059].

Ce cadre extrajudiciaire, plus souple, est donc propice à la participation active des parties aux discussions. Les membres de l'autorité indépendante, représentants des administrations publiques et parapubliques, étant qualifiés sur les questions de défaillance d'entreprise seront à

2055 V. *Infra* n° 232 et s.

2056 La commission de surendettement a expréssement pour mission de s'efforcer à concilier les parties : C. consom., art. L. 732-1.

2057 C. Regnaut-Moutier et J. Vallansan, *«* "Faillite" des entreprises et surendettement des particuliers *», in* Mél. J. Héron, LGDJ, 2004, p. 443, spéc. p. 465. ; B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 515 et s. p. 362 et s.

2058 H.-J. Nougein, *«* Le juge de la prévention *», in Le juge de l'économie*, Actes du colloque organisé à La Baule les 8 et 9 juin 2002, *RJ. com.* 2002, n° spéc., n° 11, p. 30.

2059 B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 516, p. 362.

même, comme le conciliateur, de favoriser les négociations. D'ailleurs, la désignation d'un conciliateur par l'AAI, dans sa formation collégiale, est recommandée afin qu'un tiers impartial pondère les différents intérêts en présence[2060]. De sorte que si ce sont le débiteur et ses créanciers qui établissent leurs engagements au sein de l'accord, c'est au conciliateur qu'il revient de veiller à leur conformité à l'ordre public et à l'absence de déséquilibres significatifs. L'accord serait ainsi un contrat, soumis au droit commun des contrats quant à son exécution.

Partant, ce nouveau cadre institutionnel servirait de lieu pour les négociations d'un accord conforme à l'ordre public, réalisable et dont l'objectif est de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. En cas d'échec des négociations ou de tout comportement répréhensible, le conciliateur serait dans l'obligation de saisir le tribunal.

Si cette solution alternative est satisfaisante en raison de la rapidité, de la souplesse et de la sécurité qu'elle offre, elle comporte, tout comme l'arbitrage, certaines insuffisances qui seront étudiées par la suite[2061].

Aussi peut-on aisément imaginer la création d'une AAI dans le cadre de la phase de détection et de prévention des difficultés afin qu'elle regroupe les informations sur l'entreprise et guide les chefs d'entreprise dans le choix de la procédure[2062] mais son recours aux fins de traiter à proprement parler les difficultés d'une entreprise ne semble pas souhaitable.

Conclusion de la section. La présence systématique du juge, y compris dans le règlement à l'amiable des difficultés, est critiquée par certains auteurs, favorables à son évincement, au moins partiel. La conception traditionnelle de l'office du juge, révélant sa prégnance dans la matière, s'en trouve donc ébranlée. La trop grande diversité de ses fonctions, révélant un phénomène de « magistrature économique », ainsi que le constat d'échec du système judiciaire au regard du nombre important de liquidations d'entreprises, sont les principaux arguments des partisans du recours à des remèdes extrajudiciaires. À cette fin, ces derniers proposent différentes alternatives, fondées soit sur un traitement privé et contractuel, soit sur l'instauration d'autorités non judiciaires, encadrant le traitement négocié des difficultés de l'entreprise.

2060 *Ibid.*, n° 515 et s. p. 362 et s. Le conciliateur pourrait être un membre de l'AAI ou inscrit sur une liste comme c'est le cas des administrateurs judiciaires (C. com., art. L. 811-2 et s.).

2061 V. *Infra* n° 232 et s.

2062 V. *Infra*, Chap. II, Titre II, Partie II, n° 309 et s.

Quoi qu'il en soit, l'ensemble de ces critiques ne saurait justifier, selon nous, un tel retrait du juge. Cela pour les raisons suivantes : d'une part, les alternatives proposées connaissent d'importantes limites quant à leur application dans cette matière, d'autre part, les qualités inhérentes au juge et l'ampleur de sa mission sur les négociations et leur résultat sont des gages importants de protection de l'intérêt général. Aussi apparaît-il tout au contraire indispensable de maintenir le juge dans le cadre de la gestion et de l'accomplissement du traitement des difficultés des entreprises.

Section 2. Les raisons du maintien du juge

Si les critiques du système judiciaire sont intéressantes aux fins de l'améliorer, il n'en demeure pas moins qu'elles ont leurs limites. Elles entraînent alors seulement une déstabilisation de la conception originaire de la figure du juge en la matière. Une éviction du juge dans le traitement de la défaillance d'entreprises semble en effet impossible tant les dangers d'un traitement purement privé ou non judiciaire sont nombreux. Aussi, le législateur, plutôt que de minimiser le rôle du juge, l'a continuellement réaffirmé. Les réformes n'ont, en effet, pas répondu favorablement aux différentes propositions alternatives au traitement judiciaire des difficultés des entreprises **(§1)**.

Le contrôle judiciaire entourant les différentes procédures permet, en effet, de sécuriser le déroulement et le résultat de la négociation et de favoriser son succès. Au vu des garanties offertes par le juge, il apparaît donc comme nécessaire à plus d'un titre **(§2)**.

§ 1 L'impossible éviction du juge

En raison des nombreux inconvénients d'un traitement des difficultés en dehors du tribunal, il apparaît difficile de suivre les thèses contractuelles et celles fondées sur le recours à d'autres institutions **(A)**.

Selon Monsieur le Professeur Lyon-Caen, les risques de dirigisme et d'arbitraire judiciaires, dénoncés notamment après la loi de 1985, sont exagérés[2063]. S'il est incontestable que les tâches incombant aux juges ont été alourdies, il ne faut pas penser qu'ils sont dans l'incapacité de les exercer pleinement[2064]. Le législateur est, d'ailleurs, venu rappeler au gré des réformes le rôle

2063 A. Lyon-Caen, *« Impressions », in* Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, RTD com. 1986, n° spéc., p. 183, spéc. p. 188.

2064 A. Lyon-Caen, *art. cit.*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 183, spéc. p. 188.

nécessaire du juge, y compris dans un contexte de contractualisation de la matière. Dès lors, on assiste à un alliage réussi entre ce qui relève du contractuel et du judiciaire **(B)**.

A. Les défauts d'une éviction du juge

Le mode judiciaire pour traiter les difficultés des entreprises est celui qui est privilégié sur tout autre. Les modes de traitement reposant sur un traitement privé et contractuel, réalisé par le débiteur et ses créanciers **(1)**, ainsi que sur un traitement sous l'égide d'une autorité non judiciaire **(2)** ne sont pas entièrement satisfaisants car ils comprennent des défauts par rapport au traitement judiciaire.

1. Les défauts du traitement privé et contractuel

232. Le déroulement fragile des négociations. En l'absence de contrôle judiciaire, le déroulement des négociations entre un débiteur et ses créanciers peut être fragile sur différents points[2065]. D'abord, une incertitude concerne la réussite en tant que telle des négociations. Dans un traitement purement privé et contractuel, sans intervention d'un tiers, la participation active des parties intéressées peut être incertaine, faute d'impulsion d'une autorité ou d'un tiers indépendant. Si les négociations présentent intrinsèquement un aléa quant à leur issue[2066], leur succès dépend principalement du bon vouloir des participants. Dans ces conditions privées, le débiteur ne peut contraindre les créanciers réfractaires à conclure l'accord, et inversement[2067].

Ensuite, pendant la préparation de la solution amiable, les créanciers sont en droit d'exiger un rapport sur l'état des difficultés du débiteur. Or les informations reçues peuvent s'avérer non sérieuses : une vérification d'un « tiers objectif et compétent »[2068] s'avère donc nécessaire. En toute hypothèse, les négociations peuvent constituer pour le débiteur des manœuvres dilatoires[2069], lui

2065 B. Soinne, Traité des procédures collectives. Commentaires des textes. Formules, Litec, 2e éd., 1995, n° 97, p.85.

2066 B. Ghandour, *op. cit.,* LGDJ, 2018, n° 45 et s., p. 39 et s.

2067 En conciliation, le débiteur peut notamment obtenir des délais de grâce : C. com., art. L. 611-7, al. 5.

2068 Y. Guyon, Droit des affaires. Entreprises en difficultés-Redressement judiciaire-Faillite, t. 2, Economica, 9e éd., 2003, n° 1084, p. 91.

2069 H.-J. Nougein, *«* Le juge de la prévention *», in Le juge de l'économie*, Actes du colloque organisé à La Baule les 8 et 9 juin 2002, *RJ. com.* 2002, n° spéc., n° 11, p. 30 ; M. Rouger, *«* Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation *»*, *LPA* 12 janv. 1994, n° 5, p. 28.

permettant de ne pas divulguer l'intégralité de ses dettes et de ne pas tenir ses engagements pendant le temps de la discussion.

Enfin, la réalité du consentement du débiteur et de ses créanciers peut, dans certains cas, être remise en question. En effet, un rapport de force s'établit entre le débiteur et ses créanciers, voire entre les créanciers entre eux, lors des négociations. Il est possible que l'un d'eux use de sa position de supériorité pour imposer le contenu de l'accord. Autrement dit, « *le consentement est quelquefois à la limite de la contrainte : à qui sert-il de refuser, si de toute façon je ne peux rien avoir d'autre ?* »[2070].

Dans de telles hypothèses, l'accord pourra dès lors être remis en cause.

233. La fragilité du contenu de l'accord. En raison de ses conditions souples d'établissement, l'accord amiable peut être aisément contesté. En effet, la validité de l'accord peut être remise en cause, notamment si le débiteur a dissimulé une partie du passif. L'annulation rétroactive de l'accord aura des conséquences graves pour le débiteur qui verra ses remises de dettes annulées.

De plus, en cas de cessation des paiements, de tels accords risquent d'apparaître suspects en raison de la rupture d'égalité entre les créanciers ; des risques de fraude et une poursuite d'exploitation jugée abusive pourraient également être retenus à l'encontre du débiteur[2071]. De même, si la situation concernant les dettes peut être réglée momentanément, la cause des difficultés, se situant au niveau économique, peut toujours demeurer[2072].

Ainsi, par manque de certitude de l'absence de cessation des paiements, il peut être dangereux de s'engager dans une voie purement contractuelle, « *d'où l'intérêt, et même la nécessité d'un cadre légal au sein duquel peut s'exercer, en confiance, la liberté contractuelle* »[2073].

234. La portée limitée de l'accord. Puisqu'il s'agit d'une convention de droit commun, soumise aux règles du droit des contrats, l'accord n'emporte pas de conséquences à l'égard des tiers car il est la loi des parties et a force obligatoire entre elles[2074].

2070 B. de Belval, « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* 6-8 mai 2012, n° 129, p. 11.

2071 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 92, p. 64.

2072 B. Soinne, *op. cit.*, Litec, 2e éd., 1995, n° 96, p.85.

2073 F. Pérochon, *op. cit.*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 93, p. 65.

2074 C. civ., art. 1103 (anc. art. 1134, al. 1er).

Toutefois, la force obligatoire des engagements du débiteur et de ses créanciers[2075] ne signifie pas qu'ils les exécuteront. À défaut d'un accord constitué en la forme authentique[2076], l'accord signé par les parties est dépourvu de force exécutoire[2077]. La non-exécution de l'accord a des causes multiples : elle peut être due à un engagement des parties à la légère, à un changement de conditions économiques, à un désintérêt, etc. L'absence de force exécutoire de l'accord fragilise donc le traitement à l'amiable sans intervention du juge.

De surcroît, librement négocié, le contenu de l'accord peut se révéler être fragile car les engagements pris peuvent être finalement inadaptés ou insuffisants[2078]. Plus encore, en raison de l'effet relatif des conventions[2079], l'accord conclu ne concerne que les parties signataires. Les créanciers qui n'ont pas adhéré à l'accord ne peuvent être contraints à des sacrifices car il leur est inopposable. Or, les difficultés du débiteur concernent généralement l'ensemble de ses créanciers. L'effet relatif de l'accord présente donc cet inconvénient certain de ne pas avoir d'effet collectif[2080], le traitement des difficultés pouvant s'avérer limité[2081]. Le risque est alors qu'un créancier non-signataire remette en cause l'accord, voire exige le paiement de sa créance.

En définitive, la fragilité de l'accord conclu dans un cadre extrajudiciaire est source d'insécurité juridique pour les parties, c'est ce qui explique qu'« *on songe à l'intervention ou mieux à la tutelle de l'autorité judiciaire* »[2082].

De même, le recours à l'autorité judiciaire semble plus adapté au traitement des difficultés d'une entreprise qu'une autre autorité.

2075 Il convient de rappeler que l'accord peut concerner le débiteur et un seul de ses créanciers.

2076 C. civ., art. 1369.

2077 P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ.* 1999, n° 4, p. 771.

2078 Ceci est d'autant plus vrai dans un contexte de complexification de l'endettement et de sophistication de la dette : B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 55, p. 45.

2079 C. civ., art. 1199-1200 (anc. art. 1165).

2080 D. Tricot, « Rapport de synthèse », *in* Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance?, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Nanterre le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 102.

2081 B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 53, p. 44.

2082 B. Soinne, *op. cit.*, Litec, 2e éd., 1995, n° 96, p. 85.

2. Les défauts du traitement par une autorité non judiciaire

235. Les inconvénients de l'arbitrage. L'évincement pur et simple du juge par la saisine d'une juridiction arbitrale connaît certaines limites. Tout d'abord, il convient de rappeler combien la matière est d'ordre public[2083]. Ainsi, évincer le juge lorsqu'une entreprise est en cessation des paiements, et, qu'elle cause de ce fait un préjudice à l'intérêt général, paraît difficilement envisageable. Comme l'énonce Monsieur le Professeur Vidal, « *l'organisation publique d'un traitement spécifique de la situation d'une entreprise en difficulté ne relève pas du caprice législatif ou réglementaire* »[2084], elle s'explique par le « *désordre "multilatéral"* »[2085] causé, c'est-à-dire par les répercussions provoquées par les difficultés d'une entreprise sur ses créanciers. En d'autres termes, si l'auteur est partisan de faire une place à la compétence arbitrale en la matière, il ne souhaite pas que l'arbitre, bien que chargé d'appliquer l'ordre public, puisse, en cas de cessation des paiements, suppléer aux procédures collectives de traitement des difficultés des entreprises, lesquelles supposent nécessairement une compétence judiciaire exclusive[2086].

Ensuite, si la procédure arbitrale est une alternative envisageable dans certains conflits, elle demeure payante car privée. Il convient, notamment, de payer les honoraires de l'arbitre et ses dépenses ainsi que les frais administratifs lorsque l'arbitrage est institutionnalisé[2087]. L'arbitrage est d'ailleurs souvent jugé dispendieux.

Enfin, permettre l'arbitrage pour régler les difficultés d'une entreprise posera très certainement un problème de cohérence du système. Plus encore et toujours en raison de considérations pratiques, il semble que le règlement multipartite en présence de nombreux créanciers rendra malaisées des négociations en dehors d'une instance judiciaire.

L'autorité arbitrale ne peut donc être un substitut absolu au juge. L'autorité administrative indépendante comporte, elle aussi, certains défauts.

2083 V. *Supra*, Section I, Chap. I, Titre I, Partie II.

2084 D. Vidal, « Procédure collective et procédure d'arbitrage : quelle rencontre ? », *Gaz. Pal.* 31 oct. 2009, n° 304, p. 3.

2085 *Ibid.*

2086 *Ibid.*

2087 G.-C. Giorgini, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale, préf. D. Vidal, Dalloz, 2006, n° 1141, p. 596.

236. L'institution d'une autorité administrative indépendante non exclusive d'un traitement judiciaire. L'institution d'une autorité administrative indépendante (AAI) n'est possible qu'en complément de l'intervention judiciaire[2088]. La proposition de donner à une AAI des missions spécifiques dans le traitement des difficultés d'une entreprise ne tend pas vers l'éviction totale du juge. Au contraire, l'objectif est de proposer un « *traitement binaire* »[2089], reposant sur une détection-prévention réalisée par l'autorité non judiciaire et des décisions contraignantes revenant à l'autorité judiciaire en raison de sa fonction juridictionnelle. À la différence du droit du surendettement où le traitement est déjudiciarisé, il s'agirait d'organiser un prétraitement dans le cadre d'une AAI afin qu'elle regroupe les différentes informations sur la situation de l'entreprise et oriente le débiteur vers un traitement adapté. En revanche, le traitement des difficultés à proprement parler appartiendrait toujours à l'autorité judiciaire puisqu'il nécessite d'imposer une certaine contrainte et discipline[2090].

La décision judiciaire a en effet autorité de chose jugée[2091], c'est-à-dire qu'elle a un effet extinctif et une force obligatoire à l'égard des parties[2092]. De même, le juge ne peut pas revenir sur sa décision, sauf en cas d'ouverture d'une voie de recours[2093]. En outre, l'*imperium* conféré au juge signifie qu'il a le pouvoir d'ordonner. Certes, il existe également pour d'autres autorités, mais le juge étatique appose la formule exécutoire pour permettre l'exécution forcée de la décision[2094].

De plus, en droit des entreprises en difficulté, l'ampleur des enjeux est telle que les décisions du juge ont une « autorité » particulière[2095]. D'une part, la défaillance d'une entreprise touche généralement une pluralité de créanciers auxquels est imposée une discipline collective, d'autre part, le traitement des difficultés peut porter atteinte aux droits des parties[2096].

2088 De façon générale, si les autorités administratives indépendantes sont considérées comme des substituts au juge, il n'en demeure pas moins que la régulation qu'elles opèrent est faite sous contrôle du juge car leurs actes peuvent toujours être contestés devant lui. De plus, les règles procédurales qui entourent leur exercice les rapprochent des juridictions.

2089 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 530, p. 369.

2090 *Ibid.*, n° 535, p. 372 et 373.

2091 C. proc. civ., art. 480, al. 1er.

2092 L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9e éd., 2016, n° 727, p. 502 et 503.

2093 *Ibid.*

2094 V. T. Clay, V°. *Imperium, in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 610 et s. Par exemple, la sentence arbitrale ne peut donner lieu à une exécution forcée que si elle bénéficie de l'exequatur du juge judiciaire, ce qui s'obtient généralement en pratique aisément.

2095 B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 110, p. 80 et 81.

2096 Par exemple, le traitement de l'insolvabilité de l'entreprise peut entraîner un non-paiement intégral des créanciers et un dessaisissement du débiteur.

Ce ne serait donc qu'en complément de l'autorité judiciaire que l'AAI interviendrait en la matière, car en tant qu'organisme administratif, de nature non juridictionnelle, ses décisions ne sont pas dotées de l'autorité de la chose jugée[2097], à la différence des décisions judiciaires.

Du reste, il est loin de l'esprit français d'écarter ses juges, alors même que le mouvement de contractualisation prend de plus en plus d'ampleur en droit des entreprises en difficulté. Partant, le juge n'est jamais véritablement absent du traitement des difficultés des entreprises, son rôle ayant même été renforcé au fil des réformes. On observe, donc, une coexistence entre ce qui relève du contractuel et ce qui s'attache au judiciaire.

B. La réaffirmation du rôle du juge

237. Le recours au juge en cas d'échec des arrangements amiables sans protection judiciaire. L'idée de traiter les difficultés d'une entreprise sans l'intervention du juge n'est pas neuve, les négociations en dehors des tribunaux ayant toujours existé. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la pratique révélait que le sort de l'entreprise se décidait à l'extérieur des tribunaux sous l'effet de négociations entre le débiteur et ses partenaires ou par l'intervention d'autorités administratives[2098]. Plus généralement, les stratégies visant à éteindre un contentieux ou à prévenir les défaillances de paiements sont nombreuses et de nature diverse[2099]. Certaines visent à régler le différend en dehors du tribunal, d'autres soumettent le litige à la juridiction arbitrale. L'exemple des clauses de réserve de propriété illustre le recours à des stratégies de nature préventive. Certains y voient une « *stratégie de confortement litigieux* »[2100] visant à mettre l'entreprise en position de subir un procès ou une procédure collective, le cas échéant, dans les conditions les plus favorables possibles.

2097 V. J. Chevallier, V°. *Autorités administratives indépendantes, in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 94 et s.

2098 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 29, p. 32.

2099 Les stratégies de règlement des litiges peuvent être des stratégies de gestion aboutissant à des actes de nature contractuelle qui relèvent du droit des obligations. Dans un tel cas, les acteurs n'ont souvent pas conscience de mettre en œuvre des stratégies judiciaires : ils ont davantage l'impression de réaliser une négociation commerciale. Cette dernière peut prendre de nombreuses formes : une reconnaissance de dette ou encore des avantages commerciaux pour compenser la mauvaise exécution d'une obligation. Dans d'autres cas, au-delà de ces comportements commerciaux, les acteurs ont conscience d'emprunter des voies juridiques extrajudiciaires, tel est notamment le cas lorsqu'ils décident de conclure une transaction, régie par les articles 2044 et suivants du Code civil. Pour des développements détaillés de ces stratégies entrepreneuriales : v. C. Champaud et D. Danet, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, série Regards sur la justice, 2006, p. 123 à 130.

2100 *Ibid.*, p. 55 et s.

Ces stratégies ne sont pas toutes des modes de traitement des difficultés des entreprises mais elles révèlent la tendance dans le monde des affaires à préférer un arrangement amiable plutôt qu'un procès ou l'ouverture d'une procédure judiciaire. En somme, la négociation est l'une des voies d'apaisement privilégiées par les dirigeants dans le vécu quotidien des affaires car elle présente un intérêt en termes de gain de temps et d'argent ainsi que de préservation de l'image de l'entreprise[2101].

Par conséquent, dans certaines situations, le traitement judiciaire apparaît comme l'aboutissement de la stratégie et des projets décidés en amont par le débiteur et ses créanciers[2102]. Dans d'autres situations, ce n'est que si l'accord amiable échoue que la présence du juge s'imposera. En définitive, le juge intervient lorsque les accords, entrepris spontanément par le débiteur et ses créanciers, conclus en dehors des tribunaux, n'ont pas abouti ou n'ont pas pu mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Comme en matière de surendettement des particuliers où il tranche la contestation lorsque la phase devant la commission a échoué, le juge réapparaît lorsqu'il existe des obstacles[2103]. C'est donc bien au juge qu'il faut revenir lorsque les négociations entreprises par les parties ont échoué[2104]. Au-delà de ce constat, on observe également que le législateur est venu renforcer son rôle.

238. Le renforcement du rôle du juge au fil des réformes. Au-delà des initiatives privées des entreprises pour s'accorder avec leurs créanciers en dehors des tribunaux, l'approche contractuelle a innervé la matière par le législateur de 2005, relayé par celui de 2008, de 2010 et de 2014. La négociation, « *instrument de contractualisation des procédures* »[2105], est au cœur du droit des entreprises en difficulté. La volonté du législateur est en effet de « *soustraire la procédure à la loi pour la faire entrer dans le domaine du contrat* »[2106] - comme c'est le cas pour le mandat *ad hoc* - et d'instaurer des « *procédures où la loi elle-même révèle le contrat en ce sens qu'elle assigne à la procédure un objectif contractuel* »[2107]. Ainsi, afin

2101 *Ibid*, p. 124.

2102 Y. Chaput, *«* Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (De la *«* chronojuridicité *»*) *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. Tricot, Dalloz, 2011, p. 411, spéc. p. 420.

2103 G. Paisant, *«* Les activités de règlement sans le juge : le cas du surendettement des particuliers *», in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 70, spéc. p. 78 et s.

2104 J. Normand, *«* Conclusions *», in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 139, spéc. p. 146.

2105 A.-F. Zattara-Gros, *«* La contractualisation du droit des entreprises en difficultés *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 623, spéc. p. 626.

2106 A.-F. Zattara-Gros, *art. cit.*, Dalloz, 2011, p. 623, spéc. p. 627.

2107 *Ibid.* Tel est notamment le cas de la procédure de conciliation. Le législateur n'a eu également de cesse d'encourager la négociation dans les plans de réorganisation de l'entreprise. L'auteur énonce en ce sens *»* qu'elle est

d'atténuer la rigidité trop souvent attachée au droit des entreprises en difficulté[2108], une place plus grande a été faite à la volonté du débiteur et de ses créanciers. De fait, on l'a vu[2109], l'architecture du droit des entreprises en difficulté se trouve modifiée par l'essor du processus de négociation, transformant dans le même temps le rôle des acteurs, et notamment celui du juge. En effet, si cette évolution tend vers plus de négociation et de souplesse au sein des procédures, elle s'est accompagnée d'un renforcement corrélatif des pouvoirs des tribunaux. Il existe donc un certain « *paradoxe entre la déréglementation et l'intervention croissante des juridictions* »[2110].

La judiciarisation s'explique par un appel au juge comme un recours nécessaire à la régulation des rapports humains[2111]. En droit des entreprises en difficulté, s'agissant de la réforme de 1967, on a pu parler de « *judiciarisation de la procédure* »[2112] de règlement judiciaire et de la liquidation, laquelle s'est manifestée par une augmentation des pouvoirs du tribunal, du juge-commissaire et du ministère public. La réforme a en effet institué trois procédures - le règlement judiciaire et la liquidation des biens par la loi du 13 juillet 1967 et la suspension provisoire des poursuites réglementée par l'ordonnance du 23 septembre 1967 – organisées sous le contrôle des autorités judiciaires. Il en a été de même sous l'empire de la loi de 1985. Outre l'objectif économique de cette loi, son mérite « *pourtant si décriée par certains, est d'avoir compris que le traitement des difficultés des entreprises ne pouvait aboutir à un redressement durable que s'il était individualisé. Par conséquent, ce traitement dépend essentiellement du juge, qui se voit attribuer dans ce domaine des pouvoirs qui dépassent de beaucoup son office traditionnel. Le véritable réalisme a été de faire confiance au juge* »[2113]. En procédure collective, il a notamment le pouvoir de sceller le sort de l'entreprise en décidant d'arrêtant le plan ou, au contraire, en décidant de la liquidation[2114]. L'évolution s'est poursuivie avec la loi du 10 juin 1994. Tout en valorisant les procédés contractuels et en renforçant la contractualisation des procédures

---

vivement encouragée par le législateur, qui opère un cloisonnement des négociations en fonction des catégories de créanciers *»*.

2108 Cette rigidité était notamment dénoncée avant la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 par E. Chvika, *«* Le "prepackaged bankruptcy" : alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives *»*, *Rev. droit aff. Univ. Panthéon-Assas*, 2004, n° 2, p. 29, spéc. p. 45. De plus, le terme *«* rigidité *»* renvoie principalement à l'interventionnisme étatique dans le monde des affaires et au caractère contraignant des règles édictées en la matière, fréquemment dénoncés par les auteurs : A.-F. Zattara-Gros, *art. cit.*, Dalloz, 2011, p. 623.

2109 V. *Supra*, Partie I.

2110 F. Rouvillois, *«* Judiciarisation de la société : une entrée en matière *», in La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, novembre 2006/ avril 2007, ss. la dir. de F. Rouvillois, Litec, 2008, p. 5, spéc. p. 18.

2111 *Ibid.*, p. 5.

2112 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 29, p. 31.

2113 Y. Guyon, *«* Le réalisme de la loi du 25 janv. 1985 sur les procédures collectives *», in Le juge et le droit de l'économie*, Mél. P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 311, spéc. p. 320.

2114 C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, Droit privé, 11e éd., 2018, n° 50, p. 39 et 40.

collectives[2115], cette loi a également mis « *en valeur les mérites de ce nouvel office du juge, affranchi de la tâche classique de trancher les litiges entre intérêts privés* »[2116]. Le renouveau de la fonction de juger, dans un contexte de contractualisation, fait du juge « *l'arbitre de la situation* »[2117].

Plus encore, si sous l'empire des lois de 1984 et 1985, l'accord conclu entre les parties en procédure amiable est un accord de droit commun, avec la loi du 10 juin 1994, le législateur introduit l'homologation de l'accord. Puis, depuis la loi du 26 juillet 2005, au vu des avantages liés au constat et à l'homologation, l'accord de droit commun se fait rare[2118] et le juge devient, à certains égards, un véritable « juge-homologateur »[2119].

L'évolution législative va surtout renforcer les pouvoirs du président du tribunal et du ministère public[2120]. Par exemple, avec le renforcement de la prévention, les pouvoirs d'investigation du président du tribunal ont été étendus[2121] ; avec l'abrogation de la saisine d'office du tribunal[2122], la présence du ministère public a été dans le même temps renforcée au sein des audiences, y compris lors de la conciliation[2123]. En termes brefs, les prérogatives du juge et du ministère public ont été accrues au fil des réformes, et ce dans un contexte de contractualisation des procédures.

Ce mouvement est donc révélateur d'un retour nécessaire au juge lorsque la liberté des parties s'accroît. Ainsi, on peut y voir un mouvement de balancier entre le conventionnel et le judiciaire.

2115 M.-A. Frison-Roche, *«* La cohérence juridique de la loi du 10 juin 1994 *», in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1995, p. 23, spéc. p. 31.

2116 *Ibid.*

2117 P. Bézard, *«* Le nouveau visage du juge économique et financier *», in Droit et vie des affaires*, Mél. A. Sayag, Creda, Litec, 1997, p. 147, spéc. p. 159.

2118 Le simple accord est en ce sens *«* marginalisé *»* : B. Thullier, *«* Accords ni constatés, ni homologués ; remise en cause des accords *»* in *La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n°1, p. 107, spéc. p. 111.

2119 V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 61.

2120 Le juge-commissaire a également connu un accroissement de ses pouvoirs, notamment depuis la loi de 1985 qui a abrogé sa subordination au tribunal (L. 25 janv. 1985, art. 14), mais ils concernent moins les négociations que le déroulement de la procédure en général. Le juge-commissaire a une mission large, à savoir veiller au déroulement rapide de la procédure et protéger les intérêts en présence.

2121 La prévention a notamment été instaurée par la loi du 1er mars 1984, puis renforcée avec la loi du 10 juin 1994 : J.-P. Hael, *«* La consécration du droit d'alerte du président du tribunal *»*, *LPA* 30 sept. 1994, n° 117, p. 13.

2122 La saisine d'office par le tribunal a été jugée non-conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel : Cons. const. 07 déc. 2012, n° 2012-286, préc.

2123 S'agissant de l'homologation de l'accord, par exemple, le tribunal ne statue pas sans recueillir l'avis du ministère public : C. com., art. L. 611-9, al. 1er.

239. L'alliance du conventionnel et du judiciaire. Le juge, selon son rôle (qu'il décide, qu'il autorise, qu'il contrôle ou qu'il homologue) représente « *le regard que porte la société sur l'objet de son intervention* »[2124]. La mutation de notre société et de notre système de droit est caractérisée par « *le passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié* »[2125]. Le développement des modes alternatifs des litiges à la fin du XXe siècle, et plus généralement de la « *justice consensuelle* »[2126], révèle la « *mutation de la justice étatique, que l'on nomme par commodité la crise du juge, d'un nouvel état d'esprit qui, délaissant la sécheresse du syllogisme juridique, s'ouvre aux vertus de la pondération des intérêts. Le jugement ne peut plus être seulement un acte d'autorité imposé par la loi* »[2127].

Le juge permet de sanctionner les atteintes au modèle que la société souhaite imposer : le législateur peut laisser se construire l'acte par les parties et le soumettre *a posteriori* à l'homologation du juge, cadre dans lequel se trouvera « *mélangée l'homologation d'intérêt privé (la liberté du consentement) et l'homologation d'intérêt public (ce qui reste du modèle social)* […] »[2128]. La justice contractuelle est donc incontestablement liée à l'institution judiciaire.

À la fin des années 1990, un auteur avait pu constater que : « cet essor ou ce renouveau de la conciliation, qui s'est accomplie en marge de la justice étatique, voire contre elle, s'accompagne pourtant aujourd'hui d'une tendance certaine à un rapprochement de l'institution judiciaire »[2129]. Et un autre auteur d'ajouter, vingt ans après : « *le rattachement des modes extrajudiciaires au monde judiciaire est perçu comme une évidence, sinon une nécessité* »[2130]. Autrement dit, les modes alternatifs de règlement des conflits doivent être articulés avec la justice étatique[2131]. La clé du succès de tels modes de règlement des litiges tient donc à ce métissage. On est même tenté de parler d'hybridité[2132].

2124 D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préf. G. Wiederkher, Bibl. de Droit privé, t. 236, LGDJ, 1994.

2125 L. Cadiet, *«* Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation *», in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. Cl. Champaud, Dalloz, 1997, p. 123.

2126 *Ibid.*, p. 123, spéc. p. 133. L'auteur donne plusieurs illustrations de cette justice consensuelle : le recours à l'amicus curiae, la création des autorités administratives indépendantes ou encore le développement du juge unique.

2127 *Ibid.*

2128 J. Hauser, *«* Le juge homologateur en droit de la famille *», in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 114, spéc. p. 115.

2129 B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Droit éthique société, 1998, p. 51.

2130 J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, PUAM, 2003, n° 357, p. 219.

2131 L. Cadiet, *op. cit.*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 123, spéc. p. 125. L'auteur énonce à cet effet que : *«* loin d'être opposés, le contrat et le procès, la convention et la juridiction, doivent au contraire être conciliés et non pas opposés *»*.

2132 J. Joly-Hurard, *op. cit.*, PUAM, 2003, n° 360, p. 221. V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 164 et s.

Le droit des entreprises en difficulté révèle cette combinaison entre le conventionnel et l'institutionnel[2133]. La procédure de conciliation avec la loi du 26 juillet 2005, illustre singulièrement l'idée d'une négociation réglementée par le droit et contrôlée par le juge. Madame la Professeure Thullier justifie ce contrôle judiciaire « *pour amortir le passage du tout ordre public vers plus de contractuel*»[2134]. En effet, l'intervention judiciaire est liée au « recul » de l'ordre public[2135]. Partant, l'augmentation de la négociation en droit des entreprises en difficulté modifie la régulation des phénomènes sociaux mais n'exclut pas pour autant le recours au juge. Les multiples possibilités de dialogue entre les différents acteurs et la mutation du rôle des instances juridictionnelles en sont les principales illustrations[2136]. Ainsi, « *la forme contractuelle est enserrée par des procédures qui en amont et en aval traduisent les limites du contrat librement négocié* »[2137]. La négociation a donc pour corollaire l'encadrement judiciaire. Ce cadre s'explique aisément car « *le juge est le complément nécessaire du contrat* […]. *Il est le gardien des libertés, susceptible de faire respecter les clauses du contrat quelles que soient les puissances relatives des parties* »[2138].

En définitive, dans une matière où une place croissante est faite aux volontés individuelles, un contrôle judiciaire renforcé est nécessaire. La nécessité du rôle du juge est notamment fondée sur les garanties qu'il offre.

§ 2 Les garanties offertes par le juge

Dans la loi de 1985, pour le Garde des Sceaux de l'époque, Monsieur Badinter, la « *réhabilitation* »[2139] de la procédure judiciaire est un symbole fort. En effet, les discussions et les confrontations nées de la défaillance d'une entreprise se doivent d'être organisées dans le respect

2133 M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 1128, p. 680.

2134 B. Thullier, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n°1, p. 107, spéc. p. 111.

2135 Un auteur a pu écrire : *«* Là où l'ordre public se retire, la liberté s'accroît et le juge, notamment par l'homologation, prend sa place *»* : M. Mekki, *op. cit.*, LGDJ, 2004, n° 841, p. 491.

2136 M.M Mohamed Salah, *«* Consensus et formes du droit négocié dans la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise *», in Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 133, spéc. p. 137.

2137 *Ibid.*

2138 J.-P. Noury, *La « judiciarisation » de l'économie*, Rapport présenté au Conseil économique et social au nom de la section des finances, 2004, p. 86.

2139 R. Badinter, *«* Les ambitions du législateur *», in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 3, spéc. p. 7.

des « *valeurs judiciaires* »[2140], dont font partie le principe du contradictoire et l'indépendance des différents organes chargés du traitement des difficultés de l'entreprise[2141].

Souvent analysées à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[2142], ces « valeurs judiciaires » permettent de préserver les droits fondamentaux[2143] des personnes intéressées au traitement des difficultés d'une entreprise.

De manière plus générale, pour permettre l'adhésion du plus grand nombre, il faut apporter une sécurité juridique aux parties en donnant un cadre aux négociations et en les faisant bénéficier d'avantages. Ainsi, l'impérieuse nécessité de préservation des droits fondamentaux et de sécurité juridique des participants aux négociations nécessite des garanties judiciaires. De telles garanties sont liées aux qualités du juge **(A)** et aux règles de procédure qu'il respecte et doit faire respecter par son action **(B)**.

A. Les garanties inhérentes aux qualités du juge

Les juges du tribunal de commerce[2144], en charge de la défaillance des débiteurs, tirent leur légitimité à intervenir au sein et après des négociations en raison notamment de leurs qualités, de leur autorité et de leurs compétences en matière juridique et économique. En effet, « *le trouble causé par le débiteur qui cesse ses paiements justifie le recours d'un organisme extérieur au rapport créancier-débiteur, un organisme qui soit compétent (des commerçants), impartial (des magistrats), accepté (des juges élus) et doté d'une autorité suffisante pour assurer la police du crédit* »[2145].

L'indépendance, l'impartialité et la compétence étendue du juge constituent des gages de sécurité certains pour le débiteur et ses créanciers. Il convient de les étudier successivement :

2140 *Ibid.*

2141 *Ibid.*

2142 B. Saintourens, *«* Les droits fondamentaux au regard de la Convention EDH *», in Personne physique et procédures collectives*, séminaire organisé à Toulouse par l'AJDE le 12 oct. 2012, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 55, spéc. p. 55 et 56.

2143 Le terme recouvre une diversité de définitions : V° *Fondamentaux (droits)*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 465. La préservation des droits fondamentaux est notamment assurée par des instruments normatifs nationaux ou internationaux tels la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Déclaration universelle des droits de l'homme, le préambule de la Constitution ou encore par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

2144 Il en est de même des juges du tribunal de grande instance. L'étude se limitera, cependant, aux juges consulaires en raison du nombre plus important d'affaires traitées devant les tribunaux de commerce en matière de traitement des difficultés des entreprises.

2145 P. Le Cannu, J.-M. Lucheux, M. Pitron et J.-P. Sénéchal, *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, GLN Joly éditions, 1994, n° 5, p. 3.

l'impartialité et l'indépendance du juge, en premier lieu **(1)** ; sa compétence étendue, en second lieu **(2)**.

1. Les exigences d'impartialité et d'indépendance

240. Les notions d'impartialité et d'indépendance. L'impartialité est un principe général du droit pour le Conseil d'État[2146], un attribut du droit de l'Homme au procès équitable sur le fondement de l'article 6 de la CESDH et de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et un principe constitutionnel sur le fondement de l'article 64 de la Constitution. Concernant les tribunaux de commerce, l'impartialité émane du principe général d'impartialité des juridictions judiciaires posé à l'article L. 111-5 du Code de l'organisation judiciaire.

L'impartialité n'est définie par aucun texte mais s'entend comme « *l'absence de parti pris*[2147]*, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue* […] »[2148]. En droit des entreprises en difficulté, cette qualité est particulièrement exigée car le juge intervient dans la relation débiteur/créancier. C'est pourquoi, il doit être un tiers désintéressé et arbitrer les différents intérêts en étant « *au-dessus* »[2149] des parties.

L'indépendance est « *la situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions* »[2150]. Autrement dit, elle nécessite une absence de subordination[2151] et garantit un rejet des pressions extérieures, politiques notamment. Bien que les deux notions ne se confondent pas, l'indépendance vient au renfort de l'impartialité dans sa concrétisation, comme une modalité de son exercice[2152]. En droit des entreprises en difficulté, elle implique l'absence de relations particulières entre le juge et le débiteur et les créanciers[2153].

2146 CE, 20 avr 2005, n° 261706, Karsenty.

2147 Du latin in, la « négation » et pars, la « partie ».

2148 V°. *Impartialité,* G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018.

2149 D. Salas, Le tiers pouvoir : vers une autre justice, Fayard, 2012, p. 177.

2150 V°. *Indépendance*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018.

2151 La magistrature dispose d'un statut autonome (Loi organique, ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958), exception faite du Parquet.

2152 J.-M. Varaut, V°. *Indépendance, in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 622.

2153 J.-L. Vallens, « Droits de l'homme et droit des entreprises en difficulté », *in Entreprises en difficulté*, ss la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis 2012, coll. 360°, p. 909, spéc. p. 910.

Si d'autres méthodes que le traitement judiciaire des difficultés des entreprises ont pu être envisagées, de telles qualités justifient, au contraire, le recours au juge dans le cadre d'une défaillance d'entreprise. Ainsi, en raison de l'indépendance et de l'impartialité des juges, le caractère judiciaire de la procédure est une garantie pour le débiteur et les créanciers[2154]. D'ailleurs, un auteur souligne que « *le recours au juge n'est pas imposé par la nature même de la fonction à remplir, mais par le seul souci de l'impartialité et de l'indépendance* »[2155].

Néanmoins, des doutes sont encore fréquemment émis sur l'impartialité et l'indépendance des juges consulaires.

241. La réforme des tribunaux de commerce inaboutie. Depuis quelques décennies, l'exception française des tribunaux de commerce a été remise en cause dans de nombreux rapports[2156]. La question relative à l'indépendance des juges consulaires élus par leurs pairs[2157] n'a en effet pas été véritablement réglée et l'échevinage[2158] revient fréquemment dans le débat. À l'instar de certains pays européens[2159], ce système consiste à composer une juridiction de juges de carrière et de juges non professionnels[2160]. Cette proposition est réapparue en 2013, dans le Rapport *Marshall*[2161], mais n'a toujours pas été retenue.

2154 Y. Guyon, Droit des affaires. Entreprises en difficultés-Redressement judiciaire-Faillite, t. 2, Economica, 9e éd., 2003, n° 1026, p. 30.

2155 G. Wiederkher, *«* Jugement. De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse *»*, Justices, 1996, n° 4, p. 266, spéc. p. 271.

2156 A. Montebourg et F. Colcombet, *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?,* Rapport de la Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée Nationale, n° 1038, Michel Lafon, 1998 ; M. Bernard, C. Babusiaux et C. Pinot (dir.), *La mixité dans les juridictions commerciales*, Rapp. Min. Just. et Éco. 1999 ; P. Girod, sur le projet de loi relatif aux tribunaux de commerce, Rapport fait au nom de la Commission des lois, n° 178, 2002, p. 41 s. ; J.-M. Coulon, *La dépénalisation de la vie des affaires*, La Documentation française, 2008 ; J. Attali, Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, La Documentation française, 2008, spéc. n° 214, p. 167 ; J.-C. Magendie, sur la réforme des tribunaux de commerce, 2013 ; C. Untermaier et M. Bonnot sur le rôle de la justice en matière commerciale, Rapp. information AN n° 1006 du 24 avr. 2013, prop. n° 23, 28 et n°28 bis ; Rapp. du groupe de travail présidé par D. Marshall sur Les juridictions du XXIe siècle, déc. 2013, prop. 10.2, p. 44 et s.

2157 L'élection des juges consulaires est prévue aux articles L. 723-1 et s. du Code de commerce.

2158 Seule l'Alsace-Lorraine conserve le système d'échevinage de l'Empire allemand depuis 1871. Les chambres spécialisées sont présidées par un magistrat de carrière, membre du tribunal de grande instance, assisté de deux juges consulaires élus : C. com., art. L. 731-3.

2159 L'échevinage est notamment appliqué en Autriche et en Allemagne. Pour l'exemple autrichien : v. R. Sedelmayer, *«* L'échevinage et la justice économique : l'exemple autrichien *», in Échevinage et justice économique*, Actes du colloque organisé à Strasbourg le 10 oct. 2008, *RLDA*. sept. 2010, n° 52, p. 86 et s., spéc. p. 103 ; Pour l'exemple allemand : v. G. Hohloch, *«* L'échevinage de la justice commerciale en Allemagne *», in Échevinage et justice économique*, Actes du colloque organisé à Strasbourg le 10 oct. 2008, *RLDA*. sept. 2010, n° 52, p. 86 et s., spéc. p. 104.

2160 V. le dossier *Échevinage et justice économique*, Colloque Strasbourg, 10 oct. 2008, *RLDA*. sept. 2010, n° 52, p. 86 et s.

2161 Proposition 10. 2, Rapp. Marshall, préc., p. 44.

En raison de l'apparition de dysfonctionnements dus à un droit de plus en plus complexe et délicat à mettre en œuvre par les juges consulaires[2162], certains ont vu une « *véritable crise de l'institution* »[2163]. Par ailleurs, la jurisprudence est révélatrice des difficultés liées à l'indépendance et à l'impartialité des juges consulaires. Les actions en lien avec de telles exigences touchent aussi bien le tribunal[2164] que son président[2165], le juge-enquêteur[2166] et le juge-commissaire[2167]. De nombreux écrits relatent également les hypothèses dans lesquelles elles sont mises à mal en pratique[2168].

Toutefois, cette proposition d'échevinage a entraîné une vive opposition des juges consulaires[2169], qui considèrent qu'elle les positionne en tant que « suspects »[2170] et que l'introduction de magistrats professionnels dans la composition des tribunaux de commerce reviendrait à faire d'eux de simples « spectateur*s* »[2171].

Sans aller jusqu'à instituer un magistrat de carrière en tant que président, qui renforcerait le sentiment de méfiance à l'encontre des juges non professionnels, il est possible d'envisager l'introduction d'une mixité au sein des tribunaux de commerce[2172]. Dans cette optique, il s'agirait « *d'allier l'expertise économique à la sécurité juridique* »[2173] en créant une formation de jugement spécialisée, en matière de procédure collective, composée de magistrats professionnels et de juges

2162 A. Montebourg et F. Colcombet, *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, Rapport de la Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée Nationale, Rapport n° 1038, Michel Lafon, 1998, p. 66 à 68.

2163 *Ibid.*, p. 19.

2164 CA. Poitiers, 1ère ch. civ., 31 août 2012, n° 12/01656.

2165 Com. 16 oct. 2012, n° 12-40.061, n° 12-40.062, n° 12-40.063, n° 12-40.064 et n° 12-40.065.

2166 CA. Reims, ch. civ., 1ère sect., 25 oct. 2011, n° 11/02593.

2167 CA. Rennes, 3e ch. com., 2 oct. 2012, n° 11/04965.

2168 V. par exemple : J.-L. Vallens, « Impartialité du tribunal, procédures collectives et droits de la défense », *D.* 2008, p. 972 ; J.-L. Vallens, « Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de "prévention-détection" », *D.* 2010, p. 1723 ; Ph. Roussel Galle, « Loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives », *in Loyauté et impartialité en droit des affaires*, Actes du colloque organisé à Deauville, les 31 mars et 1er avr. 2012, *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, n° 145, p. 78 ; Ch. Delattre, « La justice consulaire face à l'impartialité », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 13.

2169 De nombreux mouvements de grève ont eu lieu à la suite des propositions de réforme des tribunaux de commerce : « Loi Macron : la quasi-totalité des tribunaux de commerce en grève », *Les Echos.fr*, 11 mai 2015 ; O. Dufour, « Juges consulaires : le ton monte », *LPA* 14 juin 1999, n° 117, p. 4.

2170 F. Gentin, « Tribunaux de commerce : le renforcement du parquet, une alternative au projet d'échevinage ? », par O. Dufour, *LPA* 14 fév. 2013, n° 33, p. 4.

2171 J.-B. Drummen, « Nous voulons donner de l'institution consulaire l'image qu'elle mérite », par V. Boccara, *BJE* 01 juill. 2013, p. 209. Pour l'ancien président du tribunal de commerce de Nanterre, « ce système aboutirait à transformer les juges commerciaux en "assesseurs" et plus tard en "spectateurs". Son introduction constituerait ainsi un premier pas vers la suppression de la juridiction commerciale ».

2172 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 562 et s., p. 389 et s.

2173 Proposition 28 bis, Rapp. Untermaier et Bonnot, préc., p. 88.

consulaires[2174]. En promouvant un « *enrichissement réciproque* »[2175], cette composition aurait ainsi la vertu de mêler des praticiens du monde des affaires et des juristes.

Quoi qu'il en soit, la réforme de l'échevinage n'a pas abouti. Cependant, des changements normatifs significatifs allant vers un renforcement des principes d'impartialité et d'indépendance ont été entrepris au cours de ces dernières années.

242. Les principes d'impartialité et d'indépendance dans les décisions du Conseil constitutionnel. L'existence de garanties légales d'indépendance et d'impartialité des membres d'une juridiction constitue une exigence applicable à toutes les juridictions, y compris celles composées de juges non professionnels. Depuis longtemps, le Conseil constitutionnel a jugé que les principes d'indépendance et d'impartialité sont « *indissociables de l'exercice de fonctions judiciaires* »[2176] ou « *juridictionnelles* »[2177]. Ces principes sont donc consubstantiels à la fonction de juger[2178]. Dans une décision en date du 4 mai 2012, il est ainsi venu assoir la légitimité des juges consulaires[2179] en reconnaissant leur impartialité, leur indépendance et la séparation des pouvoirs[2180].

Il convient de rappeler brièvement le contexte. La Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel, le 6 mars 2012, une question prioritaire de constitutionnalité posée par une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, des dispositions des articles L. 722-6 à L. 722-16 et L. 724-1 à L. 724-6 du Code de commerce, relatifs à l'organisation et au fonctionnement du tribunal de commerce et à la discipline des juges du tribunal. La société requérante invoquait notamment comme griefs le défaut d'impartialité et d'indépendance de la justice commerciale. Le Conseil constitutionnel a néanmoins déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution[2181].

2174 Sur un système reposant sur la mixité, v. droit belge : C. judiciaire belge, art. 84 ; P. Troisfontaines, « Le Tribunal de commerce en Belgique : une juridiction exemplaire ? », *Rev. dr. comm.* belge, 2000, n°1, p. 23.

2175 J.-L. Vallens, « Aspects pratiques de l'échevinage », *in* Échevinage et justice économique, *RLDA* 01 sept. 2010, n° 52, p. 100, spéc. p. 101.

2176 Cons. const , déc. n° 92-305 du 21 fév. 1992, cons. 64 (Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

2177 Cons. const , déc. n° 2002-461 du 29 août 2002, cons. 15 (Loi d'orientation et de programmation pour la justice).

2178 R. Colson, *La fonction de juger. Etude historique et positive*, ss. la dir. de L. Cadiet, LGDJ, 2006, n° 2, p. 5.

2179 S. Gorrias, « L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions à l'égard des entreprises en difficulté », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 65, spéc. p. 68.

2180 Cons. const , déc. n° 2012-241 du 4 mai 2012, EURL David Ramirez, QPC : JurisData n° 2012-009005.

2181 Cons. const , déc. n° 2012-241 du 4 mai 2012, cons. 27. Le Conseil constitutionnel a considéré « qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions relatives au mandat des juges des tribunaux de commerce instituent les garanties prohibant qu'un juge d'un tribunal de commerce participe à l'examen d'une affaire dans laquelle il a un intérêt, même

Pour vérifier si le statut de juge consulaire garantissait les principes d'indépendance et d'impartialité, le Conseil a relevé, d'une part l'application aux juges consulaires des dispositions du code de l'organisation judiciaire relatives au renoncement et à la récusation d'un juge et, d'autre part, la faculté pour la cour d'appel, lorsque les intérêts en présence le justifient, de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature compétente en matière commerciale.

243. Le renforcement des principes d'impartialité et d'indépendance. L'appréciation de l'impartialité et de l'indépendance des juges a été renforcée à diverses reprises en droit des entreprises en difficulté. Tout d'abord, l'impartialité de l'autorité judiciaire intéresse particulièrement le juge-commissaire. Ce magistrat établit, en procédure collective et préalablement à la décision du tribunal, un rapport sur la situation de l'entreprise[2182], dans lequel il donne son avis, constituant ainsi une sorte de pré-jugement[2183]. Auparavant, il participait ensuite au stade du jugement, ce qui posait un problème d'impartialité. La France a donc été condamnée par la CEDH dans l'affaire *Le Stum contre France* en 2007[2184]. Désormais, le juge-commissaire ne peut ni siéger dans la formation de jugement, ni participer au délibéré de la procédure dans laquelle il a été désigné[2185].

Ensuite, la question de la saisine d'office du tribunal[2186] a longtemps posé des difficultés en termes d'impartialité. Ce mode de saisine d'office étant assimilé à une justice d'inquisition et, alors

---

indirect ; que l'ensemble de ces dispositions ne portent atteinte ni aux principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions ni à la séparation des pouvoirs *»*.

2182 C. com., art. R. 662-12, al. 1er.

2183 Sur l'impartialité du juge-commissaire : v. not. J.-F. Renucci, *«* Le juge-commissaire et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme *»*, *D.* 1998, p. 128 ; M.-A. Frison-Roche, *«* L'impartialité du juge *»*, *D.* 1999, p. 53, spéc. n° 22 ; M.-L. Niboyet, *«* Les fonctions du juge-commissaire au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme *»*, *D.* 2001, p. 1610 ; Ph. Roussel Galle, *«* Loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives *», in Loyauté et impartialité en droit des affaires*, Actes du colloque organisé à Deauville, les 31 mars et 1er avr. 2012, *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, n° 145, p. 78.

2184 CEDH, 4 oct. 2007, req. n° 17997/02, aff. *Le Stum c/ France* ; *Lexbase Hebdo* 2007, n° 278, note P.-M. Le Corre et E. Le Corre-Broly ; *CDE* 2007, n°5, p. 10, note N. Fricero. Les doutes sur l'impartialité du juge-commissaire avaient déjà été soulevés auparavant, mais rejetés, dans l'affaire *Morel c/ France* : CEDH, 6 juin 2000, req. n° 34130/96, aff. *Morel c/France*, spéc. § 45 ; *D.* 2001, p. 328, chron. C. Goyet, *D.* 2001, p. 1610, note. N. Fricero ; *RTD com.* 2000, p. 1021, note J.-L. Vallens.

2185 Cette règle était prévue avec la loi de sauvegarde de 2005, en termes de sanctions, aux articles L. 651-3, al. 3 et L. 653-7, al. 3 du Code de commerce en matière de sanctions civiles pécuniaires et non pécuniaires. Elle a été généralisée avec l'ordonnance du 12 mars 2014, à l'article L. 662-7 du Code de commerce. Ce dernier a été, par la suite, modifié par la loi du 18 nov. 2016. Ainsi, ne peuvent plus siéger dans les formations de jugement ni participer au délibéré de la procédure, le président du tribunal, s'il a connu du débiteur ; le juge commis chargé de recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise, pour les procédures dans lesquelles il a été désigné ; le juge-commissaire ou, s'il en a été désigné un, son suppléant, pour les procédures dans lesquelles il a été désigné ; le juge commis chargé de recueillir tous renseignements sur la situation patrimoniale du débiteur, pour les procédures de rétablissement professionnel dans lesquelles il a été désigné.

2186 C.com., art. L. 631-5, anc. (redressement judiciaire) et art. L. 640-5, anc. (liquidation judiciaire).

même que cette mission incombe au ministère public, une confusion apparaissait entre l'acte de poursuite (citer le débiteur) et l'acte de juger (ouvrir la procédure)[2187]. La saisine d'office entraîne un soupçon sur le fait que le juge a au préalable une opinion préconçue. Dès lors, la neutralité attendue du juge conduit à interdire au même juge d'initier la procédure et de statuer sur le fond[2188]. C'est dans ce contexte que le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution, la saisine d'office en vue de l'ouverture d'un redressement judiciaire[2189].

Or, après cette décision, il demeurait des hypothèses de saisine d'office[2190]. Par exemple, en cas d'échec de la conciliation, en vertu de l'article L. 631-4, alinéa 2 du Code de commerce, lorsqu'il ressortait du rapport du conciliateur que le débiteur était en cessation des paiements, le tribunal pouvait se saisir d'office afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. De manière semblable, le tribunal pouvait ouvrir une procédure de liquidation judiciaire sur le fondement de l'article L. 640-4, alinéa 2 du Code de commerce. L'ordonnance du 12 mars 2014 a supprimé de telles possibilités[2191].

Du fait de la suppression de la saisine d'office, l'ordonnance de 2014 a créé deux nouveaux articles L. 631-3-1 et L. 640-3-1 du Code de commerce. Ils énoncent que s'il est porté à la connaissance du président du tribunal des éléments faisant apparaître que les conditions d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire sont remplies, ce dernier en informe le ministère public par une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal. Pour garantir l'impartialité, les textes prévoient que le président ne pourra pas siéger, à peine de nullité du jugement, dans la formation de jugement, ni participer aux délibérés, si le ministère public demande l'ouverture de la procédure.

L'article L. 640-5 du Code de commerce qui prévoyait la saisine d'office du tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, en l'absence de procédure de conciliation

---

2187 J.-L. Vallens, « Droits de l'homme et droit des entreprises en difficulté », *in Entreprises en difficulté*, ss la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis 2012, coll. 360°, p. 909, spéc. p. 911.

2188 N. Fricero, « Redressement judiciaire : l'exigence d'impartialité interdit la saisine d'office, Cons. const. Déc. n° 2012-286 QPC 7 déc. 2012 », *JCP E* 2013, n° 4, 1048, p. 22, spéc. p. 23.

2189 Cons. const , déc. n° 2012-286 du 7 déc. 2012, *Sté Pyrénées services et a.*, préc. ; *JCP E* 2013, n° 4, 1048, p. 22, note N. Fricero ; B. Saintourens, « La déclaration d'inconstitutionnalité de l'ouverture du redressement judiciaire par saisine d'office du tribunal », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 10. ; J.-L. Vallens, « La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal », *D.* 2013, p. 338.

2190 Pour un tableau complet des modifications opérées en matière de saisine d'office : v. Ch. Laporte, « Que reste-t-il de la saisine d'office ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, p. 2 et 3.

2191 Il en a été de même en cas de décès du débiteur avant l'ouverture d'une procédure collective : C.com., art. L. 631-3, al. 2 et art. L. 640-3, al. 2.

en cours, a également été modifié. Après la déclaration d'inconstitutionnalité de la saisine d'office par le Conseil constitutionnel, le 7 mars 2014[2192], l'ordonnance est venue la supprimer dudit article[2193]. Si de telles modifications du droit positif améliorent indéniablement le statut des juges, il demeure une ambiguïté quant au rôle du président du tribunal. En effet, celle-ci tient au fait qu'il peut à la fois convoquer les chefs d'entreprise dans un but préventif et traiter ultérieurement de leurs difficultés[2194].

Enfin, à la suite d'une proposition issue du Rapport *Marshall*[2195], la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle[2196] a créé un article L. 722-17 du Code de commerce[2197] rendant obligatoire la formation des juges des tribunaux de commerce. Bien qu'il faille attendre la publication du contenu des conditions de la formation, cet ajout atténue toutefois les critiques émises à l'encontre des juges consulaires.

L'indépendance et l'impartialité des juges en charge du traitement des difficultés des entreprises sont des garanties fondamentales -aujourd'hui renforcées dans les textes- assurant au débiteur et à ses créanciers une sécurité juridique importante. C'est ce qui révèle les limites du traitement privé et contractuel des difficultés d'une entreprise et appelle à recourir à l'autorité judiciaire. Il en est de même de sa compétence élargie.

2. Une compétence étendue des juges

244. Un champ de compétences large des juges consulaires. Il est depuis longtemps admis que le juge, dans le traitement des difficultés d'une entreprise, sort de son rôle traditionnel en se situant entre le droit et l'économie[2198]. Il ne statue pas « *par référence à un monde juridique clos et étanche ; il doit prendre sa décision par rapport à des concepts flous et s'ouvrant à d'autres disciplines (psychologie, sociologie,*

2192 Cons. const , déc. n° 2013-368 du 7 mars 2014, QPC : JurisData n° 2014-004122, JO 9 mars 2014, p. 5034.

2193 Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, art. 60.

2194 J.-L. Vallens, « Droits de l'homme et droit des entreprises en difficulté », *in Entreprises en difficulté*, ss la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis 2012, coll. 360°, p. 909, n° 2092, spéc. p. 910.

2195 Proposition 10. 5, Rapp. Marshall, préc., p. 44.

2196 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, préc., art. 95.

2197 C. com., art. L. 722-17 (applicable au 1er novembre 2018) : « Les juges des tribunaux de commerce sont tenus de suivre une formation initiale et une formation continue organisées dans des conditions fixées par décret.

Tout juge d'un tribunal de commerce qui n'a pas satisfait à l'obligation de formation initiale dans un délai fixé par décret est réputé démissionnaire ».

2198 V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 176.

économie, gestion des entreprises) »[2199]. Le juge est donc inéluctablement influencé par l'environnement économique dans lequel évolue une entreprise et ne peut ignorer les préoccupations de politique générale[2200]. Ainsi, lorsque le tribunal arrête un plan de sauvegarde ou de redressement, il est possible qu'il étudie un secteur de l'économie pour rendre sa décision. De même, le juge consulaire apporte sa culture d'entreprise, adaptée aux solutions économiques et sociales qu'il doit prendre[2201]. Il sait apprécier les difficultés d'une entreprise et la probabilité de disparition de celle-ci[2202]. Le juge est, à cet égard, parfois assimilé à un économiste lorsqu'il applique les textes au vu des circonstances[2203]. Il maîtrise en effet « *les instruments nécessaires à la réalisation d'une science juridique de l'économique* »[2204].

En dépit des critiques dont ils font l'objet, les connaissances techniques et pratiques des juges consulaires légitiment donc l'exception française des tribunaux de commerce[2205]. En 1998, dans le rapport de la Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée Nationale, il pouvait être lu : « *l'expérience des juges consulaires […] est en mesure de contribuer à résoudre de nombreux problèmes qui se posent aux entreprises en difficulté, en amont de toute procédure judiciaire. Par ailleurs, la proximité sociologique des différents acteurs de ce type d'opérations facilite les contacts et la recherche de solutions adéquates* »[2206].

Plus encore, les juges facilitent les négociations grâce à leur autorité due à leur fonction.

245. L'autorité morale des juges facilitant les négociations. Les juges consulaires sont des hommes et des femmes d'entreprise qui sont les mieux à même de comprendre un débiteur en difficulté. « *Parler le même langage* »[2207] facilite nécessairement la compréhension et la confiance. Ainsi,

---

2199 L. Boy, *«* Les formes du traitement juridictionnel du contentieux économique *», in Changement social et droit négocié*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 27, spéc. p. 33.

2200 G. Canivet, *«* La formation du juge à l'économie *», in Le juge de l'économie*, Actes du colloque organisé à La Baule les 8 et 9 juin 2002, *RJ. com.* 2002, n° spéc., n° 11, p. 63, spéc. p. 64.

2201 P.-M. Delesalle, *«* La fonction arbitrale du juge-commissaire *»*, *Rev. proc. coll.* 1986, n°1, p. 59, spéc. p. 73.

2202 A.-M. Romani, *«* Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises *», in Procédures collectives et droit des affaires*, Mél. A. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 173, spéc. p. 175.

2203 M. Rouger, *«* Difficultés économiques et intervention judiciaire *», in Procédures collectives et droit des affaires*, Mél. A. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 188.

2204 Y. Chaput, *«* Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (De la *«* chronojuridicité *»*) *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. Tricot, Dalloz, 2011, p. 411, spéc. p. 422 : *«* Cette recherche de coïncidence harmonieuse de la norme et du conjoncturel repose sur nos juridictions économiques *».*

2205 D. Voinot, « Quelles compétences pour les tribunaux de commerce en matière de procédures collectives ? », Table ronde, *Procédures* avril 2011, n° 4, p. 20.

2206 A. Montebourg et F. Colcombet, *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, Rapport de la Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée Nationale, Rapport n° 1038, Michel Lafon, 1998, p. 33.

2207 Y. Lelièvre, *«* Construire des ponts pour demain *»*, *Les Annonces de la Seine*, 24 janv. 2014, n° 6, p. 20, spéc. p. 22.

la connaissance de l'entreprise et la proximité du juge avec le monde économique assurent la confiance attendue par le débiteur et ses partenaires.

De plus, la fonction de juger n'est pas seulement de trancher un litige par voie d'autorité en disant le droit, le juge tente également de concilier les parties[2208]. Il détient, à l'instar d'un conciliateur, un pouvoir dissuasif et un pouvoir persuasif, véritables avantages dans un processus négocié[2209]. En effet, porteur d'autorité, le juge incite les parties à négocier de façon loyale. Selon l'ancien Président Frank Gentin, le pouvoir de négociation est une qualité intrinsèque du juge puisque « *la négociation est en phase avec l'ADN du juge du commerce qui est un chef d'entreprise qui négocie, par principe, avec tous ses interlocuteurs* »[2210]. Surtout, sa compétence se justifie notamment par son autorité morale sur les chefs d'entreprise[2211]. Dans cette optique, le juge consulaire suggère sans s'imposer et tente de rétablir le dialogue[2212].

En somme, l'ancrage des juges consulaires dans la vie économique et le climat de confiance qui peut en découler atténuent les critiques émises à leur encontre. Au demeurant, un dialogue est instauré entre les juges de carrière et les juges non professionnels afin de dépasser certaines difficultés rencontrées.

246. Le dialogue entre les juges de carrière et les juges non professionnels. Les juges professionnels du tribunal de grande instance, intervenant dans un nombre de situations plus limité, ne sont pas pour autant éloignés des réalités économiques.

En pratique, il est fréquemment avancé que les juges consulaires du tribunal de commerce entretiennent des liens étroits avec les juges professionnels du tribunal de grande instance[2213]. Une telle coopération est une nécessité puisqu'il est indispensable que les juges partagent leur savoir-faire : la connaissance du milieu des affaires pour les uns, le savoir juridique pour les autres. Il est donc heureux que ce dialogue se poursuive, voire se renforce.

2208 J. Normand, *«* Conclusions *», in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 139, spéc. p. 143.

2209 V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 146 et s.

2210 F. Gentin, *«* Encadrer les entreprises *»*, *Les Annonces de la Seine*, 24 janv. 2014, n° 6, p. 2, spéc. p. 4.

2211 Sur l'autorité morale des juges consulaires : v. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 63, p. 52.

2212 F. Gentin, *«* Encadrer les entreprises *»*, *Les Annonces de la Seine*, 24 janv. 2014, n° 6, p. 2, spéc. p. 4.

2213 J.-B. Drummen, *«* L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions à l'égard des entreprises en difficulté *»*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 65, spéc. p. 69.

En outre, en cas de difficultés, le juge peut être éclairé par des instances techniques dans des matières dans lesquelles il n'est pas compétent[2214].

En définitive, la fonction de juger débouche sur un acte d'autorité, garantit par l'indépendance, l'objectivité et la confiance[2215]. D'autres garanties, procédurales cette fois, sont nécessaires pour faire respecter les droits fondamentaux des parties et le processus négocié.

B. Les garanties inhérentes à l'action du juge

Dans le règlement des litiges, les modes de solution amiables nécessitent le respect des droits fondamentaux des parties, ce que l'on nomme droit de la défense dans les solutions judiciaires[2216]. Les procédures régies par le droit des entreprises en difficulté n'y dérogent pas. Les procédures amiables et collectives s'insèrent comme n'importe quelle procédure dans l'organisation judiciaire régie par des principes liminaires garantissant, entre autres, la gratuité du service de la justice ou les délais raisonnables[2217]. Cependant, la protection des différents intérêts affectés par la défaillance de l'entreprise, requiert une adaptation sensible des règles classiques de la procédure civile[2218]. Le législateur a donc élaboré une « *réglementation procédurale atypique* »[2219], dont le particularisme est justifié par la finalité de la matière. Bien que dérogatoire au droit commun processuel, cette réglementation assure la protection des participants au traitement de la défaillance de l'entreprise.

2214 S. Neuville, *Le plan en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 1998, n° 127, p. 127.

2215 R. Perrot, *«* Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français *», in La crise du juge*, ss la dir. J. Lenoble, LGDJ, 1990, p. 31, spéc. p. 42.

2216 L. Cadiet, *«* Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation *», in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 123, spéc. p. 125.

2217 COJ., art. L. 111-1 à L. 111-12.

2218 P. Cagnoli, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 516, p. 425.

2219 J.-L. Vallens, *«* Procédure civile et procédures collectives : les faux-amis *», in* Mél. A. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 245.

Loin de dresser la liste exhaustive de ces droits[2220], il est envisagé de s'intéresser, d'une part, à la protection par le juge des droits fondamentaux en matière processuelle[2221] **(1)** et, d'autre part, à celle du processus négocié, s'étendant du déroulement des négociations à leur résultat **(2)**.

1. La protection des garanties procédurales

247. Le rapprochement avec le droit judiciaire privé. Le premier droit du justiciable est l'accès au juge. Ce droit signifie que tout justiciable doit bénéficier des protections et garanties judiciaires par l'accès à un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi[2222]. En outre, le rôle du juge sur les négociations en droit des entreprises en difficulté peut être rapproché de celui existant en droit judiciaire privé concernant les procédures de conciliation et de médiation judiciaires. Selon Madame Joly-Hurard, le « juge-conciliateur » se concentre davantage sur la procédure de règlement amiable que sur son résultat car seule l'équité de la procédure peut assurer l'équité de l'accord en résultant[2223]. Ainsi, le juge contrôle le respect de la procédure menant à l'accord conformément aux principes directeurs qui l'encadrent[2224].

Le contrôle judiciaire dans le traitement des difficultés d'une entreprise assure également le respect des garanties fondamentales d'une bonne justice. Une procédure amiable ou collective, dans laquelle se déroule des négociations entre le débiteur et ses créanciers, a en effet pour finalité d'optimiser et de traiter des relations économiques et sociales compromises dans le respect des exigences fondamentales d'un État de droit[2225], afin notamment de protéger les droits de la défense[2226]. Parmi ces exigences, le juge veille, entre autres, au respect des délais, à celui du principe du contradictoire et à la véracité des informations transmises.

2220 Pour une analyse plus complète des droits fondamentaux de la personne en droit des entreprises en difficulté : v. B. Saintourens, *«* Convention européenne des droits de l'homme et droit des procédures collectives *»*, *Dr. et patr.* juill.-août 2010, n° 194, p. 80 ; J.-L. Vallens, *«* Droits de l'homme et droit des entreprises en difficulté *», in Entreprises en difficulté*, ss la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis 2012, coll. 360°, p. 909.

2221 L'atteinte aux droits personnels, tel le droit au respect de la vie privée du débiteur, est exclue de notre champ d'étude.

2222 Sur ces principes et le droit des entreprises en difficulté : J.-L. Vallens, *op. cit.*, LexisNexis 2012, coll. 360°, p. 909.

2223 J. Joly-Hurard, Conciliation et médiation judiciaires, préf. S. Guinchard, PUAM, 2003, n° 700, p. 443.

2224 *Ibid.*

2225 Y. Chaput, *«* Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (De la *«* chronojuridicité *»*) *», in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. Tricot, Dalloz, 2011, p. 411, spéc. p. 413.

2226 *Ibid.*, p. 411, spéc. p. 417.

248. Le respect des délais de procédure. La protection des droits de la défense, aussi bien en procédure amiable que collective, est assurée par le respect de délais raisonnables. Aussi, l'une des idées forces est l'encadrement temporel par les textes des différentes procédures, à l'exclusion du mandat *ad hoc*, lequel est un procédé purement amiable non minuté. En effet, le législateur a encadré les procédures par diverses dispositions imposant des délais précis. Ainsi, une procédure de conciliation ne peut excéder cinq mois[2227] ; des délais sont imposés à la période d'observation en procédure collective[2228] ; et le tribunal doit fixer l'affaire en vue de sa clôture à une date déterminée[2229].

En raison de l'atteinte portée aux droits du débiteur (lequel est dessaisi dans certaines procédures) et aux droits des créanciers (lesquels sont privés de leur droit de poursuites) par l'ouverture d'une procédure collective, cette dernière ne doit pas être trop longue. À défaut, la Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas à sanctionner la France sur le fondement de l'article 6 § 1 de la CESDH au motif que la procédure collective, jugée excessivement longue, n'est pas conforme au principe d'un procès équitable[2230].

Le juge est donc le principal garant du respect des délais imposés par le législateur. À cet égard, certaines juridictions mettent en place des « chartes de qualité » qui permettent, par des pratiques loyales de bonne gouvernance judiciaire, de respecter à la lettre les délais[2231].

À côté des délais réduits, le juge doit s'assurer que l'information transmise par les participants aux négociations est exacte.

249. Le contrôle judiciaire de l'information reçue. Outre les avantages du temps procédural, l'entreprise en difficulté et ses partenaires seront mieux protégés que hors cadre judiciaire par l'information reçue. En effet, il ne fait pas de doute que le contrôle judiciaire sur la communication des informations entre les parties est également une garantie des droits de la défense.

Le principal contrôle est celui de la véracité de la situation du débiteur. La transparence sur l'état des difficultés de l'entreprise est en effet essentielle pour garantir aux créanciers une sécurité

2227 C.com., art. L. 611-6, al. 2.

2228 C.com., art. L. 621-3. Le tribunal peut prolonger ces délais par décision motivée.

2229 C.com., art. L. 641-1.

2230 Pour une procédure supérieure à dix ans : CEDH 17 janv. 2002, n° 41476/98, *RJ com.* 2002, n° 6, p. 272, obs. J.-P. Sortais. Pour une procédure supérieure à vingt ans : CEDH, 22 sept. 2011, n° 60983/09, aff. *Tétu c/ France* ; *Rev. proc. coll.* 2012, n° 1, p. 16, obs. B. Saintourens et Ph. Duprat.

2231 Y. Chaput, *op. cit.*, Dalloz, 2011, p. 411, spéc. p. 419.

suffisante et permettre de les mettre en confiance. La transparence est une condition nécessaire pour le maintien ou l'octroi de concours bancaires, de délais ou de remises de la part des créanciers.

En procédure collective, l'information sur la situation du débiteur est assurée par la procédure de déclaration et de vérification des créances[2232], contrôlée par un mandataire judiciaire spécialisé et, subsidiairement, par le juge-commissaire. Le mandataire judiciaire et les contrôleurs permettent également aux créanciers d'avoir une vision globale et réelle sur la situation de l'entreprise.

Alors que les procédures amiables sont fondamentalement contractuelles, l'intervention du président du tribunal et du tiers conciliateur permet la connaissance de la situation du débiteur. En effet, à l'instar du tribunal et du juge-commissaire en procédure collective, le président du tribunal a le pouvoir d'exercer ses pouvoirs d'investigation après l'ouverture de la conciliation. L'accroissement de tels pouvoirs d'investigation au fil des réformes[2233] permet de lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur et d'offrir ainsi une sécurité juridique suscitant la participation des créanciers au traitement des difficultés[2234].

Il reste que le mandat *ad hoc* n'échappe pas à cette protection car le président du tribunal a pu user en amont de son pouvoir d'alerte, et détenir par ce biais, des informations précises sur la situation du débiteur[2235].

Autrement dit, corroborée par les informations détenues par les mandataires *ad hoc*, les conciliateurs et les organes présents en procédure collective, l'information des juges permet de sécuriser le traitement négocié des difficultés d'une entreprise.

Par ailleurs, le renforcement de l'assise contractuelle dans le traitement des difficultés n'est pas exclusif du respect de certains principes directeurs du procès, comme le principe du contradictoire.

2232 C. com., art. L. 622-24 et L. 622-25.

2233 V. *Supra*, Chap. I, Titre II, Partie I, n° 148.

2234 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, Thèse Lyon III, LGDJ, 2013, n° 232, p. 145.

2235 *Ibid.*, n° 233, p. 146.

250. Le respect du principe du contradictoire. Si « *l'impartialité est une qualité du juge, le contradictoire est une qualité de la procédure* »[2236]. Le principe du contradictoire est un principe fondamental de procédure, fréquemment rappelé par la Cour de cassation en droit du surendettement[2237] et dans le cadre des procédures collectives[2238]. Si la jurisprudence concerne les procédures collectives, ce n'est pas pour autant qu'il ne s'impose pas dans le règlement à l'amiable des difficultés d'une entreprise. Aussi, ce constat est-il fait depuis longtemps dans les modes de règlement amiable des litiges, notamment au sein de la conciliation et de la médiation judiciaires[2239]. En effet, le respect du contradictoire est l'un des droits de la défense existant dans toute procédure juridictionnelle. Or le traitement amiable des difficultés d'une entreprise se réalise dans le cadre judiciaire. Le principe du contradictoire s'applique donc même dans les procédures amiables. Par exemple, dans le cadre d'une conciliation, le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil entre autres le débiteur et les créanciers, parties à l'accord[2240].

En définitive, le respect des droits fondamentaux est assuré par la présence du juge. Grâce aux différents pouvoirs qui lui sont octroyés, celui-ci sécurise également le processus négocié, et partant, les parties à l'accord.

2. La protection du processus négocié

Le juge est indispensable dans le processus négocié permettant de traiter les difficultés d'une entreprise car il protège le déroulement des négociations afin d'éviter les comportements frauduleux et veille au respect de tous les intérêts contradictoires **(a)**. Il l'est également pour assurer l'effectivité du produit des négociations **(b)**.

2236 N. Fricero, « Redressement judiciaire : l'exigence d'impartialité interdit la saisine d'office, Cons. const. Déc. n° 2012-286 QPC 7 déc. 2012 », *JCP E* 2013, n° 4, 1048, p. 22, spéc. p. 24.

2237 À titre d'illustration : le juge de l'exécution, remplacé par le juge d'instance, doit vérifier que les parties se sont mutuellement communiqué leurs observations écrites : Civ. 1ère, 6 juin 2001, n° 00-04.115 ; Pour des arrêts plus récents qui imposent au juge de faire respecter le principe du contradictoire : Civ. 2e, 6 déc. 2012, n° 11-20.193, Civ. 2e, 10 janv. 2013, n° 11-21.230. Pour une analyse de la jurisprudence sur le principe du contradictoire et le droit du surendettement : v. S. Gjidara-Decaix, « Respect du principe du contradictoire – Relevé d'office d'une fin de non-recevoir », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, p. 34 et 35.

2238 Com. 16 juin 2009, n° 08-13.565, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 2, p. 28, obs. B. Rolland. L'apport de cet arrêt est de décider que la violation du principe du contradictoire peut constituer un excès de pouvoir justifiant un appel-nullité. En l'espèce, le juge avait statué en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé.

2239 L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 123, spéc. p. 125 et p. 141.

2240 C. com., art. L. 611-9.

a) La protection du déroulement des négociations

251. La protection des différents intérêts. Face au dirigisme judiciaire dénoncé sous l'empire de la loi de 1985[2241], un auteur a pu s'interroger sur les raisons d'un tel retour au juge et non à l'administration[2242]. Il a alors apporté une réponse sans détours : « *l'enceinte judiciaire est apparue comme un lieu convenable pour la conciliation sinon la réduction des intérêts antagonistes qui s'affrontent dans l'entreprise en difficulté* »[2243]. C'est ainsi que le législateur a confié au juge la tâche de peser les intérêts en présence et de veiller à un équilibre des sacrifices[2244]. C'est pourquoi l'essentiel est la protection des différents intérêts par un tiers impartial et indépendant, neutre et désintéressé.

En d'autres termes, l'intervention du juge dans le traitement des difficultés des entreprises s'explique par la nécessaire protection des divers intérêts en présence et par l'existence de tensions probables entre les différents acteurs à canaliser[2245].

Le juge est, aussi, présent aux fins de protéger les intérêts qui ne s'expriment pas dans l'accord car il est susceptible d'avoir des conséquences considérables sur l'environnement économique et social de l'entreprise. Partant, la protection judiciaire est large car elle dépasse le seul intérêt des cocontractants, pour préserver d'autres intérêts comme ceux des créanciers non-signataires et des autres tiers[2246]. En effet, « *du fait qu'il s'agit d'une procédure, tous les intérêts affectés par la défaillance d'une entreprise peuvent, et dorénavant doivent, pouvoir trouver au moins une expression* »[2247]. La procédure judiciaire permet ainsi de laisser s'exprimer tous les intérêts.

2241 V. *Supra* n° 222 et s.

2242 A. Pirovano, *«* La caractère négocié du plan judiciaire de redressement de l'entreprise (loi du 25 janvier 1985)*, in Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 81, spéc. p. 105. L'auteur prend notamment comme point de comparaison l'application des standards du droit de la concurrence.

2243 *Ibid.*, p. 81, spéc. p. 106.

2244 A. Lyon-Caen, *«* Impressions *», in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 183, spéc. p. 188.

2245 D. Voinot, *Procédures collectives*, LGDJ Lextenso éditions, 2e éd., 2013, n° 43, p. 24.

2246 A. Pélissier, *«* Les possibilités et les perspectives d'extension de la technique de l'homologation *», in L'homologation*, Sixièmes rencontres juridiques de l'Université Lumière Lyon, 2002.

2247 A. Lyon-Caen, *«* Les orientations générales de la réforme *», in Le nouveau droit des entreprises en difficulté (Lois du 25 janvier 1985 et décrets d'application)*, Actes du colloque organisé par l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, les 6, 7 et 8 février 1986, Ann. Université des sciences sociales de Toulouse, 1986, t. 34, p. 11, spéc. p. 18.

En somme, le juge assure la protection des intérêts antagonistes au sein des négociations et ceux qui n'y sont pas. Il s'assure également du bon déroulement et de l'issue des négociations.

252. Le contrôle des comportements déloyaux. Encadrer les négociations avec une procédure et des règles spécifiques[2248] est nécessaire afin d'éviter les comportements déloyaux et les déséquilibres significatifs. Ce constat est réel dans toutes les procédures offertes à un débiteur en difficulté dès lors que s'entremêlent des intérêts particuliers qui « *peuvent faire succomber à la tentation de la déloyauté, de l'arrangement, de la collusion, de la spoliation, voire de la plus achevée des malhonnêtetés* »[2249].

Une telle sécurité est avant tout nécessaire dans le traitement négocié des difficultés. En effet, reposant sur une intervention souple et non formaliste et permettant aux relations de confiance de s'instaurer, ce traitement fait la part belle à la morale et à la déontologie[2250]. La recherche d'un accord dans une situation aussi délicate que celle du traitement des difficultés d'une entreprise ne fait évidemment pas obstacle à l'immoralité et à la fraude[2251].

En privilégiant la technique négociée, on favorise le dialogue et on diversifie les centres de décision. On fait ainsi émerger les différentes volontés individuelles au travers d'accords bipartites ou collectifs[2252]. Cependant, la négociation exige la mise en œuvre d'un contrôle afin de ne pas devenir un instrument d'assujettissements des faibles par les forts[2253]. Le juge apparaît donc comme un garde-fou indispensable contre les risques d'approximation et d'arbitraire que qu'elle peut engendrer. D'autant plus que les comportements privés sont parfois guidés par un « *opportunisme économique de court terme* »[2254].

Afin de sécuriser les négociations, le juge garantit donc leur déroulement loyal. Cela passe, par exemple, par la communication de données précises et correctes sur la situation du débiteur.

2248 V. Pour une analyse complète des règles procédurales dans le droit des entreprises en difficulté : P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002.

2249 H.-J. Nougein, *«* Le juge de la prévention *», in Le juge de l'économie*, Actes du colloque organisé à La Baule les 8 et 9 juin 2002, *RJ. com.* 2002, n° spéc., n° 11, p. 30, spéc. p. 33.

2250 G. Teboul, *«* Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises *», in Le devoir de loyauté en droit des affaires*, Actes du colloque organisé à la Maison du Barreau de Paris le 28 oct. 1999, *Gaz. Pal.* 05 déc. 2000, n° 340, p. 71.

2251 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 305, p. 178.

2252 Les accords de conciliation et les projets de plan de sauvegarde ou de redressement sont des exemples significatifs de l'émergence des volontés individuelles.

2253 En ce sens s'agissant de la contractualisation du droit de l'entreprise : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 1134, p. 690.

2254 A. Jacquemin et B. Remiche, *«* Le pouvoir judiciaire entre l'opportunité et la légalité *», in Les magistratures économiques et la crise*, coll. CRISP, ss la dir. de A. Jacquemin et B. Remiche, Publ. CRISP, Bruxelles, 1984, p. 11.

Le contrôle du respect de cette exigence de bonne foi s'opère, entre autres, dans le cadre de la conciliation au travers des prérogatives d'investigation détenues par le président du tribunal[2255]. Le rôle du juge peut, d'ailleurs, aller plus loin lorsqu'il facilite les négociations.

253. La facilitation des négociations. En défendant une alternative au traitement exclusivement judiciaire des difficultés d'une entreprise, Monsieur Eran Chvika considère que le tribunal n'est pas un « lieu des négociations »[2256]. Il nous semble, au contraire, être le lieu privilégié des négociations.

En réalité, le juge ne joue pas, à la différence d'un médiateur ou d'un conciliateur, le rôle de chef d'orchestre des négociations. Néanmoins, sans les gérer, il les facilite et « *atténue les fausses notes* »[2257] émises par les parties. Ne se limitant pas à l'enregistrement de l'accord, le juge est un véritable acteur des négociations[2258].

Autrement dit, il est une « autorité de bon secours », présent pour lever les obstacles ou pour aplanir les difficultés[2259]. Dans une telle hypothèse, le juge intervient pour favoriser l'accord en ordonnant des mesures d'instruction de nature à éclairer le conciliateur ou en octroyant des délais. Dans cette optique, si le conciliateur demeure le chef d'orchestre des négociations, le juge apparaît comme son « auxiliaire »[2260] afin que le sauvetage du débiteur ait des chances de s'amorcer.

De là, nous rejoignons donc aisément l'idée selon laquelle la procédure judiciaire est un « *instrument de perfection du produit des négociations* »[2261]. Le législateur use ainsi de la procédure judiciaire comme « levier » pour mieux servir l'accord trouvé entre le débiteur et ses créanciers[2262].

De plus, la procédure judiciaire permet une sécurisation de l'accord trouvé à l'issue des négociations.

2255 C. com., art. L. 611-6, al. 5 et art. R. 611-24.

2256 E. Chvika, *«* Le "prepackaged bankruptcy" : alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives *»*, *Rev. droit aff. Univ. Panthéon-Assas*, 2004, n° 2, p. 29, spéc. p. 51.

2257 A. Pirovano, *op. cit.*, Economica, 1988, p. 81, spéc. p. 108.

2258 A. Jacquemin et B. Remiche, *Les magistratures économiques et la crise*, Coll. Crisp, Bruxelles, 1984, p.28 ; v. *Supra.* Chap. II, Titre II, Partie I.

2259 J. Normand, *«* Conclusions *», in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 139, spéc. p. 144.

2260 L. Cadiet, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p. 73.

2261 A.-F. Zattara-Gros, *art. cit.*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 623, spéc. p. 630.

2262 *Ibid.*, p. 623, spéc. p. 632.

b) La sécurisation du produit des négociations

254. La force contraignante de l'accord. Pouvant être remis en cause aisément, le produit des négociations est fragile, il convient par conséquent de le sécuriser. Dès lors, l'intervention judiciaire renforce les effets de l'accord en donnant une force à l'acte en procédure amiable et collective[2263]. Le contrôle judiciaire sur les accords garantit de ce fait l'effectivité des effets voulus par les parties[2264]. En procédure collective, l'action du juge sur le plan a des effets importants puisque le jugement l'arrêtant est revêtu de l'autorité de la chose jugée, rendant ses dispositions opposables à tous[2265].

L'exemple de la conciliation est, néanmoins, également topique de la nécessité d'une intervention du juge. En effet, la judiciarisation du règlement amiable, puis de la conciliation, a permis que la procédure, par nature amiable, puise « *des forces nouvelles susceptibles de la promouvoir* »[2266]. Le législateur de 2005 a d'ailleurs souhaité accroître la sécurité juridique des accords de conciliation[2267]. Désormais, les accords ne pourront pas être remis en cause sur le fondement des nullités de la période suspecte puisque la date de la cessation des paiements ne pourra pas être fixée à une date antérieure au jugement de l'homologation, dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire[2268]. Auparavant, la procédure de règlement amiable était une source d'insécurité juridique car la Cour de cassation avait décidé que « *ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, ni l'ordonnance homologuant l'accord n'ont autorité de chose jugée quant à la date de cessation des paiements* »[2269]. Lors d'une procédure collective subséquente, le tribunal pouvait ainsi fixer la date avant ou pendant le règlement amiable. En sécurisant l'accord de

2263 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 60 et s.

2264 M. Jeantin, *«* Le plan de redressement *», in* Actes du colloque organisé par l'Université des Sciences sociales de Toulouse les 6, 7 et 8 fév. 1986, Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1986, p. 255 ; J. Patin, *art. cit.*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 255, spéc. p. 259 et s.

2265 C. com., art. L. 626-11, al.1er.

2266 J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Grossi, L. Merland et N. Vignal, *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 30e éd., 2018, n° 1016, préc.

2267 Rapp. Sénat 11 mai 2005, n° 335, t. 1, p. 54, J.-J. Hyest. Le rapport annonce *«* la sécurisation des actes intervenus au cours de la procédure amiable *»* avec notamment un article 21 prévoyant que *«* les prises de garantie ou les paiements intervenus dans le cadre d'un accord homologué ne puissent être déclarés nuls au titre du régime des nullités de la période suspecte *»*.

2268 C. Com., art. L. 631-8 et L. 641-1 IV.

2269 Com. 14 mai 2002, n° 98-22.446, *D.* 2002, AJ, p. 1837, obs. A. Lienhard ; *D.* 2003, jurisp., p. 615, note V. Martineau-Bourgninaud ; *RJ com.* 2002, p. 412, note M. Armand-Prévost ; *RTD com.* 2002, p. 532, obs. F. Macorig-Venier.

conciliation, cette évolution législative sécurise les engagements consentis par les créanciers[2270]. Il en est de même des avantages octroyés aux créanciers méritants.

255. L'absence de privilège occulte. De même, sous le régime du règlement amiable, les créanciers apportant leur concours n'étaient pas avantagés par rapport à ceux qui s'abstenaient. En ne bénéficiant d'aucun avantage, ces créanciers n'étaient pas encouragés à aider les entreprises en difficulté encore *in bonis*[2271]. Pour mettre fin au paradoxe tenant à ce qu'il soit moins risqué pour un créancier de faire crédit à une entreprise placée sous procédure collective, le législateur a institué un privilège aux apporteurs d'argent frais en conciliation[2272], afin de les faire bénéficier d'un rang très favorable en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective. Ces concours sont consentis dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué. L'intervention du juge et la publicité faite à son jugement s'expliquent, une fois encore, par l'exigence de sécurité. En effet, vis-à-vis des créanciers-tiers à l'accord, on ne saurait octroyer un privilège occulte aux créanciers signataires.

De surcroît, la dimension judiciaire des négociations permet de rassurer les créanciers et de les inciter à faire des sacrifices. Obtenir des garanties et des avantages est une attente évidente de la part des créanciers participant à un accord lorsque l'on sait que l'altruisme est un sentiment par nature inexistant dans le monde des affaires[2273]. Le cadre judiciaire permet dès lors de promouvoir l'essor des modes de traitement des difficultés reposant sur un processus négocié.

Conclusion de la section. Les propositions tendant à réduire considérablement, voire à supprimer l'intervention du juge dans le traitement de la défaillance ne sont pas sans limites. Il ne suffit pas de pointer les défauts d'un système pour en justifier le remplacement, il faut s'assurer que l'alternative proposée ne présente pas des vices plus graves[2274]. C'est ainsi que si l'on peut y souscrire, sur certains points, les critiques du système judiciaire de la défaillance semblent cependant être trop radicales. D'ailleurs, si au fil des réformes le législateur adhère à cette approche

2270 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, Thèse Lyon III, LGDJ, 2013, n° 323, p. 190.

2271 Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, 1509, p. 1730, spéc. p. 1742 ; G. Couturier, *op. cit.*, préf. J.-Ph. Haehl, Thèse Lyon III, LGDJ, 2013, n° 323, p. 190.

2272 C. Com., art. L. 611-11.

2273 B. Soinne, Traité des procédures collectives. Commentaires des textes. Formules, Litec, 2e éd., 1995, n° 103, p. 90.

2274 G. Wiederkher, « Le juge-gérant », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. Tricot, Dalloz, 2011, p. 385, spéc. p. 391.

contractuelle, il n'a cependant pas remis en cause le système judiciaire du traitement des difficultés des entreprises.

Les qualités des juges et la sécurité conférée aux négociations et aux actes qui en sont issus assurent la confiance légitimement attendue des débiteurs et de leurs créanciers.

Enfin, se passer du juge et préférer un mode purement contractuel aurait pour désavantage l'exclusion des exigences de l'article 6 § 1 de la CESDH et, plus généralement, l'absence de protection de certains droits fondamentaux.

Conclusion du Chapitre

Le juge en droit des entreprises en difficulté s'éloigne de son office traditionnel en détenant des prérogatives gestionnaires et économiques. À l'instar des principes traditionnels, la conception que l'on a de la « figure » du juge n'est plus la même avec la promotion faite à la négociation. Son intervention est en effet questionnée au regard de cet essor du traitement négocié. Certains auteurs ont, en ce sens, proposé des alternatives au traitement judiciaire des difficultés des entreprises. Si la proposition faite de le remplacer dans certaines situations par un traitement purement privé ou par une autorité non judiciaire est séduisante en raison du gain de temps et d'argent possible, elle n'est pas sans inconvénients. La fragilité des négociations, l'apparition d'éventuels abus ou encore l'absence de force exécutoire attachée à l'accord sont les principaux défauts d'un traitement des difficultés non judiciaire.

Dès lors, le renforcement de la négociation en la matière ne s'est pas accompagné d'une éviction du juge. En effet, il apparaît comme le principal garant du respect des droits fondamentaux des parties, débiteur et créanciers. La protection est ainsi assurée d'un point de vue procédural : la célérité de la procédure, le respect du contradictoire et la vérification des informations transmises en sont les principales garanties. La sécurité juridique impose une prévisibilité et la confiance à l'égard de la justice doit être le maître-mot de ce droit[2275]. Cette confiance semble être assurée par les qualités du juge du traitement de la défaillance d'une entreprise. Le juge détient, à cet égard, des qualités d'indépendance et d'impartialité ainsi qu'une autorité, indispensables au traitement des difficultés d'une entreprise. Plus encore, le rôle du juge permet de sécuriser le résultat de la négociation. Si le système est évidemment perfectible, une remise en cause de l'intervention de l'institution judiciaire par le législateur en la matière ne semble donc pas souhaitable.

[2275] Y. Chaput, *«* Les juges des défaillances financières des entreprises dans l'Union européenne *», in Droit et actualité*, Études offertes à J. Béguin, Litec, 2005, p. 107, spéc. p. 108.

Conclusion du Titre 1

L'extension de l'espace fait à la négociation en droit des entreprises en difficulté est un facteur important d'évolution du droit. Parmi les changements constatés figure l'ébranlement de certains principes traditionnels qui fondent la matière. La finalité répressive de l'ancien droit de la faillite et la diversité des intérêts affectés par la défaillance d'une entreprise expliquent que l'on présente traditionnellement le droit des entreprises en difficulté comme un droit fortement teinté d'ordre public au regard des règles impératives qui structurent la matière. Toutefois, la prise en compte croissante de la négociation comme mode de traitement des difficultés des entreprises a bouleversé le caractère d'ordre public de la matière. En effet, la souplesse attachée aux procédures négociées atténue, à certains égards, ces règles impératives en faisant plus de place à l'expression des volontés individuelles. De même, le principe général d'égalité des créanciers, plus large que le principe d'égalité entre créanciers chirographaires et qui innerve la matière dans de nombreuses hypothèses, est lui aussi ébranlé par le changement de direction opéré par le législateur. Afin de rendre les traitements attractifs, le législateur confère aux créanciers des avantages qui acceptent le jeu de la négociation, entraînant une inégalité de traitement avec les autres créanciers. Dans d'autres cas, il limite les effets de la procédure à certains créanciers seulement comme dans le cadre de la sauvegarde financière accélérée. L'atténuation du principe général d'égalité entre les créanciers est, cependant, possible si les différences de situation le justifient, notamment lorsqu'elles permettent de poursuivre l'objectif de sauvegarde de l'entreprise poursuivi par le législateur.

Marquée par l'ordre public, la matière se caractérise également par le rôle joué par le juge. Le traitement des difficultés d'une entreprise relève en effet exclusivement de l'autorité judiciaire. Le juge est donc perçu comme un acteur prédominant du traitement de la défaillance d'une entreprise. Pourtant, la négociation pour la résolution des difficultés des entreprises modifie la conception d'origine de l'autorité du juge. À ce titre, les propositions doctrinales relatives à des alternatives au traitement purement judiciaire retrouvent une certaine actualité. Certains auteurs proposent d'évincer partiellement le juge en privilégiant le recours à des modes privés relevant des parties elles-mêmes ou à des autorités non judiciaires, tels que l'arbitre ou l'autorité administrative indépendante. Si de telles propositions sont attrayantes, l'étude révèle certaines insuffisances qui tiennent notamment à la fragilité des négociations et de leur résultat. Quoi qu'il en soit, le législateur a réitéré le choix du recours à l'autorité judiciaire et a renforcé ses prérogatives au fil des réformes.

Dès lors, malgré la place faite aux volontés individuelles, induisant un recul de certaines règles impératives, le juge détient toujours un rôle central pour faciliter les négociations et sécuriser leur résultat.

Après avoir analysé les bouleversements générés par la négociation sur certaines valeurs traditionnellement attachées au droit des entreprises en difficulté, se pose à présent la question de leur renouvellement.

TITRE 2. L'émergence de nouvelles valeurs grâce à la négociation.

La restructuration du traitement des difficultés par la négociation a entraîné un renouveau de la matière à bien des égards. Il faut reconnaître que le droit des entreprises en difficulté, en étant bouleversé dans l'architecture de ses procédures, a été modifié dans ses valeurs traditionnelles.

La négociation est mise au service de la maîtrise du traitement des difficultés par les parties concernées, débiteur et créanciers. Ce faisant, ce nouveau mode de traitement, étranger aux objectifs originels et aux principes fondateurs de la matière, va venir renouveler d'autres valeurs. Par exemple, la logique du droit des entreprises en difficulté tend à devenir humaniste et pacificatrice car un traitement maîtrisé et une solution décidée de concert entre les protagonistes seront mieux acceptés que s'ils étaient imposés unilatéralement. Cette vertu de la négociation participe indéniablement au succès du traitement. À ses côtés, d'autres principes, tels que la loyauté et la confidentialité, tendent vers ce même objectif. Autrement dit, le développement de la négociation en droit des entreprises en difficulté met en avant de nouveaux principes **(Chapitre 1)**. Pour une reconfiguration totale de la matière, il conviendrait d'aller plus loin. En effet, si le législateur promeut de différentes façons le traitement négocié des difficultés en renforçant l'attractivité des procédures, faisant une place importante à la négociation, il n'est pas allé au bout de la logique. Cela suppose en effet d'adopter une nouvelle approche du droit des entreprises en difficulté pour permettre le développement d'une phase négociée, obligatoire, lorsque l'entreprise a des chances de redressement. À cette fin, il est nécessaire de s'inspirer de ce qui existe dans d'autres branches du droit interne et au sein de systèmes étrangers. L'enjeu fondamental est ainsi de favoriser le sauvetage et des entreprises et de renforcer l'attractivité des procédures négociées et, plus généralement, du droit des entreprises en difficulté en faisant émerger une véritable culture de la négociation en cette matière **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1. L'émergence de nouveaux principes fondateurs

Chapitre 2. L'émergence d'une culture de la négociation

Chapitre 1. L'émergence de nouveaux principes fondateurs

Le mouvement de contractualisation de la société opéré au XXIe siècle est notamment apparu en réaction à un interventionnisme étatique de plus en plus critiqué. Il s'est alors agi de laisser les individus définir eux-mêmes leurs intérêts et agencer leurs rapports comme ils l'entendent. Ainsi, désormais, les productions classiques de la norme intègrent davantage des éléments de négociation[2276]. Les rapports sociaux se transforment avec le passage d'une organisation verticale à une organisation horizontale[2277]. Le droit négocié apparaît aux côtés du droit imposé comme une réponse à la crise de légitimité de l'État et à la crise de la démocratie[2278]. Le droit des entreprises en difficulté s'inscrit dans ce mouvement en multipliant les instruments négociés. Si les rapports entre les acteurs changent, le droit repose dans le même temps sur de nouvelles considérations.

Vecteur de souplesse et de flexibilité, le traitement négocié véhicule de nouvelles valeurs au sein du droit des entreprises en difficulté. La négociation a notamment une vertu pacificatrice des relations entre le débiteur et ses créanciers. C'est en effet en étant intégrées au processus décisionnel que les parties acceptent mieux la solution trouvée[2279] et que se restaure le lien de confiance altéré par la défaillance de l'entreprise **(Section 1)**.

Si une telle vertu permet d'augmenter les chances de succès du traitement négocié, il existe également des impératifs incontournables pour y parvenir. La négociation présente un aléa puisque sa réussite dépend de la bonne volonté des parties. Il n'est en effet pas certain qu'elles s'entendent sur les modalités de traitement. Son issue est donc incertaine. Cependant, pour maximiser les

---

[2276] A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2005, spéc. p. 135-175 et p. 223 à 273.

[2277] F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Facultés univ. Saint-Louis, 2002.

[2278] M. Mekki, *«* Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise *», in Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009)*, RDC 2010, n° 1, p. 383.

[2279] E. Serverin, *«* Les visages du consensus : le partage des intérêts *»*, *Revue Procès* 1981, n° 8, p. 63. S'agissant du consensus, l'auteur énonce qu'il est *«* une autre façon de désigner les modalités d'acceptation du pouvoir et du système décisionnel qui y est relié *»*.

chances de réussite, certaines conditions propres à toute négociation doivent être mises en œuvre, parmi lesquelles figurent la confidentialité et la loyauté **(Section 2)**.

Section 1. La vertu pacificatrice de la négociation

« Pacifier » signifie « ramener à l'état de paix » ; « apaiser » ; « remettre en ordre »[2280]. Se rendre au tribunal n'est pas toujours aisé pour le chef d'entreprise qui doit rendre compte des difficultés de son entreprise. Aussi, la défaillance de l'entreprise entraîne inévitablement une perte de confiance de la part de ses partenaires. Le traitement négocié des difficultés qui implique davantage le débiteur et ses créanciers désamorce d'une certaine manière les conséquences négatives de la défaillance de l'entreprise. En effet, la participation en commun des parties à la restructuration de l'entreprise permet d'apaiser le climat délétère régnant dans un tel contexte de crise. La solution pour traiter les difficultés de l'entreprise devient plus légitime car les parties auxquelles elle s'impose l'auront décidée et donc mieux acceptée **(§ 1)**. De plus, une des clés du succès du traitement réside notamment dans l'établissement d'une relation de confiance avec les signataires de l'accord[2281], laquelle s'établit notamment par le dialogue. La négociation permet en effet de rétablir la confiance rompue par la situation du débiteur **(§ 2)**.

§ 1 L'acceptabilité de la solution négociée

Les facteurs de la contractualisation, que sont la perte de légitimité de l'autorité et la montée du libéralisme, ont ouvert l'action publique au contrat[2282]. Ont dès lors été promus, l'acceptabilité et l'assentiment des destinataires de la norme[2283]. La place grandissante faite à la négociation en droit des entreprises en difficulté invite à étudier le contexte général de contractualisation au sein de la société et l'acceptabilité de la norme qui en découle **(A)**. De façon similaire, le renforcement de la participation au traitement des difficultés du débiteur et de ses créanciers, par la voie de la négociation, permet qu'ils adhèrent plus facilement au traitement et acceptent la solution retenue

2280 V° Pacifier, Dictionnaire de l'Académie française, Le trésor de la langue française informatisé, disponible en ligne.

2281 J.-E. Kuntz et V. Nurit, *«* Une alternative au plan de sauvegarde : la négociation aboutissant à la disparition des difficultés du débiteur ou les vertus de l'article L. 622-12 du Code de commerce *»*, *BJE* 01 juill. 2013, n° 4, p. 254.

2282 J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, Puf, 2011, p. 487.

2283 M. Mekki, *«* Propos introductifs sur le droit souple *»* in *Le droit souple*. Journées nationales, Boulogne-sur-mer, Dalloz, coll. *«* Thèmes et commentaires *»*, 2009, p. 1, spéc. p. 13.

par rapport à une solution imposée judiciairement. Une telle adhésion est également due au lien de confiance réinstauré entre eux par la négociation **(B)**.

A. L'acceptabilité dans le contexte de contractualisation de la société

La contractualisation de la société revêt plusieurs formes qui traduisent un dépassement de la fonction d'échange du contrat. Ce dernier devient notamment un instrument des politiques publiques, c'est-à-dire de l'organisation sociale, ce qui conduit à légitimer la norme établie. En participant à la production de la norme, le citoyen l'accepte d'autant mieux **(1)**. Le processus contractuel peut également servir de mode de résolution des différends, en lieu et place d'un procès devant les juridictions étatiques. L'adage « *mauvais arrangement mieux vaut que bon procès* »[2284] illustre bien l'idée que, pour les parties au litige, l'intervention du juge n'est pas toujours souhaitable. Là encore, le justiciable qui participe au règlement de son litige va plus facilement en accepter la solution **(2)**.

1. La participation du citoyen à la production de la norme

256. La technique contractuelle comme instrument de régulation politique : analyse sommaire des théories du contrat social. Les techniques contractuelles innervent depuis longtemps les relations entre l'État et la société civile. La figure contractuelle est en effet devenue un instrument de régulation politique au sens où elle légitime le pouvoir de l'État.

Bien que la fonction politique du contrat ne soit pas récente[2285], elle prend à l'époque contemporaine une coloration différente. En effet, si le système politique démocratique a pu être théorisé à partir du « contrat social » qui justifiait que l'État disposât d'un pouvoir unilatéral de contrainte[2286], la contractualisation actuelle n'est plus fondée en référence à ces théories. Il convient, néanmoins, d'en rappeler brièvement les principaux fondements.

2284 . H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, n° 218, préc.

2285 V. par ex., le contrat comme substitut au déclin des *boni mores* (ensemble de principes de conduite impératifs) sous la République romaine ou encore les contrats féodaux présents au Moyen Âge : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, p. 633.

2286 G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 52.

Malgré la polysémie de la théorie du contrat social, les réflexions ont toutes comme point commun une approche nouvelle sur les fondements de l'ordre politique, social et juridique. Selon ces théories « contractualistes » du pouvoir politique, l'organisation politique doit être construite sur la volonté des intéressés.

En revanche, la teneur du contrat social varie selon les auteurs[2287]. Par exemple, pour Hobbes[2288], une multitude d'hommes devient une seule personne lorsque chacun consent à être représenté par un seul[2289]. En n'admettant aucune limite au pouvoir de l'État, la théorie de Hobbes a été remise en cause par Rousseau. La thèse du contrat social défendue par Rousseau repose sur l'idée d'un contrat d'association par lequel chaque individu se donne entièrement à la communauté[2290]. L'État est l'association volontaire de citoyens libres et égaux, destinés à régler leur vie en commun légitimement[2291]. À la différence de Hobbes, il considère que la souveraineté ne peut être représentée et fonde le pouvoir politique sur le contrat, qu'il nomme aussi « *pacte social* »[2292]. La soumission à la volonté générale est conditionnée par la participation de tous à sa formation. Dite « populaire », cette souveraineté implique, en conséquence, le droit pour chaque individu de participer à l'élaboration et l'adoption des normes.

Le rappel sommaire de ces théories du contrat social met en exergue le fait que la règle ne doit plus être imposée mais définie par ceux sur lesquels elle produira des effets. Cette évolution permet de comprendre la contractualisation actuelle de la production normative et le glissement opéré vers une conception procédurale du contrat[2293].

257. La conception procédurale du contrat. Contre la fiction du contrat social, Habermas considère qu'un modèle de discussion remplace celui de contrat car « *la communauté juridique ne se*

2287 V. J.-C. Billier et A. Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001.

2288 Th. Hobbes, *Léviathan* (1659), trad. F. Tricaud, Sirey, 1971, Chapitre XVIII : *«* celui qui se plaint d'un tort commis par le souverain se plaint d'un tort dont il est lui-même l'auteur *»*.

2289 En raisonnant en termes de souveraineté, il défend la thèse selon laquelle le pouvoir est conféré au Léviathan, tiers tout-puissant qui assure la paix et la sécurité. Le transfert de souveraineté à cet Etat-Léviathan est motivé par la défiance et la peur du peuple. Le contrat social est alors appréhendé comme un pacte de soumission unique et irrévocable.

2290 Selon Rousseau, *«* [la difficulté étant de trouver] une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant *»*.

2291 Chaque individu reste libre puisqu'il participe à la législation et obéit à ce qu'il a lui-même voulu : L. Strauss et J. Cropsey, *Histoire de la philosophie politique*, PUF, Léviathan, 1994, p. 625.

2292 J.-J. Rousseau, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, 1836, Paris, A. Hiard, Livre I, Chapitre VI, p. 20.

2293 P. Lokiec, *«* Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale *», in La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 95, spéc. p. 99 et s.

constitue pas au moyen d'un contrat social, mais en vertu d'un accord établi au moyen de la discussion »[2294]. Pour le philosophe allemand, la légitimité du droit repose sur une légitimité procédurale, c'est-à-dire sur l'élaboration de normes juridiques selon une procédure démocratique dont l'un des éléments repose sur la discussion[2295]. Dit autrement, la légitimation des ordres juridiques relève de l'autodétermination[2296].

La vision habermassienne, qui consiste en l'organisation des conditions d'une discussion aux termes de laquelle une règle est élaborée, se rapproche du mouvement actuel de contractualisation de la production normative. L'opposition entre légitimité consensuelle (est juste ce qui est voulu par les parties) et légitimité substantielle (est juste ce qui est conforme à l'intérêt général) est aujourd'hui contestée[2297]. Une autre ligne peut en effet être trouvée « *à mi-chemin entre un libéralisme débridé et un étatisme pur* »[2298]. Elle peut se trouver dans la légitimité procédurale : il s'agit pour l'ordre juridique de ne pas s'en remettre totalement à la liberté contractuelle mais d'organiser les conditions d'une discussion[2299]. Ainsi, avec la légitimité procédurale le contrat n'est pas seulement juste en raison du fait qu'il illustre la volonté des parties et respecte l'ordre public mais bien parce qu'il a également été adopté à la suite d'une procédure juste[2300]. Cette volonté résulte alors d'une délibération rationnelle[2301].

L'utilisation de nouvelles procédures de discussion comme préalable à la décision sont ainsi révélatrices du phénomène de promotion d'une justice négociée[2302]. Cette procéduralisation de la

---

2294 J. Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, coll. « Essais », trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, 1997, p. 479.

2295 *Ibid.*, p. 478. Pour l'auteur, la seule source de légitimité des règles instituées par le législateur est la procédure démocratique par laquelle le droit est généré. Se posant la question « d'où cette procédure tire-t-elle cependant sa force légitimante ? », Habermas répond : « la théorie de la discussion apporte une réponse simple […] ; en effet, la procédure démocratique permet le libre jeu des thèmes et des contributions, des informations et des raisons, elle assure à la formation de la volonté politique son caractère de discussion et justifie ainsi la supposition faillibiliste que les résultats obtenus grâce à cette procédure sont plus ou moins raisonnables ».

2296 À ce titre, il convient que « les citoyens puissent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires » : *Ibid.*, p. 479.

2297 P. Lokiec, *op. cit.*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 95, spéc. p. 96.

2298 *Ibid.*

2299 *Ibid.*, p. 95, spéc. p. 97. Dans cette perspective, la légitimité consensuelle laisse une place à la légitimité procédurale. L'idée-force réside dans le fait que « le contrat est légitime non pas parce qu'il correspond à la volonté des contractants mais parce qu'il a été adopté suite à une procédure elle-même légitime ».

2300 *Ibid.*, p. 95, spéc. p. 101.

2301 *Ibid.*

2302 *Ibid.*, p. 95, spéc. p. 99 ; B. Pereira, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, n° 30, p. 2041 ; J. Chavallier, « Vers un droit post-moderne ? », *in Les transformations de la régulation juridique*, ss. la dir. J. Clam et G. Martin, LGDJ, coll. Droit et société, Recherches et travaux en réseau européen droit et société, maison des Sciences de l'Homme, n° 5, 1998, p. 21 et s.

production normative met, effectivement, la discussion et le dialogue au fondement des normes juridiques, par opposition au droit traditionnellement imposé par l'autorité étatique. La norme tire donc aujourd'hui sa légitimité de la discussion et du consensus sur lesquels elle a été établie.

Cette brève présentation des théories permet également de mieux comprendre l'inclinaison plus récente d'une partie de la doctrine vers la théorie de la société contractuelle[2303].

Se rapprochant davantage des théories sur la procéduralisation, la société contractuelle peut se définir comme « *une société civile, espace de dialogue et de négociation, en vue d'aboutir à un accord de volontés. Ces accords, allant au-delà du simple contrat de droit privé traditionnel*, […] *s'imposent également comme une technique adaptée à cette nouvelle rationalité procédurale consistant, notamment, à privilégier l'acceptabilité et le consensus sur l'autorité et la contrainte* »[2304]. En d'autres termes, il s'agit d'une nouvelle technique de régulation sociale reposant sur l'instrument contractuel et privilégiant une rationalité procédurale. La communication est, en ce sens, au cœur des relations entre les différents acteurs.

Selon cette approche, les différentes théories du contrat social, présentées succinctement dans les lignes précédentes[2305], ne suffisent pas à combiner une rationalité substantielle et une rationalité procédurale. Elles mettent, certes, en exergue la tension entre le contrat et le statut, la contrainte et la liberté, mais elles révèlent certaines insuffisances pour traduire la contractualisation actuelle[2306]. Réduit à un mécanisme de transfert instantané légitimant les pouvoirs de l'État, le contrat social ne rend pas compte de l'échange permanent entre les autorités publiques et la société civile[2307]. Les individus acquièrent en effet un véritable rôle, actif et constant, au sein de l'organisation sociale. La théorie du contrat social laisse ainsi place à une théorie de la « *négociation permanente* », « *symbole d'un contrat social dont les termes sont en perpétuelle renégociation* »[2308]. Cette société contractuelle révèle, à la différence du contrat social, une « société multipolaire » où les centres de

2303 Cette théorie est notamment défendue par M. J.-M. Varaut et aux États-Unis par M. L. Cohen-Tanugi : J.-M. Varaut, *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, PUF, Coll. Libre échange, 1986, L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, préf. S. Hoffmann, PUF, Coll. Quadrige, 1992 (dernière éd. : 2016) ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, p. 657 et s.

2304 M. Mekki, *op. cit.*, LGDJ, 2004, n° 1091, p. 660.

2305 V. *Supra* n° 256.

2306 M. Mekki, *op. cit.*, p. 640 et s.

2307 Sur les évolutions contemporaines de la théorie du contrat social : Ph. Chanial, *«* Renouer les fils de l'alliance, Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat *», in La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé l'Université de Lille II, le 14 mai 2001, Dalloz, Paris, 2003, spéc. p. 55.

2308 M. Mekki, *«* Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire *»*, *RDC* 01 avril 2006, n° 2, p. 297.

pouvoirs sont diffus[2309]. Elle n'en est toutefois pas l'antithèse, le contrat demeurant au cœur de cette théorie[2310]. Les relations sont donc marquées par le sceau de la coopération et de la collaboration, voire de la « *communion* »[2311] entre l'État et les acteurs de la société civile. Dès lors, s'ajoutent aux manifestations traditionnelles de la démocratie représentative de nouvelles manifestations de la démocratie participative[2312], dont fait partie la consultation[2313].

Quelle qu'en soit la conception philosophique, la promotion de la technique contractuelle dans la régulation politique permet d'illustrer l'implication croissante des membres de la société civile dans le processus d'élaboration de la norme[2314]. Cette dernière gagne en légitimité car ses destinataires l'ont acceptée[2315]. De fait, malgré leurs divergences, ces théories reposent toutes sur l'idée que la légitimation de l'ordre juridique est fondée sur une rationalité procédurale reposant sur l'acceptabilité, la participation et la concertation[2316]. Le droit « négocié » et « accepté »[2317] est paré alors d'une plus grande légitimité. Cette idée s'illustre pareillement dans le règlement des litiges.

2309 L. Cohen-Tanugi, *op. cit.*, PUF, Coll. Quadrige, 3e éd., 2016, p. 10. En effet, les lieux d'autorité se diversifient et les intervenants au processus d'élaboration des normes sont plus nombreux.

2310 *Ibid.* Pour l'auteur, la société contractuelle se différencie de l'autre modèle de régulation représenté par le contrat social, lequel est un *«* macro-contrat global unissant l'ensemble de la société pour donner naissance à l'État, dont les clauses se résument à une délégation générale et absolue de pouvoir de la première à la seconde. *»*. L'auteur poursuit en considérant que *«* la société contractuelle n'est pas l'antithèse du Contrat social et ne l'exclut pas *»*. Selon lui, elle *«* n'exige cependant pas une référence exclusive au contractualisme classique, atomiste et aveugle aux relations de pouvoir. Elle intègre au contraire la réglementation, l'institution, le statut et le déséquilibre des forces, catégories qui s'opposent au contractualisme classique. Mais, quelles que soient l'imperfection de la concurrence et la complexité des intéractions, le contrat demeure la norme *»*.

2311 M. Mekki, *op. cit.*, LGDJ, 2004, n° 1115, p. 673.

2312 Sur la notion de démocratie participative : C. Blatrix, *«* Vers une "démocratie participative" ? Le cas de l'enquête publique *», in La gouvernabilité*, PUF, 1996, p. 299 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Facultés univ. Saint-Louis, 2002, p. 35.

2313 Le référendum local ou les Codes de bonne conduite sont autant de preuves de l'auto-régulation par les acteurs.

2314 S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *«* Le système juridique français à l'ère de la contractualisation *», in La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 3, spéc. p. 23. Ces auteurs révèlent bien la tendance actuelle faite à la démocratie participative: *«* Le contrat répond à une démarche managériale qui gagne le droit : il permet d'impliquer le destinataire de la norme dans la prise de décision et de contractualiser les objectifs poursuivis *»*.

2315 *Ibid.*, p. 3, spéc. p. 33.

2316 M. Mekki, *op. cit.*, LGDJ, 2004, p. 657.

2317 V. not. : A. Supiot, *«* La contractualisation de la société *», in Qu'est-ce que l'humain?*, ss. la dir. de Y. Michaud, éd. Odile Jacob, t. 2, 2000 ; A. Pirovano, *Changement social et droit négocié, De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts,* Economica, 1988 ; P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publ. Facultés univ. Saint-Louis, 1996.

2. La participation du justiciable à la solution du litige

258. L'adhésion des parties à une solution : l'exemple des modes amiables de règlement des différends (MARD). Le passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié a innervé de nombreux domaines. Corrélé à l'encombrement des juridictions, il explique notamment l'amplification du phénomène des modes alternatifs de règlement des litiges. En effet, depuis de nombreuses années, les modes amiables de règlement des différends connaissent un essor important. Fondés sur la volonté des parties et détachés plus ou moins du procédé de l'*imperium* du juge, les modes alternatifs se rapprochent du modèle contractuel. Ainsi, pour régler leur différend, les parties ont à leur disposition des instruments variés, qu'il s'agisse d'une conciliation judiciaire ou conventionnelle, d'une médiation judiciaire ou extra-judiciaire, ou encore de processus menés par des avocats, comme la procédure participative.

Inspiré par l'expression canadienne de « *justice participative* »[2318], le terme « participatif » est lié au départ à la démocratie participative[2319], dans laquelle les citoyens sont en droit de participer à la décision politique. Il est désormais également attaché à la procédure.

Les adjectifs « participatif » et « collaboratif » ne sont donc pas dus au hasard : ils désignent le processus par lequel les parties participent et collaborent afin de trouver la solution à leur différend. Plus encore, les modes alternatifs servent la volonté des parties à répondre au mieux aux intérêts de leur conflit[2320]. D'un point de vue libéral, les individus apparaissent, assurément, les mieux placés pour convenir de la solution qui les satisfont le plus. Cette manière d'envisager le traitement des litiges s'inscrit dans des perspectives de dialogue. La logique qui sous-tend le droit participatif et collaboratif réside dans l'engagement des parties à ne pas saisir le juge et à collaborer entre elles[2321].

2318 En 2003, la Commission du droit du Canada s'est livrée à une étude profonde de l'ensemble des processus de justice participative existant au Canada : La transformation des rapports humains par la justice participative, Rapport de la Commission du droit du Canada, 2003, cité par F. G'sell-Macrez, « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.* 2010, p. 2450.

2319 L. Blondiaux, *Le Nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, La République des idées, Seuil, 2008 ; J.-P. Gaudin, *La démocratie participative*, Armand Colin, coll. « 128 », 2007 ; M. Crépon et B. Stiegler, *De la démocratie participative. Fondements et limites*, Mille et une nuit, coll. « Essai », 2007 ; A. Bevort, *Pour une démocratie participative*, Presses de Sciences Po, 2002.

2320 C. Peulvé, « Ces MARL venus d'ailleurs … : droit collaboratif et mécanismes voisins », *Gaz. Pal.* 01 juin 2010, n° 152, p. 10.

2321 *Ibid.*

Pour analyser la nouvelle convention de procédure participative[2322], Madame la Professeure Fricero utilise un titre évocateur : « *Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice autrement…* »[2323]. Cette formule pourrait être reprise dans le cadre du droit des entreprises en difficulté pour révéler qu'il est, lui aussi, aujourd'hui, « pensé autrement ».

L'évolution des MARD est en effet à rapprocher de celle du droit des entreprises en difficulté au regard de la place grandissante faite à la négociation. En privilégiant la conciliation des parties, l'idée est que le procès n'est plus le mode normal de résolution des conflits[2324]. En droit des entreprises en difficulté, les décisions imposées unilatéralement par le juge ne constituent plus le principe.

De plus, la technique emprunte aux modes alternatifs des différends en s'articulant autour de trois phases[2325] : un « temps de pause » pendant lequel est dessiné un diagnostic, un « temps de réflexion » où les causes des difficultés puis les solutions appropriées sont recherchées et un « temps d'action » permettant de réaliser les issues trouvées et de préparer l'avenir.

La solution imposée par un acte d'autorité est donc remplacée dans ces hypothèses par un accord, produit d'une négociation. Placé au cœur du droit, où le consensus paraît prévaloir sur l'autorité[2326], et maîtrisant ses actions, le sujet de droit dispose d'une « *justice moins traumatisante* »[2327]. La solution issue de la négociation est en effet plus facilement acceptée que celle qui est imposée[2328].

Le droit des entreprises en difficulté exprime donc également une nouvelle dimension de la justice contractuelle. La diffusion de la négociation au sein des diverses procédures produit le même effet d'acceptabilité de la règle.

2322 Art. 9 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle. L'article 9 de la loi étend le recours à la convention de procédure participative en permettant aux parties de la conclure à tout stade de la procédure.

2323 N. Fricero, *«* Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement…*», in Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 145.

2324 F. G'sell-Macrez, *art. cit.*, *D.* 2010, p. 2450.

2325 Ce rapprochement est fait par Maître Thierry Montéran dans le cadre d'un colloque organisé autour de la synthèse des intérêts contraires en procédure collective : Th. Montéran, *«* La protection du marché *», in* Les entreprises en difficulté : terre de conflits - Synthèse des intérêts contraires, Gaz. Pal. 25-26 juin 2008, n° 177 et 178, p. 27.

2326 A. Renaut, *La fin de l'autorité*, Flammarion, 2004.

2327 N. Fricero, *art. cit.*, Dalloz, 2010, p. 145, spéc. p. 148.

2328 V°. *Contractualisation, in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 231 et s.

B. L'acceptabilité du traitement négocié des difficultés d'une entreprise

259. L'adhésion des parties à la solution en raison de leur participation accrue au traitement. L'implication du débiteur et de ses créanciers dans l'élaboration de la solution permet qu'ils adhèrent plus facilement au traitement retenu. À l'instar de la légitimité de la norme, l'idée est que le traitement apparaît légitime et acceptable dès lors que celui auquel il s'applique y a participé.

En effet, la légitimité de la norme fait écho au droit des entreprises en difficulté dans lequel l'essor de la négociation entraîne une meilleure implication du débiteur et de ses créanciers dans le traitement des difficultés. De plus en plus, ils définissent eux-mêmes les modalités de la restructuration de l'entreprise, ce qui leur permet d'adhérer pleinement au traitement décidé et à la solution retenue[2329].

Dès lors, le processus négocié rend plus acceptable pour le débiteur et ses créanciers le traitement des difficultés mis en œuvre car ils sont au centre de la recherche de la solution. Le dialogue a donc, dans cette matière, des avantages indéniables pour les parties puisque les solutions trouvées sont d'autant mieux acceptées et comprises qu'elles ont été discutées et négociées par elles et non imposées par le juge. De même, décidées d'un commun accord, les modalités de traitement ont à l'évidence de plus grandes chances de succès s'agissant de leur exécution[2330].

La négociation a, par ailleurs, un effet psychologique et responsabilisant sur les parties.

260. L'effet psychologique sur les parties. Dans le traitement des difficultés d'une entreprise, il importe de tenir compte de l'aspect psychologique des parties. En témoigne, la fragilité du chef d'entreprise, portant les stigmates de l'échec, ou l'attentisme de certains créanciers, frileux de s'impliquer dans la recherche d'une solution. Cette dimension psychologique est importante car elle influe sur l'issue du traitement. À cet égard, la négociation présente une qualité psychologique non négligeable tenant notamment à l'acceptation des créanciers qui ne se fondent plus seulement sur des considérations économiques liées à la restructuration de l'entreprise[2331].

2329 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 513, p. 361.

2330 *Ibid.*

2331 G. C. Giorgini, « La place de la négociation dans la faillite internationale », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 83.

Dans cette optique, la solution imposée peut être un frein psychologique pour les parties que la négociation peut surpasser en faisant d'elles les maîtresses de leur destin.

261. L'effet responsabilisant sur le débiteur et ses créanciers. Au sens commun, « responsabiliser » signifie « rendre responsable »[2332].

Responsabiliser les parties au traitement des difficultés d'une entreprise constitue l'une des tendances notables du droit des entreprises en difficulté. Le débiteur et ses créanciers doivent recourir en temps utile aux outils mis à leur disposition pour faire face aux difficultés de l'entreprise et accepter dans le même temps certains sacrifices. Cela prend plusieurs formes. Du côté du débiteur, il devient l'artisan de son redressement[2333] en pouvant déclencher un certain nombre de procédures et en restant à la tête de son entreprise. Du côté des créanciers, cela renvoie à l'association renforcée de ces derniers aux solutions. À l'exemple du débiteur, le créancier est responsabilisé car il tient entre ses mains les instruments de son désintéressement[2334]. En somme, les solutions négociées, maîtrisées par les parties, ont des effets « responsabilisants » sur le débiteur et « mobilisateurs » sur les créanciers[2335].

Concernant le débiteur, la volonté du législateur de le maintenir dans la majorité des procédures[2336] à la tête de sa structure participe indéniablement à le responsabiliser afin qu'il recourt le plus en amont possible aux dispositifs mis à sa disposition. Ainsi, à l'instar du mandat *ad hoc*, le président du tribunal ne peut déclencher d'office une procédure de conciliation si le débiteur n'en a pas fait la demande.

En sauvegarde, il est logique que le débiteur conserve la gestion courante dans cette procédure préventive puisqu'elle est ouverte à sa demande[2337]. En effet, lui retirer ses prérogatives de chef d'entreprise le dissuaderait de recourir à une telle procédure. Or l'anticipation est le maître-

2332 Dictionnaire de l'Académie française, Le trésor de la langue française informatisé, disponible en ligne.

2333 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I.

2334 A.-S. Barthez, *« Crise économique et contrat : les remèdes », in* Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009), RDC 2010, n° 1, p. 467.

2335 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 512, p. 360.

2336 Mandat *ad hoc*, conciliation, sauvegarde et sauvegardes accélérées : C. com., art. L. 611-3 ; art. L. 611-4 ; art. L. 620-1 ; art. L. 628-1.

2337 Le débiteur partage néanmoins ses pouvoirs avec le ou les administrateurs judiciaires qui ont été désignés conformément à l'article L. 621-4 du Code de commerce, à savoir dans l'hypothèse d'une désignation obligatoire lorsque le nombre de salariés et le chiffre d'affaires dépassent des seuils fixés par décret.

mot des réformes depuis la loi de sauvegarde de 2005. À cet effet, la plupart des procédures dans lesquelles la négociation a une place centrale sont des procédures « volontaires »[2338].

Au final, le débiteur doit faire preuve de discernement lorsqu'il souhaite utiliser ces traitements amiables et préventifs.

S'agissant des créanciers, les différentes grandes réformes du droit des entreprises en difficulté depuis 2005 ont révélé la volonté marquée du législateur de les associer davantage au sort de l'entreprise. Leur rôle au sein des négociations est patent dans le mandat *ad hoc* et la conciliation, fondés sur le principe de liberté contractuelle[2339]. Le législateur a en effet préservé la très grande liberté laissée aux participants aux négociations pour leur permettre d'arriver, en toute confidentialité, à la conclusion d'un accord. L'implication de chaque créancier, intervenant librement, est la clé du succès de telles négociations.

Les sauvegardes accélérées visant à imposer rapidement une restructuration pré-négociée et l'instauration des comités de créanciers par la loi de 2005 sont également des outils efficaces de négociation[2340]. Par ailleurs, depuis l'ordonnance de 2008, les créanciers membres d'un comité ont la possibilité d'émettre des propositions de plan pour lesquelles le débiteur, avec le concours de l'administrateur, apprécie de transmettre aux comités celles qui reçoivent son agrément[2341]. L'importance d'intégrer plus en amont les créanciers dans les négociations est ici prégnante. L'ordonnance du 12 mars 2014 va plus loin en leur permettant de proposer un projet de plan[2342]. Dès lors, ils prennent réellement objectif écart au traitement de l'entreprise en difficulté.

En définitive, les réponses à la crise des entreprises favorisant la culture de la négociation paraissent équilibrées et adaptées car elles sont acceptables pour les parties et « responsabilisantes »[2343].

À l'évidence, la promotion de la négociation en droit des entreprises en difficulté puiserait dans cette philosophie de la légitimité selon laquelle la discussion et le consentement fondent les

2338 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie II, n° 196.

2339 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 20 et s.

2340 V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I.

2341 C. com., art. R. 626-57-2.

2342 C. com., art. L. 626-30-2, al. 1er et art. R. 626-57-2, al. 2.

2343 A.-S. Barthez, *art. cit.*, *RDC* 2010, n° 1, p. 467.

bases du lien social. Le droit négocié des difficultés des entreprises restaure, en effet, le lien de confiance entre le débiteur et ses partenaires, lequel a nécessairement été affaibli par la défaillance de l'entreprise.

§ 2 La restauration du lien de confiance

262. Une solidarité « intéressée » dans le traitement des difficultés des entreprises. Avec la mutation du droit des entreprises en difficulté dans le sens d'un renforcement des traitements négociés, sont apparues de nouvelles représentations des relations sociales. À cet effet, le législateur s'occupe davantage du diagnostic et non de la tâche complexe que représente le traitement, laissé aux parties puis au juge[2344]. Ainsi, le débiteur et ses créanciers ont un rôle essentiel à jouer au cours des procédures et, à défaut, c'est au juge que revient le maniement des instruments mis à leur disposition. Une telle évolution entraîne un « rééquilibrage » des rapports entre les acteurs[2345].

La solidarité, entendue comme « *un rapport existant entre des personnes qui, ayant une communauté d'intérêts, sont liées les unes aux autres* »[2346], est intrinsèque au droit des entreprises en difficulté. En effet, dans une économie d'endettement[2347], afin de le protéger de la violence sociale, le débiteur ne doit pas supporter seul la charge de la dette[2348]. Ce droit est alors vu comme « *un droit contractuel de crise, un droit social des contrats animé par un esprit de solidarité (…) qui conduit en définitive à dissocier les concepts, a priori inséparables, d'obligation et de paiement* »[2349]. Le passage d'une procédure forcée à des traitements plus souples et négociés renforce ce courant de solidarité entre le débiteur et ses créanciers en les intégrant davantage à la solution[2350].

Toutefois, les créanciers qui acceptent des sacrifices n'agissent pas dans un but strictement désintéressé. Ils poursuivent à long terme la protection de leurs intérêts individuels, à savoir le

2344 Y. Chaput, *op. cit.*, Dalloz, 2011, p. 411.

2345 R. Dammann et G. Podeur, *«* Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 *»*, *D.* 2014, p. 752 ; v. *Supra*, Titre II, Partie I.

2346 V° *Solidarité*, Dictionnaire Larousse.

2347 L'économie d'endettement est un système financier dans lequel la finance indirecte prédomine, sous la forme d'un financement par le crédit. Le financement par le crédit suppose une relation directe entre l'emprunteur et la banque.

2348 D. Mazeaud, *«* La réduction des obligations contractuelles *», in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Dr. et patr.* 01 mars 1998, n° 58, p. 58.

2349 *Ibid.*

2350 Y. Chaput, *op. cit.*, Dalloz, 2011, p. 411.

paiement de leur créance et le maintien du courant des affaires. Les créanciers sont, en effet, mus par leur intérêt égoïste.

La poursuite d'intérêts personnels n'est cependant pas incompatible avec la protection de l'entreprise en difficulté, et plus globalement avec l'intérêt général. Dans *la Fable des abeilles*, fable fondatrice du libéralisme moderne, Bernard de Mandeville souligne bien l'utilité économique des vices et montre l'harmonie naturelle des intérêts divergents[2351]. Le vice est vu comme tout ce que l'homme accomplit pour satisfaire ses appétits sans considération pour le bien public. Malgré leurs vices, les parties diamétralement opposées se portent néanmoins assistance mutuelle[2352]. Pour reprendre la métaphore, chaque abeille travaille pour son intérêt individuel mais pour, indirectement, construire une ruche qui constituera le bien collectif de la communauté des abeilles. En droit des entreprises en difficulté, le même processus vertueux peut être mis en œuvre, dans certaines procédures, pour aboutir à une solution qui dépasse les intérêts de chacun et préserve, à terme, la pérennité de l'entreprise.

263. La restauration du lien social entre le débiteur et ses créanciers. La crise économique, et plus généralement la défaillance d'une entreprise, entraîne une « *crise de la confiance* »[2353] entre le débiteur et ses créanciers. Lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés la défiance envahit tout. D'une part, elle se fait ressentir à l'égard du dirigeant, soupçonné de privilégier ses intérêts personnels. D'autre part, elle submerge, à son tour, le débiteur craignant que ses salariés ne partent vers la concurrence ou provoquent une grève ou encore que ses partenaires rompent leurs relations. C'est pourquoi de nouveaux instruments ont été créés pour lutter contre cette crise de confiance. Les différentes réformes successives se sont ainsi intéressées aux débiteurs et aux créanciers afin de les faire participer au redressement de la situation de l'entreprise. Pour rétablir la confiance entre les débiteurs et leurs partenaires, le législateur a en effet mis en place ou renforcé les remèdes leur permettant de dialoguer[2354].

2351 B. de Mandeville, *La fable des abeilles* (1ère éd. 1714), trad. J. Bertrand, Paris, 2013. Pour l'auteur, les vices privés contribuent au bien public tandis que des actes altruistes peuvent lui nuire. Le vice mène les sociétés humaines vers l'efficacité collective. Il annonce à cet égard que : *«* le vice est aussi nécessaire dans un État florissant que la faim est nécessaire pour nous obliger à manger *»*.

2352 *Ibid. «* C'est ce qui, comme l'harmonie en musique, Faisait dans l'ensemble s'accorder les dissonances. Des parties diamétralement opposées, Se prêtent assistance mutuelle, comme par dépit *»* (La ruche prospère), Extrait in J. Boulad-Ayoub et F. Blanchard, *Les grandes figures du monde moderne*, Les thèses de l'Université Laval, 2001, p. 413.

2353 A.-S. Barthez, *«* Crise économique et contrat : les remèdes *», in* Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009), RDC 2010, n° 1, p. 467.

2354 *Ibid.*

La confiance ainsi instaurée en droit des entreprises en difficulté tient sans doute à l'émergence plus générale d'un « *droit dialogique* »[2355] dont le processus de formation consiste à formaliser l'expression des différents intérêts en présence à travers des actes juridiques diversifiés[2356], précédés par une procédure de dialogue[2357]. Celle-ci repose soit sur la recherche d'un véritable accord, soit sur la construction argumentée d'un « sentiment d'adhésion »[2358].

À l'instar de la production normative, la liberté au sein des discussions entraîne la satisfaction des parties pour lesquelles la solution apparaît juste car discutée par elles. Mais surtout, la négociation permet de créer ou de restaurer le lien et la confiance des parties[2359]. C'est l'idée, plus générale, que le contrat véhicule des valeurs d'alliance et d'échange[2360]. La relation particulière ainsi créée entre les parties par le lien contractuel est perçue par certains comme une sorte de « *communauté* »[2361] et c'est ce que Demogue visait lorsqu'il parlait de « *petite société* »[2362]. Partant, lorsque l'on étudie les fins attribuées au contrat, on constate qu'il est conçu comme un instrument rétablissant le lien social[2363] ou encore comme un « *lieu d'épanouissement des individus et* [un] *lieu de confrontation des libertés* »[2364]. Puisque le renforcement du processus négocié en droit des entreprises en difficulté s'intègre au mouvement général de contractualisation de la société et que ce mouvement est fondé sur une idée de dialogue, nécessaire « *à la paix sociale et à la concorde* »[2365], la

2355 Pour reprendre à notre compte l'expression utilisée par Madame P. Idoux : P. Idoux, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », *in Contrats publics*, Mél. M. Guibal, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, t. 2, 2006, p. 547.

2356 Tels les accords de conciliation et les plans de continuation ou de cession.

2357 P. Idoux, *art. cit.*, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, t. 2, 2006, p. 547, spéc. p. 571.

2358 *Ibid.*

2359 F. G'sell-Macrez, *art. cit.*, *D.* 2010, p. 2450.

2360 S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *op. cit.*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 3, spéc. p. 26.

2361 *Ibid.*, p. 3, spéc. p. 51.

2362 R. Demogue, *Traité des obligations en généra*l, Librairie Arthur Rousseau, t. 6, 1932, p. 9. Pour Demogue, « les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union ». Il poursuit en considérant qu'un créancier doit respecter un devoir de collaboration en prenant en compte le fait que les buts poursuivis dans le contrat initial ne peuvent pas toujours être atteints.

2363 E. Jeuland, *La fable du ricochet. Approche juridique des liens de parole*, Mare & Martin, coll. « Droit & science politique », 2009, spéc. p. 52 et s. : l'auteur nie la notion de « lien social » qui n'est autre qu'un ensemble de liens de droit conçus comme des liens de parole.

2364 M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *in Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009)*, *RDC* 2010, n° 1, p. 383.

2365 M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 1117, p. 674.

négociation permet donc de créer ou de restaurer le lien social entre le débiteur et ses créanciers. L'accord de volontés donne alors « *une tonalité originale* »[2366] aux rapports entretenus par les parties.

Autrement dit, lorsque la crise d'une entreprise est saisie par un processus contractuel, il convient de considérer l'accord trouvé comme « *un lien* »[2367] entre les parties qui s'obligent à s'exécuter de bonne foi. À cet effet, il est opportun de le voir davantage comme un moyen favorisant la confiance et un instrument de maîtrise de l'avenir. La confiance instaurée au sein des discussions assure à la fois au créancier d'être confiant sur son paiement et d'envisager une continuité de la relation d'affaires avec le débiteur[2368].

Cette confiance retrouvée pacifie nécessairement les rapports entre les parties.

264. La pacification des rapports entre le débiteur et ses créanciers. Le dialogue créé dans les procédures faisant une place importante à la négociation permet la pacification des rapports entre les parties. La signification idéologique des modes alternatifs est, en effet, fréquemment attachée au vocabulaire de la pacification[2369] et de la paix puisque leur finalité première est d'aller vers le « bien », d'éviter ou de faire cesser le conflit[2370].

Cette question du règlement pacifique des conflits se retrouvait déjà sous la plume de Grotius dans sa conception nouvelle du contrat, fondée sur le consensualisme[2371]. Pour Bigot de Préameneu également, ces modes alternatifs favorisaient l'harmonie de la société civile en raison

2366 S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *op. cit.*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 3, spéc. p. 52.

2367 L. Aynès, « Rapport introductif », *in* Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009), RDC 2010, n° 1, p. 380 ; Y. Guenzoui, La notion d'accord en droit privé, préf. Ch. Hannoun, LGDJ, 2009, n° 2, p. 2.

2368 D. Kling, « Les médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation », *in* étude du Conseil d'État, *Les développements de la médiation*, La documentation française, 2012, p. 7.

2369 Sur le règlement pacifié des relations sociales dans le cadre de la médiation familiale : Rapp. Sénat nº 404, 2013-2014, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, 26 févr. 2014, p. 14.

2370 Un auteur évoque en ce sens la règlementation de la conciliation comme la promotion d'un « traité de paix » : L. Le Guernevé, « Synthèse négociée : l'accord », *in* Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177-178, p. 49. Un autre auteur, analysant les accords de coexistence en droit des marques qui servent à délimiter, dans l'intérêt réciproque des parties, les utilisations respectives de leurs marques, a pu voir dans ces accords des « contrats pacificateurs » : Ch. Caron, « La discrète omniprésence des accords de coexistence en droit des marques », *JCP G* 28 janv. 2013, n° 5, p. 198, spéc. p. 200.

2371 L'importance de la parole donnée est significative dans les écrits de Grotius. Il considère notamment que le devoir de tenir ses promesses repose sur une communauté de raison entre les hommes et que le droit naturel « doit écarter ce qui tire son origine de la volonté arbitraire des hommes ». V. G. Augé, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *APD* 1968, T. 13, p. 99.

de leur fonction de pacification des différends[2372]. Dans le traitement de la défaillance, la recherche d'une solution commune entre le débiteur et ses créanciers quant à l'avenir de l'entreprise contribue également à apaiser les tensions antérieures éventuelles.

Le dialogue crée n'explique pas à lui seul la restauration du lien de confiance, et particulièrement la pacification des rapports. Il existe différents moyens indispensables à sa bonne réalisation.

265. Les modalités de restauration du lien de confiance entre le débiteur et ses créanciers. Pour redonner confiance aux créanciers dans le contexte particulier de la défaillance d'une entreprise, l'information sur la situation de l'entreprise et ses chances de survie est essentielle. En effet, les créanciers ont besoin d'être informés, au préalable, sur les raisons qui ont conduit à cette situation de crise. À ce titre, les soupçons d'opérations frauduleuses doivent disparaître.

Les créanciers doivent également recevoir des gages de confiance afin d'être rassurés quant à l'avenir de leur propre situation. Il est nécessaire d'apporter les preuves que l'entreprise a les capacités de revenir à la pérennité ou, qu'en cas d'échec, ils seront protégés. Parmi les garanties existantes, le privilège de *new money*[2373], obtenu en conciliation, permet de garantir à ses bénéficiaires une place privilégiée dans l'ordre des paiements une fois la procédure collective ouverte.

En outre, le juge réapparaît pour protéger les parties et le résultat de leurs négociations. Le cadre judiciaire offre en effet une sécurité juridique et atténue également la défiance des intéressés, présents ou non à la table des négociations[2374]. Il est, de surcroît, indispensable pour éviter que les dispositions de l'accord ou du plan ne soient ultérieurement remises en question. Le rôle du juge, indispensable pour restaurer la confiance des parties, est divers. En procédure amiable, l'accord est élaboré sous l'égide d'un tiers indépendant et impartial, nommé par le président du tribunal[2375]. En procédure collective, les négociations se déroulent sous le contrôle et l'autorité du juge[2376]. Puis, dans les différentes procédures, le contrôle judiciaire est opéré sur le résultat de la discussion, l'accord ou le plan[2377]. Dans cette perspective, il s'assure que les clauses de l'accord de conciliation

2372 Au cours des travaux préparatoires relatifs à la réglementation de la transaction, Bigot de Préameneu érigeait ce contrat « au rang de ceux qui sont les plus utiles à la paix des familles et à la société en général » : P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (Ed.1836), Hachette, T. XV, 2014, p. 108.

2373 V. nos développements sur ce privilège : v. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 43 et s.

2374 V. *Supra*, Chap. II, Titre I, Partie II, n° 267 et s.

2375 C. com., art. L. 611-6, al. 2.

2376 C. com., art. L. 621-1.

2377 C. com., art. L. 611-8 ; art. L. 620-1, al. 2.

ne contreviennent à aucune disposition d'ordre public et que le plan n'est pas manifestement disproportionné. Négociation et sécurité juridique vont donc indéniablement ensemble.

Enfin, le processus négocié permet aux créanciers de décider de leur créance en offrant un ajustement quasi sur mesure aux circonstances[2378]. En effet, un partage entre les sacrifices est établi au sein des négociations. Par exemple, le dirigeant consent des efforts sur sa rémunération, les créanciers accordent des délais et des remises et l'État peut également décider d'accorder des remises de dettes publiques. En d'autres termes, la négociation permet la synthèse des intérêts contraires. Précisément, les solutions négociées permettent de reconsidérer les créances dans l'intérêt futur des parties[2379]. Les efforts ainsi fournis par les créanciers contribuent à la survie de l'activité économique qui en constitue, dans le même temps la contrepartie[2380], la situation du créancier étant indéniablement liée à celle de l'entreprise[2381]. Dans cette optique, il faut cesser de voir le traitement d'une entreprise en difficulté comme un antagonisme entre le débiteur et ses créanciers. Il existe une véritable convergence des intérêts entre tous les acteurs concernés par le sauvetage de l'entreprise.

La confiance ainsi rétablie permet que les créanciers acceptent de participer activement aux négociations et adhèrent à l'accord. En effet, la transmission d'informations économiques et financières tangibles et l'élaboration d'un plan convaincant participent au rétablissement de la confiance des partenaires de l'entreprise en difficulté. Toutefois, il ne s'agit pas d'être trop idéaliste.

266. Les nuances à apporter à la vision idéale de la négociation. La négociation entre le débiteur et ses créanciers tend donc vers une fin commune, un intérêt collectif, le traitement des difficultés de l'entreprise. L'accord qui en résulte est légitime car consenti par les parties, mais il

2378 J.-P. Mattout, « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées », *in Le contrat au secours de l'entreprise (Les modes contractuels de résolution des conflits)*, *R.J. com.* 1999, n° spéc., p. 153, spéc. p. 153 et 154. En s'appuyant sur son expérience de directeur des affaires juridiques de Paribas, l'auteur défend l'idée selon laquelle la confiance est le principal ingrédient dont a besoin d'une entreprise en difficulté pour négocier. Le débiteur doit donc apporter des éléments pour rassurer ses créanciers sur le fait, d'une part, qu'il n'a pas agi avec malhonnêteté et, d'autre part, qu'ils seront protégés dans l'avenir s'ils consentent des sacrifices. Pour l'auteur, il est nécessaire de se montrer « creditors friendly ». La souplesse du traitement ayant l'avantage de laisser aux créanciers le soin de décider avec le débiteur de la solution à apporter aux difficultés est l'une des clés permettant de les convaincre d'y participer.

2379 A. Rizzi, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, préf. C. Champaud, LGDJ, 2007, n° 74, p. 94. L'auteur rappelle justement que la vocation du contrat s'étend à la préservation des intérêts futurs des entreprises en présence.

2380 *Ibid.*, n° 77, p. 98.

2381 *Ibid.*, n° 73, p. 93.

peut également se révéler « *antidémocratique* »[2382]car tous les intérêts concernés par la procédure ne sont pas pris en compte. Il en est ainsi en matière de plans avec comités de créanciers dans lesquels des créanciers minoritaires se voient imposer des sacrifices et en conciliation où des intérêts autres que ceux des personnes appelées à la table des négociations ne sont pas représentés. À l'inverse, il est possible qu'un créancier use de son pouvoir économique sur le débiteur pour exercer sur lui une pression en lui imposant le paiement de sa créance. Effectivement, le traitement négocié peut provoquer dans certaines situations des effets délétères, révélant une certaine forme de soumission du plus faible[2383]. Aux États-Unis, cette idée consistant à voir une inégalité de pouvoir de négociation des parties lorsque leur accès à l'information ou leur poids économique ne sont pas équivalents a été notamment défendue par Owen Fiss. Celui-ci a mis en évidence les effets négatifs de la pratique des accords transactionnels[2384]. En effet, globalement, le « contrat » recouvre des réalités contradictoires. Selon une première conception, il véhicule le principe d'autonomie de la volonté, et partant l'idée que ce qui a été voulu est juste. Mais, dans une seconde acception, il peut être un lieu d'abus, de conflits et de pouvoirs[2385]. Il peut même être un « habillage négocié » d'une politique imposée et unilatérale[2386]. Là se trouvent les limites de l'utilisation des techniques contractuelles dans la production normative. Outre la baisse de la sécurité normative dénoncée par certains[2387], la montée du contrat entraîne de nouveaux assujettissements[2388]. Du reste, le « contractualisme », au sens d'une « *idéologie selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du*

2382 P. Idoux, *op. cit.*, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, t. 2, 2006, p. 547, spéc. p. 555. L'auteur fait ce constat concernant les décisions administratives mais un parallèle peut être fait dans les procédures collectives qui empruntent également cette dynamique contractuelle.

2383 E. Dockès, *«* Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social *»*, *Droit et Cultures*, n°65, 2013, p. 101. Pour l'auteur, les expressions positives de la justice dite *«* alternative *»* sont trompeuses. Supprimer le conflit (*«* résolution des conflits *»*) peut rimer avec la suppression du débat et avec la domination du fort sur le faible. En droit social, univers d'inégalités, de nombreuses illustrations permettent de révéler les limites de ces modes alternatifs. Par exemple, la procédure interne de médiation en matière de harcèlement moral, prévue à l'article L. 1152-6 du Code du travail, permet à l'entreprise de *«* laver son linge sale en famille *»* et met le harcelé dans une situation délicate, mis sur un pied d'égalité avec son harceleur. S'il refuse de signer le rapport du tiers conciliateur, il risque d'être perçu comme le principal causeur de trouble alors même qu'il aurait été victime du harceleur. Par ailleurs, si cette conciliation ne fonctionne pas, les juges accorderont très certainement une grande force probante au rapport du médiateur. Pour une analyse critique similaire de cette procédure : R. Colson et J.-M. Poittevin, *«* La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail *»*, *RDT* 2012, p. 80. Pour ces auteurs, aussi louable que soit l'intention du législateur de régler les problèmes de harcèlement au travail, il est à craindre avec cette procédure de médiation interne que son développement restreigne l'accès à la justice pour les salariés et les représentants du personnel.

2384 O. Fiss, *«* Against Settlement *»*, 93, *Yale Law Journal*, 1073, 1984, cité par F. G'sell-Macrez, *op. cit.*, *D.* 2010, p. 2450.

2385 Ch. Jamin, *«* Plaidoyer pour le solidarisme contractuel *», in Le contrat au début du XXIe siècle*, Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.

2386 J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011, p. 487.

2387 J.-P. Gaudin, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Paris, Presses de Sciences Po, 1999, p. 96.

2388 J.-P. Le Goff, La barbarie douce, La modernisation aveugle des entreprises et de l'école, La découverte, 1999.

lien social »[2389], peut être vu comme une « *composante de l'idéologie économique, qui conçoit la société comme un amas d'individus mus par la seule vertu du calcul d'intérêts* »[2390]. On peut y voir la réactivation des manières vassaliques de tisser le lien social, conduisant à une « *reféodalisation* »[2391] de la société. En somme, dans le cadre du traitement des difficultés des entreprises, sous couvert d'un but collectif, ces accords deviennent parfois des instruments de nouvelles hiérarchies entre les intérêts des parties[2392].

Plus largement, il existe dans tout type d'accord deux types de « volontés » : une véritable volonté et un consentement[2393]. En effet, « *par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement… Par la volonté, je domine ; par le consentement, je me soumets* »[2394]. Dans le traitement négocié des difficultés des entreprises, il est possible de voir un consentement plutôt qu'une véritable volonté de s'accorder tant la situation de l'entreprise s'impose aux parties. Cependant, assimiler les accords de conciliation et les plans négociés à des contrats d'adhésion[2395] serait inapproprié puisque ces contrats se caractérisent par l'absence totale de négociation de l'adhérent[2396].

2389 A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, La couleur des idées, Seuil, 2005, p. 142 et 143. L'auteur différencie le contractualisme de la contractualisation, qui elle désigne l'extension objective du recours aux techniques contractuelles.

2390 *Ibid.*

2391 *Ibid.*, p. 172.

2392 L'abus de faiblesse ou le défaut de consentement, notions de droit communs, en sont les principales illustrations.

2393 G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 54.

2394 M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, n° 3, p. 573.

2395 La révolution industrielle de la fin du XIXe siècle ainsi que la standardisation des biens et des services du XXe siècle se sont accompagnées d'un essor des contrats d'adhésion (contrats de transports, de fourniture de biens et de services, contrat de travail, etc.), emportant de fait des déséquilibres. L'hypothèse du contrat d'adhésion, théorisé notamment par Saleilles au début du XXe siècle, repose sur un acte de contracter dont le contenu est prédéterminé par un contractant auquel adhère l'autre partie. Si les éléments de définition varient selon les auteurs, il est néanmoins indiscutable qu'il s'agit d'une adhésion à un contenu contractuel sans que le contractant qui adhère ne puisse peser sur ce dernier. La doctrine juridique allemande a considéré qu'il s'agissait, d'un point de vue substantiel, d'un véritable acte réglementaire unilatéral bien qu'il constitue formellement un contrat de droit privé. Cette théorie n'a cependant pas été suivie. Toutefois, l'importance de ces mutations a permis de repenser la conception du contrat, non plus fondé sur une rencontre de volontés libres et égales. V. à ce sujet : R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Pichon, 1901, n° 89, p. 229 ; J. Rochfeld, *op. cit.*, Thémis droit, PUF, 2011, p. 441.

2396 L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est venue donner une définition légale au contrat d'adhésion en ce sens : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. » (C. civ., art. 1110, al. 2.). Par ailleurs, désormais, dans le doute le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé (C. civ., art. 1190).

Quoi qu'il en soit, malgré ces limites, la négociation permet, de manière générale, de restaurer le lien de confiance entre le débiteur et ses créanciers, ce qui est souhaitable dans un contexte de crise.

Conclusion de la section. Le traitement négocié des difficultés des entreprises s'inscrit dans un mouvement plus large d'acceptabilité de la norme. Le droit des entreprises en difficulté est en effet aujourd'hui davantage fondé sur une rationalité procédurale qui encourage le dialogue entre le débiteur et ses créanciers, ce qui leur permet d'accepter plus aisément la solution retenue car ils sont intégrés à son élaboration. La négociation encouragée par le législateur pacifie ainsi leurs rapports en les impliquant au processus décisionnel et en rétablissant la confiance entre eux. Cette vertu pacificatrice de la négociation a, plus encore, des effets responsabilisant et psychologiques sur le débiteur et ses créanciers. Le débiteur est incité à recourir le plus en amont possible aux instruments mis à sa disposition et ses créanciers se voient mobiliser pour chercher avec lui la solution au sauvetage de l'entreprise. L'acceptabilité de la solution et la restauration du lien de confiance sont donc des vertus importantes en droit des entreprises en difficulté. Elles sont, surtout, des ingrédients nécessaires au succès des négociations. D'autres conditions se révèlent être également indispensables pour faciliter le traitement des difficultés.

Section 2. Les exigences procédurales au service de la vertu pacificatrice

Malgré l'évolution du droit des affaires, au gré des courants qui ont traversé la société française[2397], il est des principes fondateurs qui demeurent inaltérables. Tel est le cas de la sécurité et de la rapidité sur lesquelles ce droit repose[2398]. La faveur faite à la négociation au sein du droit des entreprises en difficulté a permis le renforcement de ces exigences. Le contrôle judiciaire portant notamment sur la protection des intérêts en présence[2399] et l'indépendance des organes[2400] favorisant la négociation sont en effet autant de garde-fous face à la liberté de négociation des

2397 B. Oppetit, « Le droit des affaires demain », *JCP E* 09 janv. 1986, n° 2. L'auteur affirme que : « le droit des affaires a toujours assez fidèlement traduit, au cours de son histoire, les courants qui ont traversé la société française et même aussi la société internationale : on y trouve trace, à des degrés d'intensité variable, de l'étatisme, du corporatisme, du libéralisme, du protectionnisme, du moralisme, de l'économisme, de l'esprit d'entreprise et de l'esprit d'épargne, de l'ouverture sur le monde et du repli sur le pré carré ».

2398 A. Couret, « La réforme des procédures collectives : propos conclusifs », *in La réforme des procédures collectives*, Actes du colloque organisé à l'Université de Nice le 27 mars 2004, *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 49.

2399 Dans le cadre des plans : C. com., art. L. 626-31, al. 1er. Dans le cadre d'une procédure amiable avec notamment l'homologation de l'accord de conciliation : C. com., art. L. 611-8, II.

2400 L'indépendance des organes se traduit notamment par les incompatibilités entre les fonctions de mandataire *ad hoc* ou de conciliateur et d'autres fonctions C. com., art. L. 611-13.

parties. La volonté d'accélérer les procédures transparaît également dans les différentes réformes de la matière. La durée limitée de la procédure de conciliation[2401] et l'instauration de procédures de sauvegardes accélérées[2402] en sont les principales illustrations. Ces valeurs fondamentales se retrouvent donc au cœur du mouvement de contractualisation du droit des entreprises en difficulté. Si elles apparaissent comme inaltérables, d'autres sont au contraire ravivées par ce mouvement.

Parmi les exigences renouvelées par le droit des affaires, l'exemple le plus emblématique est celui de la moralisation des affaires[2403] puisque la recherche légitime du profit ne saurait tout permettre[2404]. La morale[2405] relève en principe de la conscience individuelle. Toutefois, lorsque les individus ont un comportement contraire aux règles d'éthique, le système juridique vient pallier cette situation pour les suggérer ou les imposer[2406]. C'est ainsi qu'en droit des sociétés on parle de « *morale préconisée* »[2407], laquelle se caractérise par la multiplication des codes de gouvernance des entreprises et les recommandations issues des codes de bonne conduite. La contractualisation du droit des sociétés offre d'ailleurs de nombreuses illustrations du principe de loyauté, formellement consacré en la matière[2408], tel le devoir de loyauté des dirigeants à l'égard des associés dégagé dans l'arrêt *Vilgrain* en 1996[2409].

La question des rapports entre la morale et la faillite est, certes, ancienne mais connaît également aujourd'hui une vitalité nouvelle avec la contractualisation du droit des entreprises en

2401 C. com., art. L. 611-6, al. 2.

2402 Sauvegarde accélérée : C. com., art. L. 628-1 et s ; Sauvegarde financière accélérée : C. com., art. L. 626-9 et s.

2403 A. Couret, *art. cit.*, *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 49.

2404 J. Mestre, *«* Ethique et droit des sociétés *», in Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis*, Mél. A. Honorat, Paris, éd. Frison-Roche, 2000, p. 291, spéc. p. 292.

2405 Le terme *«* morale *»* est parfois opposé à celui d' *»* éthique *»*. Toutefois, même si l'étymologie des termes est différente, la distinction peut paraître artificielle tant ils renvoient à la même réalité : O. Franco, *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, préf. E. Claudel, LGDJ, 2016, n° 329, p. 235 ; Ph. Le Tourneau, *«* Existe-t-il une morale des affaires ? *», in La morale et le droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 7.

2406 F. Buy et J. Théron, *«* L'éthique de l'entreprise *»*, *JCP E* 2013, n° 25, p. 1359.

2407 O. Franco, *op. cit.*, LGDJ, 2016, n° 329, p. 235 et 236.

2408 Par exemple, l'obligation de loyauté pesant sur les dirigeants à l'égard de l'entreprise : Com. 24 fév. 1998, Bull. civ. IV, n° 80 (un dirigeant démissionne pour créer une société concurrente et embauche des salariés de son ancienne entreprise. La Cour de cassation énonce que le dirigeant *«* était tenu à une obligation de loyauté à l'égard de cette entreprise *»*).

2409 Com. 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, *JCP G* 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; *D.* 1996, p. 518, note Ph. Malaurie; *RTD civ.* 1997, p. 114, obs. J. Mestre. Dans cette affaire, le dirigeant, lors d'une acquisition des actions de cette société, n'avait pas révélé à son vendeur des éléments de valorisation de ces titres, tenant notamment dans l'existence d'un important actif immobilier mal connu du cédant, et lui avait caché ses pourparlers en vue de leur revente avec un important profit.

difficulté[2410]. L'octroi de libertés supplémentaires pour le débiteur et ses partenaires dans le traitement des difficultés de l'entreprise augmente en effet les risques de comportement déloyal. Certains débiteurs malhonnêtes vont user de ces nouveaux outils de négociation à des fins trompeuses. Dans d'autres situations, ce sont certains créanciers qui vont négocier avec des intentions tout aussi frauduleuses. La vertu pacificatrice de la négociation est donc vaine si les parties ne se comportent pas de manière loyale. La loyauté contractuelle, est, par conséquent, une exigence essentielle dans une matière qui laisse de plus en plus de place aux volontés individuelles **(§ 1)**.

Aux côtés de la condition de loyauté, il est nécessaire qu'un principe de confidentialité soit également respecté par les participants à la négociation pour que la confiance ne soit pas entachée et que le traitement soit gage de succès. Au terme d'un rapport présenté au congrès annuel des juges consulaires, en 2011, sur le thème « Secret des affaires, confidentialité des procédures »[2411], il a été mis en évidence l'urgence à réhabiliter les vertus de la confidentialité dans une matière exigeant toujours plus de transparence[2412]. Cette nécessité est tout aussi prégnante dans un contexte d'évolution du droit des entreprises en difficulté vers plus de négociation. Le législateur a donc fixé la primauté de ce principe dans une distribution motivée par la protection de la partie faible et par la réussite du traitement. Ainsi, le principe de confidentialité trouve également une expression ravivée avec le renforcement de la négociation au sein du droit des entreprises en difficulté **(§ 2)**.

§ 1. La loyauté

La loyauté contractuelle est une notion protéiforme, faite de composantes comme l'obligation d'information, la bonne foi, l'absence d'abus ou encore la coopération. En droit commun des contrats, elle contraint le débiteur à une « *exécution honnête et complète de l'obligation promise, incluant les efforts propres à assurer à son partenaire la satisfaction attendue* »[2413]. Du côté du créancier, elle l'oblige à

2410 C. Saint-Alary-Houin, « Morale et faillites », *in La morale et le droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 159.

2411 Rapport au congrès annuel des juges consulaires qui s'est tenu le 2 décembre 2011 à Nantes, cité par H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE* 01 mai 2012, n° 3, p. 183.

2412 *Ibid.*

2413 A. Bénabent, *Droit des obligations*, Domat, LGDJ, 17e éd., 2018, n° 298, p. 242.

coopérer avec le débiteur pour lui permettre d'exécuter le contrat et lui interdit d'exploiter abusivement sa situation[2414].

Surtout, le devoir de loyauté est consubstantiel à la contractualisation du droit puisque pour concilier les nombreux intérêts divergents, la procédure contractuelle doit être loyale[2415]. La loyauté contractuelle apparaît comme l'une des conditions à respecter par les parties car elle constitue une condition de la réussite du traitement négocié. À ce titre, elle s'impose aussi bien aux parties qui négocient pour trouver une solution aux difficultés de l'entreprise **(A)** qu'aux organes encadrant la procédure **(B)**.

A. La loyauté des parties

267. Le renforcement du devoir de loyauté à la lumière de la réforme du droit des contrats. Depuis la fin du XXe siècle, les juges ont renforcé le devoir de loyauté en matière contractuelle dans un souci de contrôle de moralité dans les contrats[2416], ce que la récente réforme du droit des contrats a pris en compte. L'ordonnance du 10 février 2016[2417] fait en effet reposer la réforme du droit des contrats sur un triptyque : la liberté contractuelle, la sécurité juridique et le devoir de loyauté[2418].

La loyauté englobe la bonne foi désignée par les textes, dont le champ d'application a été considérablement élargi. Elle n'apparaît plus seulement au stade de l'exécution du contrat[2419] puisque désormais les contrats doivent également être négociés et formés de bonne foi[2420]. Elle se retrouve également sous la nouvelle obligation précontractuelle d'information de l'article 1112-1 du Code civil, dont le premier alinéa dispose que « *celle des parties qui connaît une information dont*

2414 *Ibid.*

2415 M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 1212 et s., p. 763 et s.

2416 Les différentes études sur la loyauté ou la bonne foi en droit des contrats en attestent : Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989 ; « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57 et s. ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, nouvelle devise contractuelle ? », *in L'avenir du droit*, Mél. F. Terré, Dalloz, 1999, p. 603.

2417 Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 févr. 2016.

2418 Ph. Dupichot, E. Merly, M. Sénéchal et F. Kopf, « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *in Les AJMJ à l'heure des réformes*, 17e Congrès annuel du CNAJMJ, La Colle-sur-Loup, le 9-10 juin 2016, *BJE* 01 sept. 2016, n° 05, p. 352.

2419 C. civ., art. 1134, al. 3, anc.

2420 C. civ., art. 1104.

l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Certes, le comportement loyal des contractants était déjà contrôlé par les juges dans le cadre de la formation et de la négociation du contrat[2421], mais sa consolidation à droit constant a promu le devoir de loyauté au rang des principes généraux. Un tel renforcement du devoir de loyauté dans le Code civil invite à s'interroger sur ses répercussions pratiques dans le traitement amiable des difficultés des entreprises, qui relève largement du droit commun des contrats. Dans les faits, cette évolution ne modifiera pas le comportement des acteurs de la défaillance car le devoir de loyauté est d'ores et déjà une composante du droit des entreprises en difficulté. En effet, la loyauté préside à toute négociation avec les créanciers. Toutefois, la réforme du droit des contrats consacre légalement une solution jurisprudentielle, affermissant la nécessité de se comporter de bonne foi à tous les stades de l'élaboration du contrat. Dans le cadre des procédures amiables, le respect de cette obligation s'entend donc avec plus de force. À cet égard, la jurisprudence rendue sur ce fondement s'en trouvera certainement davantage confortée.

Quoi qu'il en soit, les changements opérés par la réforme du droit des contrats ne sont pas, en pratique, de nature à modifier la conduite des protagonistes car le devoir de loyauté irrigue la matière depuis longtemps. Le respect de ce principe s'applique tant à l'égard des partenaires de l'entreprise **(1)** qu'à l'entreprise elle-même **(2)**.

1. La loyauté des partenaires de l'entreprise en difficulté

268. La négociation à l'épreuve de la loyauté des créanciers. Rechercher un « traité de paix » sur une « *terre de conflits* »[2422] n'est pas chose aisée. C'est pourtant le mouvement observé actuellement en droit des entreprises en difficulté. À ce titre, le domaine de la négociation ne peut pas s'affranchir d'un certain nombre de principes dont fait partie la loyauté. La question de la loyauté se pose à tous les stades du traitement des difficultés, aussi bien en procédure amiable qu'en procédure collective.

2421 L'idée de loyauté progressait dans la vision des juges au stade de la conclusion du contrat, entraînant une extension du dol. L'obligation de contracter de bonne foi avait donc fait son apparition en jurisprudence à la fin du XXe siècle : Sur la réticence dolosive de la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager : Civ. 1ère, 21 janv. 1981, n° 79-15443, Bull. civ., I, n°25 ; V. depuis : Com. 8 nov. 1983, n° 82-10493, Bull. civ., IV, n°298 ; Civ. 1ère, 18 fév. 1997, n° 95-11816, Bull. civ., I, n°61 ; Civ. 1ère, 13 mai 2003, n° 01-11511, Bull. civ., I, n°114, note R. Libchaber, *Defrénois* 2003, p. 1568 ; Sur l'omission d'informer, dans le cadre d'une cession de société, des conséquences d'un accident de travail d'un salarié : Civ. 1ère, 15 mars 2005, n° 01-13018, Bull. civ., I, n° 136.

2422 L. Le Guernevé, *«* Synthèse négociée : l'accord *», in Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 49.

En procédure amiable, l'esprit de ces traitements doit être fondé sur la bonne foi[2423]. Au-delà de la recherche d'un accord loyalement conclu, il s'agit également d'éviter que certains créanciers ne fassent obstacle de mauvaise foi à l'unanimité requise à l'issue de la négociation.

La menace brandie par le débiteur d'une action en responsabilité contre un de ses créanciers récalcitrant au cours d'une procédure amiable aurait pu être une arme aux fins d'incitation à consentir des efforts. Elle apparaît cependant faible eu égard au principe fondamental de liberté contractuelle, dont la déclinaison est celle de ne pas contracter[2424]. C'est ce que rappelle les juges de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 septembre 2015[2425], en jugeant « *qu'un créancier appelé à négocier dans le cadre d'une procédure de mandat ad hoc n'est pas tenu d'accepter les propositions du mandataire ad hoc* […] *que la banque pouvait, sans faute de sa part, refuser son accord* ». En l'espèce, le dirigeant-caution faisait grief à l'une de ses banques d'avoir refusé de signer l'accord négocié sous l'égide du mandataire *ad hoc* alors que les dix-sept autres créanciers y avaient consenti, ce qui avait entraîné l'échec des négociations pour défaut d'unanimité. En d'autres termes, pour les juges, la banque n'a pas abusé de son droit de propriété sur sa créance en refusant le projet accepté par une large majorité de créanciers. À cet égard, la Cour de cassation adopte une conception stricte de l'abus de droit, lui permettant de rappeler la frontière entre les procédures amiables et judiciaires[2426]. Dans les premières, l'autonomie de la volonté prime, alors que dans les secondes une majorité de créanciers au sein de comités de créanciers peut imposer à une minorité de supporter le plan adopté.

Plus encore, cette application du principe de liberté de ne pas contracter signifie que le non-respect du devoir de loyauté ne saurait résulter que de négociations poursuivies de mauvaise foi. Tel sera par exemple le cas d'un créancier qui sait qu'il ne donnera pas suite à la négociation et qui laisse néanmoins le débiteur dans la certitude d'un accord. Le débiteur qui souhaite contester la rupture brutale des négociations par un créancier peut, à cet égard, rechercher sa responsabilité[2427].

2423 M. Armand-Prévost, « La conciliation judiciaire : solution ou prévention des litiges », *RJ com.* 1994, n° spéc., p. 341, spéc. p. 343.

2424 Sur ce point : V. J. Mestre et B. Fages, « De la liberté de ne pas contracter », *RTD. civ.* 2004, p. 280.

2425 Com. 22 sept. 2015, n° 14-17377.

2426 N. Morelli, « Droit au refus et droit à la confidentialité », *LPA* 07 avril 2016, n° 70, p. 10.

2427 Toutefois, le débiteur ne pourra pas obtenir un accord. De plus, cette responsabilité n'est pas fréquemment obtenue en pratique : T. com. Roubaix-Tourcoing, 19 nov. 2003, *Rev. proc. coll.* 2004, n° 1, p. 40, spéc. p. 42, obs. B. Soinne. Dans cette affaire, un mandataire *ad hoc* avait été désigné pour mettre fin aux difficultés d'un groupe par un accord avec ses partenaires financiers. Un document intitulé « relevé de conclusions » avait été rédigé dans lequel il était prévu la restructuration des concours bancaires (maintien des autorisations de crédit à court terme, suspension des remboursements des crédits à moyen et long terme, cession d'une partie des créances, etc.). L'ensemble des parties avait donné son accord verbal à ce relevé de conclusions. Par la suite, la majorité des établissements financiers réitéra

En procédure collective, la loyauté est également de mise au regard des nombreux intérêts contradictoires qui en sont le siège. Le caractère judiciaire marqué de ces procédures limite le risque de comportement déloyal de la part des créanciers. En effet, la solution définitive leur est classiquement imposée. Quoi qu'il en soit, au nom du devoir de loyauté, les créanciers doivent « jouer le jeu » collectif en acceptant de dialoguer ensemble de façon à ne pas se créer des avantages contrariant le principe d'égalité des créanciers. À tout le moins, le respect de la parole donnée doit les guider lors du traitement.

De façon relativement optimiste, un praticien révèle qu'à partir du moment où sa relation avec son client est ancienne, une banque ne modifiera pas son comportement et cherchera des solutions économiques adaptées[2428]. Généralement, elle maintiendra, avant l'issue de la procédure, les crédits à court terme et gèlera les échéances de moyen terme. D'autant plus que bien souvent les négociations révèlent une « *sorte d'alchimie dans le comportement des acteurs qui laisse présager qu'une solution va être trouvée* »[2429]. Cette affirmation est, pourtant, à nuancer tant certains établissements financiers sont parfois réticents à poursuivre leurs relations avec un débiteur défaillant[2430]. L'octroi de concours frauduleux est également révélateur d'un comportement déloyal de la part des partenaires du débiteur.

269. Le cas de la fraude des prêteurs dans l'octroi de concours. Dans le cadre de son obligation générale « de discernement et de loyauté », l'établissement financier doit s'assurer que celui qui s'engage en concédant une garantie personnelle a conscience de la portée et des risques financiers qui pourraient résulter de l'octroi du concours. La faute résultant de l'absence de mise en garde du dirigeant-caution non averti[2431] engage ainsi la responsabilité de la banque.

En cas d'ouverture d'une procédure collective, le principe d'irresponsabilité est explicitement affirmé. L'article L. 650-1 du Code de commerce, créé par la loi du 26 juillet 2005,

---

son accord, à l'exception d'une banque rompant, par téléphone, les négociations. La question examinée par le tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing reposait donc sur la responsabilité de cet établissement du crédit du fait de la rupture brutale des négociations. Les juges ont rejeté l'action en responsabilité au motif notamment qu'il n'était pas démontré que le créancier ait mis fin aux pourparlers.

2428 P. Lepeytre, «Le rôle central du banquier *», in Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 40.

2429 *Ibid.*

2430 C'est ce qui ressort des expériences de certains praticiens, relatées lors de la table ronde sur *«* La contractualisation du droit des entreprises en difficulté *», in Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 101.

2431 Pour un exemple récent de la preuve de la qualité de caution non avertie : Com. 18 mai 2017, n° 15-25.914. La Cour de cassation considère que la Cour d'appel s'est déterminée par des motifs impropres à établir que la caution était avertie, ce qu'elle ne pouvait déduire de sa seule qualité de dirigeant.

énonce en effet que lorsqu'une procédure collective est ouverte « *les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». Le cas de fraude des prêteurs, le plus souvent commis par des établissements financiers[2432], en est donc l'une des exceptions. À cet effet, il convient d'établir la cause de déchéance et les conditions de la responsabilité, à savoir la faute, le préjudice et le lien de causalité. La responsabilité des prêteurs peut donc être engagée du fait de leur concours frauduleux, lequel suppose une « *machination ou, du moins, un élément intentionnel* »[2433].

Les actes frauduleux peuvent se définir comme des « *acte[s] accompli[s]dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter* »[2434]. Autrement dit, en octroyant son concours, le prêteur a eu une intention malhonnête et la volonté d'avoir un avantage illégitime[2435]. Tel sera notamment le cas de l'octroi au débiteur d'un crédit artificiel afin d'échapper au sort commun des créanciers, ou d'un crédit ruineux, c'est-à-dire disproportionné par rapport aux ressources de l'entreprise[2436]. Bien que la Cour de cassation limite strictement les possibilités de recherche de la responsabilité des banques[2437], en exigeant notamment la preuve d'un concours excessif[2438], il convient qu'elles agissent loyalement afin de favoriser le sauvetage de l'entreprise et de ne pas remettre en cause le principe d'égalité des créanciers.

2432 Pour une étude détaillée : V. A.-L. Capoen, *La responsabilité des banques à raison des concours apportés aux entreprises en difficulté*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Th. Dactyl. Toulouse, 2008.

2433 C. Saint-Alary-Houin*, Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 864, p. 573.

2434 V° *Fraude*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12e éd., Paris, PUF, 2018, p. 424.

2435 Pour M. Xavier De Roux, la fraude se traduit par des actes *«* qui auront été réalisés en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou faits pour échapper à l'exécution des lois *»* : Rapport n° 2095 déposé le 11 février 2005 au nom de la Commission des lois, AN, p. 168.

2436 Sur la distinction entre ces deux cas : V. quelques illustrations jurisprudentielles : Com. 17 mars 2004, n° 01-15.969, inédit ; Com. 22 mars 2005, n° 03-12.922, Bull. civ. IV, n° 67 ; Com. 12 juill. 2005, n° 04-11.605, inédit ; Com. 22 sept. 2009, n° 08-16.669, inédit ; Com. 18 janv. 2011, n° 09-17.161, inédit.

2437 La Cour de cassation apprécie la fraude de façon étroite en exigeant un élément intentionnel. Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion ou de disproportion des garanties prises que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs : Com. 27 mars 2012, n° 10-20.077, JurisData n° 2012-005757 ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2012, p. 1274, note D. Legeais ; *BJS* 2012, p. 493, note Ph. Pétel ; *JCP G* 2012, p. 635, note S. Piedelièvre ; *Gaz. Pal.* 3-4 août 2012, p. 16, obs. Routier ; *BJE* 2012, p. 176, obs. Favario ; *Rev. proc. coll.* 2012, n° 4, obs. D. Demeyere ; La Cour de cassation a par la suite continué à préciser la portée de cette exception de l'article L. 650-1 du Code de commerce : Com. 19 juin 2012, n° 11-18.940, *D.* 2012, p. 1670, obs. A. Lienhard ; Com., 16 octobre 2012, n° 11-22.993, *Rev. Sociétés* 2012, p. 730, obs. Ph. Roussel Galle.

2438 P. Hoang, *«* L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce *»*, *D.* 2012, p. 2034.

En matière de responsabilité des banquiers, la réforme du droit des contrats de février 2016 pourrait avoir un impact sur le droit des entreprises en difficulté en permettant de se placer sur le terrain de la violence économique[2439] plutôt que sur l'article L. 650-1 du Code de commerce qui requiert la réunion de conditions strictes[2440]. Selon les termes de l'article 1143 du Code civil, il y a « *violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». Dans une telle hypothèse, il conviendra toutefois de prouver l'exploitation de la dépendance du débiteur par la banque et l'avantage manifestement excessif que cette dernière a tiré de cet engagement.

Afin que les négociations se déroulent dans les meilleures conditions et soient un succès, le dirigeant et ses associés se doivent eux aussi d'être loyaux.

2. La loyauté des membres de l'entreprise en difficulté

Le principe de loyauté doit être respecté lors des négociations tant par le dirigeant **(a)** que par les associés de l'entreprise en difficulté **(b)**.

a) Le comportement loyal du dirigeant

270. La transparence sur la situation de l'entreprise, gage de loyauté. Que cela soit en procédure amiable ou en procédure collective, le dirigeant d'une entreprise se doit d'être loyal lorsqu'il transmet les informations sur sa situation. Le respect de la loyauté est en effet un gage de réussite des négociations. Les créanciers recherchent la transparence, la véracité des informations pour pouvoir poursuivre les négociations et forger leur opinion sur l'entreprise et son devenir. À ce titre, le dirigeant doit accepter une transparence de ses comptes et déterminer de façon réaliste sa capacité à rembourser ses créanciers.

Le renforcement de la loyauté dans les traitements des entreprises en difficulté a notamment été réalisé par le biais de l'augmentation des pouvoirs d'investigation du président du tribunal sur la situation de l'entreprise dès la phase amiable[2441]. Les informations fournies par le

2439 C. civ., art. 1143.

2440 J.-J. Ansault, « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE* 01 mars 2017, n° 2, p. 148, spéc. p. 152.

2441 V. *Supra*, Chap. II, Titre II, Partie I, n° 155.

chef d'entreprise doivent être exactes et complètes afin que la négociation se déroule de façon loyale et aboutisse à une solution efficace. Si les organes de la procédure s'assurent de la véracité des informations diffusées par le débiteur, encore faut-il que ce dernier fasse preuve à leur égard de loyauté dans la transmission des informations. Par conséquent, la coopération du débiteur avec les différents organes de la procédure est essentielle. Au-delà de l'information transmise par le dirigeant, ce dernier ne doit pas avoir un comportement déloyal durant les négociations. Tel doit notamment être le cas lorsqu'il demande des délais de grâce dans le cadre d'une procédure amiable.

271. La loyauté attendue dans l'hypothèse d'une demande des délais de grâce. Depuis la loi de sauvegarde de 2005, le président du tribunal peut faire application de l'article 1343-5 du Code civil relatif aux délais de grâce dans l'hypothèse où un créancier poursuit ou met en demeure le débiteur durant la conciliation. Lorsque le créancier n'a pas été appelé à la table des négociations il n'aura pas connaissance de la conciliation en raison de la confidentialité qui lui est attachée. Dans un tel cas, le débiteur le paiera à échéance. Cependant, on peut craindre qu'un débiteur agisse de manière déloyale en omettant de le payer afin de bénéficier des délais de grâce[2442]. Une telle situation sera néanmoins rare en principe en raison du contrôle rigoureux de la demande, opéré par le président du tribunal. Au demeurant, si on attend du débiteur un comportement loyal sur les informations qu'il doit transmettre sur ses difficultés, il en est de même lorsqu'il demande des délais de grâce.

Dans certains cas, les associés peuvent également agir à des fins malhonnêtes pour mettre en échec les négociations, notamment lorsqu'ils usent de leur droit de vote. Or, un comportement loyal de leur part est également attendu dans le cadre du traitement des difficultés de l'entreprise.

b) L'exercice non-abusif du droit de vote des associés

272. L'attente d'une participation loyale des associés au traitement des difficultés de l'entreprise. Acteurs à part entière dans le traitement des difficultés des entreprises[2443], les associés peuvent mettre à mal la négociation visant l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Une modification des statuts de la société (changement de direction, changement de forme juridique, augmentation ou réduction du capital, etc.) est parfois nécessaire au sein d'un plan. Subordonnée à un vote favorable des associés, la modification statutaire peut toutefois être tenue

2442 Ph. Roussel Galle, *« Loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives », in Loyauté et impartialité en droit des affaires*, Actes du colloque organisé à Deauville par l'Association Droit et Commerce les 31 mars et 1er avril 2012, *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2012, n° 144 et 145, p. 78, spéc. p. 83.

2443 V. *Supra*, Chap. I, Titre II, Partie I, n° 113 et s.

en échec par des associés récalcitrants. Le comportement abusif des associés, lorsqu'ils font prévaloir leur intérêt personnel sur l'intérêt commun, traduit ainsi la violation du devoir de loyauté qui repose sur eux[2444]. Un contrôle est alors opéré sur l'usage abusif de leur droit de vote.

273. Les précisions terminologiques sur l'abus. L'abus est une « action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite »[2445]. La théorie de l'abus de droit a pour but « de corriger certaines conséquences jugées néfastes de la reconnaissance de droits subjectifs au profit des personnes physiques ou morales. Par son inspiration, elle s'apparente ainsi à d'autres correctifs, tels que la bonne foi, l'équité ou la règle fraus omnia corrumpit »[2446]. Les frontières entre l'abus et de nombreuses notions sont donc ténues[2447]. En droit des entreprises en difficulté, l'exercice abusif du droit de vote des associés peut avoir des conséquences importantes sur l'avenir de l'entreprise en difficulté. Ce faisant, des limites qui entourent le droit de vote, issues du droit des sociétés, permettent de surmonter parfois l'opposition des associés.

274. Les limites au droit de vote des associés : l'abus de minorité et de majorité. L'abus est en droit des sociétés une limite traditionnelle de l'exercice du droit de vote des associés. L'abus de minorité ou de majorité est généralement invoqué lorsque la société est *in bonis* mais rien ne s'oppose à ce qu'il s'applique en sauvegarde ou en redressement judiciaire lorsque des associés bloquent les négociations en s'opposant, par exemple, à une modification statutaire.

Selon la jurisprudence[2448], l'abus de minorité est constitué lorsque le comportement des associés minoritaires est contraire à l'intérêt social et motivé par leurs propres intérêts. L'arrêt *Flandin* du 9 mars 1993[2449] précise que l'abus est retenu lorsque les minoritaires interdisent « *la*

2444 J.-.J. Caussain, *«* À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société *»*, *in* Mél. Mercadal, Francis Lefebvre 2002, p. 303, spéc. p. 312 et s. L'auteur admet néanmoins qu'aucune décision judiciaire n'est venue sanctionner un abus du droit de vote d'un associé en se fondant expressément sur la notion de loyauté.

2445 V° Abus, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12e éd., Paris, PUF, 2018.

2446 V° A. Sériaux, *«* Abus de droit *»*, *in Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, Paris, PUF, 2003, p. 2 et s., spéc. p. 2.

2447 L'abus entretient également des liens étroits avec la fraude, laquelle *«* côtoie d'autres notions telles que l'abus de droit, le détournement de pouvoir et même l'ordre public dans la mesure où un manquement avéré à la loyauté heurte celui-ci *»* : V° B. Audit, *«* Fraude *»*, *in Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, Paris, PUF, 2003, p. 755 et s., spéc. p. 755.

2448 Com. 14 janv. 1992, arrêt Vitama, Bull. civ. IV, n° 19, *D.* 1992, p. 337, note J.-C. Bousquet ; *JCP G* 1992, II, 21849, note J.-F. Barbiéri ; *JCP E* 1992, II, 301, note A. Viandier ; *BJS* 1992, p. 273, note P. Le Cannu ; Com. 15 juillet 1992, Bull. civ. IV, n° 279, *D.* 1993, p. 279, note H. Le Diascorn.

2449 Com. 9 mars 1993, Flandin, Bull. civ. IV, n° 101, *D.* 1993, p. 363, note Y. Guyon.

réalisation d'une opération essentielle » pour la société[2450]. La contrariété à l'intérêt social est aisée dans le cadre du traitement des difficultés de l'entreprise car, comme l'indique Monsieur le Professeur Cabrillac, lorsque la survie de la société est en jeu, « *il ne s'agit pas tant d'apprécier l'atteinte à l'intérêt social que le vote négatif a pu réaliser que la conformité à cet intérêt du projet repoussé* »[2451].

De nombreux motifs au refus du vote peuvent révéler la poursuite d'un intérêt égoïste de l'associé[2452]. Tel ne sera pas le cas lorsqu'il s'agit de défendre une vision différente de l'intérêt social que celle proposée par les majoritaires ou encore lorsque le refus repose sur le fait que la modification statutaire ne lui paraît pas opportune pour traiter les difficultés de l'entreprise. Il reste que, même si les minoritaires peuvent toujours refuser de voter une modification statutaire dans le projet de plan de sauvegarde ou de redressement, leur opposition apparaîtra nécessairement comme déloyale dès lors que le tribunal aura attesté du sérieux du plan en l'approuvant[2453].

275. Des sanctions fortes de l'abus du droit de vote. L'allocation de dommages et intérêts n'est pas la seule sanction de l'abus de minorité[2454]. La Cour de cassation, refusant que les juges du fond se substituent aux associés, a néanmoins décidé qu'il leur était possible « *de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires* »[2455]. En réalité, cette solution marque l'immixtion judiciaire dans la décision des associés[2456]. Une telle sanction permet alors de surmonter l'opposition des minoritaires puisque le mandataire votera en

2450 Pour d'autres illustrations dans lesquelles l'abus est retenu lorsque les minoritaires bloquent une « opération essentielle » : Civ. 3e, 14 fév. 2007, *Dr. Sociétés* 2007, com. n° 67, note F.-X. Lucas ; Com. 31 mars 2009, *JCP E* 2009, n° 1844, p. 23, note G. Royer. L'abus retenu dans le cas où les minoritaires bloquent une « opération nécessaire à la survie de la société » : Com. 27 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 159, *D.* 1998, p. 182, note J.-C. Hallouin ; Com. 18 juin 2002, *BJS* 2002, p. 1197, note L. Godon.

2451 M. Cabrillac, « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », *in* Mél. A. Colomer, Litec, 1993, p. 109, spéc. p. 115.

2452 Les motifs sont variés : il peut s'agir de la crainte de voir leur participation diluée à la suite de l'augmentation de capital ou leur éviction du capital suite au « coup d'accordéon » proposé.

2453 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 654, p. 371 et 372.

2454 Com. 14 janv. 1992, arrêt *Vitama*, préc. Dans cet arrêt, la Cour de cassation énonce que « hormis l'allocation d'éventuels dommages-intérêts, il existe d'autres solutions permettant la prise en compte de l'intérêt social ».

2455 Com. 9 mars 1993, arrêt *Flandin*, préc. Cette solution a été réaffirmée par la suite : Com. 31 mars 2009, préc. ; Civ. 3e, 16 déc. 2009 (le juge ne peut pas fixer le sens du vote du mandataire qu'il désigne), *JCP E* 2010, 1145, p. 32, obs. F. Deboissy et G. Wicker.

2456 En ce sens également : J.-F. Barbiéri, « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », *in Liber amicorum*, Mél. D. Schmidt, éd. Joly Editions, 2005, p. 51, spéc. p. 56.

faveur de la modification statutaire lorsqu'elle s'insère dans un projet de plan permettant le règlement des difficultés[2457].

L'abus de majorité est également sanctionné lorsque la décision des majoritaires est contraire à l'intérêt social et prise au détriment des intérêts légitimes des minoritaires[2458]. La question de la sanction ne pose pas de difficulté. Contrairement à l'abus de minorité, l'adoption d'une décision sociale, à la suite de l'exercice abusif du droit de vote des associés majoritaires, est sanctionnée par la nullité de la décision. Dans une telle hypothèse, l'annulation de la décision litigieuse ne permet pas de surmonter l'opposition des majoritaires. En effet, les associés majoritaires réitéreront leur refus d'adopter la modification statutaire. Or, cette opposition peut mettre à mal l'adoption d'un projet de plan de sauvegarde ou de redressement puisque l'arrêté du plan par le tribunal n'est pas possible.

En revanche, puisque l'abus d'un droit constitue une faute et que l'entreprise en difficulté subit un préjudice en raison de l'échec du plan, les associés majoritaires engagent leur responsabilité civile délictuelle[2459]. Ainsi, le droit de vote des associés est maintenu selon le droit des sociétés, dans le traitement judiciaire des difficultés de leur entreprise. En raison du principe d'intangibilité des engagements, ils ne sont pas contraints de soutenir financièrement la société[2460]. Toutefois, ils courent le risque de voir leur responsabilité engagée lorsqu'ils font échec à l'adoption d'un plan par leur opposition à une modification statutaire. En définitive, le comportement des associés doit suivre « *un principe de coopération volontaire au redressement* »[2461].

2457 Concernant la modification du capital social : C. com., art. L. 631-9-1 : « Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter la reconstitution du capital, à concurrence du montant proposé par l'administrateur, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan ».

2458 Com. 18 avril 1961, Bull. civ. IV, n° 175, *JCP G* 1961, II, 12164, note D. Bastian ; *RTD com.* 1961, p. 634, obs. R. Houin. Les juges du fond n'avaient pas que la résolution litigieuse avait été prise « contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser le groupe des associés majoritaires ».

2459 Com. 30 nov. 2004, n° 01-16581, BJS 2005, p. 241, note P. Le Cannu. Dans cet arrêt, les juges rappellent que la résolution d'une assemblée d'actionnaires prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique but de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité constitue un abus de majorité et engage la responsabilité de ses auteurs. Une telle sanction peut également être mise en œuvre en cas d'abus de minorité.

2460 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 661 et s., p. 375 à 377. L'auteur énonce que le maintien du droit de vote des associés prévu par le droit des sociétés peut constituer une source de difficultés lorsque les associés s'opposent au projet de plan de continuation. À ce titre, le droit des entreprises en difficulté imposera une autre solution : le plan de cession.

2461 Y. Guyon, note ss. Com. 15 janv. 1991, *Rev. Sociétés* 1991, p. 383, spéc. p. 385.

Outre le comportement loyal des parties, le cadre des négociations doit également être sécurisé.

B. La loyauté procédurale

276. La loyauté des organes de la procédure. Le déroulement de négociations pour traiter les difficultés d'une entreprise soulève également la question de la loyauté des organes de la procédure[2462].

L'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire étant au centre d'intérêts contradictoires, leurs décisions durant les négociations, et plus généralement leur conduite pendant la procédure collective, doivent être guidées par l'esprit de la loi. Ainsi, l'administrateur judiciaire qui conclut à la pertinence d'un plan de cession, ou le mandataire judiciaire qui engage une action en responsabilité contre un dirigeant au nom de la défense de l'intérêt collectif, remplissent leur mission avec loyauté, impartialité et indépendance[2463]. De plus, l'organe de la procédure est un moteur pour faire avancer les négociations et donner l'impulsion du débat contradictoire. En tant que professionnel indépendant, il est un élément-clé de la négociation[2464]. C'est d'ailleurs ce qui le différencie nettement des professionnels en Angleterre ou aux États-Unis, lesquels sont moins indépendants à l'égard des parties[2465].

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 novembre 2016[2466] est intéressant en ce qu'il précise la loyauté attendue des organes de la procédure. En l'espèce, dans le cadre d'un redressement judiciaire converti en liquidation judiciaire, une cession de fonds de commerce avec la reprise de six salariés avait été autorisée par le juge-commissaire. Après la reprise, une salariée a fait valoir son droit à la retraite. Le repreneur a dès lors demandé la prise en charge de l'indemnité par la liquidation judiciaire, demande qui a été rejetée au motif qu'il ne pouvait ignorer l'âge de la

2462 Le juge ne fera pas l'objet de développements dans cette sous-partie. Pour rappel, celui-ci est soumis aux règles classiques du Code de procédure civile qui visent à assurer son indépendance et son impartialité : v. *Supra*, Chap. II, Titre I, Partie II, n° 240.

2463 Ph. Roussel Galle, *art. cit.*, *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2012, n° 144 et 145, p. 78, spéc. p. 82.

2464 Un ancien président du tribunal de commerce de Nanterre, M. François Chassaing, évoque le rôle important de cet acteur, qu'il nomme « Monsieur Loyal », en insistant sur la personnalité de ce dernier pour faire « avancer les choses» : F. Chassaing, « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *in* Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 101, spéc. p. 104.

2465 Tel est notamment le cas du professionnel dans le cadre d'un *scheme of arrangement* anglais, issu du droit des sociétés : J. Baron, « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *in* Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 101, spéc. p. 104.

2466 CA Paris, 29 nov. 2016, n° 16/06634, Actualité, Editions législatives, 3 fév. 2017, note O. René-Bazin.

salariée. En outre, la cession d'un fonds de commerce ayant un caractère forfaitaire et aléatoire, le cessionnaire est tenu dans les limites de son offre d'accepter les conséquences, les risques et les charges découlant de l'exploitation du fonds. En appel, le repreneur soutenait que le dossier de l'administrateur judiciaire classait les salariés par catégories professionnelles, ne faisant pas mention d'indications personnelles sur les salariés repris. L'appel fut toutefois rejeté. Aucun manquement au devoir de loyauté n'a été retenu à l'encontre des organes de la procédure et le repreneur devait lui-même procéder à des audits avant le dépôt de son offre. Cet arrêt, illustrant les devoirs des différents acteurs en matière d'information lors d'une cession, invite à la vigilance du repreneur mais aussi à la communication d'informations essentielles par les organes de la procédure au titre des bonnes pratiques[2467].

Au stade des procédures amiables, le mandataire *ad hoc* et le conciliateur doivent également avoir un comportement loyal, d'autant plus que leur nom peut être proposé par les débiteurs. Ils ne doivent pas, dans une telle hypothèse, être considérés comme leur représentant. Ils font le lien entre les parties et en veillent à ce que les négociations se déroulent de manière loyale. Plus généralement, ils doivent garantir la transmission d'informations dans les négociations qu'ils conduisent. De plus, chaque créancier doit exprimer contradictoirement son point de vue. Aussi, le résultat des négociations bilatérales entre le débiteur et un de ses créanciers devrait être porté à la connaissance de tous les participants à la négociation afin d'éviter les risques de situation préférentielle.

En tout état de cause, en cas de comportement fautif d'un organe de la procédure, sa responsabilité civile pourrait être engagée.

277. La mise en œuvre de la responsabilité civile des organes de la procédure. La question de la responsabilité civile d'un organe de la procédure se pose en cas de comportement déloyal de sa part. Cette hypothèse ne s'est toutefois pas encore rencontrée en jurisprudence. Elle est d'autant plus difficilement envisageable à l'encontre de mandataires *ad hoc* et de conciliateurs, lesquels n'ont pas de pouvoir propre, ni aucune obligation de résultat de parvenir à accorder les parties[2468]. En revanche, en cas d'échec de l'accord, dû notamment à leur comportement déloyal, l'engagement de

2467 G. Teboul, « Droit des entreprises en difficulté : les nouveaux arrivages », *Gaz. Pal.* 21 mars 2017, n° 12, p. 30.

2468 F. Abitbol, C.-H. Carboni, J.-P. Fabre, P. Guigon et M. Menjucq, « Responsabilité civile dans les missions amiables », *BJE* 01 nov. 2012, n° 06, p. 426.

leur responsabilité civile n'est pas impossible[2469]. Un tel contentieux est donc susceptible de se développer avec l'essor du processus négocié dans le droit des entreprises en difficulté.

En définitive, un comportement loyal des participants et des organes de la procédure maintient le climat apaisé généré par la négociation. Il est en outre un gage de son succès. Au demeurant, une réception de cette notion par les textes pourrait être envisagée dans le cadre d'une prochaine réforme. Dans cet esprit, puisque la notion de confidentialité est consacrée dans les textes[2470] et vient aujourd'hui de l'être en droit commun des contrats[2471], rien ne semble s'opposer à ce que la loyauté – ou la bonne foi – soit consacrée par le législateur en droit des entreprises en difficulté. Cette consécration législative renforcerait notamment la sécurité des négociations et des accords. Quoi qu'il en soit, la loyauté semble être la condition *sine qua non* de la confidentialité requise au cours de la négociation.

§ 2. La confidentialité

La confidentialité peut être définie comme « *la qualité d'une information divulguée sélectivement* »[2472]. Elle est intrinsèque au traitement amiable des difficultés. En mandat *ad hoc* et en conciliation, le respect de cette obligation est en effet énoncé à l'article L. 611-15 du Code de commerce. Cette confidentialité est d'abord liée à l'absence de publicité donnée à l'existence de la procédure, mais elle est également attachée à son déroulement. Autrement dit, les informations de l'entreprise qui ont circulé pendant les négociations ainsi que le contenu de l'accord[2473] ne doivent pas être divulgués. La confidentialité est donc un attrait majeur pour les débiteurs et leurs créanciers dans le cadre des traitements amiables ainsi qu'une des clés du succès de leur négociation[2474]. Si elle est principalement consacrée par le législateur dans les procédures amiables – qui feront en conséquence majoritairement l'objet de notre analyse – la confidentialité n'est cependant pas absente des procédures collectives lorsqu'il y a de la négociation entre le débiteur et ses créanciers. La confidentialité est donc une valeur essentielle du droit des entreprises en difficulté, réaffirmée

2469 *Ibid.*

2470 C. com. art., L. 611-15.

2471 C. civ. art., 1112-2.

2472 A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA* 07 août 2006, n° 156, p. 4.

2473 Sauf en cas d'homologation de l'accord : C. com., art. L. 611-8, II.

2474J. Deharveng, « Philosophie de la réforme des procédures collectives et présentation du nouveau cadre juridique », *Lamy Droit commercial* 2005.

avec l'accroisement de la négociation **(A)**. Cependant, des incertitudes demeurent toujours quant à son champ d'application **(B)**.

A. La faveur faite à la confidentialité

Le traitement à l'amiable des difficultés d'une entreprise est « une affaire entre les parties » dont la règle dominante est la confidentialité. L'amiable et la confidentialité sont en effet étroitement liés puisque le principal atout de la procédure amiable repose sur son caractère confidentiel. C'est à ce titre que le législateur a renforcé le principe au fil des réformes. Paradoxalement, le principe de transparence a gagné, dans le même temps, du terrain au profit des créanciers amenés à participer à la négociation. On observe, pour autant que la transparence et la confidentialité sont des principes non exclusifs l'un de l'autre **(1)**. Si l'information est de mise pour gagner la confiance des créanciers participants, la confidentialité du déroulement des négociations, et plus généralement la confidentialité des difficultés de l'entreprise, est indispensable à l'égard des tiers pour faciliter son sauvetage. Favorisée par le législateur, la confidentialité apparaît donc comme une exigence essentielle du traitement négocié des difficultés d'une entreprise dont il faut observer les principales manifestations **(2)**.

1. La coexistence entre confidentialité et transparence

278. Le besoin de confidentialité dans le milieu des affaires. La quête de la discrétion dans les affaires n'est pas nouvelle et s'explique historiquement, bien qu'elle n'ait pas eu la même résonnance selon les époques. Dans l'Antiquité, le secret des affaires était quasiment inexistant puisque les actes patrimoniaux étaient publics en raison de la rigidité du formalisme juridique[2475]. Au Moyen Âge, l'économie marchande possédait une dimension éthique englobant les valeurs de confiance sanctionnées par le milieu[2476] et reposant sur une certaine discrétion. Mais c'est principalement à partir du Second Empire que les contrats privés et commerciaux commencèrent à se réaliser dans le secret, élément essentiel du jeu de la Bourse[2477]. Ainsi, à l'origine, le secret apparaissait comme une protection de la bourgeoisie d'affaires, soucieuse de ne pas divulguer sa fortune. Aujourd'hui, le secret des affaires recoupe une acception plus large. Les difficultés d'une entreprise font partie des informations qu'il est important pour les dirigeants de garder secrètes.

2475 R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, Domat, LGDJ, 2e éd., 2013, n° 90.

2476 B. Oppetit, « Ethique et vie des affaires » in Mél. A. Colomer, Litec, 1993, p. 319.

2477 C. Gavalda, « Le secret des affaires » in Mél. J. Savatier, Dalloz, 1965, p. 291.

De nombreuses raisons expliquent ce besoin de secret dans la vie des affaires. Deux séries d'explications peuvent être apportées : l'une d'ordre psychologique, l'autre d'ordre économique. Dans un premier temps, la psychologie de l'entrepreneur est celle de tout être humain pour qui se cacher est un besoin instinctif. Le Doyen Carbonnier observait que ce besoin provient de l'enfance : « *déjà les enfants aiment se cacher* […]. *Les juristes ont transcendé ce besoin de se cacher en un droit au secret* »[2478]. Selon Monsieur Jean-Paul Courtheoux, le secret est devenu un *« réflexe héréditaire »* de l'entrepreneur français qui aurait une mauvaise conscience sociale depuis la période marxiste[2479]. Dès lors, pour les commerçants se cacher est une manière d'intérioriser l'interdit de l'argent. Ce droit au secret constitue, pour d'autres, une protection de la vie privée[2480]. Dans un second temps, un fondement économique justifie le besoin de ne pas révéler certaines informations. Le secret semble être la clef du succès : les entreprises se protègent des indiscrétions des tiers pour préserver leur secret de fabrication et leur crédit. Parallèlement, aux côtés du secret des affaires, on trouve aussi l'exigence de transparence et le besoin d'information croissant[2481].

279. Le renforcement récent de l'exigence de transparence. Une évolution récente se dessine au terme de laquelle les entreprises tendent à devenir des « maisons de verre », « *le périmètre du secret des affaires se trouv*[ant] *progressivement cantonné aux seuls éléments qui méritent d'être protégés* »[2482].

Le principe de transparence innerve en effet de plus en plus le droit des sociétés qui exige des entreprises la publication de nombreuses informations[2483]. Inversement, le droit des entreprises en difficulté assure la confidentialité des traitements amiables afin de ne pas divulguer aux tiers les difficultés de l'entreprise. Toutefois, le besoin de transparence s'y fait également grandissant. Ainsi, de façon paradoxale, les tiers peuvent facilement avoir connaissance de la situation d'une entreprise par le biais de la publication exigée par les deux matières. Parmi ces renseignements, les comptes

2478 J. Carbonnier, *«* Propos introductifs *»* in *La transparence*, Actes du colloque organisé à Deauville les 19-20 juin 1993 par l'Association Droit et Commerce, *RJ com.* 1993, n° spéc., n° 4, p. 9.

2479 J.-P. Courtheoux, *«* Les secrets économiques *»*, *Revue économique*, 1958, p. 547, cité par C. Gavalda, *«* Le secret des affaires *»* in Mél. J. Savatier, Dalloz, 1965, p. 291.

2480 L. Martin, *«* Le secret de la vie privée *»*, *RTD civ.* 1959, p. 227.

2481 M. Crémieux, *«* Le secret des affaires *»* in *L'information en droit privé*, ss. la dir. de Y. Loussouarn et P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 457, spéc. p. 459.

2482 J.-Ph. Haehl, *«* La réforme du droit des entreprises en difficulté : les principales innovations du décret du 21 octobre 1994 - Rapport de synthèse *»*, *LPA* 14 juin 1995, n° 71, p. 39.

2483 E. Garaud, *La transparence en matière commerciale*, ss. la dir. de D. Legeais, Thèse Limoges, 1995, n° 352 et s., p. 218 et s. ; Sur la conjugaison du principe de transparence en droit des sociétés et de la confidentialité des traitements amiables en droit des entreprises en difficulté : G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 191 et s., p. 128 et s.

annuels de certaines sociétés[2484] doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce. Par ailleurs, l'inscription des privilèges du Trésor Public et de l'Urssaf à un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance est un indice important de difficultés de l'entreprise[2485]. Le droit des entreprises en difficulté renforce aussi la transparence de la situation financière de l'entreprise en permettant la publication des comptes sociaux sous astreintes[2486]. En d'autres termes, seule l'existence de l'ouverture d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation est confidentielle[2487], non la situation des entreprises.

De plus, depuis la loi de sauvegarde de 2005, le jugement d'homologation de l'accord de conciliation fait l'objet d'une plus large diffusion que l'ancienne ordonnance d'homologation dont la communication était restreinte[2488]. Désormais, le jugement est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance, révélant dès lors l'existence de la procédure de conciliation[2489]. Il ne reprend toutefois pas le contenu de l'accord sauf les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution ainsi que les montants garantis par le privilège de *new money*[2490]. Les tiers peuvent ainsi être informés des garanties susceptibles d'affecter le patrimoine du débiteur. En somme, un jeu subtil se crée entre l'information et la confidentialité.

280. La confidentialité et la transparence : des principes complémentaires. La transparence n'est donc pas bannie des procédures amiables, par nature confidentielles. Bien au contraire, le législateur n'a cessé de trouver un juste équilibre entre l'information à transmettre aux créanciers participants et aux organes de la procédure et la confidentialité nécessaire à l'égard des tiers. C'est ainsi que dans les traitements amiables, la transmission d'informations précises et réelles au cours de la négociation entre le débiteur et ses principaux créanciers est essentielle[2491]. Cette transparence

2484 Pour les sociétés en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions : C. com., art. L. 232-21 ; pour les sociétés à responsabilité limitée : C. com., art. L. 232-22 ; pour les sociétés par actions : C. com., art. L. 232-23 ; pour les sociétés cotées : C. com., art. R. 232-11.

2485 CGI., art. 1929, 4° ; C. douanes., art. 379 bis ; C. Séc. Soc., art. L. 243-5.

2486 C. com., art. L. 611-2, II.

2487 Si la confidentialité est de mise dans le mandat *ad hoc*, La désignation d'un mandataire *ad hoc* est communiquée, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, aux commissaires aux comptes lorsqu'il en a été désigné (C. com., art. L. 611-3). L'ouverture de la conciliation est, quant à elle, communiquée au ministère public et, si le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, aux commissaires aux comptes et lorsqu'il exerce une profession libérale, à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève (C. com., art. L. 611-6, al. 3).

2488 Sous l'empire du règlement amiable, l'ordonnance du président statuant sur l'homologation de l'accord était notifiée par le greffier au débiteur et aux créanciers signataires de l'accord. Elle était également communiquée au procureur de la République signataires : Art. 38, D. n° 85-295 du 1er mars 1985.

2489 C. com., art. L. 611-10, al. 2.

2490 C. com., art. L. 611-11 et art. R. 611-40.

2491 L'information transmise sur la situation de l'entreprise relève du principe de transparence imposé notamment par le droit des sociétés. Le droit des entreprises en difficulté impose à la société de faire preuve à l'égard de ses créanciers

est nécessaire pour assurer des négociations loyales[2492], et ce dans l'intérêt de tous. L'information transmise permet, en effet, de faire un état des lieux de la situation des difficultés de l'entreprise et de leur origine et d'entreprendre en commun les solutions à envisager. Le diagnostic de la situation de l'entreprise doit être le plus précis et le plus fiable possible afin d'envisager les perspectives de redressement de l'entreprise. C'est pourquoi le législateur de 2005 a renforcé l'information du président du tribunal après l'ouverture d'une conciliation[2493]. Cependant, l'exercice de ce pouvoir est susceptible d'informer de l'existence des négociations les personnes auprès desquelles il souhaite obtenir communication de la situation du débiteur. La réforme de 2014 est, par ailleurs, venue allonger la liste des personnes auprès de qui il peut s'informer, en ajoutant les notaires et les experts-comptables. Elle a également élargi la finalité de cette recherche, laquelle est passée de « *tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière* » à celle de « *tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur et ses perspectives de règlement* »[2494]. Par suite, la confiance des créanciers, apparaissant indispensable pour qu'ils apportent leur soutien au débiteur, est confortée par l'exactitude de la situation financière de l'entreprise. La divulgation et la véracité des informations favorisent donc la négociation.

La levée du secret est indispensable pour l'application d'une thérapeutique appropriée pour « soigner » l'entreprise en difficulté, à la condition toutefois que le secret soit préservé par les confidents de la procédure[2495]. En effet, la délivrance d'une information complète convainc les créanciers de participer aux négociations et dans le même temps il s'agit pour eux de ne divulguer ni les difficultés de l'entreprise, ni les informations transmises au cours de cette procédure. C'est donc bien la confidentialité attachée à ces traitements qui permet une parfaite transparence entre

d'une grande transparence sur sa situation : G. Couturier, *op. cit.*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 211 et s., p. 137 et s.

2492 V. *Supra*, n° 267 et s.

2493 C. com., art. L. 611-6, al. 5.

2494 C. com., art. L. 611-6, al. 5 : « Après ouverture de la procédure de conciliation, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur et ses perspectives de règlement, notamment par les commissaires aux comptes, les experts-comptables, les notaires, les membres et représentants du personnel, les administrations et organismes publics, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement. En outre, il peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur ».

2495J.-M. de Bermond de Vaulx, « Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises », *JCP E* 1995, n° 40, p. 386.

le débiteur et ses créanciers[2496]. Les principes de confidentialité et de transparence ne sont donc pas inconciliables, ils apparaissent même comme complémentaires.

281. Les vertus de la confidentialité et de la transparence. La réhabilitation des vertus de la confidentialité dans une période où une place importante est faite à la transparence est nécessaire. La révélation d'informations peut s'avérer extrêmement préjudiciable pour le débiteur. Les affaires et la guerre ont un dénominateur commun : on mobilise ses troupes pour vaincre la difficulté. À cet effet, dans les affaires comme dans la guerre, la discrétion est gage de succès[2497]. Plus encore, les difficultés d'une entreprise sont perçues comme une forme de maladie qui déclenche la peur, la panique ou l'appétit des tiers[2498]. Or, au regard du « *coût de la transparence* »[2499] dans un contexte où l'argent fait défaut et dans lequel il convient d'être économe[2500], l'obligation de confidentialité paraît être un garde-fou efficace pour que le débiteur ne perde pas la confiance des acteurs du marché et notamment de ses principaux partenaires. La confidentialité s'impose donc au destinataire d'une « *information privilégiée* »[2501] et constitue, au-delà de l'obligation légale, un véritable devoir moral.

La confidentialité ressort inéluctablement comme une nécessité afin d'éviter que la conflagration n'entraîne une situation irrémédiablement compromise du débiteur. La transparence sert, quant à elle, à détecter les difficultés et à redonner confiance aux créanciers participant aux négociations. Notons d'ailleurs qu'avec l'instauration des procédures de sauvegardes accélérées, la ligne de démarcation entre les deux est ténue. La confidentialité est imposée lors des négociations intervenant dans le cadre amiable, en amont de la sauvegarde accélérée, puis elle laisse la place à la transparence une fois la procédure accélérée ouverte. Toutefois, malgré la publicité faite de l'ouverture de ces procédures collectives, l'atteinte à la confidentialité des négociations et de leur résultat semble limitée en raison de la rapidité qu'offrent de telles procédures[2502]. Autrement dit, la phase contractuelle et confidentielle précédant ces procédures permet un passage « éclair » en procédure collective et judiciaire, préservant ainsi le crédit de l'entreprise en difficulté.

2496 H. Bourbouloux, *«* Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés *»*, *BJE* 01 mai 2012, n° 3, p. 183.

2497 Y. Guyon, *«* La transparence dans les procédures collectives *»*, *LPA* 21 avril 1999, n° 79, p. 8.

2498 B. Lyonnet, *«* Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires *»*, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 6.

2499 J. Carbonnier, *«* Propos introductifs *»* in *La transparence*, Actes du colloque organisé à Deauville les 19-20 juin 1993 par l'Association Droit et Commerce, *RJ com.* 1993, n° spéc., n° 4, p 9, spéc. p. 11.

2500A. Sayag, *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, 1992, p. 300.

2501 M. Crémieux, « Le secret des affaires » *in L'information en droit privé*, ss. la dir. de Y. Loussouarn et P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 457.

2502 V. *Supra*, Chap. II, Titre I, Partie I, n° 72.

En définitive, la confidentialité demeure le principe et la transparence, l'exception. Le principe de confidentialité résiste en effet dans l'ensemble à la progression de la transparence[2503]. Il permet néanmoins la diffusion d'informations dans une sphère limitée, et donc une certaine transparence, condition incontestable pour le déroulement d'une négociation loyale. Après avoir mis en lumière la complémentarité entre la transparence et la confidentialité, il convient, à présent, d'analyser les manifestations de la confidentialité au regard de la place grandissante faite à la négociation dans cette matière.

2. Les manifestations de la confidentialité

282. La substitution de l'obligation de confidentialité au secret professionnel. L'obligation de confidentialité est consacrée par les textes depuis la loi de sauvegarde de 2005 et limitée au traitement amiable[2504]. Se substituant au secret professionnel prévu dans la loi de 1984 pour le règlement amiable, la confidentialité s'applique largement à toutes les personnes ayant eu connaissance de l'ouverture de la procédure de conciliation ou de la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Si le principe a été renforcé par son élargissement aux mandats *ad hoc*[2505], la sanction en cas de non-respect n'est plus aussi précise qu'auparavant. En effet, antérieurement, une obligation au secret professionnel pesait sur les organes de la procédure et ses participants. L'ancien article L. 611-6 du Code de commerce énonçait que toute personne appelée au règlement amiable ou qui par ses fonctions en avait connaissance, était tenue au secret professionnel. En étant sanctionnée pénalement dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal[2506], cette obligation assurait une sécurité accrue au chef d'entreprise contre une divulgation de l'ouverture du règlement amiable, et partant des difficultés de l'entreprise, à des tiers.

2503 F. Pérochon, « Coût, transparence et confidentialité », *in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 79, spéc. p. 79 et 80.

2504 C. com., art. L. 611-15.

2505 Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 : C. com., art. L. 611-15. Auapravant, les personnes participant à un mandat *ad hoc* étaient tenues à une obligation de confidentialité selon la jurisprudence : CA Paris, 2 avril 1999, *sté. Gan incendie-accident c/ sté. Cible financière et a.*, n° 1998/19517, note A. Couret, *BJE* 01 nov. 1999, n° 11, p. 1084.

2506 L'article L. 226-13 du Code pénal énonce que : « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ». L'article suivant énumère quant à lui les cas dans lesquels la levée du secret professionnel est possible.

Un tel changement législatif a donc donné lieu à de nombreuses divergences doctrinales. Pour certains, la modification est opportune en raison des sanctions pénales, jugées trop contraignantes pour les acteurs de la procédure[2507]. De la sorte, la substitution d'une obligation de confidentialité au secret professionnel permet « de ne pas effrayer »[2508] les participants à la procédure puisque la sanction en cas de non-respect à l'obligation leur paraîtra moins lourde. Inversement, d'aucuns dénoncent le manque de précision de la sanction et, d'autres, la détermination « arbitraire » du *quantum* de la sanction civile[2509].

Cette modification n'était, nous semble-t-il, pas nécessaire puisque le contenu de l'obligation reste inchangé et la sanction semble moins efficace. Madame la Professeure Jocelyne Vallansan rappelle en ce sens que *« l'idée reste la même, les sanctions seules sont différentes »*[2510]. Outre son manque de précision par rapport au délit de violation du secret professionnel, la sanction civile est surtout moins dissuasive. C'est également sur ce point que la Chambre de commerce et d'Industrie de Paris (CCIP) a émis le plus de réserves lors de son analyse du projet de loi de sauvegarde des entreprises, en s'interrogeant sur l'opportunité de remplacer une obligation au secret professionnel sanctionnée pénalement par une obligation de confidentialité qu'elle considère comme *« beaucoup moins protectrice »*[2511].

Malgré les incertitudes liées à la sanction du non-respect de la confidentialité, cette dernière reste un atout majeur des négociations se déroulant dans les traitements amiables.

283. La confidentialité, véritable marqueur des traitements amiables. La confidentialité est attachée aux traitements amiables en droit des entreprises en difficulté puisqu'elle permet de protéger l'entreprise qui partage de manière restrictive ses difficultés avec les créanciers susceptibles de la soutenir par la négociation d'accords. Si sa sanction peut être critiquable, la jurisprudence condamne néanmoins avec force la violation de cette obligation.

2507 C. Thévenot, *«* Mandat *ad hoc* et conciliation : de nouveaux outils pour une meilleure prévention *»*, *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 14 ; I. Rivière-Pavard, *«* Les acteurs des procédures », *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 12.

2508 F. Macorig-Venier, *«* Du règlement amiable à la conciliation *», in La sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse, le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 352, spéc. p. 353.

2509 A. Jacquemont, « La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers », *Rev. proc. coll.* 2004, n°11, p. 290.

2510 J. Vallansan, *«* La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ? *»*, *LPA* 14 juin 2007, n°119, p. 9.

2511A. Outin-Adam et S. Bienvenu, *«* Projet de loi de sauvegarde des entreprises : réaction de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris *»*, *JCP E* 2004, n°38, p. 1409.

Plusieurs arrêts peuvent être cités en ce sens. D'une part, l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 septembre 2015[2512] qui décide que « *c'est à bon droit que la cour d'appel a écarté des débats l'attestation remise à la caution de la société débitrice par le mandataire ad hoc de celle-ci, dans laquelle, au mépris de l'obligation de confidentialité qui le liait par application de l'article* L. *611-15 du code de commerce, il stigmatisait l'attitude de la banque lors des négociations* ». D'autre part, un arrêt du 15 décembre 2015[2513] concerne une société éditrice d'un site d'informations financières, spécialisée dans le suivi de l'endettement des entreprises, ayant publié un article commentant l'ouverture d'un mandat *ad hoc* d'une entreprise en difficulté et qui, par la suite, a diffusé divers articles rendant compte de l'évolution des procédures en cours et des négociations engagées. Alors que la cour d'appel avait fait primer la liberté d'informer du journaliste sur la confidentialité, les juges de la Cour de cassation ont décidé que la diffusion d'informations relatives à une procédure préventive, couvertes par la confidentialité, sans qu'il soit établi qu'elles contribuent à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général, constitue à elle seule un trouble manifestement illicite. À la suite de cette décision, il s'agissait pour la Cour d'appel de Versailles de juger au fond l'auteur de la violation de la confidentialité afin d'obtenir réparation du préjudice causé à l'entreprise en difficulté[2514]. Si, selon la cour d'appel, l'existence d'une faute ne posait pas de difficulté au regard de l'obligation de confidentialité pesant sur ces journalistes, la caractérisation d'un préjudice était plus délicate. Les juges du fond ont rendu un arrêt d'une particulière sévérité à l'encontre de la société qui a révélé l'existence et l'avancée du traitement amiable en décidant d'allouer une indemnisation élevée aux sociétés débitrices au titre du préjudice subi[2515], caractérisé par la réduction du crédit fournisseur et de la trésorerie[2516].

Bien que les juges protègent fermement l'obligation de confidentialité, il est cependant regrettable que certains juges interprètent encore strictement l'article L. 611-15 du Code de commerce. Tel a été le cas, dans la même affaire, dans le jugement du tribunal de commerce de

2512 Com. 22 sept. 2015, n°14-17377, *BJE* 01 nov. 2015, n° 6, p. 360, obs. Th. Favario.

2513 Com. 15 déc. 2015, n° 14-11500, *LEDEN* 04 janv. 2016, n° 1, p. 2, obs. P. Rubellin.

2514 CA Versailles, 13e ch., 14 sept. 2017, n° 15-08941, BJE 01 nov. 2017, n° 6, p. 398, obs. B. Thullier ; *LEDEN* 01 oct. 2017, n° 9, p. 1, obs. F.-X. Lucas.

2515 L'indemnisation arrêtée par les juges s'élève à environ 350 000 euros. Un des commentateurs de l'arrêt va plus loin en souhaitant dans une telle matière d'abandonner l'exigence c'un dommage et d'infliger des dommages et intérêts punitifs à l'auteur de la violation de la confidentialité en raison des conséquences importantes qu'une telle révélation peut avoir sur la situation de l'entreprise en difficulté : v. F.-X. Lucas, *art. cit.*, *LEDEN* 2017, n° 9, p. 1.

2516 Les juges du fond ne se fondent pas uniquement sur l'existence d'un préjudice moral et considèrent notamment que la société a accentué la pression sur le groupe en publiant en connaissance de cause des informations confidentielles sur l'évolution des négociations. De plus, selon eux, les révélations ont participé à l'inquiétude des partenaires du groupe qui ont pu s'interroger sur sa situation financière ainsi qu'au coût du report d'échéances et à la nécessité de consentir davantage de garanties, bien que ces derniers éléments relèvent également de l'activité normale du groupe et du démarrage d'importants projets.

Nanterre en date du 29 octobre 2015 dans lequel les juges ont considéré que l'organe de presse, ayant divulgué sur son site internet des informations provenant de réunions de négociations, n'a jamais été appelé par son activité à la procédure de conciliation[2517]. Or le texte précise que toute personne « *qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité* ». Il semble que le législateur n'entendait pas limiter cette obligation aux seuls professionnels de la procédure, déjà astreints au secret. La stricte appréciation de cet article est d'autant plus critiquable que les circonstances de l'espèce révèlent un véritable comportement déloyal des auteurs de la divulgation. En effet, outre la mise en demeure du conciliateur de cesser la divulgation de toute information, une ordonnance du président du tribunal statuant en matière de référé d'heure à heure avait ordonné à la société de retirer de son site l'ensemble des informations couvertes par la confidentialité. Fort opportunément, une telle solution fait figure d'exception.

Par ailleurs, la réforme du droit des contrats de 2016[2518] aura certainement un impact sur les décisions futures des juges en la matière. Celle-ci a créé l'article 1112-2 du Code civil qui énonce que : « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». En posant désormais un principe de confidentialité en droit commun, la réforme renforce, certainement, dans le même temps, la confidentialité du droit spécial du mandat *ad hoc* et de la conciliation résultant de l'article L. 611-15 du Code de commerce. Au-delà des procédures amiables, la confidentialité est également une condition d'une négociation réussie dans le cadre d'une procédure collective.

284. La confidentialité nécessaire en procédure collective. La question de la confidentialité des négociations dans le cadre des procédures collectives se pose en des termes différents. Effectivement, la procédure collective étant publique, les textes n'imposent pas une obligation de confidentialité. Pourtant, celle-ci peut être de mise.

Par exemple, à l'instar des négociations se déroulant en procédure amiable, les candidats à la reprise de l'entreprise doivent détenir des informations fiables et complètes pour permettre l'élaboration d'un projet sérieux et réalisable[2519]. Il en est de même au cours des négociations se déroulant en comités des créanciers pour élaborer un plan de sauvegarde ou de redressement. Toutefois, la transparence ne peut être sans garde-fous. L'administrateur judiciaire doit contrôler la diffusion des informations. De plus, si la confidentialité est limitée en procédure collective, il

2517 Com. 15 déc. 2015, n° 14-11500.

2518 Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016, préc.

2519 H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés», *BJE* 01 mai 2012, n° 3, p. 183.

n'en demeure pas moins que pour protéger l'entreprise, les audiences se déroulent principalement en chambre du conseil. Les informations circulant au cours de la négociation sont ainsi préservées.

Ce faisant, il reste des difficultés non encore légalement résolues. Tel est le cas du sort à réserver aux clauses de confidentialité comprises dans les contrats conclus par le débiteur. La difficulté provient du fait que l'administrateur judiciaire engagerait sa responsabilité s'il n'informait pas les tiers d'une information essentielle. Ainsi, dans cette hypothèse, le co-contractant du débiteur voit l'information confidentielle divulguée. Il serait donc nécessaire de l'informer, au préalable, de sa diffusion. Du reste, il appartient aux professionnels d'être vigilants pour déterminer la nature de l'information, à savoir ce qui relève de la transparence ou de la confidentialité[2520]. Au demeurant, il subsiste d'autres problèmes relatifs au champ d'application de l'obligation de confidentialité.

B. Des difficultés subsistantes

Si la confidentialité bénéficie d'une nouvelle vigueur avec la promotion de la négociation en droit des entreprises en difficulté, elle n'apparaît néanmoins pas totale. Ces limites peuvent résulter du comportement mal intentionné des personnes ayant connaissance des négociations entre le débiteur et ses créanciers ou encore provenir d'exigences textuelles **(1)**. Si la confidentialité est une condition indispensable pour favoriser le succès de la négociation en vue du sauvetage de l'entreprise en difficulté, elle peut, à l'inverse, s'avérer excessive lorsqu'elle est opposable aux représentants du personnel **(2)**.

1. Une confidentialité parfois limitée

285. Les limites à la confidentialité. Le respect de la confidentialité connaît quelques exceptions. Des limites légales, d'une part, et des difficultés pratiques, d'autre part, peuvent venir affecter la stricte confidentialité des procédures amiables.

286. Des limites légales à la confidentialité. On l'a vu[2521], s'agissant des limites textuelles posées par le législateur, le droit des entreprises en difficulté connaît depuis la réforme de 2005 une évolution vers plus de transparence de la situation des entreprises. L'homologation de l'accord de

2520 *Ibid.*

2521 V. *Supra* n° 279.

conciliation en est l'exemple topique. Néanmoins, la transparence est, dans cette hypothèse, choisie puisque l'homologation est demandée par le débiteur[2522]. Elle est, dans d'autres, subie.

Tel est le cas dans le cadre de l'octroi des délais de paiement en application de l'article 1343-5 du Code civil. Le président du tribunal peut en effet octroyer des délais de grâce au cours d'une conciliation lorsque le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier[2523]. D'une part, cette demande suppose que le débiteur assigne le créancier et que les procédures d'exécution engagées par le créancier soient suspendues. D'autre part, l'ordonnance du président du tribunal est débattue au cours d'une audience publique, dans laquelle il expose ses motifs. Par conséquent, la demande de délais de paiement entraîne inévitablement la révélation -bien que limitée- de l'existence de la conciliation.

Depuis l'ordonnance de 2014, la décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au ministère public et lorsque l'entreprise est soumise au contrôle légal de ses comptes, aux commissaires aux comptes[2524]. L'article L. 611-3 du Code de commerce prévoit également l'information du commissaire aux comptes de la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Jusqu'alors, la communication aux commissaires aux comptes était laissée à la libre appréciation du débiteur. Cette solution peut entraîner une perte de confidentialité en faveur des représentants du personnel dans le cadre d'un mandat *ad hoc* si le commissaire aux comptes décide de maintenir une procédure d'alerte en cours ou d'en déclencher une. Or, selon l'article L. 234-4 du Code de commerce les dispositions relatives à la procédure d'alerte ne sont applicables ni à la conciliation, ni à la sauvegarde. Il conviendrait qu'elles fussent étendues au mandat *ad hoc*[2525] car dans l'exercice du droit d'alerte du commissaire aux comptes, les réponses du dirigeant à ses demandes d'explication sont communiquées au comité d'entreprise[2526] ou, à défaut, aux délégués du personnel[2527].

2522 C. com., art. L. 611-8, II.

2523 C. com., art. L. 611-7, al. 5.

2524 C. com., art. L. 611-6, al. 3.

2525 En ce sens également : Ph. Roussel Galle et P. Le Marchand, « La prévention. Du mandat *ad hoc* et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et "prepack" cession », *CDE* 2015, n° 1, p. 22.

2526 Devenu le comité social et économique depuis l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

2527 Dans les sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes peut demander au dirigeant des explications sur des faits, relevés à l'occasion de l'exercice de sa mission, de nature à compromettre la continuité de l'exploitation : C. com., art. L. 234-2.

La divulgation de l'information peut, également, provenir de la notification au requérant par le greffier de la décision statuant sur la désignation du mandataire *ad hoc* ou l'ordonnance ouvrant la procédure de conciliation, prévue par les articles R. 611-20 et R. 611-25 du Code de commerce. La confidentialité semble ici hypothétique tant il est rare que cela soit le représentant légal de l'entreprise qui réceptionne le courrier. En pratique, il est néanmoins révélé que les greffes privilégient souvent une remise en main propre de la décision[2528]. Il pourrait toutefois être prévu légalement de l'adresser au domicile personnel du dirigeant, figurant sur l'extrait K bis[2529].

La confidentialité est, aussi, confrontée au droit des sociétés, et spécialement au statut des sociétés cotées. Au regard de l'article 223-1 du Règlement Général de l'AMF[2530], tout émetteur doit porter à la connaissance du public une information exacte, précise et sincère. L'existence d'une procédure amiable constituerait une telle information puisqu'elle peut avoir un impact sur le cours des actions de la société.

287. Les difficultés pratiques du respect de la confidentialité. Au-delà des difficultés textuelles persistantes, d'autres concernent celles issues de la pratique. Elle révèle que les parties à l'accord respectent, de manière générale, l'obligation de confidentialité[2531]. Le débiteur et ses créanciers ont, en effet, tout intérêt à garder le secret de la procédure afin de parvenir à un accord. Le débiteur ne souhaite pas exposer ses difficultés à ses autres partenaires, et les créanciers craignent les réactions de leurs propres clients. Certaines affaires révèlent néanmoins que la confidentialité des difficultés de l'entreprise à l'égard des tiers n'est pas toujours respectée[2532]. Le choix des créanciers participant à la négociation est donc déterminant[2533]. Certains créanciers concurrents du débiteur peuvent trouver des avantages à mettre en échec la négociation et à divulguer alors l'existence de telles

2528 H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE* 01 mai 2012, n° 3, p. 183.

2529 Tel est notamment la suggestion de la conférence générale des tribunaux de commerce concernant la convocation du chef d'entreprise à un entretien avec le président du tribunal dans la phase de détection-prévention : J. Vallansan, « Le rôle du juge dans les procédures préventives », *in* « La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme », Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 76.

2530 Règlement général de l'Autorité des marchés financiers en vigueur au 21 juillet 2018, disponible en ligne.

2531 G. Vedrenne, entretien au tribunal de commerce de Bobigny, 19 mai 2009.

2532 La presse révèle parfois l'existence de mandat *ad hoc* ou de conciliation pour des entreprises françaises de renom. Tel a notamment été le cas de la désignation de mandataires *ad hoc* pour traiter des difficultés de la société Marionnaud : La Tribune, « Deux mandataires pour la dette de Marionnaud », 23 déc. 2004, p. 24.

2533 M. Menjucq, F. Gentin, Ch. Basse, Ch. Thévenot et D. Lencou, « Le secret des affaires et la confidentialité des procédures », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 1, p. 73. Pour un praticien, il convient de retenir davantage les créanciers ayant « la culture du secret » : G. Teboul, « Secret et transparence dans la prévention des difficultés des entreprises », *RJ com.* 2001, n° spéc., p. 17, spéc. p. 19.

négociations[2534]. Cette divulgation est souvent spécialement réalisée pour influer sur le prix de négociation des instruments, objets de la négociation[2535].

Quelques précautions sont donc à prendre afin d'éviter le plus possible les atteintes à la confidentialité par des créanciers peu scrupuleux. Limiter le nombre de participants ou créer des groupes de travail restreints lorsque les parties aux négociations sont nombreuses[2536] sont des pistes à privilégier. Le contrôle de la circulation de l'information est également envisageable par la souscription d'engagements de confidentialité prévoyant, en amont, les sanctions de leur non-respect[2537]. De même, dans certaines circonstances, si les dirigeants ont des fortes raisons de penser que la confidentialité au cours de la procédure engagée ne sera pas préservée, il est préférable pour eux de prendre l'initiative de révéler publiquement l'existence des négociations[2538].

En dépit de la place nécessaire faite désormais à la transparence, certaines limites légales à la confidentialité sont moins opportunes. D'autres, provenant du comportement des protagonistes, mériteraient d'être davantage anticipées. À l'inverse, la protection de la confidentialité peut apparaître parfois excessive, notamment à l'encontre des salariés.

2. Une confidentialité parfois excessive

Le droit des entreprises en difficulté s'inscrit, certes, dans le mouvement général de renforcement de l'association des institutions représentatives du personnel aux décisions intéressant l'entreprise[2539]. Néanmoins, la question de la détermination du moment pour informer et consulter le comité d'entreprise (devenu le comité social et économique) de l'ouverture d'une conciliation ou de la désignation d'un mandataire *ad hoc* et du contenu du projet d'accord suscite encore des controverses. Au vu des textes, elle a été tranchée récemment. Sous l'empire de

2534 *Ibid.* Pour Maître Bourbouloux, tel est le cas de certains créanciers bénéficiaires de garanties qui « pour percevoir la contrepartie du risque couvert ou assuré » aura intérêt à l'échec des négociations.

2535 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, LGDJ, 2013, n° 208, p. 135.

2536 Dans une telle hypothèse, certains créanciers représenteraient d'autres créanciers non membres du groupe de travail afin de limiter la circulation de l'information. Sur cette idée : v. H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE* 01 mai 2012, n° 3, p. 183.

2537 *Ibid.*

2538 La société Eurotunnel a fait ce choix au début de ses difficultés en informant publiquement de la désignation de mandataires *ad hoc* : *Les Echos*, « Eurotunnel – Derniers jours pour un accord avec ses banques », 30 sept. 1996, cité par G. Couturier, *op. cit.*, LGDJ, 2013, n° 209, p. 137. Tel est également le cas dans une autre affaire : CA Paris 2 avril 1999, *RTD com.* 2000, p. 714, obs. F. Macorig-Venier.

2539 V. une appréciation nuancée : v. *Supra,* Chap. I, Titre II, Partie I, n° 137 et s.

l'ordonnance de 2014, l'article L. 611-6, alinéa 3 du Code de commerce prévoyait la communication de l'ouverture de la conciliation au ministère public et au commissaire aux comptes, sans faire mention expressément du sort réservé au comité d'entreprise. À cet égard, la doctrine et la jurisprudence apportaient des réponses diverses **(a)**. Une réponse sans équivoque vient d'être apportée récemment par la réforme de la modernisation de la justice du XXIe siècle (« J. 21 ») du 18 novembre 2016[2540]. Mais le débat reste ouvert d'un point de vue pratique car la nouvelle disposition énonce uniquement une possibilité de ne pas divulguer. Il reste, donc, en suspens la question de la nécessité pratique de le faire **(b)**.

a) Un débat ancien sur l'information des représentants du personnel

288. Les divergences doctrinales. La question de la consultation des représentants du personnel dans le cadre de la conciliation intéresse depuis longtemps la doctrine. Sous l'empire de la loi du 1er mars 1984, Monsieur le Professeur Guyon énonçait déjà la difficulté de concilier deux impératifs contradictoires : la préservation du crédit de l'entreprise et l'information due aux représentants du personnel[2541]. Bien que la loi n'ait confié aucun rôle actif aux salariés au sein du règlement amiable, il convenait, selon l'auteur, de les informer et de les consulter avant son ouverture. À cet égard, il soutenait que cette procédure intéressait la marche générale de l'entreprise et, qu'en conséquence, elle donnait lieu à un droit d'information et de consultation des représentants du personnel[2542].

Plus récemment, nombre d'auteurs s'accordent à dire que le dirigeant est tenu de les en informer avant même le dépôt de la demande[2543], sous peine de commettre un délit d'entrave[2544]. L'expérience montre d'ailleurs qu'un tel projet est généralement connu dans l'entreprise et qu'il est

2540 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n° 269 du 19 novembre 2016.

2541 Y. Guyon, « Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés », *Dr. soc.* 1985, p. 267, spéc. p. 268.

2542 Y. Guyon, « Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés », *Dr. soc.* 1985, p. 267, spéc. p. 268. Selon l'auteur, le règlement amiable est une mesure exceptionnelle, différente des décisions financières répétitives qui entrent dans le déroulement normal de la vie sociale de l'entreprise.

2543 En ce sens : P. Morvan, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, 20 oct. 2005, n°42, p. 1751, spéc. p. 1753 ; J.-E. Kuntz, La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde article par article, ss. dir. F.-X. Lucas et H. Lécuyer, L.G.D.J., 1ère éd., 2006, p. 27 ; M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, entreprises en difficulté*, Dalloz, Coll. Précis, 2007, 7e éd., p. 56 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, 2014, n° 130, p 78.

2544 C. trav., art. L. 2328-1 et art. L. 2328-2. Le délit d'entrave sanctionne les agissements du chef d'entreprise ou de ses représentants qui nuiraient à la mise en place, aux missions ou au fonctionnement des institutions représentatives des salariés.

donc préférable qu'une information exacte soit donnée pour éviter des rumeurs, nuisibles pour le débiteur[2545].

D'autres thèses sont plus nuancées et en faveur d'une relative confidentialité. Pour certains, le maintien de la confidentialité est indispensable dans la « *première phase* » qui consiste à rechercher les causes des difficultés et les moyens d'y remédier[2546]. Une information des organes représentatifs du personnel correspond, alors, à une perte immédiate de la confidentialité, pouvant provoquer une aggravation de la situation de l'entreprise en cas de divulgation de l'information[2547]. Par conséquent, il ne peut exister à cet égard qu'une réponse pragmatique, « *au cas par cas* »[2548] : selon cette idée, il appartient au conciliateur de rechercher le moment opportun pour décider de transmettre l'information au comité d'entreprise. Cette décision dépend pour beaucoup de la situation de l'entreprise et des relations que le dirigeant entretient avec ses salariés[2549].

Avant la réforme « J. 21 », la question n'était pas non plus tranchée par les juges au regard des divergences jurisprudentielles.

289. Les solutions jurisprudentielles. Sous le régime antérieur du secret professionnel[2550], la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la requête adressée au tribunal désignant un mandataire *ad hoc* ne rentrait pas dans les conditions d'application de l'ancien article

2545 Y. Lelièvre, Intervention au colloque *«* Le droit français des entreprises en difficulté – Quelle attractivité *»* organisé le 6 juin 2013 à Paris par l'Ecole de droit de la Sorbonne. L'ancien Président du tribunal de commerce de Nanterre a affirmé que *»* les salariés sont très souvent au courant de l'ouverture d'une procédure de conciliation *»*.

2546 G. Teboul, *«* Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté? *»*, *LPA* 02 janv.2008, n°1, p. 7. ; Ch. Gailhbaud, *«* Ouverture du mandat *ad hoc* et de la conciliation : faut-il associer les salariés ? *», in «* La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme *»*, Colloque organisé à Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 93. L'auteur énonce la difficile conciliation entre l'exigence de confidentialité imposée par le traitement amiable et le droit à valeur constitutionnelle des salariés à participer à la gestion de l'entreprise. Sa conclusion est alors nuancée : *«* Dans la mesure où la sanction du respect de l'obligation de discrétion est inadaptée à l'exigence de confidentialité tout au long de l'intervention du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur, on ne voit pas comment résoudre le dilemme autrement qu'en retardant l'exigence d'information-consultation du comité d'entreprise […] *»*.

2547 En ce sens également : Y. Guyon, *art. cit.*, *Dr. soc.* 1985, p. 267 ; F.-X. Lucas, *«* Rapport de synthèse *», in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 43. L'auteur énonce qu' *«* il n'y a pas lieu d'informer le comité d'entreprise dès l'ouverture de la conciliation ! Affirmer le contraire, c'est signer l'arrêt de mort de cette procédure dont tout le monde a dit que son succès était subordonné au respect de la confidentialité *»*.

2548 G. Teboul, *«* Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté? *»*, *LPA* 02 janv.2008, n°1, p. 7.

2549 J.-B. Drummen, *«* L'intervention du juge de la prévention : conflits et autres difficultés *», in* Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n°178, p. 54 ; Entretien avec F. Boucly au tribunal de commerce de Nanterre, le 26 mars 2009.

2550 C. com., art. L. 611-6 anc.

L. 432-1[2551] du Code du travail relatif à l'information et à la consultation obligatoires du comité d'entreprise sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise[2552]. La Chambre sociale de la Cour de cassation a opté pour une conception plus extensive de l'article. En ne se limitant pas à la requête de désignation d'un mandataire *ad hoc*, elle a considéré qu'*« un projet, même formulé en termes généraux, doit être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* […] »[2553]. Dès lors, peu importe qu'il n'existe pas des mesures précises et concrètes d'application dans le projet d'accord[2554]. Partant, la question relative à l'information des institutions représentatives du personnel, préalablement à la demande d'ouverture de la procédure de conciliation ou de désignation du mandataire *ad hoc*, n'avait pas encore trouvé de réponse définitive en jurisprudence jusqu'à la réforme du 18 novembre 2016.

b) L'information des représentants du personnel désormais limitée par la loi

Le débat est désormais tranché par le législateur qui entend limiter l'information des représentants du personnel au profit du renforcement de la confidentialité (***i***). En faisant primer cet impératif sur celui du droit à l'information des représentants du personnel, il n'a pas trouvé un point d'équilibre satisfaisant entre les deux (***ii***).

i. L'information limitée

290. La difficile conciliation entre des intérêts divergents. La question de l'information et de la consultation des représentants du personnel est fondamentale car elle renvoie à la conciliation de deux intérêts distincts. Celui de l'entreprise qui suppose de protéger certaines informations

2551 C. trav., art. L. 2323-1, nouveau.

2552 Cass. crim., 4 déc. 1990, n° 89-84.570. Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé que « ni la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc*, en vue de permettre à la juridiction d'apprécier la situation économique et de proposer des solutions, ni la décision faisant droit à cette demande n'entrent dans les prévisions de l'article L. 432-1 du Code du travail lorsque, […], elles ne préjugent en rien les décisions qui pourraient être prises sur des questions intéressant l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entreprise ».

2553 Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314 : *Dr. soc.* 1998, p. 87, obs. Cohen ; *Dr. soc.* 1998, p. 245, obs. A. Lyon-Caen ; Cass. Soc., 18 juin 2003, n° 01-21.424. Cet arrêt élargit la solution de 1997 en visant « un projet ou des orientations ».

2554 À l'inverse, la Cour d'appel avait estimé, dans cette affaire, que la décision sujette à consultation des représentants du personnel devait avoir des effets obligatoires et concrets, c'est-à-dire des effets immédiats.

sensibles de la curiosité de ses partenaires, voire de ses concurrents, et celui des salariés, lesquels bénéficient d'un droit à l'information, préalable capital à leur participation à la gestion de l'entreprise[2555]. Ainsi, le « secret des affaires »[2556] qui protège l'entreprise contre la divulgation d'informations sur sa stratégie économique et commerciale ou sur ses difficultés économiques, limite le droit à l'information des salariés sur la vie de l'entreprise[2557]. La divulgation d'une information sur la conciliation par l'un des membres des représentants du personnel est en effet susceptible d'entraîner de graves répercussions sur l'issue de la procédure. Bien que tenus à une obligation de discrétion[2558], les membres des institutions représentatives du personnel peuvent commettre une indiscrétion en dévoilant l'existence d'une conciliation, notamment si le nombre d'emplois touchés est important[2559]. C'est ce que les juges du fond ont été amenés à juger dans une affaire en date du 12 septembre 2005[2560]. En l'espèce, un salarié a révélé l'existence d'un document confidentiel que lui avait communiqué un représentant du personnel, exposant les difficultés de l'entreprise et le projet de plan destiné à les traiter.

C'est précisément pour garantir au mieux la confidentialité de la procédure que le législateur limite l'information des représentants du personnel au contenu de l'accord homologué selon l'article L. 611-8-1 du Code de commerce[2561]. De ce fait, pour sauvegarder le crédit de l'entreprise et favoriser le succès de la conciliation[2562], le législateur et les juges tentent de concilier le droit à

2555 B. Lardy-Pelissier, *« L'information du salarié », in* Mél. Pélissier, Paris, Dalloz, 2004, p. 331 ; Th. Bonneau, *«* Les salariés et les opérations sociétaires : le droit d'information et de critique *»*, *RJDA* 1996, n° 7, p. 625 ; A. Brunet et M. Germain, *«* L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes *»* : *Rev. Sociétés* 1985, p. 1.

2556 Ch. Gavalda, *«* Le secret des affaires *»* in Mél. J. Savatier, Dalloz, 1965, p. 291 ; R. Saint-Alary, *«* Le secret des affaires en droit français *»* in *Le secret et le droit*, Trav. Assoc. H. Capitant, tome XV, 1974, p. 263 ; M. Crémieux, *«* Le secret des affaires *»* in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 457 ; Y. Placot, *«* Les diverses facettes du secret des affaires *»*, *Dr. et patr.* mars 2002, n° 102, p. 70.

2557 J.-K. Adom, *«* Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise *»*, *BJS* 2003, n° 2, p. 113 ; G. Virassamy, *«* Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise *»*, *RTD com.* 1988, p. 179.

2558 C. trav., art. L. 2325-5, al. 2. Des auteurs considèrent que cette simple obligation de discrétion, limitée tant par ses conditions que par sa sanction, n'est, dans les faits, pas suffisante : Ph. Roussel Galle et P. Le Marchand, *«* La prévention. Du mandat *ad hoc* et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et "prepack" cession *»*, *CDE* 2015, n° 1, p. 22.

2559 B. Thullier et A. Diesbecq, *«* Le traitement des difficultés, un outil de gestion des débiteurs personnes morales *»*, *Rev. proc. coll.* 2017, n° 4, p. 46.

2560 CA Limoges, 12 sept. 2005, *JCP E* 2006, p. 1129, note L. Dutheil-Warolin.

2561 C. com., art. L. 611-8-1 : *«* Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont informés par le débiteur du contenu de l'accord lorsque celui-ci demande l'homologation. *»*. Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, et dans toutes les entreprises à compter du 1er janvier 2020, cette prérogative sera exercée par le comité social et économique.

2562 F. Macorig-Venier et C. Caviglioli, *«* Le point sur la conciliation *»*, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, p. 78. Certaines situations invitent à ne pas divulguer l'information : *«* Il s'avère parfois nécessaire de préserver le secret de la négociation pour préserver par exemple le crédit de l'entreprise auprès de ses fournisseurs. En particulier, il est connu de tous que,

l'information des salariés avec la confidentialité de certaines informations. Le législateur de 2016 est venu renforcer la confidentialité au sein des traitements amiables.

291. La confidentialité du traitement amiable renforcée avec la réforme du 18 novembre 2016. Dans un souci de préservation de la confidentialité de la conciliation, la loi du 26 juillet 2005[2563] n'avait pas prévu la communication de l'ouverture de la procédure de conciliation ou d'un mandat *ad hoc* aux représentants du personnel. L'œuvre législative se poursuit dans ce sens avec la réforme de la justice de 2016 qui renforce le respect de la confidentialité en insérant dans les textes la possibilité pour le débiteur de ne pas leur divulguer cette décision[2564]. Aucune précision n'a pour autant été apportée sur la divulgation du contenu de la négociation.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 est, en effet, venue modifier les articles L. 611-3 et L. 611-6 du Code de commerce en prévoyant expressément que le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de la désignation d'un mandataire *ad hoc*[2565] ou de l'ouverture d'une conciliation[2566].

Si cette précision a le mérite de clarifier la situation et de renforcer la confidentialité des traitements amiables, elle ne demeure qu'une faculté entre les mains du débiteur.

292. Une limitation facultative à l'information des représentants du personnel. Le conflit entre le respect de la confidentialité et le droit à l'information des instances représentatives du personnel semble levé, mais seulement pour partie. Le législateur a fait preuve de précaution en précisant que le débiteur n'a aucune obligation d'information quant à son ouverture. À ce titre, rien n'empêche le débiteur de divulguer une telle information.

Il reste que cette limitation se concilie difficilement avec les dispositions du Code du travail en matière d'information-consultation des représentants du personnel.

---

par exemple, la connaissance de la nomination d'un conciliateur peut entraîner la rupture de la couverture assurance crédit ».

2563 Débats A.N., séance du 2 mars 2005 : JOAN CR, 3 mars 2005, p. 1592.

2564 Y. Détraigne, Rapport de la commission des lois du Sénat, déposé le 28 octobre 2015, n° 121, p. 141. Dans ce rapport, il est explicitement exposé la nécessité de clarifier les règles d'information du comité d'entreprise en cas de mandat *ad hoc* ou de conciliation.

2565 C. com., art. L. 611-3, al. 3.

2566 C. com., art. L. 611-6, al. 3.

ii. La nécessité d'une information étendue

293. Le difficile équilibre entre les impératifs du droit du travail et le principe de confidentialité issu du droit des entreprises en difficulté. Avant que la réforme de la modernisation de la justice du XIXe siècle de 2016 ne vienne préciser que le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de l'ouverture de la procédure de conciliation ou de la désignation du mandat *ad hoc*, la réponse à la question de leur information pouvait apparaître insuffisante au vu des dispositions du Code du travail. L'article L. 2312-8, alinéa 2[2567] du Code du travail détermine une obligation large d'information et de consultation du comité d'entreprise sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle[2568].

L'obligation de confidentialité de l'article L. 611-15 du Code de commerce doit être conciliée avec le droit à l'information et à la consultation des représentants du personnel prévu par le Code du travail. Les dispositions de l'article L. 2312-8, alinéa 2 du Code du travail sont, en effet, maintenues pendant la conciliation[2569]. Si le législateur avait souhaité qu'il en fût autrement, il aurait ajouté que l'article L. 611-8-1 du Code de commerce, relatif à l'information du comité d'entreprise du contenu de l'accord homologué, s'applique « *nonobstant toute disposition contraire* »[2570]. De la sorte, le silence des textes sur ce point ne saurait être interprété comme empêchant toute information-consultation avant la demande d'homologation dès lors qu'ils ne le prévoient pas expressément[2571]. Pour ce faire, il aurait dû être précisé que ces règles sont dérogatoires aux règles du Code du travail. Cette interprétation n'est, cependant, pas unanime. Certains auteurs faisant une analyse *a contrario* de l'article L. 611-8-1 ont considéré que l'information n'était pas due avant l'homologation de l'accord[2572].

2567 C. trav., art. L. 2323-1, anc. ; abrogé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017, art. 1er.

2568 Cette attribution est réservée au comité social et économique au sein d'une entreprise d'au moins cinquante salariés.

2569 Il en est de même des autres dispositions du Code du travail relatives à la mission générale d'information et de consultation du comité d'entreprise, notamment les articles L. 2312-24 à L. 2312-35 concernant la consultation annuelle sur les orientations stratégiques de l'entreprise, la situation économique et financière de l'entreprise et la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

2570 En ce sens : F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, 2014, n° 131, p 78.

2571 A. Donnette, « Droit des entreprises en difficulté et droit du travail : tentative de clarifications », *BJE* 1er mai 2014, n° 3, p. 203.

2572 Ph. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, n° 18, p. 20, spéc. p. 22. Pour l'auteur, « une interprétation *a contrario* de ce texte est permise car l'existence d'une obligation de confidentialité affirmée par

Dans le but de trouver un point d'équilibre plus net entre le respect des prescriptions du droit du travail et le principe de confidentialité exigé en mandat *ad hoc* et en conciliation, d'autres solutions ont été envisagées en doctrine.

294. L'information nécessaire lorsque la négociation concerne l'organisation et la marche générale de l'entreprise. L'ouverture de la conciliation n'intéresse pas, en elle-même, l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Il n'y a donc aucune obligation légale à informer les représentants du personnel de l'ouverture de la conciliation.

La situation est, en revanche, différente lorsque l'entreprise est en cessation des paiements. Aujourd'hui, selon l'article L. 2312-53 du Code du travail[2573], le comité social et économique est informé et consulté avant le dépôt au greffe d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire[2574]. Par analogie, il devrait être consulté dès lors qu'il y a cessation des paiements, y compris dans le cadre d'une demande de conciliation. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par le législateur de 2016 qui ne distingue pas selon que le débiteur est ou non en état de cessation des paiements.

De plus, les textes restent silencieux dans l'hypothèse où le traitement amiable a des conséquences sur l'organisation et la marche générale de l'entreprise. Aussi bien, si la solution adoptée est souhaitable lorsque la conciliation n'intéresse nullement les salariés de l'entreprise, il semble, en revanche, nécessaire d'informer et de consulter les représentants du personnel dès l'ouverture effective de la conciliation dans le cas contraire. Ainsi en serait-il si le conciliateur est chargé d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise[2575]. En outre, l'information et la consultation ne doivent pas être réalisées avant la demande d'ouverture ou lors du dépôt de la demande puisque celle-ci peut être rejetée. La perte de confidentialité aurait ainsi été inutile.

---

ailleurs (C. com., art. L. 611-15) permet d'y voir un texte dérogatoire, révélant un principe contraire » ; Ph. Roussel Galle, « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014. Des outils plus performants, une plus grande sécurité juridique et des équilibres renouvelés », *Rev. Sociétés* 2014, n° 6, p. 351.

2573 C. trav., art. 2323-48, anc. ; abrogé

2574 Ce droit à l'information-consultation a subi certains changements au gré des réformes du droit du travail. Avant la recodification, l'ancien article L. 432-1 du Code du travail prévoyait l'information-consultation du comité d'entreprise avant toute déclaration de cessation des paiements et lorsque l'entreprise faisait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire. Après la recodification, l'article L. 2323-44 du même code, limite ce droit aux cas de demandes d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Avec la Loi « Rebsamen » du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, cette règle se trouvait à l'article L. 2323-48. Désormais, depuis les ordonnances « Macron », elle se trouve à l'article L. 2312-53 du Code du travail.

2575 C. com., art. L. 611-7, al. 1er.

Par conséquent, il aurait été heureux de rééquilibrer, sur ce point, les rapports de force en faveur des salariés lorsque dès la phase d'élaboration de l'accord les mesures envisagées intéressent la marche générale de l'entreprise, notamment dans l'hypothèse d'un changement de contrôle ou de mesures de restructuration sur un plan social[2576]. En cas de défaut d'information, l'accord resterait valable mais le dirigeant s'exposerait à une condamnation pour délit d'entrave[2577]. De surcroît, ce droit à l'information-consultation pourrait s'exercer en cours de discussion et sur un accord amiable non soumis à l'homologation[2578]. Dans une telle perspective, une autre solution médiane a été avancée visant à différer le moment de l'information et de la consultation du comité d'entreprise une fois le projet d'accord concrétisé[2579].

Ces solutions apparaissent plus satisfaisantes que celle retenue par le législateur de 2016 puisqu'elles renforcent l'information des représentants du personnel. Cependant, elles ne s'imposeront certainement pas avec force tant il est difficile de concilier l'intérêt de l'entreprise par la préservation de la confidentialité et celui des salariés par le biais de leur droit à l'information.

Conclusion de la section. La place faite aux espaces de négociation pose la question avec acuité du respect de certains principes pour maintenir le climat de confiance créé et protéger la partie faible. Il en est ainsi de la loyauté contractuelle et de la confidentialité. Malgré quelques difficultés subsistantes, le législateur et les juges protègent fermement ces valeurs ravivées du droit des entreprises en difficulté. Le principe de loyauté permet, par ailleurs, de protéger les parties à la négociation d'un éventuel un comportement abusif d'une d'entre elles. Le principe de confidentialité permet, quant à lui, d'éviter que les informations sur la situation de l'entreprise en difficulté soient divulguées et portent, ainsi, atteinte à son crédit. Il en est de même du déroulement des négociations qui ne doit pas être dévoilé aux tiers, lesquels pourraient entraver leur succès. Dès lors, la philosophie du législateur s'agissant des procédures de traitement des difficultés d'une entreprise repose sur un subtil mélange de confidentialité et de transparence.

2576 Dit « plan de sauvegarde de l'emploi » en droit du travail.

2577 Dans le même sens : A. Donnette, « Droit des entreprises en difficulté et droit du travail : tentative de clarifications », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 203.

2578 Un raisonnement similaire doit être adopté pour le mandat *ad hoc* dès lors que les mesures adoptées dans l'accord intéressent la marche générale de l'entreprise.

2579 G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-Ph. Haehl, Thèse Lyon III, LGDJ, 2013, n° 299 et 300, p. 176. Une telle information est souhaitable pour créer un climat de confiance dans l'entreprise : M.-H. Monsèrié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *Prévention et traitement amiable des difficultés*, LGDJ, 2018, n° 524, p. 208.

Conclusion du Chapitre

La négociation pénètre la production normative et confère à la solution une certaine légitimité. En effet, « *dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis* »[2580]. Plus encore, ce sont les conditions dans lesquelles se déroule la discussion qui légitiment la norme qui en est le fruit[2581].

La place grandissante faite au traitement négocié en droit des entreprises en difficulté amène au même constat : le traitement envisagé apparaît légitime pour les parties car elles y ont consenti.

L'implication de ces dernières dans l'élaboration de la solution est, de plus, indispensable au succès du sauvetage de l'entreprise. Cette vertu pacificatrice de la négociation s'illustre également par le rétablissement du lien de confiance entre le débiteur et ses créanciers grâce au dialogue ainsi provoqué.

Plus encore, pour que la négociation soit un succès, il est nécessaire qu'elle se déroule dans un cadre loyal et confidentiel. L'horizontalité des rapports entre le débiteur et ses créanciers est, par conséquent, encadrée par le devoir de loyauté et une certaine confidentialité des difficultés de l'entreprise et des négociations.

Ainsi, la facilitation d'un dialogue dans un climat loyal et de transparence entre les parties, mais protégé à l'égard des tiers par une confidentialité efficace, doit être maintenue. À ce titre, la confidentialité apparaît comme une condition indispensable pour que le dirigeant accepte de recourir à un traitement amiable et la loyauté garantit la sécurité des négociations. Les conditions favorisant le succès du traitement négocié des difficultés d'une entreprise nécessitent donc d'être valorisées par le législateur et contrôlées strictement par les juges.

[2580] A. Supiot, « La contractualisation de la société », *in Qu'est-ce que l'humain ?*, ss. la dir. de Y. Michaud, éd. Odile Jacob, t. 2, 2000, p. 156.

[2581] P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », *in La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 95 ; F. G'sell-Macrez, « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.* 2010, p. 2450. L'auteur énonce à ce sujet : « Tout l'enjeu est ici, précisément, de promouvoir des formes de négociation dans lesquelles la discussion se déroule de manière à légitimer la solution retenue ».

En somme, l'évolution du droit des entreprises en difficulté vers plus de négociation dans le traitement des difficultés permet d'apaiser les dissensions entre le débiteur et ses créanciers causées par la défaillance de l'entreprise. Si la négociation permet l'acceptabilité de la solution et la restauration du lien de confiance les unissant à l'origine, elle redonne aussi et surtout de la vigueur a des principes comme la loyauté et la confidentialité.

Chapitre 2. L'émergence d'une culture de la négociation

Pour que le débiteur se rende plus facilement au tribunal afin d'y traiter ses difficultés, les instruments à sa disposition ont été rendus plus attractifs. À cet effet, ils présentent des avantages certains pour lui et ses partenaires. C'est là l'intérêt du traitement négocié puisqu'il permet au débiteur et à ses créanciers de s'entendre sur la solution à apporter aux difficultés de l'entreprise dans un cadre à la fois souple et sécurisé.

Le législateur a donc renforcé l'attractivité des procédures, notamment celles faisant une place importante à la négociation. Une analyse des statistiques des tribunaux permet en effet de constater, depuis ces dernières années, une hausse des recours aux procédures amiables et préventives. Sur la scène internationale, le nouvel ordonnancement du droit des entreprises en difficulté tourné vers la négociation ne convainc pas encore totalement au regard des rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale. Toutefois, la méthodologie utilisée par ces instruments de notation des réglementations est critiquable à différents égards, notamment en raison de la faiblesse de ses indicateurs **(Section 1)**. Envisager des perspectives d'évolution du droit des entreprises en difficulté vers un renforcement du traitement négocié, voire sa généralisation, s'avère intéressant pour le rendre encore plus attractif et permettre une nouvelle approche du traitement **(Section 2)**.

Section 1. L'attractivité du traitement négocié

Les lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985 reposent sur l'avènement d'un droit de « l'entreprise en difficulté ». Pour être efficace, le droit des entreprises en difficulté a pris en considération toutes les difficultés rencontrées par une entreprise de nature à compromettre la continuité de son activité[2582]. Aujourd'hui, les ambitions du législateur vont plus loin et reposent principalement sur l'anticipation. Sous un angle quantitatif, il s'agit d'évaluer si cet objectif est atteint. L'anticipation et le traitement négocié ne peuvent être indissociables, car la prévention aurait été insuffisante si elle n'avait pas été accompagnée de modes de traitements rapides et peu

2582 M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, HyperCours, 6e éd., 2017, n° 9, p. 8.

contraignants, tels les traitements amiables, extrajudiciaires[2583]. En d'autres termes, il convient de vérifier si les instruments mis à la disposition des débiteurs et de leurs créanciers permettent un traitement anticipé et négocié des difficultés.

Pour réaliser une évaluation juridique de la réalisation d'un droit, diverses pratiques évaluatives se distinguent selon qu'il s'agit de mesurer l'efficacité, l'effectivité ou l'efficience de ce droit[2584].

Au sens juridique, « l'efficacité » peut être définie comme « un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent »[2585]. Reprendre autre déf.

Si l'effectivité[2586], apparue notamment sous la plume du Doyen Carbonnier[2587], se retrouve davantage en sociologie du droit, et plus récemment en économie du droit, elle connaît aujourd'hui un engouement certain chez les juristes dans différentes branches du droit[2588]. L'effectivité d'une règle de droit s'entend « *d'un rapport quantitatif (statistique) de conformité des situations ou opérations concrètes qu'elle vise au modèle que constitue cette norme* »[2589]. Autrement dit, une investigation sur cette effectivité ne peut guère que consister à mesurer l'écart entre normes et pratiques, ou, si l'on préfère, entre le droit et le fait. Ce concept sous-entend donc une investigation « comportementaliste » puisque toute règle a nécessairement pour objet une conduite[2590].

2583 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 129, p. 82.

2584 À propos de la distinction de ces notions : J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Tome I, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Fondation Varenne, 2007, spéc. p. 451 et 452. L'auteur souligne notamment les limites au partage communément admis entre les notions d'efficacité et d'effectivité.

2585 A.-J. Arnaud (ss. la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 219. V°. *Efficacité*. Étymologiquement, du latin *efficiere*, *efficacia, efficax*, qui se réfèrent à la production des effets attendus.

2586 Définie dans le Vocabulaire juridique comme *«* le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement *»*. V°. *Effectivité*, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2011.

2587 J. Carbonnier, *«* Éffectivité et ineffectivité de la règle de droit *»*, L'Année sociologique, LVII, 1958, p. 3.

2588 À cet égard, plusieurs thèses lui sont consacrées : P. Lebrun, *Le droit pénal du travail : effectivité ou ineffectivité ?*, Thèse, Strasbourg III ; 1979 ; S. Cimamonti, L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain, Thèse, Aix-Marseille, 1990 ; J. Abessolo, *Les effets de la nullité des contrats administratifs : problème d'effectivité*, Thèse, Pau, 1994 ; D. Luciani-Mien, *L'effectivité des droits de la défense en procédure pénale*, Thèse Université Paris II, Panthéon-Assas, 2006 ; Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, préf. C. Marraud, LGDJ, 2011.

2589 A. Jeammaud et E. Serverin, *«* Evaluer le droit *»*, *D.* 1992, p. 263.

2590 A. Jeammaud, *«* Le concept d'effectivité du droit *», in* P. Auvergon (ss. la dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Presses Universitaires de Bordeaux, Droit, p. 33, spéc. p. 35.

L'efficience, quant à elle, évalue l'atteinte des objectifs de la règle juridique au meilleur coût[2591].

L'effectivité des règles en la matière correspondrait à leur utilisation par le débiteur et ses créanciers. Le recours aux différents outils mis à leur disposition est donc un signe de l'absence ou non d'effectivité du droit des entreprises en difficulté. C'est cette utilisation des procédures qui nous intéresse au premier chef, l'efficacité étant plus difficile à appréhender. En effet, si l'efficacité réside dans l'obtention du résultat recherché par l'autorité qui l'a édicté, le droit des entreprises en difficulté serait efficace à partir du moment où l'objectif de sauvetage des entreprises se réaliserait. Il est donc intéressant de confronter la place croissante faite à la négociation dans les textes aux recours à celle-ci par les débiteurs et leurs créanciers en pratique.

En somme, il s'agit de vérifier si le droit des entreprises en difficulté est plus attractif en favorisant la négociation. L'attractivité du droit peut, en effet, être vue comme le préalable à l'effectivité des règles juridiques le composant[2592]. Elle est une manière de rendre le dispositif plus effectif. Il ne s'agit donc pas d'effectuer une démarche globale d'évaluation du droit des entreprises en difficulté à l'aune de l'analyse économique du droit, ni de dire si un système « orienté débiteur » est plus ou moins avantageux qu'un système « pro-créanciers »[2593]. Il s'agit davantage d'observer si les règles sont utilisées, c'est-à-dire la réalité du recours aux instruments préventifs et amiables à la disposition du débiteur. Ainsi, dans l'hypothèse d'un recours important à ces outils, l'objectif d'anticipation du législateur semblerait bien atteint[2594].

L'attractivité du droit des entreprises en difficulté s'évalue, d'une part, sur le plan interne. Elle s'explique, à ce titre, par le besoin de rendre les règles effectives et de favoriser ainsi le recours le plus en amont possible aux modes de traitement des difficultés **(§ 1)**. Si dans une telle hypothèse, l'attractivité est un moyen en vue de rendre les règles effectives, elle peut également être un moyen en vue de satisfaire un objectif d'efficacité, à savoir rendre ce droit plus compétitif. À ce titre,

2591 F. Rangeon, *«* Réflexions sur l'effectivité du droit *», in Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126.

2592 Th. Favario, *«* De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté *»*, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 4, p. 23.

2593 La question des rapports entre les choix du législateur et l'efficience économique est intéressante mais traduire les conclusions des économistes en règles de droit n'est pas nécessairement aisé, voire peu convaincant : A. Couret, *«* La réforme des procédures collectives : propos conclusifs *», in La réforme des procédures collectives*, Actes du colloque organisé à l'Université de Nice le 27 mars 2004, *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 49.

2594 L'atteinte de l'objectif d'anticipation ne fait néanmoins pas l'objet de notre démonstration.

l'attractivité tient, d'autre part, à la volonté de faire du droit des entreprises en difficulté français un droit performant sur la scène internationale **(§ 2)**.

§ 1 L'attractivité grandissante au niveau national

Le législateur français a fait le pari qu'un recours accru aux procédures préventives et amiables permettrait de « sauver » un plus grand d'entreprises en difficultés.

La loi de sauvegarde de 2005 a ainsi entendu rendre le droit plus attractif en favorisant la prévention[2595]. En réaction à la crise, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a également eu pour objectif « *de rendre la procédure de sauvegarde plus accessible et plus attractive* »[2596]. Puis, en instaurant la sauvegarde accélérée, l'ordonnance du 12 mars 2014 a eu pour but de « *promouvoir l'anticipation* […] *en privilégiant une solution négociée puisqu'une procédure de conciliation devra* […] *avoir été ouverte en amont de la* […] *sauvegarde* »[2597].

L'anticipation est donc le nouveau mot d'ordre du législateur[2598]. Pour ce faire, l'idée réside dans la mise à disposition de traitements préventifs et négociés attractifs : mandat *ad hoc*, conciliation et sauvegarde. La souplesse et la sécurité, deux impératifs pour les parties, semblent caractériser l'ensemble **(A)**. L'analyse statistique du recours à ces instruments permet alors de constater l'attractivité grandissante de ce nouveau droit fondé sur une place accrue à la négociation **(B)**.

2595 A.N, Rapport d'information, n° 3651, déposé par la Commission des lois sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et enregistré le 31 janvier 2007. Le rapport énonce notamment que « la loi de sauvegarde des entreprises confère une place nouvelle à l'anticipation des problèmes des entreprises dans les procédures destinées à en redresser le sort ».

2596 Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP N* 2009, 1054.

2597 V. le Rapport au président accompagnant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014. V. également les réponses de C. Champalaune, directrice des affaires civiles et du sceau au ministère de la Justice, en ligne dans les Dossiers thématiques du ministère.

2598 Rapp. Sénat n° 90 du 21 oct. 2015, p. 5. Concernant l'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 et l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, le rapport indique : « Ces ordonnances veulent renforcer l'attractivité pour les entreprises et les créanciers des dispositifs de prévention, en particulier la conciliation, pour les inciter à s'y engager le plus tôt possible en cas de difficulté, de préférence aux procédures collectives ».

A. Des outils en faveur des parties

Responsabiliser le débiteur et ses créanciers sous-entend que le législateur mise sur leur bonne volonté[2599]. Pourtant le contexte des procédures de traitement de la défaillance n'est pas favorable au déploiement d'une telle bonne volonté : certains peuvent être réticents, soit d'exposer leurs difficultés, soit de prendre le risque de se concilier avec une entreprise déjà en difficulté ; d'autres souhaitent uniquement tirer leur épingle du jeu[2600].

Les difficultés tiennent principalement à la défiance des débiteurs à l'égard des tribunaux. En procédure amiable, l'entreprise peut notamment craindre que l'on perçoive dans son choix d'y recourir un dévoiement de la procédure aux fins d'échapper à la discipline du marché. S'agissant d'une procédure collective, comme l'indique un auteur, elle « *reste une aventure dont le chef d'entreprise ne maîtrise ni le déroulement, ni l'issue* »[2601]. L'intervention d'un tiers aux négociations, l'issue incertaine de la procédure ainsi que le risque de divulgation sont autant d'éléments permettant de faire douter le dirigeant de l'intérêt de se placer rapidement sous l'égide du tribunal.

En prenant comme postulat l'idée qu'un droit attractif est un droit où le destinataire de la règle a un intérêt à y recourir, il convient d'évaluer les moyens des ambitions du droit des entreprises en difficulté à l'aune de l'objectif d'anticipation. Le dispositif actuel réside dans une pluralité de procédés et procédures permettant un traitement anticipé de la défaillance[2602]. Le législateur français s'est ainsi inspiré du droit américain de la faillite en offrant de véritables outils de gestion en faveur des débiteurs et de leurs créanciers[2603]. Il les a ainsi placés au cœur des procédures négociées, dans un cadre sécurisé[2604]. Dès lors, les modes de traitement négociés apparaissent attractifs à la fois pour le débiteur qui détient à sa disposition des instruments souples **(1)** et pour les créanciers qui ont des garanties de paiement renforcées **(2)**.

2599 S. Piedelièvre, « La nouvelle réforme du droit des procédures collectives », *JCP N* 2009, 1119, n° 12 ; A.-S. Barthez, « Crise économique et contrat : les remèdes », *in Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique, RDC* 2010, n° 1, p. 467.

2600 A.-S. Barthez, *art. cit.*, *RDC* 2010, n° 1, p. 467.

2601 Ph. Pétel, *art. cit*, *JCP N* 2009, 1054. Un tel constat peut également être fait pour le traitement amiable.

2602 C. Saint-Alary-Houin, « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies », *Rev. proc. coll.* 2007, n° 1, p. 13.

2603 J.-L. Vallens, « Bicentenaire du Code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.* 2007, n° 10, p. 669.

2604 Ph. Roussel Galle, « La procédure de sauvegarde – Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », *JCP E* 2006, n° 40, p. 1679 ; Th. Favario, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 4, p. 23, spéc. p 24.

1. De la souplesse pour le débiteur

295. Les avantages pour le débiteur. Le législateur offre des outils de plus en plus attractifs en faveur du débiteur. S'agissant, tout d'abord, du mandat *ad hoc* et de la conciliation, ceux-ci se caractérisent par une grande souplesse et par la confidentialité qui les entoure. Le dirigeant peut proposer un nom de mandataire *ad hoc* et de conciliateur et choisit avec qui il souhaite discuter. Plus largement, les discussions se déroulent librement. L'ordonnance du 12 mars 2014 va encore plus loin[2605]. Elle les rend, entre autres, plus accessibles en réduisant notamment les obstacles à leur recours en paralysant les clauses aggravant les obligations du débiteur du seul fait de l'ouverture de la procédure[2606]. Elle les rend plus efficaces, d'autre part, en améliorant les moyens de négocier par l'encadrement de la durée des négociations[2607] ou encore l'octroi de délais de grâce pendant l'exécution de l'accord[2608].

Concernant, ensuite, la procédure de sauvegarde, la volonté de la rendre tout aussi attractive que ces modes de traitement purement amiables est claire[2609]. En dépit de son caractère collectif, cette procédure volontaire permet au débiteur de conserver les rênes de son entreprise et de prendre les commandes de la discussion avec ses créanciers. L'instauration des procédures de sauvegardes accélérées participe du même mouvement et met en exergue la complémentarité des différentes procédures.

Dans les procédures de conciliation et de sauvegarde, un rôle important est également conféré au débiteur[2610], rompant ainsi avec la conception ancienne du Code de commerce de 1807 dans laquelle le principe de dessaisissement du débiteur prévalait[2611]. Seul maître de la demande d'ouverture d'une procédure amiable[2612], le dirigeant est de plus en plus responsabilisé[2613].

Depuis 2005, la loi incite les chefs d'entreprise à recourir aux procédures préventives en assouplissant les critères d'ouverture. D'abord, l'assouplissement se traduit par la disparition de la

2605 F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, « Le mandat *ad hoc* et la conciliation », *in Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n°3, p. 4.

2606 C. com., art. L. 611-16, al. 1er.

2607 C. com., art. L. 611-6, al. 2.

2608 C. com., art. L. 611-10-1, al. 2.

2609 S. Boughida et P. Lombard, « Réforme de la sauvegarde : le nouveau dispositif sera-t-il plus efficace ? », *JCP E* 2009, n° 15, p. 32.

2610 V. *Supra*, Titre I, Partie I.

2611 M.-N. Legrand, « Les pouvoirs du débiteur dessaisi », *Rev. proc. coll.* 1991, n° 1, p. 11.

2612 C. com., art. L. 611-6, al. 1 et L. 620-1, al. 1er.

2613 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 69 et s. ; Chap. I, Titre II, Partie II, n° 261.

cessation des paiements comme critère de distinction entre les procédures amiables et judiciaires. Un débiteur en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours peut décider de négocier avec ses principaux créanciers dans le cadre d'une procédure de conciliation[2614]. Ensuite, une seconde innovation de la loi de sauvegarde de 2005 favorise l'anticipation des débiteurs en leur permettant de solliciter l'ouverture d'une procédure collective avant même l'apparition d'un état de cessation des paiements. Sur le modèle de la procédure volontaire américaine, la sauvegarde est ainsi ouverte aux entreprises justifiant de difficultés qu'elles ne sont pas en mesure de surmonter[2615], indépendamment de toute condition d'insolvabilité[2616].

Au fil des réformes françaises, le débiteur a donc gagné en indépendance et en autonomie. Toutefois, ses créanciers ne sont pas en reste puisqu'ils sont aujourd'hui, pour la plupart, pleinement intégrés au processus de négociation et garantis de ne pas être lésés par la procédure.

2. Des garanties pour les créanciers

296. Les avantages pour les créanciers. L'attractivité du droit des entreprises en difficulté ne s'explique pas uniquement par l'importance des prérogatives des débiteurs, mais aussi et surtout par le rôle primordial accordé aux créanciers[2617]. Par définition, sans leur soutien, le règlement consensuel des difficultés d'une entreprise a peu de chance d'aboutir. Dès lors, l'anticipation ne peut être dissociée du partenariat nécessaire entre le débiteur et ses créanciers. Pour favoriser la négociation entre le débiteur et ses créanciers, le système américain a souhaité redonner confiance à ces derniers. Cette intégration des créanciers dans le processus de règlement des difficultés d'une entreprise s'est réalisée notamment par la création de comités de créanciers[2618]. Parallèlement, en 1967, une consultation et une participation active des créanciers ont été mises en place au sein du concordat français[2619]. Mais un retour en arrière s'est opéré par la loi du 25 janvier 1985 qui a « judiciarisé » les procédures collectives et évincé pour partie les créanciers. Cependant, une fois de plus influencé par le droit américain, le législateur français a apporté des garanties nouvelles aux créanciers qui négocient avec le débiteur, les encourageant, par conséquent, à participer au

2614 C. com., art. L. 611-4.

2615 C. com., L. 620-1, al. 1er.

2616 J.-L. Vallens, « L'attractivité du nouveau droit français de l'insolvabilité », *LPA* 14 juin 2007, n° 119, p. 55.

2617 V. *Supra*, Chap. I, Titre II, Partie I.

2618 Section 1123 du titre 11 du Code fédéral des États-Unis.

2619 C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 28, p. 30.

traitement. En 2005, ils se voient impliquer davantage avec la création des comités des créanciers[2620] dont l'inspiration directe du *Chapter eleven* américain n'est plus à démontrer. Depuis 2008, chaque projet de plan prend en compte les accords de subordination[2621] ; et en 2014, tout créancier membre d'un comité peut également soumettre un projet de plan[2622]. Puis les créanciers sont protégés contre les actions en responsabilité pour les préjudices subis du fait des concours consentis dans le cadre d'une procédure collective[2623]. Les réformes ultérieures poursuivent le même dessein : la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 consacre le *prepackaged plan* américain en créant la sauvegarde financière accélérée, suivie par la sauvegarde accélérée, issue de l'ordonnance du 12 mars 2014. La procédure de conciliation se caractérise par la liberté contractuelle[2624]. Les créanciers sont donc libres de définir avec le débiteur les conditions des délais de paiement et des remises de dettes. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 leur confère différents avantages comme la sécurité apportée par l'homologation de l'accord[2625] et le privilège de *new money*[2626]. Avec le renforcement de l'implication des créanciers, le droit des entreprises en difficulté se trouve conséquemment mieux équilibré[2627].

Une certaine liberté est ainsi conférée aux parties, accompagnée de la sécurité assurée par la présence du juge et d'un tiers indépendant. En ce sens, la sécurité est apportée par l'établissement des incompatibilités prévues pour les fonctions de conciliateurs et de mandataires *ad hoc*[2628]. La sécurité et la liberté sont autant de garanties pour rendre le droit des entreprises en difficulté attractif. Ces principes permettent de rendre compte du souhait que les parties maîtrisent le traitement et que chaque solution soit individualisée en fonction des difficultés de l'entreprise[2629]. Du reste, ils sont le corollaire du volontariat. En ce sens, la quasi-totale latitude laissée aux dirigeants et à leurs créanciers permet, dans le choix de recourir à ces traitements préventifs, de voir dans cette anticipation un véritable acte de gestion. Partant, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire, procédures collectives imposées, devraient être exceptionnels. Cependant, même si les moyens mis en œuvre par le législateur sont de plus en plus attractifs, la résolution des difficultés

2620 C. com., art. L. 626-29 et s.

2621 C. com., art. L. 626-30-2, al. 1.

2622 C. com., art. L. 626-30-2, al. 2.

2623 C. com., art. L. 650-1.

2624 V. *Supra*, Chap. I, Titre I, Partie I, n° 20 et s.

2625 C. com., art. L. 611-8, II.

2626 C. com., art. L. 611-11.

2627 V. *Supra*, Partie I.

2628 C. com., art. L. 611-13.

2629 Th. Favario, « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 4, p. 23.

dépend aussi et surtout de la bonne volonté des parties. Dans ces conditions, il convient de vérifier si les procédés et procédures préventifs prévalent en termes statistiques sur les procédures collectives imposées.

B. Une utilisation croissante des outils

Depuis 2016, le seuil des 60 000 défaillances d'entreprises n'a plus été dépassé[2630]. Pour autant, il est difficile d'évaluer avec précision le nombre d'ouvertures de procédures amiables et collectives en raison de la multiplicité des sources et en l'absence de chiffres globaux sur les procédures de prévention. Les données statistiques sont donc à manier avec précaution **(1)**. Si les chiffres ne sont pas tous concordants, les différentes sources s'accordent sur l'utilisation croissante des procédures préventives et amiables depuis la loi de sauvegarde de 2005 **(2)**. Une telle évolution est d'autant plus satisfaisante que les entreprises qui recourent à ces procédures sont généralement d'une taille importante, ce qui permet donc de sauvegarder un nombre conséquent d'emplois **(3)**.

1. La variabilité des statistiques

297. Une recherche chiffrée délicate à réaliser. La recherche des chiffres doit être menée avec prudence tant les statistiques ne sont pas toujours fiables. La profusion des sources[2631] explique les divergences entre les données et rend donc délicate la quête des chiffres[2632]. Les écarts sont notamment dus au fait que certains chiffres sont absents des nomenclatures utilisées[2633]. Par exemple, la liquidation judiciaire simplifiée et les plans de cession sont absents de la nomenclature de la Chancellerie depuis 2005[2634]. Les écarts sont également dus au fait que la mesure ne porte pas

2630 53 000 entreprises défaillantes étaient recensées au mois de juillet 2018 (sur douze mois) : Deloitte, Altares, *Défaillances d'entreprises*. T2. 2018, disponible en ligne. À titre de comparaison, en 2014, 62 580 entreprises ont été défaillantes en France : Deloitte, Altares, *L'entreprises en France, Dans l'antichambre de la reprise*, rapp. annuel, 10è éd., mars 2015 (disponible en ligne), spéc. p. 20.

2631 V. concernant les procédures collectives, les données de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France, de l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS), de l'Annuaire statistique de la Justice, de la Banque de France, de l'INSEE, de la Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, du Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI), du rapport annuel Deloitte Altares, etc.

2632 Sur la variation sensible des chiffres selon les sources : B. Thullier, « Pour un peu plus de transparence sur le confidentiel en droit des entreprises en difficulté », *in* Mél. Cl. Lucas de Leyssac, à paraître.

2633 J.-Ph. Haehl, B. Munoz-Perez et C. Moreau, *Premier bilan statistique de l'application de la loi de sauvegarde par les tribunaux de commerce en 2006 et 2007*, Ministère de la Justice, juin 2008.

2634 *Ibid.*, spéc. p. 6 et 39.

toujours sur le même champ de recherche. Certaines sources s'attachent, en effet, à la date du jugement d'ouverture lorsque d'autres se réfèrent à la publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC). Certaines prennent uniquement les données des tribunaux de commerce lorsque d'autres retiennent également celles des autres juridictions. C'est pourquoi, si l'on souhaite parvenir à apprécier la réalité de l'utilisation des procédures amiables et préventives, il est évident que notre conclusion chiffrée sera approximative. Quoi qu'il en soit, on observe de manière générale l'augmentation du recours aux traitements amiables et préventifs.

2. La progression des procédures préventives et amiables

Demandes d'ouvertures en 2016 devant les tribunaux de commerce, les chambres commerciales des tribunaux de grande instance (TGIcc), les tribunaux mixtes en outremer (TMC) et les TGI :

2 375 (3 %) mandats *ad hoc*

3 260 (4 %) conciliations

1 808 (2 %) sauvegardes

28 053 (37 %) redressements judiciaires

39 292 (52 %) liquidations judiciaires

Source : Les chiffres-clés de la Justice 2017 – Ministère de la Justice[2635].

De ces chiffres, on peut observer que la liquidation judiciaire demeure la procédure la plus ouverte en France. De manière générale, le recours aux procédures collectives est plus important que celui aux procédures amiables. Toutefois, nous verrons que ces chiffres sont trompeurs quant à l'impact que ces ouvertures génèrent en termes d'emplois[2636].

2635 Disponible en ligne sur le site : www.justice.gouv.fr

2636 V. *Infra* n° 399.

Une analyse plus précise de l'évolution des chiffres relatifs aux procédures amiables et judiciaires peut être effectuée au regard des données des tribunaux de commerce puisqu'ils traitent 94 % du contentieux commercial[2637].

2637 Annuaire statistique de la Justice, 2011, p. 42, disponible en ligne sur le site : www.justice.gouv.fr

Tableau 1 - Évolution sur 10 ans au niveau national des procédures volontaires devant les tribunaux de commerce (mandat ad hoc, conciliation, sauvegarde)

	2006	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Désignation d'un mandataire *ad hoc*	1200	1121	1303	1597	1292	1109	1416	1505	1433	1402	1315
Ouverture de conciliation	686	621	587	1035	842	854	1293	1272	1271	1306	1463
Demande de sauvegarde	530	492	739	1527	1321	1407	1537	1758	1794	1675	1389
Ouverture de sauvegarde	342	417	597	1215	1116	1130	1247	1361	1360	1335	1046
Plan de sauvegarde	15	16	72	260	540	523	596	637	708	768	786

Source : Conférence Générale des Juges Consulaires de France – Tribunaux de commerce - Statistiques 2017[2638].

2638 Disponible en ligne sur le site : http://www.tribunauxdecommerce.fr

Tableau 2 - Evolution sur un échantillon de 16 tribunaux de commerce (2012-2017)[2639]

	2012	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**
Mandats *ad hoc*	390	412	471	470	472	484
Conciliations	324	433	442	468	557	497
Sauvegardes	1 516	1 664	1 647	1 533	1 293	1184
Redressements judiciaires	18 726	18 740	18 205	18 370	17 288	16 472
Liquidations judiciaires	41 817	43 579	43 156	43 178	39 263	37 519

Source : Deloitte Altares, avril 2018.

De ces chiffres, on peut dire que malgré des chiffres faibles en apparence, le nombre de mesures et de procédures préventives et amiables est en hausse constante depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005[2640]. Selon la Conférence Générale des Juges Consulaires de France, seules 5 sauvegardes financières accélérées ont été mises en œuvre en 2017[2641]. Au niveau national, ces données révèlent en effet une augmentation continue du recours à la prévention depuis 2005. Les données des 16 tribunaux de commerce permettent de révéler la légère baisse des procédures collectives (sauvegarde incluse) depuis 2014.

298. Une augmentation des procédures préventives et amiables. De ces chiffres, on constate que les mandats *ad hoc* sont les seuls procédés à connaître des fluctuations selon les années et à ne

2639 Tribunaux de commerce de Bobigny, Évry, Lyon, Montpellier, Nanterre, Nice, Paris, Strasbourg, Toulouse, Aix-en-Provence, Créteil, Lille, Meaux, Melun, Pontoise et Versailles.

2640 Hormis une légère baisse de ces traitements en 2017, corrélative à la baisse des procédures collectives.

2641 Aucune procédure de sauvegarde accélérée n'a été mise en œuvre en 2017.

pas subir une forte augmentation. En revanche, les conciliations et les sauvegardes subissent une hausse importante et continue.

Ce constat s'explique très certainement par l'ancienneté du procédé du mandat *ad hoc*. Les changements opérés par les réformes concernant les régimes juridiques de la conciliation et de la sauvegarde expliquent, sans doute, le renforcement de leur attractivité. On peut considérer que l'augmentation de l'ouverture des procédures amiables traduit une anticipation accrue du traitement des difficultés par les chefs d'entreprise. L'efficacité des réformes récentes peut être observée du point de vue de l'objectif d'anticipation poursuivi par le législateur.

En revanche, les données relatives au recours au mandat *ad hoc* ne sont pas liées à celles des conciliations et des sauvegardes. En effet, l'augmentation de ces dernières n'a pas entraîné simultanément une baisse des mandats *ad hoc*. Toutefois, un même constat de hausse conséquente des ouvertures peut être fait pour le mandat *ad hoc*, la conciliation et la sauvegarde pour l'année 2009, certainement en raison des impacts de la crise économique et financière.

L'étude Deloitte Altares, basée sur un échantillon de 16 tribunaux, révèle également la hausse des recours aux procédures amiables et préventives. L'étude fait néanmoins apparaître la hausse des mandats *ad hoc* depuis 2012 avec une stabilisation depuis 2014 : 390 mandats *ad hoc* en 2012, 412 en 2013, 471 en 2014, 470 en 2015, 472 en 2016 et 484 en 2017. La courbe du recours à ce procédé n'est donc pas fluctuante comme elle peut l'être au niveau national. Les conciliations sont, quant à elles, en hausse constante : 324 en 2012, 433 en 2013, 442 en 2014, 468 en 2015, 557 en 2016 et 497 en 2017. Il est intéressant de noter que sur l'échantillon de l'étude Deloitte Altares, le rapport mandats *ad hoc*/conciliations est de 46%/54% alors que celui constaté au niveau national par l'Observatoire économique du Conseil national des administrateurs et mandataires judiciaires (CNAJMJ) est de 65%/35%[2642]. Quoi qu'il en soit, le recours croissant aux conciliations s'explique notamment par l'augmentation du nombre de mandats *ad hoc*, ces derniers pouvant, dans certains cas, préparer l'ouverture d'une conciliation.

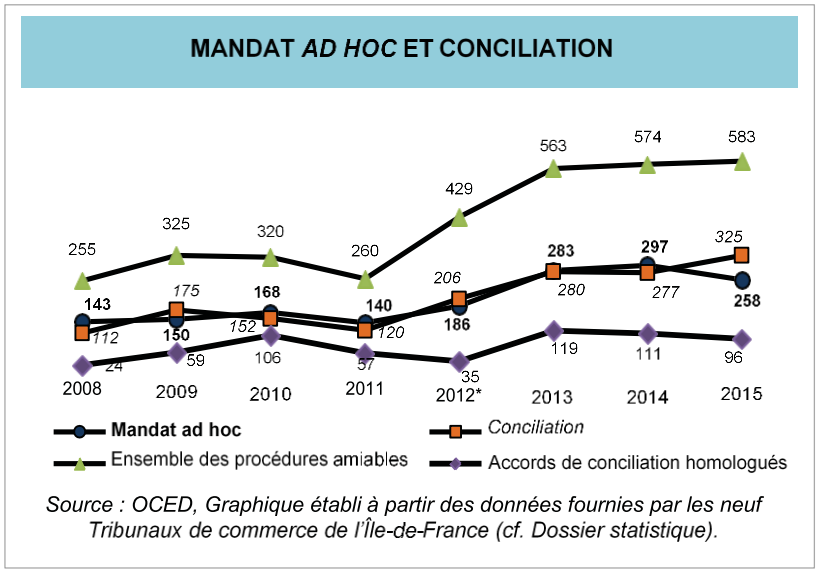
Concernant l'ouverture des procédures de sauvegarde, le constat de l'évolution des recours est similaire à celui de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France, bien que les chiffres ne soient pas exactement les mêmes.

2642 Etude Deloitte/Altares, L'entreprise en difficulté en France. Un équilibre fragile, mars 2017, p. 14, disponible en ligne.

Des variations entre les estimations peuvent, néanmoins, surprendre. Il en est ainsi des statistiques de l'Annuaire de la Chancellerie, qui pour 2010 énonçait 916 demandes de conciliation dans les « affaires nouvelles », puis avançait au titre des « affaires terminées » un chiffre extrêmement faible de 351 accords de conciliation pour la même année. Cet écart étonne lorsque l'on connait la réussite de la prévention généralement affichée entre 60 et 70 %[2643]. De plus, il apparaît relativement faible par rapport à celui de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France indiquant, pour 2010, 842 conciliations. Toutefois, peu importe les différences entre les données puisque les deux sources arrivent au même constat, à savoir une forte augmentation des ouvertures de conciliation en 2009, puis une relative baisse en 2010 et une augmentation notable dans les deux analyses depuis 2006[2644].

Le constat de l'augmentation du recours aux procédés et procédures amiables peut également être fait à un niveau plus local s'agissant des tribunaux de commerce d'Ile-de-France.

Tableau 3 - Ouvertures des procédures amiables par les tribunaux de commerce d'Ile-de-France (2008 -2015)



Source : OCED, Graphique établi à partir des données fournies par les neuf Tribunaux de commerce de l'Île-de-France (cf. Dossier statistique).

De ces chiffres, on peut constater que, depuis 2011, le recours aux procédures amiables ne cesse de croître en Ile-de-France. Les courbes représentant le recours aux mandats *ad hoc* et aux

2643 F. Pérochon, « À propos des chiffres de la sauvegarde… », *in La loi de sauvegarde à l'âge de raison*, *Dr. et patr.* mars 2013, n° 223, p. 46, spéc. p. 47.

2644 L'Annuaire de la Justice 2011 mentionne 344 conciliations au sein des « affaires nouvelles », et 284 dans les « affaires terminées » (contre respectivement 916 et 351 en 2010). Concernant les données de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France, il est fait état de 686 ouvertures de conciliation (contre 842 en 2010).

conciliations sont relativement proches. Toutefois, en 2015, deux mouvements contraires peuvent être observés : alors que les mandats *ad hoc* enregistrent une certaine diminution, une augmentation de même ampleur des conciliations.

Par ailleurs, un des révélateurs de la privatisation du traitement amiable concerne les accords de conciliation puisque 3 accords sur 10 ont fait l'objet, en Ile-de-France d'une homologation en 2015[2645]. La confidentialité et l'intervention judiciaire moins marquée dans le cadre du constat ou du simple accord sont donc préférées à l'homologation, plus sécurisante, mais également plus judiciaire. Sur le plan national, également, le choix de l'accord constaté a été longtemps prédominant, pouvant atteindre entre 80 et 90 % selon les sources, les premières années suivant la loi de sauvegarde. Mais l'option de l'homologation semble depuis quelques années primer sur celle du constat devant certaines juridictions[2646].

En dépit de cette évolution en faveur des traitements anticipés et négociés, un taux bien plus élevé de liquidations judiciaires est souvent mis en exergue. Or, il ne retient que le nombre d'entreprises concernées par les procédures collectives en méconnaissance des enjeux économiques et la situation sociale des entreprises.

3. Les impacts positifs sur la situation sociale des entreprises

299. La prétendue inefficacité de la boîte à outils du Livre VI du Code de commerce : des chiffres trompeurs[2647]. Les chiffres énoncés masquent une autre réalité, celle de l'impact des procédures sur le maintien des emplois[2648]. L'indicateur relatif au nombre d'entreprises concernées est certes indispensable, mais il doit être combiné avec leur effectif, voire leur chiffre d'affaires[2649].

2645 La Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, juillet 2016, n° 41, p. 14.

2646 Le rapport Guillonneau, Haehl et Munoz-Perez, faisait état de 54 % de constats pour les années 2006-2011 : M. Guillonneau, J.-P. Haehl, B. Munoz-Pérez, *La prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011*, Rapp. Min. Justice, juin 2013, p. 1, disponible en ligne. L'étude Deloitte Altares, fondée sur 15 tribunaux de commerce, énonce 78 % d'homologations en 2013 : Étude Deloitte/Altares, *L'entreprise en difficulté en France. La fracture économique*, mars 2014, p. 4 , disponible en ligne.

2647 Terme emprunté à H. Bourbouloux, « Éclairage - Les chiffres trompeurs : halte aux idées reçues ! La boîte à outils du Livre VI est performante », *BJE* 01 juillet 2012, n° 4, p. 206.

2648 *Ibid.* ; H. Poujade et S. Vigreux, « Le montage des plans », *in Le traitement des créances : pratique et actualités, BJE* 01 janv. 2017, n° 1, p. 78.

2649 F. Pérochon, « À propos des chiffres de la sauvegarde… », *in La loi de sauvegarde à l'âge de raison*, *Dr. et patr.* mars 2013, n° 223, p. 46, spéc. p. 49.

Ainsi, il a pu être démontré que le taux extrêmement élevé de 95 % de liquidations judiciaires suggérait l'inefficacité des procédures amiables et collectives alors qu'il masque le chiffre de 58 % de l'emploi maintenu à leur issue, soit plus d'un emploi sur deux sauvé[2650]. Par ailleurs, le faible nombre de sauvegardes doit être mis en rapport avec le nombre d'emplois concernés. Par exemple, en 2011, les sauvegardes représentaient 2,4 % des ouvertures de procédures collectives, ce qui est peu après six années d'application de la loi de sauvegarde[2651]. Cependant, ce chiffre passe à 20 % en raisonnant sur les entreprises de plus de 50 salariés[2652]. Le nombre de salariés à l'ouverture d'une sauvegarde apparaissait donc en 2011 plus élevé que pour la liquidation judiciaire[2653]. Par ailleurs, l'année qui a suivi l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde a permis de constater que la sauvegarde ne s'est pas substituée à des procédures existantes, mais a répondu à un besoin réel différent. En 2006, près d'un tiers des entreprises en sauvegarde a réalisé un chiffre d'affaires supérieur à un million d'euros, alors que seulement 6 % des entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire se trouvaient dans cette situation[2654].

Par conséquent, si les chiffres relatifs à la prévention sont généralement compris entre 1000 et 3000 ouvertures par an selon les sources[2655], ce sont les entreprises d'une certaine taille qui anticipent le plus[2656]. Dès lors, le nombre de salariés concernés est plus important qu'à l'issue des procédures plus contraignantes que sont le redressement et la liquidation judiciaire. Ceci est d'autant plus vrai que plus de 70 % de l'ensemble des entreprises concernées par une liquidation judiciaire n'emploient aucun ou qu'un salarié[2657].

2650 H. Bourbouloux, *art. cit.*, *BJE* 01 juillet 2012, n° 4, p. 206. Les sources utilisées par Maître Bourbouloux pour son étude sont diverses : AGS, Banque de France, Coface et Insee.

2651 F. Pérochon, *art. cit.*, *Dr. et patr.* mars 2013, n° 223, p. 46, spéc. p. 49. L'auteur se réfère notamment aux chiffres donnés par : H. Bourbouloux, *art. cit.*, *BJE* 01 juillet 2012, n° 4, p. 206.

2652 *Ibid.*

2653 *Ibid.*

2654 X. de Roux, Rapp. AN, 31 janv. 2007, n° 3651. Selon le rapport, 89 % des entreprises en redressement ou liquidation judiciaires ont un chiffre d'affaires inférieur à 500 000 euros (contre 49 % des entreprises en sauvegarde).

2655 Le rapport de 1 à 3 est d'ailleurs étonnant.

2656 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 230, p 117. L'auteur a pour source La Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, déc. 2011, n° 37, p. 11 et s.

2657 H. Bourbouloux, *art. cit.*, *BJE* 01 juillet 2012, n° 4, p. 206. L'auteur cite comme source : COFACE – Observatoire des défaillances 2011.

Tableau 4 - Salariés concernés par les procédures collectives (2012-2017)

	2012	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**
Salariés	268 452	272 714	245 589	234 453	193 649	171 667

Source : Deloitte Altares, avril 2018.

Tableau 5 - Salariés concernés par les procédures amiables -mandat ad hoc et conciliation- (2012-2016)[2658]

	2012	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Salariés	495 901	551 570	561 452	582 435	612 001

Source : Deloitte Altares, avril 2018.

Ces chiffres encourageants sont également confirmés par les données des tribunaux de commerce d'Ile-de-France dans lesquels on retrouve les trois plus importants tribunaux de France, à savoir les tribunaux de commerce de Paris, Nanterre et Bobigny.

Selon l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, les enjeux sociaux sont importants puisque le nombre d'emplois concernés par les procédures amiables dépasse les 100 000 salariés par an dans les ressorts des tribunaux de commerce de Nanterre et de Paris.

2658 Les données de l'année 2017 ne sont pas indiquées concernant les procédures amiables.

Tableau 6 – Statistiques du Tribunal de commerce de Paris (2014-2017)[2659]

Salariés concernés par les procédures amiables terminées

	Salariés
2014	40 058
2015	20 328
2016	31 518
2017	28 405

En 2016, le traitement amiable est à Paris en hausse de 17 % par rapport à 2015. Ces ouvertures ont concerné 31 518 emplois, soit une augmentation de 55 % par rapport à 2015. Ces chiffres ont d'autant plus d'impact lorsqu'on les compare avec les taux des procédures collectives. Pour la même année, le greffe du Tribunal de commerce de Paris a enregistré 44 procédures de sauvegarde et 447 redressements judiciaires, lesquels concernaient 7 256 salariés. Plus significatif encore est l'enregistrement de 3 355 jugements d'ouverture de liquidations judiciaires, concernant pas plus de 3 329 salariés.

300. La réussite des procédures préventives et amiables. L'étude Deloitte Altares observe un taux de réussite important des mandats *ad hoc*, des conciliations et des sauvegardes. À titre d'exemple, en analysant sur quatre ans le sort des accords homologués en 2012, l'étude révèle que 75 % d'entre eux sont un succès puisque seulement 25 % des homologations ont fait l'objet d'une procédure judiciaire[2660]. Plus globalement, selon le CNAJMJ, le taux de réussite des procédures amiables est de l'ordre de 70 %[2661].

2659 Disponible en ligne sur le site du greffe du tribunal de commerce de Paris, statistiques 2017.

2660 Étude Deloitte/Altares, *L'entreprise en difficulté en France. Un équilibre fragile*, mars 2017, p. 14, disponible en ligne.

2661 Étude Deloitte/Altares, L'entreprise en difficulté en France. Gagner plus de lisibilité pour aller de l'avant, mars 2016, p. 17, disponible en ligne.

En définitive, les données communiquées par différentes sources permettent d'observer une augmentation constante des procédures amiables et préventives. Si leur nombre reste faible par rapport aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire, le nombre de salariés concernés est nettement plus important. Il résulte de ces constats que les réformes réalisées par le législateur favorisant la négociation semblent porter leurs fruits. Au niveau international, le droit des entreprises en difficulté français semble néanmoins encore en retrait.

§ 2 L'attractivité relative au niveau international

La préoccupation du législateur français de rendre les outils de traitement des difficultés attractifs ne se limite pas au seul cadre interne. C'est en effet une question de compétitivité du droit français par rapport aux droits étrangers, et notamment par rapport au droit de *common law*, réputé plus protecteur des intérêts des créanciers[2662]. En prenant acte des critiques formulées à l'étranger contre les insuffisances du système français, le législateur a entrepris les réformes en conséquence. Influencé notamment par le droit américain de la faillite, il affiche pour finalités l'anticipation et la sauvegarde des entreprises et renforce, dès lors, les outils fondés sur la négociation. Malgré les améliorations réalisées, l'attractivité du droit des entreprises en difficulté français demeure faible selon les rapports internationaux *Doing Business* de la Banque Mondiale, qui classent les États en fonction de leur facilité à faire des affaires **(A)**. Un tel constat est, toutefois, à nuancer en raison des nombreuses limites qui entourent les méthodes évaluatives de ces rapports **(B)**.

A. Une faible attractivité à l'international

301. La problématique du *law shopping*. À l'ère du *forum shopping*, qui conduit les acteurs économiques à choisir un pays en fonction de son système juridique, le droit des entreprises en difficulté doit être le plus attractif possible. La notion de « forum shopping » renvoie à la recherche d'un droit et d'une juridiction appropriés en fonction des objectifs poursuivis[2663]. Le droit des entreprises en difficulté est soumis, comme les autres droits, à cette concurrence entre systèmes juridiques nationaux, voire régionaux. Le débiteur et les créanciers ont intérêt à privilégier la législation la plus protectrice de leurs droits respectifs. Mais cette pratique a aussi et surtout des

2662 Ph. Roussel Galle, « Restructurations d'entreprises : les aspects financiers », Table ronde, *CDE* 2015, n° 2, p. 9, spéc. p. 14.

2663 J.-L. Vallens, « Forum shopping », *CDE* 2009, n° 5, p. 52.

inconvénients en portant atteinte à la sécurité juridique et à la prévisibilité du droit[2664]. Si le pluralisme juridique force à la recherche du « meilleur » droit de l'insolvabilité par les débiteurs et créanciers[2665], les Règlements européens[2666] tentent de limiter le risque de *forum shopping*[2667]. Le Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, puis le Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015, reposent sur un critère de compétence juridictionnelle, le critère du centre des intérêts principaux de débiteur. Mais dans le même temps ils le favorisent avec le principe de reconnaissance de la procédure principale étrangère[2668]. En toute hypothèse, ce critère fait l'objet lui-même d'un véritable *forum shopping* puisque certaines sociétés décident de modifier leur centre de décision afin de choisir leur tribunal et leur loi[2669].

Des convergences de plus en plus fortes s'observent, néanmoins, entre les régimes des États membres dont celle de sauvegarder les entreprises par la prévention et le traitement à l'amiable des difficultés[2670]. D'ailleurs, le Règlement (UE) du 20 mai 2015[2671] a pris en compte les nouvelles réalités du droit de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne en étendant son champ d'application matériel et en substituant à l'objectif originel d'apurement du passif celui de la

2664 J.-L. Vallens, *«* Rapport de synthèse *», in* Quelles convergences pouraméliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne?, *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 93.

2665 En général, les éléments qui rendent attractif un droit de l'insolvabilité sont la facilité d'ouverture d'une procédure, le maintien du dirigeant à la tête de son entreprise, le rôle plus ou moins important des créanciers, le poids des privilèges dans l'ordre de paiement, etc.

2666 Cons. UE, règl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 1. ; PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2015/848, 25 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), JOUE n° L 141, 5 juin 2015, p. 19.

2667 Cet objectif est affiché par les rédacteurs du règlement : Cons. UE, règl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000, préc., consid. n° 4.

2668 J.-L. Vallens, *art. cit.*, *CDE* 2009, n° 5, p. 52.

2669 Th. Montéran, *«* La tentation du "forum shopping" *»*, *Gaz. Pal.* 27 oct. 2007, n° 300, p. 7. L'auteur rappelle qu'à la suite du Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000, de nombreux États ont interprété largement cette notion de centre des intérêts principaux des groupes de sociétés.

2670 E. Inacio et M. Mailly, *«* Ouverture : Étude de droit comparé du statut de syndic dans les 27 États membres de l'Union européenne *», in Quelles convergences dans le traitement des difficultés des entreprises ?*, *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 49.

2671 Ord. n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 portant adaptation du droit français au règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (JORF n°0257 du 3 nov. 2017); Décret n° 2018-452 du 5 juin 2018 pris pour l'application du règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité et de l'ordonnance n° 2017-1519 portant adaptation du droit français à ce règlement (JORF n°0129 du 7 juin 2018).

préservation de l'activité[2672]. La refonte du Règlement révèle que l'évolution qu'a connue le droit français semble être partagée[2673].

Évidemment, les législations conservent leurs spécificités. Elles connaissent, en effet, encore des différences sensibles sur des points tels que la publicité de la situation du débiteur, la notion de dessaisissement, la suspension provisoire des poursuites en procédure amiable, le statut des professionnels de la défaillance[2674]. En d'autres termes, il n'existe toujours pas d'harmonisation globale entre les législations[2675].

C'est davantage ici la question du *law shopping* dont il s'agit, à savoir le fait de choisir sa loi. Elle a plusieurs effets : de façon directe, certaines restructurations vont être traitées hors de France et, de façon indirecte, si la prise de risque est jugée trop importante par les investisseurs et les banquiers, ces derniers vont être réticents à apporter des solutions de financement au débiteur[2676]. Outre le risque de *law shopping*, et au-delà du choix de se mettre sous la protection du droit des entreprises en difficulté français, il a été nécessaire que ce dernier soit plus compétitif au vu de son classement et de sa réputation sur la scène internationale. Il s'agissait notamment de redorer l'image du droit des entreprises en difficulté français perçu comme trop éloigné des standards internationaux et dissuadant, en conséquence, les investisseurs étrangers de venir en France[2677].

2672 L'article 1er du règlement énonce notamment : « Le présent Règlement s'applique aux procédures collectives publiques, y compris les procédures provisoires, qui sont fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité et au cours desquelles, aux fins d'un redressement, d'un ajustement de dettes, d'une réorganisation ou d'une liquidation […].

Lorsque les procédures visées au présent paragraphe peuvent être engagées dans des situations où il n'existe qu'une probabilité d'insolvabilité, leur objectif doit être d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou la cessation de ses activités ». D'autre part, le critère de l'insolvabilité ne s'impose plus, la probabilité d'insolvabilité suffit. D'une part, concernant les finalités, le règlement va plus loin en mentionnant le redressement, l'ajustement des dettes, la réorganisation et la liquidation. Les rédacteurs privilégient ainsi la restructuration de la dette par rapport à l'apurement du passif.

2673 J. Heymann, « Le nouveau règlement relatif aux procédures d'insolvabilité : le changement dans la continuité », *Europe* déc. 2015, n° 12, p. 5.

2674 E. Inacio et M. Mailly, *art. cit., LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 49.

2675 Voir cependant la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 qui entend promouvoir l'harmonisation : Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723. De plus, il est proposé à l'article 64 du projet de loi « PACTE » du 19 juin 2018, de solliciter une habilitation autorisant le Gouvernement à prendre les mesures législatives nécessaires pour rendre compatibles les dispositions du livre VI du code de commerce avec le droit de l'Union européenne, ainsi que les mesures de mise en cohérence qui en résultent : projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises n° 1088 (projet dit « PACTE »), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 juin 2018.

2676 Ph. Roussel Galle, « Restructurations d'entreprises : les aspects financiers », Table ronde, *CDE* 2015, n° 2, p. 9, spéc. p. 14.

2677 A. Pietrancosta et S. Vermeille, « Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit – Perspectives d'avenir ? », *RTDF* 2010, n° 1, p. 5. Les auteurs énoncent que : « Le développement des marchés de capitaux français au service du financement des entreprises doit amener le législateur à se poser la question de l'attractivité du droit hexagonal des procédures collectives, c'est-à-dire des avantages et des inconvénients de chaque modèle proposé, pour les entreprises. Il n'est plus possible aujourd'hui de développer en la matière un droit exotique,

302. Une image à l'international encore difficile à changer. Depuis la réforme du 26 juillet 2005, le législateur français vise à améliorer le cadre légal de la défaillance des entreprises afin de répondre aux nombreuses critiques venues de l'étranger, notamment des rapports *Doing Business*[2678]. Le droit français des entreprises en difficulté a principalement été critiqué pour sa faible protection des créanciers[2679]. En s'inspirant du modèle américain, la réforme de 2005 a tenté d'y répondre afin de le rendre plus protecteur et donc plus attractif. À ce titre, une étude comparative a été réalisée afin d'intégrer les apports des droits étrangers et de les adapter à notre système[2680].

La réforme n'a pas été vaine puisqu'au niveau du classement global des économies de la Banque mondiale, la France a connu, ces dernières années, une remontée importante. Classée 38e en 2014, elle gagne des places en étant 28e en 2016, puis 29e en 2017 et 31e en 2018[2681], loin derrière toutefois les États-Unis et le Royaume-Uni, classés respectivement au 6e et 7e rangs. Plus spécialement, concernant le « règlement de l'insolvabilité », la France est classée, en 2018, au 28e rang, lorsque les États-Unis obtiennent la 3e place et le Royaume-Uni, un peu moins efficace, se trouve à la 14e place. Le système juridique français, ne parvenant pas à supplanter ces droits, est encore perçu comme « *contre-performant* »[2682].

---

particulariste, fermé sur lui-même et illisible à force d'idiosyncrasies. Les États sont désormais appelés à raisonner globalement, par comparaison avec leurs voisins, partenaires mais aussi concurrents, à se situer par rapport à des standards internationaux, et sommés de proposer des règles susceptibles d'attirer les investisseurs, dans l'intérêt bien compris des entreprises ».

2678 Les rapports Doing Business n'ont pas été la seule source d'influence du législateur. Les orientations préconisées par le Fonds monétaire international, les principes de la Banque mondiale et la Commission des Nations unies pour le droit commercial international ont été autant de références pour réformer le droit des entreprises en difficulté français. V. notamment :

http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20803384/IPG_Revised_Principles_French.pdf (Banque mondiale) ;

http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723_Ebook.pdf (CNUDCI, 2004) ;

http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-F.pdf (CNUDCI, 2010) ;

http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-F.pdf (CNUDCI, 2013)

2679 F.-X. Lucas, « Le droit français protège-t-il suffisamment les créanciers ? », *in Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, ss. la dir. de F. Rouvillois, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2005, p. 37.

2680 Les travaux parlementaires témoignent de l'influence exercée par certains pays étrangers : J. Chartier, Avis de la commission des lois à l'Assemblée nationale, 15 février 2005, n° 2099, p. 39, contenant un tableau comparé du « Chapter 11 » du droit américain et des procédures françaises ; Sénat, Documents de travail du service de législation comparée, juin 2004 ; X. de Roux, Rapp. AN, 11 février 2005, n° 2095, qualifiant les procédures étrangères de « globalement plus souples ».

2681 Site Doing Business (La Banque mondiale), disponible en ligne.

2682 M. Bellan, « Juristes et parlementaires font la promotion du droit continental », *Les Echos*, 01 nov. 2011.

Si le droit des entreprises en difficulté français paraît toujours en décalage par rapport aux droits de *common law*, il convient de nuancer ces résultats, les instruments de mesure demeurant discutables.

B. Une faible attractivité à nuancer

303. La présentation des rapports *Doing Business*. Depuis 2004, le rapport annuel *Doing Business* de la Banque mondiale constitue la principale référence de classement des États selon la facilité à y faire des affaires. Chaque année, ce rapport fait état de l'analyse d'économistes, dans le domaine des affaires, sur le caractère favorable ou défavorable des réglementations au développement économique. À ce titre, il émet un classement des économies les plus compétitives sur le plan juridique[2683], sur la base de onze indicateurs (création d'entreprise, obtention d'un permis de construire, raccordement à l'électricité, transfert de propriété, obtention de prêts, protection des investisseurs minoritaires, paiement des taxes et impôts, commerce transfrontalier, exécution des contrats, règlement de l'insolvabilité et règlementation du marché de l'emploi). La note ainsi donnée à chaque État permet aux investisseurs de tirer les conséquences quant aux risques qu'ils prennent en investissant dans tel ou tel pays.

Le droit de l'insolvabilité est l'un des pans de cette évaluation. En examinant ce volet, il a longtemps été considéré que les systèmes de tradition civiliste étaient plus complexes, plus coûteux et plus lents que les systèmes de *common law*. Un ancien vice-président de la Commission européenne, Monsieur Günter Verheugen, responsable de la politique des entreprises et de l'industrie, a déclaré : « *trop d'entreprises font faillite et n'obtiennent pas de seconde chance pour la simple raison que le cadre législatif est souvent trop rigide* »[2684]. De ce point de vue, les systèmes dans lesquels une large place est donnée aux accords se caractérisent par une importante souplesse. Les observations de la Banque mondiale vont plus loin encore puisque cette dernière « *érige en postulat le fait qu'une procédure contractuelle est supérieure à une procédure de redressement judiciaire* »[2685].

L'importance de la démarche évaluative en droit des entreprises en difficulté est défendue depuis longtemps[2686] puisque ce droit a des conséquences économiques non négligeables en tant

2683 A. Rocher, « Le Doing Business 2015 : les réformes et sa réforme », *JCP E* 2015, n° 1-2, p. 1000.

2684 G. Verheugen, « Un grand nombre de faillites et de cas d'insolvabilité d'entreprises pourraient être évités », Bruxelles, le 28 mars 2006, site de la Commission européenne, « Rapid Press Releases EUROPA ».

2685 *Doing Business, in 2004 Understanding Regulation*, p. 71 et s., cité par A. Couret, *art. cit.*, n° 209, p. 35, spéc. p. 37.

2686 G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (ss. la dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, Paris, 2005.

que ses règles sont intégrées dans les stratégies des acteurs. Il exerce, en effet, une influence certaine sur la gouvernance des entreprises qu'elles soient en difficulté ou saines[2687]. À ce titre, certains travaux identifient les mécanismes d'incitation des procédures collectives pour encourager les acteurs à des décisions cohérentes et observent si ces procédures ne sont pas trop pénalisantes, décourageant alors les entrepreneurs à la prise de risques[2688].

La méthodologie utilisée par les rapports *Doing Business* n'est pourtant pas pleinement satisfaisante.

304. La méthodologie contestée des rapports *Doing Business*. Les rapports *Doing Business* peuvent être contestés à différents égards. Tout d'abord, la méthodologie utilisée est critiquable dans son ensemble. D'une part, l'évaluation est majoritairement réalisée sur des fondements économiques, et surtout elle repose sur une présentation unilatérale des débats animant les théories économiques, c'est-à-dire sur des présupposés théoriques prêtant à discussion[2689]. D'autre part, les rapports s'attachent en premier lieu à l'évaluation des textes, sans réellement prendre en compte l'application qui en est faite par la jurisprudence[2690]. L'analyse *Doing Business* laisse également de côté les convergences existantes entre les droits nationaux en opérant une classification uniquement fondée sur leur origine[2691] et sur une analyse historique, souvent jugée trop succincte[2692].

Ensuite, plus spécifiquement appliquée au droit de l'insolvabilité, la méthode est également source de critiques. Elle s'appuie sur l'exploitation de réponses à un questionnaire détaillé, adressé le plus souvent à des cabinets d'avocats et à des administrateurs judiciaires locaux[2693], et reposant sur une série d'indicateurs. Outre le fait que la Banque mondiale ne publie pas les réponses, la méthode consistant pour des « professionnels de terrain » à porter leur appréciation sur un scénario

2687 N. Levratto, « Quels indicateurs d'efficacité économique du droit des faillites ? Du classement de Doing Business à une analyse des procédures effectives », 2009, pdf., disponible en ligne.

2688 B. Chopard, « Enchères, redressement ou liquidation judiciaire », L'Actualité Economique, Vol. 80, n° 4, Déc. 2004, p. 655, cité par N. Levratto, « Quels indicateurs d'efficacité économique du droit des faillites ? Du classement de Doing Business à une analyse des procédures effectives », 2009, pdf., disponible en ligne.

2689 B. du Marais (Dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthologiques des rapports Doing Business*, études du programme de recherches sur l'Attractivité économique du droit, La Documentation Française, 2006, spéc. p. 62.

2690 *Ibid.*, spéc. p. 63.

2691 N. Levratto, *art.. cit.*, 2009, pdf., disponible en ligne.

2692 Et parfois erronée : Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, V. 1, 2006, p. 77.

2693 Les rapports s'appuient également sur les lois et réglementations en vigueur, ainsi que sur les informations publiques concernant les procédures d'insolvabilité : méthodologie disponible en ligne sur le site de la Banque Mondiale.

hypothétique et unique présenté par les questionnaires est contestable[2694]. De plus, les critères retenus par les analystes sont limités. Si l'on part des résultats des rapports[2695], les trois « buts universels de la faillite » sont la réhabilitation des entreprises viables et la disparition de celles qui ne le sont pas, la maximisation de la valeur des actifs liquidés et récupérés par les créanciers et le respect du rang des créanciers. Or les indicateurs retenus par la Banque mondiale, que sont la durée de la procédure, le coût de la faillite et le résultat des procédures d'insolvabilité[2696], sont insuffisants pour apprécier si ces fonctions ont été remplies[2697]. Par exemple, l'indicateur de la durée n'est pas toujours pertinent puisque certaines affaires complexes nécessitent de prendre le temps nécessaire pour trouver une juste réponse à chacune des questions soulevées. Inversement, dans certaines affaires la rapidité de la liquidation judiciaire peut servir uniquement l'intérêt du dirigeant souhaitant fermer un site alors que la multiplicité des créanciers nécessiterait qu'un temps plus long soit consacré à la procédure. Autrement dit, les indicateurs ne sont pas en lien avec les buts poursuivis par les analystes. De surcroît, ils sont réversibles et imparfaits.

Enfin, les finalités multiples des procédures collectives ne sont pas prises en compte[2698]. La conception des rapports *Doing Business* du sauvetage au nom d'intérêts économiques est peu satisfaisante en ce qu'elle relègue au second plan les questions sociales. En effet, les juridictions françaises prennent fréquemment en compte les considérations salariales, notamment dans le cadre de cessions. Il est étonnant que les indicateurs ne les intègrent pas alors qu'elles sont essentielles dans l'évaluation d'un système de traitement de la défaillance. La finalité décrétée par la Banque mondiale ne repose que sur une approche patrimoniale. Or, en France, le législateur n'a plus une

2694 Les personnes interrogées doivent calculer le nombre de démarches, le temps et le coût estimés pour chaque procédure. Certaines questions les amènent à formuler une opinion ou un jugement de valeur. V. sur ces points : B. du Marais (Dir.), *op. cit.*, La Documentation Française, 2006, spéc. p. 59 et s.

2695 Par exemple : Rapport Doing Business 2004, p. 72 ; Rapport Doing Business 2009, p. 54.

2696 Le taux de recouvrement est calculé sur la base de ces indicateurs (délais, coût et résultat des procédures d'insolvabilité) dans chaque économie. La solidité du cadre juridique de l'insolvabilité est également mesurée. Elle est basée sur quatre autres indices : l'ouverture de la procédure, la gestion des actifs du débiteur, la procédure de redressement judiciaire et la participation des créanciers.

2697 Plus encore, un auteur démontre de façon exhaustive que de nombreuses études obtiennent des résultats contrastant avec les résultats de la Banque mondiale. Les scores d'efficacité qu'atteignent les pays de common law nettement supérieurs à ceux de la France sont à nuancer. En ce qui concerne la rapidité du système américain, l'auteur relate qu'une étude, portant sur 18 mois, montre que la durée moyenne de résolution d'une défaillance est de 2,4 ans, bien supérieur aux 18 mois avancés dans le rapport Doing Business 2009. Le coût est, selon d'autres études, également plus élevé (aux alentours de 17 % au lieu des 7 % avancés par la Banque mondiale). Certaines études britanniques ont également mis en lumière la contrariété de leurs résultats avec ceux des rapports de la Banque mondiale. Comme pour le système américain, ces études révèlent que les chiffres concernant le coût, la rapidité et le taux de recouvrement doivent être maniés avec prudence : M. Haravon, « Doing Business 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ? », *D.* 2009, p. 244.

2698 Certains auteurs vont plus loin en considérant que les rapports se placent essentiellement dans la perspective de préservation des seuls intérêts des banquiers : Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, Société de législation comparée*, V. 1, 2006, p. 75 et 76.

vision strictement patrimoniale relative au désintéressement des créanciers, mais poursuit aussi la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi et de l'activité[2699]. De fait, ces rapports omettent que « *au-delà de son objectif économique, en dehors du remboursement des créanciers, la fonction essentielle d'une loi sur les procédures collectives est d'apaiser les esprits et de canaliser les individualismes* »[2700]. En d'autres termes, la vision des rapports semble trop restrictive.

La présentation trop schématique des rapports omet surtout les traitements négociés des difficultés des entreprises, en ne prenant en compte que l'hypothèse d'un redressement et d'une liquidation judiciaire.

305. La non-prise en compte par les rapports *Doing Business* du traitement négocié des difficultés. En matière d'insolvabilité, les indicateurs ne permettent pas à eux seuls d'évaluer pleinement le système de l'insolvabilité d'un État. Ils ne tiennent, notamment, pas compte des négociations informelles en amont des procédures. Or, ces négociations peuvent permettre un recouvrement efficace des créanciers[2701]. Ils n'envisagent pas plus les techniques de négociation dans les procédures amiables incitant les parties prenantes à participer plus activement au traitement. En effet, l'hypothèse retenue dans le questionnaire porte sur une entreprise à responsabilité limitée[2702] « *qui a trop de créanciers pour pouvoir renégocier ses dettes à l'amiable* »[2703]. Le cas se réfère donc uniquement aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire. Le traitement à l'amiable des difficultés d'une entreprise n'est donc pas mesuré par les analystes, ce qui n'est pas sans poser des difficultés quant à l'interprétation des résultats obtenus.

En somme, l'évaluation du droit des entreprises en difficulté devrait être fondée sur la mesure de dispositifs au regard des attentes du législateur et des comportements des acteurs. Il

---

2699 Ces finalités ont notamment été instituées par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 car le redressement judiciaire était destiné « à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif » (Art. 1er, alinéa 1 de la loi).

2700 B. Soinne, Traité des procédures collectives, LGDJ, 1995.

2701 Une étude a d'ailleurs démontré que dans le cadre d'une procédure informelle de renégociation des dettes, le taux de recouvrement était, en 2006, de 83% en France contre 78% au Royaume-Uni et 76% en Allemagne : S.-A. Davydenko et J.-R. Franks, « Do Bankruptcy Codes Matter ? AStudy of Defaults in France, Germany and the UK », *Journal of Finance*, 2008, Vol. 63, n° 2, p. 565.

2702 Le rapport raisonne sur une hypothèse de faillite d'un hôtel de 201 salariés, faisant allusion à l'une des faillites récentes les plus importantes en Australie. Or, un tel cas est rare en France car le recours à une société civile immobilière permet de limiter les risques en cas de faillite. On retrouve encore la limite de la méthode employée car elle se fonde sur des cas peu fréquents dans la pratique. Sur la critique de ce cas-type : B. du Marais (Dir.), *op. cit.*, La Documentation Française, 2006, spéc. p. 50 ; Association Henri Capitant, *op. cit.*, Société de législation comparée, V. 1, 2006, p. 73.

2703 Méthodologie de la Banque Mondiale, disponible en ligne. Il est précisé que : « L'entreprise a trop de créanciers pour pouvoir renégocier ses dettes à l'amiable. Elle a le choix entre les solutions suivantes: une procédure de redressement judiciaire; une procédure de liquidation judiciaire; ou une procédure judiciaire d'exécution de la dette (saisie ou mise sous séquestre) ».

convient d'aller au-delà de l'idée que le droit des entreprises en difficulté n'est qu'un moyen de sélection entre les entreprises défaillantes et celles qui ne le sont pas au sein du marché. Quelques améliorations de l'analyse ont néanmoins été entreprises depuis ces dernières années.

306. Les prémices d'une évolution dans la méthode évaluative. Des améliorations de la méthodologie sont apparues en 2015 avec la prise en compte de la qualité du cadre juridique de l'insolvabilité, qui mesure les bonnes pratiques au regard du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI[2704]. Les changements opérés dans les rapports visent à ne plus rester sur des critères purement quantitatifs, tels que la durée, le coût ou le nombre de procédures et à inclure des éléments qualitatifs[2705]. Désormais, le sort des contrats en cours et les conditions des plans de réorganisation de l'entreprise[2706] sont notamment étudiés. Ces changements permettent d'espérer une future réforme de la méthode *Doing Business*.

L'efficacité du droit des entreprises en difficulté français est un enjeu primordial pour la compétitivité des entreprises françaises et le maintien de l'emploi. Les dernières réformes, et notamment celle du 12 mars 2014 remplissent cet objectif en le dotant d'instruments plus efficaces. Ainsi, l'amélioration des critères d'évaluation des rapports *Doing business* combinée avec l'évolution du droit des entreprises en difficulté laisse présager pour ce dernier un meilleur classement international dans les années à venir.

Conclusion de la section. Les données sont parfois trompeuses. En droit interne, le faible taux d'ouverture des procédures amiables et préventives par rapport à la liquidation judiciaire ne révèle pas, au final, le nombre important d'emplois sauvegardés. À l'international, le classement de la France dans les rapports *Doing Business*, en matière d'insolvabilité, n'est pas non plus révélateur des avantages qu'offre ce système. Ainsi, en dépit de ces réserves, le droit des entreprises en difficulté français apparaît attractif tant au niveau interne qu'au niveau international. Le législateur s'est en effet efforcé d'améliorer les outils existants en renforçant la négociation dans un sens

2704 Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international), 25 juin 2004, disponible en ligne.

2705 A. Rocher, *art. cit.*, *JCP E* 2015, n° 1-2, p. 1000.

2706 La solidité du cadre juridique de l'insolvabilité est notamment mesurée sur la base d'un indice relatif à la procédure de redressement judiciaire qui vérifie :

-si le plan de redressement est voté seulement par les créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan ;

-si les créanciers habilités à voter le plan sont divisés en classes, chaque classe vote séparément et les créanciers au sein de chaque classe sont traités de manière égale ;

- s'il est prévu que les créanciers qui s'opposent au plan reçoivent autant dans le cadre du plan de redressement que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation.

Elle est également mesurée sur la base d'un indice relatif à la participation des créanciers.

favorable aux parties, débiteurs et créanciers, désormais plus impliquées dans le traitement des difficultés. Les attraits du traitement négocié des difficultés d'une entreprise sont donc manifestes.

Réfléchir à des perspectives d'évolution vers une généralisation du traitement négocié permettrait de renforcer encore davantage cette attractivité et tendre plus encore vers une culture de la négociation en la matière.

Section 2. La généralisation souhaitée du traitement négocié

L'efficacité de la négociation et l'obtention d'un « accord » nécessitent comme préalable que la détection des difficultés soit la plus précoce possible et que le débiteur réagisse rapidement. L'anticipation est l'une des clés du succès du traitement négocié, car les créanciers sont susceptibles de participer plus activement aux négociations en sachant qu'ils ont une chance de récupérer une partie de ce qui leur est dû. D'ailleurs, les réformes récentes ont accentué les attraits des procédés et procédures amiables et préventifs[2707]. Cependant, pour renforcer leur attractivité, une amélioration des dispositifs existants pourrait être envisagée. Par conséquent, il ne s'agit plus seulement d'encourager à la négociation, mais de s'intéresser aussi aux moyens de l'améliorer. Sans nécessairement ajouter d'autres procédures à la boîte à outils, déjà bien fournie, du droit des entreprises en difficulté, le perfectionnement des techniques négociées offrirait au débiteur des mécanismes efficaces pour multiplier ses chances de sauvetage. En outre, il n'est pas envisagé de proposer une énième réforme du droit des entreprises en difficulté, mais davantage de reprendre les principales pistes de réflexion qui tendent à l'améliorer.

Dans une démarche prospective, il y a lieu de s'interroger sur une possible systématisation de cette voie, en renforçant notamment la phase préventive des difficultés et en incitant, voire en contraignant, à recourir aux solutions négociées **(§1).** L'essor de la négociation s'observe également au plan international comme en droit interne dans d'autres branches du droit. Sans envisager de faire du droit comparé, il s'agit de percevoir, dans ces droits, des sources d'inspiration de la législation du traitement des difficultés des entreprises afin de renforcer les instruments négociés existants **(§2)**.

2707 V. *Supra,* Titre I, Partie I.

§ 1. La systématisation du traitement négocié préventif

Comme le souligne un ancien Président de tribunal de commerce, « *la culture de l'anticipation implique un changement culturel profond* »[2708]. Or, si le changement de mentalités est en train de s'opérer progressivement, le poids de l'histoire de la faillite reste lourd et l'appréhension des chefs d'entreprise de s'adresser rapidement aux tribunaux persiste. C'est pourquoi la prévention-détection a été développée par la mise en place d'un système d'information des tiers et des tribunaux sur la situation de l'entreprise. La détection n'est donc pas limitée à la connaissance par les entreprises de leurs difficultés. Partant, la détection-prévention repose à la fois sur des moyens de détection des difficultés, entre les mains d'un nombre important de partenaires de l'entreprise, et sur les incitations du dirigeant à prendre les mesures adaptées.

Afin de déceler le plus en amont possible les indices de difficultés pour pouvoir les traiter rapidement avant que la situation de l'entreprise ne soit irrémédiablement compromise, un véritable « *droit économique de l'information* »[2709] s'est développé depuis la réforme de 1984[2710]. Cette information en faveur des personnes composant l'entreprise et des tiers résulte principalement du dépôt des comptes sociaux au greffe et des procédures d'alerte. Toutefois, au vu de la multiplicité des intervenants et d'un manque de coordination, l'information économique nécessite d'être améliorée par la création d'un guichet unique consacré à la détection-prévention **(A)**. Par ailleurs, le renforcement de la circulation de l'information économique et de l'effort pédagogique qui s'ensuit ne suffisent pas pour inciter les débiteurs à recourir au traitement à l'amiable. Il convient, donc, de réfléchir à l'instauration de mesures à la fois plus incitatives et plus contraignantes pour que le recours au traitement amiable préventif soit plus systématique **(B)**.

A. L'unification de la détection-prévention

La culture de l'anticipation suppose une prise de conscience par les chefs d'entreprise de leurs difficultés et des avantages qui existent à mettre leur entreprise sous protection judiciaire le plus tôt possible. Malgré l'évolution significative des textes en la matière, elle mériterait d'être

2708 J.-B. Drummen, « La rémunération des mandataires *ad hoc* et des conciliateurs », *BJE* 01 sept. 2011, n° 4, p. 283.

2709 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 132, p. 87.

2710 M. Jeantin, « La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », *Dr. soc.* 1984, p. 599 ; D. Vidal, « L'information comptable et l'objectif de prévention après la loi du 1er mars 1984 », *RF. Compt.* 1984, p. 474 ; P. Le Cannu, « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », *RJ com.* 1986, n° spéc., p. 8. Les réformes postérieures à la loi de 1984 sont intervenues dans le même sens. La loi NRE du 10 mai 2001 a renforcé les sanctions liées au dépôt des comptes sociaux. La loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 12 mars 2014 ont développé et étendu les procédures d'alerte.

encore plus favorisée. À ce titre, des propositions ont été faites pour renforcer la circulation de l'information économique **(1)**. De plus, des difficultés existent en raison du manque d'unification de la période de détection-prévention. Ce faisant, afin de permettre au débiteur de réagir rapidement à ses difficultés en identifiant facilement l'autorité compétente, il pourrait être créé un guichet unique relatif à la détection-prévention **(2)**.

1. Les propositions de renforcement de l'information économique

307. Des propositions de mesures contraignantes visant à prévenir les difficultés à écarter. Le droit des entreprises en difficulté est doté d'outils d'alerte et de mesures de restructuration préventive efficaces. Mais, encore trop souvent, les acteurs de la prévention ne sont sollicités qu'au moment où les difficultés de trésorerie de l'entreprise sont d'ores et déjà avérées, soit trop tardivement pour mener les négociations dans les meilleures conditions. L'instauration de mesures contraignantes visant à prévenir la survenance des difficultés des entreprises est une piste de réflexion à envisager. Tout d'abord, il aurait pu être prévu l'application d'un contrôle régulier de la solvabilité des entreprises comme c'est le cas dans les secteurs bancaires, financiers et des assurances dans lesquels les professionnels font l'objet de contrôles fréquents, notamment concernant les conditions d'accès à la profession[2711] et la qualité des dirigeants[2712]. Cependant, l'extension de ces contrôles stricts à l'ensemble des entreprises n'est pas souhaitable en raison du coût important qu'ils génèrent[2713]. De surcroît, ces mesures contraignantes restreindraient par trop la création d'entreprises et seraient contraires au principe de la liberté du commerce et de l'industrie[2714]. C'est pourquoi le législateur n'a pas exploré la piste du contrôle renforcé des entreprises et de leurs dirigeants. Il a préféré maintenir le dispositif de prévention de 1984 peu coercitif et reposant sur l'alerte[2715].

2711 Conditions d'accès à la profession de prestataires de services bancaires : avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit et les sociétés de financement doivent obtenir un agrément (CMF., art. L. 511-10). Il en est de même pour les prestataires de service d'investissement. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution vérifie notamment que l'entreprise dispose d'un capital initial suffisant déterminé par le ministre chargé de l'économie ainsi que des moyens financiers adaptés et suffisants (CMF., art. L. 532-2). S'agissant de l'agrément aux sociétés de gestion de portefeuille (CMF., art. L. 532-9). Concernant l'exigence minimale de marge de solvabilité des entreprises d'assurance de dommages : C. Ass., art. R. 334-5.

2712 Sur ces contrôles : v. D. Robine, *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, 2003, n° 21 et s., p. 19 et s. ; du même auteur : « La prévention des défaillances : de l'absence à l'hégémonie », *in D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, ss. la dir. de P. Le Cannu, LGDJ, 2008, p. 359, spéc. p. 371 et 372.

2713 D. Robine, *op. cit.*, LGDJ, 2008, p. 359, spéc. p. 372.

2714 *Ibid.* ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 43, p. 44.

2715 Inspirée du Rapport *Sudreau* (« La réforme de l'entreprise », éd. 10/18, p. 178 et 179, rapp. préc.), la procédure d'alerte était destinée, sous l'empire de la loi du 1er mars 1984, à informer le chef d'entreprise des faits de nature à

Ensuite, d'autres moyens préventifs au moment de la création d'une entreprise ont pu être proposés comme le relèvement du capital minimal des sociétés ou la formation des futurs chefs d'entreprise. La première mesure offrirait l'avantage d'éviter des constitutions à risques de sociétés. D'ailleurs, il peut déjà être reproché aux dirigeants la défaillance de l'entreprise en raison d'un financement insuffisant par rapport à leur projet initial[2716]. La seconde mesure repose, quant à elle, sur l'exigence d'une formation préalable permettant l'obtention d'un « permis d'entreprendre »[2717]. Elle aurait ainsi le mérite de réduire les disparitions prématurées d'entreprises liées aux qualités du chef d'entreprise[2718]. Plus précisément, il est proposé de délivrer un document officiel par l'autorité compétente à la suite d'une formation réalisée sur le fondement d'une nomenclature par types d'entreprise et selon des critères nécessaires à l'exploitation de chaque activité[2719]. Cette proposition rappelle les dispositions de l'article R. 653-4 du Code de commerce énonçant que des garanties démontrant la capacité du chef d'entreprise à diriger ou à contrôler une entreprise peuvent être jointes à la requête aux fins de relèvement de l'interdiction professionnelle[2720].

Ces propositions sont, néanmoins, difficilement envisageables. D'une part, l'idée d'augmenter le capital minimal des sociétés exigé ne va pas dans le sens de l'évolution actuelle tendant à supprimer l'exigence d'un capital social minimal pour certaines sociétés[2721]. D'autre part, instaurer un « permis d'entreprendre » sous-tend que la disparition de jeunes entreprises résulte essentiellement d'une mauvaise gestion. Or, si un nombre important d'entreprises meurt peu de temps après leur création[2722], ces défaillances ne résultent certainement pas toutes de

---

compromettre la continuité de l'exploitation. Ce dispositif a été renforcé par la suite au fil des réformes afin que l'alerte soit déclenchée dès les premiers indices de difficultés de l'entreprise permettant d'instituer rapidement une discussion au sein de l'entreprise. L'alerte peut notamment être déclenchée par les commissaires aux comptes, les représentants du personnel, les associés ou par les groupements de prévention agréés. De plus, selon l'article L. 611-2 du Code de commerce, le président du tribunal a un droit de convocation des dirigeants afin d'envisager les mesures propres au redressement de l'entreprise. V. not. F. Pérochon, *op. cit.*, LGDJ, 10e éd., 2014, n° 45 et s., p. 44 et s. ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n°177 et s., p. 107 et s. ; M.-L. Coquelet, *op. cit.*, Dalloz, HyperCours, 6e éd., 2017, n° 23 et s., p. 25 et s.

2716 Com. 19 mars 1996, Bull. civ. IV, n° 91, *BJS* 1996, p. 613, note A. Rouret ; *Rev. sociétés*, 1996, p. 840, note T. Bruguier ; *Defrénois* 1996, p. 835, obs. P. Le Cannu ; *Rev. proc. coll.* 1997, p. 102, obs. A. Martin-Serf.

2717 A. Toh, La prévention des difficultés des entreprises. Etude comparée de droit français et droit OHADA, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2017, n° 699 et s., p. 287 et s.

2718 *Ibid.*, n° 701, p. 288.

2719 *Ibid.*

2720 L'article énonce à cet égard que ces garanties peuvent consister en une formation professionnelle.

2721 Depuis la loi du 1er août 2003, aucun capital social minimal n'est exigé pour les sociétés à responsabilité limitée (SARL). Il en est de même pour les sociétés par actions simplifiée (SAS), les sociétés en nom collectif (SNC) et les sociétés civiles.

2722 Il est fréquemment avancé qu'un peu moins de 50% des entreprises créées disparaissent avant d'atteindre leur sixième année d'existence. Selon l'Insee, parmi les 138 000 entreprises immatriculées au premier semestre 2010, hors régime de l'auto-entrepreneur, 60 % sont encore actives après cinq ans.

l'incompétence du dirigeant. Quoi qu'il en soit, il serait certainement porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

Puisqu'elle constitue un frein à la création d'entreprises, la contrainte ne semble pas être une voie souhaitable pour favoriser la culture de l'anticipation.

Sans mettre en place des mesures de contrôle contraignantes, l'amélioration de l'anticipation peut être réalisée au niveau des institutions existantes.

308. Des propositions non contraignantes visant à prévenir les difficultés à envisager. Il est possible de valoriser autrement les outils préventifs à la disposition des chefs d'entreprise. Pour ce faire, c'est le plus en amont possible que les conseils juridiques du débiteur doivent l'alerter sur ses difficultés et lui présenter les mérites de ces instruments. Des appuis complémentaires sont souvent mis en place pour alerter sur la situation du débiteur et l'inciter à recourir aux outils amiables ou de prévention. Les conseils spécialisés, les cabinets d'audit ou encore les cabinets spécialisés dans la recherche d'investisseurs ou de repreneurs ont, en effet, un rôle essentiel auprès du débiteur pour effectuer le diagnostic et l'encourager à trouver un accord avec ses créanciers[2723]. L'expert-comptable qui est au plus près de lui au quotidien devrait également alerter le dirigeant et l'encourager vers la voie de l'amiable. Il est nécessaire de le convaincre de réagir le plus rapidement possible, bien que la tâche ne soit pas aisée puisque le chef d'entreprise, qui était seul décisionnaire, va devoir, s'il recourt au droit des entreprises en difficulté, composer avec de nouvelles règles et de nouveaux acteurs issus d'un autre monde que celui des affaires[2724]. La décision de saisir le tribunal de commerce ou son président ne lui est, en effet, pas naturel[2725].

Pour favoriser la prise de conscience rapide des difficultés, les centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP)[2726] sont également des outils efficaces en faveur des TPE et des PME[2727]. Si ces centres d'accueil améliorent l'information économique, ils restent

2723 D. Zwerger, « La détection précoce des difficultés des entreprises », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 49, spéc. p. 50.

2724 B. Thullier et A. Diesbecq, « Le traitement des difficultés, un outil de gestion des débiteurs personnes morales », *Rev. proc. coll.* 2017, n° 4, p. 46.

2725 *Ibid.*

2726 Associations créées à l'initiative des avocats, des experts-comptables, des commissaires aux comptes et des juges consulaires. Il existe un CIP national regroupant notamment les professionnels du chiffre (Conseil supérieur des experts-comptables, Compagnie nationale des commissaires aux comptes, etc.), les professionnels du droit (Conseil national des barreaux, Conférence générale des juges consulaires de France, etc.), ou encore les représentants des métiers (Chambre de commerce et d'industrie, Assemblée permanente des chambres des métiers et de l'artisanat). Des CIP territoriaux ont également été créés, regroupant les mêmes professionnels mais dans leur représentation locale.

2727 Pour une description détaillée de ces outils : v. Th. Montéran, « Pour une cause nationale : les CIP au secours des entreprises en difficulté », *BJE* 01 mars 2014, n°2, p. 120.

malheureusement encore inconnus du public. Tel est le cas de la communication sur les « Entretiens du jeudi », visant à accueillir les chefs d'entreprise de façon gratuite et anonyme, qui demeure relativement faible. Pourtant, de tels rendez-vous peuvent permettre d'établir un lien avec le président du tribunal de commerce. Une publicité plus importante de cette pratique, en assurant notamment une plus large diffusion du numéro de téléphone dédié, permettrait à un plus grand nombre de dirigeants d'y accéder.

En outre, l'accompagnement du chef d'entreprise et la publicité des formations et des dispositifs en place en cas de difficultés devraient être renforcés dès l'inscription de la société au registre du commerce et des sociétés (RCS) ainsi qu'au sein des Chambres de commerce et d'industrie (CCI). En effet, lutter contre l'isolement des chefs d'entreprise permettrait de désamorcer les difficultés à venir ou l'aggravation de celles existantes.

Ainsi, de nombreuses institutions détiennent des informations sur la situation des entreprises et participent dans le même temps à les informer sur les traitements à leur disposition. Toutefois, cette absence d'unification entre les sources d'informations peut freiner l'anticipation. La création d'un guichet unique regroupant les différentes informations sur l'entreprise pourrait permettre de résoudre certains écueils et favoriser ainsi l'anticipation des difficultés et les négociations futures.

2. La création d'un guichet unique

309. L'instauration d'un guichet unique de détection-prévention au sein d'une autorité administrative. En raison d'une absence d'organisation uniforme de la détection des difficultés des entreprises, une « *approche renouvelée* »[2728] de cette phase a été proposée par Madame Ghandour[2729], reposant sur la création d'une autorité administrative en charge de la prévention-détection[2730].

La pratique a, en effet, mis en lumière divers modes de détection des entreprises en difficulté reposant notamment sur les cellules de détection instituées par les juridictions, les actions

2728 B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 286 et s., p. 211 et s.

2729 *Ibid.*

2730 L'instauration d'un guichet unique d'accueil pour les chefs d'entreprise rappelle la mise en place expérimentale d'un service d'accueil unique du justiciable instauré par la réforme de modernisation de la justice du 21e siècle du 18 novembre 2016. Le service d'accueil unique du justiciable (SAUJ) est en cours de déploiement dans tous les tribunaux de grande instance, tribunaux d'instance et conseils de prud'hommes du territoire. Selon le site du Minsitère de la Justice, il a « une mission d'information générale (informations sur les procédures de manière globale), particulière (informations plus spécifiques) et de réception d'actes (réceptionner les demandes et pièces justificatives pour les transmettre au service compétent) ».

des différents organes étatiques[2731], les structures d'information sur la prévention des difficultés[2732] et les mécanismes d'alerte mis en place par les professionnels du secteur privé[2733]. Afin d'harmoniser ces pratiques, la proposition de désignation d'une autorité nouvelle[2734] de nature administrative[2735] apparait opportune. Une de ses principales fonctions serait celle de « guichet unique »[2736] remplissant une mission d'accueil des débiteurs en difficulté. À ce titre, l'autorité unique et locale prendrait en charge le chef d'entreprise qui se présenterait devant elle afin de réaliser un diagnostic sur sa situation et l'informer sur les dispositifs existants.

310. Un diagnostic de la situation de l'entreprise objectivement partagé. Qu'importe la situation, un diagnostic précoce est un gage de succès du traitement. L'établissement de l'accord issu des négociations suppose, en premier lieu, un diagnostic des difficultés « *objectivement partagé* » par les participants au traitement[2737]. Pour que les négociations fonctionnent, il faut en effet réaliser un constat commun, entre le débiteur et ses créanciers, afin de déterminer si le redressement est possible ou non.

Dans le cadre de ce diagnostic, il est essentiel de détecter la sous-performance de l'entreprise au regard de la performance d'autres entreprises et par rapport aux prévisions envisagées et de révéler ainsi les points de faiblesse. Le constat partagé entre tous les futurs protagonistes du redressement de l'entreprise garantira les possibilités d'une négociation réussie entre le débiteur et ses créanciers parce qu'ils se seront mis d'accord sur les principaux éléments de la restructuration.

La mise en place d'un lieu unique de détection-prévention permettrait un travail de pédagogie pour favoriser le diagnostic partagé par tous les participants. Cette démarche est fondamentale pour la prise de conscience des difficultés et l'identification des traitements négociés pour les résoudre.

2731 Par ex., le CIRI et les CODEFI.

2732 Par ex., les chambres de commerce et d'industrie (CCI), les centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP), les groupements de prévention agréés (GPA).

2733 Par ex., les conseils juridiques, les experts-comptables, les commissaires aux comptes.

2734 B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 364 et s., p. 269 et s.

2735 Dotée des caractéristiques des AAI, elle bénéficierait en son sein des membres spécialement qualifiés pour la détection des difficultés : *Ibid.*, n° 411 et s., p. 299 et s.

2736 *Ibid.*, n° 424 et s., p. 306 et s.

2737 G. Teboul, « Le droit des entreprises en difficulté en réforme permanente : quelques pistes pour renforcer la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal.* 29 oct. 2015, n° 302, p. 4.

311. La composition du guichet unique. Cette étape à part entière dans le traitement de la défaillance des entreprises ne nécessite donc pas de solliciter le juge étant donné que le tribunal apparaît trop souvent « *en remorque de l'évènement* »[2738], dépendant du signalement par les administrations économiques et sociales locales, ainsi que de la demande d'aide formulée par les débiteurs. Le dévoilement des difficultés est, en effet, souvent craint par les chefs d'entreprise, préférant certainement le caractère plus opaque de l'autorité administrative.

Sur le modèle des autorités administratives indépendantes, elle serait, par conséquent, une autorité composée de représentants d'institutions publiques ou parapubliques, et caractérisée par son indépendance organique et fonctionnelle. Puisque le recours à ces membres institutionnels concernant l'anticipation des difficultés des entreprises existe déjà, ils pourraient être réunis collégialement. Concrètement, sont notamment visés le Directeur de l'URSSAF, un représentant du Trésor public, le Directeur de la Banque de France et le médiateur du crédit.

312. Le fonctionnement du guichet unique. La nouvelle autorité serait en charge de centraliser les indices de difficultés et coordonnerait les informations des différents acteurs compétents. Le renouveau de la détection appelle à réfléchir non seulement sur un critère unique de détection, mais aussi et surtout à repenser son cadre. Dans sa thèse, Madame Ghandour propose le critère de *l'impossibilité économique d'exécuter*[2739]. Ce critère est satisfaisant, car il englobe les hypothèses dans lesquelles le débiteur n'est pas en mesure d'exécuter ses obligations. En effet, l'étendue de l'incapacité à payer sa dette peut varier, mais généralement le fait générateur est identique, à savoir une impossibilité économique d'exécuter[2740]. En d'autres termes, l'autorité de détection pourra proposer un entretien au dirigeant dès lors qu'un faisceau d'indices révélera une cessation des paiements peu importante de moins de 45 jours ou des difficultés de nature à conduire à la cessation des paiements. De nombreux éléments permettent cette détection comme de nombreuses demandes tendant à obtenir des moratoires aux créanciers ou au juge, la succession d'impayés, ou encore le recours à des crédits excessifs.

L'autorité constituerait également un préalable au déclenchement d'une procédure amiable ou judiciaire de traitement des difficultés. Plus encore, dans le but de pallier l'inaction du débiteur, l'autorité administrative assurerait également la détection externe en centralisant des informations

2738 Ph. Ingall-Montagnier, « Prévenir, sanctionner, réparer. – Le ministère du public à la croisée des missions », *CDE* 2015, n° 5, p. 26.

2739 B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 292 et s., p. 215 et s.

2740 *Ibid.*, n° 292, p. 215.

diverses sur la situation de l'entreprise[2741]. À ce titre, elle pourrait s'appuyer sur les informations issues de sources multiples et objectives, tels les registres et fichiers existants[2742], ainsi que des sources plus subjectives provenant des créanciers[2743].

Néanmoins, ce guichet unique en instaurant un contrôle de l'activité de l'entreprise permanent n'est pas compatible avec une approche libérale. Il est permis de se demander si les modalités de contrôle que cela suppose ne seraient pas excessives au regard de la liberté d'entreprendre ?

Quoi qu'il en soit, dans l'attente d'une évolution sur ce point, il est indispensable que les différents acteurs de la prévention travaillent en pleine collaboration. En définitive, cette « détection renouvelée » favoriserait sans conteste les négociations ultérieures entre le débiteur et ses principaux créanciers. En effet, la circulation des informations permet un meilleur diagnostic de la situation de l'entreprise, lequel doit être reçu et compris par tous les protagonistes présents aux négociations.

En appui, le législateur doit prévoir des mesures incitatives et contraignantes afin que la voie amiable soit empruntée plus systématiquement.

B. Un recours systématique au traitement amiable préventif

La négociation se déroulera dans de meilleures conditions lorsque le processus aura été déclenché le plus en amont possible, après que la situation de l'entreprise ait été objectivement partagée avec tous les intéressés au traitement. Il convient donc d'inciter davantage les débiteurs à recourir aux traitements amiables et préventifs, aussi bien de façon non coercitive qu'en leur brandissant une menace de sanction **(1)**. Plus encore, la proposition consistant à rendre la négociation obligatoire est susceptible de trouver certains échos avant l'ouverture d'un redressement judiciaire **(2)**.

2741 B. Ghandour, *op. cit.*, LGDJ, 2018, n° 434 et s., p. 311 et s.

2742 Par ex., au registre du commerce et des sociétés (C. com., art. L. 123-1), au registre des protêts relatif aux informations des notaires et huissiers (C. com., art. L. 511-56).

2743 De telles informations proviennent notamment des procédures de recouvrement vaines, des assignations en paiement, des injonctions de payer ou des assignations en justice.

1. Renforcer les incitations

313. Recourir plus systématiquement au mandat *ad hoc*. Dans le choix de la procédure, il serait raisonnable que les conseils du débiteur l'incitent à recourir systématiquement au mandat *ad hoc*. En effet, ce dernier permet, dans un cadre souple et confidentiel, de donner du temps à la négociation entre le débiteur et ses principaux partenaires. La mission du mandataire *ad hoc* définie en fonction de chaque cas et l'élaboration sur mesure de l'accord sont, par ailleurs, autant de conditions de réussite de la négociation.

En favorisant de manière systématique le recours au mandat *ad hoc*, la mission du mandataire *ad hoc* pourrait également permettre de mettre en lumière un éventuel état de cessation des paiements et provoquer ainsi une prise de conscience du dirigeant[2744]. Dans cette perspective, le bilan précis de la situation de l'entreprise permettrait au débiteur de demander plus rapidement l'ouverture d'une procédure collective, et partant de favoriser ses chances de redressement. De surcroît, comme il est d'usage dans certains tribunaux[2745], le mandataire *ad hoc* pourrait rédiger un rapport sur la situation de l'entreprise dans un bref délai à compter de sa désignation, permettant ainsi de trier les situations désespérées ne relevant manifestement pas de la prévention.

En tout état de cause, à défaut de recours systématique au mandat *ad hoc*, la voie amiable avec la conciliation est à privilégier. Pour renforcer les mécanismes actuels, il serait spécialement envisageable d'instaurer une nouvelle sanction contre un débiteur fautif qui recourt trop tardivement au traitement préventif.

314. L'instauration d'une nouvelle sanction en cas d'attentisme fautif à recourir au traitement amiable préventif. Le recours aux mesures de traitement des difficultés des entreprises prévues par le Code de commerce relève d'une faculté lorsque l'entreprise n'est pas en cessation des paiements. Des juges du fond ont cependant considéré que le défaut de recours aux procédures de prévention pouvait constituer une faute de gestion[2746], conférant ainsi à ces traitements un caractère obligatoire. Plus encore, l'article L. 653-8, alinéa 3 du Code de commerce prévoit une interdiction de gérer à l'encontre du débiteur ayant omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-

2744 G. Teboul, « Le droit des entreprises en difficulté en réforme permanente : quelques pistes pour renforcer la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal.* 29 oct. 2015, n° 302, p. 4.

2745 *Ibid.*

2746 CA Douai, 2e ch., 29 nov. 2012, n° 12/00803, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 2, comm. 28, p. 23, note Ch. Delattre ; *BJE* 01 mars 2013, n° 50, p. 74, note P. Rubellin ; CA Douai, 2e ch., 4 déc.2013, n° 12/05585, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, comm 148, p. 29, note Ch. Delattre.

cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Ce faisant, n'est-il pas envisageable d'aller encore plus loin en imposant d'autres sanctions au débiteur comme celle de combler son passif ? En ce sens, l'article 18 de la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016[2747] prévoit pour les « *dirigeants d'entreprises menacées par l'insolvabilité des responsabilités particulières qui les inciteront à procéder à une restructuration précoce* »[2748]. Toutefois, la modification de l'article L. 651-2 du Code de commerce par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 selon laquelle « *en cas de simple négligence du dirigeant* […] *dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée* » s'éloigne de cet élan coercitif[2749]. De plus, le volontarisme attaché à ces procédures apparaît antinomique avec « *les responsabilités particulières* » ici envisagées.

Il n'est cependant pas excessif d'envisager la possibilité d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif lorsque la faute de gestion[2750] due au déficit d'initiative du débiteur est cumulée avec d'autres fautes de gestion et a entraîné un préjudice pour les créanciers[2751]. Cette faute peut être, par exemple, caractérisée lorsque le débiteur prolonge artificiellement son activité après avoir refusé de répondre à la convocation du tribunal[2752] ou lorsqu'il poursuit une activité déficitaire dans son propre intérêt[2753].

La prévention doit être intégrée dans la gestion quotidienne du chef d'entreprise, un attentisme fautif ne devrait donc pas être laissé impuni. Les débiteurs ne sont certes pas tenus d'utiliser les instruments préventifs à leur disposition, mais ils se rendent fautifs s'ils poursuivent

---

2747 La proposition de directive du 22 novembre 2016 est relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficience des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement.

2748 Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, spéc. p. 25 et 53.

2749 Sur une analyse d'ensemble de la proposition de directive européenne : v. J. Degenhardt, « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? », *BJE* 01 mars 2017, n° 02, p. 153.

2750 Pour une analyse de la faute de gestion : D. Demeyere, « Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux », *Gaz. Pal.* 05 avril 2013, n° 95, p. 13.

2751 *Contra* : P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 10e éd., 2018, n° 922.252, p. 3081. Pour l'auteur, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est une variété d'action en responsabilité civile délictuelle. Or, cette responsabilité ne peut être engagée que pour sanctionner un comportement obligatoire. Ainsi, puisque le débiteur ne détient qu'une faculté de recourir à ces mesures, il ne peut donc pas se voir sanctionner sur le fondement d'une faute délictuelle.

2752 T. com. Valenciennes, 7 oct. 2013, n° 2013004542 ; CA Grenoble, ch. com., 20 juin 2013, n° 10/03483, JurisData n° 2013-012887.

2753 La particularité de la fonction de dirigeant est en effet d'agir dans l'intérêt de l'entreprise.

leur activité en difficulté sans tenter d'y faire face avec[2754]. Au final, il s'agira pour les juges de considérer au vu des circonstances si le comportement du débiteur apparaît fautif au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce ou constitue seulement une « simple » négligence.

En quelque sorte, afin que les créanciers jouent le jeu de la négociation il faut s'assurer que le dirigeant de l'entreprise débitrice ne puisse se dérober à ses obligations. C'est une condition de la loyauté de la négociation et de son efficacité.

En définitive, en raison de ses nombreux avantages, la voie amiable et préventive est à privilégier. C'est ce qui explique que le législateur n'a eu de cesse au fil des réformes de renforcer les incitations à y recourir. Des améliorations sont, en revanche, encore attendues. Plus encore, le législateur pourrait aller plus loin instaurant une négociation obligatoire avant l'ouverture d'un redressement judiciaire.

2. Instaurer une négociation obligatoire

315. L'instauration obligatoire d'une pré-négociation avant l'ouverture d'un redressement judiciaire. La création des cellules de prévention-détection par certains tribunaux de commerce, consistant pour les juges délégués à la prévention de recevoir le chef d'entreprise de manière confidentielle et gratuite, témoigne des efforts importants entrepris en pratique pour intensifier la détection et la prévention des difficultés des entreprises. Lors de ces rendez-vous informels, les juges les informent, sans les conseiller, sur les mesures existantes[2755]. Bien que le traitement des difficultés des entreprises ne consiste pas à trancher un litige, il pourrait être instauré une conciliation préalable entre le débiteur et ses partenaires, dans un cadre juridictionnel ou au sein du guichet unique de prévention proposé[2756] pour anticiper la procédure de redressement judiciaire envisagée.

Cette nouvelle phase aurait pu être ouverte avant n'importe quelle procédure collective. Cependant, cela contredirait le caractère volontaire de la procédure de sauvegarde. De plus, il serait ajouté une étape inutile alors qu'il existe d'ores et déjà les sauvegardes accélérées[2757]. De même,

2754 F.-X. Lucas, « Responsabilité du dirigeant qui ne recourt pas à la prévention », *LEDEN* 10 sept. 2012, n° 08, p. 1, note sous T. com. Valenciennes, 9 juill. 2012, n° 2012000586.

2755 P. Rubellin, « La négociation préventive », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 13, spéc. p. 16. L'auteur rappelle que les pratiques varient d'un tribunal à un autre. Pour une appréciation de ces entretiens dans les tribunaux de commerce de Paris, Meaux, Melun, Versailles, Evry, Nanterre, Bobigny, Créteil et Pontoise : v. La Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, juill. 2016, 2011, n° 41, p. 11 et 12.

2756 V. *Supra* n° 309.

2757 Ce dispositif ne serait pas exactement similaire à ces procédures en l'absence de *cram down*.

l'articulation de la phase préparatoire négociée avec l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire immédiate apparaît difficile. Dans cette hypothèse, la possibilité d'un redressement de l'entreprise est en effet est « *manifestement impossible* »[2758]. La liquidation judiciaire est alors immédiate : le tribunal a la certitude que toute réorganisation de l'entreprise est vouée à l'échec. La situation du débiteur ne permet pas dans ces situations d'envisager au préalable une négociation afin d'anticiper et d'accélérer le cours de la procédure collective dans l'objectif de redresser rapidement l'entreprise.

316. La mise en œuvre de la pré-négociation obligatoire. Avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le guichet unique de détection proposé ou une cellule au sein du tribunal accueillerait le débiteur, ses partenaires et leurs conseils afin d'approfondir le diagnostic des difficultés et d'envisager les mesures appropriées. Cette phase permettrait, d'une part, d'anticiper la période d'observation, et d'autre part, de désigner en amont les organes de la procédure[2759]. L'autorité de conciliation aurait, ainsi, pour mission le « pré-examen » de la situation et celle de donner l'impulsion aux négociations entre le débiteur et ses créanciers.

À l'instar du bureau de conciliation et d'orientation en droit du travail[2760], cette voie amiable constituerait le lieu d'une tentative de conciliation. En cela, elle se distinguerait des sauvegardes accélérées qui permettent de dépasser le refus d'une minorité de créanciers réfractaires. Une généralisation du *prepack*, et partant de la technique du *cram down*, n'est effectivement pas à attendre sauf à étendre de manière excessive des procédures semi-collectives, dérogatoires au principe de l'égalité des créanciers. Une telle extension au redressement judiciaire serait également de nature à favoriser l'instrumentalisation des procédures collectives.

Une solution médiane est donc à envisager. Elle part d'un constat réalisé en pratique. En dehors des textes, les acteurs de la restructuration d'une entreprise préparent parfois l'ouverture

2758 C. com., art. L. 640-1, al. 1er.

2759 La confidentialité et l'anticipation attachées à la désignation en amont des organes sont des gages de simplification des procédures, attendues notamment en pratique dans les dossiers complexes : P. Rossi et al., « La simplification des procédures collectives et du droit des entreprises en difficulté», Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, p. 87, spéc. p. 88. Il est indiqué par un des intervenants : « La loi ne prévoit la désignation des organes que le jour du jugement d'ouverture. Il faudrait pouvoir décaler cette décision, de façon transparente », « une solution serait de prévoir qu'au moment où l'entreprise dépose le bilan, le jugement n'est pas encore prononcé et que l'on va disposer de quinze jours au mieux, en amont, pour organiser la procédure », à cette fin « on prépare le dossier, on a une équipe de travail qui se met en place et on décide ensemble sereinement des mesures essentielles (…) ». Un autre praticien ajoute : « Nous sommes tous d'accord avec cela et nous l'avons tous pratiqué de façon insuffisamment transparente sur des dossiers importants ».

2760 V. *Infra* n° 317.

d'un redressement judiciaire dans le cadre d'un mandat *ad hoc*[2761]. L'anticipation permet, ainsi, de maximiser la trésorerie à l'ouverture de la procédure. Le gain de temps est non négligeable : le passage en mandat *ad hoc*, même d'une courte durée, révèle les causes des difficultés et permet de rechercher les solutions les plus adaptées. Les négociations menées pendant cette phase préventive ont, en outre, l'avantage de faire prendre conscience aux créanciers que l'échec de l'accord amiable laissera la place à un traitement plus drastique[2762].

Les tiers spécialisés favorisant les négociations, indépendants et impartiaux, devraient être les mêmes lors du traitement judiciaire afin de l'accélérer et d'en favoriser la réussite grâce à leur connaissance du dossier. Ainsi, par la déjudiciarisation des premières étapes procédurales, le déroulement ultérieur de la procédure collective sera plus rapide et plus efficace. En effet, la taille et la complexité du dossier peuvent être un frein à l'avancée rapide du traitement. Cette préparation faciliterait alors le déroulement de la procédure.

Certains pourraient y voir un alourdissement supplémentaire et inutile de la boîte à outils - déjà volumineuse - à la disposition des débiteurs. Il pourrait également être avancé le risque de divulgation et la perte de crédit puisque l'ensemble des créanciers serait informé avant l'ouverture de la procédure collective. Cependant, réglementer la pratique existante permettrait la mise en place dans l'enceinte des tribunaux d'une négociation dans un cadre sécurisé. Concrètement, en rendant cette nouvelle phase obligatoire, certains petits débiteurs, n'ayant pas nécessairement le même accès à l'information que les structures plus importantes, bénéficieraient de l'opportunité de recourir à un traitement amiable.

En définitive, il s'agirait d'une phase amiable de prétraitement qui, si elle aboutit, marquerait la fin des modalités procédurales. À l'inverse, si elle échoue, elle aurait à tout le moins eu le mérite d'avoir permis la préparation du traitement à venir. Quoi qu'il en soit, l'instauration d'une phase amiable préalable obligatoire ne remplacerait pas les mesures amiables et préventives actuelles, lesquelles doivent demeurer volontaires, mais s'y substituerait si les parties n'y ont pas eu recours. À cette fin, elle constituerait une préparation utile pour assurer l'efficacité d'un redressement judiciaire. Partant, il y aurait une véritable généralisation de la technique de la pré-négociation, primordiale pour la réussite du traitement des difficultés de l'entreprise.

2761 N. Partouche et J. Baron, « Restructurations d'entreprises : les aspects financiers », Table ronde, *CDE* 2015, n° 2, p. 9, spéc. p. 15.

2762 J. Baron, « Restructurations d'entreprises : les aspects financiers », Table ronde, *CDE* 2015, n° 2, p. 9, spéc. p. 15.

Pour poursuivre cette évolution favorable au traitement négocié, on pourrait également songer à la mise en place de nouvelles règles améliorant les outils existants en s'inspirant de ce qui existe ailleurs.

§ 2. L'amélioration du traitement négocié à la lumière d'autres droits

Poursuivre une réflexion sur l'amélioration des mesures en place dans un sens encore plus favorable à la négociation nécessite de s'intéresser aux outils offerts dans d'autres branches ou systèmes juridiques. Des exemples en dehors du Livre VI du Code de commerce montrent l'existence de préalables de conciliation obligatoires : en droit matrimonial[2763], successoral[2764], ou en droit des assurances[2765]. Tel est également le cas pour les litiges en droit du travail et le traitement des difficultés de l'exploitant agricole. Ces deux derniers exemples sont des pistes intéressantes de réflexion pour une généralisation de la pré-négociation en droit des entreprises en difficulté **(A)**. De plus, l'évolution vers un traitement négocié de la défaillance d'une entreprise n'est pas propre au droit français. Des incursions dans certains systèmes juridiques étrangers permettent de conforter la proposition d'un renforcement de certains instruments négociés **(B)**.

A. La généralisation de la pré-négociation à la lumière du droit interne

317. L'exemple du droit du travail avec le bureau de conciliation et d'orientation. Le droit du travail est un droit innervé par l'esprit de négociation. À ce titre, l'essor considérable des modes alternatifs de règlement des conflits a fait l'objet de nombreuses études[2766]. Le préalable de conciliation est la preuve que cette matière privilégie la voie amiable plutôt que le procès pour régler

2763 C. civ., art. 252, al. 2.

2764 C. civ., art. 835 à 839.

2765 B. Ghandour, *op. cit.*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 504, p. 353, citant : B. Cerveau, « Les assureurs face au contentieux : un remarquable exemple de déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 29 avril 2014, n°119, p. 7. Le droit des assurances favorise la pratique du règlement extrajudiciaire par l'adoption de conventions professionnelles. Il connaît, par ailleurs, l'institutionnalisation d'un médiateur rattaché à la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA).

2766 J.-Ph. Tricoit, *La médiation dans les relations de travail*, ss. la dir. de B. Bossu, thèse Lille; 2006 ; G. Champagne, *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*, ss. la dir. de T. Clay, Thèse Saint-Quentin-en-Yvelines, 2008 ; E. Barret, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail*, ss. la dir. de C. Radé, Thèse Bordeaux IV, 2009.

les différends[2767]. L'article L. 1411-1, alinéa 1er du Code du travail énonce en ce sens que « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail* » et qu'il ne juge que « *lorsque la conciliation n'a pas abouti* »[2768]. À la différence des commissions de surendettement qui sont des autorités administratives[2769] s'efforçant de concilier les parties avant toute mesure contraignante[2770], le cadre de la conciliation est juridictionnel puisque cette phase se déroule devant le bureau de conciliation et d'orientation de la juridiction prud'homale.

La nouvelle dénomination du bureau, comprenant désormais les termes « *et d'orientation* »[2771], depuis la loi « Macron » du 6 août 2015[2772], reflète une volonté du législateur de renforcer son rôle[2773], dans le but notamment de réduire les délais de jugement. D'une part, le nouvel article L. 1454-1 du Code du travail revalorise sa mission conciliatrice en énonçant explicitement qu'il est

2767 Cette phase est en principe obligatoire sauf en cas de demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (C. Trav., art. L. 1245-2 et L. 1251-41) ; d'atteinte aux droits et libertés des personnes ; en cas de contentieux dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

2768 La jurisprudence fait respecter strictement cette condition de conciliation préalable : Soc. 18 janv. 2017, n° 15-12.841. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que le défaut de préalable de conciliation constitue une irrégularité de fond affectant la saisine des premiers juges, qui est susceptible d'être couverte en cause d'appel. Les conflits collectifs peuvent également être soumis aux procédures de conciliation : C. trav., art. L. 2522-1 et s.

2769 C. cons., art. L. 712-1 et s. et R. 712-1 et s. Le caractère administratif de ces autorités s'explique notamment par le fait que dans chaque département, siège au moins une commission de surendettement des particuliers dont le président est le préfet. Elles comprennent également un représentant local de la Banque de France. Cependant, au vu de l'évolution de leurs attributions (prise de mesures contraignantes) et de leur composition (membres spécialisés dans le domaine juridique et de l'économie sociale et familiale), des auteurs remettent en cause leur nature administrative : P. Chatain et F. Ferrière, « Le nouveau régime de surendettement des particuliers après la loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *D.* 1999, p. 287 ; F. Ferrière, « Nature juridique des commissions de surendettement », *D.* 2006, p. 2531.

2770 C. cons., art. L. 732-1 (créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016). Cette mission n'est toutefois plus automatique puisque selon le texte nouveau « […] la commission s'efforce de concilier les parties […] ». Avant le recodification, l'ancien article L. 331-6, I du Code de la consommation énonçait : « La commission a pour mission de concilier les parties ». Pour autant, la jurisprudence continue à ne pas les assimiler à des tribunaux : Civ. 2e, 18 déc. 2003, n° 02-04.149, Bull. civ., II, n° 397.

2771 C. trav., art. L. 1423-13.

2772 Loi n°2015-990 du 6 août 2015, art. 258.

2773 Sur le sujet : v. V. Orif, « Quels commandements pour la nouvelle procédure prud'homale ? », *Dr. Soc.* 2015, n° 10, p. 819. L'auteur met notamment en avant les choix contradictoires du législateur : il réaffirme la place centrale de la tentative obligatoire de conciliation menée devant le bureau de conciliation et d'orientation et, dans le même temps, il autorise la médiation conventionnelle et la procédure de convention participative. Pour une autre approche critique de la réforme : M. Beckers, « La réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité », *RDT* 2017, n° 4, p. 279. Pour l'auteur, une réforme efficace du bureau de conciliation aurait dû conduire le gouvernement à renforcer le rôle du juge conciliateur. En lieu et place, le législateur prévoit la possibilité pour le bureau de conciliation, après avoir recueilli l'accord des parties, de désigner un médiateur (C. trav., art. R. 1471-2). De plus, il aurait été préférable d'augmenter le budget de manière à diminuer le nombre d'affaires par audience et de permettre aux conseillers d'exercer efficacement leur mission, ainsi que d'imposer la communication des pièces en amont pour permettre l'échange rapide des arguments et donc favoriser la conciliation. En d'autres termes, « le gouvernement [a] introduit le recours aux modes alternatifs, au détriment des justiciables, orientés vers une médiation payante ! ».

chargé de concilier les parties. D'autre part, il n'est plus un simple bureau d'enregistrement des échecs de conciliations puisqu'il oriente les affaires vers le bureau de jugement approprié[2774].

Si en pratique cette audience concilie relativement peu[2775], un tel exemple prouve qu'il est possible d'avoir un système de conciliation obligatoire devant les tribunaux. L'idée d'une phase négociée devant une Institution en charge de concilier les parties pourrait donc inspirer le législateur français en droit des entreprises en difficulté. Une telle obligation existe également dans le cadre du règlement amiable agricole.

318. L'exemple du règlement amiable agricole. *A priori*, une négociation obligatoire préalable à une procédure collective ne bouleverserait pas considérablement la matière lorsque l'on songe à l'existence du règlement amiable agricole. En effet, la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social[2776] a institué une procédure préventive de règlement amiable des difficultés financières des exploitations agricoles[2777]. Son domaine est conçu largement puisque les difficultés peuvent être seulement prévisibles ou déjà apparues[2778]. Dérogeant au droit commun du droit des entreprises en difficulté[2779], le règlement amiable agricole est un préalable obligatoire à l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire sur saisine d'un créancier[2780]. Si la demande de nomination d'un conciliateur

2774 C. trav., art. L. 1454-1-1.

2775 Rapport Lacabarats, L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle, Juillet 2014, spéc. p. 66 et s. Selon le Rapport, le taux de conciliation des affaires portées devant les conseils de prud'hommes est en constante baisse et s'établit à 5,8 % en 2012 et à 5,5 % en 2013, contre 8,8 % en 2000. Pour autant, ce constat doit être nuancé dans la mesure où la juridiction prud'homale présente l'un des meilleurs taux de conciliation de toutes les juridictions. E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail 2019*, HyperCours, Dalloz, 12e éd., 2018, n° 1225, p. 742 et 743. Ces auteurs mettent néanmoins en avant le fait que si l'audience devant le bureau de conciliation concilie peu, il n'en demeure pas moins que les parties se concilient à d'autres moments du procès (le taux de conciliation durant l'instance prud'homale se situe entre 10 et 20 %).

2776 Loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, JO 31 déc. 1988 ; E. Kerckhove, « Prévention et traitement des difficultés des exploitations agricoles, Réflexions sur la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 », *Rev. proc. coll.* 1989, p. 113 ; P. Le Cannu, « Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des exploitations agricoles », BJS, 1989, p. 113 ; J. De Guillenchmidt, « Le règlement amiable et le redressement judiciaire de l'exploitation agricole », *Gaz. Pal.*, 1989, n° 5-6, p. 567 ; A. Gouëzigoux, « Le règlement amiable judiciaire », *RD rur.* 1994, p. 67 ; P. Rossi, « Droit rural et des entreprises en difficulté », *in Entreprises en difficulté*, ss. la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. 713.

2777 C. rur., art. L. 351-1 à art. L. 351-7-1.

2778 C. rur., art. L. 351-1, al. 1er : « Il est institué une procédure de règlement amiable destinée à prévenir et à régler les difficultés financières des exploitations agricoles dès qu'elles sont prévisibles ou dès leur apparition […] ».

2779 Bien que l'ordonnance du 12 mars 2014 ait rapproché l'accord amiable agricole de l'accord de conciliation issu de la procédure de conciliation en lui rendant applicables notamment les articles L. 680-1 à L. 680-5 du Code de commerce (C. rur., art. L. 351-7-1). Les dispositions se rapprochent également en matière de constat et d'homologation de l'accord amiable (C. rur., art. L. 351-6) : Ch. Lebel, « Le règlement amiable agricole réformé par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 71.

2780 C. com., art. L. 631-5, al. 6 et art. L. 640-5, al. 6 ; C. rur., art. L. 351-2.

est une faculté pour le débiteur et ses créanciers, elle se transforme en obligation pour les créanciers souhaitant assigner le débiteur en redressement ou en liquidation judiciaires. Ainsi, ces procédures collectives ne peuvent être ouvertes sur la demande d'un créancier que si le président du tribunal de grande instance a été saisi au préalable d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur[2781], y compris lorsque l'exploitant agricole est en cessation des paiements.

La portée du texte est néanmoins limitée, car il exige seulement le dépôt d'une demande en justice sans qu'il ne soit besoin que le créancier attende le rejet de la demande[2782]. Un créancier pressé pourrait faire une demande de désignation d'un conciliateur et immédiatement assigner le débiteur en redressement judiciaire, ou plus encore l'assigner lorsqu'une demande a déjà été faite par un autre créancier[2783].

Cette demande préalable obligatoire n'emporte dès lors pas la conviction de tous les auteurs, d'autant plus qu'elle diffère le prononcé du redressement alors que dans certaines situations il conviendrait d'intervenir au plus vite[2784]. Toutefois, le délai ne serait que de courte durée[2785] et rien n'empêche le président d'accélérer le processus en rejetant rapidement la demande de désignation du conciliateur si l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire doit être immédiate. Surtout, le règlement amiable agricole semble être une mesure « *psychologiquement nécessaire* »[2786] pour atténuer à l'égard des agriculteurs l'ouverture d'une procédure collective contraignante. La volonté du débiteur est en effet de ne pas être dessaisi de la gestion de son entreprise. De surcroît, pour rendre le dispositif efficace, il pourrait être inséré une disposition contraignant le créancier à attendre la réponse du tribunal sur la demande de désignation d'un conciliateur avant d'assigner en redressement ou liquidation judiciaires. Quoi qu'il en soit, le législateur n'a pas mis fin au caractère obligatoire du règlement amiable agricole sur saisine d'un

2781 C. rur., art. L. 351-2.

2782 Sur l'inutilité de l'exigence légale : J. de Guillenchmidt, « Le règlement amiable et le redressement judiciaire de l'exploitation agricole », *Gaz. Pal.*, 1989, n° 5-6, p. 567, spéc. p. 570. ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018, n° 401, p. 229. L'auteur considère qu'en cas de cessation des paiements, cette exigence risque de constituer un « préalable artificiel ».

2783 J. de Guillenchmidt, *art. cit.*, *Gaz. Pal.*, 1989, n° 5-6, p. 567, spéc. p. 570.

2784 P. Le Cannu, « Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des exploitations agricoles », *BJE* 1989, p. 113 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 401, p. 229.

2785 Rapp. AN n° 430, projet de loi n° 363 relatif à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, 1ère lecture, G. Gouzes (rapp.), déposé le 8 déc. 1988, p. 43 ; Interv. Min. Agriculture, H. Nallet, JOAN CR, 16 déc. 1998, p. 3731.

2786 *Ibid.*

créancier. Bien au contraire, il a été maintenu et renforcé avec l'ordonnance du 12 mars 2014 qui l'a étendu à la liquidation judiciaire[2787].

En définitive, à l'instar du bureau de conciliation et d'orientation en droit du travail et du règlement amiable agricole, il pourrait être institué une phase amiable préparatoire obligatoire dans l'enceinte judiciaire avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

Des systèmes juridiques étrangers offrent également des illustrations intéressantes de la place faite à la négociation dans la faillite. À cet effet, l'analyse de certains dispositifs peut être une source d'inspiration pour le droit des entreprises en difficulté français.

B. Le renforcement des instruments négociés à la lumière des droits étrangers

L'incursion de la négociation en droit des entreprises en difficulté n'est pas propre au système français : elle se manifeste également au niveau international. Il peut ainsi être intéressant d'identifier la place de la négociation dans certains droits continentaux de tradition « romano-germanique », dits de « *civil law* », et, d'autre part, dans ceux de « *common law* ». L'étude sera limitée pour l'essentiel à une fraction d'États concernés par le Règlement européen[2788] et par la Loi type CNUDCI de 1997[2789] dont la genèse est commune. Concernant les systèmes de « *civil law* », le choix a été fait de se concentrer sur les droits espagnol, allemand, italien et belge. En effet, outre les relations d'affaires qu'ils peuvent entretenir avec la France, ils ont pour point commun d'avoir réformé substantiellement et récemment leur législation sur le traitement de l'insolvabilité[2790]. Les familles juridiques n'expliquent pas à elles seules les situations d'influence croisée : aussi, le droit

2787 C. com., art. L. 640-5, al. 6.

2788 Le Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité est un instrument d'harmonisation des règles applicables aux procédures d'insolvabilité frappant les personnes physiques ou les personnes morales dont les biens sont localisés sur plusieurs États membres de l'Union européenne. Il a été récemment refondu : Règl. (UE) n° 2015/848, 25 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOUE n° L 141, 5 juin2015, p. 19.

2789 Pour rappel, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international s'attache à moderniser et à harmoniser les règles du commerce international. La Loi type de la CNUDCI, adoptée le 30 mai 1997, a pour but d'aider les États à doter leurs lois sur l'insolvabilité d'un cadre législatif moderne permettant de mener plus efficacement les procédures internationales concernant les débiteurs en situation d'insolvabilité.

2790 En droit international, c'est la notion objective d'» insolvabilité » qui est retenue, présentant une certaine hétérogénéité puisque certains droits nationaux se réfèrent à des critères juridiques (comme la notion de cessation des paiements en France) ou comptables (comme aux États-Unis où la référence est faite au passif du débiteur supérieur à son actif).

des États-Unis a exercé une influence majeure sur certaines de ces législations[2791]. Au-delà de l'inspiration commune du *Chapter 11*, d'autres mécanismes américains peuvent encore servir de modèles au droit des entreprises en difficulté français. En outre, l'étude de certaines mesures de droit anglais apporte un éclairage intéressant sur les traitements négociés. En d'autres termes, sans réaliser une étude de droit comparé, des incursions au sein de six systèmes juridiques (espagnol, italien, belge, allemand, américain et anglais) permettent d'apprécier la place de la négociation dans le traitement des difficultés des entreprises.

En raison d'une absence d'harmonisation entre les droits, la quête d'un nouveau modèle pour réformer le droit français ne semble pas aisée. La comparaison offre néanmoins un spectre intéressant des convergences et des divergences s'agissant du traitement négocié. De plus, si une promenade dans les droits étrangers peut donner certaines clés d'évolution, il est d'emblée possible de dire qu'aucun système ne retient le traitement négocié des difficultés d'une entreprise comme un traitement de principe. Il ne s'agira donc pas de dresser un état exhaustif du droit, mais de dégager les principales orientations de ces droits vers la négociation **(1)**. S'il n'existe pas un ordre juridique « modèle » pour le droit français, peut-être est-ce le législateur européen qui sera celui qui encouragera le législateur français à favoriser davantage le traitement négocié. En effet, la proposition de directive de la Commission européenne du 22 novembre 2016 préconise une harmonisation des droits nationaux des États membres de l'Union européenne dans le sens d'un sauvetage plus précoce des entreprises et d'une protection renforcée des emplois en favorisant notamment le traitement négocié des difficultés **(2)**.

1. La négociation au sein des systèmes étrangers

Les différents droits étudiés sont éloignés les uns des autres en la matière. Par exemple, il n'existe pas un modèle unique concernant l'organisation des procédures de traitement des difficultés. Certains pays retiennent une procédure unifiée – comme les systèmes allemand, espagnol et italien – tandis que d'autres comportent de nombreuses procédures ouvertes selon le degré de difficultés de l'entreprise. La principale différence se retrouve surtout dans la place faite par chaque système aux procédures amiables et préventives **(a).** De même, le rôle des acteurs dans l'élaboration de la solution varie d'un État à un autre **(b).**

2791 J.-L. Vallens et G.C Giorgini (dir.), *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, Vol. 18, Société de législation comparée, 2015, p. 88.

a) La place faite à la négociation

319. Les systèmes en faveur des procédures amiables et préventives. Si la liquidation reste la voie la plus empruntée, le recours aux procédures amiables et préventives, reposant sur un accord conclu avec les créanciers et permettant une réorganisation de l'entreprise, est de plus en plus encouragé par les législateurs dans les différents systèmes étudiés[2792].

En droit espagnol de la faillite[2793], la loi sur la faillite, telle qu'elle a été promulguée en 2003, prévoit une phase unique pouvant aboutir à différentes issues constituant une sorte de tronc commun : la procédure de « *concurso* »[2794]. La période d'observation se termine par l'adoption d'un plan et, à défaut, par une phase liquidative[2795]. Le droit américain a servi de modèle au législateur espagnol de 2003[2796] un plan de restructuration anticipé, rappelant le « *prepackaged plan* ». Les créanciers doivent exprimer leur éventuelle adhésion à la proposition anticipée de plan (« *propuesta anticipada de convenio* »), après qu'elle ait été jugée satisfaisante par le syndic[2797]. Si une majorité simple des créanciers s'est prononcée favorablement dans un délai de trois mois, le juge approuve le plan[2798]. En cas de non-adhésion à la proposition, le débiteur a un mois pour solliciter l'ouverture d'un « *concurso* »[2799]. Le droit espagnol et le droit français se rejoignent donc sur la possibilité de soumettre aux créanciers un plan préalablement préparé antérieurement à l'ouverture de la procédure collective[2800]. Ils se rapprochent également s'agissant des procédures préventives existantes depuis la réforme de 2009 en Espagne[2801].

2792 Pour une analyse comparée des différents droits de l'Union, v. R. Dammann, The Commission Insolvency Proposal and its Impact on the Protection of Creditors, Directorate general for Internal Policies of the Union, juin 2017, disponible en ligne.

2793 Loi relative à la réforme du concours (*«* Ley concursal *»*) : L. n° 22/2003 du 9 juill. 2003, en vig. au 1er sept. 2004, BOE 10 juill. 2003, p. 13813, édition actualisée le 8 oct. 2018, disponible en ligne. En 2014 et 2015, trois réformes partielles sur la Loi espagnole sur l'insolvabilité ont été approuvées via des décrets-lois royaux (Real Decreto-Ley, RDL) : RDL 4/2014, du 7 mars 2014, RDL 11/2014, du 5 septembre 2014 et RDL 1/2015 du 27 février 2015.

2794 Cette procédure, signifiant *«* concours *»*, peut être demandée par le débiteur (*« concurso volontario »*) ou des créanciers (*« concurso necesario »*).

2795 Art. 142 et 143 Ley concursal.

2796 L. n° 22/2003 du 9 juill. 2003, préc.

2797 O. Franco, L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité, préf. E. Claudel, LGDJ, 2016, n° 478, p. 336.

2798 Art. 108 et 109 Ley concursal.

2799 N. Picod, *«* Regard français sur le nouveau droit espagnol de l'insolvabilité *»*, *BJE* 01 nov. 2012, n° 6, p. 391.

2800 Sauvegardes accélérées en droit français : C. com., art. L. 628-1 et s.

2801 R. Dammann, The Commission Insolvency Proposal and its Impact on the Protection of Creditors, Directorate general for Internal Policies of the Union, juin 2017, spéc. p. 19, disponible en ligne. En 2009, le législateur espagnol a introduit la procédure dite de *«* l'article 5 bis du Moratoire *»* dans la loi espagnole sur l'insolvabilité (modifiée ensuite en 2014). Le débiteur peut demander au tribunal d'accorder un moratoire général de quatre mois déclenchant l'application de la Loi sur les faillites, afin de permettre l'examen d'une proposition préalable d'arrangement ou d'accord

Si les procédures négociées connaissent un succès grandissant depuis une trentaine d'années en France[2802], le dispositif anglais du *scheme of arrangement* représente leur principal concurrent. Le *scheme of arrangement* est un processus de restructuration d'une entreprise se déroulant en dehors des procédures collectives classiques et n'impliquant pas que l'entreprise soit en cessation des paiements. Cette institution, issue du droit des sociétés[2803] et non du droit des faillites anglais, présente de nombreux avantages dont celui d'une très grande souplesse. En effet, la faculté donnée au débiteur de s'accorder avec ses créanciers est possible dans une importante variété de situations dès lors que les sacrifices de chacun font l'objet de contreparties réelles[2804]. Concrètement, de façon comparable aux sauvegardes accélérées françaises, le *scheme of arrangement* permet à l'entreprise d'imposer l'accord conclu aux créanciers récalcitrants, sous le contrôle du tribunal[2805]. Avec un champ d'application plus étendu que le *company voluntary arrangement* (CVA)[2806], limité aux seules créances chirographaires, le *scheme of arrangement* connait, depuis quelques décennies, un véritable essor en Angleterre malgré sa complexité et son coût[2807]. L'intégration de la négociation dans le droit de la défaillance n'est, par ailleurs, pas nouvelle puisqu'il existait déjà un système informel et négocié mis en place pour les établissements de crédit en difficulté appelé *The London approach*. En effet, dans les années 1970, une sorte de conciliation était pratiquée en dehors de toute procédure collective et sous les auspices de la Banque d'Angleterre, associant le débiteur et ses plus importants créanciers[2808]. Confronté à des réalités différentes de celles d'aujourd'hui et assimilé à un « *genre de*

---

de refinancement. L'article 5 bis du Moratoire ne prévoit cependant pas de mécanisme de « cram-down ». C'est précisément l'objectif de la procédure relative au régime de la « disposition complémentaire 4 », introduite par une réforme de 2011 et modifiée en 2014. Il s'agit de mesures préventives autonomes, pouvant être combinées avec l'article 5 bis du Moratoire si le débiteur en fait la demande. Dans le cadre de la procédure relative au régime de la disposition complémentaire 4, le tribunal peut homologuer l'accord de restructuration conclu par une majorité de créanciers chirographaires représentant un montant d'au moins 60 % des dettes non garanties.

2802 R. Dammann, « Paris : une opportunité à saisir pour devenir l'acteur majeur de la restructuration en Europe », *BJE* 01 mars 2017, n° 2, p. 81.

2803 Le plan d'arrangement n'est pas une procédure d'insolvabilité, mais un mécanisme prévu dans la partie

26, Section 895-901, du Companies Act 2006.

2804 H. Synvet et P.-N. Ferrand, « L'accueil en France des Schemes of Arrangement de droit anglais », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 11.

2805 Si les négociations sont souples, elles demeurent néanmoins encadrées : certaines réunions se déroulent au tribunal ; le débiteur doit faire une déclaration permettant aux créanciers d'avoir les éléments pour prendre une décision éclairée ; l'accord ne peut être conclu qu'à la condition de l'obtention d'une double majorité des créanciers, à savoir une majorité simple en nombre de créanciers concernés et une majorité qualifiée de 75% en montant des créances.

2806 Le *CVA* est un arrangement entre le débiteur et ses créanciers chirographaires, pouvant exister en dehors du tribunal : v. *Supra*, Chap. II, Titre I, Partie II, n° 229.

2807 D. Marks, « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, p. 59, spéc. p. 67.

2808 *Ibid.*, p. 59, spéc. p. 68.

club »[2809], ce mécanisme a néanmoins fait ses preuves. Comme la procédure de conciliation française, le *scheme of arrangement* est une procédure amiable n'entrant pas dans le champ d'application du Règlement européen n° 1346/2000. Il est néanmoins fréquemment appliqué à des sociétés étrangères[2810], lesquelles sont tentées de délocaliser la procédure Outre-Manche pour bénéficier de ses avantages. Du reste, la reconnaissance en France du *scheme of arrangement*, conclu au Royaume-Uni, semble envisageable[2811]. En revanche, en raison de son coût et de l'existence du mandat *ad hoc*, une transposition de ce dispositif en droit français ne semble pas opportune.

Le droit belge a connu une évolution comparable au droit français : d'un droit punitif à l'origine à un droit curatif dès la seconde moitié du XXe siècle, il fait aujourd'hui une place importante à la négociation[2812]. Les lois du 17 juillet 1997 et du 8 août 1997, relatives respectivement au concordat judiciaire et à la faillite, constituent les bases du droit belge de la faillite. En réponse à l'échec du nouveau concordat, la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises (Loi *LCE*)[2813] est venue bouleverser la matière en renforçant les procédés et procédures préventives et amiables. Les instruments mis en place dans le cadre amiable sont semblables, à certains égards, à ceux du droit français. En effet, le droit belge comporte deux mesures « pré-procédurales » : l'accord amiable[2814] et le médiateur d'entreprise[2815]. Le premier se rapproche de la procédure de

2809 *Ibid.*

2810 Des décisions étrangères ont été rendues par les tribunaux allemands et hollandais à propos de Schemes of arrangement conclus par des sociétés allemande et hollandaise : v. not. les décisions de *l'Oberlandesgericht Celle* du 8 sept. 2009 et du *Bundesgerichtshof* du 15 février 2012 dans l'affaire *Equitable Life*, citées par H. Synvet et P.-N. Ferrand, «L'accueil en France des *Schemes of Arrangement* de droit anglais », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 11.

2811 Pour certains auteurs, la reconnaissance d'un scheme of arrangement anglais en France ne fait aucun doute : H. Synvet et P.-N. Ferrand, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 11. Cependant, le *Brexit*, référendum organisé le 23 juin 2016 sur la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, « est susceptible de redistribuer les cartes. En effet, le doute s'installe […] sur la reconnaissance automatique du jugement d'homologation d'un accord de scheme of arrangement » : R. Dammann, « Paris : une opportunité à saisir pour devenir l'acteur majeur de la restructuration en Europe », *BJE* 01 mars 2017, n° 2, p. 81.

2812 V. sur ce sujet : R. Aydogdu, « La négociation, technique de sauvetage de l'entreprise en difficulté. L'éclairage du droit belge », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 58 et s.

2813 Loi n°2009009047 du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises ; loi abrogée sous réserve de son application aux procédures en réorganisation judiciaire en cours au moment de l'entrée en vigueur du texte abrogatoire, loi du 11 août 2017 — Loi portant insertion du Livre XX "Insolvabilité des entreprises", dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, L. 2017-08-11/14, art. 71, 011; en vigueur au 01 mai 2018). Sur l'ensemble de la réforme de 2009 : v. A. Zenner et M. Dal (Dir.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, Larcier, 2012.

2814 Art. 15 de la LCE.

2815 Art. 13 de la LCE.

conciliation française et le second est directement inspiré du mandataire *ad hoc* avec lequel il présente de nombreuses similitudes[2816].

Quant au droit italien[2817], les réformes depuis 2005[2818] témoignent d'un changement de position du législateur. Auparavant, le droit italien de l'insolvabilité visait exclusivement à assurer la protection des intérêts des créanciers et impliquait une forte stigmatisation du débiteur[2819]. La réforme de 2005 opéra d'importantes modifications du droit en mettant l'accent sur la recherche de solutions amiables et préventives entre le débiteur et ses créanciers[2820]. La conception libérale du législateur italien reposait ainsi sur la liberté de décider des créanciers et le renforcement de l'autonomie du débiteur[2821]. Désormais, le débiteur dispose de nombreux moyens négociés pour éviter la faillite[2822] : plans attestés[2823], accords de restructuration[2824], concordat préventif[2825] et

2816 Art. 13 de la LCE. La désignation du médiateur par le président du tribunal de commerce repose sur la seule initiative du débiteur. Sa mission est fixée par le juge sur la base de la demande du débiteur : elle repose essentiellement sur la reprise de contact avec ses créanciers et sur la facilitation des négociations. En outre, la désignation et la mission du médiateur sont confidentielles. Pour plus de développements : v. A. A. Henderickx, E. Van der Gracht et A. Saussez, *«* Les différents mandats de justice visés par la loi relative à la continuité des entreprises *», in Loi sur la continuité des entreprises en pratique : regards croisés, ajustements et bilan*, ss. la dir. de P. Libiez et L. Bermond, Larcier, 2014, spéc. p. 116 et s.

2817 Le droit italien de l'insolvabilité repose en grande partie sur les règles introduites par un décret du 16 mars 1942 (*Regio Decreto* 16 mars 1942, n° 267), denommé Loi sur la faillite (*Legge faillimentare*). Sur le droit en vigueur avant les récentes réformes : G. Schiavon, *«* Les procédures d'insolvabilité en Italie *»*, *LPA* 23 mars 2005, n° 58, p. 5.

2818 S'agissant des principales réformes : v. Décret-Loi n° 35-2005 du 14 mai 2005 ; Décret n° 83-2013 du 22 juin 2012 converti en loi par la loi n° 134-2012 du 7 août 2012 ; décret-loi n° 83-2015 du 27 juin 2015. Des procédures extraordinaires destinées aux grandes entreprises en crise ont été prévues par de nombreux textes spéciaux (notamment à la suite des faillites de Alitalia et de Parmalat) : v. les décrets législatifs n° 270 du 8 août 1999 ; n° 347 du 23 décembre 2003 ; n° 281 du 29 novembre 2004 ; n° 134 du 28 août 2008. S'agissant de l'Affaire *Alitalia* : v. M. Fabbrini, *«* Le droit italien face au crash d'Alitalia *»*, RLDA 01 oct. 2009, n° 42, p. 77. Une réforme importante du droit de l'insolvabilité a été initiée récemment, après que le Sénat de la République (*Senato della Repubblica*) ait adopté le 11 oct. 2017 le texte de loi n°2681 (*disegno di legge* n° 2681), qui fait suite à l'adoption le 1er fév. 2017 du projet de loi n°3671 bis (*legge* n°3671bis) par la Chambre des députés (*Camera dei deputati*).

2819 A. Honert et C. Fiorini, *«* Le droit italien de l'insolvabilité – Evolution et perspectives *», in Insovabilité et restructuration en Allemagne – Annuaire 2017*, Schultze&Braun, p. 33, disponible en ligne.

2820 R. Dammann, The Commission Insolvency Proposal and its Impact on the Protection of Creditors, Directorate general for Internal Policies of the Union, juin 2017, spéc. p. 22, disponible en ligne.

2821 A. Honert et C. Fiorini, *art. cit.*, Schultze&Braun, p. 34, disponible en ligne.

2822 Le droit italien comporte plusieurs procédures mais la seule procédure principale et obligatoire est le *« fallimento »*.

2823 Accords dits *« Piani attestati di risanamento »*. Cette procédure de *«* plan certifié *»* permet l'adoption d'un accord amiable accompagné d'un rapport d'un expert attestant de la faisabilité du plan. Le rôle du tribunal est faible car il est limité à la régularité de la procédure.

2824 *« Accordi di ristrutturazione »* (Art. 182 bis de la legge fallimentare). Il s'agit d'un accord amiable d'apurement du passif, dont l'objet est un plan proposé par le débiteur, mais qui a déjà obtenu l'approbation de la majorité de ses créanciers représentant au moins 60 % du passif. Il fait l'objet d'une homologation au tribunal. Cette procédure présente des similitudes avec la conciliation française.

2825 *« Concordato preventivo »* (Art. 160 de la *legge fallimentare*). Le concordat préventif est une procédure préventive inspirée du *Chapter eleven* américain. Il vise à la résolution des difficultés du débiteur par la conclusion d'un accord homologué avec les créanciers. Le débiteur peut proposer l'accord, même s'il est déjà en cessation des paiements. Cette procédure présente des similitudes avec la procédure de sauvegarde française. Depuis la réforme de 2012, cette

concordat « par continuation »[2826]. Ces derniers ont connu de nettes améliorations. En effet, avant la réforme de 2005, en cas d'échec d'un accord amiable suivi de la faillite, le syndic pouvait demander l'annulation de tous les paiements faits en vertu de l'accord et sans avoir à démontrer le préjudice subi par la masse. Désormais, la loi prévoit que, même accomplis pendant la période suspecte, les actes et les garanties donnés par le débiteur en exécution d'un plan qui paraît apte, selon l'expert, à permettre l'apurement du passif et le redressement de la situation financière[2827] ne peuvent faire l'objet d'une révocation[2828]. À l'instar des procédures amiables et préventives françaises, la plupart des procédures italiennes[2829] ont pour objectif de traiter une situation de difficulté ou l'insolvabilité par la réalisation d'accords avec les créanciers soumis au contrôle du juge[2830]. Toutefois, ces dispositifs ne constituent pas de véritables procédés de prévention des difficultés. En étant ouverts non seulement aux entreprises en simple difficulté,[2831] mais également à celles qui sont déjà insolvables, les dirigeants ne sont pas incités à anticiper[2832]. Surtout, ce qui différencie principalement le système italien du droit français est que la loi sur la faillite italienne n'a pas encore accueilli le principe de la distinction entre l'individu et l'entreprise et conserve - à certains égards et de moins en moins - une logique traditionnelle et sanctionnatrice[2833].

En définitive, si l'ensemble des droits étudiés s'oriente vers la voie de l'anticipation et de la négociation, des passerelles entre le cadre conventionnel et le cadre judiciaire, à la façon des

---

procédure est au centre du traitement de l'insolvabilité et rencontre un vif succès : M. Fabbrini, *«* Le nouveau droit italien des procédures collectives *»*, *BJE* 01 sept. 2013, n° 5, p. 311, spéc. p. 314.

2826 *« Concordato con continuità aziendale »* (Art. 186 bis de la *legge fallimentare*). Créée en 2012, cette procédure prévoit expressément la continuation de l'entreprise, soit par le débiteur, soit par un ou plusieurs cessionnaires. Constituant un autre *«* type *»* de concordat préventif, l'un de ses objets principaux peur résider dans l'engagement du débiteur à vendre ses biens au profit des créanciers.

2827 Il en est de même des actes et des garanties donnés pendant l'exécution d'un concordat préventif ou d'un accord de restructuration des dettes homologué.

2828 Art. 67 de la *legge fallimentare*.

2829 Notamment le concordat préventif, l'accord amiable et le plan de redressement des dettes.

2830 M. Arato, *«* Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens *»*, Table ronde, *CDE* 2009, n° 5, p. 56, spéc. p. 59.

2831 Par exemple, le concordat préventif peut être ouvert à la demande du débiteur qui se trouve seulement *«* en état de crise *»* (*« stato di crisi »*) : art. 160 de la legge fallimentare.

2832 M. Fabbrini, *«* Le nouveau droit italien des procédures collectives *»*, *BJE* 01 sept. 2013, n° 5, p. 311, spéc. p. 315 et 316. L'auteur fait donc le constat de *«* l'absence d'un véritable droit de la prévention des difficultés et le maintien de la préférence donnée à la majorité des créanciers, au détriment du redressement de l'entreprise *». Contra* : M. Arato, «Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens *»*, Table ronde, *CDE* 2009, n° 5, p. 56, spéc. p. 59. Pour cet auteur, le fait que les procédures amiables soient applicables aussi bien à l'entreprise en difficulté qu'à l'entreprise en cessation des paiements doit être approuvé car il est souvent impossible de distinguer entre les deux situations.

2833 *Ibid.*

prepacks, ne sont que très rarement prévues dans les textes des différents systèmes juridiques[2834]. Plus encore, aucun système ne prévoit une conciliation obligatoire avant une procédure collective.

Le système allemand fait figure d'exception en étant, quant à lui, moins orienté vers la prévention et le règlement à l'amiable des difficultés des entreprises.

320. Le système allemand moins dirigé vers les procédures amiables et préventives. Le droit allemand a une procédure unique comme en droit espagnol, il s'en distingue cependant par le fait que le concordat n'en constitue pas le principe[2835]. Aussi, contrairement au droit français, la procédure d'insolvabilité a pour principal objectif le désintéressement des créanciers[2836].

Toutefois, un pas vers la prévention a été fait par le législateur allemand. Pour la première fois depuis son entrée en vigueur en 1999[2837], le Code allemand de l'insolvabilité a fait l'objet d'une réforme en profondeur par l'adoption de la loi visant à faciliter le redressement des entreprises (loi *ESUG*), en vigueur le 1er mars 2012[2838]. Cette loi accorde une plus grande place aux créanciers et favorise le maintien du dirigeant dans ses fonctions[2839]. Si le texte nouveau ne prévoit toujours pas des procédures préventives à l'image de celles existantes en droit français, il crée néanmoins une nouvelle procédure, dite du « bouclier de protection » (« *Schutzschirmverfahren* »), dans le but d'inciter le débiteur à réagir dès la survenance d'une crise afin de permettre le redressement de l'entreprise[2840]. Proche de la procédure de sauvegarde française, cette procédure permet à un débiteur se trouvant face à une situation imminente de cessation des paiements[2841] ou de surendettement, de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lui permettant, sans être dessaisi, d'élaborer un plan d'insolvabilité dans un délai de trois mois, sous l'égide d'un administrateur provisoire de

2834 J.-L. Vallens et G.C Giorgini (Dir.), *op. cit.*, Vol. 18, Société de législation comparée, 2015, p. 72.

2835 La procédure unique peut conduire soit à la liquidation de l'entreprise, soit à son redressement par le biais du transfert d'actifs à un tiers ou par la mise en œuvre d'un plan de continuation. De manière générale, le débiteur perd la gestion de ses biens dès le jour de la déclaration d'insolvabilité. Pour plus de développements sur la procédure unique allemande : v. D. Bliesener, *«* Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens *»*, Table ronde, *CDE* 2009, n° 5, p. 56, spéc. p. 59.

2836 Art. 1er du Code allemand de l'insolvabilité (InsO).

2837 Loi d'insolvabilité (*« Insolvenzordhnung »*) du 5 oct. 1994, en vig. au 1er janv. 1999.

2838 Loi ESUG (*« Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen »*) du 7 déc. 2011, en vig. au 1er mars 2012.

2839 E. Delzant et R. Dugué, *«* La réforme du droit des procédures collectives en Allemagne *»*, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 2, p. 37.

2840 Art. 270 b du Code allemand de l'insolvabilité (InsO).

2841 Le droit allemand connaît la notion d'insolvabilité aux termes de laquelle un débiteur est insolvable lorsqu'il ne peut plus honorer ses dettes exigibles : P. Ehret, *«* L'adaptation du droit français des entreprises en difficulté au droit européen de l'insolvabilité et de la restructuration *»*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2018, n° 3, p. 89.

l'insolvabilité[2842]. S'intégrant dans le déroulement d'une procédure d'insolvabilité allemande classique, la procédure n'est néanmoins pas, comme le mandat *ad hoc* ou la conciliation, une technique amiable préventive détachée de la procédure judiciaire.

En pratique, l'absence de procédure amiable peut poser des problèmes pour les petites entreprises qui n'ont pas connaissance de cette faculté d'obtenir du tribunal la désignation d'un professionnel pour essayer de trouver une solution concertée à leurs difficultés[2843]. De même, la restructuration extrajudiciaire, parfois privilégiée par le débiteur et ses créanciers, est soumise au droit commun des contrats, nécessitant, de ce fait, l'accord de l'ensemble des créanciers. Bien que la conclusion d'un tel accord[2844] soit confidentielle et moins coûteuse, plus souple et plus rapide qu'une procédure collective, elle se heurte aux créanciers récalcitrants[2845]. Le droit allemand connaît donc une limite importante en matière de traitement négocié puisqu'il n'y a aucun moyen de contraindre un créancier d'y participer ou de lui imposer l'accord conclu par d'autres. La proposition de directive européenne de 2016 est, pour certains, une occasion pour que le législateur allemand instaure une véritable procédure de prévention[2846]. Le législateur français pourrait, quant à lui, s'inspirer du droit allemand[2847] concernant l'établissement des plans et, notamment, la constitution des classes de créanciers[2848].

Les droits étudiés ont tous modifié leur réglementation dans un sens favorable à la négociation. Le droit français apparaît être une exception au sein des droits continentaux en ne retenant pas une procédure unifiée et en maintenant la notion d'état de cessation des paiements. Mais, avec le droit espagnol et le droit belge, il semble être le système le plus tourné vers les

2842 Un des avantages de cette procédure est qu'il est permis au débiteur d'influer sur la question de la nomination du syndic provisoire en charge de sa surveillance puisque le tribunal ne peut s'écarter de la proposition du débiteur que dans une seule hypothèse, à savoir l'inaptitude manifeste de la personne proposée.

2843 P. Ehret, « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, p. 59, spéc. p. 62.

2844 On évoque une restructuration libre et silencieuse : « freie oder stille Sanierung » : E. Delzant, « Étude comparative de la pratique des restructurations en France et en Allemagne », *Rev. proc. coll.* 2014, n°1, p. 15, spéc. p. 16.

2845 *Ibid.*, p. 15, spéc. p. 16.

2846 P. Ehret, « L'adaptation du droit français des entreprises en difficulté au droit européen de l'insolvabilité et de la restructuration », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2018, n° 3, p. 89, spéc. p. 100.

2847 C'est dans le cadre d'un rapprochement entre les deux législations que s'inscrit le discours du Président de la République, M. Emmanuel Macron, donné en Sorbonne le 26 septembre 2017, en faveur d'une convergence franco-allemande du droit des affaires et du droit des faillites., prévue d'ici 2024.

2848 Il est également intéressant de noter que le droit de l'insolvabilité allemand ne fait pas de différenciation entre les créanciers publics et les créanciers privés.

procédures négociées de prétraitement. Le degré d'implication des acteurs dans la recherche de la solution pour traiter les difficultés de l'entreprise varie également d'un système à un autre.

b) L'implication des acteurs

Lors du traitement négocié des difficultés des entreprises, la participation des créanciers (***i***) et l'intervention judiciaire (***ii***) n'est pas identique selon les législations.

i. La participation des créanciers

321. Des modalités de consultation[2849] des créanciers différentes d'un système à l'autre. L'élaboration d'une solution en vue de traiter les difficultés d'une entreprise fait l'objet de dispositions spécifiques dans les systèmes étudiés. Si la plupart laisse une liberté importante au débiteur et à ses créanciers dans la négociation pour redresser l'entreprise, chaque système a des modalités de consultation des créanciers qui lui est propre.

D'abord, la situation des salariés diffère d'un système à un autre. L'Espagne confère un véritable droit de vote aux salariés, ce qui leur permet d'influer sur la solution[2850], tandis que la France organise qu'une simple consultation des représentants du personnel[2851].

Ensuite, la consultation des créanciers peut être individuelle ou collective. Lorsque la consultation est collective, elle peut se dérouler dans le cadre d'une assemblée ou de plusieurs classes de créanciers. Sans aucune référence à la notion de cessation des paiements[2852], la loi belge a instauré une procédure unique, la procédure de réorganisation judiciaire[2853], permettant de manière préventive ou curative au débiteur de négocier avec ses créanciers. Contrairement aux procédures collectives françaises dans lesquelles la négociation peut être limitée, la procédure de réorganisation judiciaire prévoit une liberté de principe dans la négociation du plan, voté par la

2849 Le terme « consultation » est employé à dessein bien qu'il se distingue de la négociation. Il permet de désigner les modalités d'appel aux créanciers quant à l'élaboration de la solution.

2850 J.-L. Vallens et G.C Giorgini (Dir.), *op. cit.*, Vol. 18, Société de législation comparée, 2015, p. 70.

2851 V. *Supra*, Chap. I, Titre II, Partie I, n° 137 et s.

2852 En tout état de cause, on observe que la distinction entre les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire reposant sur l'état de cessation des paiements en droit français semble pouvoir limiter le risque de recours abusif aux instruments de prévention lorsque la situation de l'entreprise impose pourtant la liquidation.

2853 La procédure de réorganisation judiciaire peut avoir pour objet la conclusion d'accords amiables avec deux ou plusieurs créanciers (art. 16, al. 2 et 43 de la LCE) ou la conclusion d'un accord collectif par la majorité des créanciers (« plan de réorganisation » librement négocié par le débiteur et ses créanciers : art. 16, al. 2 et 45 et s. de la LCE).

majorité des créanciers réunis en une seule assemblée[2854]. L'instauration de classes homogènes, réparties selon la nature de la créance[2855] et non sa qualité, comme c'est notamment le cas au Royaume-Uni, aux États-Unis et en Allemagne, permet de prendre en compte les divergences entre les intérêts. Par conséquent, si les procédures pré-négociées françaises n'ont rien à envier au *scheme of arrangement* anglais, il pourrait toutefois avoir une influence s'agissant de l'organisation des classes de créanciers. À tout le moins, une réception partielle de cette règle en droit français, lorsque le dossier est complexe, paraît souhaitable[2856]. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté gagnerait en efficacité, souplesse et sécurité juridique[2857]. Dans le même temps, ce changement législatif irait dans le sens de la proposition de directive européenne visant à harmoniser le droit des procédures collectives[2858].

Enfin, concernant le vote des créanciers, on observe que les exigences de majorité sont variables d'un pays à un autre. Le calcul de la majorité peut notamment être par nombre de créanciers, par montant des créances détenues ou les deux. Si le droit espagnol s'est inspiré du *Chapter 11* américain s'agissant de sa procédure anticipée, il s'en éloigne en ne requérant qu'une majorité simple des créanciers en faveur de l'accord alors que l'adoption d'un plan de redressement soumis au *Chapter 11* nécessite la majorité des créanciers représentant les 2/3 du montant total du passif[2859]. La majorité simple est également requise en Belgique[2860]. Plus encore, le droit espagnol se distingue des autres systèmes en ne permettant pas aux créanciers de remettre plus de 50 % du montant de leur créance[2861].

2854 R. Aydogdu, « La négociation, technique de sauvetage de l'entreprise en difficulté. L'éclairage du droit belge », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 58.

2855 Par exemple, séparer les créanciers chirographaires des créanciers privilégiés.

2856 En ce sens : F.-X. Lucas et R. Dammann, « Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014 ? », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 143.

2857 *Ibid.*

2858 Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, spéc. p. 48. L'article 9, relatif à l'adoption des plans de restructuration, énonce que : « Les États membres veillent à ce que les parties concernées soient traitées dans des classes distinctes tenant compte du critère de répartition en classes. Les classes sont formées de façon à ce que chacune d'elles comprenne des créances ou des intérêts assortis de droits suffisamment similaires pour que ses membres puissent être considérés comme un groupe homogène caractérisé par une communauté d'intérêt».

2859 G.C Giorgini, « La place de la négociation dans la faillite internationale », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 83, spéc. p. 93.

2860 J.-L. Vallens et G.C Giorgini (Dir.), *op. cit.*, Vol. 18, Société de législation comparée, 2015, p. 71.

2861 *Ibid.*, p. 66.

322. Des incitations différentes des créanciers à consentir des sacrifices. En Espagne, à côté du plan de restructuration anticipé, et dans la lignée d'un décret de 2009[2862] introduisant les accords de refinancement[2863], la réforme du 10 octobre 2011[2864] incite davantage les créanciers à participer à la négociation en créant une mesure incitative, le privilège de *new money*[2865]. Elle est toutefois limitée puisque le privilège n'est pas établi pour la totalité du financement accordé. Ce dernier est considéré comme un crédit contre la masse à hauteur de 50 %, lequel est placé en 11ème position dans le classement des privilèges[2866]. L'autre moitié constitue une créance privilégiée bénéficiant d'un privilège général[2867]. Bien que le privilège de conciliation français bénéficie d'une place plus enviable dans l'ordre des paiements, un net rapprochement a eu lieu entre les deux législations. La loi espagnole est ainsi venue instituer une véritable phase préventive et amiable, alternative au « *concurso* »[2868].

Aux États-Unis, un privilège spécifique existe - le *debtor-in-possession financing (DIP-financing)*[2869] - afin d'attirer de nouveaux financements au cours de la procédure. Il permet un financement facilité du débiteur bénéficiant du *Chapter 11* en plaçant le nouveau financement avant les dettes existantes. On parle ainsi d'un « *principe de superséniorité de ces nouveaux apports par rapport à toute autre dette historique* »[2870]. Ce classement favorable est une garantie supplémentaire et solide aux créanciers apportant de nouveaux fonds lors de la procédure[2871].

En définitive, on observe une diversification des solutions possibles afin d'associer les créanciers au devenir de l'entreprise. Il en est de même concernant le rôle joué par l'instance judiciaire.

2862 D. royal-loi n° 3/2009 du 27 mars 2009, BOE 31 mars 2009, p. 30367.

2863 Les accords de refinancement peuvent être formalisés ou non devant le juge selon la volonté des créanciers. À cet égard, à l'instar du plan de restructuration anticipé, le débiteur peut informer le juge du déroulement de négociations en vue de l'adoption d'un accord de refinancement.

2864 L. n° 38/2011 du 10 oct. 2011, BOE 11 oct. 2011, p. 106745.

2865 I. Fernández Torres et M.-H. Monsèrié-Bon, « Le financement des entreprises en difficulté : le privilège de la *fresh money* – Regards croisés : France/Espagne », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 4, p. 35.

2866 Art. 91.6 Ley concursal. *Ibid.*

2867 I. Fernández Torres et F. Monsèrié-Bon, *art. cit.*, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 4, p. 35.

2868 N. Picod, « Regard français sur le nouveau droit espagnol de l'insolvabilité », *BJE* 01 nov. 2012, n° 6, p. 391.

2869 Egalement appelé *« post-petition financing »*.

2870 D. Zwerger, *art. cit.*, Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 49, spéc. p. 52.

2871 *Ibid.* ; J. Baron, « Restructurations d'entreprises : les aspects financiers », Table ronde, *CDE* 2015, n° 2, p. 9, spéc. p. 16.

ii. L'intervention judiciaire

323. Une intervention du juge plus ou moins importante dans l'élaboration de la solution. Certains droits laissent une grande liberté au débiteur et à ses créanciers pour s'accorder sur les solutions adéquates au redressement de l'entreprise. À cet égard, l'intervention du tribunal est parfois quasi inexistante.

En Belgique, par exemple, l'accord amiable est conclu librement en dehors de toute intervention judiciaire. Il ne bénéficie donc pas de la même protection que l'accord de conciliation français à l'égard des inopposabilités de la période suspecte en cas de faillite postérieure et les créanciers ne jouissent pas de privilège pour les montants, les biens ou services en faveur du débiteur en exécution de l'accord[2872]. La confidentialité est, cependant, plus importante que dans la conciliation. L'accord doit être déposé au greffe du tribunal et ne peut être porté à la connaissance des tiers qu'avec l'assentiment exprès du débiteur, sous réserve des consultations et des informations des travailleurs ou de leurs représentants[2873]. Certes plus contraignant que le droit belge, le droit français a l'avantage d'assurer une protection particulière au débiteur en conciliation et de permettre aux participants de bénéficier de certains avantages[2874].

Au Royaume-Uni, c'est le *Company Voluntary Arrangement* (*CVA*)[2875] qui permet un accord entre le débiteur et ses créanciers, sans une intervention judiciaire poussée. Dans l'élaboration de l'accord, le débiteur est assisté par un mandataire spécifique appelé « *supervisor* », nommé par les créanciers[2876]. Le tribunal intervient uniquement lors de l'ouverture de la procédure, afin de suspendre toutes les actions des créanciers et pour vérifier que l'entreprise est viable. Ainsi, excepté ces deux phases, la procédure se déroule en dehors de son intervention[2877].

Ces instruments se rapprochent du mandat *ad hoc* français, caractérisé par sa souplesse. Si dans la plupart des systèmes l'élaboration de l'accord ou du plan revêt un caractère essentiellement

2872 R. Aydogdu, *«* La négociation, technique de sauvetage de l'entreprise en difficulté. L'éclairage du droit belge *», in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 58, spéc. p. 64.

2873 Art. 15, al. 4 de la LCE.

2874 Privilège de la conciliation, régime des nullités de la période suspecte non applicable, extension de l'accord aux garants, etc.

2875 V. *Supra*, Chap. II, Titre I, Partie II, n° 229.

2876 Le *« supervisor »* peut être l'administrateur ou le liquidateur, si l'entreprise était auparavant sous le régime de l'administration ou de la liquidation.

2877 D. Marks, *«* Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne *»*, *LPA* 16 juin 2005, n° 119, p. 7.

conventionnel, elle n'échappe généralement pas au contrôle judiciaire. Tel est également le cas au stade de l'adoption de la solution visant à mettre fin aux difficultés.

324. Le rôle variable du juge au stade de l'adoption de la solution. L'accord ou le plan de réorganisation a dans la plupart des systèmes une nature judiciaire. Une autorité judiciaire intervient sur le résultat des négociations afin de faire produire des effets énergiques aux stipulations des parties. Le Royaume-Uni fait figure d'exception avec le *CVA* puisque le tribunal n'intervient qu'en cas de recours contre le plan adopté par les créanciers[2878].

De manière générale, le contrôle judiciaire sur l'accord ou le plan n'est pas restreint. En France et en Italie, le tribunal procède à la fois à un contrôle de légalité et à un contrôle en opportunité, c'est-à-dire un contrôle sur la faisabilité du plan. En Italie, il contrôle notamment que le traitement des créanciers n'est pas moins avantageux que dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire[2879]. Plus rares sont les pays qui connaissent un contrôle judiciaire limité à la légalité, comme c'est le cas en Belgique[2880].

Malgré des finalités extrêmement diversifiées[2881], les systèmes juridiques étudiés sont des droits où la négociation occupe désormais une place plus grande. Le centre de gravité du droit de l'insolvabilité de la plupart des États membres s'est déplacé vers le sauvetage en amont des entreprises en difficulté, dans le cadre de procédures préventives ou hybrides[2882]. Cependant, ce rapide tour d'horizon ne permet pas de se fonder sur un droit en particulier pour faire évoluer notre législation vers un renforcement du traitement négocié. Aucun système ne s'imposant comme un modèle à suivre, les équilibres entre les intérêts du débiteur et des créanciers et la place de l'intervention des juges sont encore à trouver. L'éclairage des droits comportant des classes de créanciers homogènes, réparties selon la nature de la créance, et ceux instaurant un véritable vote des salariés peut constituer néanmoins des pistes de réflexion intéressante pour une réforme ultérieure du droit français.

2878 J.-L. Vallens et G.C Giorgini (Dir.), *op. cit.*, Vol. 18, Société de législation comparée, 2015, p. 72.

2879 *Ibid.*, p. 73.

2880 *Ibid.*

2881 Au Royaume-Uni, la vente de l'entreprise est privilégiée, en pratique, sur son sauvetage et le dessaisissement du débiteur constitue la règle lorsqu'il a failli. En Allemagne et en Italie, le désintéressement des créanciers constitue également la priorité du législateur.

2882 R. Dammann et M. Sénéchal, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Joly éd., 2018, n° 2230, p. 747.

Ce faisant, à l'aube de la future transposition de la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016[2883], le droit des entreprises en difficulté français a la possibilité de renforcer son attractivité en améliorant ses outils de négociation.

2. Le traitement négocié encouragé par le droit européen

325. Les principaux objectifs de la proposition de directive européenne. La proposition de directive européenne du 22 novembre 2016[2884] préconise une harmonisation des législations nationales en matière d'insolvabilité, nécessaire notamment pour assurer une plus grande sécurité juridique pour les investisseurs transfrontaliers[2885]. Les principaux objectifs de la proposition sont d'inciter les États membres à mettre en œuvre des principes clés favorisant les mesures préventives et le rebond des chefs d'entreprise[2886].

Elle encourage également la déjudiciarisation du traitement des difficultés. Plusieurs dispositions en témoignent : l'article 4.3 énonce que les États membres peuvent prévoir que la restructuration de l'entreprise ne nécessite pas l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire[2887] et l'article 5.2 prévoit que la désignation d'un professionnel n'est pas obligatoire[2888]. La voie non judiciaire est donc favorisée pour, selon l'exposé des motifs, permettre un gain d'efficacité et minimiser les délais et les coûts[2889].

L'intention du législateur européen est donc de favoriser le traitement précoce et négocié des difficultés des entreprises.

2883 Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723.

2884 La Commission européenne avait publié, le 14 mars 2014, des recommandations afin d'inciter les États membres à harmoniser les procédures préventives et à favoriser le rebond du chef d'entreprise. En raison de l'échec de cette démarche, elle a proposé, le 22 novemebre 2016, un projet de directive.

2885 R. Dammann et M. Boché-Robinet, « Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe », *D.* 2017, n° 22, p. 1264 ; R. Dammann et Ch. Paulus, « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA* 30 mars 2018, n° 65, p. 21.

2886 Exposé des motifs : Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, spéc. p. 6.

2887 Art. 4.3 : « Les États membres mettent en place des dispositions limitant l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative aux cas où cette intervention est nécessaire et proportionnée, de façon à sauvegarder les droits de toute partie concernée ».

2888 Art. 5.2 : « La désignation par une autorité judiciaire ou administrative d'un praticien dans le domaine des restructurations n'est pas obligatoire dans chaque cas ».

2889 Exposé des motifs : Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, spéc. p. 6.

326. Le modèle d'un traitement précoce et négocié des difficultés défendu par la Commission. Pour favoriser le sauvetage précoce des entreprises et encourager le recours aux procédures amiables, la proposition de directive envisage, d'abord, le bénéfice d'une suspension des poursuites individuelles, pour une période ne dépassant pas quatre mois[2890] si cette mesure est nécessaire pour permettre le bon déroulement des négociations relatives à un plan de restructuration[2891]. Dans la mesure où la suspension des poursuites est une restriction importante aux droits des créanciers, la Commission a prévu de la limiter à une courte durée. En droit français, cette possibilité a été supprimée par la loi du 10 juin 1994 dans le cadre d'une conciliation. Seul le règlement amiable agricole prévoit encore une suspension des poursuites individuelles pour un délai n'excédant pas deux mois et prorogeable pour la même durée[2892]. Si le but est de favoriser les négociations, cette faculté pourrait également renforcer l'attractivité de la conciliation[2893].

La proposition énonce, ensuite, les obligations des dirigeants en lien avec la négociation d'un plan de restructuration préventive, susceptible d'entraîner des responsabilités particulières en cas de leur non-respect. À ce titre, elle prévoit que lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les dirigeants prennent des mesures immédiates pour minimiser la perte pour leurs partenaires et des mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité[2894]. Il s'agit, une nouvelle fois, d'inciter les dirigeants à recourir aux procédures préventives en les soumettant à un véritable « *devoir de diligence* »[2895].

Enfin, la proposition de directive invite les États membres à veiller à ce que tout créancier concerné ait le droit de voter sur l'adoption d'un plan de restructuration[2896]. Dans le cadre de l'adoption des plans de restructuration, la proposition introduit des classes de créanciers. Dans un premier temps, elle prescrit l'instauration de classes homogènes. Il s'agit d'un classement obligatoire

2890 Art. 6 et 7 de la proposition. Une prolongation de la durée de la suspension des poursuites individuelles est possible par les autorités judiciaires ou administratives (art. 6.4).

2891 Art. 6.1 de la proposition. Une exception est prevue pour les créances salariales : art. 6.3.

2892 C. rur., art. L. 351-5.

2893 L. Sautonie-Laguionie, *«* La "déjudiciarisation" du traitement des difficultés *», in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire ou révélateur ?*, ss. la dir. de F. Macorig-Venier, Actes du colloque du CDA du 16 mars 2017, PU Toulouse, 2017, p. 171, spéc. p. 180.

2894 Art. 18 de la proposition.

2895 L'exposé des motifs énonce en ce sens : *«* Les règles concernant le devoir de diligence des dirigeants d'entreprise lorsqu'ils approchent de l'insolvabilité jouent aussi un rôle important dans le développement d'une culture privilégiant le sauvetage des entreprises plutôt que leur liquidation, car elles encouragent la restructuration précoce et préviennent les malversations et les pertes évitables pour les créanciers *»* : Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, spéc. p. 7.

2896 Art. 9.1 de la proposition.

des créances en fonction de leur rang[2897]. En tout état de cause, la proposition de directive distingue au minimum les créances garanties des non-garanties[2898]. Dans un second temps, elle prévoit des sous-catégories facultatives au sein de chaque classe de créanciers, à la condition que chacune « comprenne des créances ou des intérêts assortis de droits suffisamment similaires pour que ses membres puissent être considérés comme un groupe homogène caractérisé par une communauté d'intérêt »[2899]. L'instauration des « sous-classes » est directement inspirée du modèle allemand et du modèle américain[2900]. Ce système de classes de créanciers est accompagné d'un mécanisme de « *cram-down* » et de « *cross-class cram-down* », permettant de passer outre l'opposition de créanciers minoritaires. Le mécanisme de *cram-down* consiste selon la proposition de directive à l'adoption du plan par les parties concernées à la condition qu'une majorité calculée sur le montant de leurs créances ou intérêts soit obtenue dans chacune des classes[2901]. À ce titre, les États membres établissent les majorités requises pour l'adoption d'un plan de restructuration, lesquelles n'excèdent en aucun cas 75 % du montant des créances ou intérêts dans chaque classe[2902]. Le « *cross-class cram-down* » est le mécanisme d' « application forcée interclasse » prévu à l'article 11 de la proposition de directive. Il permet qu'un plan de restructuration qui n'est pas approuvé par toutes les classes de parties concernées puisse être validé par une autorité judiciaire ou administrative sur la proposition d'un débiteur, ou d'un créancier avec l'accord du débiteur, et être imposé à une ou à plusieurs classes dissidentes[2903]. Ce faisant, il est nécessaire que le plan soit conforme à la règle du « *best interest of creditors test* »[2904], à savoir qu'aucun créancier dissident ne doit se trouver dans une situation moins favorable que celle qu'il connaîtrait dans une situation de liquidation. Il faut, en outre, que le plan ait été approuvé par une autre classe que celle des détenteurs de capital et celle qui, après détermination de la valeur de l'entreprise, n'aurait eu droit à aucun paiement en cas de liquidation judiciaire[2905]. Quoi qu'il en soit, l'approche de la Commission se rapproche du système français quant au modèle de restructuration préventive, avec une phase purement amiable, suivie

2897 Art. 2.6 de la proposition.

2898 Art. 9 de la proposition.

2899 Art. 9.2 de la proposition.

2900 R. Dammann et M. Sénéchal, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Joly éd., 2018, n° 2263, p. 758. Modèle allemand : § 222, al. 2 InsO ; modèle américain : § 1222 (a) US Bankruptcy Code.

2901 Art. 9.4 de la proposition.

2902 *Ibid.*

2903 Art. 11.1 de la proposition.

2904 Définie à l'article 2. 9 de la proposition.

2905 Art. 11.1 (b) de la proposition.

potentiellement d'une procédure hybride, à l'instar des procédures de sauvegarde accélérée[2906]. Elle s'inspire, à d'autres titres, des systèmes anglo-saxons, américain et allemand, s'agissant de l'introduction des classes de créanciers et du mécanisme de « *cram-down* »[2907].

Le dernier point-clé de la directive en termes de traitement négocié des difficultés concerne la protection renforcée des créanciers qui apporte leur soutien à l'entreprise.

327. La protection renforcée des créanciers apporteurs de nouveaux financements ou des financements provisoires. La proposition de directive semble surtout renforcer la protection des créanciers, apporteurs de financements nouveaux ou provisoires[2908]. L'article 16 de la proposition de directive assure une triple protection des nouveaux financements ou des financements provisoires en énonçant, tout d'abord, que ces financements ne sont pas déclarés nuls, annulables ou inapplicables en tant qu'actes préjudiciables à la masse des créanciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité ultérieures, sauf en cas de fraude ou de mauvaise foi. Il ajoute, ensuite, que « dans le contexte de procédures de liquidation ultérieures, les créanciers pourront être rémunérés en priorité par rapport à d'autres créanciers qui, à défaut, auraient des créances liquides ou se rapportant à d'autres actifs supérieures ou égaux. En pareil cas, les États membres attribuent aux financements nouveaux ou provisoires un rang au moins supérieur à celui des créances de créanciers ordinaires non garantis ». Enfin, les créanciers sont exemptés des responsabilités civiles, administratives et pénales en lien avec l'insolvabilité ultérieure du débiteur, sauf en cas de fraude ou de mauvaise foi[2909]. Vraisemblablement, la proposition de directive semble, à l'instar du *Debtor-in-possession financing* américain, opérer un changement d'orientation du droit français en sécurisant davantage les droits des créanciers[2910]. De même, la transposition de l'ensemble de ces règles dans

2906 R. Dammann et M. Sénéchal, *op. cit.*, Joly éd., 2018, n° 2237, p. 750.

2907 *Ibid.*

2908 Les définitions des « nouveaux financements » et des « financements provisoires » se trouvent à l'article 2 de la proposition de directive (cons. 11 et 12). Cons. 11 : nouveau financement : « toute forme de financement, que ce dernier soit fourni par un créancier existant ou par un nouveau créancier, qui est nécessaire pour mettre en œuvre un plan de restructuration et qui est approuvé dans le cadre de ce plan de restructuration et ensuite validé par une autorité judiciaire ou administrative » ; Cons. 12 : financement provisoire : « toute forme de financement, que ce dernier soit fourni par un créancier existant ou par un nouveau créancier, qui est raisonnablement et immédiatement nécessaire pour permettre la poursuite ou la survie de l'entreprise du débiteur, ou pour préserver ou accroître la valeur de cette entreprise dans l'attente de la validation d'un plan de restructuration ».

2909 Art. 16.3.

2910 En ce sens : S. Vermeille et Th. Jauffret, « Enfin un droit de la restructuration efficace ! », *LPA* 28 août 2017, n° 171, p. 5.

notre système donnerait aux créanciers un rôle plus central, accélérant l'évolution entamée en 2005 et poursuivie par les réformes ultérieures[2911].

Conclusion de la section. La France est le fer de lance du développement des procédures préventives et hybrides dans l'Union européenne. Cependant, pour rendre le droit des entreprises en difficulté encore plus attractif, des améliorations pourraient être apportées sur les traitements négociés. Systématiser le traitement préventif et amiable est une voie envisageable. Dès lors, il conviendrait, d'une part, de favoriser la circulation de l'information économique de l'entreprise pour détecter le plus tôt possible ses difficultés. Aussi, la création d'un guichet unique au sein d'une autorité administrative permettrait une unification du système préventif et, partant, une meilleure anticipation. Le législateur pourrait, d'autre part, envisager la mise en place d'un préalable de conciliation obligatoire avant l'ouverture d'un redressement judiciaire. De telles modifications substantielles du système en vigueur nécessitent, cependant, de les confronter avec ce qui existe en droit interne, dans d'autres branches du droit, et dans certains droits étrangers.

2911 J. Degenhardt, « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? », *BJE* 01 mars 2017, n° 02, p. 153.

Conclusion du Chapitre

La transformation du droit des entreprises en difficulté révèle la large place laissée à la négociation. L'augmentation constante du recours aux procédures amiables et préventives témoigne de l'attrait pour le traitement négocié et anticipé des difficultés d'une entreprise. Il est également apparu qu'au niveau international, le droit des entreprises en difficulté attire de plus en plus les entreprises étrangères. Le législateur français a en effet souhaité rendre le droit des entreprises en difficulté plus attractif. Pour ce faire, il a renforcé les droits des créanciers, lesquels se trouvent plus impliqués, depuis 2005, avec notamment la création des comités de créanciers. La prise en compte des accords de subordination et, depuis 2014, la possibilité pour eux de proposer un projet de plan concurrent, participent de leur intégration au traitement des difficultés de l'entreprise. À cet égard, le droit des entreprises en difficulté apparaît de plus en plus équilibré.

Cependant, ravivant la concurrence entre les systèmes juridiques, les rapports *Doing Business* classent encore la France parmi les mauvaises élèves en matière d'insolvabilité. Toutefois, les observations faites sur les limites de leur mode d'évaluation conduisent à relativiser cette mauvaise place. L'évolution du droit des entreprises en difficulté semble donc aller dans un sens favorable à l'anticipation.

Malgré une forte augmentation des recours aux traitements amiables et préventifs, et un nombre conséquent de salariés concernés, la liquidation judiciaire demeure la procédure la plus souvent ouverte. Des propositions d'évolution ont donc été formulées pour parfaire le droit négocié du traitement des difficultés de l'entreprise et parachever, ainsi, le mouvement d'essor de la négociation.

Il a donc pu être envisagé d'encourager plus fortement les parties à recourir aux traitements préventifs et amiables. En effet, malgré l'effort pédagogique des praticiens, les chefs d'entreprise redoutent encore trop souvent de s'adresser au tribunal pour obtenir de l'aide et rechercher les remèdes les plus adaptés à leurs difficultés. Des pistes ont donc été envisagées pour inciter à recourir au traitement négocié et faciliter la conclusion des accords. D'une part, une autorité administrative indépendante pourrait être un guichet de détection et de prévention des difficultés. Elle serait le lieu unique d'accueil des débiteurs et de centralisation des informations, déchargeant l'institution judiciaire de cette mission[2912]. Une telle phase permettrait d'orienter le plus tôt possible

[2912] B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018, n° 447, p. 319 et 320.

le débiteur vers le traitement adéquat. D'autre part, pour renforcer davantage l'efficacité du redressement judiciaire, le prétraitement obligatoire en procédure amiable a pu être proposé, à l'instar des préalables de conciliation qui existent dans d'autres domaines en droit interne.

L'augmentation de la négociation au sein des traitements de l'insolvabilité est également observée dans d'autres systèmes juridiques. De ce fait, l'inspiration tirée des droits étrangers peut servir à améliorer le droit positif français. La protection des créanciers avec l'instauration d'un privilège post-procédure et l'inspiration du *debtor-in-possession* américain figure parmi les pistes à explorer. Le *scheme of arrangement*, issu du droit anglais, les classes de créanciers issues des systèmes américain et allemand ainsi que la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 invitent à s'interroger sur la transposition de classes de créanciers homogènes. L'éventuel emprunt de règles étrangères ne doit cependant pas faire oublier le contexte culturel parfois éloigné de la conception française. Quoi qu'il en soit, le traitement négocié des difficultés des entreprises ressort renforcé par la mise en perspective du système actuel avec certaines branches du droit privé et quelques modèles étrangers.

Conclusion du Titre 2

Si le développement de la négociation en droit des entreprises en difficulté est venu ébranler certaines valeurs qui fondent traditionnellement la matière, il a également permis d'en renouveler d'autres et, plus encore, d'envisager aussi une réflexion sur une amélioration du système dans cette même logique.

L'analyse des effets du processus de négociation sur les parties tend à démontrer qu'elles acceptaient plus aisément la solution lorsqu'elles l'ont discutée. Les modalités de la négociation en droit des entreprises en difficulté témoignent d'une vertu pacificatrice de celle-ci. Au-delà de l'acceptabilité de la solution, elle permet plus spécifiquement de réinstaurer le lien de confiance entre le débiteur et ses créanciers, affecté très certainement dès la défaillance de l'entreprise. Paré de nombreuses vertus, le processus négocié met également en lumière les éventuels abus liés à la liberté contractuelle. De la sorte, de nouveaux principes fondateurs émergent pour protéger les négociations et leur résultat.

En effet, quel que soit le domaine dans lequel le processus négocié est à l'œuvre, chaque partie poursuit naturellement un intérêt qui lui est propre, et parfois au détriment des autres participants aux négociations. En ce sens, la conciliation entre l'objectif de protection de l'intérêt général et celui de promotion des libertés individuelles n'est pas si aisée. Dès lors, afin d'éviter les abus au sein des négociations, le principe de loyauté, bien connu du droit des obligations, est réaffirmé avec force en droit des entreprises en difficulté. De même, le principe de confidentialité est lui aussi réaffirmé avec la promotion du traitement négocié des difficultés afin de protéger le crédit de l'entreprise et de favoriser le succès des négociations. En effet, l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés affecte nécessairement la confiance des tiers et la divulgation des négociations en cours peut les mettre en échec. La participation active du débiteur et des créanciers, leur comportement loyal et la préservation du secret des négociations sont les ingrédients nécessaires au bon déroulement du traitement. En somme, l'émergence de tels principes participe au succès du traitement des difficultés d'une entreprise.

La faveur faite à la négociation au fil des réformes récentes bouleverse l' « état d'esprit » du droit des entreprises en difficulté et l'a rendu ainsi plus attractif en raison des nombreux atouts qui y sont attachés. Malgré cette évolution favorable de la matière, des imperfections du système demeurent. S'interroger sur d'autres domaines du droit interne et observer quelques exemples étrangers et tenter d'élaborer un cadre juridique davantage tourné vers le traitement négocié des difficultés permet d'en faire un droit évoluant dans un cadre juridique perfectionné. La culture de la négociation initiée par le législateur au fil des dernières réformes pourrait être, en ce sens, encore plus favorisée. À cet égard, le système pourrait reposer, en premier lieu, sur un droit de la détection et de la prévention uniformisé, régi par une seule et même autorité. La mise en place d'un guichet unique de détection des difficultés au sein de cette autorité permettrait ainsi de rendre effectif l'objectif d'anticipation poursuivi depuis longtemps par le législateur. Surtout, une telle phase encouragerait le débiteur à trouver le plus en amont possible un accord avec ses créanciers pour résoudre ses difficultés. Il pourrait, en second lieu, être envisagé de refondre la matière en rendant obligatoire la conciliation entre le débiteur et ses principaux créanciers en amont d'un redressement judiciaire. Cela serait pousser encore plus loin la logique des dernières réformes vers la négociation du traitement des difficultés d'une entreprise. En tout état de cause, de telles modifications du régime participeraient incontestablement à l'émergence d'une culture de la négociation dans le traitement de la défaillance d'une entreprise.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

La négociation grandissante en droit des entreprises en difficulté modifie les perspectives pour le traitement des entreprises en difficulté. De ce fait, ce droit a vu se multiplier les situations attentatoires aux valeurs qui lui sont traditionnellement attachées.

D'une part, la perception que l'on a de certains principes traditionnels n'est plus totalement la même qu'auparavant. En effet, par cette approche négociée, le législateur offre aux débiteurs et à ses partenaires des instruments plus souples. De même, en contractualisant en partie le droit des entreprises en difficulté, il insuffle l'idée que le sauvetage de l'entreprise est l'affaire de tous. À cet égard, il incite davantage les parties à négocier en offrant des situations préférentielles à ceux qui jouent le jeu de la négociation. De là, l'ordre public et l'égalité des créanciers, piliers de la matière, s'en trouvent nécessairement affectés. Les règles impératives se font moins nombreuses et l'égalité de traitement entre les créanciers connaît de plus en plus d'exceptions.

D'autre part, le constat d'une profonde judiciarisation et parallèlement celui de la promotion du traitement négocié ont entraîné la remise en cause du mode judiciaire pour traiter les difficultés des entreprises. Dans cette perspective, la conception traditionnelle de l'autorité judiciaire a été ébranlée puisque, pour certains, d'autres alternatives au traitement judiciaire pourraient être envisagées. Allant encore plus loin que ce qui a été entrepris par le législateur depuis les dernières réformes, ils appellent de leurs vœux la mise en place d'un traitement purement contractuel ou le recours à des autorités non judiciaires. Si de tels modes alternatifs peuvent séduire sur certains aspects, ils sont limités intrinsèquement par leur nature. Les limites reposent notamment sur la fragilité des négociations ainsi que sur le contenu et la portée de leur résultat. Les qualités inhérentes au juge et à son action permettent de conférer aux parties et à leur accord une sécurité plus importante qu'un traitement négocié hors du tribunal. En promouvant la négociation comme mode de traitement des difficultés, le législateur n'a pas pour autant évincé le juge. Il en résulte une évolution majeure de l'esprit qui anime le droit des entreprises en difficulté. C'est le sens de la conclusion de Monsieur le Professeur Y. Chaput : « *à la logique d'affrontement entre les partenaires : débiteurs, créanciers, salariés, actionnaires s'est progressivement substitué un souhait de gouvernance*

c'est-à-dire l'espoir d'une concertation éclairée entre partenaires pour parvenir à une solution conforme à l'intérêt général, sous l'égide du juge garant des libertés fondamentales»[2913].

Si les modifications apportées en faveur d'un traitement négocié bouleversent certaines valeurs traditionnelles, c'est surtout l'émergence de nouvelles valeurs qui révèle le nouvel « esprit » du droit des entreprises en difficulté. En effet, en mettant l'accent sur la négociation, le législateur favorise le dialogue entre le débiteur et ses partenaires et, partant, la décision finale sera mieux acceptée car construite par elles. La négociation fait alors ressortir des exigences classiquement attachées au droit des contrats, comme la loyauté contractuelle ou la confidentialité. Toutes deux favorisent la confiance créée entre les parties et participent, au final, au succès de la négociation.

La question de l'atteinte des objectifs du législateur est grandement fonction du recours par les débiteurs aux procédures préventives et amiables. L'étude des données de certains tribunaux a mis en exergue l'utilisation croissante de ces procédures. En bref, l'évolution de notre droit des entreprises en difficulté est réussie. Si l'objectif d'anticipation semble atteint, il pourrait être instauré de nouveaux outils afin d'aller plus loin encore dans la culture de la négociation en droit des entreprises en difficulté.

[2913] Y. Chaput, *«* L'ordonnance du 12 mars 2014, réforme ou révolution ? (La mue de la cigale d'or) *»*, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 03, p. 36.

CONCLUSION GENERALE

328. La promotion de la négociation en droit des entreprises en difficulté. L'évolution du droit des entreprises en difficulté s'inscrit dans un changement de paradigme des modes de régulation sociale, que l'on caractérisait il y a trente ans déjà par de nombreuses formules et images, ainsi du passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié[2914], de la pyramide au réseau[2915] ou encore de la verticalité à l'horizontalité[2916]. Cette transformation d'un droit des entreprises en difficulté imposé en un droit des entreprises plus négocié méritait que l'on y porte une attention particulière.

La plupart des innovations s'inscrit dans un mouvement initié par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et qui s'est poursuivi notamment par les réformes du 18 décembre 2008 et du 12 mars 2014. Le changement législatif est d'ampleur : il traduit la nouvelle orientation du droit des entreprises en difficulté vers la promotion des traitements négociés. En effet, en dépit de la diversité croissante des modes de traitement des difficultés des entreprises, révélant un morcellement du traitement de la défaillance[2917], le législateur est venu offrir au débiteur en difficulté une palette plus grande de procédures par lesquelles il peut discuter avec ses créanciers de la solution à apporter à sa situation.

Étudier le développement de la négociation en droit des entreprises en difficulté invitait à proposer une nouvelle grille de lecture de cette matière en mesurant, d'une part, l'ampleur du phénomène au sein des procédures amiables et judiciaires et, d'autre part, en évaluant plus largement ses incidences sur ce droit à l'origine fortement répressif.

2914 A. Pirovano (dir.), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Economica, 1988 ; L. Cohen-Tanugi, Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique, Puf, 1985, spéc. p. 5 et s. ; L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Mél. G. Cornu, PUF, 1994, p. 29.

2915 F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Facultés univ. Saint-Louis, 2002.

2916 *Ibid.*

2917 V. Dossier, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance?, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3.

329. L'hybridation des procédures. Appréhender la négociation supposait en premier lieu d'observer son ancrage dans des procédures amiables, de prime abord réceptives au processus négocié, puis, en second lieu, dans des procédures collectives et judiciaires, traditionnellement rétives à la négociation. La mesure de la place de la négociation dans l'architecture des procédures de traitement des difficultés a donc conduit à l'analyse de deux procédures : la conciliation et la procédure de sauvegarde accélérée, financière ou non.

L'étude révèle que la ligne de partage entre les procédures amiables et les procédures judiciaires n'est plus aussi nette que par le passé. L'analyse de chacune de ces procédures démontre une certaine hybridation entre elles, révélant alors un dépassement de la *summa divisio* trop classiquement présentée. En effet, l'amiable ne semble plus seulement l'apanage des procédures amiables, et l'empreinte judiciaire n'est plus seulement gravée dans les procédures collectives.

Depuis la réforme de 2005, le mouvement de promotion de traitements négociés s'est accéléré. La procédure de conciliation en est l'exemple topique car elle est avant tout fondée sur la recherche d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers. Le législateur a donc incité les débiteurs à y recourir en renforçant ses atouts. Rapide et confidentielle, elle se caractérise par sa souplesse en permettant au débiteur et à ses partenaires de trouver, par le dialogue, une solution quasi « sur-mesure » aux difficultés de l'entreprise. Elle évite donc les effets délétères d'une procédure collective en préservant notamment le crédit de l'entreprise. Le renforcement des avantages de ce traitement négocié est d'autant plus louable qu'il est devenu une véritable alternative aux procédures collectives puisque les entreprises en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours peuvent désormais en bénéficier. Par ailleurs, un autre mouvement est à l'œuvre, dans la mesure où la conciliation se judiciarise. De façon paradoxale, le mouvement qui promeut la négociation du traitement des difficultés, se caractérise dans le même temps par les garde-fous judiciaires mis en place pour sécuriser et favoriser les négociations. Ainsi, les délais de grâce judiciaires et le régime des effets de l'accord constaté ou homologué illustrent les prérogatives importantes confiées au juge. Alors, la procédure de conciliation se rapproche, à certains égards, des procédures collectives. Le temps étant l'ennemi de l'entreprise en difficulté, le législateur a poursuivi son œuvre d'incitation à l'anticipation par des voies négociées. Pour ce faire, il a créé les procédures de sauvegarde accélérée. Nouvelles manifestations de la promotion de la négociation en droit des entreprises en difficulté, et particulièrement en procédure collective, ces procédures permettent en cas d'échec de la conciliation d'imposer le projet de plan aux créanciers récalcitrants par le vote de la majorité des créanciers constitués en comités de créanciers. En cela, elles apparaissent comme des procédures hybrides : elles permettent d'imposer rapidement, dans un cadre judiciaire, le résultat d'un processus négocié en amont. De manière indirecte, ces

procédures encouragent également à la négociation. En effet, elles sont un facteur d'incitation à trouver un accord en conciliation au regard des effets contraignants de l'ouverture de la procédure collective. À l'aune de ces développements, il semble que ces deux procédures – conciliation et procédures de sauvegarde accélérée – illustrent l'acculturation des procédures judiciaires et des procédures amiables. Un véritable balancement est opéré entre l'amiable et le judiciaire. La modification de l'architecture du droit des entreprises en difficulté conduit ainsi à observer de nouveaux équilibres non seulement au sein des procédures elles-mêmes, mais également entre les procédures amiables et judiciaires.

330. La redistribution des rôles des acteurs. La place grandissante faite à la négociation est de nature à modifier l'office des participants au traitement des difficultés d'une entreprise. Dans l'ombre du rôle tenu par l'autorité judiciaire se joue en effet désormais celui du débiteur et des créanciers : initialement spectateurs, ils sont désormais les acteurs du traitement des difficultés. Les rapports de force tendent à s'équilibrer par les voies du dialogue. Cela étant, si l'étude révèle l'existence de mutations dans le rôle actif joué par le débiteur et ses partenaires, certains acteurs ne sont pas pleinement intégrés aux négociations. Le pas n'est pas encore franchi par le législateur qui ne permet pas au débiteur de négocier des remises de dettes avec ses créanciers publics. Il ne l'a pas franchi non plus s'agissant des salariés, soumis à de simples consultations. Trop souvent écartés de la recherche de la solution, les syndicats et les représentants du personnel devraient *a minima* être informés du déroulement d'une conciliation et pouvoir négocier lorsque l'accord comporte des enjeux sociaux importants. Il reste que le droit des entreprises en difficulté actuel semble plus équilibré, tant du point de vue de l'architecture des procédures qu'il contient que de la protection des intérêts divergents qu'il intéresse.

331. Le renouvellement axiologique du droit des entreprises en difficulté. L'étude a également permis d'envisager la modification du droit des entreprises en difficulté quant à ses principes structurants afin de mieux comprendre le droit contemporain des défaillances. L'ancrage progressif de la négociation dans le droit des entreprises en difficulté en modifie nécessairement les traits. D'un point de vue axiologique, il n'est plus véritablement le même qu'à l'origine. Branche du droit marquée par l'ordre public, le droit des entreprises en difficulté admet et intègre de plus en plus la négociation dans ses différentes procédures, atteignant et modifiant substantiellement sa conception originelle. Plus avant, les atteintes au principe d'égalité des créanciers se font plus nombreuses, par la multiplication des traitements différenciés en faveur des créanciers méritants lors de la négociation. Plus encore, cette nouvelle direction vers l'amiable pris par le législateur amène certains auteurs à souhaiter une déjudiciarisation plus importante de la matière. Ainsi, les

valeurs traditionnelles attachées au droit des entreprises en difficulté que sont les principes originels, tel que le principe d'égalité des créanciers, et la conception de l'autorité judiciaire s'en trouvent ébranlées. Il ne s'agit néanmoins que d'un ébranlement, ces attributs ne disparaissant pas totalement.

La négociation du traitement des difficultés des entreprises fait en outre émerger de nouvelles valeurs reposant sur une idée de confiance réinstaurée entre les parties et sur la recherche d'une solution acceptable pour elles. De plus, si la place faite aux initiatives privées a été renforcée au fil des réformes, le traitement de la défaillance d'une entreprise demeure judiciaire. En effet, bien que le traitement judiciarisé des entreprises en difficulté ait pu être critiqué, le juge demeure privilégié en raison de ses qualités et de son autorité. Fondée sur des impératifs de bonne foi, de respect de la parole donnée et de confidentialité, la négociation ne doit pas pour autant être idéalisée. De même, si elle offre les avantages de la souplesse et de la rapidité, la question de la protection de la partie faible se pose toujours au regard des rapports inégaux des forces dans le cadre d'une défaillance. C'est pour assurer une sécurité juridique aux parties et à leur accord que le législateur a renforcé dans le même temps les prérogatives du juge, et par là même la protection des droits fondamentaux des parties. À cet égard, l'office du juge évolue : il intervient de manière différée dans le temps, comme « contrôleur » en vérifiant la validité de l'accord ou son équilibre, en apposant sa formule exécutoire, ou encore en vérifiant la protection des intérêts en présence. En somme, ce n'est plus lui qui décide unilatéralement mais il contrôle que la négociation n'a pas entraîné des déséquilibres injustifiés. Plus encore, au-delà de cette figure de « juge-contrôleur », il apparaît comme un « juge-pacificateur » en favorisant la négociation. La présence du juge s'impose donc comme une nécessité. Par conséquent, le mode de traitement négocié n'est pas conçu comme un traitement alternatif à la justice étatique mais comme un instrument de traitement des difficultés plus souple et moins formalisé.

332. L'encouragement du traitement négocié à renforcer. Face au nombre toujours important de liquidations judiciaires directes, il semble qu'une des solutions puisse venir du traitement négocié des difficultés des entreprises. L'encouragement des procédures amiables et préventives par les dernières réformes illustre les nouvelles perspectives du législateur. En pratique, ces procédures connaissent des résultats satisfaisants qui ne cessent de se confirmer. De 2012 à 2017, leur recours a presque était multiplié par quatre[2918]. Le nombre de procédures amiables et préventives (mandat *ad hoc* et conciliation), qui est de l'ordre de 3500, reste certes faible au regard des 55 000 procédures

2918 Source : Deloitte Altares, mars 2017 et avril 2018.

collectives environ ouvertes en 2017[2919]. Toutefois, le nombre d'emplois concernés est plus élevé dans le cadre des procédures amiables et préventives qu'en procédure collective.

Si les réformes récentes témoignent de la volonté du législateur de développer une culture de la négociation et ont conduit ainsi à ces chiffres encourageants, il est possible d'aller encore plus loin. D'un côté, la phase de détection pourrait être unifiée par la création d'un guichet unique au sein d'une autorité administrative afin d'améliorer la circulation de l'information économique de l'entreprise. D'un autre côté, serait également envisageable la mise en place d'un préalable de conciliation obligatoire avant l'ouverture d'un redressement judiciaire lorsque l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. En somme, il s'agirait d'épuiser les voies du dialogue entre le débiteur et ses créanciers avant que le juge n'impose sa solution.

Promouvoir un traitement négocié des difficultés ne s'inscrit pas dans une adhésion à la *doxa* néo-libérale, au terme de laquelle le traitement le plus efficace serait celui réalisé hors du tribunal, mais plutôt dans le sillage d'une tradition solidariste[2920]. La volonté de renforcer le traitement négocié des difficultés contribue en effet à retisser le lien social, au sein d'un droit mettant en confrontation des intérêts si divergents. Comme le rappelait Monsieur le professeur Tulkens, « *il s'agit moins de détourner la procédure que de l'améliorer ; il s'agit moins d'accélérer la justice que de la rendre* »[2921].

Au terme de cette étude, il apparaît que l'évolution du droit des entreprises en difficulté est heureuse car elle a conduit au renforcement d'un droit au service de l'entreprise en difficulté, et, peut-être, même à l'émergence d'un droit de la coopération économique.

2919 La Banque de France énonce 53 496 procédures collectives pour la fin du mois de septembre 2018 ; données disponible en ligne.

2920 En ce sens sur l'alternativité : L. Cadiet, *«* L'alternativité, entre mythe et réalité ? Observations conclusives *», in Les chimères de l'alternativité ? Regards croisés sur les Modes alternatifs de règlement des conflits*, ss. la dir. de S. Amrani-Mekki, G. Davy, S. Kerneis et M. Roccati, Mare & Martin, 2018, p. 245, spéc. p. 258.

2921 F. Tulkens, *La justice négociée*, Document de travail du département de criminologie et de droit pénal de l'Université catholique de Louvain, n° 37, 1995, p.26.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I. MANUELS, DICTIONNAIRES, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET TRAITÉS

A

ANCEL (P.), *Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004.

ARNAUD (A.-J.) (ss. la dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKES (E.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32e éd., 2018.

B

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, Domat Droit privé, 17e éd., 2018.

C

CADIET (L.) (dir.). *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10e éd., 2017.

CADIET (L.), NORMAND (J), AMRANI-MEKKI (S), *Théorie générale du procès*, PUF, 2e éd. 2013.

CALAIS-AULOY (J.) ET TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 9e éd., 2015.

COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, HyperCours, 6e éd. , 2017.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018.

D

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, Librairie Arthur Rousseau, t. 6, 1932.

DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, avec la collaboration d' A. Honorat, num. spéc., Dalloz-Sirey, 3e éd., 1991.

DERRIDA (F.), GODE (P.) SORTAIS (J.-P.), avec la collaboration de A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd. , 1991.

DESURVIRE (D.), *Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine*, l'Harmattan, 1993.

DICTIONNAIRE DE L'ACADEMIE FRANÇAISE, *Le trésor de la langue française informatisé*, disponible en ligne.

DUPOUY (C.), *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Paris, LGDJ, 1960.

F

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey*, 16e éd. , 2014.

G

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, par J.-P. Lévy (préf), F. Senn (éd.), Dalloz, 8e éd., 2003 (rééd. 1929).

GOHIN (O.), *Institutions administratives*, Paris, LGDJ, 7e éd., 2016.

GUETTIER (Ch.), *Institutions administratives*, Dalloz, 5e éd., 2010.

GUINCHARD (S.) et al., *Institutions juridictionnelles*, Précis Dalloz, 14e éd., 2017.

GUYON (Y.), *Droit des affaires. Entreprises en difficultés-Redressement judiciaire-Faillite*, t. II, Economica, 9e éd., 2003.

H

HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, Puf, 1986.

J

JACQUEMONT (A.), VABRES (R.) et MASTRULLO (Th.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 10e éd., 2017.

JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial, entreprises en difficulté*, Dalloz, Coll. Précis, 7e éd., 2007.

L

LE CANNU (P.), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M.) et SENECHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, GLN Joly éditions, 1994.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procéures collectives 2019/2020*, Dalloz Action, 10e éd., 2018.

LENOBLE (J.) et al., *La crise du juge*, LGDJ, 1990.

LIENHARD (A.) et PISONI (P.), *Code des procédures collectives commenté*, Dalloz, 16e éd., 2018.

LIENHARD (A.), *Sauvegarde des entreprises en difficulté : nouvelles pratiques issues de la réforme,* Dalloz, coll. DELMAS, 2e éd., 2007.

LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2e éd., 2018.

M

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E.), GROSSI (I.), MERLAND (L.) et VIGNAL (N.), *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 30e éd., 2018.

O

OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Droit éthique société, 1998.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Facultés univ. Saint-Louis, 2002.

P

PEROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10e éd., 2014.

PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 17e éd., 2018.

PESKINE (E.) et WOLMARK (C.), *Droit du travail 2019*, HyperCours, Dalloz, 12e éd., 2018.

PETEL (Ph.), *Procédures collectives*, Dalloz, Cours Dalloz, 9e éd., 2017.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris : F. Pichon, 1900.

R

REY (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

RIPERT (G.) ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1, 19e éd., 2009.

S

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Domat, 11e éd., 2018.

SALAS (D.), *Le tiers pouvoir : vers une autre justice*, Fayard, 2012.

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Pichon, 1901.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.) (ss. la dir.), *Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, commentaire article par article*, éd. Société de législation comparée, 2015.

SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives. Commentaires des textes. Formules*, Litec, 2e éd., 1995.

SZRAMKIEWICZ (R.) et DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2e éd., 2013.

T

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2018.

V

VIDAL (D.), *Droit de l'entreprise en difficulté*, Gualino, 3e éd., 2010.

VOINOT (D.), *Procédures collectives*, LGDJ Lextenso éditions, 2e éd., 2013.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

A

ABESSOLO (J.), *Les effets de la nullité des contrats administratifs : problème d'effectivité*, ss. la dir. de J.-C. Douence, Thèse, Pau, 1994.

ADELE (P.-A.), *Le droit du dispositif médical : entre gouvernement du corps et normes de gouvernance*, ss. la dir. de A. Lyon-Caen, Thèse, Paris, Nanterre.

ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

ANDRE (T.), *Le rôle du Ministère public dans les procédures collectives*, th., M. Jeantin (dir.), Paris X, ANRT Lille 3 (microéd.), 1991.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, V. 1, 2006.

B

BALEMAKEN (E.), *Le juge et le sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit OHADA et en droit français*, ss. la dir. de P. Crocq, Thèse, Paris II, 2013.

BALZAC (H.), *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*, *in La Comédie humaine*, Études de mœurs, scènes de la vie parisienne, t. II, Paris, 1844.

BARRET (E.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail*, ss. la dir. de C. Radé, Thèse Bordeaux IV, 2009.

BARRILLON (C.), *Le critère de la qualité d'associé*, préf. M.-L. Coquelet, PUAM, 2017.

BERLINER (H.), *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, ss. la dir. A. Pirovano, Thèse, Nice, 1990.

BESSY (C.), *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, Droit & Société, 2007.

BILLIER (J.-C.) et MARYOLI (A.), *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001.

BLOCH-LAINE (F.), *Pour une réforme de l'entreprise*, Le Seuil, 1963.

BLONDIAUX (L.), *Le Nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, La République des idées, Seuil, 2008.

BOUCHAUD (M-A.), *Commentaire sur la loi des douze tables*, t. 1, Imprimerie de la République, 2e éd., 1803.

BOULAD-AYOUB (J.) et BLANCHARD (F.), *Les grandes figures du monde moderne*, Les thèses de l'Université Laval, 2001.

BOURQUE (R.) et THUDEROZ (Ch.), *Sociologie de la négociation*, PUF Rennes, coll. « Didact Sociologie », 2011.

BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, PUAM, 2006.

BURGELIN (J.-F.) et LOMBARD (P.), *Procès de la Justice*, Plon, Paris, 2003.

C

CABON (S.-M.), *La négociation en matière pénale*, préf. V. Malabat, LGDJ, 2016.

CADIET (L.), *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997.

CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuel du droit des entreprises en difficulté*, préf. Th. Le Bars, LGDJ, 2002.

CANIVET (G.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et KLEIN (M.) (ss. la dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, Paris, 2005.

CAPOEN (A.-L.), *La responsabilité des banques à raison des concours apportés aux entreprises en difficulté*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Th. Dactyl. Toulouse, 2008.

CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Defrénois, 2e éd., 1995 (rééd. 2014).

CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, préf. J. Mestre, PUAM, 2002.

CHAMPAGNE (G.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges individuels du travail*, ss. la dir. de T. Clay, Thèse, Saint-Quentin-en-Yvelines, 2008.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, série Regards sur la justice, 2006.

CHAPUT (Y.), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986.

CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (ss. la dir.),

- *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007.
- *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008.

CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, préf. Th. Bonneau, Defrénois, 2003.

CIMAMONTI (S.), *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, ss. la dir. de P. Bonassies, Thèse, Aix-Marseille, 1990.

COHEN-TANUGI (L.), *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, préf. S. Hoffmann, PUF, Coll. Quadrige, 1992 (dernière éd. : 2016).

COLSON (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, préf. L. Cadiet, LGDJ, 2006.

COULON (J.-M.) et SOULEZ-LARIVIERE (D.), *La justice à l'épreuve*, éd. Odile Jacob, 2002.

COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-P. Haehl, LGDJ, 2013.

D

D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préf. G. Wiederkher, Bibl. de Droit privé, t. 236, LGDJ, 1994.

DAMMANN (R.) et SENECHAL (M.), *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Joly éd., 2018.

DIRRINGER (J.), *Les sources de la représentation collective des salariés*, préf. E. Dockès, LGDJ, 2015.

DOCKES (E.), *Valeurs de la démocratie – huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004.

DONNETTE-BOISSIERE (A.), *La contractualisation en droit du travail*, ss. la dir. de P.-H. Antonmattei, Thèse, Montpellier, 2010.

DUDIT (C.), *La contractualisation du droit de la famille*, ss. la dir. de R. Le Guidec, Thèse, Nantes, 2009.

E

ENGEL-CREACH (A.), *Les contrats judiciairement formés*, ss. la dir. de A. Bénabent, Économica, coll. Recherches juridiques, 2002.

F

FARJAT (G.),

- *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.
- *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil (éd. 1836),* Hachette, T. XV, 2014.

FERKANE (Y.), *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, préf. M.-A. Souriac, Dalloz, 2017.

FRANCO (O.), *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, préf. E. Claudel, LGDJ, 2016.

G

GARAUD (E.), *La transparence en matière commerciale*, ss. la dir. de D. Legeais, Thèse Limoges, 1995.

GARÇON (J.-P.), *Les interventions publiques dans les entreprises en difficulté*, ss. la dir. de E. Le Gall, Thèse, Nantes, 1983.

GAUDIN (J.-P.), *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 2e éd., 2007.

GERARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (ss. la dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publication des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996.

GHANDOUR (B.), *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018.

GIORGINI (G.-C.), *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale*, préf. D. Vidal, Dalloz, 2006.

GUENZOUI (Y.), *La notion d'accord en droit privé*, préf. Ch. Hannoun, LGDJ, 2009.

H

HABERMAS (J.), *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, coll. « Essais », tra*d.* Rochlitz (R.) et Bouchindhomme (C.), 1997.

HOBBES (Th.), *Léviathan* (1659), tra*d.* F. Tricaud, Sirey, 1971.

I

ITHURBIDE (R.), *Histoire critique des tribunaux de commerce*, LGDJ 1970.

J

JACQUEMIN (A.), REMICHE (B.), *Les magistratures économiques et la crise*, Coll. Crisp, Bruxelles, 1984.

JAULT-SESEKE (F.) et ROBINE (D.) (ss. la dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions?,* Joly-Lextenso, 2015.

JEANNEROT (Ph.), *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire*, ss. la dir. de Y. Guyon, Thèse, Paris, 1992.

JEULAND (E.), *La fable du ricochet. Approche juridique des liens de parole*, Mare & Martin, coll. Droit & science politique, 2009.

JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, PUAM, 2003.

L

LABBE (M.), *Le règlement amiable de la loi du 1er mars 1984*, thèse Paris, 1987.

LEBRUN (P.), *Le droit pénal du travail : effectivité ou ineffectivité ?*, ss. la dir. de A. Huet, Thèse, Strasbourg III, 1979.

LE GOFF (J.-P.), *La barbarie douce*, La découverte, 1999.

LEROY (Y.), *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, préf. C. Marraud, LGDJ, 2011.

LUCAS (F.-X.), *Le modèle juridique français, un obstacle au développement économique ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005.

LUCIANI-MIEN (D.), *L'effectivité des droits de la défense en procédure pénale*, Thèse, Paris II, Panthéon-Assas, 2006.

LYON-CAEN (A.) et URBAN (Q.) (ss. la dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006.

M

MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat* (Étude de droit comparé : France, Angleterre, URSS), Editions Matot-Braine, Reims, 1953.

De MANDEVILLE (B.), *La fable des abeilles* (1ère éd. 1714), trad. J. Bertrand, Paris, 2013.

MEKKI (M.*), L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

MELEDO-BRIAND (D.), *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, ss. la dir. de Saint-Alary-Houin, Thèse, Rennes I, 1992.

MONSERIE-BON (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994.

MONSERIE-BON (M.-H.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Prévention et traitement amiable des difficultés*, LGDJ, 2018.

MONTEILLET (V.), *La contractualisation du droit de l'environnement*, préf. A. Pélissier, Dalloz, Paris, 2017.

MULLER (Y.) , *Le contrat judiciaire en droit privé*, ss. la dir. de G. Viney, Thèse., Paris, 1995.

N

NEUVILLE (S.), *Le plan en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 1998.

P

PHILIP (L.) et FAVOREU (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 18e éd., 2016.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989.

PIROVANO (A.), *Changement social et droit négocié, De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Economica, 1988.

PORTA (J.), *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Tome I, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Fondation Varenne, 2007.

POUJADE (H.), *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, Thèse, Toulouse, 2014.

R

RENAUT (A.), *La fin de l'autorité*, Flammarion, 2004.

RIPERT (G.),

- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2e éd., 1948.
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2e éd., 1955.

RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, préf. C. Champaud, LGDJ, 2007.

ROBINE (D.), *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, préf. P. Le Cannu, LGDJ, 2003.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999.

ROUAST (A.), *Essai sur la notion juridique de contrat collectif en droit des obligations*, Thèse, Lyon, 1909.

ROUJOU DE BOUBEE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Paris, A. Hiard, 1836.

ROUSSEL GALLE (Ph.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté – De la théorie à la pratique*, Litec, coll. Carré Droit, 2e éd., 2007.

S

SACHS (T.), *La raison économique en droit du travail : contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, préf. G. Borenfreund, LGDJ, 2013.

SALHI (K.), *Contribution à une théorie générale des voies de recours*, ss. la dir. de Th. Le Bars, Thèse, Caen, 2004.

STAES (O.), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, ss. la dir. de J. Miguet, Th. Toulouse I, 1995.

STANKIEWICZ MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. Vers un rapprochement des droits ?*, ss. la dir. de J.-L. Vallens, Thèse, Strasbourg, 2011.

STRAUSS (L.) et CROPSEY (J.), *Histoire de la philosophie politique*, PUF, Léviathan, 1994.

SUPIOT (A.), *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2005.

SWEENEY (M.), *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, L'épilogue, Collection l'Unité du Droit, Volume V, 2016.

T

TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, préf. J. Larrieu, Economica, 2002.

THERON (J.), *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, ss. la dir. de C. Saint-Alary-Houin, LGDJ-Lextenso, 2008.

TIQUANT (O.) , *La contractualisation des procédures collectives*, ss. la dir. P. Le Cannu, Thèse Paris, 1999.

TOH (A.), *La prévention des difficultés des entreprises. Etude comparée de droit français et droit OHADA*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2017.

TRICOIT (J.-Ph.), *La médiation dans les relations de travail*, ss. la dir. de B. Bossu, thèse Lille; 2006.

TUNC (A.), *Le droit des États-Unis*, PUF, 5e éd., 1989.

TURLUTTE (E.), *Les objectifs du droit de la faillite en droit comparé : France, États-Unis, Angleterre, Espagne*, ss. la dir. de L. Vogel, Thèse, Paris II, 2014.

V

VALLENS (J.-L.), GIORGINI (C.G.), LUCAS (F.-X.) et FAUVARQUE-COSSON (B.), *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, Paris, éd. Société de législation comparée, 2015.

VALLENS (J.-L.), *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé. Pratique des affaires*, Joly éditions, 2011.

VARAUT (J.-M.),

- *Faut-il avoir peur des juges?*, Plon, 2000.
- *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, PUF, Coll. Libre échange, 1986.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préf. F. Terré, Paris : LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t. 156, 1978.

VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007.

Z

ZENNER (A.) et DAL (M.) (ss. la dir.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité des entreprises*, Larcier, 2012.

III. ARTICLES, ACTES DE COLLOQUE, CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS, ÉTUDES

A

ABITBOL (F.), LE GUERNEVE (L.) et VALLIOT (R.), « Les abandons de créances publiques : qui peut le plus, peut le moins », *Gaz. Pal.* 14 avril 2007, n° 104, p. 9.

ABITBOL (F.), CARBONI (C.-H.), FABRE (J.-P.), GUIGON (P.) et MENJUCQ (M.), « Responsabilité civile dans les missions amiables », *BJE* 01 nov. 2012, n° 06, p. 426.

ADOM (J.-K.), « Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *BMIS* 01 fév. 2003, n° 2, p. 113.

ALEXANDRE-CASELLI (C.), « Procédures de défaillance de prévention : données factuelles », *JCP E* 2005, n° 42, p. 1787.

ALLAIN (S.), « Le dispositif public du traitement des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 02 janv. 1994, n° 2, p. 16.

AMRANI-MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 5 juin 2008, n°157, p.8.

ANCEL (P.),

- « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. arb.* 1983, p. 255.
- « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1987, p. 127.

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ.* 1999, n° 4, p. 771.

ANSAULT (J.-J.),

- « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE* 01 mars 2017, n° 2, p. 148.
- « La négociation dans les relations sociétaires », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 33.

ARATO (M.), « Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens », Table ronde, *CDE* 2009, n° 5, p. 5.

ARMAND-PREVOST (M.),

- « La conciliation judiciaire. Solution ou prévention des litiges », *RJ com*, 1994, n° 9-10, p. 341.
- « Le juge-commissaire », *in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1995, p. 117.

AUBERT (F.), « Les finalités des procédures collectives », *in Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Mél. M. Jeantin, p. 367.

AUDIT (B.), « Fraude », *in* D. Alland et S. Rials (ss. la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2003, p. 755.

AUGE (G.), « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *APD* 1968, T. 13, p. 99.

AYDOGDU (R.), « La négociation, technique de sauvetage de l'entreprise en difficulté. L'éclairage du droit belge », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 58.

AYNES (L.), « Rapport introductif », *in Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009)*, *RDC* 2010, n° 1, p. 380.

B

BADILLET (J.), « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 7.

BADINTER (R.),

- « Le procureur et le consul », *RJC* 1981, n° 7-8, p. 245.
- « Les ambitions du législateur », *in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 3.

BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD. civ.* 1978, p. 42 et p. 233.

BARBARA (E.), « La négociation dans le nouvel environnement du droit du travail », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 41.

BARBIERI (J.-F.),

- « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », *in Mél. D. Schmidt. Liber amicorum*, éd. Joly Editions, 2005, p. 51.
- « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *LPA* 30 sept. 2008, n° 196, p. 6.

BARET (M.-A.), « Le comité des créanciers », *in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 22.

BARON (J.), « Restructurations d'entreprises : les aspects financiers », Table ronde, *CDE* 2015, n°2, p. 9.

BARTHEZ (A.-S.), « Crise économique et contrat : les remèdes », *in Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, *RDC* 2010, n° 1, p. 467.

BEBE EPALE GARCIA (A.), « Les plans face aux accords de subordination », *LPA*, 23 juill. 2012.

De BECHILLON (D.), « Est-il possible de négocier avec une administration ? », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 14.

BECKERS (M.), « La réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité », *RDT* 2017 p. 279.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les plans de sauvegarde et de continuation », *in À propos de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, La sauvegarde des entreprises*, Actes du Colloque organisé à l'Université de Toulouse le 23 septembre 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 363.

BELINGUIER (S.), « L'assurance santé entreprise : prévention et sauvegarde de l'entreprise en difficulté par la couverture des honoraires des "experts de crise" », *Gaz. Pal.* 22 janv. 2013, n° 22, p. 19, spéc. p. 20.

BELLOT (Th.), GREVET (J.-C.), HESS (E.) et TESTE (A.), « La confrontation du droit des entreprises en difficulté et du droit des sociétés. Qui sont les principaux bénéficiaires : les associés, les dirigeants ou les investisseurs ? », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 5, p. 55.

De BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises », *JCP E* 1995, n° 40, p. 386.

BESSE (A.) et MORELLI (N.), « Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde *», JCP E* 18 juin 2009, n° 25, 1628, p. 28.

BEZARD (P.),

- « Le nouveau visage du juge économique et financier », *in Droit et vie des affaires*, Mél. A. Sayag, Creda, Litec, 1997, p. 147.
- « Rapport de clôture », *in Les tribunaux de commerce. Quelles réformes ?*, Actes du colloque organisé à Paris le 22 octobre 1998, *RJ com.* 1998, n° spéc., n° 12, p. 59.

BIENVENU (S.) et OUTIN-ADAM (A.), « Projet de loi de sauvegarde des entreprises – Réaction de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) », *JCP E* 2004, n° 38, p. 1409.

BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction… », *in Les notions juridiques*, ss. la dir. de G. Tusseau, Paris, Economica, 2009, p. 38.

BISSARA (Ph.), « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins de l'entreprise et les aléas des solutions », *Rev. Sociétés* 1990, n° 104, p. 553.

BLATRIX (C.), « Vers une "démocratie participative" ? Le cas de l'enquête publique », *in La gouvernabilité*, PUF, 1996, p. 299.

BLIESENER (D.), « Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens », Table ronde, *CDE* 2009, n° 5, p. 56

BLINDAUER (R.), « Les salariés dans les procédures collectives, plutôt spectateurs qu'acteurs. Observations d'un avocat en droit social », *in Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, ss. la dir.de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 49.

BOIRON (J-F.), « Le 'prince' chez les 'marchands' », *Gaz. Pal.* 1982, I, doctr., p. 251.

BOLARD (G.),

- « Administration provisoire et mandataire *ad hoc* : du fait au droit », *JCP G* 1995, I, 3882, p. 439.
- « Rapport de synthèse », *in Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales*, Journée nationale d'études organisée par le C.R.A.J.E.F.E, Nice, 25 avril 1998, *LPA* 28 oct. 1998, n° 129, p. 65.
- « Synthèse : constats et perspectives », *in Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, Colloque de Deauville organisé les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, Gaz. Pal. 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 112.

BONAN (F.), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 99.

BONNEAU (Th.),

- « Les salariés et les opérations sociétaires : le droit d'information et de critique », *RJDA* 1996, n° 7, p. 625.
- « Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières », *RDBF* nov. 2014, n° 6, p. 77.

BORGA (N.), « La conciliation, une procédure collective comme les autres ? », *BJE* 01 mai 2018, n° 3, p. 115.

BOUGHIDA (S.) et LOMBARD (P.), « Réforme de la sauvegarde : le nouveau dispositif sera-t-il plus efficace ? », *JCP E* 2009, 1380, n° 15, p. 32.

BOURBOULOUX (H.) et COUTURIER (G.), « La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise », *BJE* 01 mars 2011, n° 1, p. 48.

BOURBOULOUX (H.),

- « La sauvegarde financière est une procédure non agressive », *Option Droit et Affaires*, 6 oct. 2010, n° 47, p. 3.
- « La sauvegarde financière accélérée », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, p. 73.
- « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE* 01 mai 2012, n° 3, p. 183.
- « Éclairage - Les chiffres trompeurs : halte aux idées reçues ! La boîte à outils du Livre VI est performante », *BJE* 01 juillet 2012, n° 4, p. 206.

BOURGNINAUD (V.), « Chapitre VI : Du plan de sauvegarde. Section III : Des comités de créanciers », *in La loi de sauvegarde article par article*, ss la dir. de F.-X. Lucas et H. Lécuyer, *LPA* 8 fév. 2006, n° 28, p. 85.

BOURU (O), « Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté », Table ronde, Rev. proc. coll. 2014, n° 3, p. 55.

BOWERS (J.W.), « La faillite en droit américain », *in Droit des États-Unis*, ss. la dir. de A. Levasseur, Précis Dalloz, 2e éd. , 1994, p. 297.

BOY (L.), « Les formes du traitement juridictionnel du contentieux économique », *in Changement social et droit négocié*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 27.

BREMOND (G.) et SCHOLASTIQUE (E.), « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E* 2006, n° 10, p. 466.

BRIGNON (B.) et CERATI-GAUTHIER (A.), « Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 39, p. 2248.

BRUNET (A.) et GERMAIN (M.), « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes » : *Rev. Sociétés,* 1985, p. 1.

BRUNET (B.), « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif, Mél. R. Roblo*t, 1984, p. 471.

BUREAU (D.), « La réglementation de l'économie », *Arch. Phil. Droit*, 1997, n° 41, p. 317.

BUY (F.) et THERON (J.), « L'éthique de l'entreprise », *JCP E* 2013, n° 25, p. 1359.

C

CABRILLAC (M.),

- « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », *in Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 109.
- « Le rôle du Juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », *in Travaux de l'association Henri CAPITANT, Le rôle du Juge en présence de problèmes économiques*, Dalloz, 1997, p. 152.

CADIET (L.),

- « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mél. C. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 123.
- « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices* 1998, n° 9, p. 87.

CAGNOLI (P.), « Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Lettre Act. proc. coll.* 2016, n° 267.

CALENDINI (J.-M.),

- « La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises », *LPA* 01 sept. 1984, n° 109, p. 24.
- « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 51.

CAMBIER (C.), « Avant-propos » *in L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, Actes des XIe Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, 1984, p. 13.

CAMBON (B.), GOUBARD (P.) et LEGRAND (V.), « Le traitement des difficultés, un outil de rebond du débiteur », *Rev. proc. coll.* 2017, n° 4, p. 50.

CAMPANA (M.-J.) et TEBOUL (G.), « Les aides d'État aux entreprises en difficulté », *LPA* 21 nov. 2003, n° 233, p. 5.

CAMPANA (M.-J.), « Le projet de réforme des procédures collectives », *D.* 1977, chron. p. 273.

CANET (P.), « Le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 65.

CANIVET (G.),

- « La formation du juge à l'économie », *in Le juge de l'économie*, Colloque de la Baule les 8 et 9 juin 2002, *RJ com.* 2002, n° spéc., n° 11, p. 63
- « Rapport de synthèse », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 55.

CARAMALLI (D.), « Droit des entreprises en difficulté : quelques suggestions d'amélioration », *D.* 2013, p. 2417 ; P.-M. Le Corre, « En avant, pour une nouvelle réforme de la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 09 déc. 2013, n° 245, p. 3.

CARBONNIER (J.), « Propos introductifs » in colloque de Deauville sur la transparence, *RJ com.* 1993, p. 9.

CARON (Ch.), « La discrète omniprésence des accords de coexistence en droit des marques », *JCP G* 2013, n° 5, p. 198.

CATALA (P.), « À propos de l'ordre public », *in Le juge entre deux millénaires,* Mél. P. Drai, Dalloz, 2000, p. 511.

CAUSSAIN (J.-J.), « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », *in* Mél. Mercadal, Francis Lefebvre 2002, p. 303.

CAYROL (N.), « La part de la négociation dans le règlement des différends commerciaux », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 48.

CERATI-GAUTHIER (A.), « L'associé dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Sociétés* 2006, n° 2, p. 305.

CERATI-GAUTHIER (A.), « La promotion de la "reprise interne" dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *JCP E* 2014, n° 36, p. 29.

CERVEAU (B.), « Les assureurs face au contentieux : un remarquable exemple de déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 29 avril 2014, n°119, p. 7.

CHAMPAUD (C.),

- « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, p. 215.
- « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé », *RJC* 1976, p. 253.
- « L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies », *in Justice et économie*, *Justices* 1995, n° 1, p. 61.

CHANIAL (Ph.), « Renouer les fils de l'alliance, Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat », *in La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogue de l'Université de Lille II, Dalloz, Paris, 2003.

CHAPUT (Y.),

- « Le règlement amiable. À propos de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 et du décret n° 85-295 du 1er mars 1985 », *JCP G* 1985, II, 14455.
- « La sauvegarde des entreprises en difficulté », *JCP G* 2005, n° 30, act. 428, p. 1431.
- « Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives », *JCP G* 2005, n° 46, p. 2097.
- « Les juges des défaillances financières des entreprises dans l'Union européenne » *Droit et actualité*, *Études offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 107.

- « Quelques clés réglementaires du Code de sauvegarde. A propos du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005. », *JCP G* 2006, I, 130.
- « Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (De la « chronojuridicité ») », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 411.
- « Ordonnance du 12 mars 2014 – Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace, plus équilibré ? Propos conclusifs », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, *Rev, proc. coll.* 2014, n° 4, p. 85.
- « L'ordonnance du 12 mars 2014, réforme ou révolution ? (La mue de la cigale d'or) », *Gaz. Pal.* 3 janv. 2015, n° 3, p. 36.

CHARTIER (Y.),

- « L'évolution de l'engagement des associés », *Rev. Sociétés* 1980, p. 3.
- « Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives », *in Les autorités publiques et l'entreprise privée*, Actes du colloque organisé à Deauville les 5 et 6 juin 1982, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 120.

CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.),

- « Présentation », *in Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 11.
- « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », *in La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2008, p. 3.

CHATAIN (P.) et FERRIERE (F.), « Le nouveau régime de surendettement des particuliers après la loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *D.* 1999, n° 27, p. 287

CHEVALLIER (J.),

- « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *in* Mél. Stassinopoulos, 1974, p. 275.
- « Vers un droit post-moderne ? », *in Les transformations de la régulation juridique*, ss. la dir. J. Clam et G. Martin, LGDJ, coll. Droit et société, Recherches et travaux en réseau européen droit et société, maison des Sciences de l'Homme, n° 5, 1998, p. 21.
- V) « Autorités administratives indépendantes », *in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, Puf, 2004, p. 94.

CHIAVARIO (M.), « La justice négociée : une problématique à construire », *Arch. pol. crim.*, 1993, n° 15, p. 27.

CHICCARELLI (S.F.) et PEREZ (L.E.), « Le droit américain de la faillite », *in Pratique du droit des affaires aux États-Unis*, ss. la dir. de R.H Folsom et A. Levasseur, Précis Dalloz, 1995, p. 321.

CHRIQUI (H.), « Prévention des difficultés des entreprises : peut-on aller plus loin ? », *Gaz. Pal.* 18 mai 2004, n° 139, p. 2.

CHVIKA (E.), « Le "prepackaged bankruptcy" : alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives », *Rev. droit aff. Univ. Panthéon-Assas*, 2004, n° 2, p. 29.

CIMAMONTI (V.M), « Le rôle du Parquet », *in La prévention des difficultés des entreprises –Analyses des pratiques juridiques*, Actes du colloque organisé à l'Université Aix-Marseille III les 25 et 26 mars 2004, PUAM, 2004, p. 135.

CLAY (T.), V°. « Imperium », *in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, Puf, 2004, p. 610.

COCHETEUX (P.), « Remises de dettes consenties par les créanciers publics en faveur des entreprises en difficulté », *LPA* 21 décembre 2007, n° 255, p. 8.

COLSON (R.) et POITTEVIN (J.-M.), « La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail », *RDT* 2012, p. 80.

COQUELET (M.-L.),

- « Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective », *in Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives*, Actes du colloque organisé à l'Université de Caen le 15 octobre 2010, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, p. 77.
- « Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? » *in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance?*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Nanterre le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 84.

COUDERT (J.-L.), « Dans les procédures collectives, l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité ? », *LPA* 26 août 1992, n° 130, p. 12.

COURET (A.), « La réforme des procédures collectives : propos conclusifs », *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 49.

COURTHEOUX (J.-P.), « Les secrets économiques », *Revue économique*, 1958, p. 547.

COURTIER (R.) et LAURENT (N.), « Analyse de l'opération Autodistribution : premier "pré-pack" à la française », *in Entreprises en difficulté : pratiques innovantes – Aspects de droit interne et international*, *CDE* 2009, n° 5, p. 26.

COUTURIER (G.), « Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté », *BMIS* 01 juill. 2010, n° 7, p. 683.

CREMIEUX (M.), « Le secret des affaires » *in L'information en droit privé*, ss. la dir. de Y. Loussouarn et P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 457.

CREUX-THOMAS (F.), « La médiation : opportunité ou « gadget » ? », *JCP G* 2009, n°51, p. 558.

CROCQ (P.),

- « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés », *Dr. et patr.* janv. 2005, n° 133, p. 43.
- « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, n° 19, p. 1306.

CROZE (H.), « Loi de sauvegarde des entreprises (II), Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation », *Procédures* 2005, n°11, p. 6.

D

DAIGRE (J.-J.), « Le rôle du tribunal de commerce, bilan d'une enquête », *in La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application*, *JCP E* 1987, II, 15066, p. 625.

DALMASSO (R.), « La rupture conventionnelle collective : une chimère ? », *Dr. ouvrier* 2017, n° 832, p. 649.

DAMMANN (R.),

- « La future procédure de conciliation, pierre angulaire du projet de loi de sauvegarde des entreprises », *Bull. d'actualité Lamy droit commercial*, juill. 2005, n° 179, p. 1.
- « Paris : une opportunité à saisir pour devenir l'acteur majeur de la restructuration en Europe », *BJE* 01 mars 2017, n° 2, p. 81.

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.),

- « L'affaire *Eurotunnel* : première application du règlement CE n° 1346/2000 à la procédure de sauvegarde » *D.* 2006, n° 33, p. 2329.
- « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, 2094, n° 47, p. 36.
- « La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficultés », *BMIS* 01 déc. 2009, n° 12, p. 1129.
- « Sauvegarde financière, le "prepack" à la française », *D.* 2010, n° 37, p. 2504.
- « Sauvegarde financière express : vers une consécration législative du « prepack à la française » ? », *D.* 2010, p. 2005.
- « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014, n° 12, p. 752.
- « Loi *Macron* : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE* 01 janv. 2015, n° 1, p. 1.

DAMMANN (R.) et BOCHE-ROBINET (M.),

- « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », *in La loi de sauvegarde à l'épreuve des sociétés*, *BMIS* 01 déc. 2009, n° 12, p. 1116.
- « Le plan "imposé" : les leçons du dossier Cœur Défense », *D.* 2013, n° 43, p. 2895.
- « Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe », *D.* 2017, n° 22, p. 1264

DAMMANN (R.) et PAULUS (Ch.), « Le debt-to-equity swap dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives », *LPA* 30 mars 2018, n° 65, p. 21.

DAMMANN (R.) et SCHNEIDER (S.), « La sauvegarde financière accélérée-analyse et perspectives d'avenir », *D.* 2011, n° 21, p. 1429.

DAMMANN (R.), MENJUCQ (M.) et ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2015, n°1, p. 10.

DAVYDENKO (S.-A.) et FRANKS (J.-R.), « Do Bankruptcy Codes Matter ? A Study of Defaults in France, Germany and the UK », Journal of Finance, 2008, Vol. 63, n° 2, p. 565.

DE BELVAL (B.), « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* 6-8 mai 2012, n° 129, p. 11

DE GUILLENCHMIDT (J.), « Le règlement amiable et le redressement judiciaire de l'exploitation agricole », *Gaz. Pal.*, 1989, n° 5-6, p. 567.

DEGENHARDT (J.), « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? », *BJE* 01 mars 2017, n° 02, p. 153.

DEHARVENG J., « Philosophie de la réforme des procédures collectives et présentation du nouveau cadre juridique », *Lamy Droit commercial* 2005.

DEL SOL (M.) et LEFRANC-HAMONIAUX (C.), « La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants », *JCP S* 2008, n° 52, 1666. p. 16.

DELATTRE (Ch.),

- « Prévention : amélioration de la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, p. 37.
- « La prévention peut-elle être un alibi pour parer à toute sanction ? », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 25, comm. 144.
- « La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 4, p. 18.
- « L'entretien de prévention de l'article L. 611-2, alinéa 1er, n'est pas un entretien de simple courtoisie car les enjeux sont importants », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 6, p. 23.
- « Le pouvoir d'investigation du président du tribunal de commerce en matière d'alerte et de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 24.
- « La justice consulaire face à l'impartialité », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 13.
- « Le cadre d'intervention du commissaire au redressement productif dans les entreprises en difficulté », *BJE* 01 mars 2014, n° 2, p. 130.
- « Le rétablissement professionnel : premiers retours jurisprudentiels », *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 182.

DELESALLE (P.-M.), « La fonction arbitrale du juge-commissaire », *Rev. proc. coll.* 1986, n°1, p. 59.

DELMOTTE (Ph.), « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », *in Rapport de la Cour de cassation pour 2003. L'égalité*, La Documentation française, 2004, p. 106.

DELPECH (X.), « Un cadre juridique pour la médiation du crédit », *D.* 2009, n° 29, p. 1948.

DEMAILLE (F.), « Les nouvelles possibilités de participer au retournement des entreprises en difficulté ouvertes aux créanciers publics par le décret du 5 février 2007 », *CDE* 2007, n° 2, p. 35.

DEMEYERE (D.),

- « Les enjeux de la cession de l'entreprise en difficulté », *LPA* 30 mai 2012, n° 108, p. 39.
- « Précisions sur les conditions de mise en ouevre de la responsabilité du créancier dans le cadre de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 4, p. 23.
- « Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actifs des dirigeants sociaux », *Gaz. Pal.* 05 avril 2013, n° 95, p. 13.

DERRIDA (F.),

- « Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire », *in Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 1011.
- « La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation des entreprises », *D.* 1989, p. 77.
- « Règlement amiable : le Trésor est soumis aux délais de l'article 1244-1 du code civil », *D.* 1997, n° 2, p. 28.

DESURVIRE (D.), « Banqueroute et faillite, de l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA* 1991, n° 104, p. 12.

DIDIER (Ph.),

- « Les conventions de vote », *Mél. J. Foyer*, PUF, 1997, p. 342.
- « Le droit commercial au tournant du siècle », *in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 478.

DIESBECQ (A.), « La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 21-22 janv. 2009, n° 22, p. 3.

DISSAUX (N.), « Renégocier le contrat en cours d'exécution : les apports du nouveau droit des contrats », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 24.

DOCKES (E.), « Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social », *Droit et Cultures*, n°65, 2013, p. 101.

DOMENGET-MOUIN (C.), « Nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité : un difficile équilibre entre la recherche d'efficacité et la sécurité juridique », *JCP G* 2015, n° 7, p. 332.

DONNETTE (A.), « Droit des entreprises en difficulté et droit du travail : tentative de clarifications », *in Prévention et procédures collectives : nouvelles réforme!*, *BJE* 01 mai 2014, n° 03, p. 203.

DONNETTE-BOISSIERE (A.), « Le droit d'alerte du comité d'entreprise », *in Entreprise en difficulté et relations de travail*, *Les Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 01 sept. 2015, n° 277, p. 455.

DOUAOUI (M.), « A propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 08 janv. 2007, n° 6, p. 4.

DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.),

- « Le *prepack* cession dans les procédures collectives », *RLDA*, juin 2014, n° 94, p. 69.
- « Le tribunal qui arrête un plan de sauvegarde écartant la subordination peut-il condamner les juniors à verser des dommages-intérêts aux seniors ? », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 34.

DOUHAIRE (E.), « Les aspects pratiques de la conciliation – le rôle du conciliateur dans les négociations », *RJ com* 2008, n° 1, p. 21.

DRAI (P.), « Le monde des affaires et ses juges », *RJ. com.* 1990, n° 9-10, p. 329.

DRUMMEN (J-B.),

- « Les critères de solution du tribunal-Coercition ou persuasion », *in Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires*, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 84.
- « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires », Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 54.
- « L'intervention du juge de la prévention : conflits et autres difficultés », *in Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires*, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n°178, p. 54.
- « La détection précoce des difficultés des entreprises (table ronde) », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 49.
- « La rémunération des mandataires *ad hoc* et des conciliateurs », *BJS* 2011, n° 4, p. 283
- « L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions à l'égard des entreprises en difficulté », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 65.

DU PONTAVICE (E.), « Le droit des sociétés commerciales en question », *RJ com.* 1989, p. 241.

DUBOIS (PH.), « La sauvegarde financière accélérée », Table ronde organisée le 30 mars 2011, *Rev. proc. coll.* 2011, n° 3, p. 73 ;

DUFOUR (O.),

- « Juges consulaires : le ton monte », *LPA* 14 juin 1999, n° 117, p. 4.
- « Le tribunal de commerce de Paris parie sur la conciliation », *LPA* 3 févr. 2009, p. 4.

DUPICHOT (Ph.), MERLY (E.), SENECHAL (M.) et KOPF (F.), « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *in Les AJMJ à l'heure des réformes*, 17e Congrès annuel du CNAJMJ, La Colle-sur-Loup, le 9-10 juin 2016, *BJE* 01 sept. 2016, n° 05, p. 352.

E

EDELMAN (B.), « La déjuridicisation du fait de la loi, regards un peu sombres sur les lois Auroux », *Dr. social* 1984, p. 290.

EHRET (P.),

- « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, p. 59.
- « L'adaptation du droit français des entreprises en difficulté au droit européen de l'insolvabilité et de la restructuration », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2018, n° 3, p. 89.

ERNST DEGENHARDT (J.),

- « La "hiérarchie du bec" toujours renversée en procédure collective ? », *in Loi Macron et procédure collective : réactions et perspectives*, *BJE* 01 nov. 2015, n° 6, p. 432.
- « Sauvegarde accélérée en cessation des paiements : des faveurs injustifiées pour les garants personnes physiques? », *BJE* 01 janv. 2015, n°1, p. 60.

F

FABBRINI (M.),

- « Le droit italien face au crash d'Alitalia », *RLDA* 01 oct. 2009, n° 42, p. 77.
- « Le nouveau droit italien des procédures collectives », *BJE* 01 sept. 2013, n° 5, p. 311.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'ordre public »,*in 1804-2004. Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, contributions réunies par Y. Lequette et L. Leveneur, Dalloz, 2004, p. 473.

FAVARIO (Th.),

- « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 4, p. 23
- « L'extension du domaine de l'alerte », *in Prévention et procédures collectives : nouvelle réforme !*, *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 172.

FERNANDEZ TORRES (I.) et MONSERIE-BON (M.-H.), « Le financement des entreprises en difficulté : le privilège de la *fresh money* – Regards croisés : France/Espagne », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 4, p. 35.

FERRIERE (F.), « Nature juridique des commissions de surendettement », *D.* 2006, n° 36, p. 2531.

FIN-LANGER (L.) et GAILHBAUD (Ch.), « Les représentants du personnel et les plans », *in Les plans dans le livre VI du Code de commerce*, Actes du colloque organisé à l'Université de Caen le 10 avril 2015, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 92.

FIN-LANGER (L.) et JACOTOT (D.), « Les salariés, acteurs de la reprise d'entreprise en difficulté », in *La reprise d'entreprises en difficulté*, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, p. 58.

FIN-LANGER (L.),

- « La loi 'Justice 21' et le droit social des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2017, n° 3, p. 54.
- « L'adaptation du droit du travail au droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2018, n° 1, p. 100.

FOUCHARD (Ph.), « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.* 1998, n° 3, p. 471.

FRAIMOUT (J.-J.), « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *in 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 51.

FRAISSINIER-AMIOT (V.), « La participation des salariés à la gestion de l'entreprise : mythe ou réalité ? », *LPA* 16 mai 2008, n° 99, p. 6.

FRICERO (N.),

- « La procédure civile dans les procédures collectives : entre clarification et bouleversement… », *Gaz. Pal.* 07 mars 2009, n° 66, p. 16.
- « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement…», *in Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 145.
- « Redressement judiciaire : l'exigence d'impartialité interdit la saisine d'office, Cons. const. Déc. n° 2012-286 QPC 7 déc. 2012 », *JCP E* 2013, n° 4, 1048, p. 22.

FRISON ROCHE (M.-A.),

- « La cohérence juridique de la loi du 10 juin 1994 », *in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, ss. la dir. de M.-A. Frison-Roche, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1995, p. 23.
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, n° 3, p. 573.
- « Le caractère collectif des procédures collectives », *Rev. Jur. Com.* 1996, p. 293.
- « L'impartialité du juge », *D.* 1999, p. 53.
- « Les entreprises "cruciales" et leur régulation », *in L'entreprise dans un monde sans frontières, Perspectives économiques et juridiques*, ss. la dir. de A. Supiot, Dalloz, 2015, p. 253.

G

G'SELL-MACREZ (F.), « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit », *D.* 2010, p. 2450.

GABORIAU(S.), « Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la "juridiversité" », *LPA* 14 juin 2012, n°119, p. 3.

GAILHBAUD (Ch.), « Ouverture du mandat *ad hoc* et de la conciliation : faut-il associer les salariés ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 93.

GASTAUD (J.-P.), « La nature juridique du plan arrêté judiciairement », *in Problèmes d'exécution des plans de redressement*, Actes du colloque organisé à l'Université de Sophia-Antipolis, le 27 mars 1993, *LPA* 16 juin 1993, n° 72, p. 13.

GAURIAU (B.), « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. soc.* 2018, n° 6, p. 504.

GAVALDA (C.), « Le secret des affaires » *in Mélanges J. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 291.

GAVALDA (Ch.) et MENEZ (J.), « Le règlement amiable des difficultés des entreprises, *JCP G* 1985, I, 3196, p. 25.

GENESTOUX (A.), « Le devoir des associés face à l'équilibre des pouvoirs dans les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 5, p. 3.

GENTIN (F.),

- « Tribunaux de commerce : le renforcement du parquet, une alternative au projet d'échevinage ? », par O. Dufour, *LPA* 14 fév. 2013, n° 33, p. 4.
- « Encadrer les entreprises », *Les Annonces de la Seine*, 24 janv. 2014, n° 6, p. 2.

GERMAIN (M.), « La SAS libérée », *JCP G* 1999, n° 38, p. 1657.

GHALIMI (N.), « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA* 19 déc. 2014, n° 253, p. 4.

GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in Les notions à contenu variable en droit*, ss. la dir. de C. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 77.

GIORGINI (G.C.), « La place de la négociation dans la faillite internationale », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 83

GJIDARA-DECAIX (S.), « Respect du principe du contradictoire – Relevé d'office d'une fin de non-recevoir », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 4, p. 34.

GORINS (CH.),

- « Le protocole de conciliation : un contrat judiciaire », *LPA* 23 déc. 2014, n° 255, p. 6.
- « Evolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective », *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 185.

GORRIAS (S.), « L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions à l'égard des entreprises en difficulté », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 65

GOUËZIGOUX (A.), « Le règlement amiable judiciaire », *RD rur.* 1994, n° 220, p. 67

GOURDAIN (P.),

- « Remise des créances publiques : le frein de l'article R. 626-13 du code de commerce », *D.* 2007, n° 36, p. 2546.
- « La consultation des créanciers obligataires dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité », *Rev. Sociétés* 2008, n° 1, p. 25.

GRELON (B.), « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Rev. Sociétés* 2011, p. 7.

GUYON (Y.),

- « Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés », *Dr. soc.* 1985, n° 4, p. 267.

- « Le rôle des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *in Les transformations du droit du travail*, *Mél. G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 452.
- « Présentation générale de la SAS », *Rev. Sociétés* 1994, n° 2, p. 207.
- « La transparence dans les procédures collectives », *LPA* 21 avril 1999, n° 79, p. 8.
- « Le réalisme de la loi du 25 janv. 1985 sur les procédures collectives », *in Le juge et le droit de l'économie*, *Mél. P. Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 311.

H

HAEHL (J.-P.),

- « Vers l'élaboration d'un droit économique des entreprises en difficulté : bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 septembre 1967 », *RJC*, 1979, p. 2.
- « La consécration du droit d'alerte du président du tribunal de commerce », *LPA* 30 sept. 1994, n° 117, p. 13.
- « La réforme du droit des entreprises en difficulté : les principales innovations du décret du 21 octobre 1994 - Rapport de synthèse », *LPA* 14 juin 1995, n° 71, p. 39.

HANNOUN (Ch.), « Les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », *in Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, ss. la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 23.

HARAVON (M.), « Doing Business 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ? », *D.* 2009, n° 4, p. 244.

HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ., Dalloz*, juin 2016, spéc. n°1, p. 3.

HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 114.

HENDERICKX (A.), VAN DER GRACHT (E.) et SAUSSEZ (A.), « Les différents mandats de justice visés par la loi relative à la continuité des entreprises », *in Loi sur la continuité des entreprises en pratique : regards croisés, ajustements et bilan*, ss. la dir. de P. Libiez et L. Bermond, Larcier, 2014, p. 116.

HENRY (L.-C.),

- « Le nouveau règlement « insolvabilité » : entre continuité et innovations », *D.* 2015, n° 17, p. 979.
- « La sauvegarde financière accélérée ou les leçons de la pratique », *LPA* 22 nov. 2016, n° 232, p. 4.

HEYMANN (J.), « Le nouveau règlement relatif aux procédures d'insolvabilité : le changement dans la continuité », *Europe*, déc. 2015, n° 12, étude n°9.

HOANG (P.), « L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2012, p. 2034.

HOHLOCH (G.), « L'échevinage de la justice commerciale en Allemagne », *in Échevinage et justice économique*, Actes du Colloque organisé à Strasbourg le 10 oct. 2008, *RLDA*. sept. 2010, n° 52, p. 86.

HONERT (A.) et FIORINI (C.), « Le droit italien de l'insolvabilité – Évolution et perspectives », *in Insolvabilité et restructuration en Allemagne – Annuaire 2017*, Schultze&Braun, p. 33, disponible en ligne

HONORAT (J.), « La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », *LPA* 19 août 1996, n° 100, p. 4.

HOUIN (R.)

- « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *in Liber americorum*, Mél. Baron Louis Frédéricq, 1965, p. 609.
- « Rapport de synthèse au colloque de Toulouse », *in Le nouveau droit des entreprises en difficulté (Lois du 25 janvier 1985 et décrets d'application)*, Actes du colloque organisé par l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, les 6, 7 et 8 février 1986, *Ann. Université des sciences sociales de Toulouse*, 1986, t. 34, p. 351.

HOUIN-BRESSAND (C.), « Cautions, garants et coobligés », *in Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse les 17 et 18 janvier 2008, Rev. proc. coll. 2008, n° 2, p. 112.

HOULETTE (E.), « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E* 20 oct. 2005, n° 42, p.1514.

I

IDOUX (P.), « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », *in Contrats publics*, Mél. M. Guibal, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, t. 2, 2006, p. 547.

INACIO (E.) et MAILLY (M.), « Ouverture : Étude de droit comparé du statut de syndic dans les 27 États membres de l'Union européenne », *in Quelles convergences dans le traitement des difficultés des entreprises ?*, *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 49.

INGALL-MONTAGNIER (Ph.), « Prévenir, sanctionner, réparer. – Le ministère du public à la croisée des missions », *CDE* 2015, n° 5, p. 26.

J

JACOBS (A.), « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », *RIDP* 2012, p. 44.

JACOTOT (D.), « Droit social et droit des entreprises en difficulté. Les créances salariales : un traitement particulier et protecteur », *in Entreprises en difficulté*, ss. la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, Droit 360°, 2012, p. 501.

JACQUEMIN (A.) et REMICHE (B.), « Le pouvoir judiciaire entre l'opportunité et la légalité », *in Les magistratures économiques et la crise*, coll. CRISP, ss la dir. de A. Jacquemin et B. Remiche, Publ. CRISP, Bruxelles, 1984, p. 11.

JACQUEMONT (A.), « La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers », *Rev. proc. coll.* 2004, n°11, p. 290.

JACQUET (N.), « Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan ? », *Gaz. Pal* 06 mars 2010, n° 65, p. 11.

JADAUD (B.), « Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire *ad hoc* », *in Prospectives du droit économique*, Mél. M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 411.

JAMIN (Ch.),

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Le contrat au début du XXIe siècle*, Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.
- « Propos introductifs », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 4.

JARRASSON (Ch.), « La médiation et la conciliation : essai de présentation », *in Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit*, *Dr. et patr*, déc. 1999, n° 77, p. 36.

JAULT-SESEKE (F.) et ROBINE (D.),

- « Procédure de sauvegarde transfrontalière », *BMIS* 01 janv. 2007, n° 1, p. 37.
- « Affaire *Eurotunnel* : nouvel épisode », *BMIS* 01 avril 2007, n° 4, p. 459.

JAZOTTES (G.), « La mise en place d'une 'nouvelle' procédure de sauvegarde accélérée et le maintien de la sauvegarde financière accélérée », *in Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, Actes du colloque du 10 octobre 2014 à la Faculté de droit de Besançon, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 3, p. 9, spéc. p. 11.

JEAMMAUD (A.) et SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *D.* 1992, n° 34, p. 263.

JEAMMAUD (A.), « Le concept d'effectivité du droit », *in L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, ss. la dir. de P. Auvergon, Presses Universitaires de Bordeaux, Droit, p. 33.

JEANTIN (M.),

- « La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », *Dr. soc.* 1984, p. 599.
- « Le plan de redressement », *in* Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse les 6, 7 et 8 fév. 1986, *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1986, p. 255.
- « Les conventions de vote », *in La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, *RJ com.*, n° spéc. nov. 1990, p. 124.

K

KARYDIS (G.), « Le principe de l'opérateur économique privé, critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87§1 du Traité CE », *RTD eur.* 2003, n° 3, p. 389.

KEIM-BAGOT (M.), « Le salarié coopérateur : le modèle de la SCOP », *D.* 2014, n° 6, p. 523.

KERBOUC'H (J.-Y.), « Représentants du personnel. La refonte des institutions représentatives du personnel (ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017) », *JCP S* 2017, n° 40, p. 17.

KERCKHOVE (E.), « Prévention et traitement des difficultés des exploitations agricoles, Réflexions sur la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 », *Rev. proc. coll.* 1989, p. 113.

KLING (D.), « Les médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation », *in* étude du Conseil d'État, *Les développements de la médiation*, La documentation française, 2012, p. 7.

KOHARI (Y.), « Le droit de la faillite français et le Japon », *in Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007, Les actes des colloques*, Dalloz, 2008, p. 723.

KUNTZ (J.-E.), « Titre Ier : De la prévention des difficultés des entreprises », *in La loi de sauvegarde article par article*, ss. la dir. de F.-X. Lucas et H. Lécuyer, *LPA* 8 fév. 2006, n° spéc., n° 28, p. 5.

KUNTZ (J.-E.) et GOTZORIDES (C.), « Transaction et procédure collective », *BJE* 01 sept. 2018, n° 05, p. 371.

KUNTZ (J.-E.) et NURIT (V.), « Une alternative au plan de sauvegarde : la négociation aboutissant à la disparition des difficultés du débiteur ou les vertus de l'article L. 622-12 du Code de commerce », *BJE* 01 juill. 2013, n° 4, p. 254.

L

LABRUSSE-RIOU (Ch.), «Évolution du droit français des faillites », *in Faillites* (ouvr. coll.), Dalloz, 1970, p. 5.

LAFORTUNE (M.-A.), « Le ministère public et l'entreprise en difficultés », *LPA* 12 janv. 1994, n° 5, p. 20.

LAGARDE (B.),

- « Le fabuleux destin des dettes publiques », *Gaz. Pal.* 14 avril 2007, n° 104, p. 3.
- « Les administrations financières : des créanciers enfin comme tous les autres », *Gaz. Pal.* 19 mars 2009, n° 78, p. 5.

LAGARDE (X.), « Transaction et ordre public », *D.* 2000, n° 14, p. 217.

LAPORTE (Ch.),

- « Procédures collectives : Adieu à la saisine d'office ? », *RLDA* 01 sept. 2014, n° 96, p. 69.
- « Que reste-t-il de la saisine d'office ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, p. 2.

LARDY-PELISSIER (B.), « L'information du salarié », *in Etudes offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 331.

LATREILLE (A.), « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA* 07 août 2006, n° 156, p. 4.

LAURENT (L.) ET ASSANT (O.), « Bilan de l'efficacité du privilège de *new money* instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », *JCP G* 25 juin 2008, n° 26, p. 25.

LAURENT (N), « Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens », Table ronde, *CDE* 2009, n° 5.

LAVIGNE (P.), « La multiplication des procédures – La procédure de conciliation », *in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 26.

LE CANNU (P.),

- « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », *RJ com.* 1986, n° spéc., p. 8.
- « Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des exploitations agricoles », *BJS* 1er juill. 1989, n° 7-8, p. 583.
- « La SAS pour tous », *BMIS* 01 août 1999, n° 8, p. 841.

LE CORRE (P-M.),

- « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 2297.
- « 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 21 juillet 2007, n° 202, p. 3.

- « Du privilège occulte de la conciliation », *Gaz. Pal.* éd spéc. *Dr. entr. en diff.*, 13 oct. 2012, n° 286, p. 3.
- « De quelques difficultés intéressant le privilège de la conciliation », *in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n°1, p. 102.

LE GUERNEVE (L.) et MORELLI (N.), « Les nouveaux enjeux des comités de créanciers », *in Vers un droit de la restructuration financière, CDE* 2011, n° 4, p. 17.

LE GUERNEVE (L.), « Synthèse négociée : l'accord », *in Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, Colloque de Deauville organisé les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177-178, p. 49.

LE TOURNEAU (Ph)., « Existe-t-il une morale des affaires ? », *in La morale et le droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 7.

LEBEL (Ch.),

- « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde : Thomson SA », *JCP E* 2009, n° 51-52, p. 3.
- « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. proc. coll.*, numéro spécial, 6-7 mars 2009, n° 66, p. 46.

LEGEAIS (D.),

- « Les concours consentis à une entreprise en difficulté (C. com., art. L. 650-1) », *JCP E* 2005, n° 1510, p. 1747.
- « Droit au crédit. Portée des engagements souscrits par les banques pour remédier à la crise du Crédit. Rôle du médiateur. De l'existence d'un droit au crédit (Communiqué de presse publié par le médiateur du crédit et la FBF du 12 nov. 2008)», *RTD com.* 2009, n° 1, p. 186.
- « Vers un retour au service public du crédit ? », *RDB* 2012, n°5, p. 5.

LEGRAND (F.), LEGRAND (M.-N.) et MONSERIE-BON (M.-H.), « Qu'est-ce qui change pour les partenaires de l'entreprise en difficulté ? », *in 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 48.

LEGRAND (M.-N.), « Les pouvoirs du débiteur dessaisi », *Rev. proc. coll.* 1991, n° 1, p. 11.

LEGROS (J.-P.), « Les mesures de prévention du nouveau titre I du livre VI du Code de commerce (1re partie) », Dr. sociétés 2005, p. 8.

LEGUEVAQUES (Ch.),

- « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », *Gaz. Pal.* 06 août 2002, n° 218, p. 2.
- « La réforme du droit des entreprises en difficulté (A propos de l'avant-projet de loi Perben dans sa version de février 2004) », *LPA* 24 juin 2004, n° 125, p. 3.
- « La loi de sauvegarde et les cautions : au bonheur des cautions ? », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 296.
- « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ? », *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 63.

LELIEVRE (Y .),

- « Construire des ponts pour demain », *Les Annonces de la Seine*, 24 janv. 2014, n° 6, p. 20.
- « Sauvegarde financière accélérée : seules six procédures ouvertes ce jour », *Option Droit & affaires*, mars 2014, p. 16.

LELOUP-THOMAS (V.) et JACOTOT (D.), « Le droit social des entreprises en difficulté ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 76.

LENOBLE (J.), « Introduction. La crise du juge : mythe ou réalité ? », *in La crise du juge*, ss la dir. de J. Lenoble LGDJ, 1990, p. 1.

LEPEYTRE (P.), «Le rôle central du banquier », *in Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, Colloque de Deauville organisé les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 40.

LEVIN (R.), « La restructuration d'entreprises dans le cadre du chapitre 11 du code américain des faillites », *CDE* 2009, n° 5, p. 21.

LEVRATTO (N.), « Quels indicateurs d'efficacité économique du droit des faillites ? Du classement de Doing Business à une analyse des procédures effectives », 2009, disponible en ligne.

LEVY (F.), « Comparaison de la loi russe et de la loi française en matière de faillite », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 314.

LIENHARD (A.),

- « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, n° 2, p. 110.
- « Remise des créances publiques ; nouvel assouplissement », *Dalloz act.* 19 fév. 2009, n° 19, p. 484.

LOKIEC (P.), « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale »,*in La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2008, p. 95.

LORBAT (P.), « La pratique des plans de redressement », *in Problèmes d'exécution des plans de redressement*, Actes du colloque organisé à l'Université de Sophia-Antipolis, le 27 mars 1993, *LPA* 16 juin 1993, n° 72, p. 4.

LUBY (M.), « Le droit économique aujourd'hui : brèves sur un droit typique et conquérant », *RDLA* 2006, n° 6, p. 347.

LUCAS (F-X.),

- « Les associés et la procédure collective », *in Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*, *LPA* 9 janv. 2002, n° 7, p. 7.
- « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *BJS* 01 nov. 2005, n° 11, p. 1181.
- « Doing Business, La liquidation d'entreprise », *in* Actes du colloque consacré au rapport de la Banque mondiale Doing Business, 2004, Collection thèmes et débats, Dalloz, 2005.
- « Rapport de synthèse », *in La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes du colloque organisé à l'Université de la Réunion-Saint-Denis les 27 et 28 fév. 2006, *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 43.

- « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *in Les réformes des sûretés et l'entreprise : développement du crédit et anticipation des difficultés* (121e Congrès du Conseil national des greffiers), *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 60.
- « Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », *in Entreprises en difficulté : pratiques innovantes – Aspects de droit interne et international*, *CDE* 2009, n° 5, p. 35.
- « Les innovations introduites par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 : morceaux choisis », *LPA* 22 avril 2010, n° 80, p. 47.
- « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », *BMIS* 01 mars 2010, n° 3, p. 211.
- « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », *in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance*, Actes du colloque organisé par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 93.
- « Confidentialité du plan de sauvegarde ou de redressement : la radiation des mentions au RCS », *LEDEN* 15 janv. 2012, n°1, p. 1.
- « Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté. Propos conclusifs », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 109.
- « Le banquier et les nouvelles procédures : sauvegarde accélérée et SFA », *in Contentieux bancaire des procédures collectives : l'établissement de crédit et l'entreprise en difficulté*, ss. la dir. de E. Le Corre-Broly, Bruylant, 2014, n° 31, p. 175.
- « Les actionnaires face à leurs responsabilités. Quelles responsabilités ? (1ère partie) », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 71.
- « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 "pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques" intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* 01 sept. 2015, n° 5, p. 317.
- « Quelques précisions sur le plan de SFA voté par le comité des établissements de crédit », *BJE* 01 juill. 2016, n° 04, p. 241.
- « Coupable indulgence d'un législateur ingénu », *BJE* 01 sept. 2017, n° 5, p. 305.

LUCAS (F.-X.) et DAMMANN (R.),

- « Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014 ? », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 143.
- « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *BMIS* 01 oct. 2015, n° 10, p. 521.

LUCAS (F.-X.) et PEROCHON (F.),

- « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? », *BJE* 01 sept. 2012, n° 5, p. 341.
- « Créanciers de la *new money*, le retour », *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 192.

LYON-CAEN (A.),

- « Impressions », *in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, Actes du colloque organisé les 18 et 19 octobre 1985 à Paris, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 183.
- « Les orientations générales de la réforme », *in Le nouveau droit des entreprises en difficulté (Lois du 25 janvier 1985 et décrets d'application)*, Actes du colloque organisé par l'Université des

Sciences Sociales de Toulouse, les 6, 7 et 8 février 1986, *Ann. Université des sciences sociales de Toulouse*, 1986, t. 34, p. 11.

- « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT* 2007, n° 4, p. 84.

LYONNET (B.), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 6.

M

MACORIG-VENIER (F.) ET CAVIGLIOLI (C.), « Le point sur la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, p. 78, spéc. p. 80.

MACORIG-VENIER (F.) ET SAINT- ALARY-HOUIN (C.),

- « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *RDBF*. janv.- fév. 2006, n° 1, p. 60.
- « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 1, p. 65.

MACORIG-VENIER (F.) et VALLANSAN (J.), « Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 58.

MACORIG-VENIER (F.),

- « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 4, p. 354.
- « Entreprises en difficulté. Prévention et règlement amiable », *RTD com.*, 2005, p. 829.
- « Prévention et règlement amiable », *RTD com.* 2009, p. 436.
- « Remises de dettes des créanciers publics : un allègement des exigences requises », *RTD com.* 2009, n° 2, p. 445.
- « Commissaires au redressement productif : rapport annuel pour l'année 2012 », *RTD com.* 2013, n° 2, p. 337.
- « Le rétablissement professionnel », *Dr et patr.* juill. 2014, p. 52.
- « Les mesures juridiques favorables aux accords », *in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 96.
- « Loi de modernisation de la justice du XXIe siècle : incidence sur le dispositif de prévention des difficultés des entreprises », *RTD com.* 2017, n°1, p. 175.

MALAURIE (Ph.), « La notion d'ordre public économique », *Rev. conc. cons.* 1995, n° 83, p. 73.

MARCHI (J-P.), « Une création originale du tribunal de commerce de Paris : le mandataire ad hoc », *Gaz. Pal.* 22 mars 1983, p. 123.

MARKS (D.),

- « Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne », *LPA* 16 juin 2005, n° 119, p. 7.
- « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 5, p. 59.

MARTENS (P.) , « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *in Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mél. J. Velu, Bruylant, Bruxelles, p. 49.

MARTIN (L.), « Le secret de la vie privée », *RTD civ.* 1959, p. 227.

MARTIN-SERF (A.), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires », Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 9.

MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.),

- « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, n° 20, p. 1356.
- « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 86.

MASSEL (M.), « How to negociate a Ch. 11 Plan Support Agreement », *Law* 360, 16 oct. 2013.

MATTOUT (J.-P.), « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées », *in Le contrat au secours de l'entreprise (Les modes contractuels de résolution des conflits)*, *R.J. com.* nov. 1999, n° spéc., p. 153.

MAYR (K.-A.), « Unlocking the Lockup. The Revival of Plan Support Agreements Under New § 1125(g) of the Bankruptcy Code », *Norton Journal of Bankruptcy Law & Practice*, Déc. 2006, Vol. 15, p. 729, spéc. p. 734

MAZEAUD (D.),

- « La réduction des obligations contractuelles », *in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat* ?, *Dr. et pat*r., mars 1998, n° 58, p. 58.
- « Loyauté, solidarité, fraternité, nouvelle devise contractuelle ? », *in L'avenir du droit*, Mél. F. Terré, Dalloz, 1999, p. 603.

MEKKI (M.),

- « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC* 01 avril 2006, n° 2, p. 297.
- « Propos introductifs sur le droit souple » *in Le droit souple. Journées nationales, Boulogne-sur-mer*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 1.
- « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *in Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009)*, *RDC* 2010, n° 1, p. 383.

MELEDO-BRIAND (D.), « Le pouvoir du juge de la prévention en matière de créance fiscale », *JCP G* 1996, II, 22731, n° 47.

MENJUCQ (M.),

- « Réflexions critiques sur les arrêts du 29 novembre 2007 de la cour d'appel de Paris dans l'affaire Eurotunnel », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 1, p. 9.
- « Adoption de la « sauvegarde financière accélérée » : consécration du « *prepackaged plan* » en droit français », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, p. 1.

MENJUCQ (M.), GENTIN (F.), BASSE (Ch.), THEVENOT (Ch.) et LENCOU (D.), « Le secret des affaires et la confidentialité des procédures », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 1, p. 73.

MERCADAL (B.) et GULPHE (P.), « Magistrature et droit des affaires », *in Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, t. 7, 1978, p. 1037.

MERCIER (J.-L.), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits - Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n°178, p. 67.

MERCIER (M.), « Un droit souple et vivant », *in Les leçons de la crise : amélioration des procédures d'insolvabilité nationales et communautaires*, *Vie du droit*, 21 avril 2011, n° 24.

MESTRE (J.),

- « L'ordre public dans les relations économiques », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle,* Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 1996, p. 33.
- « Ethique et droit des sociétés », *in Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis*, Mél. A. Honorat, Paris, éd. Frison-Roche, 2000, p. 291.

MESTRE (J.) et FAGES (B.), « De la liberté de ne pas contracter », *RTD. civ.* 2004, p. 280.

METEYE (Th.),

- « Le coin du praticien. Organisation et fonctionnement du mécanisme de la garantie », *in Entreprises en difficulté*, ss. la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, Droit 360°, 2012, n° 1154, p. 503.
- « Le droit social des entreprises en difficulté ? Le point de vue de l'AGS », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 72.

MIGNON COLOMBET (A.) et BUTHIAU (F.), « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller, prévenir ? », *JCP G* 2013, n° 13, p. 621.

MILSAN (A.), « Les remises de dettes publiques : une nouvelle opportunité offerte aux créanciers publics pour contribuer au redressement des entreprises en difficulté », *JCP E* 2007, n° 29, 1901, p. 16.

MINKOWSKI (J.), « La part de la négociation dans le procès pénal », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 19.

MODAT (Ph.), « Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, p. 28.

MOHAMED SALAH (M.M.),

- « Consensus et formes du droit négocié dans la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise », *in Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 133.
- « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire ? », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?, Mél. G. Farjat*, Editions Frison-Roche, 1999, p. 261.

MONSERIE-BON (M.-H.),

- « Aperçu sur le droit japonais des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, p. 20.
- « Mandat *ad hoc* et conciliation : un fragile équilibre à préserver », *BJE* 01 nov. 2015, n° 06, p. 345.
- « Entreprises en difficulté : mandat *ad hoc* et conciliation », Encyclopédie Dalloz, Rép. com (actualisation janv. 2017).
- « Les associés », *in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, ss. la dir. de F. Macorig-Venier, PU Toulouse, 2018, p. 103.

MONTERAN (F-X.), « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », Gaz. proc. coll. 23 et 24 janv. 2008, p. 3.

MONTERAN (TH.) et MIEULLE (M.),

- « De la pratique du plan de sauvegarde pré négocié à la procédure de sauvegarde financière accélérée », *Journal des sociétés*, Nov. 2010, p. 36.
- « Le *vade-mecum* du plan de cession "prepack " », *BJE* 01 mai 2015, n° 3, p. 164.

MONTERAN (TH.),

- « L'accueil du débiteur en état de cessation des paiements dans les tribunaux de commerce », *Gaz. Pal.* 23 sept. 2004, n° 267, p. 2.
- « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. proc. coll.* 7-8 sept. 2005, n° spéc., p. 8.
- « Un nouvel équilibre des pouvoirs entre les acteurs », *LPA* 16 mars 2006, n° 54, p. 20.
- « La tentation du 'forum shopping' », *Gaz. Pal.* 27 oct. 2007, n° 300, p. 7.
- « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté : osons la réforme », *Gaz. Proc. Coll.* 23-24 janv. 2008, p. 3.
- « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 27.
- « La réforme de la prévention des difficultés », *D.* 2009, n° 10, p. 639.
- « Pour favoriser la prévention : l'assurance santé entreprise », *Gaz. Pal.* 04 août 2012, n° 217, p. 3.
- « Pour une cause nationale : les CIP au secours des entreprises en difficulté », *BJE* 01 mars 2014, n°2, p. 120.
- « La prévention : à nous de jouer ! », *Gaz. Pal.* 01 juill. 2014, n° 182, p. 3.
- « Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée : agression sauvage des principes d'égalité des créanciers et d'unicité du patrimoine », *Gaz. Pal.* 15-16 oct. 2010, n° 289, p. 9.
- « La protection du marché », *in Les entreprises en difficulté : terre de conflits - Synthèse des intérêts contraires*, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 et 178, p. 27.

MOREAU (B.), « La médiation du crédit aux entreprises dans les grandes lignes », *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 9.

MOREL (O.), « La procédure d'Administration outre-Manche : comparaison franco-anglaise », *BJE* 01 janv. 2012, n° 1, p. 65.

MORELLI (N.),

- « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue du praticien », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 69.
- La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 101.
- « Droit au refus et droit à la confidentialité », *LPA* 07 avril 2016, n° 70, p. 10.

MORVAN (P.),

- « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, n°42, p. 1751.
- « La salade des ruptures conventionnelles », *Dr. soc.* 2018, n° 1, p. 26.

MOTULSKY (H.), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron., p. 91.

MOULIN (J.-M.), « La participation des salariés à la gestion de la société », *BJS* 01 mai 2002, n° 5, p. 571.

MOURY (J.),

- « De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio (en droit judiciaire privé) », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 299.
- « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, n° 25, p. 1743.

N

NAJJAR (I.), « L'accord de principe », *D.* 1991, p. 62.

NAMMOUR (F.), « Les procédures collectives en droit libanais », *Rev. proc. coll.* 2007, n° 4, p. 183.

NEF NAF (N.), « La sauvegarde financière accélérée, l'art délicat du blitzkrieg judiciaire », *LPA* 12 janv. 2017, n° 9, p. 6.

NIBOYET (M.-L.), « Les fonctions du juge-commissaire au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2001, p. 1610.

NORMAND (J.),

- « Conclusions », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 139.
- V° « Office du juge », *in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004, p. 930.

NOUGEIN (H.-J.), « Le juge de la prévention », *in Le juge de l'économie*, Actes du colloque organisé à La Baule les 8 et 9 juin 2002, *RJ. com.* 2002, n° spéc., n° 11, p. 30.

O

OPPETIT (B.),

- « Les autorités publiques et l'entreprise privée. Rapport de synthèse », *in Les autorités publiques et l'entreprise privée*, Actes du colloque organisé à Deauville les 5 et 6 juin 1982, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 166.
- « Le droit des affaires demain », *JCP E* 09 janv. 1986, n° 2.
- « Ethique et vie des affaires » in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 319.
- « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices* 1995, n° 1, p. 53.

- « Développement économique et développement juridique », *in Droit et vie des affaires*, *Mél. A. Sayag*, Creda, Litec, 1997, p. 71.

ORIF (V.), « Quels commandements pour la nouvelle procédure prud'homale ? », *Dr. Soc.* 2015, n° 10, p. 819.

ORTH (A.), « Le rôle du juge dans la nouvelle législation des entreprises en difficulté », *in Le redressement judiciaire de l'entreprise*, Actes du colloque organisé à Deauville les 7 et 8 juin 1986 par l'Association Droit et Commerce, *RJ com.* 1987.

OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur – Trois modèles de justice », *in Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, ss. la dir. de P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, 1983, p. 1,

OUTIN-ADAM (A.) et BIENVENU (S.), « Projet de loi de sauvegarde des entreprises : réaction de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris », *JCP E* 2004, n° 38, p. 1409.

P

PAGNERRE (Y.), « Les accords de performance collective », *Dr. soc.* 2018, n° 9, p. 694.

PAGNUCCO (J.-C.), « Les associés et le plan de cession », *in Les plans dans le livre VI du Code de commerce*, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 82.

PAILLUSSEAU (J.),

- « Efficacité des entreprises et légitimité du pouvoir », *LPA* 19 juin 1996, n° 74, p. 20.
- « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, p. 98.
- « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *in Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Mél. R. Houin, Dalloz-Sirey, 1985, p. 109.
- « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big bang du droit des sociétés ! », *D. Aff.* 1999, n° 176, p. 1385.

PAISANT (G.), « Les activités de règlement sans le juge : le cas du surendettement des particuliers », *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 70.

PANZANI (L.), « La coordination des droits nationaux par le droit communautaire, le point de vue du magistrat : la jurisprudence des tribunaux italiens », *LPA* 19 oct. 2006, n° 209, p. 11.

PARACHKEVOVA (I.), « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *in La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, *BJE* 01 oct. 2015, n° 10, p. 529.

PARTOUCHE (N.) et BARON (J.), « Restructurations d'entreprises : les aspects financiers », Table ronde, *CDE* 2015, n° 2, p. 9.

PATIN (J.), « Le plan : élaboration et nature juridictionnelle », *in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com.* 1986, n° spéc., p. 75.

PELISSIER (A.), « Les possibilités et les perspectives d'extension de la technique de l'homologation », *in L'homologation*, Sixièmes rencontres juridiques de l'Université Lumière Lyon, 2002.

PERCEROU (R.), « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ? », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mél. C. Champaud, Dalloz, 1997, p. 507.

PEREIRA (B.), « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, n° 30, p. 2041.

PERELMAN (C.), « Égalité et valeurs », *in L'égalité*, vol. I, Bruylant, 1971, p. 319.

PEROCHON (F.) et BOURBOULOUX (H.), « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes (Paris V), le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 50.

PEROCHON (F.) et ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le mandat *ad hoc* et la conciliation » *in Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, *Gaz. Pal.* 03 janv. 2015, n° 3, p. 4.

PEROCHON (F.),

- « Prévention : Suivi et résolution des accords amiables. Rémunération dans les missions amiables », *BJE* 01 nov. 2012, n° 06, p. 409.
- « À propos des chiffres de la sauvegarde… », *in La loi de sauvegarde à l'âge de raison*, *Dr. et patr.* mars 2013, n° 223, p. 46.
- « Coût, transparence et confidentialité de la prévention », in *La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à l'Université de Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 79.
- « De quelques questions sur le rétablissement professionnel… », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 345.
- « Des outils de restructuration des entreprises en difficulté adaptés à toutes les situations ? », Table ronde, in *La réforme du droit des entreprises en difficulté : enjeux, conseils pratiques et perspectives*, *BJE* 01 nov. 2014, n° 6, p. 391.

PERROT (R.),

- « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal.* 1977, n° 1, p. 91.
- « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », *in La crise du juge*, ss la dir. de J. Lenoble, LGDJ, 1990, p. 31
- « L'homologation des transactions (article 1441-4 du nouveau Code de procédure civile) », *Procédures* 1999, n° 8-9, p. 3.

PETEL (Ph.),

- « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G*, 1994, I, 3759.
- « La réforme des plans de redressement » *in La réforme des procédures collectives*, *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 34.
- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP G* 2009, 1054, n° 6, p. 1.
- « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 01 mai 2014, n° 18, p. 20.
- « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue de l'universitaire », *in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Descartes le 1er juillet 2014, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 67.

- « Les critères de prise en charge de la garantie AGS : quarante ans d'évolution » *in L'AGS, 40 ans de solidarité et d'engagement au cœur des enjeux des procédures collectives*, *BJE* 01 nov. 2014, n° 06, p. 411.
- « Les dispositions relatives aux entreprises en difficulté de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP E* 2017, n° 3, p. 9.

PEULVE (C.), « Ces MARL venus d'ailleurs … : droit collaboratif et mécanismes voisins », *Gaz. Pal.* 01 juin 2010, n° 152, p. 10.

PEYRAMAURE (P.), « L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté », *in Les autorités publiques et l'entreprise privée*, Actes du colloque organisé à Deauville les 5 et 6 juin 1982, *RJ com.* 1983, n° spéc., p. 104.

PICOD (N.), « Regard français sur le nouveau droit espagnol de l'insolvabilité », *BJE* 01 nov. 2012, n° 6, p. 391.

PICOD (Y.), « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57.

PIEDELIEVRE (S.), « La nouvelle réforme du droit des procédures collectives », *JCP N* 2009, 1119, n° 12, p. 47.

PIETRANCOSTA (A.) et VERMEILLE (S.), « Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit – Perspectives d'avenir ? », *RTDF* 2010, n° 1, p. 5.

PIGNARRE (G.), « Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 01 janv. 2013, n° 1, p. 251.

PIROVANO (A.),

- « La caractère négocié du plan judiciaire de redressement de l'entreprise (loi du 25 janvier 1985), *in Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 81.
- « Formes de négociation mises en œuvre par le droit économique des entreprises en difficulté » (Introduction), *in Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, ss. la dir. de A. Pirovano, Economica, 1988, p. 9.

PLACOT (Y.), « Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr. et patr.*, mars 2002, n° 102, p. 70.

PODEUR (G.), « Accords de conciliation et plans de sauvegarde », *D.* 2017, n° 25, p. 1430.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP* G 1998, I, 138.

POUJADE (H.) et VIGREUX (S.), « Le montage des plans », *in Le traitement des créances : pratique et actualités*, BJE 01 janv. 2017, n° 1, p. 78.

POUJADE (H.), « Une "pincée d'éthique" dans la modification d'un plan de continuation », *BJE* 01 mars 2016, n°2, p. 97.

R

RAIBAUT (J.-J.), « Loi nouvelle, nouvelle pratique : Le point de vue d'un magistrat consulaire », LPA 17 fév. 2006, n° 35, p. 12.

RANGEON (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », *in Les usages sociaux du droit*, Puf, 1989, p. 126.

RAVENNE (S.), « La résolution de l'accord de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p.11, spéc.p. 14.

REGNAUT-MOUTIER (C.) et VALLANSAN (J.), « "Faillite" des entreprises et surendettement des particuliers », *in Mél. J. Héron*, LGDJ, 2004, p. 443.

REILLE (F.),

- « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 6 avril 2014, n° 96, p. 11.
- « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 61.

REINS (A.), « Un mandat *ad hoc* confirmé et une procédure de conciliation améliorée », *LPA* 16 mars 2006, n° 54, p. 10.

REMERY (V. J.-P.), « Le ministère public et le droit des entreprises en difficulté : un an de jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation (janvier 2011-février 2012) », *D.* 2012, n° 11, p. 700.

REMICHE (B.), « Droit économique, marché et intérêt général », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?, Mél. G. Farjat,* Editions Frison-Roche, 1999, p. 253.

RENAULT (M.-H.), « La déconfiture du commerçant – Du débiteur sanctionné au créancier victime », *RTD com.* 2000, n° 3, p. 533.

RENUCCI (J-F.),

- « Le parquet et les faillites », *RSC* 1990, n° 2, p. 235.
- « Le juge-commissaire et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1998, p. 128.

RETIF (S.), « Les remises accordées par les créanciers à une entreprise en difficulté », *Dr. et patr.* fév. 2008, n° 167, p. 30.

REY (P.), « Une révolution nécessaire des mentalités pour une justice économique moderne », *RLDA* 01 mars 2006, n° 3, p. 57.

RICHER (L.), « L'évolution des rapports entre l'Administration et les entreprises privées », *RDP* 1981, p. 919.

RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in Recueil sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény.*, T. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris, Sirey, [1934], p. 347.

RIVIERE-PAVARD (I.), « Les acteurs des procédures », *LPA* 20 mars 2007, n° 57, p. 12.

ROBINE (D.),

- « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? », *D.* 2006, p. 69.

- « La prévention des défaillances : de l'absence à l'hégémonie », *in D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, ss. la dir. de P. Le Cannu, LGDJ, 2008, p. 359.

ROCHER (A.), « Le Doing Business 2015 : les réformes et sa réforme », JCP E 8 janv. 2015, n° 1-2, p. 1000

ROHART-MESSAGER (I.),

- « L'amélioration de la prévention », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, n° 66, p. 5.
- « La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce », *Gaz. Pal.* 8 et 9 janv. 2010, n° 9, p. 5.

ROHART-MESSAGER (I.), BORGA (N.), LEGRAND (F.) et THEVENOT (Ch.), « Techniques de négociation et utilisation des modes alternatifs de résolution des différends en procédure amiable et collective », *BJE* 01 sept. 2018, n° 5, p. 378.

ROLAIN (M.), « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA* 17 déc. 2014, n° 251, p. 7.

ROLLAND (B.), « Justice du XXIe siècle : adapter le traitement des entreprises en difficulté », *Procédures* 2017, n° 2, p. 41.

ROMANI (A-M.), « Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises », *in Mél. A. Honorat,* éd. Frison-Roche, 2000, p. 173.

ROSSI (P.) et LELOUP-THOMAS (V.), « Les principaux acteurs/organes. Quels apports de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 ? », *CDE* 2015, n° 1, p. 49.

ROSSI (P.),

- « Droit rural et des entreprises en difficulté », *in Entreprises en difficulté*, ss. la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. 713.
- « La simplification des procédures collectives et du droit des entreprises en difficulté », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 3, p. 87.

ROUGER (M.),

- « Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation », *LPA* 12 janv. 1994, n°5, p. 28.
- « Difficultés économiques et intervention judiciaire », *in Procédures collectives et droit des affaires*, *Mél. A. Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 188.

ROUSSEL GALLE (PH.),

- « L'introuvable droit des sociétés en difficulté », *in Mél. Ph. Merle*, Dalloz, 2003, p. 607.
- « De l'évolution sémantique à l'hypocrisie des mots », *LPA* 7 avril 2004, p. 3.
- « La procédure de sauvegarde – Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », *JCP E* 2006, 2437, n° 40, p. 1679.
- « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 12 juill. 2006, n° 138, p. 10.
- « La procédure de sauvegarde. Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice ? », *JCP E* 2006, 2437, p. 1679.
- « La sémantique au secours du législateur : du Code de commerce au Code « des procédures collectives », *in Le droit, les affaires et l'argent. Célébration du bicentenaire du Code de commerce*, Mémoires de la Société d'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, 2008, Vol. 65, p. 577.

- «'Etre' ou 'avoir été'. A propos de l'application des articles 1244-1 et suivants du code civil lors de l'homologation de l'accord de conciliation », *LPA* 11 août 2008, n° 160, p. 5.
- « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *in La loi de sauvegarde à l'épreuve du droit des sociétés*, *BMIS* 01 déc. 2009, p. 1109.
- « Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010 », *JCP E* 2010, n° 44-45, act. 591, p. 3.
- « Loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives », *in Loyauté et impartialité en droit des affaires*, colloque de Deauville, les 31 mars et 1er avr. 2012, *Gaz. Pal.* 24 mai 2012, n° 145, p. 78.
- « Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ? », *in Que reste t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 89.
- « À propos du décret du 30 juin 2014 pris en application de l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, p. 7.
- « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014. Des outils plus performants, une meilleure sécurité juridique et des équilibres renouvelés », *Rev. Sociétés* 2014, n° 6, p. 351.
- « Des outils de restructuration des entreprises en difficulté adaptés à toutes les situations ? », Table ronde, *in La réforme du droit des entreprises en difficulté : enjeux, conseils pratiques et perspectives*, *BJE* 01 nov. 2014, n° 6, p. 391.
- « Vers une redéfinition du rôle de l'AGS ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 10.
- « Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond, à propos de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 8 avr. 2014, n° 98, p. 32.
- « Mandat *ad hoc*, confidentialité et droit du créancier de refuser les propositions du mandataire *ad hoc* », *Rev. Sociétés* 2015, n° 12, p. 761.
- « Restructurations d'entreprises : les aspects financiers », Table ronde, *CDE* 2015, n° 2, p.9.
- « Le législateur psychologue », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 2, p. 2.
- « Stop aux modifications du droit des entreprises en difficulté ! », *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, p. 3.
- « Adaptation du traitement des difficultés des entreprises par la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Rev. proc. coll.* 2016, n° 6, p. 11.
- « La loi Justice du XXIe siècle et le droit des entreprises en difficulté », *Dict. perm. diff. entr.* 2016.
- « L'émergence d'un droit spécial des sociétés en difficulté », *JCP E* 2018, n° 25, 1331, p. 38.

ROUSSEL GALLE (Ph.) et LE MARCHAND (P.), « La prévention. Du mandat *ad hoc* et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et "prepack cession" », *CDE* 2015, n° 1, p. 22.

ROUTIER (R.),

- « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, n° 22, p. 1478.

- « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.* 10 mars 2009, n° 69, p. 53.

ROUVILLOIS (F.), « Judiciarisation de la société : une entrée en matière », *in La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, novembre 2006/ avril 2007, ss. la dir. de F. Rouvillois, Litec, 2008, p. 5.

ROZES (S.), « Un profil nouveau pour les juges », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 437.

RUBELLIN (P.),

- « Assouplissement des conditions de remise des créances publiques », *LEDED* 01 avr. 2009, n° 1, p. 7.
- « La négociation préventive », *in Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté. Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté*, Les Dossiers de la RIDE, De Boeck, 2012, p. 13.

S

SAINT-ALARY (R.), « Le secret des affaires en droit français » *in Le secret et le droit*, Trav. Assoc. H. Capitant, tome XV, 1974, p. 263.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Droit et patr.* janv. 2005, n° 133, p. 24.
- « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », *in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, ss. la dir. de J. Krynen et M. Hecquard-Théron, PU Toulouse I, 2005, p. 389.
- « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169.
- « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies », *Rev. proc. coll.* 2007, n° 1, p. 13.
- « Les privilèges de la procédure », *LPA* 14 juin 2007, n° 119, p. 70.
- « La sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 4, p. 31.
- « Le rebond du débiteur, vrai ou faux départ ? », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, *Mél. D. Tricot*, Dalloz, 2011, p. 578.
- « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! », *in 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, p. 44.
- « La généralisation de la SFA ? », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 105.
- « La modernisation du droit des faillites. Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *in La modernisation du droit des affaires*, ss. la dir. de G. Jazottes, Litec, p. 77.
- « Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives », *in 3èmes rencontres jurisprudence-doctrine : échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives*, *BJE* 01 mai 2016, n° 3, p. 223.

SAINTOURENS (B.),

- « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, p. 23.
- « Convention européenne des droits de l'homme et droit des procédures collectives », *Dr. et patr.*, juill.-août 2010, n° 194, p. 80.
- « La déclaration d'inconstitutionnalité de l'ouverture du redressement judiciaire par saisine d'office du tribunal », *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 10.
- « Les droits fondamentaux au regard de la Convention EDH », *in Personne physique et procédures collectives*, séminaire organisé à Toulouse par l'AJDE le 12 oct. 2012, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1, p. 55.

SALA (Y.), « Rôle et pouvoirs du ministère public, sanctions pénales et loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 121.

SALAS (D.), « Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité », *in Justice et ville*, *Justices*, 1995, n° 2, p. 181.

SARDET (P.) ET BEAUCHAMP (J-P.), « Réforme des faillites ou le privilège de la ré-Conciliation… », *Rev. proc. coll.* 2004, n°1, p. 25.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « La "déjudiciarisation" du traitement des difficultés », *in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire ou révélateur ?*, ss. la dir. de F. Macorig-Venier, Actes du colloque du CDA le 16 mars 2017, PU Toulouse, 2017, p. 171

SAVATIER (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1965, p. 37.

SAYAG (A.), « Publicités légales et information dans les affaires », Litec, 1992, p. 300.

SCHIAVON (G.), « Les procédures d'insolvabilité en Italie », *LPA* 23 mars 2005, n° 58, p. 5.

SCHMIDT (D.), « La société et l'entreprise », *D.* 2017, n° 41, p. 2380.

SCHMITT (C.), « La conciliation – Aspects pratiques », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 178.

SEDELMAYER (R.), « L'échevinage et la justice économique : l'exemple autrichien », *in Échevinage et justice économique*, Actes du colloque organisé à Strasbourg le 10 oct. 2008, *RLDA*. sept. 2010, n° 52, p. 86.

SENECHAL (M.) et COUTURIER (G.), « Créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ? », *BJE* 01 sept. 2012, n° 05, p. 328.

SENECHAL (M.), « Le rétablissement professionnel par effacement de certaines dettes », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 196.

SERIAUX (A.),

- « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD. civ.* 1993, n° 4, p. 789.
- « Abus de droit », *in* D. Alland et S. Rials (ss. la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 2.

SERLOOTEN (P.), « Le recouvrement de la créance fiscale dans le droit des procédures collectives : bilan et perspectives », *LPA* 6 sept. 2000, n° 178, p. 58.

SERVERIN (E.) et DU JARDIN (Ph.), « Procédures collectives européennes et américaines : quels objectifs pour quelle efficacité? », *Revue Banque*, fév. 2013, n° 757, p. 57.

SERVERIN (E.), « Les visages du consensus : le partage des intérêts », *Revue Procès*, 1981, n° 8, p. 63.

SOINNE (B.),

- « Les difficultés d'une construction juridique de l'entreprise : test de l'efficacité de nos procédés de connaissance juridique », *RTD com.* 1971, p. 617.
- « Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite », *D.* 1976, chron. p. 253.
- « L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation (commentaire de la loi n° 81-927 du 15 oct. 1981 et du décret n° 82-327 du 9 avr. 1982) », *D.* 1983, chron. III, p. 11.
- « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives), *D.* 2004, n° 21, p. 1506.
- « Brèves réflexions sur la nouvelle loi et son application au 1er janvier 2006 (Loi n° 2005-845, 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises) », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 3, p. 175.
- « Le temps », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1.

SORTAIS (J-P.), « Le sort des accords de conciliation en cas de refus d'homologation ou de constatation », *Rev. proc. coll.* 2013, p. 11.

SOULARD (A.-C), LOBRY-IGELMAN (M.), KHOV (A.-L) et ROSSI ((P.), « Quelques idées force de la réforme du droit des entreprises en difficulté », *LPA* 25 juill. 2014, n° 148, p. 7.

STRICKLER (Y.), « Le décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication et à la résolution amiable des conflits », *Procédures* 2015, étude n° 6, p. 4.

SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », *in Qu'est-ce que l'humain?*, ss. la dir. de Y. Michaud, éd. Odile Jacob, t. 2, 2000.

SYNVET (H.) et FERRAND (P.-N.), « L'accueil en France des *Schemes of Arrangement de droit anglais* », *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 11.

T

TABOUROT-HYEST (C.), « L'instrumentalisation du droit de la faillite », *in Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Mél. P. Le Cannu, 2014, p. 637.

TABOUROT-HYEST (C.), BOILLOT (Ch.), et MESSAI-BAHRI (S.), « Chronique de contentieux des affaires », *LPA* 26 juin 2012, n° 127, p. 7

TEBOUL (G.),

- « Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises », *in Le devoir de loyauté en droit des affaires*, Colloque du 28 oct. 1999 à la Maison du Barreau de Paris, *Gaz. Pal.* 05 déc. 2000, n° 340, p. 71.
- « Secret et transparence dans la prévention des difficultés des entreprises », n° spéc. *RJ com.* 2001, p. 17.
- « Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique », *LPA* 19 oct. 2005, n° 2, p. 3.
- « Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté », *LPA* 02 janv. 2008, n° 1, p. 7.

- « La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.* 8 avril 2008, n° 99, p. 2.
- « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires », Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, n° 178, p. 54.
- « La réforme du Père Noël : la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal.* 6 janv. 2009, n° 6, p. 6.
- « La dépossession des actionnaires comme mode de traitement des difficultés d'une entreprise », *JCP E* 2009, n° 50, p. 25.
- « Les remises de dettes publiques : mythe ou réalité ? », *LPA* 30 mars 2009, n° 63, p. 3.
- « Le droit des entreprises en difficulté en réforme permanente : quelques pistes pour renforcer la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal.* 29 oct. 2015, n° 302, p. 4.
- « Le volet "entreprises en difficulté" du projet de loi *Macron* », *Gaz. Pal.* 11-12 mars 2015, n° 70-71, p. 4.
- « Synthèse » *in Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires*, Actes du colloque organisé à Deauville les 29 et 30 mars 2008 par l'Association Droit et Commerce, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2008, n° 177 à 178, p. 54.
- « Droit des entreprises en difficulté : les nouveaux arrivages », *Gaz. Pal.* 21 mars 2017, n° 12, p. 30.
- « Recommandations pour un meilleur traitement des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 16 mai 2017, n° 19, p. 17.

TERRE (F.),

- « Droit de la faillite ou faillite du droit », *RJ com.* 1991, p. 29.
- « Rapport introductif », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 1996, p. 3.
- « L'inutile et l'injuste », *in Le contrat au début du XXIe siècle*, Mél. J. Ghestin, 2001, p. 865.

TEXIER (A-S.) et RUSSO (E.) « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA* 2 mars 2009, n° 43, p. 3, spéc. p. 4.

TEXIER (A-S.), « La sauvegarde ne doit plus être une "demi-innovation sous-utilisée" », *LPA* 24 fév. 2009, n° 39, p. 3.

THERON (J.),

- « Aspects procéduraux de l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 27 mai 2014, n° 147, p. 4.
- « Mesures d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, n° 34, p. 2246.
- « La procédure de sauvegarde accélérée », *in Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose…*, *Dr. et patr.* juill-août 2014, n° 238, p. 46.

THEVENOT (C.), « Mandat *ad hoc* et conciliation : de nouveaux outils pour une meilleure prévention », *LPA* 17 fév. 2006, n° 35, p. 14.

THULLIER (B.) et DIESBECQ (A.), « Le traitement des difficultés, un outil de gestion des débiteurs personnes morales », *Rev. proc. coll.* 2017, n° 4, p. 46

THULLIER (B.),

- « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde : moins de pouvoirs pour le juge », *D.* 2006, n°2, p. 130.
- « Que reste-t-il du dessaisissement ?», *in* Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, Actes du colloque organisé par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 80.
- « Accords ni constatés, ni homologués ; remise en cause des accords » *in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 novembre 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 107.
- « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », *BJE* 01 mai 2014, n° 3, p. 174.
- « Pour un peu plus de transparence sur le confidentiel en droit des entreprises en difficulté », *in* Mél. Cl. Lucas de Leyssac, *à paraître.*
- V° « Procédure de conciliation et concordat amiable », *JCl. Procédures collectives*, fasc. 2030, 11 avr. 2016, dernière mise à jour : 15 févr. 2017.

TOUZARD (H.), « Consultation, concertation, négociation », *Négociations* 2006, n° 1, p. 206.

TRIAULAIRE (J.-P.), « Le rôle du ministère public », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 212.

TRICOIT (J.-P.), « La nature juridique du médiateur du crédit », *Gaz. Pal.* 06 mars 2010, n° 65, p. 15.

TRICOT (D.), « Rapport de synthèse », *in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?*, Actes du colloque organisé à l'Université Paris Nanterre le 25 novembre 2011, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 3, p. 102.

TROISFONTAINES (P.), « Le Tribunal de commerce en Belgique : une juridiction exemplaire ? », *Rev. dr. comm.* belge, 2000, n°1, p. 23

TULKENS (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *in Droit négocié, droit imposé ?*, ss. la dir. de Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, Publication des facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 445.

TULKENS (F.), « La justice négociée », *in Procédures pénales d'Europe*, ss. la dir. de M. Delmas-Marty, Paris, 1995, p. 55.

U

URVOAS (J.-J.), « La négociation de la loi par les acteurs privés », *in* Dossier, *La négociation peut-elle tout ?*, *Gaz. Pal.* 18 mai 2018, n° hors série 2, p. 9.

V

VALLANSAN (J.),

- « La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ? » *in Les attraits des nouveaux modes de traitement des difficultés des entreprises*, Actes du colloque organisé à Dijon le 10 mars 2006, *LPA* 14 juin 2007, n° spéc., n° 119, p. 9.
- « Le rôle du juge dans les procédures préventives », in *La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 15 nov. 2013, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 1, p. 76.

VALLENS (J.-L.),

- « Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire », *JCP* G, I, 1985, 14550.
- « Procédure civile et procédures collectives : les faux-amis », *in Mél. A. Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 245.
- « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *D.* 2004, n° 33, p. 2420.
- « Bicentenaire du Code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.* 2007, n° 10, p. 669.
- « Réflexions sur le thème : les salariés et leurs représentants, acteurs des procédures collectives », *in Les salariés et la défaillance de l'entreprise*, ss. la dir.de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 41.
- « L'attractivité du nouveau droit français de l'insolvabilité », *LPA* 14 juin 2007, n° 119, p. 55.
- « Impartialité du tribunal, procédures collectives et droits de la défense », *D.* 2008, p. 972.
- « Les remises de dettes publiques », *LPA* 11 juin 2008, n° 117, p. 10.
- « Forum shopping », *CDE* 2009, n° 5, p. 52.
- « Rapport de synthèse », *in Quelles convergences dans le traitement des difficultés des entreprises ?, LPA* 27 nov. 2009 n° 237, p. 93.
- « Seuls les créanciers peuvent demander la résolution d'un accord amiable », *RTD. com.* 2009, p. 621.
- « Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de "prévention-détection" », *D.* 2010, p. 1723.
- « Aspects pratiques de l'échevinage », *in Échevinage et justice économique*, *RLDA* 01 sept. 2010, n° 52, p. 100.
- « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? », *RTD com.* 2011, n° 3, p. 644.
- « Droits de l'homme et droit des entreprises en difficulté », *in Entreprises en difficulté*, ss la dir. de Ph. Roussel Galle, LexisNexis 2012, coll. 360°, p. 909.
- « La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal », *D.* 2013, p. 338.

- « Le plan, les plans, quels plans ? (propos introductifs) », *in Les plans dans le livre VI du Code de commerce*, Actes du colloque organisé à l'Université de Caen, le 10 avril 2015, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, p. 60.
- « Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 : une avancée significative du droit européen de l'insolvabilité », *RLDA* 01 juill. 2015, n° 106, p. 17.

VALLIOT (R.), « 1re table ronde : Le mandat *ad hoc* et la conciliation : l'efficacité renforcée ? », *in La loi de sauvegarde en pratique, 10èmes Rencontres Petites Affiches, Maison du Barreau, 7 mars 2006*, *LPA* 21 sept. 2006, n° 189, p. 11, spéc. p. 18.

VARAUT (J.-M.), V°. *Indépendance*, *in Dictionnaire de la Justice*, ss. la dir. de L. Cadiet, PUF, 2004.

VATINET (R.),

- « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises », *JCP E* 1985, II, 14546, n° 21, p. 468.
- « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, n° 15, p. 9.

VERMEILLE (S.) et JAUFFRET (Th.), « Enfin un droit de la restructuration efficace ! », *LPA* 28 août 2017, n° 171, p. 5

VERMEILLE (S.), « Le volet droit des faillites de la loi Macron : une intention louable au départ mais un résultat dangereux à l'arrivée », *D.* 2015, n° 7, p. 382.

VIANDIER (A.), « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote », *in Prospectives du droit économique, Mél. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 311.

VIDAL (D.),

- « L'information comptable et l'objectif de prévention après la loi du 1er mars 1984 », *RF. Compt.* 1984, p. 474.
- « Rapport de synthèse », *in Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives*, *LPA* 9 janv. 2002, n° 7, p. 83.
- « Procédure collective et procédure d'arbitrage : quelle rencontre ? », *Gaz. Pal.* 31 oct. 2009, n° 304, p. 3.

VINCENT (C.), « La faillite du plan de cession (ou les incidences du *prepack*-cession) », *D.* 2015, n° 10, p. 577.

VINCKEl (F.), « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques », *LPA* 12 juin 2006, n°116, p. 7.

VIRASSAMY (G.), « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD com.* 1988, p. 179.

VOINOT (D.),

- « Quelles compétences pour les tribunaux de commerce en matière de procédures collectives ? », Table ronde, *Procédures* avril 2011, n° 4, p. 20.
- « L'efficacité incertaine du privilège de conciliation », *Revue Banque* 01 avril 2012, n° 747, p. 32.
- « Les frais de justice du débiteur : quelle prise en charge ? », *in Le droit des entreprises en difficulté est-il performant ?*, *Rev. proc. coll.* 2018, n° 1, p. 91.

W

WIEDERKEHR (G.),

- « Qu'est-ce qu'un juge ? », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 575.
- « Jugement. De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse », *Justices* 1996, n° 4, p. 266.
- « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », *in Liber amicorum*, *Mél. D. Schmidt*, Joly éditions, 2005, p. 487.
- « Le juge gérant », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 385.

Z

ZATTARA-GROS (A.-F.), « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, *Mél. D. Tricot,* Dalloz-Litec, 2011, p. 623.

ZINTY (S.), « Projet de loi « PACTE » : examen des mesures relatives au droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2018, n° 28, p. 9.

ZWERGER (D.), « La détection précoce des difficultés des entreprises », Table ronde, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 1, p. 49.

IV. OBSERVATIONS, NOTES

A

ARMAND-PREVOST (M.), note ss. Com. 14 mai 2002, n° 98-22.446 *RJ com*. 2002, p. 412

AUZERO (G.), note ss. Soc. 12 juill. 2006, n° 04-47.558, *BMIS* 01 déc. 2016, n° 12, p. 1429.

B

BARBIERI J.-F., note ss. Com. 14 janv. 1992, arrêt *Vitama*, Bull. civ. IV, n° 19, JCP G 1992, II, 21849.

BORGA (N.), obs. ss. CA Paris, 5e ch., 22 sept. 2016, n° 15/25086, *Sté L'Immobilière Hôtelière, BJE* 01 fév. 2017, n° 02, p. 147.

BOUSQUET J.-C., note ss. Com. 14 janv. 1992, arrêt *Vitama*, Bull. civ. IV, n° 19, *D*. 1992, p. 337.

C

CAGNOLI (P.), note ss. Com. 9 juill. 2013, n°12-13.193, *Rev. proc. coll.* 2014, n°1, p. 30.

COHEN, note ss. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314 : *Dr. soc.* 1998, p. 87.

COURET (A.), note ss. CA Paris, 2 avril 1999, *sté. Gan incendie-accident c/ sté. Cible financière et a.*, n° 1998/19517, *BJE* 01 nov. 1999, n° 11, p. 1084.

D

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), obs. ss. T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, RG n° 2010L00346 (jugement arrêtant le plan de sauvegarde), *D.* 2010, p. 2504.

DEBOISSY F. et WICKER G., obs. ss. Civ. 3ème, 16 déc. 2009, *JCP E* 2010, 1145, p. 32.

DELATTRE (Ch.), note ss. CA Douai, 2e ch., 4 déc.2013, n° 12/05585, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 6, comm 148, p. 29.

DELATTRE (Ch.),

- note ss. CA Douai, 2e ch., 29 nov. 2012, n° 12/00803, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 2, comm. 28, p. 23.
- obs. ss. CA. Pau 15 juill. 2010, n° 08/03319, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 168, p. 36.

DEMEYERE (D.), note ss. Com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 4, p. 23.

DERRIDA (F.), note ss. CA Rennes, 2e ch., 27 mars 1996, *SA Soifilène c/ Receveur des impôts de Rennes-Nord et a.*, *D.* 1997, p. 28.

DUTHEIL-WAROLIN L. , note ss. CA Limoges, 12 septembre 2005, *JCP E* 2006, p. 1129.

F

FAVARIO (TH.),

- note ss. Com. 22 mai 2013, n° 12-15.305, *BJE* 1er juill. 2013, n° 4, p. 244.
- obs. ss. Com. 22 sept. 2015, n°14-17377, *BJE* 01 nov. 2015, n° 6, p. 360.

FRICERO (N.),

- note ss. CEDH, 4 oct. 2007, req. n°17997/02, aff. *Le Stum c/ France, CDE* 2007, n°5, p. 10.
- note ss. CEDH, 6 juin 2000, req. n°34130/96, aff. *Morel c/France, D.* 2001, p. 1610.
- note ss. Cons. const , déc. n°2012-286 du 7 déc. 2012, *Sté Pyrénées services et a.*, JCP E 2013, n° 4, 1048, p. 22.

G

GHESTIN (J.), note ss. Com. 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, *JCP G* 1996, II, 22665.

GODON (L.), note ss. Com. 18 juin 2002, *BJS* 2002, p. 1197.

GOYET (C.), chron. ss. CEDH, 6 juin 2000, req. n° 34130/96, aff. *Morel c/France, D.* 2001, p. 328.

GRANGER (M.-A.), note ss. Com. 17 janv. 1956, *JCP G* 1956, II, p. 9601.

GUYON (Y.),

- note ss. Com. 9 mars 1993, *Flandin c. SARL Alarme service*, *D.* 1993, n° 25, p. 363.
- note ss. Com. 15 janv. 1991, *Rev. Sociétés* 1991, p. 383.
- note ss. Com. 9 mars 1993, *Flandin*, Bull. civ. IV, n° 101, *D.* 1993, p. 363.

H

HALLOUIN (J.-C.), note ss. Com. 27 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 159, *D.* 1998, p. 182.

HENRY (L.-C.), note ss. Com. 12 juill. 2016, n° 14-27.983, *Rev. Sociétés* 2016, p. 553.

HOUIN (R.),

- note ss. Com. 17 janv. 1956, *D.* 1956.
- note ss. Com. 18 avril 1961, Bull. civ. IV, n° 175, *JCP G* 1961, II, 12164.

L

LE CANNU (P.),

- note ss. CJCE 14 mars 1992, *Vasko SA et a. c/ AOE*, *BMIS* 1992, p. 6723.
- note ss. Com. 14 janv. 1992, arrêt *Vitama*, Bull. civ. IV, n° 19, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 273.
- note ss. Com. 30 nov. 2004, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 241 (§42).

LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E.), note ss. CEDH, 4 oct. 2007, req. n°17997/02, aff. *Le Stum c/ France,* Lexbase Hebdo 2007, n°278.

LE DIASCORN (H.), note ss. Com. 15 juillet 1992, Bull. civ. IV, n° 279, *D.* 1993, p. 279.

LEGEAIS (D.), note ss. Com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *JCP E* 2012, p. 1274.

LE NABASQUE (H.), note ss. Com. 31 janv. 1995, *Rev. Sociétés* 1995, p. 320.

LIBCHABER R., Civ. 1ère, 13 mai 2003, n° 01-11511, Bull. civ., I, n°114, note, *Defrénois* 2003, p. 1568.

LIENHARD (A.),

- obs. ss. Com. 14 mai 2002, n° 98-22.446, *D.* 2002, AJ, p. 1837
- obs. ss. CA Versailles, 18 nov. 2010, n° 10/01433, *D.* 2010, AJ, p. 2767.
- obs. ss. T. com. Nanterre, 17 fév. 2010, RG n° 2010L00346, *D.* 2010, A.J. p. 500.
- obs. ss. Com. 27 mars 2012, n° 10-20.077, *D.* 2012, p. 870.
- obs. ss. Com. 19 juin 2012, n° 11-18.940, *D.* 2012, p. 1670.

LINDON, note ss. Soc. 7 juill. 1961, *JCP G* 1961, II, 12287.

LUCAS (F.-X.) et DEDESSUS LE LOUSTIER (G.), obs. ss. Soc. 13 déc. 2017, n° 16-21773, *LEDEN* avril 2018, n° 4, p. 1.

LUCAS (F.-X.), « Responsabilité du dirigeant qui ne recourt pas à la prévention », *LEDEN* 10 sept. 2012, n° 08, p. 1, note ss. T. com. Valenciennes, 9 juill. 2012, n° 2012000586.

LUCAS (F.-X.), note ss. Com. 22 mai 2013, n° 12-15.305, *LEDEN* 9 juill. 2013, n° 7, p. 1.

LUCAS (F.-X.),

- note ss. Civ. 3ème, 14 fév. 2007, *Dr. Sociétés* 2007, com. n° 67.
- obs. ss. T. com. Évry, 6 avr. 2009, *LEDEN* 01 juill. 2009, p. 1.
- obs. 8 mars 2011, n° 10-13.988, n° 10-13.989, *LEDEN* 2012, n° 2, p. 1.
- obs. ss. CA Paris, 5e ch., 22 sept. 2016, n° 15/25086, *Sté L'Immobilière Hôtelière*, *LEDEN* 30 nov. 2016, n° 10, p. 1.
- obs. ss. CA Versailles, 13e ch., 14 sept. 2017, n° 15-08941, *LEDEN* 01 oct. 2017, n° 9, p. 1.

LYON-CAEN (A.), obs. ss. Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, *Dr. soc.* 1998, p. 245.

M

MACORIG-VENIER (F.),

- obs. ss. CA Paris 2 avril 1999, *RTD com.* 2000, p. 714.
- obs. ss. Com. 14 mai 2002, n° 98-22.446, *RTD com.* 2002, p. 532.

MALAURIE (Ph.), note ss. Com. 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, *D.* 1996, p. 518.

MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), note ss. Com. 14 mai 2002, n° 98-22.446 *D.* 2003, jurisp., p. 615.

MARTIN-SERF (A.), note ss. CA Versailles, 5 janvier 1988, *JCP G* 1988. 21002.

MELEDO-BRIAND (D.), note ss. CA Rennes, 2e ch., 27 mars 1996, *SA Soifilène c/ Receveur des impôts de Rennes-Nord et a.*, *JCP G* 1996, II, 22731, n° 47.

MENJUCQ (M.),

- CA Paris, 9e Ch., 25 fév 2010, arrêt numéro 09/22756, *SA Eurotitrisation contre SARL Dame LUxembourg, Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, p. 13.
- CA Versailles, 13e Ch., 19 janvier 2012, arrêt numéro 11/03519 « L'épilogue de l'affaire Cœur Défense sur les conditions de l'ouverture de la sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2012, n° 2, p. 15.

MERLE (PH.), note ss. Com. 9 mars 1993, *Flandin c. SARL Alarme service*, *Rev. Sociétés* 1993, n° 02, p. 403.

MESTRE (J.), obs. ss. Com. 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 65, *RTD civ.* 1997, p. 114.

N

Nef Naf (N.), obs. ss. CA Paris, 5e ch., 22 sept. 2016, n° 15/25086, *Sté L'Immobilière Hôtelière, LPA* 12 janv. 2017, n° 9, p. 6.

P

PARLEANI (G.), note ss. Com. 31 janv. 1995, *D.* 1995, p. 426.

PETEL (PH.), note ss. Com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *BJS* 2012, p. 493.

PIEDELIEVRE (S.), note ss. Com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *JCP G* 2012, p. 635.

R

RENUCCI (J.-F.), note ss. CEDH, 5e sect., 22 sept. 2011, n°60983/09, aff. *Tetu c/ France*, *Gaz. Pal.*, 21 janv. 2012, n° 19490, p. 6

ROLLAND (B.), obs. ss. Com. 16 juin 2009, n°08-13.565, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 2, p. 28

ROUSSEL GALLE (Ph.),

- note ss. CEDH, 5e sect., 22 sept. 2011, n°60983/09, aff. *Tetu c/ France, Rev. sociétés*, 2011, p. 728.
- note ss. CA Versailles, 18 nov. 2010, n° 10/01433, *BJE* 2011, p. 14.
- obs. ss. Com., 16 octobre 2012, n° 11-22.993, *Rev. Sociétés* 2012, p. 730.
- note ss. Com. 9 juill. 2013, n° 12-13.193, *Dict. perm. Diff. Entr.*, veille perm., 09 sept. 2013.

ROUTIER (R.), note ss. Com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *Gaz. Pal.* 04 août 2012, n° 217, p. 16.

ROYER (G.), note ss. Com. 31 mars 2009, *JCP E* 2009, n° 1844, p. 23.

RUBELLIN (P.),

- note ss. CA Douai, 2e ch., 29 nov. 2012, n° 12/00803, *BJE* 1er mars 2013, n° 50, p. 74.
- note ss. Com. 15 déc. 2015, n° 14-11500, *LEDEN* 04 janv. 2016, n° 1, p. 2.

S

SAINTOURENS (B.) et DUPRAT (P.), note ss. CEDH, 5e sect., 22 sept. 2011, n°60983/09, aff. *Tetu c/ France, Rev. proc. coll.* 2012, n° 1.

SOINNE (B.),

- obs. ss. Com. 23 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 436.
- obs. ss. T. com. Roubaix-Tourcoing, 19 nov. 2003, *Rev. proc. coll.* 2004, n° 1, p. 40.

SORTAIS (J.-P.), obs. ss. CEDH 17 janv. 2002, n°41476/98, *RJ com.* 2002, n°6, p. 272.

STEFANIA (T.), note ss. Civ. 2ème, 27 fév. 2014, n° 13-10891, *LPA* 19 mai 2014, n° 99, p. 7.

T

TALAU (J.-M.), CA Versailles, 13e Ch., 19 janv. 2012, *SA Eurotitrisation contre SAS Heart of la Defense*, *JCP E* 2012, n° 5, p. 12.

THERON (J.), note ss. Com. 9 juill. 2013, n°12-13.193, *Gaz. Pal.* 10 déc. 2013, n°344, p. 41.

THULLIER (B.), obs. ss. CA Versailles, 13e ch., 14 sept. 2017, n° 15-08941, *BJE* 01 nov. 2017, n° 6, p. 398.

VALLENS (J.-L.), note ss. CEDH, 6 juin 2000, req. n°34130/96, aff. *Morel c/France, RTD com.*, 2000, p. 1021.

VIANDIER (A.), note ss. Com. 14 janv. 1992, arrêt *Vitama*, Bull. civ. IV, n° 19, JCP E 1992, II, 301.

VIDAL (V.), note ss. Com. 17 nov. 1992, *D.* 1993, p. 41.

VOINOT (D.),

- note ss. Com. 9 juill. 2013, n°12-13.193, *Gaz. Pal.* 29 sept. 2013, n° 274, p. 26.
- note ss. Com. 12 juill. 2016, n° 14-27.983, *BJE* 01 nov. 2015, n° 6, p. 398.

V. DOCUMENTS D'INFORMATION ET RAPPORTS PUBLICS

ATTALI (J.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, La Documentation française, 2008.

BERNARD (M.), BABUSIAUX (C.) et PINOT (C.), *La mixité dans les juridictions commerciales*, Rapport Min. Just. et Éco. 1999.

CLEMENT (J.-M). et LE BOUILLONEC (J.-Y.), Rapp. Assemblée Nationale n° 3904, au nom de la commission des lois, *en nouvelle lecture sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle,* 30 juin 2016.

COULON (J.-M.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, La Documentation française, 2008.

DELOITTE (A.), *L'entreprises en France, Dans l'antichambre de la reprise*, rapp. annuel, 10è éd. , mars 2015 (disponible en ligne).

DELOITTE (A.), *L'entreprise en difficulté en France. Un équilibre fragile*, mars 2017(disponible en ligne).

DELOITTE (A.) *Défaillances d'entreprises*. T2. 2018 (disponible en ligne).

DE ROUX (X.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprise*s, Rapport Assemblée nationale n°2095, 11 février 2005.

DETRAIGNE (Y.), Rapport Sénat n° 839, au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée Nationale, *de modernisation de la justice du XXIème siècle,* 21 sept. 2016.

DU MARAIS (B.) (ss la dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthologiques des rapports Doing Business, études du programme de recherches sur l'Attractivité économique du droit,* La Documentation Française, 2006.

FRASSA (C.-A.), *Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, et sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collective*, Rapport du Sénat n°90, 21 octobre 2015.

GIROD (P.), sur le projet de loi relatif aux tribunaux de commerce, Rapport fait au nom de la Commission des lois, n° 178, 2002.

GOUZES (G.), *Rapport relatif à loi n° 881202 du 30 décembre 1988 relative a l'adaptation de l'exploitation agricole a son environnement economique et social*, Rapport Assemblée nationale, 12 octobre 1988.

HAEHL (J.-Ph.), MUNOZ-PEREZ (B.) et MOREAU (C.), Premier bilan statistique de l'application de la loi de sauvegarde par les tribunaux de commerce en 2006 et 2007, Ministère de la Justice, juin 2008.

HYEST (J.-J.), Rapp. Sénat n° 335, au nom de la commission des lois, *sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, 11 mai 2005.

LACABARATS (A.), *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIe siècle*, rapport remis à la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, août 2014.

LEHNE (K.-H.), *Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés : 2011/2006 (INI), doc. PE 467.008, Rapport 17 oct. 2011, § 2.1.*

MAGENDIE (J.-C.), sur la réforme des tribunaux de commerce, 2013.

MARSHALL (D.), *Les juridictions du XXIe siècle*, rapport remis à la Garde des Sceaux, décembre 2013.

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, Les commissaires au redressement productif, min. du Redressement productif, mars 2013 (disponible en ligne).

MONTEBOURG (A.) et COLCOMBET (F.), *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?,* Rapport de la Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée Nationale, Rapport n° 1038, Michel Lafon, 1998.

NOTAT (N.) et SENARD (J.-D.), *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'économie et des finances du travail, 9 mars 2018.

NOURY (J.-P.), *La « judiciarisation » de l'économie*, Rapport présenté au Conseil économique et social au nom de la section des finances, 2004.

SUDREAU (P.), *Rapport du Comité d'études pour la réforme de l'entreprise*, La Documentation française, février 1975.

TASCA (C.) et MERCIER (M.), *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, Rapport Assemblée nationale n°404, 26 février 2014.

UNTERMAIER (C.) et BONNOT (M.), sur le rôle de la justice en matière commerciale, Rapp. information AN n° 1006 du 24 avr. 2013.

VI. ARTICLES DE PRESSE, ENTRETIENS

BELLAN (M.), « Juristes et parlementaires font la promotion du droit continental », *Les Echos*, 01 nov. 2011.

BOUDET (A.),

- « Alma Consulting autorisé à ouvrir des procédures de sauvegardes accélérées », *Les Echos*, 23 sept. 2014 ;
- « Alma Consulting repart de l'avant », *Les Echos*, 19 nov. 2014 ;

- « Le numéro un européen du conseil en optimisation des coûts s'offre le numéro 3 français », *Les Echos*, 9 janv. 2015.

CHOPARD (B.), « Enchères, redressement ou liquidation judiciaire », *L'Actualité Economique*, Vol. 80, n° 4, Déc. 2004, p. 655.

COSNARD (D.), « Alma Consulting, un nouveau champion français bientôt repris par ses créanciers », *Le Monde*, 7 sept. 2014.

VERHEUGEN (G.), « Un grand nombre de faillites et de cas d'insolvabilité d'entreprises pourraient être évités », Bruxelles, le 28 mars 2006, site de la Commission européenne.

Entretiens avec : M. BOUCLY, le 26 mars 2009 (T. com. Nanterre) ; M. le Président VEDRENNE, le 19 mai 2009 (T. com. Bobigny) ; Mme. HOULETTE le 10 mars 2012 (CA. Paris) ; M. le Président CHASSAING le 9 juillet 2014 (T. com. Nanterre).

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accord

- contrat.....7, 12.
- négociation..... 12.

Accord de conciliation

- Nature juridique 21,
- Force exécutoire. 60 s, 167, 169, 228.

Accord collectif.....13, 138.

Aide d'État..... 120.

AGS

- Mission .....142, 143.
- Consultation ..... 142.

Alerte ..... 2, 147, 280.

Arbitrage ..... 230.

Associés

- Abus de minorité et de majorité 274.
- Éviction ..... 115 s.

Assurance .....36, 37.

Autorités administratives indépendantes 231, 236, 309 s.

Autodistribution, 73, 79, 110.

C

Cellule judiciaire de détection-prévention ..... 309.

Cessation des paiements .....18, 196.

Cession judiciaire ..... 184 s.

Chapter eleven ..... 76, 82, 92.

Comité d'entreprise.....26, 132 s, 288 s.

Comités des créanciers 69 s, 94 s, 179, 182, 321.

Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI), comité départemental d'examen des difficultés de financement des entreprises (CODEFI) .....126 s.

Commission du surendettement 231, 236, 250, 317.

Compromis ..... 17.

Concertation, v. Négociation.

Conciliateur .....24, 31 s, 77, 78.

Conciliation obligatoire.....313, 315, 326.

Concordat..... 20, 175.

Confiance..... 14, 243, 259 s.

Confidentialité .....26, 278 s, 290.

Conflits d'intérêts.....32.

Constatation .....21 s, 28, 61, 202.

Consultation, v. Négociation.

Contractualisation... 16, 23 s, 105, 179, 193, 203, 233, 256 s.

Contrat judiciaire .....177.

Cram down.....80, 96, 211.

Créanciers publics ..... 110, 118 s, 123 s.

- CCSF.....123 s.
- Remise de dette publiques.....119 s.

D

Délais de grâce ..... 22, 48 s, 54, 295.

Démocratie participative ..... 258.

Détection-prévention ..... 2, 126, 133, 152, 307 s.

Dirigisme judiciaire ..... 4, 176 s, 220, 251.

E

Échevinage : v. *Juge-consulaire* .....

Égalité des créanciers 53, 79, 82, 92, 203 s.

Engagement de vote ..... 89.

Entreprise

- Définition ..... 158.

F

Faillite ..... 1.

G

Guichet unique.....

- CCSF ..... 124.
- Détection-prévention ..... 307 s.

H

Homologation..... 23, 44, 62, 102, 183, 296.

I

Impartialité..... 156, 240 s, 276.

Indépendance ..... 57 s, 240.

Information .....30, 77, 125, 132 s, 278.

Intérêt collectif ..... 65, 108, 160, 204 s, 274.

Intérêts en présence ..... 58, 137, 158 s, 249, 262 s.

J

Judiciarisation ..... 23, 175 s, 238.

- comp. Déjudiciarisation, 236, 316, 325, 331.

Juge ..... 25, 146 s, 151 s, 217, 238.

Juge-commissaire ..... 108, 152.

Juge-consulaire, 99, 240 s.

- Échevinage, 241.

L

Lock up agreements.....92.

Loyauté..... 252, 267 s, 276 s.

M

Magistrature économique ....176, 218, 220.

Mandat *ad hoc* ... 81, 99, 157, 162, 178, 197.

Masse des créanciers ..... 83, 157.

Mandataire à l'exécution de l'accord ...65.

Médiateur du crédit.....127.

Ministère public

- Avis ..... 34, 58, 95, 163, 200.
- Évolution .....198.
- Statut .....57.

Modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ..... 237, 258.

N

Négociation

- Accord.....12.
- Concertation .....11.
- Consultation.....10.

- Définition ..... 9, 13.

New money, v. Privilège.

O

Office du juge :

- définition ..... 145, 237, 329.

Ordre public .....188, 189.

P

Pacification .....97, 264.

Plans

- cession ..... 140, 186 s.
- continuation ..... 174.

Président du tribunal

- alerte ..... 147.
- évolution (droit à l'information) . 278.

Prepack ..... 68 s, 97 s, 139 s.

Privilège

- privilèges, 119, 214.
- *privilège de new money,* 43 s, 103, 207, 279.

Promesses unilatérales, 90.

Publicités ..... 44, 124, 279.

R

Règlement amiable agricole .... 29, 43, 318.

Rémunération

- Mandataires ..... 56, 197.
- Conciliateurs ..... 33 s.

Résolution .....22 s, 162, 163, 200.

Responsabilité

- Dirigeant ..... 312, 313.
- Créanciers ..... 46 s.

S

Salariés

- Institutions représentatives du personnel ..... 132 s.

Soutien suffisamment large

- Notion .....69.

Suspension des poursuites ..... 23, 326.

T

Thomson ..... 16, 71, 79.

Traitement administratif .....126, 129 s.

Transparence ..... 124, 249, 270, 279 s.

Transaction ..... 12, 17.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS **3**

Liste des principales abréviations **5**

SOMMAIRE **11**

INTRODUCTION GENERALE **13**

§ 1. Perspective historique 13

§ 2. La négociation : un phénomène en expansion 19

§ 3. Le concept retenu de négociation 29

§ 4. Le sens du concept retenu 33

§ 5. Détermination du projet 37

PREMIÈRE PARTIE. LA NÉGOCIATION, FACTEUR DE NOUVEAUX EQUILIBRES **45**

TITRE 1. La négociation, facteur de nouveaux équilibres au sein des procédures **47**

Chapitre 1. Négociation promue et contrôle accru : le cas de la conciliation 49

Section 1. La promotion d'un traitement privé des difficultés 51

§ 1. La privatisation du traitement des difficultés 52

A. Le renforcement de l'aménagement privé de la conciliation 52

1. Un aménagement privé des difficultés 52

2. La contractualisation de la procédure 60

B. Le renforcement des atouts de la conciliation 65

1. La confidentialité réaffirmée 65

2. La durée de la procédure clarifiée 67

§ 2. Les incitations à la conciliation 69

A. Les incitations en faveur du débiteur 70

1. La maîtrise partielle des contours de la procédure par le débiteur 71

a) La maîtrise partielle de la demande d'ouverture 71

b) La maîtrise partielle du coût de la procédure 75

2. La préservation totale du sort du débiteur 80

B. Les incitations en faveur des partenaires de l'entreprise 82

1. L'amélioration du sort des garants 83

2. L'amélioration du sort des créanciers 86

a) Le privilège de *new money* 86

b) La responsabilité limitée des créanciers 93
Section 2. Le renforcement des contrôles de la conciliation 96
§ 1. L'encadrement judiciaire renforcé en amont de l'accord 97
A. L'octroi judiciaire des délais de grâce 97
1. La mise en œuvre des délais de grâce 97
a) Une mise en œuvre facilitée 97
b) Une mise en œuvre encadrée 101
2. Les interrogations persistantes 103
B. Le contrôle accru du ministère public 106
1. Les critiques du renforcement du contrôle 106
2. Les justifications du renforcement du contrôle 109
§ 2. L'encadrement judiciaire renforcé en aval de l'accord 111
A. Le contrôle opéré lors de la formalisation de l'accord 112
B. Le contrôle opéré lors de l'exécution de l'accord 116
Conclusion du Chapitre 121
Chapitre 2. Négociation injectée et sujétion maintenue : le cas des sauvegardes accélérées 123
Section 1. L'originalité de la combinaison 126
§ 1. Un processus négocié 126
A. La négociation du projet de plan 126
B. Les atouts de la négociation 131
1. Un traitement rapide 132
2. Un traitement souple et confidentiel 133
3. Un traitement sécurisé 134
§ 2. Un résultat imposé 137
A. Un plan unilatéral 137
B. Un domaine restreint 139
Section 2. La signification de la combinaison 142
§ 1. Des procédures de sauvegarde hybrides 143
A. La nature hybride des procédures 143
1. Des procédures semi-collectives 143
2. Des procédures quasi-consensuelles 147
B. Le régime juridique ambigu du résultat des négociations 149
1. La question de la force obligatoire du *prepack* 150
a) Un *prepack* non contraignant 150

b) Les parades juridiques assurant le vote conforme des créanciers 154
2. La question de l'exécution du plan 160
§ 2. Des procédures collectives incitatives 162
Conclusion du Chapitre 167
Conclusion du Titre 1 169
TITRE 2. La négociation, facteur de nouveaux équilibres entre les acteurs 171
Chapitre 1. La rénovation du rôle des parties 173
Section 1. Les participations encouragées 174
§ 1 La pleine implication des créanciers privés 175
A. L'amélioration générale du sort des créanciers privés 176
1. Les manifestations de l'association des créanciers 176
2. Les incitations aux créanciers privés de prendre part aux négociations 179
B. L'octroi d'un pouvoir d'initiative dans les comités 183
1. Un pouvoir d'initiative renforcé 184
2. Les difficultés liées à la composition et au fonctionnement des comités 190
§ 2 La recherche de l'implication des associés 200
Section 2. Les participations insuffisantes 209
§ 1 Un traitement administratif imparfait 209
A. Le dispositif insuffisant des remises de dettes publiques 210
1. Les atouts : l'assouplissement des conditions d'octroi des remises 210
2. Les faiblesses : l'impossibilité de négocier les remises 216
B. Le dispositif incomplet de la médiation 220
1. Les atouts : des négociations facilitées 221
2. Les faiblesses : un encadrement juridique inachevé 227
§ 2 Une intégration des salariés et de l'AGS incomplète 230
A. La participation limitée des institutions représentatives du personnel 231
1. Les prérogatives des institutions représentatives du personnel 231
2. Les insuffisances liées à l'absence de participation effective 238
B. La participation limitée de l'AGS 245
1. Les prérogatives de l'AGS 246
2. Les propositions d'évolution 247
Conclusion du Chapitre 251
Chapitre 2. La rénovation de l'office du juge 253
Section 1. L'office du juge : de la promotion du dialogue à l'exercice du contrôle 255

§ 1 Favoriser le dialogue....255
A. Un « juge-entraîneur »....256
B. Un « juge-pacificateur »....262
§ 2 Exercer le contrôle....265
A. Le contrôle du cadre des négociations....265
1. Le contrôle de la situation du débiteur....265
2. Le contrôle des organes de la procédure....268
B. Le contrôle du résultat des négociations....272
1. La préservation des intérêts en présence....272
2. La consécration de l'accord....278
Section 2. L'office du juge : reflet de l'hybridation des procédures....280
§ 1 L'accord de conciliation : la montée en puissance du juge....281
A. Des accords « simples » marginalisés....282
B. Le contrôle judiciaire renforcé dans le constat et l'homologation....283
1. Un contrôle renforcé par la pratique judiciaire dans le constat....284
2. Un contrôle renforcé par les textes dans l'homologation....287
§ 2 Les plans de continuation et de cession : l'atténuation de l'unilatéralisme judiciaire....291
A. Les manifestations passées de l'unilatéralisme judiciaire....292
1. Le pouvoir décisionnel du juge sous l'ordonnance du 23 septembre 1967....292
2. La « judiciarisation » des plans avec la loi du 25 janvier 1985....294
B. L'atténuation actuelle de l'unilatéralisme judiciaire....298
1. Les pouvoirs du juge diminués dans le plan de sauvegarde et de redressement....298
a) Le plan façonné par les parties dans le cadre des comités des créanciers....298
i. Un plan distinct du plan de droit commun....299
ii. Un plan issu des volontés concordantes des comités et du débiteur....302
b) Le jugement arrêtant le plan est-il un jugement d'homologation ?....306
2. Les pouvoirs du tribunal diminués dans le plan de cession....309
a) Cession judiciaire des contrats et diminution ponctuelle des pouvoirs du tribunal....309
b) *Prepack*-cession et diminution générale des pouvoirs du tribunal....311
Conclusion du Chapitre....315
Conclusion du Titre 2....316
CONCLUSION DE LA PARTIE 1....318

SECONDE PARTIE. LA NÉGOCIATION, PORTEUSE DE RENOUVELLEMENT DE VALEURS 321

TITRE 1. L'ébranlement de valeurs traditionnelles par la négociation 323

Chapitre 1. L'ébranlement de principes fondateurs traditionnels 325

Section 1. L'ordre public économique altéré 326

§ 1 La dilution de l'ordre public économique 326

A. L'intervention étatique dans la vie économique des entreprises en difficulté ... 327

1. L'ordre public, une notion évolutive 327

2. L'importance de l'ordre public économique en droit des entreprises en difficulté 332

B. La disparition d'un ordre public économique exclusivement coercitif 334

1. L'évolution des finalités assignées au droit des entreprises en difficulté 334

2. Des procédés souples de traitement des difficultés 337

a) L'assouplissement des cadres 337

b) L'assouplissement des sanctions 341

§ 2 La réapparition de l'ordre public économique 342

A. Le ministère public, tour de garde de l'ordre public économique 343

B. Le juge consulaire, garant de l'ordre public économique 346

Section 2. L'égalité des créanciers atténuée 349

§ 1 Les manifestations de l'atténuation du principe d'égalité 352

A. Le renforcement des traitements différenciés par la négociation 352

1. Les exceptions classiques au principe d'égalité 353

2. La négociation et les nouvelles exceptions au principe d'égalité 354

B. L'altération de la discipline collective 360

§ 2 Les justifications de l'atténuation du principe d'égalité 363

Conclusion du Chapitre 369

Chapitre 2. L'ébranlement de la conception traditionnelle de la figure du juge 371

Section 1. La remise en cause du système judiciaire 372

§ 1 Les critiques du système judiciaire 373

A. Les critiques portant sur l'évolution du rôle du juge 373

1. Un juge gestionnaire des entreprises en difficulté 373

2. Un juge exerçant une mission économique 379

B. Les critiques portant sur le système exclusivement judiciaire du traitement des difficultés 383

§ 2 Les propositions alternatives au système judiciaire 386

A. L'alternative fondée sur le traitement contractuel et privé 386
B. L'alternative fondée sur le recours à une autorité non judiciaire 389
Section 2. Les raisons du maintien du juge 393
§ 1 L'impossible éviction du juge 393
A. Les défauts d'une éviction du juge 394
1. Les défauts du traitement privé et contractuel 394
2. Les défauts du traitement par une autorité non judiciaire 397
B. La réaffirmation du rôle du juge 399
§ 2 Les garanties offertes par le juge 404
A. Les garanties inhérentes aux qualités du juge 405
1. Les exigences d'impartialité et d'indépendance 406
2. Une compétence étendue des juges 412
B. Les garanties inhérentes à l'action du juge 415
1. La protection des garanties procédurales 416
2. La protection du processus négocié 419
a) La protection du déroulement des négociations 420
b) La sécurisation du produit des négociations 423
Conclusion du Chapitre 427
Conclusion du Titre 1 428
TITRE 2. L'émergence de nouvelles valeurs grâce à la négociation. 431
Chapitre 1. L'émergence de nouveaux principes fondateurs 433
Section 1. La vertu pacificatrice de la négociation 434
§ 1 L'acceptabilité de la solution négociée 434
A. L'acceptabilité dans le contexte de contractualisation de la société 435
1. La participation du citoyen à la production de la norme 435
2. La participation du justiciable à la solution du litige 440
B. L'acceptabilité du traitement négocié des difficultés d'une entreprise 442
§ 2 La restauration du lien de confiance 445
Section 2. Les exigences procédurales au service de la vertu pacificatrice 453
§ 1. La loyauté 455
A. La loyauté des parties 456
1. La loyauté des partenaires de l'entreprise en difficulté 457
2. La loyauté des membres de l'entreprise en difficulté 461
a) Le comportement loyal du dirigeant 461

b) L'exercice non-abusif du droit de vote des associés 462
B. La loyauté procédurale 466
§ 2. La confidentialité 468
A. La faveur faite à la confidentialité 469
1. La coexistence entre confidentialité et transparence 469
2. Les manifestations de la confidentialité 474
B. Des difficultés subsistantes 478
1. Une confidentialité parfois limitée 478
2. Une confidentialité parfois excessive 481
a) Un débat ancien sur l'information des représentants du personnel 482
b) L'information des représentants du personnel désormais limitée par la loi 484
i. L'information limitée 484
ii. La nécessité d'une information étendue 487
Conclusion du Chapitre 491
Chapitre 2. L'émergence d'une culture de la négociation 493
Section 1. L'attractivité du traitement négocié 493
§ 1 L'attractivité grandissante au niveau national 496
A. Des outils en faveur des parties 497
1. De la souplesse pour le débiteur 498
2. Des garanties pour les créanciers 499
B. Une utilisation croissante des outils 501
1. La variabilité des statistiques 501
2. La progression des procédures préventives et amiables 502
3. Les impacts positifs sur la situation sociale des entreprises 508
§ 2 L'attractivité relative au niveau international 512
A. Une faible attractivité à l'international 512
B. Une faible attractivité à nuancer 516
Section 2. La généralisation souhaitée du traitement négocié 521
§ 1. La systématisation du traitement négocié préventif 522
A. L'unification de la détection-prévention 522
1. Les propositions de renforcement de l'information économique 523
2. La création d'un guichet unique 526
B. Un recours systématique au traitement amiable préventif 529

1. Renforcer les incitations 530
2. Instaurer une négociation obligatoire 532
§ 2. L'amélioration du traitement négocié à la lumière d'autres droits 535
A. La généralisation de la pré-négociation à la lumière du droit interne 535
B. Le renforcement des instruments négociés à la lumière des droits étrangers 539
1. La négociation au sein des systèmes étrangers 540
a) La place faite à la négociation 541
b) L'implication des acteurs 548
i. La participation des créanciers 548
ii. L'intervention judiciaire 551
2. Le traitement négocié encouragé par le droit européen 553
Conclusion du Chapitre 558
Conclusion du Titre 2 560
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 562
CONCLUSION GENERALE 564
BIBLIOGRAPHIE GENERALE 569
INDEX ALPHABETIQUE 625
TABLE DES MATIERES 629

Résumé :

S'intéresser à la négociation en droit des entreprises en difficulté peut sembler, de prime abord, surprenant tant cette branche du droit est marquée du sceau de l'ordre public. La logique de dialogue entre le débiteur et ses créanciers s'observe pourtant de plus en plus dans la majorité des procédures offertes au débiteur pour traiter ses difficultés. C'est que les perspectives du législateur ont changé : il ne s'agit plus seulement de sanctionner, mais davantage de prévenir les difficultés et de sauvegarder les entreprises avec l'intime conviction qu'une norme consentie est une norme efficace. De cette évolution est née la volonté d'appréhender le phénomène actuel de la négociation dans ses effets sur le droit des entreprises en difficulté. Il s'est agi de déterminer, dans les textes, la réalité des négociations et, en contrepoint, la part réelle du pouvoir du juge. Ce sont d'abord les équilibres au sein des procédures qui ont été bouleversés par la promotion du processus de négociation, en particulier s'agissant de celles qui, à l'origine, étaient judiciaires et collectives et dans lesquelles l'unilatéralisme était prégnant. À l'inverse, on observe un phénomène de judiciarisation des procédures amiables avec le souci de sécuriser des processus négociés. De ce fait, la ligne de partage entre les procédures amiables et les procédures judiciaires est moins claire que par le passé. Le développement de la négociation, a aussi modifié les équilibres entre les acteurs : au cœur de la recherche de la solution à apporter aux difficultés de l'entreprise, le débiteur et ses créanciers se retrouvent placés au premier rang. Enfin, les mutations opérées par l'intégration de la négociation en droit des entreprises en difficulté modifient également les valeurs traditionnellement attachées à la matière. Les principes traditionnels tels que l'égalité des créanciers s'en trouvent atténués. Cependant, ces changements offrent surtout un droit plus équilibré et plus attractif. Si l'office classique du juge semble dénaturé, son pouvoir se retrouve corrélativement renforcé. Le processus de négociation nécessite en effet la mise en place d'un cadre juridique strict et un contrôle judiciaire important afin d'assurer la garantie des droits fondamentaux des parties. Surtout, le débiteur et ses créanciers accepteront plus aisément une solution dont ils ont la maîtrise. Il ressort de cette évolution, le constat d'un droit davantage fondé sur l'idée de confiance. Ainsi, en raison des nombreux avantages qu'on lui connaît, la voie amiable pourrait encore jouer de ses charmes auprès du législateur français.

Mots-clés *: accord ; contrat ; déjudiciarisation ; juge ; rapports de force ; équilibres ; principes traditionnels ; détection et prévention des difficultés ; confiance ; dialogue ; consensus ; mode amiable de règlement des différends ; traitement administratif des entreprises en difficulté ; attractivité.*

Abstract :

At first glance, it may seem surprising to focus on negotiation in *insolvency law* since this branch of law is marked by the seal of public order. However, the logic of dialogue between the debtor and his creditors is increasingly observed in most of the procedures offered to the debtor to deal with his difficulties. The legislator's perspectives have changed: it is no longer just a question of sanctioning, but more of preventing difficulties and safeguarding companies. This evolution has given rise to the desire to understand the current phenomenon of negotiation in its effects on the law of companies in difficulty. The aim was to determine, in the texts, the reality of the negotiations and, as a counterpoint, the real share of the judge's power. The promotion of the negotiation process in dealing with business difficulties has upset, on the one hand, the balances within the procedures. Negotiations appear to have been strengthened in procedures that were originally judicial and collective and in which unilateralism was prevalent. Conversely, mutual agreement procedures are more judicial in nature than before. As a result, the dividing line between amicable and judicial proceedings is less clear than in the past. The development of negotiation has also upset the balances between the players: at the heart of the search for a solution to the company's difficulties, the debtor and his creditors are placed at the forefront of the processing. The changes brought about by the integration of negotiation into the law of companies in difficulty are also changing the values traditionally attached to the subject. Traditional principles such as the equality of creditors are reduced. However, these changes offer above all a more balanced and attractive law. If the judge's traditional office seems to be distorted, his power is strengthened accordingly. The negotiation process requires the establishment of a strict legal framework and significant judicial control to ensure that the fundamental rights of the parties are guaranteed. Above all, the debtor and his creditors will more easily accept a solution in their control. This development shows that the law is more based on the idea of trust. Thus, because of the many advantages known to it, the amicable way could still play its charms with the French legislator.

Keywords : *agreement ; contract ; judge ; power relations ; balances ; traditional principles; detection and prevention of difficulties; trust; dialogue; consensus; amicable dispute resolution; administrative treatment of companies in difficulty ; attractiveness.*