Université Paris Nanterre

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

Membre de l'Université Paris Lumières

École Doctorale
Droit et Science Politique

Unité de recherche
Centre de Droit Civil des Affaires et du Contentieux Économique

Marie VAS

L'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés - Réflexion sur une crise de légitimité en droit des entreprises en difficulté

Thèse présentée et soutenue publiquement le 22 mars 2023

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

de l'Université Paris Nanterre

sous la direction de Béatrice THULLIER, Université Paris Nanterre

Jury :

Rapporteure :	Mme Marie-Hélène MONSÈRIÉ-BON	Professeure des universités, Université Paris Panthéon-Assas
Rapporteur :	M. Philippe ROUSSEL GALLE	Professeur des universités, Université Paris Cité
Membre du jury :	Mme Françoise PÉROCHON	Professeure émérite, Université de Montpellier
Membre du jury :	M. David ROBINE	Professeur des universités, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme Béatrice THULLIER	Professeure émérite, Université Paris Nanterre

« L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs »

REMERCIEMENTS

Je remercie Madame la Professeure Béatrice Thullier de m’avoir transmis le goût de la recherche et d'avoir dirigé cette thèse. La rigueur et la richesse de ses observations, ainsi que ses grandes qualités humaines, ont été un soutien essentiel à l’aboutissement de ce travail.

Qu’elle veuille bien trouver ici l’expression de ma profonde reconnaissance.

Liste des principales abréviations

Al.	Alinéa
Anc.	Ancien
Art.	Article
Art. cit.	Article cité
Bibl.	Bibliothèque
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BJT	Bulletin Joly Travail
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciale
CA	Cour d'appel
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Con. Conc. Conso.	Revue contrat concurrence consommation
Cons. const.	Conseil constitutionnel

CPC	Code de procédure civile
C. pén.	Code pénal
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
D. actu	Dalloz actualité
dir.	Direction
doss.	Dossier
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. Sociétés	Revue de Droit des sociétés
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 – édition Entreprise
JCP G	La Semaine Juridique – édition Générale
JCP S	La Semaine Juridique – édition Sociale
LBO	*Leveraged buy-out*
LPA	Les Petites Affiches
LEDEN	L'essentiel du droit des entreprises en difficulté
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit.	*loco citato* (à l'endroit cité)
Mél.	Mélanges
n°	Numéro
Obs.	Observations
Op. cit.	*Opus citato* (ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance

p.	Page(s)
préc.	Précité
préf.	Préface
PUAM	Presse Universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse Universitaires de France
Rapp.	Rapport
RDC	Revue de droit des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Rép. Com.	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial
Rev. conc. conso.	Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
Rev. UE	Revue de l'Union européenne
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de Droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLC	Revue Lamy de la Concurrence
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RSE	Responsabilité sociale de l'entreprise
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Suivant(s)
SSL	Semaine Sociale Lamy

ss.	Sous
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
V°	« Verbo »
V.	Voir
Vol.	Volume

Résumé de la thèse

L'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés se manifeste au travers de deux affaires emblématiques : Cœur Défense et Sodimédical. Dès lors, l'instrumentalisation semble recouvrir les situations dans lesquelles l'effort collectif mis en place au sein de la procédure pour traiter les difficultés du débiteur n'apparaît pas légitime. La question de savoir à quel titre ces situations sont perçues comme illégitimes conduit à reconstituer le système formé par le droit des entreprises en difficulté afin de déterminer ce qui fait sa légitimité. Sa cohérence, son ordre tiennent à sa finalité essentielle : le traitement d'une entreprise en difficulté. Or, les conditions d'ouverture de procédures collectives n'étant pas appréciées à l'aune de cette finalité, une procédure collective peut être ouverte à l'égard d'un débiteur qui n'est pas une entreprise. Dans ces circonstances, la légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté est mise en cause. Ce droit est instrumentalisé dès lors qu'il bénéficie à un débiteur qui n'est pas une entreprise, ce qui trouve à se réaliser particulièrement au sein des groupes de sociétés où le principe de l'autonomie de la personne morale ne permet pas de se saisir de l'entreprise. La problématique révélée par l'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés démontre une crise de légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté.

Mots-clés :

1. Instrumentalisation
2. Procédures collectives
3. Entreprise
4. Groupes de sociétés
5. Légitimité
6. Droit économique
7. Ministère public
8. Ordre public économique
9. Cœur Défense
10. Sodimédical

Thesis summary

The instrumentalization of collective proceedings by groups of companies is illustrated by two emblematic cases: Heart of La Defense and Sodimédical. Instrumentalization seems to cover situations in which the collective effort put in place within the procedure to deal with the debtor's difficulties does not appear legitimate. The question of how these situations are perceived as illegitimate leads us to reconstitute the system formed by the law of firms in difficulty in order to determine what constitutes its legitimacy. Its coherence and order are due to its essential purpose : the treatment of a firm in difficulty. However, since the conditions for opening collective proceedings are not assessed in the light of these purposes, collective proceedings can be opened against a debtor that is not a firm. In these circumstances, the legitimacy of the application of the law on firm in difficulty is called into question. This right is used as an instrument when it benefits a debtor who is not a firm, which is particularly true within groups of companies where the principle of the autonomy of the legal person does not allow the firm to be seized. The problem revealed by the use of collective proceedings by groups of companies demonstrates a crisis of legitimacy in the application of the law on firm in difficulty.

Key words :

1. Instrumentalization
2. Insolvency proceedings
3. Firm
4. Groups of companies
5. Legitimacy
6. Economic right
7. Public prosecutor
8. Economic order
9. Heart of La Defense
10. Sodimédical

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

UN DROIT « INSTRUMENTALISABLE »

Titre 1. Un droit fondamentalement instrumental

Chapitre 1. Un droit instrument d'une politique économique

Chapitre 2. Un droit instrument des choix du débiteur

Titre 2. Des procédures collectives instrumentalisées

Chapitre 1. Des procédures collectives affranchies de leur objet : l'entreprise

Chapitre 2. Des procédures collectives détachées des intentions de leur sujet : le débiteur

SECONDE PARTIE

UNE LEGITIMITE MENACEE

Titre 1. Un recours illégitime au droit des entreprises en difficulté

Chapitre 1. L'illégitimité des dérogations au lien d'obligation

Chapitre 2. L'illégitimité des répercussions sociales et économiques

Titre 2. Réflexions sur les remèdes à l'illégitimité

Chapitre 1. L'action du ministère public repensée

Chapitre 2. L'exigence d'une entreprise ou la restauration de l'objet de la législation

INTRODUCTION

1. L'instrumentalisation dévoile une crise de légitimité, un déficit d'ordre. Cette vision d'ensemble des dynamiques générales qui guident les évolutions de notre société porte un éclairage particulier sur l'instrumentalisation comme phénomène. Tracer les contours de la notion d'instrumentalisation est un préalable essentiel pour appréhender les problématiques que soulève ce sujet (§1). La rencontre du droit des entreprises en difficulté avec la notion d'instrumentalisation fait ressortir les paradoxes de ce droit, ses contradictions intrinsèques (§2). L'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés interroge, de façon fondamentale, la légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté (§3). Ce n'est qu'à la suite de l'identification de ces points de rencontre entre instrumentalisation et droit des entreprises en difficulté, qu'il devient possible de livrer la démarche de cette étude (§4).

§1- La notion d'instrumentalisation

2. **L'instrumentalisation dans le langage courant et dans une approche sociologique.** Dans les dictionnaires de la langue courante, l'instrumentalisation est définie comme le fait de considérer quelque chose ou quelqu'un comme un instrument, de considérer l'aspect utilitaire[1]. L'action d'instrumentaliser peut aussi recouvrir l'action d'utiliser à des fins détournées[2]. Elle est très souvent employée comme synonyme de récupération politique ou de manipulation.

3. L'instrumentalisation se caractériserait par le détournement d'une norme[3] ; détourner étant l'action de soustraire illégitimement une chose à sa destination normale pour son profit[4]. Cette dimension de l'instrumentalisation[5] ne peut être mise en œuvre que par une sorte de

[1] *Dictionnaire Le Robert*, V° Instrumentalisation ; *Dictionnaire Larousse de langue française*, 2023, v° Instrumentalisation.
[2] *Dictionnaire Le Robert*, préc.
[3] KAMINSKI (D.), DIGNEFFE (F.), ADAM (Ch.), CAUCHIE (J.-F.), DEVRESSE (M.-S.), FRANCIS (V.), « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *Rev. Sociologie et sociétés*, vol. 33, n° 1, printemps 2001, p. 42.
[4] *Dictionnaire Larousse*, 2023, V° détournement.
[5] Pour une dimension sociologique de l'instrumentalisation, V. FREITAG (M.) (entretien avec), « Les savoirs scientifiques entre transcendance et instrumentalisation », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 20, n°1, 1996, p. 176 et p. 181. Pour les sociologues, l'usage du concept d'instrumentalisation dénote la disparition de la référence à des normes communes dans les déterminants de la société. Le sociologue Michel Freitag notait que le fonctionnement de la société « ne se réfère plus lui-même à la reconnaissance de normes communes (…), mais opère seulement sur la base d'une gestion directe de la réalité, à caractère pragmatique, circonstanciel ». L'instrumentalisation induit une transformation des objets, humains ou non, en « matière première ».

processus de corruption ou d'effacement des finalités substantielles légitimes[6]. Le concept d'instrumentalisation n'est alors pas uniquement descriptif, « mais dénonciateur d'une pratique ou d'un processus, implicitement jugés pour le détournement d'une norme qu'ils manifestent »[7].

4. **L'instrumentalisation en droit**. La notion d'instrumentalisation ne reçoit pas de définition juridique générale. À notre connaissance, aucune étude générale sur l'instrumentalisation du droit n'a encore été menée. Pourtant, la référence à cette notion se développe dans ce domaine. Bien qu'elle ne soit pas une notion juridique, elle est, à tout le moins, une préoccupation juridique.

5. Ainsi, dans le domaine de la migration des personnes, la Commission européenne fournit une définition de « l'instrumentalisation des migrants ». En effet, en réponse à l'instrumentalisation des migrants par le gouvernent biélorusse[8], la Commission européenne a publié une proposition de règlement visant à endiguer ce phénomène[9]. Au sein de ce texte, l'instrumentalisation des migrants est définie comme la situation qui « peut survenir lorsqu'un pays tiers suscite des flux de migration irrégulière à destination de l'Union, en encourageant activement ou en facilitant le déplacement des ressortissants de pays tiers vers les frontières extérieures sur son propre territoire (….), lorsque ces actions traduisent l'intention du pays tiers de déstabiliser l'Union ou un État membre, et lorsque la nature de ces actions est susceptible de mettre en péril les fonctions essentielles de l'État, y compris son intégrité territoriale, le maintien de l'ordre public ou la sauvegarde de sa sécurité nationale »[10].

6. En dehors de ce cas spécifique, où l'on voit le législateur européen proposer une définition, c'est principalement la doctrine qui recourt à la notion d'instrumentalisation, et ce dans diverses branches du droit. Bien qu'elle ne soit que rarement définie, l'observation de son contexte d'utilisation permet d'en retenir des traits caractéristiques. La dénonciation de

[6] KAMINSKI (D.), DIGNEFFE (F.), ADAM (Ch.), CAUCHIE (J.-F.), DEVRESSE (M.-S.), FRANCIS (V.), *art. cit.*, p. 34.
[7] *Ibid*., p. 35.
[8] Le gouvernent biélorusse a pris des mesures pour faciliter le franchissement des frontières extérieures de l'UE de nombre de migrants dans le but de déstabiliser l'UE.
[9] V. à ce sujet, BARBOU DES PLACES (S.), « Chronique Droit de l'asile et de l'immigration – « L'instrumentalisation des migrants », la « menace hybride » et la multiplication des dérogations au droit commun de l'asile », *RTD eur*., 2022, p. 251.
[10] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2021 visant à faire face aux situations d'instrumentalisation dans le domaine de la migration et de l'asile, COM (2021) 890 final, préambule, pt. 1. Cette définition est reprise de la Proposition de la Commission visant à modifier le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

l'instrumentalisation se fait alors selon le schéma suivant : la référence à la finalité de la norme, la faculté de détourner cette norme, et les conséquences du détournement de la norme.

7. **L'instrumentalisation de la justice pénale**. Par exemple, une instrumentalisation de la justice pénale est dénoncée quand le choix d'y avoir recours « ne poursuit pas un objectif répressif et est mis en œuvre pour ses effets procéduraux immédiats. C'est le cas lorsque le choix de la justice pénale vise, par exemple, à déstabiliser un concurrent ou à interrompre une instance civile »[11]. Cette dénonciation fait bien référence à la finalité répressive de la justice pénale, elle met en cause le choix d'y avoir recours dans un but autre que répressif, et en énonce les conséquences sur les concurrents ou sur l'instance civile.

8. **L'instrumentalisation de la procédure d'action de groupe par les associations de consommateurs.** Le risque d'instrumentalisation de la procédure d'action de groupe par les associations de consommateurs a déjà été dénoncé par des auteurs selon ce même schéma[12]. Quand ils étudient ce risque, les auteurs notent principalement trois éléments. Premièrement, ils font référence à la finalité de cette action de groupe, prévue par la loi[13], à savoir la protection des consommateurs. Ensuite, il est exposé que la façon dont sont traitées les actions de groupes offre la possibilité aux associations de chercher à en tirer un profit personnel, ce qui n'est pas l'objectif légal. Concrètement, le risque, qui a d'ores et déjà été observé, est que grâce à l'annonce, par un communiqué de presse et par un plan médiatique, de l'intention de lancer une action de groupe, les associations peuvent chercher à en retirer un bénéfice significatif sur le terrain de leur réputation. Enfin, sont mises en perspective les conséquences néfastes de cette instrumentalisation, de ce détournement de la finalité de l'action de groupe : « la médiatisation d'une action de groupe a pour conséquence une atteinte immédiate et durable à l'image des professionnels concernés, et cela alors même qu'aucun jugement n'a été rendu, voire alors que l'action de groupe n'a pas été introduite »[14].

9. **L'instrumentalisation du droit des sociétés**. Si l'utilisation de la forme de la société anonyme pour structurer des groupements de collectivité publique au sein des sociétés

[11] REBUT (D.), « Justice pénale et justice civile évolution, instrumentalisation, effets pervers... », *Pouvoirs*, vol. 128, n° 1, 2009, p. 49.
[12] HAERI (K.), JAVAUX (B.), « L'action de groupe : entre incertitudes procédurales et instrumentalisation », *Dr. et patr.*, n° 243, 1 janv. 2015, p. 42.
[13] Cette action de groupe a pour objet de réparer les préjudices patrimoniaux subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles à l'occasion d'une vente ou de la fourniture d'un service. V. C. conso., art. L. 423-1.
[14] HAERI (K.), JAVAUX (B.), *art. cit.*

publiques locales[15], ainsi que la franchise participative[16] ont été identifiées comme des hypothèses d'instrumentalisation du droit des sociétés, un auteur souligne la « nature fondamentalement instrumentale »[17] du droit des sociétés. Ce droit aurait subi un phénomène d'instrumentalisation en évoluant « vers un ensemble de règles organisant les types de sociétés et leurs modes de fonctionnement, non plus en fonction de principes ou d'*a priori* intellectuels ou idéologiques, mais dans la perspective délibérée d'attirer, de séduire et de retenir les investisseurs »[18]. Le législateur serait lui-même instrumentalisé par les opérateurs économiques[19]. Cette réflexion ajoute une nouvelle perspective à l'étude de l'instrumentalisation : qu'est-ce qui fait qu'un droit peut être instrumentalisé ? Existe-t-il des préalables identifiables à l'instrumentalisation ?

10. **L'instrumentalisation du droit de la concurrence**. Le droit de la concurrence se situerait dans le même mouvement[20]. Il est souvent fait référence à l'instrumentalisation en droit de la concurrence, ou *a minima* à des stratégies qui s'apparentent à de l'instrumentalisation. Une étude menée en 2005 faisait ressortir que 90% des entreprises interrogées utilisaient stratégiquement les procédures du droit de la concurrence afin de déstabiliser les entreprises dominantes[21]. Le droit de la concurrence peut être utilisé à des fins détournées, afin d'améliorer son image, de récolter des informations, de gêner un concurrent, et même, paradoxalement, pour stabiliser un cartel[22]. En rendant publiques leurs actions, les entreprises peuvent aussi chercher à bénéficier d'une publicité sans frais, ou encore à intimider l'entreprise visée par leur action. « Sous couvert de recours au droit garantissant la libre concurrence, le plaignant peut en

[15] V. DONDERO (B.), « L'instrumentalisation du droit des sociétés : les sociétés publiques locales », *D.*, 2012, p. 2408.
[16] V. DONDERO (B.), « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E*, n° 46, 15 nov. 2012, p. 1671.
[17] MARTIN-SERF (A.), « L'instrumentalisation du droit des sociétés », Conférence association Droit et commerce, 3 déc. 2001, *RJ com.*, n° 3, mars 2002, p. 108.
[18] *Ibid*.
[19] *Ibid*.
[20] Cf. BLAISE (J.-B.) et JENNY (F.), « Le droit de la concurrence, les années récentes, bilan et synthèse », *RIDE*, 1995, p. 91.
[21] BOURGETTE (P.), DONNEDIEU de VABRES-TANIE (L.), MONTET (C.), VENAYRE (F.), « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », *Rev. conc. conso.*, n° 144, janv.-févr. 2006, p. 6.
[22] MASSON (A.), BOUTHINON-DUMAS (H.), BEAUFORT (V. de), JENNY (F.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, Droit, management et stratégies, 2013, p. 54 et p. 64. Sur l'instrumentalisation des règles encadrant les prix prédateurs pour stabiliser les cartels, les auteurs expliquent que sachant qu'il y a prix prédateur lorsqu'une entreprise vend en dessous de prix de revient, menacer ses concurrents d'un recours en justice sur ce fondement peut être un moyen de leur adresser un signal sur les prix qu'ils devraient pratiquer.

effet rechercher un avantage totalement distinct des objectifs théoriques du droit de la concurrence, voire obtenir un résultat anticoncurrentiel »[23].

11. **L'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés.** Au sein du droit des entreprises en difficulté, les discussions sur l'instrumentalisation sont concentrées sur les procédures collectives. Encore plus ténues, elles portent presque exclusivement sur deux affaires emblématiques impliquant des groupes de sociétés : Sodimédical[24] et Cœur Défense[25]. Un auteur souligne que c'est dans l'arrêt Sodimédical que la Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur la « problématique d'une possible instrumentalisation des procédures collectives »[26]. « L'instrumentalisation de leurs filiales par les sociétés mères passe désormais par le recours au droit des entreprises en difficulté dans les limites de la loi et sous réserve de la mise en œuvre des actions en responsabilité »[27]. Sans revenir à ce stade sur les circonstances précises qui ont conduit à parler d'instrumentalisation au sujet de ces affaires, qui feront l'objet de développements étayés au sein de cette étude[28], il est déjà possible d'établir un constat. La problématique de l'instrumentalisation a été principalement traitée par le prisme des arrêts de la Cour de cassation. C'est pourquoi l'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés révélée au travers de ces deux affaires constitue notre base de réflexion. Toutefois, il ne s'en est pas suivi une réflexion plus globale sur l'apparition de l'instrumentalisation, en tant que phénomène, dans cette matière. L'instrumentalisation n'a pas été analysée au travers de ses caractéristiques essentielles.

---

[23] CHAGNY (M.) (dir.), BERLEMONT (J.), *Le Lamy droit économique. Concurrence, relations commerciales, distribution, consommation*, Wolters Kluwer France, Lamy expert, 2022, n° 1106.

[24] Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 ; FABRE (A.), « La chambre commerciale et l' « instrumentalisation » des procédures collectives : à propos de l'arrêt Sodimédical », *JCP G*, n° 41, 8 oct. 2012, 1073 ; DEMEYERE (D.), « Appréciation des conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une filiale : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, n° 250, 6 sept. 2012, p. 5 ; *Rev. Sociétés* 2012. 527, obs. HENRY (L-C.) ; *D.*, 2012. 1814, obs. LIENHARD (A.) ; *BJS*, 2018. 115, obs. MOUIAL-BASSILANA (E.) ; *BJE*, sept. 2012, p. 631, note PELLETIER (N.).

[25] Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989, 10-13.990 ; FAGES (B.), *RTD civ*., 2011, p. 351 ; REILLE (F.), « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de « cœur » », *Gaz. Pal*., 2 avr. 2011, n° 92, p. 7 ; COURET (A.) et DONDERO (B.), « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *JCP E*, n° 11, 17 mars 2011, 1215 ; MENJUCQ (M.), « Affaire Heart of La Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. Proc. coll*., n° 3, mai 2010, ét. 11 ; MENJUCQ (M.), « 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*., n°2, mars 2011, repère 2 ; DAMMANN (R.), DE GERNAY (L.), « L'épilogue de l'affaire Cœur Défense : quels enseignements en tirer ? », *BJS*, n°4, avr. 2012, p. 329.

[26] DAMMANN (R.), « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives », *D*., 2012, p. 2212.

[27] HENRY (L.-C.), note ss. Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026, « Ouverture de la procédure collective : de la rectitude des textes à leur instrumentalisation », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 527.

[28] V. *infra* n° 354 et n° 367.

12. **Les caractéristiques essentielles de l'instrumentalisation**. Au travers de ces différentes manifestations et réflexions autour de l'instrumentalisation, il est possible de dire que celle-ci est une utilisation détournée de la règle, dont les répercussions peuvent être nocives à divers égards. Son étude, vérifier son existence, et apprécier son importance, impliquent d'analyser le contexte dans lequel elle se développe. Il semble que le contexte d'évolution d'un droit puisse lui conférer une « nature fondamentalement instrumentale »[29]. Ensuite, comme elle se manifeste par le détournement d'une norme, cela implique que puissent être identifiées des finalités à la norme. Enfin, l'instrumentalisation n'est pas neutre, elle possède une dimension altérante[30]. Il faut donc déterminer ce à quoi elle porte atteinte, évaluer ses conséquences.

§2- L'instrumentalisation et les contradictions du droit des entreprises en difficulté

13. **Les finalités des procédures collectives ignorées**. L'étude de l'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés au sein du droit des entreprises en difficulté fait ressortir d'importants paradoxes. En recherchant les finalités des procédures collectives, on s'aperçoit que, bien qu'elles soient formellement exprimées par le législateur, elles apparaissent comme ignorées au moment de décider de leur ouverture. Comment expliquer qu'elles ne soient pas prises en compte pour décider de l'ouverture d'une procédure collective ? Si une procédure de sauvegarde a pour finalité d'assurer la poursuite de l'activité économique, le maintien des emplois et l'apurement du passif[31], comment expliquer qu'elle puisse être ouverte à un débiteur sans activité économique, et auquel aucun emploi n'est attaché ? Indubitablement, ce paradoxe invite à la réflexion sur le contexte d'évolution du droit des entreprises en difficulté, des logiques qui le traversent, l'influencent, voire le font muter, afin d'expliciter comment les normes peuvent être détachées de leur finalité.

14. **L'appréciation des mobiles du débiteur refusée**. À cet égard, le refus de tenir compte des mobiles du débiteur pour décider de l'ouverture d'une procédure collective, consacré par la jurisprudence[32], semble ouvrir une voie au détournement des procédures. Il devient impossible de tirer des conséquences de l'intention du débiteur de détourner la règle à son profit. Le refus de tenir compte des mobiles du débiteur pour décider de l'ouverture d'une procédure collective

[29] MARTIN-SERF (A.), *art. cit*., *RJ com*., n° 3, mars 2002, p. 108.
[30] KAMINSKI (D.), DIGNEFFE (F.), ADAM (Ch.), CAUCHIE (J.-F.), DEVRESSE (M.-S.), FRANCIS (V.*), art. cit, Rev. Sociologie et sociétés*, vol. 33, n° 1, printemps 2001, p. 42.
[31] C. com., art. L. 620-1.
[32] Com., 8 mars 2011, n°10.13.988 ; Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026. V. analyse développée par REMERY (J.-P.), « Le refus jurisprudentiel de la prise en compte des mobiles du débiteur dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, n°3 p. 194.

peut trouver une explication dans le processus d'extraction des procédures collectives d'une vision trop moralisatrice. À l'origine, le droit de la faillite avait « une finalité morale unique, celle d'éliminer le mauvais commerçant qui n'a pas respecté la parole donnée » [33]. En conséquence, ce dernier était soumis à des mesures infamantes, allant de la procédure de « mainmise sur le débiteur jugé »[34] qui le rendait esclave de son créancier, jusqu'à la coutume des « bonnets verts »[35]. Peut-être par peur de replonger dans l'incohérence du choix observable sous le décret de 1955[36], entre liquider l'entreprise viable dont le débiteur était malhonnête, et accorder un concordat à l'entreprise économiquement condamnée, mais dont le débiteur était de bonne foi, n'a-t-on pas créé les conditions de l'instrumentalisation ?

15. **Le débiteur et l'entreprise**. Selon la Cour de cassation, l'activité du débiteur n'est pas une condition d'ouverture des procédures collectives[37]. Ce faisant, est dévoilée une dissociation entre le débiteur et l'entreprise, autre paradoxe de la matière. Si les procédures sont pensées comme des instruments au service du traitement économique de l'entreprise, elles demeurent construites comme des procédures d'exécution sur les biens d'une personne juridique. Effectivement, toujours empreintes de leur composante traditionnelle de procédure d'exécution, les procédures collectives s'appliquent à une personne juridique, ce que n'est pas une entreprise. Cette matière apparaît comme le lieu d'affrontement de deux logiques, l'une conduisant à s'intéresser à l'entreprise, l'autre nécessitant la prise en compte du débiteur, c'est-à-dire d'une personne juridique[38].

16. **L'entreprise distincte de la société**. L'entreprise doit être distinguée de la société. La société est souvent présentée comme une technique d'organisation de l'entreprise par le droit des sociétés. Encadrée par les textes du Code civil[39], elle est définie comme une « personne morale instituée soit par un contrat entre deux ou plusieurs personnes, animées par une même volonté (*affectio societatis*), effectuant des apports en vue de partager le bénéfice ou de profiter

[33] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Morale et faillite », *in La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 159.
[34] SZRAMKIEWICZ (R.) et DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3e éd., 2019, n° 82.
[35] *Ibid.*, n° 457.
[36] Décret n° 55-583 du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation.
[37] Dans l'affaire Cœur Défense, les juges du fond avaient considéré que le débiteur devait exercer une activité économique pour pouvoir bénéficier d'une sauvegarde.
[38] V. *infra* n° 247.
[39] C. civ., art. 1832 et s.

de l'économie en résultant tout en ayant vocation aux pertes ; soit par l'acte de volonté d'une personne créant une entreprise unipersonnelle »[40].

17. L'entreprise, elle, n'est pas définie par le Code de commerce. La doctrine la qualifie d' « établissements réunissant, sous une direction commune, des moyens tant humains que matériels en vue de l'accomplissement d'activités économiques, commerciales, industrielles ou de services »[41], ou comme « une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution de richesses reposant sur une organisation préétablie »[42]. Elle est parfois considérée comme « un ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés, quelle que soit la forme juridique de ce regroupement, en vue de l'exercice d'une activité régulière participant à la production ou à la circulation des richesses, autrement dit une activité économique »[43]. Il importe donc de retenir, pour la suite des développements, que l'activité économique constitue le critère de l'entreprise.

18. Si l'on s'intéresse à la conception retenue de l'entreprise par des matières qui ont aussi à en connaître, l'élément fondamental est la référence à une unité économique qui se manifeste souvent au travers d'un pouvoir commun et qui peut dépasser la simple structure juridique. En droit de la concurrence, les entreprises se définissent par tautologie, comme des entités exerçant une activité économique et comme des entités indépendantes sur le marché[44]. En droit du travail, il peut s'agir d'un « ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. Plusieurs sociétés juridiquement distinctes peuvent, au regard du droit du travail, constituer une seule entreprise »[45]. L'entreprise renvoie alors à un ensemble économique, à une unité économique, qui peut traverser les frontières de la personnalité juridique.

19. **Le traitement des groupes de sociétés, un obstacle à l'appréhension de l'entreprise ?** L'affirmation du principe de l'autonomie des personnes morales en droit des entreprises en difficulté par la jurisprudence[46] n'est pas sans poser question. L'application de ce principe en cette matière n'empêche-t-elle pas de tenir compte de l'entreprise ?

[40] CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2023*, LexisNexis, coll. obj. droit, 14e éd, 2022, v° Société.
[41] CABRILLAC (R.) (dir.), *op. cit.*, v° Entreprise.
[42] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30e éd., 2022-2023, V° Entreprise.
[43] V. Cass. Civ 1ère, 12 mars 2002, n°99-15598, *BJS*, 2002, § 224, p. 1033, note SAINTOURENS (B.).
[44] MAINGUY (D.), DEPINCE (M.), CAYOT (M.), *Droit de la concurrence*, LexisNexis, Manuel, 3e éd., 2019, n° 228.
[45] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *op. cit.*, V° Entreprise.
[46] Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026.

20. L'importance et le rayonnement économique des groupes de sociétés ne sont plus à démontrer. « Les sociétés dites « multinationales » ont des filiales dans plusieurs pays et leur puissance économique et financière dépasse largement celle de bien des États »[47]. Face à cette réalité se dessine la nécessité de développer un droit des groupes de sociétés afin de remédier aux difficultés créées par le décalage qui existe « entre l'unité organisationnelle de l'entreprise et l'éclatement de son support sociétaire en de multiples sociétés »[48]. Pourtant, actuellement, il n'existe pas à proprement parler de droit des groupes de sociétés en droit français. La personnalité morale n'est pas reconnue à ce groupement[49], le groupe de sociétés n'est pas un sujet de droit[50]. Le droit français ne contient aucune construction cohérente du groupe,[51] mais édicte, dans diverses matières, des règles juridiques propres à appréhender le groupe[52].

21. Le groupe de sociétés est défini comme un « ensemble économique constitué de sociétés juridiquement autonomes et indépendantes, mais que lient des intérêts, notamment financiers. Un tel groupe est généralement formé par une société et ses filiales »[53], ou encore comme un « ensemble de sociétés juridiquement indépendantes, mais formant une unité économique en raison de liens financiers étroits »[54]. De façon plus détaillée, le groupe de sociétés désigne « l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite « société mère », qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision »[55].

22. Cette unité économique, l'ensemble constitué par le groupe, est identifiable par l'exercice d'un contrôle d'une société par une autre. Ce contrôle, qui peut prendre diverses formes, témoigne de l'existence de liens entre ces sociétés malgré le principe d'indépendance

---

[47] CHARVERIAT (A.), COURET (A.), SEBIRE (M.-E.), ZABALA (B.), *Mémento Pratique, Sociétés commerciales*, Ed. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 53e éd., 2022, n° 79002. Indépendamment des sociétés dites multinationales, le phénomène est très répandu : V. NAHMIAS (L.), « Groupes de sociétés et analyse du tissu productif : enjeux et premiers constats », (Dir. Des entreprises observatoire des entreprises), *Bulletin de la banque de France*, n° 159, mars 2007, p. 23 : « En 2004, 90% des grandes entreprises sont adossées à un groupe (…) ».

[48] ROBE (J.-Ph.), *L'entreprise et le droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, p. 36.

[49] V. Cass. Com., 15 nov. 2011, n° 10-21.701 : RJDA 3/12 n° 336 : un groupe de sociétés ne peut, faute de personnalité morale, être titulaire de droits et d'obligations et se voir infliger une condamnation.

[50] CHARVERIAT (A.), COURET (A.), SEBIRE (M.-E.), ZABALA (B.), *op. cit.*, n° 79000.

[51] COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, Manuel, 35e éd., 2022, n° 2414.

[52] Telles que les règles comptables, les règles relatives aux participations croisées et à l'autocontrôle. Le groupe est aussi pris exceptionnellement en compte quand il est question de protéger les travailleurs, ou la concurrence, donc pour des raisons de police de l'activité économique.

[53] CABRILLAC (R.) (dir.), *op. cit*., v° Groupe de sociétés.

[54] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *op. cit.*, V° Groupe de sociétés.

[55] CHARVERIAT (A.), COURET (A.), GILBERT (F.), *Mémento Pratique. Groupe de sociétés*, Ed. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 2019-2020, n° 10.

de ces dernières. La domination, c'est-à-dire le contrôle d'une société par une autre, est le critère du groupe[56]. Néanmoins, ce critère du contrôle ne permet pas de reconnaître le groupe de façon absolue, mais seulement de manière relative, sur le fondement des dispositions pour lesquelles la définition du contrôle a été conçue[57]. En droit des sociétés, le contrôle est envisagé, par l'article L. 233-3 du Code de commerce, à partir des droits de vote, « donc du pouvoir exercé en assemblée générale, négligeant ainsi l'influence pouvant s'exercer en dehors de cette enceinte »[58]. La définition de l'article L. 233-16 du Code de commerce[59], pour les besoins de la consolidation comptable, apparaît plus proche du contrôle tel qu'il est réellement exercé par quelque canal que ce soit. Toutefois cette définition n'a de force obligatoire qu'en matière de consolidation comptable[60]. Enfin, en droit du travail, l'existence d'un groupe de sociétés oblige à constituer un comité de groupe. Tel est le cas lorsqu'une entreprise « exerce une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10% du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique »[61].

23. L'unité économique est placée, comme pour l'entreprise, au cœur de la conception du groupe de sociétés. Ceci permet de considérer que le groupe de sociétés, plus que les sociétés qui la composent constitue une entreprise. Pourtant, en droit des entreprises en difficulté, le groupe de sociétés, unité économique, n'est en principe pas traité en tant que tel, mais au travers des différentes sociétés juridiquement distinctes. Ce principe d'indépendance juridique des sociétés ne concorde pas avec la réalité économique. La société mère peut utiliser l'indépendance juridique qui caractérise les entités qui la composent sans que soient tirées les conséquences de leur dépendance économique. « Ignorer cette réalité et traiter chaque société membre d'un groupe comme une société ordinaire tant au regard du droit des sociétés que du droit en général, reviendrait donc à édifier un régime juridique fondé sur une fiction »[62].

[56] COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op.cit.*, n° 2414.
[57] *Ibid*., n° 2427.
[58] *Ibid*., n° 2422.
[59] Selon ce texte, il y a contrôle en cas de détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote, de désignation de la majorité des membres des organes d'administration pendant deux exercices consécutifs, et en cas de faculté d'exercer une influence dominante sur le destin d'une société dominée.
[60] COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *op. cit.*, n° 2423.
[61] C. trav., art. L. 2331-1, II.
[62] CHARVERIAT (A.), COURET (A.), SEBIRE (M.-E.), ZABALA (B.), *op. cit.*, n° 79050.

§3- L'instrumentalisation et la légitimité du droit

24. **Des solutions non satisfaisantes**. Les solutions dégagées par la Cour de cassation suscitent un certain malaise. En réaction à la solution Cœur Défense, la pratique cherche à développer un « vaccin contre l'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde (…) » [63]. De leur côté, des auteurs y perçoivent un moyen pour le débiteur d'échapper à l'exécution de ses propres obligations[64], « une instrumentalisation de la sauvegarde »[65], qui « consiste à faire supporter par d'autres ses incompétences ou sa faible capacité d'anticipation lors de la négociation des contrats »[66]. Les conséquences de ces solutions apparaissent, aux yeux de certains, comme injustes. Une partie de la doctrine estime que la « restructuration d'une société en difficulté doit être financée à titre principal par ses associés et qu'on ne peut imposer un effort à ses créanciers qu'à titre subsidiaire »[67]. Par ailleurs, il est relevé que « la légitimité et l'opportunité des sacrifices imposés aux créanciers sont en effet discutables lorsque les « proches » du débiteur ne font aucun geste »[68]. Finalement, il existe un fossé entre ouvrir grand les portes de la procédure collective et permettre à cette occasion le sacrifice systématique des créanciers[69]. « L'arrêt Sodimédical ne peut que susciter un sentiment de malaise ou, à tout le moins, une grande perplexité »[70] et pose la question suivante : « une société mère peut-elle impunément provoquer la cessation des paiements de sa filiale dans le seul but d'échapper à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ? »[71].

25. **La légitimité de ces solutions en question**. Cette contestation, si elle ne porte pas sur la légalité des solutions, invite à en interroger la légitimité, notion qui intègre une dimension de reconnaissance par les sujets de droit. La voie de la légitimité a été d'ailleurs ouverte par un auteur qui estime que, pour justifier son refus d'ouverture de la sauvegarde dans l'affaire Cœur

[63] V. à ce sujet, DAMMANN (R.), MALAVIELLE (K.), « Le vaccin contre l'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde dans les financements structurés », *D.*, 2021, p. 532 : « « Les opérations de financements structurés cherchent à se prémunir « contre le risque de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde au niveau de la holding aux seules fins de bloquer la prise de contrôle de la filiale opérationnelle par les créanciers en cas de défaut ».
[64] V. dossier « Échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives. L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai-juin 2016, p. 194 et s. v. les avis divergents des professeurs SAINTOURENS (B.), p. 203 et s. et MENJUCQ (M.), p. 201.
[65] *Ibid.*
[66] MENJUCQ (M.), SAINTOURENS (B.), SOINNE (B.), LexisNexis, Traité, 3e éd., 2021, n° 328.
[67] PETEL (Ph.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP E*, 2008, chron. 1207, n° 2, p. 29.
[68] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 11e éd., 2022, n° 632.
[69] En ce sens : DAMMANN (R.) et SCHNEIDER (S.), « La sauvegarde financière accélérée – analyse et perspectives d'avenir », *D.*, 2011, p. 1429.
[70] DAMMANN (R.), « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives », *D.*, 2012, p. 2212.
[71] *Ibid.*

Défense, la cour d'appel « porte une appréciation sur la légitimité des motivations ayant poussé HOLD et Dame Luxembourg à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde »[72].

26. Il est vrai que « l'influence du positivisme a eu pour résultat que la question de la légitimité n'est presque jamais posée dans la pensée juridique »[73]. Comme le souligne un auteur, c'est le plus souvent sous le prisme de l'obéissance à la norme[74] qu'est pensée la relation normative. La relation essentielle est celle de l'obéissance, du comportement conforme à ce que prescrit la norme juridique[75]. Les auteurs soulignent que, pour certains, la seule question qu'un juriste soit habilité à traiter est celle de la légalité (…). Ou alors, la question de la légitimité est dissoute en la ramenant à une simple question de légalité : est légitime ce qui est conforme à la légalité[76]. Mais les contestations qui naissent dans la doctrine et la pratique, et l'importante littérature et les commentaires traitant de ce sujet, font apparaître, de façon distincte, la légalité des solutions, qui au demeurant n'est pas discutée, et leur légitimité. Aux côtés de la légalité des solutions de la Cour de cassation, émerge bien un problème de reconnaissance ou de désaveu « c'est-à-dire la question de la légitimité »[77].

27. **Légitimité versus légalité**. La notion de légitimité ne recouvre pas celle de légalité. Cette dernière, plus restreinte, caractérise ce qui est seulement conforme à la loi, et s'apprécie en fonction du droit positif[78]. La légitimité, elle, « est la qualité de ce qui est justifié, bien-fondé »[79], ou encore, « la conformité à un principe supérieur qui dans une société et à un moment donné est considéré comme juste »[80]. Selon le professeur Michel Tropper, Weber entend d'ailleurs par légitime ce qui est « tenu pour légitime »[81].

28. Lorsqu'on oppose la légalité à la légitimité c'est, la plupart du temps pour opposer ce qui se rapporte aux textes de loi à ce qui s'en affranchit, pour embrasser plus largement ce qui

[72] DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), note ss. CA Paris pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010, RG 09/22756, « Affaire Cœur Défense : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde », *Dalloz actu*., 1 mars 2010.
[73] PIMENTEL (C.-M.), « De l'obéissance à la reconnaissance : l'empreinte de la légitimité dans le droit », *in Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 3.
[74] V. aussi à ce sujet, FONTAINE (L.), « Obéissances et désobéissances légitimes au droit », *in Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 255.
[75] PIMENTEL (C.-M.), *art. cit*., *Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 3.
[76] ROUSSEAU (D.), « La question de la légitimité du juge constitutionnel, auteur du droit », in *Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 106.
[77] PIMENTEL (C.-M.), *art. cit*., *in Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 12.
[78] BRAUDO (S.), *Dictionnaire juridique*, V° Légitimité
[79] V. ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Anthologie du droit, 2e éd., 1993, p. 343.
[80] BRAUDO (S.), *op.cit.*, V° Légitimité.
[81] TROPER (M.), « Droit ou légitimité », in *Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 372.

est désigné par le droit[82]. Ainsi, l'appréciation de la légalité se fait à l'aune d'un critère formel : la loi, qui désigne la règle de droit positif issue d'une autorité et d'un processus légiférants ; tandis que la légitimité s'apprécie par une approche qualitative, selon un critère substantiel : le contenu de la norme dans ce qu'il a de vertueux[83]. « Autrement dit, la légalité serait le propre d'un monde réglé selon des normes posées, tandis que la légitimité serait le propre d'un monde bien réglé. En conséquence, ce qui est légal ne serait pas nécessairement légitime, et ce qui est légitime ne serait pas nécessairement légal » [84].

29. **La légitimité, le fondement rationnel de la loi**. « Plus profond que la régularité formelle qu'exprime la légalité d'un acte – il est nécessaire que sa valeur soit fondée sur un principe qui la justifie. Ce principe, c'est la légitimité »[85]. La légitimité ajoute à la légalité purement formelle l'exigence du fondement rationnel de la loi, lequel rend possible son acceptation[86]. La légitimité des normes désigne leur « justification possible »[87]. La recherche de la légitimité de la loi, c'est la recherche de sa rationalité[88]. Comme l'explique le professeur Donnier, cette recherche induit au cœur du raisonnement juridique la recherche de la *ratio legis*[89]. Il devient alors possible de se livrer à une lecture critique du droit, nécessaire pour éviter les pièges d'un légalisme étroit qui aboutirait à des solutions injustes, à des lois injustes, voire criminelles[90]. La légitimité se conçoit comme un « horizon du droit. Elle assigne à la recherche du juste tant sa finalité ultime que le bon usage des moyens qui y conduisent »[91].

30. **Les références à la légitimité dans le droit**. C'est pourquoi, en droit pénal, comme en droit civil, il est parfois fait référence à la notion de légitimité afin de fonder une exception apportée à la règle pour se rapprocher du juste.

31. Bien que le droit pénal soit soumis au principe de la légalité des délits et des peines, la notion de légitimité est très présente[92]. Que l'on pense à la légitime défense, à l'erreur légitime, au motif légitime ou encore à la suspicion légitime, la légitimité apparaît « comme le moyen de

[82] KASSOUL (H.), « La norme et l'épreuve de la légitimité », *Droit et Philosophie*, Hors-Série n°1 : *Normativité et légitimité*, 2021. [http://droitphilosophie.com/article/lecture/la-norme-et-l-epreuve-de-legitimite-296]
[83] DONNIER (J.-P.), « La légitimité en droit civil : une notion insaisissable ? », *Les Cahiers Portalis*, n°7, 2020/1, p. 41.
[84] *Ibid*.
[85] BURDEAU (G.), *Encyclopédie Universalis*, V° Légalité.
[86] DONNIER (J.-P.), *art. cit.*, p. 41.
[87] HABERMAS (J.), *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 44.
[88] DONNIER (J.-P.), *art. cit.*
[89] Forme abrégée de la maxime *Ratio legis est anima legis*, la raison d'être de la loi révèle l'esprit de la loi.
[90] DONNIER (J.-P.), *art. cit.*
[91] *Ibid.*
[92] BONFILS (Ph.), « La légitimité en droit pénal », *Les Cahiers Portalis*, n° 7, 2020/1, p. 57.

compléter la règle de droit, et bien souvent d'y déroger »[93]. En droit civil, la Haute juridiction a dégagé, sur le fondement de la légitimité, une limite supplémentaire à l'exercice du droit de propriété, lequel n'est pourtant limité en principe que par la seule légalité exprimée par les lois et les règlements[94]. C'est dans l'affaire Clément-Bayard[95] qu'elle considère que « s'il est loisible au propriétaire d'un fonds de chercher à en tirer le meilleur parti possible, et si la spéculation est par elle-même et en elle-même un acte parfaitement licite, ce n'est qu'à la condition que les moyens employés pour la réaliser ne soient pas, comme en l'espèce, illégitimes et inspirés exclusivement par une intention malicieuse ». L'appréciation morale du comportement du propriétaire est utilisée pour « délégitimer » l'exercice d'un droit[96]. La notion de légitimité est alors utilisée pour rechercher la solution juste, comme l'illustrent encore les « attentes légitimes »[97] en droit des obligations. Les attentes qualifiées de « légitimes » sont celles qui correspondent à la nature de la prestation due, au montant de la contrepartie et aux usages, donc à un ajustement objectif des prestations attendues par chacun des contractants[98].

32. **L'intérêt de la recherche de la légitimité en droit des entreprises en difficulté**. « Nulle société ne saurait se dispenser de se poser cette question de la légitimité sans risquer de sombrer dans la barbarie d'une légalité qui ne se reconnaît pas d'autre fondement ni d'autre limite qu'elle-même »[99]. Se pencher sur la légitimité dans le droit des entreprises en difficulté a pour but de trouver une explication au phénomène d'instrumentalisation, et ainsi déterminer à quel niveau, ou plutôt dans quelle mesure, cela pose difficulté. Cela conduira à rechercher l'esprit de ce droit, sa raison d'être. L'instrumentalisation conduit à une « légalité illégitime ». L'utilisation du concept de légitimité dans ce cadre doit nous permettre d'entreprendre une démarche critique, « pour penser la validité de l'ordre politique et juridique, avec une fonction de rationalisation »[100]. Comme le fait valoir un auteur, une réflexion centrée sur l'idée de

[93] *Ibid*.
[94] C. civ., art. 544.
[95] Cass., ch. des requêtes, 3 août 1915, 00-02.378.
[96] DONNIER (J.-P.), *art. cit.*
[97] C. civ., art. 1166 : lorsque « la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ».
[98] DONNIER (J.-P.), *art. cit.*
[99] V. ANDRE-VINCENT (Ph.), *Les révolutions et le droit*, Paris, LGDJ., Bibl. philosophie du droit, vol. XVIII, 1974.
[100] VALENTIN (V.), « Droit et légitimité. L'épreuve du consentement », in *Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 345.

légitimité est nécessaire « pour qui veut comprendre les rapports existants entre la sphère de la politique et celle du droit »[101].

§4- Démarche de l'étude

33. **Hypothèse de départ**. Notre hypothèse de départ est que l'instrumentalisation résulte d'un détournement des finalités du droit des entreprises en difficulté ; et qu'elle se réalise dès lors que les dispositions de ce droit ne sont pas appliquées en considération d'une entreprise.

34. **Le champ de l'étude.** Les manifestations de l'instrumentalisation au sein du droit des entreprises en difficulté nous amènent à circonscrire l'étude aux procédures collectives[102]. L'instrumentalisation des procédures collectives suscite directement une question de légitimité en raison de la discipline collective contraignante mise en place au sein de ces procédures. Le passage à une loi collective contraignante à l'ouverture d'une procédure collective confère des effets directs à l'instrumentalisation. S'agissant de la conciliation, il est parfois avancé que les débiteurs seraient susceptibles, par la menace au recours à des procédures plus contraignantes, d'obtenir des avantages plus importants face à des créanciers récalcitrants. La contrainte qui peut naître de cette menace est dénuée de caractère automatique. Donc, contrairement à ce qui peut avoir cours en procédures collectives, les droits des créanciers ne sont pas systématiquement altérés. Les contraintes qui peuvent exister à l'égard des créanciers s'inscrivent dans l'objectif de faciliter le traitement amiable des difficultés de l'entreprise, traitement qui s'avère plus avantageux pour le débiteur comme pour ses créanciers[103]. C'est pourquoi ce qui peut être observé à l'heure actuelle en conciliation ne porte pas l'intégralité des caractères de l'instrumentalisation.

35. Les affaires dans lesquelles il a été question d'instrumentalisation des procédures collectives sont, certes, peu nombreuses. Mais, en dépit de leur faible nombre, elles ont joué un rôle déterminant dans la mise à jour du risque d'instrumentalisation. Ce risque s'exprime de façon notable au sein des groupes de sociétés en raison du principe de l'autonomie des personnes morales qui permet de recouvrir d'un voile de légalité l'illégitimité d'une situation. C'est pourquoi, les arrêts Cœur Défense et Sodimédical tiendront une place essentielle au sein

[101] COUTU (M.) et ROCHER (G.) (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, LGDJ, Droit et société, 2006, p. 2 ; V. dans cette perspective, COUTU (M.), « Légitimité et constitution. Les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et Société*, n°56-57, p. 233.
[102] Les procédures curatives de redressement et de liquidation judiciaires, ainsi que la procédure préventive de sauvegarde. Les procédures préventives ont vocation à prévenir l'apparition ou l'installation d'un état de cessation des paiements, tandis que les procédures curatives ont pour but de traiter la cessation des paiements.
[103] V. *infra* n° 135 et n° 425 s.

de notre étude. Ils seront donc grandement sollicités, car ils constituent les références en matière de manifestation de l'instrumentalisation. Par leur biais, la Cour de cassation a, en quelque sorte, à la fois ouvert et mis un terme au débat sur la légalité de l'instrumentalisation. Ceci peut expliquer que d'autres affaires, dont les faits auraient été similaires à ceux de Cœur Défense ou de Sodimédical, ont très bien pu avoir lieu sans qu'elles soient dénoncées et taxées d'instrumentalisation. Le peu d'occurrences de dénonciation de l'instrumentalisation des procédures collectives ne reflète pas l'étendue du problème. Puisque la légalité et la légitimité ne se confondent pas, la problématique de la légitimité de l'instrumentalisation reste entière. Ce travail se propose alors d'envisager l'instrumentalisation sous l'angle de la légitimité, ce qui pourrait bien faire apparaître la partie immergée de l'iceberg. L'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés est notre objet d'étude, mais les réflexions que cela suscite dépassent ce simple objet et concernent le droit des entreprises en difficulté dans son ensemble. Cette étude révèle une crise de légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté.

36. **La recherche de la cohérence du droit.** L'étude de l'instrumentalisation implique de considérer les incohérences de la conception du droit avec son application pour expliquer que les abus puissent naître et se développer. Ces incohérences ressortent des contradictions du droit des entreprises en difficulté que nous avons identifiées précédemment[104]. Cette démarche trouve un certain écho dans la théorie de la cohérence normative, développée par la doctrine anglo-saxonne. La cohérence y est perçue comme la propriété d'un système normatif qui fait sens dans son ensemble, en raison de principes et valeurs d'ordre supérieur qui le justifient[105].

37. L'incohérence parfois relevée en droit des entreprises en difficulté semble remettre en cause sa rationalité juridique, c'est-à-dire la propriété interne au droit, résultat d'un effort de conceptualisation et de systématisation qui permet aux normes de se laisser déduire les unes des autres[106]. Cela renvoie finalement à ce que l'on peut appeler la logique du droit. C'est pourquoi on est amené à rechercher la logique ou les logiques qui innervent et alimentent ce droit afin d'en comprendre la cohérence. « La cohérence du système juridique représente ainsi un facteur primordial d'intelligibilité et de prévisibilité du droit, favorisant sa connaissance, sa compréhension, son anticipation, et prévenant l'arbitraire. Elle est donc essentielle non

[104] V. *supra* n° 13 s.
[105] En ce sens, MACCORMICK (N.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1996 ; MACCORMICK (N.), « *Coherence in legal justification* », in *Theory of legal science*, D. Reidel Publishing Company, 1984, p. 238 ; HAGE (J.), « *Law and coherence* », Ratio Juris, 2004, n° 1, p. 87.
[106] V. COUTU (M.), *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Québec, LGDJ, Presses universitaires de Laval, 1995, p. 27 ; FREUND (J.), *Etudes sur Max Weber*, Genève, Paris, Librairie Droz, 1990, p. 249.

seulement à la sécurité juridique, mais aussi à la légitimité du système juridique en tant qu'instrument de régulation sociale, qui, par conséquent, « tend vers la cohérence » »[107].

38. **La recherche des facteurs objectifs de l'instrumentalisation.** L'instrumentalisation, comme technique juridique légale, est parfois distinguée d'une instrumentalisation qui serait abusive[108]. En n'opérant pas cette distinction et en recourant au vocable d'instrumentalisation, plutôt qu'à celui d'abus[109], l'étude se propose de porter un regard plus objectif sur la conformité des règles elles-mêmes aux finalités du droit des entreprises en difficulté. En effet, tandis que l'abus met en cause la conduite du sujet, voire sa moralité, notre étude de l'instrumentalisation interroge, d'une certaine façon, la moralité du droit lui-même.

39. L'abus de droit est une « théorie d'origine jurisprudentielle selon laquelle est constitutif d'une faute pouvant donner lieu à réparation civile dans les conditions du droit commun, le fait, pour le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre soit de manière anormale, en dehors de sa finalité soit dans le seul but de nuire à autrui »[110]. L'abus peut être défini comme « l'utilisation excessive, et comme telle sanctionnée, d'une prérogative ou d'une situation en elles-mêmes licites »[111]. Il désigne alors la situation dans laquelle une personne accomplit un acte qui est en même temps conforme à ce que permet techniquement un droit subjectif et contraire au droit objectif, c'est-à-dire à l'ensemble des règles sociales obligatoires[112]. L'usage tourne à l'abus chaque fois que le droit est exercé contrairement à sa finalité[113]. Donc doit être considéré comme abusif le recours à un dispositif légal dans un contexte étranger à la raison d'être dudit dispositif[114]. De cette façon, l'abus apparaît proche de l'instrumentalisation. C'est pourquoi l'abus de droit est parfois envisagé par les auteurs pour répondre à l'instrumentalisation[115]. Si ces deux notions interrogent les finalités du droit, l'abus le fait par le prisme du sujet qui commet l'abus. Or, cette dimension subjective n'est pas essentielle à l'appréhension de

[107] AIT AHMED (L.), *Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen*, sous la dir. de HEUZE (V.), Thèse Univ. Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2021, p. 23.
[108] V. ROUSSEL GALLE (Ph.), « L'instrumentalisation du patrimoine et les procédures collectives : entre technique et détournement », *RJC*, n° 2, mars/avril 2015, p. 239.
[109] Sur la distinction entre instrumentalisation et fraude v. i*nfra* n° 362.
[110] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *op. cit*., v. Abus de droit.
[111] CABRILLAC (R.) (dir.), *op. cit*., v. Abus.
[112] JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, Réimpression de la 2ème édition de 1939, préface DEROUSSIN (D.).
[113] DABIN (J.), *Le droit subjectif*, préface ATIAS (C.), Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2007, réimpression de l'édition de 1952, p. 286.
[114] SAINTOURENS (B.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n° 3 p. 203.
[115] SAINTOURENS (B.), *art. cit.*, *BJE*, mai 2016, n° 3 p. 203 ; VAN ZUYLEN (J.), « Faute, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *Annales de Droit de Louvain : revue trimestrielle* 2011, V. 71, n° 3, p. 288.

l'instrumentalisation. Notre approche nous conduit à nous tourner davantage vers les règles que vers le débiteur, afin de montrer qu'elles favorisent, voire conduisent, à l'instrumentalisation. Ce qui nous intéresse, ce sont les facteurs légaux de l'instrumentalisation, les conditions qui confèrent au droit des entreprises en difficulté une structure propice au développement de l'instrumentalisation. Il s'agit, par une démarche descriptive, de montrer que l'instrumentalisation est aujourd'hui intrinsèque à ce droit, bien qu'elle n'ait été observée qu'en procédure collective. En partant de quelques manifestations de l'instrumentalisation, cette étude entend proposer une nouvelle lecture du droit des entreprises en difficulté.

40. Un des objectifs de l'étude est alors de reconstituer le système formé par le droit des entreprises en difficulté afin d'en déterminer la cohérence, de rendre intelligibles sa logique et ses fondements. Le but est alors de pouvoir connaître la réalité de ce qu'on appelle l'instrumentalisation et d'en mesurer les effets sur le droit des entreprises en difficulté. Chercher des solutions à l'instrumentalisation, c'est s'attaquer aux fondements de ce droit, c'est chercher des façons de restaurer la légitimité de son application. C'est pourquoi une réflexion quant aux remèdes à la menace d'illégitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté sera mise en lumière par une approche plus prescriptive.

41. **Annonce du plan**. Notre étude sur l'instrumentalisation implique d'apprécier le contexte dans lequel elle se développe, dans le but de déterminer s'il y a bien détournement d'une finalité de ce droit, donc il faudra rechercher l'esprit de ce droit, ce qui fonde sa légitimité. Ensuite, il conviendra de considérer son impact, son caractère altérant, la menace qu'elle fait peser sur le droit, afin de justifier qu'il faille la combattre. Il s'agira alors de démontrer que ce droit est « instrumentalisable » (Première partie), avant d'apprécier et de mesurer la menace qui pèse sur la légitimité de son application (Seconde partie).

Première partie – Un droit « instrumentalisable »

Seconde partie – Une légitimité menacée

PREMIÈRE PARTIE

UN DROIT « INSTRUMENTALISABLE »

42. Sous l'effet des préoccupations économiques, ce qui était, autrefois, le droit de la faillite a changé de nature. C'est aujourd'hui un droit à finalité économique. « Le droit de la faillite est alors devenu le droit des entreprises en difficulté, droit économique cherchant à sauvegarder les entreprises »[116]. Sa destination économique a été le guide de l'élaboration de ses normes et a influé sur sa structure. Cette législation vise premièrement, mais non exclusivement, le sauvetage des entreprises. Lorsque l'entreprise ne peut être sauvée, les règles poursuivent le sauvetage de la personne physique derrière l'entreprise et la revente des actifs de l'entreprise. Le droit des entreprises en difficulté s'attache à la « remise en mouvement », à la réintégration dans le circuit économique, des acteurs économiques, mais aussi des biens. Ce droit est alors conçu, dans ses fondements mêmes, comme un instrument juridique à finalité économique. C'est un droit fondamentalement instrumental (Titre 1).

43. « Le droit des entreprises en difficulté est à l'évidence un droit « économique », en ce qu'il appréhende un phénomène économique majeur, l'entreprise en difficulté, et manie des concepts économiques et financiers »[117]. Mais, ce droit n'est pas toujours appliqué comme devrait l'être un droit économique. En effet, alors que ce droit requiert un raisonnement finaliste, le juge des procédures collectives s'est affranchi d'une interprétation téléologique des conditions d'ouverture. Les règles sont détachées des concepts économiques qu'elles sont censées appréhender. Ainsi, les juges ne conditionnent pas le bénéfice d'une procédure collective à l'existence d'une entreprise, alors même qu'elle constitue la raison d'être de ce droit. De la sorte, les règles devenues souples, floues et peu discriminantes, en vue de permettre à nombre de débiteurs de bénéficier de procédures, ne sont alors plus conditionnées à leur finalité, à ce pour quoi elles ont été édictées. Les débiteurs sont en mesure de solliciter le bénéfice d'une procédure collective, et des règles qui en découlent obligatoirement, en y assignant une finalité autre, comme l'accroissement de leur rentabilité ou la possibilité d'échapper à leurs engagements contractuels, sans que cela revête un caractère frauduleux. Le

[116] MACORIG-VENIER (F.), « L'anticipation des difficultés de l'entreprise. Modernité du droit français et approche comparatiste », in SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (dir.), *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, coll. Presse de l'Univ. des sciences sociales de Toulouse, LGDJ, 2008, p. 331.

[117] MOUIAL BASSILANA (E.), « Approche de droit économique », V° Tendances du droit de l'entreprise en difficulté, *Rép. com*., n° 53.

droit des entreprises en difficulté devient sujet à l'instrumentalisation, ce qui explique que les procédures collectives soient instrumentalisées par les groupes de sociétés (Titre 2).

Titre 1. Un droit fondamentalement instrumental

Titre 2. Des procédures collectives instrumentalisées

Titre 1. Un droit fondamentalement instrumental

44. Le droit des entreprises en difficulté s'est construit et se développe sous l'impulsion d'une logique économique. La mondialisation de l'économie conduit à une mondialisation du droit. Envisagé comme un soutien au développement économique pour faire face à la concurrence des autres États, le droit des entreprises en difficulté est soumis à un impératif d'efficacité économique. La prééminence de cet impératif amène le législateur à faire du sauvetage des entreprises la priorité du droit des entreprises en difficulté. L'objectif de sauvetage des entreprises émerge d'une vision économique de la matière, de ses enjeux, et structure le système du droit des entreprises en difficulté. En vue de l'objectif directeur de sauvetage des entreprises, le législateur compose des politiques dites « pro-débiteur », d'incitation, afin d'influer sur les comportements. Le droit des entreprises en difficulté se fait instrument d'une politique économique (Chapitre 1).

45. Conséquence du développement d'une politique pro-débiteur, le débiteur est au cœur du système du droit des entreprises en difficulté. L'efficacité de ce droit repose en grande partie sur la prévention de la cessation des paiements. Recourir à la prévention relève de la volonté du débiteur. Le débiteur est le point central de la législation parce que de sa volonté dépend l'efficacité du droit des entreprises en difficulté. L'anticipation ou l'absence d'anticipation du débiteur devient l'élément déclencheur des différents modes de gestion et de traitement des difficultés de l'entreprise. L'importance accordée à la volonté du débiteur fait du droit des entreprises en difficulté un instrument des choix du débiteur (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Un droit instrument d'une politique économique

47. « L'économie constitue un des facteurs évidents d'évolution du droit au même titre que la politique, la morale ou les transformations de la société »[118]. L'influence de l'économie en droit des entreprises en difficulté est particulièrement prégnante, et cette matière apparaît comme « l'évolution économique » du droit de la faillite. Au moment même où les préoccupations économiques deviennent primordiales dans notre société, où l'efficacité économique accède au rang de valeur, le droit est tenu de s'adapter et d'en tenir compte. La recherche de l'efficacité économique a entraîné une évolution notable du droit de la faillite qui est alors passé, en suivant diverses étapes, à un droit des entreprises en difficulté. C'est un regard économique qui a bouleversé cette matière, qui ne cesse, dès lors, de chercher à renforcer son efficacité avec pour guide une logique économique. Cette recherche d'efficacité économique du droit a conduit à un changement de paradigme. D'un droit qui sanctionne le débiteur en raison du non-respect de son engagement envers son créancier, nous sommes passés à un droit qui protège le débiteur afin de l'inciter à adopter des comportements bénéfiques pour le système économique. Le droit des entreprises en difficulté est animé par une logique économique (Section 1). Cette dernière dégage comme objectif principal, le sauvetage des acteurs économiques : premièrement le sauvetage de l'entreprise et, subsidiairement, le sauvetage de la personne physique derrière l'entreprise. Pour répondre à cet objectif, le législateur adopte une politique qu'il est possible de qualifier de pro-débiteur (Section 2).

Section 1 : Un droit animé par une logique économique

48. Aujourd'hui plus qu'hier, le système économique tend à imposer sa dominance sur les autres systèmes, juridique, moral. Ces systèmes interagissent et doivent composer les uns avec les autres. L'économie insuffle ses besoins au système juridique. Le droit doit répondre aux besoins dictés par l'économie. À mesure que l'économie devient une valeur de référence, le législateur se trouve contraint par la quête d'efficacité économique (§1). Cette quête d'efficacité économique constitue la ligne directrice des normes du droit des entreprises en difficulté (§2).

[118] DESCAMPS (O.), « Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit », *in L'efficacité économique en droit*, ss. la dir. de BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 23.

§1 – Un droit soumis à l'exigence d'efficacité économique

49. Le droit et l'économie interagissent de façon quasi permanente. L'économie a besoin du droit pour entretenir son système et le droit a besoin de l'économie pour construire un droit réaliste, en conformité avec les attentes du monde moderne, guidées par un modèle économique. Ripert, en 1951, écrivait que « les juristes ne sauraient appliquer, ni interpréter les règles de droit s'ils ne connaissaient pas l'économie » et que les économistes « ne sauraient analyser l'activité productrice des hommes (sans savoir) quelles sont les institutions (juridiques) par lesquelles elle s'exerce »[119]. Le droit intervient en soutien du système économique (A).

50. Mais son intervention n'est pas limitée aux phases de crise économique. Aidé par la mondialisation, le droit devient un instrument au soutien de la valorisation et de la compétitivité de l'économie d'un État. Le droit donne accès au marché. La mondialisation permet aux entreprises de mettre les États en concurrence, ce qui aboutit à une globalisation des droits. Les législations s'alignent les unes sur les autres afin de ne pas voir le territoire fui par les acteurs économiques producteurs de richesses. La mise en concurrence des systèmes économiques impose aux systèmes juridiques d'adopter des règles juridiques compétitives. De cette façon, l'économie insuffle ses besoins au droit. Le législateur est contraint de penser les normes principalement sur le plan de l'efficacité économique (B).

A- Le droit en soutien à l'économie

51. **Un droit au soutien de la conjoncture**. En France, malgré une libéralisation de l'économie, on observe un interventionnisme important en période de crise. Or, la conjoncture économique est un facteur d'évolution des législations[120]. Lorsque l'économie est menacée, le législateur intervient pour adapter le droit et le constituer en véritable soutien, en levier pour rétablir le marché. La crise récente engendrée par la pandémie de la Covid-19 illustre de manière topique l'action du droit face à la conjoncture économique. Pendant plus d'un an, le droit des entreprises en difficulté a tenté de s'adapter à l'urgence sanitaire, de contrecarrer les effets de la crise qui aurait sans doute conduit un nombre important d'entreprises en liquidation judiciaire. La politique du « quoi qu'il en coûte »[121] mise en œuvre dès mars 2020 pour soutenir l'économie face aux répercussions de la crise sanitaire du coronavirus a eu pour but de préserver

[119] RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2e éd., 1951, p. 4.
[120] VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007, n° 4.
[121] Formule employée par le Président de la République, Emmanuel Macron, le 12 mars 2020 lors d'une allocution télévisée. Le « quoi qu'il en coûte » désigne le plan d'aides mis en place pour soutenir les entreprises pendant la crise du Covid-19 (fond de solidarité, prêts garantis par l'État, chômage partiel, etc.).

un socle économique des entreprises en cherchant à « contenir » les défaillances d'entreprises comme conséquence de la crise sanitaire[122].

52. C'est pourquoi des mesures temporaires pour faire face aux conséquences de la crise, des mesures importantes d'aides publiques et de soutien aux entreprises ont été prises[123]. Les règles du droit des entreprises en difficulté[124] ont été aménagées afin de renforcer les mesures préventives[125]. Les politiques conjoncturelles mises en place à ce moment ont permis d'éviter de nombreuses défaillances, alors que « depuis le début de la crise sanitaire, le spectre d'une « vague de faillites » plane sur le tissu économique français »[126]. D'ailleurs, les chiffres sont plus que surprenants puisqu'on observait même un nombre de liquidations plus bas durant cette période de crise[127]. Certains ont exprimé leur scepticisme face à ces chiffres et à la « mise en berne des faillites » en craignant une flambée des liquidations d'entreprises par la suite[128]. En outre, une loi du 31 mai 2021[129] a mis en place une procédure de traitement de sortie de crise. L'objectif du législateur est d'offrir aux entreprises[130] une procédure simplifiée permettant

[122] Ord. n° 2020-1443 du 25 nov. 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises aux conséquences de l'épidémie de Covid-19, JO 26 nov. 2020, texte n° 3 et Rapport au Président de la République ; Loi n° 2020-1525 du 7 déc. 2020, d'accélération et de simplification de l'action publique, art. 124, JO 8 déc. 2020 ; LEMERCIER (K.) et MERCIER (F.), « Loi ASAP : prolongation des règles adaptant le droit des entreprises en difficulté à la Covid-19 », *D. actu*., 23 déc. 2020 ; ROUSSEL GALLE (Ph.), « Coronavirus : nouvelle prolongation de dispositions en faveur des entreprises en difficulté », *DP diff. entr*., Veille permanente, 9 déc. 2020 ; THERON (J.), BORGA (N.), BUISINE (O.), FALIH (D.), GRANEL (L.), « La prévention », in Dossier « Dispositions Covid : quelles mesures pérenniser ? », *BJE*, 2021. 57 ; BORGA (N.), « S'adapter dans la durée : nouveau Credo du droit des entreprises en difficulté ? », *Rev. proc. coll.*, 2021, n° 1, p. 11 ; « Loi ASAP n° 2020-1525 du 7 déc. 2020 », *Rev. proc. coll*., 2021, étude 1 ; Loi n° 2020-1721 du 29 déc. de finances 2021, art. 15 et 19.

[123] Décret n° 2020-712 du 12 juin 2020, relatif à la création d'un dispositif d'aides ad hoc au soutien de la trésorerie des entreprises fragilisées par la crise de Covid-19. Art. 1er en application de l'article 23 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificatives pour 2020, il est institué, jusqu'au « 30 juin 2022 », un dispositif d'aides sous la forme d'avances remboursables et de prêts à taux bonifiés pour les entreprises touchées par la crise sanitaire de Covid-19.

[124] V. Ord. n° 2020-341, 27 mars 2020, JO 28 mars, v. LEMERCIER (K.) et MERCIER (F.), comm., *D. actu*., 1er avr. 2020 ; ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, JO 21 mai, v. comm., LEMERCIER (K.) et MERCIER (F.), *D. actu*., 28 mai 2020 ; Ord. n° 2020-1443, 25 nov. 2020, JO 26 nov., comm. LEMERCIER (K.) et MERCIER (F.), « Covid-19 : nouvelle adaptation des règles applicables aux entreprises en difficulté », *D. actu*., 4 déc. 2020.

[125] MACORIG-VENIER (F.), « La prévention des difficultés et l'état d'urgence sanitaire, Actes I et II », *RTD com.*, 2020. 447.

[126] LEMERCIER (K.) et MERCIER (F.), « Covid-19 : nouvelle adaptation des règles applicables aux entreprises en difficulté », *D. actu*., 4 déc. 2020.

[127] V. Tribune du Parisien, octobre 2021, Défaillances et sauvegardes d'entreprises en France, 3e trimestre 2020, (Cabinet Altares) : « Les faillites des entreprises au plus bas depuis…1986 ». Les faillites auraient reculé de 38% en 2020 et sont encore en baisse de 13% en 2021.

[128] V. not. Coronavirus : « Les entreprises sont toutes sous perfusion », une vague de faillites attendue en 2021, *La Voix du Nord*, 13 oct. 2020.

[129] Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise, art. 13.

[130] L'article 1 du décret n° 2021-1355 du 16 oct. 2021 précise que cette procédure n'est pas ouverte à toutes les entreprises. Elles visent celles de moins de vingt salariés et dont le total du passif hors capitaux n'est pas supérieur à 3 000 000 euros.

d'apurer le passif accumulé pendant la crise sanitaire[131]. C'est pourquoi cette procédure est temporaire et n'a vocation à pouvoir être ouverte que jusqu'au 1e juin 2023.

53. De manière comparable, on peut considérer que l'élargissement du champ de la procédure de sauvegarde réalisé par l'ordonnance de 2008 manifeste une réaction du droit face à la crise financière de 2008. Cette crise des *subprimes*[132], qui a conduit à la faillite de la banque américaine Lehmans Brothers, est ensuite devenue économique en raison de l'appauvrissement du crédit et a gagné le reste du monde en 2008. Elle est par la suite devenue sociale en raison d'une flambée du taux de chômage[133]. Dans ce contexte, accorder le bénéfice d'une procédure de sauvegarde à une société holding[134] relève du pragmatisme. Les juges ont cherché à préserver ces sociétés des conséquences de cette crise.

54. **Le droit en soutien à la structure de l'économie**. Si le droit des entreprises en difficulté est un outil qui permet de minimiser les effets d'une récession économique, il agit également sur la structure même de l'économie. Il n'apporte pas son soutien à l'économie seulement en période de crise, il permet de réguler l'économie[135]. « La croyance quasi universelle aux bienfaits de l'ordre économique libéral »[136] qui qualifie la mondialisation de l'économie trouve des limites. Elle trouve appui alors sur le droit ce qui engendre une globalisation des droits. L'économie libérale présente « le marché comme résultant d'un ordre spontané régissant le fonctionnement de la société en vue de l'équilibre général et de l'efficience économique »[137]. Dans le cadre de ce régime libéral, l'obsolescence des entreprises et leur disparition apparaissent comme un phénomène naturel[138]. Mais le droit des entreprises en difficulté semble relever d'un libéralisme régulé par opposition au libéralisme plein dans

[131] Par exemple, il s'agit de traiter les prêts garantis par l'État. V. JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Manuel, 12e éd., 2022, n° 40 ; SAINTOURENS (B.), « La procédure de traitement de sortie de crise : innovante et éphémère », *Rev. proc. coll.*, 2021-5, étude 14 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 13e éd., 2022, n° 129.

[132] Prêts immobiliers à risque que les emprunteurs n'étaient plus toujours en mesure de rembourser.

[133] GHERARI (H.), « Protectionnisme : le retour ? », *Rev. UE*, 2012, 315.

[134] V. Com., 8 mars 2011, 10-13.988 10-13.989 10-13.990, Publié au bulletin.

[135] DESCAMPS (O.), « Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit », in *L'efficacité économique en droit.* dir. de BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 27.

[136] FARJAT (G.), « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003/3, t. XVII, p. 511 à 531.

[137] BOY (L.), « Régulation et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 333. L'auteur ajoute que « l'optimalité de ce système découle du fait que le jeu de la main invisible du marché, par la poursuite des intérêts individuels, conduit à la satisfaction de l'intérêt général ». La théorie de la « main invisible » est théorisée par SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. GARNIER (G.), présentation DIATKINE (D.), Flammarion, 1991, tome II, p. 42.

[138] SOINNE (B.), « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives) », *D.*, 2004, p. 1506, n° 1.

lequel le marché est autorégulé. Le libéralisme régulé, lui, accepte des défauts des marchés et consent à une intervention de l'État[139].

55. C'est ainsi que l'économie a besoin de son bras armé, le droit. Le droit économique apparaît comme un soutien de l'économie libérale, et vise à ce que cette dernière ne s'autoanéantisse pas. C'est le propre des droits économiques, lesquels permettent à l'économie libérale de prospérer en la régulant, en lui apportant certaines limites. Ce droit économique, à l'origine considéré comme le droit de l'économie dirigée[140], est aujourd'hui lié à une économie de marché, plus totalement libérale, mais organisée, dans laquelle l'État est un agent de circulation des richesses, le responsable de la prospérité en général[141]. En adoptant des mesures permettant le sauvetage d'entreprises en difficulté structurelle, le droit agit sur le tissu économique. Il n'est pas rare que le législateur pérennise des mesures prises, à l'origine, en réaction aux besoins économiques dévoilées par une crise. Des mesures édictées, *a priori*, de manière provisoire en réponse à la conjoncture sont parfois conservées. Tel est le cas de nombres de mesures transitoires prises pour minimiser les effets économiques de la crise sanitaire[142]. Cela s'est fait sans grande surprise. En effet, les commentateurs[143] prédisaient qu'elles ne resteraient pas à l'état de régime transitoire, et ce, parce qu'elles s'inscrivent dans le mouvement global de la législation de renforcement de la prévention.

B- L'influence de la pensée économique

56. La pensée économique imprègne le système juridique en raison de la mondialisation économique qui ouvre la voie à une concurrence des législations (1°). La part de la logique économique au sein du droit est amplifiée par l'importance accordée à l'analyse économique du droit (2°).

[139] V. VROEY (M. de), « Les libéralismes économiques et la crise », in *Revue française d'économie*, vol. 24, n° 2, 2009. p. 3.
[140] V. FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 86.
[141] CHAMPAUD (C.), « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé », *RJC*, 1976, p. 253.
[142] L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce a pérennisé des mesures des ordonnances Covid.
[143] Les commentateurs des mesures temporaires évoquaient déjà la possibilité que ces mesures demeurent. THERON (J.), DIESBECQ (A.) et ROBINE (D.), « Pour une prévention plus attractive et plus efficace », *in* « Prévention des difficultés des entreprises : efficacité des solutions en période de crise et perspectives à la veille des réformes, 7es assises nationales de la prévention des difficultés des entreprises », *RJ com.*, 2020. 514-527 ; THERON (J.), BORGA (N.), BUISINE (O.), FALIH (D.) et GRANEL (L.), « La prévention », *in* Dossier « Dispositions Covid : quelles mesures pérenniser ? », *BJE*, janv. 2021, n° 1, p. 57.

1°) L'effet de la concurrence des droits

57. **Mise en concurrence des droits**. Le contexte économique de la fin du XIXe siècle avec les progrès techniques croissants et la libéralisation des échanges économique a joué un rôle clé dans la mise en concurrence des systèmes juridiques étatiques[144]. Effectivement, des auteurs tels que Monsieur Robé ont mis en évidence les liens entre la mondialisation de l'économie et la libéralisation des droits. Sa démonstration s'appuie sur le droit des sociétés et met en évidence le rôle de l'internationalisation de la concurrence économique des entreprises sur l'évolution du droit des sociétés[145]. La mondialisation de l'économie met les entreprises en position d'exiger des facilités des États en les mettant en concurrence. Les entreprises qui ont la possibilité de localiser leurs opérations dans différents endroits du monde vont tenir compte de l'état des droits pour effectuer leur choix. Cela veut dire que la société a, elle aussi, des exigences à l'égard du droit et des règles juridiques[146]. Les entreprises exigent alors des États, sur lesquels elles sont localisées, de leur produire un droit qui leur permette de faire face « à armes égales aux concurrents » [147]. Cette mise en concurrence des systèmes juridiques réduit la possibilité d'action autonome des systèmes juridiques étatiques[148] sur l'économie et les entreprises[149]. L'action des législateurs est contrainte en grande partie par la volonté des acteurs économiques dès lors que l'argument économique devient un moyen de pression. Comme l'illustre Monsieur Robé, la bourse peut déprécier sa monnaie ou les valeurs des entreprises du territoire si les législations vont à l'encontre de ce que veulent les marchés, et les entreprises n'hésiteront pas à aller chercher des normes juridiques plus favorables en se délocalisant[150]. Si les normes apparaissent défavorables aux entreprises en réduisant leur rentabilité, elles peuvent délocaliser leur activité[151].

58. **Circulation et uniformisation des droits**. La mondialisation actuelle des marchés entraîne une égale mondialisation du droit[152], le droit est devenu « matière d'échanges » : « il

[144] ROBE (J.-Ph.), *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, A droit ouvert, 2015, p. 88.
[145] *Ibid.*
[146] PAILLUSSEAU (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2003, p. 260.
[147] ROBE (J.-Ph.), *op. cit., loc. cit.*
[148] *Ibid.*, p. 115.
[149] V. BOURGUINAT (H.), *La tyrannie des marchés. Essai sur l'économie virtuelle*, Economica, 1995 ; CHESNAIS (F.), *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1994.
[150] ROBE (J.-Ph.), *op. cit.*, p. 263.
[151] ROBE (J.-Ph.), *op. cit.*, p. 49.
[152] V. DEZALAY (Y.), « Des justices du marché au marché international de la justice », *Justices*, n°1, 1995, p. 121.

franchit les frontières comme un produit d'exportation » [153]. Le droit donne accès au marché. Ainsi, comme souligné par un auteur, le passage à la société post-industrielle a fait passer le droit de « simple instrument d'organisation interne » à « un véritable facteur de compétition entre États » [154]. Ainsi avoir un droit attractif est un facteur de compétitivité économique pour les États. Le droit devient donc un enjeu économique majeur. Le système juridique est contraint économiquement de favoriser l'expansion de l'entreprise. Cette contrainte économique sur le système juridique, en raison de la concurrence entre les États, est illustrée à l'échelle de l'Union européenne dans l'exposé des motifs du projet de la loi PACTE : « La croissance des entreprises ne doit pas être entravée par des effets de seuil excessifs et par un environnement réglementaire trop complexe et pénalisant par rapport aux autres membres de l'Union européenne »[155]. Surtout, la directive européenne, restructuration et insolvabilité,[156] a pour objectif « de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et de lever les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales, comme la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement, qui sont dues aux différences entre les législations et procédures nationales en matière de restructuration préventive, d'insolvabilité, de remise de dettes et de déchéances »[157].

59. Se produit alors une uniformisation des droits par l'influence du pouvoir économique. Le droit des entreprises en difficulté est une matière particulièrement sous influence de ce pouvoir, car elle est porteuse de nombreux enjeux économiques. La législation du droit de l'insolvabilité constitue une donnée essentielle pour les investisseurs et les entrepreneurs. Elle a une incidence directe sur le développement de l'entrepreneuriat et l'investissement. C'est pourquoi la loi PACTE, qui a pour but la croissance des entreprises, prévoit des mesures facilitant le rebond de l'entrepreneur[158], en rendant obligatoire l'examen des conditions du rétablissement professionnel en cas de demande de liquidation, et en rendant la liquidation judiciaire simplifiée obligatoire pour les plus petits débiteurs.

---

[153] ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Seuil et La République des Idées, 2005, p. 5.
[154] DEZALAY (Y.), *Marchands de droit : l'expansion du modèle américain et la construction d'un ordre juridique transnational*, Paris, Fayard, 1992 ; v. aussi CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, LGDJ, 2014.
[155] Exposé des motifs Projet de Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), Légifrance, p. 3.
[156] Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité).
[157] JO C 209 du 30.6.2017, p. 21.
[158] V. Exposé des motifs Projet de Loi PACTE, Légifrance, p. 3.

60. La législation du droit des entreprises en difficulté est en proie à un *forum shopping* de la part des entreprises internationales. Au vu des enjeux économiques que cela représente, un phénomène d'uniformisation des droits se met en place. À cet effet, le rapprochement du droit de l'Union européenne de l'insolvabilité avec le droit américain, principal concurrent, est la preuve de la logique économique qui fait naître les mêmes besoins. Mais c'est aussi la conséquence de la mondialisation du droit qui oblige les systèmes juridiques à s'aligner sur les droits influents afin d'éviter une fuite des entreprises, conséquence du *forum shopping*. On aboutit alors à une sorte d'harmonisation des législations[159]. La directive, Restructuration et insolvabilité, du Parlement européen et du Conseil n°2019-1193 du 20 juin 2019 qui est une tentative d'harmonisation des droits de l'insolvabilité des droits nationaux au sein de l'UE fait une place à des concepts de droit américain[160]. Cet exemple vient au soutien de la thèse parfois défendue selon laquelle l'efficacité économique serait le facteur de circulation des droits[161]. Les défenseurs de cette thèse soutiennent que si des droits, ou certaines de ces normes, sont adoptés par le législateur d'un autre État, « c'est en raison de son efficacité économique supérieure »[162]. C'est l'efficacité économique qui ferait le prestige[163] et la renommée d'un droit[164]. Le législateur du droit des entreprises en difficulté est bien dans une démarche d'harmonisation de son droit national avec les droits concurrents, « en s'inspirant de ce qui est efficace »[165].

2°) L'influence de l'analyse économique du droit

61. **L'influence de l'analyse économique dans les législations**. Est efficace ce qui produit l'effet attendu[166]. La mesure de l'efficacité nécessite alors d'identifier les finalités poursuivies par la règle. En d'autres termes, « l'efficacité est un mode d'appréciation de l'adéquation du

[159] FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 86.
[160] STANKIEWICZ MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. Vers un rapprochement des droits ?*, dir. VALLENS (J.-L.), Th. Université de Strasbourg, soutenue le 26 mars 2011.
[161] En particulier, MATTEI (U.), *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, Univ. of Michigan Press, 1997. Si cette thèse est controversée en tant que l'efficacité économique n'expliquerait pas à elle seule la circulation des droits, il n'empêche que l'efficacité économique permet de mesurer, de comparer les différents systèmes et donc, pour les entreprises, constituent un moyen de les mettre en concurrence : V. LAITHIER (Y.-M.), « Le droit comparé et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*. dir. BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 60.
[162] LAITHIER (Y.-M.), « Le droit comparé et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*. dir. BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 52.
[163] Sur le rôle du prestige comme facteur de circulation des modèles juridiques, cf. MUIR-WATT (H.), « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », in « L'américanisation du droit », *ADP*, Dalloz, 2001, p. 29 et s.
[164] PERES (C.), « Rapport introductif », in *L'efficacité économique en droit*. dir. BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 5.
[165] MOUIAL BASSILANA (E.), « Approche de droit économique », V° Tendances du droit de l'entreprise en difficulté, *Rép. com*., n° 57.
[166] *Dictionnaire Larousse de la langue française*, V° « efficace ».

moyen employé à la fin poursuivie »[167]. L'efficacité économique peut être définie, selon certains, comme « les besoins du marché »[168]. En ce sens, l'efficacité économique de la norme est la norme qui permet de répondre au besoin du marché. La concurrence entre États se fait sous l'angle de leur efficacité économique. C'est en ce sens que des auteurs estiment qu'il est impossible d'étudier ce droit aujourd'hui sans se préoccuper de la théorie économique[169]. La promotion de l'efficacité économique des systèmes juridiques est d'abord une manifestation et conséquence du développement de l'analyse économique du droit. Cette dernière s'attache à appliquer les méthodes et concepts économiques à l'étude du droit et à mettre l'accent sur les effets économiques des règles juridiques[170]. L'analyse économique qui met en évidence les répercussions du droit sur le fonctionnement et l'efficacité du système économique, participe à faire de la recherche d'efficacité une des préoccupations majeures, de plus en plus assumée, du système juridique[171]. Depuis, il apparaît « souhaitable que les juristes prêtent attention aux conséquences économiques du choix d'une règle ou d'une décision par rapport à une autre »[172].

62. L'analyse économique du droit et son influence sont ce qui propulse la quête d'efficacité économique des systèmes juridiques au rang de priorité. Ainsi, la Banque Mondiale, en adhérant à l'idée que le droit d'un pays donné aurait une incidence directe sur son développement économique et sur sa croissance[173], se fait l'agent de la promotion de l'efficacité économique des systèmes juridiques. Les évaluations qu'elle a produit sur les pays dans les rapports *Doing Business* ont été à cet effet d'une influence considérable[174]. Au sein de ces rapports sont classés 178 pays en fonction de la facilité à y faire des affaires par le biais d'un indice universel. À cette occasion, la Banque Mondiale exerce une pression réelle sur les législateurs des États par la différence de traitement qu'elle institue entre États au nom de l'efficacité économique de leur système juridique. En félicitant et finançant les pays qui s'arment de la recherche de l'efficacité économique dans leurs réformes, et en stigmatisant ceux qui n'ont pas fait de l'efficacité économique leur finalité première, elle fait de l'efficacité un impératif et incite les États à

[167] LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. MUIR WATT (H.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 419, 2004, p. 20.
[168] MUIR-WATT (H.), « La modération des dommages en droit anglo-américain », *LPA*, 20 nov. 2002, p. 45.
[169] VOGEL (G.), « Du droit commercial au droit économique », in *Traité de droit des affaires de RIPERT et ROBLOT*, t. 1, LGDJ, 21e éd., 2020, n° 67, p. 77.
[170] PERES (C.), « Rapport introductif », in *L'efficacité économique en droit*. dir. BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 2.
[171] LAITHIER (Y.-M.), *art. cit*., in *L'efficacité économique en droit*. dir. BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 49.
[172] *Ibid.*
[173] V. À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, Association H. CAPITANT, vol. 1, Société de législation comparée, 2006, n° 7 et s., p. 14.
[174] Il faut noter que la publication des rapports est arrêtée depuis 2020 en raison d'un signalement d'irrégularités dans les données des éditions 2018 et 2020.

adopter les règles et les institutions juridiques les plus à même de favoriser le développement économique et la croissance[175]. La Banque Mondiale devient une « force inspiratoire majeure »[176] des législations. La promotion de l'efficacité économique passe par l'adhésion et la diffusion de l'analyse économique du droit comme critère de performance d'un système juridique. La recherche d'efficacité économique devient un enjeu majeur pour les législations.

63. L'importance accordée à l'analyse économique du droit fait aujourd'hui de l'efficacité économique l'exigence dominante à laquelle la norme doit répondre. La validité d'un système juridique paraît principalement appréciée à « l'aune de ses effets économiques mesurables »[177]. Sa cohérence interne devient secondaire et le législateur comme le juge sont tenus d'assurer, avant tout, « la compétitivité du système normatif pour permettre la compétitivité du corps social »[178]. Ce contexte fait évoluer, voire basculer, les valeurs de références des systèmes juridiques.

64. **Le système économique, un système dominant**. L'efficacité économique est alors devenue un impératif[179]. Le droit semble de tout temps avoir tenu compte de l'efficacité économique des normes qu'il produit. Ce qui est notable néanmoins, c'est qu'aujourd'hui elle tend à supplanter tous les autres facteurs de légitimation de la norme tels que la justice ou l'équité. Si le système juridique a toujours et doit tenir compte des données du système économique, c'est aujourd'hui la place de cette croyance dans la pensée des juristes qui semble avoir changé. L'efficacité économique des normes apparaît comme une donnée de premier plan qui, par son rayonnement induit par l'idéologie libérale, annihile les valeurs sécrétées par les autres systèmes qui en principe entrent en concurrence avec les valeurs économiques. Pour l'élaboration d'une norme juridique, sont traditionnellement considérés ses différents effets, économiques, sociaux et même moraux[180]. En principe, il est recherché un certain équilibre dans la satisfaction de ces effets. Mais la suprématie de l'idéologie libérale au sein de nos sociétés et sa croyance dans les bienfaits de l'économie de marché conduit à l'instauration d'une

[175] LAITHIER (Y.-M.), *art. cit.*, p. 55.
[176] MOUIAL BASSILANA (E.), « Approche de droit économique » V° Tendances du droit de l'entreprise en difficulté, *Rép. com.*, n° 57.
[177] LASCOUMES (P.), « Les commissions techniques », *Rev. Actes*, Nov. 1985, p. 55.
[178] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, préface de SAINTOURENS (B.), PUAM, 2004, T. I, p. 24.
[179] CHEVALLIER (J.), « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ? », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 559, sp. p. 575.
[180] REIS (P.), « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 192.

hiérarchie au sein de laquelle les effets économiques tiennent le sommet. Cette pensée conduit à un changement de paradigme au sein de nos législations de l'insolvabilité des entreprises.

§2 - Un droit structuré par la recherche de l'efficacité économique

65. La législation de ce droit est porteuse de véritables enjeux économiques. Elle exerce une influence sur la création d'entreprise et l'investissement, et est en concurrence avec les autres systèmes juridiques de ce point de vue. Le système économique globalisé crée de nouveaux enjeux notamment de compétitivité des droits, ce qui conduit presque naturellement à une généralisation de la recherche de l'efficacité économique des normes de droit. Cette intégration, transforme le système de valeurs du droit de la faillite qui passe d'un droit dont l'action vise à sanctionner le non-respect des engagements à un droit qui s'émancipe d'une dimension interindividuelle pour atteindre certains objectifs économiques. La nature nouvelle du droit des entreprises en difficulté le conduit à se soumettre à une exigence d'efficacité économique. Le pouvoir de l'économie sur le système juridique se mesure à l'aune de l'importance accordée à l'efficacité économique des normes. Bien que le droit de la faillite ne fût pas gouverné par des principes économiques, il a toujours été en lien avec la matière économique[181]. L'efficacité économique de ses règles n'était pas sans importance, toutefois ce n'était pas l'objectif essentiel de la législation. La prééminence de la logique économique au sein du traitement de la défaillance des entreprises se manifeste par la place prépondérante qu'occupe aujourd'hui cette quête d'efficacité, directement imposée par l'économie.

66. Pour certains, le droit des entreprises en difficulté peut être perçu comme un « outil économique » [182]. Nous ne pouvons infirmer cette proposition, car, en cette matière, la primauté de l'efficacité économique est prégnante. C'est au nom de l'efficacité économique que le droit des entreprises en difficulté a remplacé le droit de la faillite (A), et c'est toujours au nom de cet impératif qu'il continue d'adapter ses règles (B).

A- L'efficacité économique, moteur d'évolution

67. Selon Monsieur Paillusseau, « la logique de l'organisation juridique, les techniques utilisées pour sa construction et sa cohérence d'ensemble dépendent à la fois des spécificités

[181] VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 4.
[182] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites », *D.*, 1994 p. 17.

économiques et sociétales de l'activité concernée et des finalités et objectifs poursuivis »[183]. Il explique que le droit des faillites a évolué en suivant cette démarche. C'est parce que le législateur a relevé les effets négatifs, à divers égards, des faillites des entreprises qu'il a fixé des finalités et l'objectif de sauvegarde de l'entreprise quand cela est possible. À partir de là, sont envisagés des moyens de prévenir les difficultés des entreprises et de les sauver, qui constituent une organisation, un système spécifique complexe, qui n'est pas seulement juridique[184]. « Il s'agit alors de partir d'un fait économique, de poser un objectif, et d'indiquer les moyens pour atteindre ce dernier »[185]. Cette structure intègre la dimension économique et donne du droit une conception « purement instrumentale »[186].

68. « L'évolution du droit des entreprises en difficulté à travers les âges fait apparaître que, au-delà des règles qui changent, ce sont les objectifs assignés à cette législation qui évoluent »[187]. Les règles des procédures ne sont plus analysées sous le même angle qu'antérieurement. Elles sont replacées au sein d'un système dont les objectifs sont économiques. C'est le système de « valeur », le « référentiel » dans lequel évoluent les procédures qui a changé. Les procédures collectives demeurent, mais elles ne constituent plus seulement un droit du paiement, une relation créancier-débiteur, mais aussi un droit du maintien de l'activité et des restructurations économiques. La faillite n'est plus ce qu'elle était. Le paiement du créancier cède le pas à la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi[188]. L'existence de ce droit relève d'une exigence d'efficacité économique qui est la notion clé du droit économique[189]. C'est précisément parce qu'il est apparu économiquement désastreux de liquider une entreprise viable, mais dont le débiteur était de mauvaise foi, que le droit des entreprises en difficulté s'est doté de règles dérogatoires au droit commun[190]. Plus concrètement, la discrimination opérée sur la base de la « valeur » de l'homme, de sa bonne ou mauvaise foi, n'amenait pas à des résultats économiques concluants et même se montrait contraire à la logique économique. S'oppose à une conception juridique de la faillite, une conception économique[191]. La faillite est juridique lorsqu'elle est une « procédure collective de

[183] PAILLUSSEAU (J.), *art. cit., D.*, 2003, p. 260.
[184] *Ibid*.
[185] VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 31.
[186] OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999, n° 52.
[187] LUCAS (F.-X.), « La réforme à la lumière de l'histoire du droit des procédures collectives », *in* « Entreprises en difficulté, nouvel essai », *RJ. Com.*, 2004, HS, p. 7.
[188] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *op. cit.*, n° 4.
[189] FRISON ROCHE (M.-A.), BONFILS (Ph.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, coll. Quadrige, 2005, p. 4.
[190] V. *infra* n° 398 s.
[191] RODIERE (R.), OPPETIT (B.), *Droit commercial*, 8e éd., Dalloz, 1978, p. 270.

recouvrement et d'exécution »[192]. Dans ce cas, elle repose sur « les principes du droit des biens, du droit des sûretés, des obligations » et reste « essentiellement axée sur les finalités et les techniques du droit privé »[193]. Au contraire, dans la conception économique de la faillite, « les intérêts des créanciers passent au second plan et la prise en considération de la personne du débiteur importe peu : le législateur et avec lui, le juge, ont principalement pour objectif la sauvegarde de l'entreprise (…). Devenues une institution du droit économique (…), les procédures collectives traversent un processus de « déjudiciarisation » marqué par l'asservissement des principes à la seule recherche de résultats désignés selon une hiérarchie de valeurs établie par l'autorité publique »[194]. Aujourd'hui, la trahison du rapport de confiance est de moins en moins sanctionnée par le droit des entreprises en difficulté parce que « sa pensée » s'est économisée au sens où il s'est extrait du traitement d'un rapport individuel pour tenter de toucher à un intérêt supérieur. Surtout, il s'est construit sur un certain discours dans lequel l'efficacité économique devient une valeur de référence, reconnue par tous, et dont la poursuite justifie la mise à l'écart d'autres valeurs.

69. Les « valeurs » défendues par le droit des entreprises en difficulté ne sont plus les mêmes que celles du droit de la faillite. Le débiteur était sanctionné parce qu'il n'avait pas respecté sa parole, son engagement. C'est bien la base sur laquelle s'agençait le droit de la faillite. Le droit des entreprises en difficulté ne conçoit plus la faillite, la défaillance comme une question d'inexécution d'un engagement, mais comme une question économique. Ce retournement de perspective, ne fait pas disparaître le fait que le débiteur n'a pas respecté son engagement envers son créancier, mais il conduit à ne pas circonscrire le droit des entreprises en difficulté à cette question. C'est pourquoi de nouvelles procédures, des mesures de prévention des difficultés apparaissent dans la législation alors que ces mesures n'ont pas pour fait générateur une absence de paiement du débiteur. Ces deux aspects coexistent au sein du droit des entreprises en difficulté. Mais l'un prend plus de place que l'autre au nom de l'efficacité économique. L'aspect « juridique », le non-respect de l'engagement s'efface, sans disparaître, pour la promotion de l'autre au sein d'un discours économique[195]. L'effacement de l'aspect juridique de la procédure n'est que dans le discours économique.

[192] *Ibid.*
[193] *Ibid.*
[194] RODIERE (R.), OPPETIT (B.), *op. cit., loc. cit.* V. égal. OPPETIT (B.), « Droit et économie », *in Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 180.
[195] Nous verrons que c'est précisément dans l'agencement de ces deux aspects, un caché, l'autre assumé, que prend racine l'instrumentalisation. V. *infra* n° 254 s.

70. Ensuite, toutes les évolutions répondent à cet impératif d'efficacité. Cette logique économique coule dans les veines de ce droit et c'est elle que l'on perçoit à travers son pragmatisme[196] et le flottement de ses catégories juridiques, entre ces différentes mesures et procédures. Le législateur du droit des entreprises en difficulté s'attache davantage à répondre à des besoins qu'à suivre des principes[197]. La structuration de ce droit apparaît de moins en moins rigide. Ce qui est notable comme manifestation de cette logique économique est la prolifération de règles qui instituent des ponts entre les différentes mesures et procédures, souvent sous l'impulsion de la pratique[198]. Les frontières entre les différentes procédures, tout ce que la doctrine estimait comme notion structurante, sont en train de se désintégrer sous l'effet de l'efficacité économique. « Le souci d'efficacité économique malmène les catégories juridiques traditionnelles. Il se déjoue des divisions académiques, ignore les frontières des différentes matières juridiques, relativise l'importance de l'opération, même de qualification juridique, transcende les distinctions fondamentales »[199]. Si l'on prend pour illustration la notion de cessation des paiements, elle conditionnait l'ouverture d'une procédure collective depuis le Code de commerce de 1807. La loi de sauvegarde des entreprises de 2005 a constitué une rupture importante, puisqu'une procédure collective peut être ouverte sans cessation des paiements, et une conciliation peut être demandée si le débiteur est en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours[200]. « La solution présentée consistait à privilégier l'anticipation des difficultés, sans se préoccuper de cette notion : les codes furent donc brouillés »[201]. La notion de cessation des paiements n'est plus une notion « structurante » du droit des entreprises en difficulté sous l'impulsion de la logique économique. La garde des Sceaux avait à cette occasion qualifié la cessation des paiements comme un « véritable couperet pour l'emploi et la survie des entreprises »[202]. En outre, la question de la célérité des procédures et plus largement du traitement des difficultés gagne en importance. Les liens sont de plus en

[196] V. BARRAUD (B.), *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, Bibl. philosophie du droit, 2017.
[197] MOUIAL BASSILANA (E.), « Approche de droit économique » V° Tendances du droit de l'entreprise en difficulté, *Rép. com*., n° 53.
[198] Exemple de la pratique du *prepack plan*.
[199] PERES (C.), « Rapport introductif », in *L'efficacité économique en droit*. dir. BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 21.
[200] V. LE CORRE (P.-M.), « 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal*., 27 juill. 2007, p. 3.
[201] TEBOUL (G.), « La cessation des paiements : une définition sans avenir ? », *Gaz. Pal*., 15 nov. 2007, p. 2.
[202] PERBEN (D.), JOAN, 2005, p. 1492.

plus tissés entre l'efficacité de la prévention des difficultés et la rapidité de la détection des difficultés[203] et du traitement des difficultés[204].

B- L'efficacité économique, facteur de légitimation

71. L'efficacité économique devient une exigence majeure permettant de légitimer la règle de droit, ce qui manifeste sans équivoque la dominance du système économique sur le système juridique, et sur tout autre système. Le système économique devient le système de référence, le système dominant. La toute-puissance de la logique économique, après être devenue une valeur éminente du système juridique, se développerait jusqu'à prendre le pas sur le système juridique. « L'économiquement satisfaisant prendrait le pas sur le juridiquement correct » [205].

72. **Facteur de légitimité**. La dominance du système économique sur le système juridique conduit à faire de l'efficacité un facteur de légitimité de plus en plus avancé à l'appui de la règle de droit. L'efficacité économique est devenue un instrument de légitimation des réformes dans un contexte de mondialisation et de crise économique[206]. Les réformes récentes sont pour la plupart engagées sous l'égide de l'efficacité économique. Cette dernière est de plus en plus brandie « tel un slogan pour gagner l'opinion à certaines idées politiques ou sociales »[207]. L'exigence d'efficacité du droit[208] apparaît admise par la puissance publique qui dès 2006 envisage de faire de l'efficacité de la norme un critère d'adoption de la loi[209].

73. Cette exigence, délibérément affirmée et assumée au soutien de l'adoption d'une règle de droit[210], dévoile la soumission du droit à une logique économique alimentée par l'analyse économique du droit qui va jusqu'à soumettre le choix de la norme à la mesure de son efficacité économique. À l'instar de la nécessaire adaptation du droit à l'évolution des mœurs qui est

[203] L'ordonnance du 15 sept. 2021 a eu pour but, entre autres, d'accélérer le processus d'alerte du commissaire aux comptes.
[204] L'ordonnance du 15 sept. 2021 a réduit la durée de la procédure de sauvegarde accélérée de trois mois à deux mois (C. com., art. L. 623-8). La période d'observation de la sauvegarde ne peut durer au maximum que 12 mois, contre 18 mois avant la réforme.
[205] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, préface de SAINTOURENS (B.), PUAM, 2004, Tome II, p. 623.
[206] PERES (C.), *art. cit*., *in L'efficacité économique en droit*. dir. BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 2.
[207] *Ibid.*
[208] VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 36.
[209] La prévisible efficacité de la loi pourrait devenir un critère d'adoption de la loi. V. sur cette question le rapport annuel du Conseil d'État pour 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit », La documentation Française, 2006.
[210] PERES (C.), *art. cit*., in *L'efficacité économique en droit*. dir. BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 11.

systématiquement avancé à l'appui des réformes du droit de la famille, la recherche d'une plus grande efficacité économique est devenue un *leitmotiv* des interventions législatives[211].

74. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 justifie ses dispositions au regard de l'enjeu majeur que représente la sauvegarde des entreprises pour l'économie. Après avoir fait le constat d'une incapacité de la législation antérieure à parvenir à cet objectif, naît le besoin d'adapter le droit à l'économie actuelle et de renforcer la prévention des difficultés notamment avec la création de la procédure de sauvegarde. C'est au nom de l'efficacité que le législateur diversifie les procédures, élargit les conditions d'ouvertures. « Par l'anticipation qu'elle permet, la procédure de sauvegarde renforce l'efficacité de notre droit »[212]. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui se donne ouvertement pour objectif de renforcer l'attractivité de l'économie et de faciliter le développement des entreprises en constitue une illustration saisissante[213]. Pour stimuler la croissance économique, elle prévoyait, entre autres, d'encourager les entrepreneurs tout au long de leur parcours, en faisant « en sorte que ne soient pas stigmatisés ceux qui échouent, en leur laissant une seconde chance »[214]. Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté dispose que « lors du vote de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, le Parlement a donc habilité le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures législatives nécessaires pour atteindre ces objectifs ». Il s'est agi principalement de rendre « plus attractive la procédure de sauvegarde en assouplissant ses critères d'accès, afin qu'un plus grand nombre d'entreprises en difficulté puissent y recourir avant que leur situation ne soit trop dégradée »[215].

75. Par ailleurs, la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises du 22 mai 2019[216], dite loi PACTE, est directement affaire de chiffres de création d'entreprises et de compétitivité économique avec les pays voisins[217]. Une des dernières réformes en date, opérée par l'ordonnance du 15 septembre 2021[218], est présentée comme adoptant, notamment, « les mesures relevant du domaine de la loi nécessaire pour transposer la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration

[211] *Ibid*.
[212] Exposé des motifs, Projet de Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.
[213] PERES (C.), *art. cit*., in *L'efficacité économique en droit*. dir. de BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 6.
[214] Exposé des motifs Projet de Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
[215] Communiqué de presse du Conseil des ministres du 17 déc. 2008.
[216] LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.
[217] « De plus, le tissu économique français compte un nombre trop faible d'entreprises de taille intermédiaire (ETI) - de l'ordre de 4 500 contre 10 000 en Allemagne » Projet Loi PACTE, Introduction générale, p. 247.
[218] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 sept. 2021.

préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes »[219]. L'efficacité est alors le principal guide des nouvelles mesures. Cette ordonnance a aussi été l'occasion de pérenniser certaines mesures transitoires prises pour endiguer les effets économiques de la crise sanitaire, en raison de leur résultat positif, donc de leur efficacité[220].

Conclusion de la section

76. La dominance du système économique n'est pas sans incidence sur le droit. La recherche de l'efficacité économique imprègne au droit des entreprises en difficulté sa structure et place ses mesures au sein d'un nouveau « référentiel », une logique économique. Plus que d'ordonner par des principes, ce droit cherche l'efficacité, facteur de légitimité des règles. Le rythme soutenu de ses réformes en témoigne ; la règle est en permanence ajustée afin de réaliser au mieux son objectif.

Section 2 : Un droit construit sur une politique pro-débiteur

77. « Le droit des procédures collectives est devenu un instrument politique animé par des considérations économiques »[221]. Il est généralement affirmé que le droit des entreprises en difficulté français met en place une politique pro-débiteur, par opposition à une politique qui serait pro-créancier. Par un droit qualifié de pro-débiteur, il ne faut pas entendre un droit qui cherche à protéger le débiteur pour lui-même. La politique pro-débiteur, qui consiste généralement à privilégier les intérêts du débiteur sur ceux des créanciers, avec un régime de faveur, n'est que le moyen choisi afin de parvenir à la réalisation des objectifs économiques de la matière. Il faut bien concevoir que, pour parvenir à ces objectifs, le droit utilise, prend appui sur la relation débiteur-créancier. Il instrumentalise cette relation pour parvenir à ces objectifs. La quête de l'efficacité économique a conféré au droit des entreprises de nouvelles finalités par rapport au droit de la faillite, telles que le sauvetage des entreprises, la seconde chance de l'entrepreneur. Ces finalités ont pour point commun de viser la préservation de l'acteur économique, d'abord l'entreprise et, si l'entreprise n'est plus viable, l'homme derrière l'entreprise. La pensée économique instaure un ordre de préférence dans les finalités du droit

[219] Exposé des motifs du Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés et l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 sept. 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.
[220] V. Direction des affaires civiles et du Sceau, Propositions de rédaction de la transposition du titre II de la directive « restructuration et insolvabilité », p. 83 et 84.
[221] CAMBON (B.) et GOUBARD (P.) et LEGRAND (V.), « Le traitement des difficultés, un outil de rebond du débiteur », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juill. 2017, doss. 8.

des entreprises, l'agencement des différentes procédures et de leurs finalités répond à un discours économique. Elles concourent en elles-mêmes et par leur agencement à un objectif économique unique. Au milieu de ces deux nouvelles finalités, la finalité traditionnelle de paiement des créanciers demeure, mais est souvent mise au service de la sauvegarde ou du rebond. Cet aspect de mise à disposition de cette finalité pour servir les autres est à la base du caractère pro-débiteur de notre droit.

78. En réaction à la quête d'efficacité économique et aux grands objectifs qu'elle a fait émerger au sein du droit des entreprises en difficulté, le législateur suit un processus initié lors de la loi du 25 janvier 1985 qui est de prendre le parti d'aider le débiteur à sauver son entreprise. Pour parvenir à son objectif de sauvetage de l'entreprise, le législateur se pare d'une politique incitative pour obtenir des comportements qui lui sont bénéfiques (§1). La finalité de la seconde chance de l'entrepreneur est dans son essence même pro-débiteur. Elle implique un allègement des mesures susceptibles de faire obstacle au rebond du débiteur et, par conséquent, un affranchissement du caractère sanctionnateur des procédures collectives (§2).

§1 - L'incitation, un instrument de sauvetage des entreprises

79. Le sauvetage des entreprises est désormais la finalité majeure du droit des entreprises en difficulté, celle qui a bouleversé l'architecture de ce droit et qui continue de l'aménager. La prééminence de cet objectif tient à ses effets économiques qui apparaissent les plus optimaux (A). Dès lors, des mesures sont envisagées afin de répondre au mieux à cet objectif et c'est ainsi que l'on voit se développer une politique d'incitation des comportements (B).

A- La dimension économique du sauvetage de l'entreprise

80. Le sauvetage de l'entreprise présente une efficacité économique certaine en prévenant les atteintes au tissu économique infligées par la liquidation judiciaire de l'entreprise. Les enjeux économiques du sauvetage de l'entreprise sont de deux ordres. C'est d'abord une solution qui permet de prévenir les effets négatifs économiques qui découlent de l'arrêt d'une activité productrice de richesses et de la suppression des emplois qui y est attachée. Ensuite, de l'efficacité du sauvetage des entreprises grâce à la législation du droit des entreprises en difficulté dépend l'attractivité du territoire français pour accueillir de nouvelles entreprises. Les réformes intervenues au cours des quarante dernières années ont pour but de rendre ce droit

« plus efficace, plus attractif, plus compétitif »[222]. L'efficacité du sauvetage de l'entreprise est en corrélation avec la croissance économique. C'est bien la logique économique animée par une recherche d'efficacité qui conduit à faire de l'objectif de sauvetage des entreprises et des emplois, la finalité privilégiée de la matière (1°). C'est alors dans cette optique que la prévention est conçue comme l'outil le plus efficace au sauvetage des entreprises (2°).

1°) L'objectif premier du droit des entreprises en difficulté

81. **Un objectif qui gagne toutes les procédures**. La quasi-totalité des procédures actuelles a pour but de sauver l'entreprise, qu'il s'agisse des procédures préventives, avec les mesures amiables et les sauvegardes[223], mais aussi des procédures curatives. Aux côtés de l'apurement du passif, la poursuite de l'activité de l'entreprise et le maintien des emplois constituent des finalités de la procédure de redressement judiciaire[224]. Enfin, la liquidation, elle, « est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens »[225]. La possibilité qu'une cession d'entreprise soit mise en place au stade de liquidation manifeste la volonté du législateur d'épuiser toutes les possibilités de « sauvetage » de l'entreprise[226]. Car le législateur confère à la cession un but « d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif »[227]. On peut dire alors que la finalité de sauvegarde de l'entreprise a gagné toutes les procédures, ce qui montre l'importance qui lui est accordée. Seule la procédure de rétablissement professionnel n'apparaît pas traversée par un objectif de sauvetage de l'entreprise.

82. Le fait que la fonction de sauvetage de l'entreprise gagne en importance assigne de nouvelles fonctions aux règles antérieures. On pense notamment aux règles qui ont pour objet de préserver le patrimoine du débiteur pendant la procédure collective ou de le reconstituer. Lorsque le paiement des créanciers était encore une finalité de premier plan, ces règles étaient perçues sous cet angle. Aujourd'hui, ces dernières peuvent être réinterprétées comme servant

[222] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Propos introductifs : l'importance des équilibres, mais quels équilibres ? », in *Le droit des entreprises en difficulté de 1985 à 2025 une recherche de meilleurs équilibres*, 44e colloque de l'association Droit et Commerce, 25 et 26 mars 2022, Deauville, *Gaz. Pal*., n° H.S., 28 juin 2022, p. 6
[223] C. com., art. L. 620-1 précise que la sauvegarde « est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien des emplois et l'apurement du passif ».
[224] C. com., art. L. 631-2.
[225] C. com., art. L. 640-1.
[226] En ce sens, TEBOUL (G.), « Le projet de loi de sauvegarde des entreprises du 26 janv. 2004 », *LPA*, 13 fév. 2004, p. 3 ; LE CORRE (P.-M.), « Les difficultés pratiques de réalisation des actifs en liquidation », in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », *RLDA*, mai 2005, p. 61.
[227] C. com., art. L. 642-1.

d'abord le sauvetage de l'entreprise. Sous un œil économique, dominant aujourd'hui, le but des procédures collectives est de préserver la valeur des actifs de l'entreprise en difficulté, non plus tellement en considération du remboursement des créanciers sur le principe du respect de leur engagement, mais parce que ce sont des valeurs à réintégrer dans le circuit économique. Dans cette optique, les règles visant à reconstituer le patrimoine du débiteur, par le biais notamment des nullités de la période suspecte[228], apparaissent davantage contribuer au sauvetage de l'entreprise en favorisant l'adoption d'un plan de continuation ou de cession par le retour des biens nécessaires à l'activité, qu'à préserver le gage commun des créanciers[229].

83. **Justification et légitimation de la primauté de l'objectif de sauvetage**. Si la légitimité de l'objectif de sauvetage de l'entreprise ne fait pas tellement débat en matière préventive, cela pose plus de questions en matière de procédures curatives, donc au stade du redressement et de la liquidation judiciaire. À ce degré de difficulté, le sauvetage de l'entreprise entre en opposition quasi frontale avec la finalité de paiement des créanciers, ce qui n'est pas réellement le cas en matière préventive en l'absence de cessation des paiements de l'entreprise[230]. Afin de redresser l'entreprise, les efforts consentis par les créanciers devront être plus importants. A l'examen d'une offre de cession[231], la préservation de l'activité et des emplois est une donnée plus importante pour le tribunal que le désintéressement des créanciers. C'est pour cela que le tribunal peut arrêter un plan de cession même s'il ne permet d'apurer qu'une partie du passif[232], mais qu'il ne doit pas accepter une offre de reprise partielle portant sur des actifs immobiliers d'une société marchande de biens, dès lors que celle-ci n'a plus de salarié[233]. Le sauvetage de l'entreprise entre en concurrence avec le désintéressement des créanciers. Effectivement, la cession a essentiellement pour but d'assurer la survie de l'entreprise cédée par la poursuite de l'activité du débiteur par le cessionnaire, à l'aide des biens affectés à l'activité[234].

84. La primauté de cet objectif a pu être acceptée en l'accompagnant de l'idée que le sauvetage de l'entreprise préserve tous les intérêts mis en cause par les difficultés touchant

[228] C. com., art. L. 632-1.
[229] MOUIAL BASSILANA (E.), V° Reconstitution de l'actif du débiteur, *Rép. com.*, n° 73.
[230] Bien que la conciliation puisse être ouverte à une entreprise qui est en cessation des paiements, la condition que cet état ne soit pas supérieur à quarante-cinq jours, peut laisser penser que les intérêts des créanciers n'ont pas été encore affectés.
[231] C. com., art. L. 642-5, al. 1 dispose que « le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution ».
[232] Com. 26 juin 1990, n° 89-12.496 : *D.*, 1991. IR 192 ; T. com. Paris, 16 avr. 1986 : *Gaz. pal.*, 1986, n° 1, somm. 221, obs. ANNICHIARICO (J.-V.).
[233] CA Paris, 7 juill. 1995 : *Dr. sociétés*, 1995, n° 240, obs. CHAPUT (Y.) ; *Rev. proc. coll.*, 1996. 467, obs. SOINNE (B.).
[234] CA Paris, 23 juill. 1992 : note DERRIDA (J.), *D.*, 1992, chron. 301.

l'entreprise. C'est le sauvetage de l'entreprise qui assure la meilleure conciliation de ces intérêts. Pour protéger le tissu économique dans son ensemble, la tendance est à la pérennité de la relation contractuelle[235]. Le sauvetage de l'entreprise permet à une activité de perdurer, à des emplois de continuer à exister et, pour les créanciers, il s'agit de préserver un partenaire, une source de débouchés. « La collectivité tout entière ne peut pas se désintéresser du sort d'une entreprise dont la disparition augmentera le chômage, dégradera l'environnement économique d'une région et fera parfois cesser une production nationale (…) »[236]. Donc les enjeux attachés au sort de l'entreprise en difficulté intéressent la collectivité[237]. Reposant sur le crédit, le commerce ne pouvait que pâtir de la défaillance du débiteur dont la survenance perturbait non seulement le circuit économique, mais portait encore atteinte à l'équilibre d'un milieu professionnel « qui a ses lois d'honnêteté et d'efficacité »[238].

2°) Le développement de la prévention

85. **Améliorer la sauvegarde de l'entreprise par la prévention**. « Mieux vaut prévenir que guérir », voilà le dicton qui peut résumer la pensée derrière l'établissement des procédures préventives, aujourd'hui plus nombreuses qu'hier. La quête d'efficacité économique a conduit à s'orienter vers la prévention des difficultés, meilleur moyen de sauvegarder l'entreprise. Effectivement, une fois la défaillance constatée, le tissu est déjà atteint, et les mesures entreprises à ce stade ne peuvent être que réparatrices. L'évolution du droit des entreprises en difficulté vers un droit préventif, qui anticipe une éventuelle cessation des paiements, est la manifestation de la logique économique qui accompagne ce mouvement. Sur cinq types de procédures que connaît le droit des entreprises en difficulté, trois sont de nature préventive[239]. Le rattachement de la prévention à une logique économique apparaît de façon évidente au regard de sa place prépondérante au sein de la législation. Le sauvetage de l'entreprise est l'objectif principal de la législation et, pour y parvenir, la prévention est la solution privilégiée. Cela justifie alors que l'objectif de sauvetage des entreprises conduise le législateur à aménager les règles pour servir la prévention, ce qui devrait permettre à l'entreprise de pérenniser son

[235] GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé,* préf. GHOZI (A.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 316, 1999, p. 397 : la pérennité de la relation contractuelle est préférée par le législateur au respect de l'engagement.
[236] GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficulté*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 9e éd., 2003, n° 1005.
[237] RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, préf. CHAMPAUD (C.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 459, 2007, p. 34.
[238] Cité par GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, *op. cit.*, p. 505.
[239] Le mandat ad hoc, la conciliation et les procédures de sauvegarde.

activité, aux salariés de conserver leurs emplois, et aux créanciers de maintenir un partenaire commercial.

86. La prévention des difficultés semble se hisser au rang de droits fondamentaux qui justifient un test de proportionnalité lorsqu'elle est mise en concurrence avec d'autres droits ou libertés fondamentales. Tel est le cas dans une affaire soumise à la Cour de cassation[240] dans laquelle l'objectif de détection des difficultés de l'entreprise se heurte à la protection des données personnelles[241]. En l'espèce, un président associé unique d'une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) faisait valoir l'inconstitutionnalité de l'article L. 611-2, II du Code de commerce l'obligeant à déposer les comptes annuels de la société dès lors qu'il estimait que cela portait atteinte à sa vie privée puisque, dévoiler ces comptes revenait à dévoiler en partie son patrimoine en tant que personne physique. La Cour de cassation a néanmoins estimé que l'atteinte portée à la protection des données personnelles n'était pas disproportionnée. Cette décision prend les traits d'un aveu de la place éminente de la prévention des difficultés de l'entreprise au sein de l'ordonnancement juridique[242]. Le contrôle de proportionnalité a pour but de concilier deux droits fondamentaux de même valeur, ce qui laisse à penser que la prévention des difficultés de l'entreprise a une valeur suprême.

87. **Renforcement des dispositifs d'alerte.** Afin de prévenir les difficultés, il faut avoir les moyens de les détecter. Un des signes que la prévention des difficultés est cruciale réside dans les dispositifs de détection des difficultés. À cet effet, le commissaire aux comptes joue un rôle éminent parce qu'il est de son devoir[243] d'attirer l'attention des dirigeants dès lors qu'il constate, dans le cours de sa mission, un ou plusieurs faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation[244]. Le processus d'alerte est composé de différentes phases décrites à l'article L. 234-1 du Code de commerce. Mais la crise du coronavirus a conduit à prévoir une accélération de ce processus en permettant de « sauter » certaines phases. C'est pourquoi, désormais, il est prévu que le commissaire aux comptes puisse « informer le président du tribunal compétent dès la première information faite, en application des articles L. 234-2, L.

[240] Cass. com., 24 juin 2020, n° 19-14.098 : MARTIAL-BRAZ (N.), « La protection des données à caractère personnel de l'associé unique face à l'injonction de publication des comptes de la société », *Rev. Société*, 2020, p. 609.
[241] En vertu de l'article 9 du C. civ, de l'article 8 de la CEDH et de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.
[242] MARTIAL-BRAZ (N.), « La protection des données à caractère personnel de l'associé unique face à l'injonction de publication des comptes de la société », *Rev. Société*, 2020, p. 609.
[243] À défaut, sa responsabilité professionnelle pourrait être engagée.
[244] C. com., art. L. 234-1.

251-15 et L. 612-3 du Code de commerce, au président du conseil d'administration ou de surveillance ou au dirigeant »[245].

88. **Renforcer l'accessibilité des procédures préventives.** Développer les moyens de prévenir les difficultés de l'entreprise est assumé comme découlant d'une pensée économique. L'efficacité économique de la prévention justifie que le droit adapte ces procédures pour les rendre plus accessibles. « Le souci de pragmatisme a mené les rédacteurs, au service de l'efficacité de la loi de sauvegarde »[246]. C'est une vision plus économique que juridique qui a mené le législateur à ouvrir la conciliation au débiteur qui est en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours[247]. Pour exemple, à l'automne 2007, le Président de la République a pris une décision de politique économique très volontariste, en demandant le développement de la sauvegarde pour lutter plus efficacement contre les difficultés des entreprises[248]. Effectivement, les résultats décevants[249] de recours à la procédure de sauvegarde ont conduit à la rendre « plus accessible et plus attractive »[250] par l'ordonnance de 2008 qui en a élargi les conditions d'ouverture en déchargeant le débiteur de la preuve que les difficultés rencontrées sont susceptibles de le conduire à la cessation des paiements[251]. L'objectif affiché est alors de renforcer la prévention en facilitant l'accès aux procédures préventives aux débiteurs.

B- Une politique d'incitation au soutien des entreprises

89. La prévention des difficultés étant présentée comme le meilleur moyen de sauver l'entreprise, les règles du droit des entreprises en difficulté vont être orientées à cette fin. La recherche du sauvetage de l'entreprise conduit le législateur à aménager les règles pour les rendre plus efficaces ou à solliciter des techniques propres qui convergent vers cet objectif, en

[245] C. com., art. L. 611-2-2 nouv., créé par l'ordonnance de septembre 2021, pérennisation d'une mesure prévue temporairement dans l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020.
[246] MOUIAL BASSILANA (E.), « Entreprises en difficulté : avant-propos », *Rép. des sociétés*, p. 17.
[247] V. MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, p. 1356
[248] LUCHEUX (J.-M.) (Table ronde), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.*, 26 juin 2008, n° 178, p. 99.
[249] Selon les chiffres relevés par MOUIAL BASSILANA (E.), « Entreprises en difficulté : avant-propos », *Rép. sociétés*, p. 17, cela concernerait seulement 1% des procédures en 2006 et 2007.
[250] Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme des entreprises en difficulté, JO 18 déc. 2008, p. 28.
[251] Modifications de C. com., art. L. 620-1 opérées par l'ordonnance de 2008, lequel disposait en vertu de la loi de sauvegarde de 2005 : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 C. com., qui justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

instrumentalisant, au service du redressement, les concepts de droit commun [252]. La prévention nécessite des règles particulières, dont la logique tranche nécessairement avec le caractère contraignant des règles du traitement curatif. Comment faire en sorte que les débiteurs anticipent leurs difficultés ? C'est pourquoi « sur l'échiquier économique que représente le droit des entreprises en difficulté, le législateur redistribue les cartes, de façon à induire certains nombres de comportements favorables à son objectif qui est la pérennité des entreprises et des emplois sur un fond de crise économique »[253]. Pour parvenir à la prévention des difficultés, le législateur a mis en place une politique incitative. Cette politique a pour but d'inciter le débiteur à la prévention de ses difficultés, à anticiper l'apparition d'un état de cessation des paiements (1°). Conscient que le sauvetage de l'entreprise nécessite des financements, une politique d'incitation au financement de l'entreprise par les créanciers trouve aussi à se déployer. La politique incitative pousse créanciers et débiteurs à agir en véritables partenaires économiques (2°).

1°) L'incitation pour prévenir la cessation des paiements

90. Afin d'inciter à la prévention de la cessation des paiements, la stratégie du législateur a été de concevoir un régime plus favorable au débiteur en conciliation et en sauvegarde. Ce choix pour l'incitation peut être justifié au regard de l'inefficacité de la sanction pour influer sur les comportements en matière de droit des entreprises en difficulté et aussi en raison de l'atteinte à la liberté d'entreprendre que cela induit.

91. **La contre-productivité du caractère sanctionnateur des procédures**. On aurait pu estimer que les sanctions attachées à la liquidation judiciaire, et les effets dévastateurs qui en découlaient, auraient été suffisants pour « inciter » les débiteurs à trouver les solutions pour échapper à cet état et ses conséquences. À l'inverse, ce caractère sanctionnateur a constitué un obstacle à l'anticipation. Les débiteurs, par crainte de la sanction, attendaient de ne plus avoir le choix avant de saisir le tribunal[254]. L'intervention du tribunal, trop tardive, ne permettait pas de sauver l'entreprise dont la situation était trop obérée.

92. Si les sanctions au stade de la liquidation judiciaire n'étaient pas suffisantes pour convaincre les débiteurs d'anticiper les difficultés, la question pouvait se poser de savoir s'il

[252] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr. et patr.*, n° 184, 1e sept. 2009.
[253] PICOD (N.), *La remise de dette en droit privé*, *op. cit.*, p. 524.
[254] V. SZRAMKIEWICZ (R.) et DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3e éd., 2019.

était possible de recourir à un système contraignant pour forcer les débiteurs à anticiper les difficultés. Imposer une obligation de prévention directe heurte la liberté d'entreprendre. Le caractère contraignant des procédures collectives a pour base de légitimité l'état de cessation des paiements, trouble qui justifie que le droit se mêle des affaires du débiteur. L'absence d'état de cessation des paiements empêcherait de qualifier la personne de débiteur au sens des procédures collectives[255], et justifierait que ce soit au débiteur seul d'officialiser ses difficultés[256]. En ce sens, si l'on considère que la conciliation est une simple faculté offerte au débiteur, on ne saurait lui reprocher ultérieurement de ne pas y avoir recouru dans la mesure où il est libre de le faire[257].

93. Néanmoins, sans en faire une véritable obligation du débiteur, un certain mouvement jurisprudentiel a établi un lien entre l'absence de recours à des mesures préventives par le débiteur et sa responsabilité pour insuffisance d'actif à la suite d'une liquidation. Établir ce lien nous apparaît comme un moyen de promouvoir les bienfaits de la prévention et donc d'inciter les débiteurs à y recourir. En justifiant les sanctions infligées au débiteur par un motif d'absence de prévention[258], les juges établissent un lien de causalité entre le défaut de recours à des mesures préventives et la liquidation judiciaire intervenue par la suite. Sans nécessairement être une obligation, ne pas y recourir constituerait une faute de gestion, puisque la prévention aurait pu éviter une liquidation judiciaire. C'est ce qu'a précisé une cour d'appel en relevant « que le défaut de mise en œuvre d'une procédure de conciliation malgré son caractère facultatif, peut être considéré comme une faute de gestion illustrant d'ailleurs la volonté de poursuivre une activité déficitaire »[259]. C'est pourquoi, sans faire du recours aux mesures préventives une obligation, l'absence de sollicitation de ces outils préventifs pourrait constituer une faute de

[255] En ce sens, LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, Dalloz action, 11e éd., 2021-2022, n° 231.111.
[256] HENRY (L.-C.) et CARBONI (C-H.), « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », *Rev. proc. coll*., n° 4, Juill. 2016, doss. 24.
[257] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 141-321.
[258] CA Toulouse, 2e ch., 29 avr. 2009, n° 08/ 02103 : *Rev. proc. coll*., 2009, comm. 144, DELATTRE (Ch.) : les juges du fond ont considéré que la sanction infligée au dirigeant était juste dans la mesure où ils ne peuvent que constater que le dirigeant n'a jamais demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. Aussi, CA Douai, ch. 2, sect. 2, 29 nov. 2012, n° 12/00803 : *Rev. proc. coll*., 2013, comm. 171, note DELATTRE (Ch.), Fautes de gestion : défaut de mise en œuvre des mesures de prévention ; *RTD com.*, 2013, p. 334, note MACORIG-VENIER (F.), « Défaut de mise en œuvre des mesures de prévention et faute de gestion » ; *BJE*, 2013, n° 2, p. 74, note RUBELLIN (P.). Dans cette affaire, les juges du fond ont augmenté le quantum de la condamnation pécuniaire du dirigeant en rappelant que le gérant de la société n'a jamais cru devoir procéder à la moindre déclaration d'état de cessation des paiements, ni même prendre l'initiative de solliciter une mesure de conciliation ou de sauvegarde.
[259] CA Douai, 2e ch., 1re sect., 4 déc. 2013, n° 12/05585 : *Rev. proc. coll*., 2014, comm. 148, note DELATTRE (Ch.), « L'absence de recours à une mesure de prévention, peut-être une faute de gestion » ; *LEDEN*, 2014/2, n° 35, note CESBRON LAVAU (P.), « L'absence de recours à la procédure de conciliation peut être sanctionnée ». – Pour le commentaire du jugement querellé, T. com. Valenciennes, 9 juill. 2012, n° 2012/0586 : *LEDEN*, 2012/8, n° 130, note LUCAS (F.-X.), « Responsabilité du dirigeant qui ne recourt pas à la prévention ».

gestion en cas de liquidation ultérieure de l'entreprise, liquidation qui se solderait par une insuffisance d'actif. Les mesures de prévention mises en place par le législateur ont un caractère alternatif et non facultatif[260]. À l'évidence, le dirigeant doit faire un choix stratégique[261] pour le bien de son entreprise. Face aux difficultés, il doit réagir et non plus subir[262], car son attentisme serait fautif selon certains. Le dirigeant a l'obligation d'user des outils de sauvegarde à bon escient et sans abus ; ignorer leur existence ou faire acte d'incompétence en ne sachant pas s'en servir serait pécher[263].

94. **L'attractivité des mesures préventives**. La contrainte ayant été éliminée, parce que contre-productive ou attentatoire aux libertés, inciter le débiteur à anticiper est apparu comme une solution opportune. L'incitation du débiteur apparaît comme le moyen de prévenir les difficultés de l'entreprise tout en respectant la liberté d'entreprise. La stratégie du législateur de 2008 et de 2014 a été d'améliorer les dispositifs de prévention « en renforçant les incitations positives ou en désamorçant les obstacles à l'anticipation, par le débiteur, de ses difficultés qui doivent le conduire à prendre des initiatives »[264]. Le législateur a mis la volonté du débiteur au cœur des dispositifs de prévention et a accru les garanties offertes aux dirigeants quant à leur avenir et quant à leur situation[265].

95. À cette fin, la liberté de gestion du dirigeant est préservée au sein des mesures préventives, contrairement à ce qui se passe en redressement et en liquidation judiciaire où le dirigeant peut même être dessaisi. La liberté de gestion octroyée au débiteur au sein de la sauvegarde découle d'une volonté manifeste d'en faire un instrument d'incitation à l'anticipation. Dans son rapport de 2011, la Cour de cassation évoque la « nécessité socio-économique d'inciter les débiteurs à recourir à la nouvelle procédure de sauvegarde »[266]. Le fait que le dirigeant reste à la tête de l'entreprise[267] en sauvegarde s'inscrit dans une politique d'incitation à la prévention en évitant que le chef d'entreprise ne soit dissuadé de demander

[260] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « La conciliation: droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll.*, n° 1, Janv. 2014, doss. 5.
[261] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « Défaillance d'entreprise : le risque avéré » in *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique*, NURIT-PONTIER (L.) et ROUSSEAU (S.) (dir.), LGDJ, 2012, p. 350.
[262] DELATTRE (Ch.), « La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de ses responsabilités ? », *Rev. proc. coll.*, 2012, alerte 25.
[263] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), *art. cit.*, *Rev. proc. coll.*, n° 1, Janv. 2014, doss. 5.
[264] CHAMPALAUNE (C.), « Un nouveau droit des entreprises en difficulté. Propos introductifs », *Rev. proc. coll.*, n° 4, Juill. 2014, doss. 27, n° 15.
[265] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008 », *Rev. sociétés*, 2009, n°8, p. 249.
[266] Rapport annuel de la Cour de cassation, 2011, p. 365.
[267] C. com., art. L.622-1, I : « L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ».

l'ouverture d'une sauvegarde par peur de perdre le contrôle de son entreprise[268]. En outre, et c'est une donnée importante, le plan de sauvegarde ne pourra pas être l'occasion d'évincer le dirigeant. Contrairement à la procédure de redressement, les mesures qui permettent au tribunal de subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants à la demande du ministère public, mais également de prononcer l'incessibilité ou la cession forcée des parts sociales, sont rendues inapplicables en sauvegarde par l'ordonnance de 2008[269]. Même si dans certains cas, ces mesures permettaient d'écarter un dirigeant incompétent ou malhonnête[270], le risque de dissuader les dirigeants de recourir à la sauvegarde l'a emporté aux yeux du législateur.

96. **Des mesures protectrices pour les garants**. Il est très fréquent que le dirigeant d'une personne morale se porte caution personnelle pour garantir les prêts octroyés à son entreprise. Si l'entreprise se trouve en défaut de paiement, et que le créancier fait appel à la caution, le patrimoine du dirigeant en tant que caution est alors engagé et il devient créancier de son entreprise alors qu'il a vraisemblablement peu de chance d'être remboursé. Le jeu des sûretés est apparu alors comme un obstacle à l'anticipation des difficultés. Le législateur de la loi de 2005, porté par une logique d'incitation à la prévention des difficultés, a choisi de faire prévaloir le caractère accessoire du cautionnement au détriment de la finalité de garantie de l'engagement de caution. C'est ce qui a pu faire dire que « le caractère accessoire de l'engagement de la caution est instrumentalisé par un législateur pétri de considérations économiques »[271]. En reconnaissant le caractère accessoire des sûretés, les garants vont pouvoir bénéficier des mesures protectrices accordées au débiteur dans le cadre des mesures préventives.

97. Pour inciter à l'anticipation, les cautions bénéficient de mesures favorables dans le cadre de la conciliation. Elles sont principalement le fruit de l'ordonnance de 2008 qui s'est donné pour objectif d'améliorer l'efficacité du traitement préventif. Les personnes physiques ou morales coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, peuvent se prévaloir des décharges consenties dans un accord de conciliation qu'il soit homologué ou simplement constaté[272]. Cette disposition, en renforçant la protection des

[268] Rapp. Xavier de Roux, n° 2095, p. 202 ; MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Répartition des pouvoirs entre l'administrateur judiciaire et le débiteur », *Rép. Com.*, n° 50 : « le caractère protecteur de la procédure de sauvegarde, pour le débiteur qui doit être incité à s'y soumettre, ne se serait que mal accommodé d'une telle mesure (la représentation) ».
[269] C. com., art. L. 626-4, abrogé par l'ordonnance du 18 décembre 2008.
[270] ROUSSEL GALLE (Ph.), *art. cit.*, *Rev. sociétés*, 2009, p. 249.
[271] PICOD (N.), *La remise de dette en droit privé*, *op. cit.*, p. 526.
[272] C. com., art. L. 611-10-2. Sous le régime des textes de 2005, les personnes physiques ou morales, coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome, pouvaient se prévaloir des dispositions de l'accord qu'à condition qu'il soit homologué.

garants, accroît considérablement l'attrait de la conciliation pour le débiteur dont le dirigeant se serait porté garant[273]. De plus, les garants pourront se prévaloir des délais de grâce accordés au débiteur sur le fondement de l'article L. 611-7, al. 5 du Code de commerce, et ce depuis l'ordonnance du 12 mars 2014[274]. Sur ce point, l'ordonnance de septembre 2021 simplifie encore la possibilité pour ces garants de bénéficier des délais de grâce[275]. En outre, afin d'améliorer la cohérence des règles applicables aux garants personnes physiques dans les procédures collectives[276], la nouvelle ordonnance aligne le régime du redressement judiciaire sur celui de la sauvegarde. Désormais, qu'une procédure de sauvegarde ou de redressement soit ouverte, les garants ou cautions personnes physiques bénéficieront de l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels[277], et pourront se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde comme de redressement[278].

98. Auparavant, une différence de régime était instituée. Les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle pouvaient bénéficier des remises de dettes incluses dans un plan de sauvegarde[279]. En procédure de redressement judiciaire, ces personnes ne bénéficiaient d'aucune protection. Cette différence de traitement était justifiée par le souci de favoriser les débiteurs qui anticipent leurs difficultés[280], et avait pour but de créer une incitation financière du dirigeant garant[281] à demander l'ouverture d'une procédure préventive. Le dirigeant caution personnelle pouvait alors avoir un intérêt objectif, s'il était menacé d'être poursuivi, à mettre son entreprise en sauvegarde[282]. Pour renforcer encore cette incitation, l'ordonnance de 2008 a élargi le champ de la protection aux personnes physiques ayant consenti des sûretés personnelles de toute nature, et plus uniquement des cautionnements ou des garanties autonomes[283]. Certains avaient mis en avant une incohérence dans cette

[273] En ce sens, MONTERAN (Th.), « La réforme de la prévention des difficultés », *D.*, 2009, p. 639 ; PICOD (N.), *La remise de dette en droit privé*, *op. cit.*, p. 11.
[274] Modifie C. com., art. L.611-10-2 al. 1.
[275] V. C. civ., nouvel art. 2298 C. civ.
[276] Objectifs fixés par les 1º et 14º de l'article 60 de la loi PACTE du 22 mai 2019, support d'habilitation du gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit des sûretés.
[277] C. com., art. L. 622-28, al. 2 et abrogation du dernier al. de L. 631-14 C. com par ord. 15 sept. 2021.
[278] C. com., art. L. 622-28, al. 2, et abrogation de C. com., art. L. 631-20, qui empêchait les coobligées et cautions de se prévaloir des dispositions du plan de redressement.
[279] C. com., art. L.626-11 ; à l'exception des personnes morales, « les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » peuvent se prévaloir des dispositions du plan.
[280] Cass. Com., QPC, 12 avr. 2012, n° 12-40003. La Cour de cassation n'a pas transmis au Conseil constitutionnel une QPC relative à la différence de traitement des garants dans les plans de sauvegarde et de redressement au motif qu'elle était justifiée par le souci de favoriser les débiteurs anticipant leurs difficultés.
[281] Rapp. Xavier de Roux, n° 2095, p. 292.
[282] VALDMAN (D.), « Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises », *Gaz. proc. coll.*, 2008/1, p. 14.
[283] ROUSSEL GALLE (Ph.), *art. cit.*, *Rev. sociétés*, 2009 p. 249.

différenciation de régime en relevant que le débiteur bénéficiait alors de cette faveur de la même manière bien qu'il soit en cessation des paiements dans le cadre d'une conciliation ou d'une sauvegarde accélérée[284].

99. Au sein des mesures préventives, le législateur semble marquer une certaine hiérarchie en réservant les mesures les plus incitatives à la procédure de conciliation. Cette inclinaison pour la conciliation ressort également du devoir du tribunal d'inviter le débiteur à demander l'ouverture d'une conciliation au président du tribunal lorsque ce dernier a demandé l'ouverture d'une sauvegarde sans faire état de difficulté qu'il ne peut surmonter[285].

2°) L'incitation au financement du sauvetage de l'entreprise

100. Pour promouvoir le sauvetage de l'entreprise, l'entreprise doit être en position d'être sauvée, c'est pourquoi la loi incite le débiteur à la prévention des difficultés. L'entreprise doit encore avoir les moyens d'être sauvée. Les mesures visant à inciter le débiteur à anticiper ses difficultés ne seraient d'aucune efficacité si elles ne s'accompagnaient pas d'une incitation des créanciers à apporter leur financement au sauvetage. À cet effet, la loi prévoit des mesures qui ont pour fin d'inciter les créanciers à soutenir le sauvetage de l'entreprise, en favorisant son financement. Il s'agit alors d'impliquer les créanciers dans le sauvetage de l'entreprise, dans le sauvetage de leur partenaire commercial. Le droit des entreprises en difficulté n'a, *a priori*, pas de moyens de contraindre les créanciers à apporter de l'argent frais à son débiteur. C'est pourquoi le législateur va l'y inciter par la création de privilèges en fonction de leur participation à la procédure[286]. Effectivement, si, en prévention, au sein de l'accord de conciliation, le président du tribunal peut imposer des délais de grâce, en aucun cas il ne peut forcer les créanciers à apporter de l'argent à l'entreprise. Au départ cantonnée à la procédure de conciliation qui se concrétisait par un accord homologué, aujourd'hui l'existence de ce privilège est étendue en sauvegarde et redressement judiciaire. Il est réservé aux personnes qui ont consenti « un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité »[287] confère un rang préférentiel dans l'ordre des paiements[288].

[284] DEGENHARDT (J.- E.), « Sauvegarde accélérée en cessation des paiements : des faveurs injustifiées pour les garants personnes physiques ? », *BJE*, 2015, 60.
[285] C. com., art. L. 621-1, al. 2.
[286] VALLENS (J.-L.), « Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.*, 2007 p. 669 : « Cette nouvelle tendance invite à une nouvelle approche des équilibres entre les acteurs, en les impliquant dans le sauvetage de l'entreprise ».
[287] C. com., art. L. 611-11.
[288] Rang prévu au II de L. 622-17 et au II de L. 641-13 C. com.

101. La réforme par l'ordonnance du 21 septembre 2021 a pérennisé un nouveau privilège de *post money*, créé dans le cadre des ordonnances Covid comme mesure de soutien aux entreprises[289]. La possibilité d'octroyer de tels privilèges[290] dans des procédures qui, à l'origine, en étaient exemptes, démontre encore une fois la progression et l'impérialisme de l'objectif de sauvetage. Cet apport d'argent frais a pour but d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité, et doit être autorisé par le juge-commissaire[291]. C'est afin de favoriser le financement du sauvetage de l'entreprise que l'ordonnance instaure un privilège aux créanciers qui apporteraient de l'argent frais au débiteur pendant la période d'observation d'une procédure de sauvegarde comme de redressement judiciaire[292]. Cette incitation n'est pas circonscrite au financement de la période d'observation, car un tel privilège peut également être accordé aux personnes qui s'engagent à effectuer un apport similaire pour l'exécution d'un plan de sauvegarde[293] ou de redressement. Il pourra aussi être accordé dans les mêmes conditions si l'engagement d'effectuer un tel apport porte sur l'exécution d'un plan modifié par le tribunal[294]. Ces créances privilégiées sont au deuxième rang des paiements, juste après les créances salariales. Ces nouvelles mesures s'inscrivent parfaitement dans l'objectif de sauvetage de l'entreprise en développant les sources de financement, ce qui permet aux entreprises « de financer des investissements cruciaux pour la consolidation de leur rebond et ainsi favoriser la pérennité de leur redressement »[295].

§2- Le rebond, instrument de sauvetage de la personne physique

102. Un regard animé par la recherche de l'efficacité économique amène à voir la procédure de liquidation judiciaire comme l'occasion pour l'entrepreneur de rebondir, de se relancer dans l'aventure entrepreneuriale nourrie de sa première expérience. La seconde chance de l'homme est devenue un enjeu majeur du droit des entreprises en difficulté. Elle s'inscrit dans la même lignée que le sauvetage de l'entreprise, et devient prépondérante dans les objectifs de la matière précisément lorsque l'entreprise en elle-même n'a pu être sauvée. Le droit des entreprises en difficulté s'évertue à sauver les moteurs de l'économie. Cet objectif, au stade de la liquidation,

[289] Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020.
[290] L'apport doit être autorisé par le juge-commissaire et la décision doit être publiée pour bénéficier de ce privilège.
[291] C. com., Art. L. 622-17, III, 2°.
[292] C. com., art. L. 626-10 mod. ; L. 622-17 C. com.
[293] C. com., art. L. 626-2 al. 2 nouv. : « le projet de plan mentionne les engagements d'effectuer des apports de trésorerie pris pour l'exécution du plan »
[294] C. com., art. L. 626-26.
[295] LEMERCIER (K.) et MERCIER (F.), « Entreprises en difficulté : la nouvelle réforme publiée ! », *D. actu*., 17 sept. 2021.

entre directement en concurrence avec la finalité d'apurement du passif censé mené à un désintéressement des créanciers. Ce conflit voudrait se dissoudre au sein d'un discours économique qui présente le rebond de l'entrepreneur comme étant de l'intérêt des créanciers sur le long terme. Cette présentation des choses, au nom de l'efficacité économique, expliquerait que le rebond de l'homme soit préféré au paiement des créanciers (A). Cet objectif se traduit au sein de la matière par une politique largement pro-débiteur qui s'appuie sur des règles favorisant la libération du débiteur : libération de ses dettes et libération de ses sanctions (B).

A- La dimension économique de la seconde chance de l'homme

103. Le processus de la logique économique du droit des entreprises en difficulté conduit au développement d'une nouvelle finalité structurante de cette matière : la seconde chance de la personne physique par le rebond. Celle-ci a tendance à faire converger nombre de règles en sa faveur. D'apparence sociale, elle est en réalité la marque de la logique économique qui innerve la matière. La seconde chance est d'aspiration économique (1°). La primauté de cette finalité sur les paiements des créanciers repose sur un discours économique (2°).

1°) L'aspiration des mesures facilitant le rebond

104. Le caractère économique des mesures qui participent à la seconde chance de l'homme est controversé. Sa filiation économique est souvent remise en cause au vu des conditions restrictives dans lesquelles elle est octroyée. À cet effet, l'argument selon lequel les mesures de la seconde chance sont inefficaces, car elles ne permettent pas un réel rebond, ne peut être démenti[296]. Les procédures qui permettent un « effacement des dettes »[297] ont pour point commun de n'être accordées que lorsque la situation du débiteur est désespérée[298]. Ainsi, ces mesures, bien que présentées comme favorisant la seconde chance, ne permettent en réalité qu'un « nouveau départ » en remettant « les compteurs à zéro ». Le débiteur dont l'actif a totalement été liquidé, et dont les dettes ont été effacées, ne dispose pas d'une seconde chance au sens de « rebond », mais simplement d'un nouveau départ. Si le débiteur n'est pas soumis à

[296] SCHILLER (S.), « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *RIDC*, Vol. 56, n° 3, 2004, p. 655.
[297] On pense à la liquidation par le jeu de la règle de non-reprise des poursuites après clôture pour insuffisance d'actif et le rétablissement professionnel.
[298] SCHILLER (S.), *art. cit.*, *RIDC*, Vol. 56, n° 3, 2004 p. 655.

une liquidation de ses actifs au sein du rétablissement professionnel, c'est précisément parce que ses actifs sont déjà très bas.

105. **La seconde chance, une mesure de charité** ? Ces mesures ne seraient-elles alors pas simplement des mesures inspirées par la charité ? Le rétablissement professionnel est parfois présenté comme une « mesure de faveur, mise en place autant ou plus par pragmatisme que par souci d'humanité »[299] envers les petits débiteurs de bonne foi. Cette procédure considère la situation d'un petit débiteur qui remplit les conditions de la liquidation judiciaire[300], mais dont la soumission à cette procédure s'avèrerait très lourde et coûteuse en raison de ses faibles actifs[301]. Mais, le recul de la discrimination des mesures en fonction du comportement de l'homme tend à défaire les liens entre ces mesures et un aspect charitable. Les mesures sociales sont en général conditionnées à la dignité de l'homme qui doit en bénéficier. Or, si la procédure de rétablissement professionnel est présentée par la doctrine ou dans les rapports officiels[302] comme réservée aux débiteurs de bonne foi, la réalité juridique est un peu différente. Que comprendre lorsqu'en lisant le Code de commerce on se rend compte que la bonne foi n'est aucunement une condition d'ouverture de cette procédure[303] ? L'absence de bonne foi est en réalité une condition de déchéance[304] de cette procédure, et cette nuance est importante. Le rétablissement professionnel est ouvert à tous les débiteurs, quel que soit leur comportement, car la bonne foi ou la mauvaise foi du débiteur n'est pas un élément constitutif d'une cause d'ouverture[305]. Les juges ne tiennent pas compte des mobiles du débiteur pour l'appréciation de sa demande[306]. Ce n'est que s'il venait à être prouvé leur mauvaise foi qu'il perdrait le bénéfice de cette procédure spéciale et basculerait en liquidation judiciaire. Il s'agit d'une application classique de la présomption de bonne foi, conformément au droit commun[307].

106. En revanche, en droit de la consommation, la procédure de rétablissement personnel n'est ouverte qu'après que le juge a vérifié « le caractère irrémédiablement compromis de sa

[299] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *Entreprises en difficulté*, LGDJ, Manuel, 11e éd., 2022, n° 2499.
[300] Ce qui suppose que les conditions de cessation des paiements et l'impossibilité manifeste de redresser l'entreprise soient remplies. V. PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *op. cit*., n° 2508.
[301] Avant l'ordonnance du 15 sept. 2021, l'actif était limité à cinq mille euros. Depuis le décret du 23 septembre 2021, il est limité à 15 000 euros.
[302] Rapp. au Président de la République sur l'ord. 2014-326 du 12 mars 2014.
[303] V. C. com., art. L. 645-1.
[304] V. C. com., art. L. 645-9 ; V. VALLENS (J.-L.), « La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, n°01, janv. 2015, p. 9.
[305] VALLENS (J.-L.), « La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, n° 1, janv. 2015, p. 9.
[306] Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18026 : *BJE*, sept. 2012, p. 631, note PELLETIER (N.).
[307] La jurisprudence considère que l'art. 2268 en matière de possession a une portée générale.

situation ainsi que sa bonne foi »[308]. Ici, la bonne foi du débiteur constitue une condition d'ouverture. Par comparaison, la procédure de rétablissement professionnel du livre VI du Code de commerce apparaît avoir un champ plus vaste, car ce n'est que si la preuve de la mauvaise foi du débiteur est rapportée au cours du rétablissement que celui-ci en perdra le bénéfice et basculera en liquidation judiciaire[309].

107. La même remarque peut être faite s'agissant de la mesure visant à la libération du débiteur par la non-reprise des poursuites après une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif. Il est prévu que les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle en cas, notamment, de sanction du débiteur pour faillite personnelle ou banqueroute[310]. Or, les sanctions du débiteur en procédure collective sont moins objectives qu'autrefois. Les sanctions sont désormais applicables à condition de relever la volonté du débiteur de commettre certains actes, en somme de prouver sa mauvaise foi[311]. Pour sanctionner le débiteur, il faut alors procéder à une analyse subjective. De ce fait, les exceptions au principe de non-reprise des poursuites par les créanciers se font plus rares et donc cela renforce le principe de libération du débiteur de ses dettes après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif.

108. **Une mesure pragmatique ?** En réalité, l'objectif de paiement des créanciers est relégué au second plan dès lors que la poursuite d'une autre finalité apparaît plus rentable, plus efficace économiquement. Le paiement des créanciers qui demeure une des finalités du droit des entreprises en difficulté entre en concurrence « économique » avec les autres finalités. Dès lors, si elle se présente moins efficiente que la seconde chance de l'entrepreneur, elle s'effacera à son profit. Cela dévoile que le paradigme n'est plus celui du respect de l'obligation, auquel cas le paiement des créanciers apparaîtrait toujours comme une priorité, mais le paradigme est devenu économique.

109. Cette idée se retrouve particulièrement bien illustrée par la procédure de rétablissement professionnel et de même s'agissant de la liquidation judiciaire simplifiée, dont le régime a d'ailleurs été assoupli par l'ordonnance du 15 septembre 2021. Cette procédure de rétablissement professionnel, qui s'adresse aux petits débiteurs qui possèdent très peu d'actifs,

[308] C. conso., art. L. 742-3.
[309] Pour un exemple d'ouverture d'une liquidation en raison de l'absence de bonne foi du débiteur : TGI Paris, 18 juin 2015 : *LEDEN* ; 9/2015. 4, obs. DELATTRE (Ch.).
[310] C. com., art. L. 643-11, II.
[311] V. C. com., art. L. 653-5 : « avoir, dans l'intention d'éviter (…) », « avoir payé (…) en connaissance de cause », « en s'abstenant volontairement (…) », etc.

propose un apurement du passif, par un effacement de dettes, sans liquidation. L'absence de liquidation est généralement justifiée par l'idée que le peu d'actif qu'il reste ne serait pas suffisant pour désintéresser les créanciers et que tout serait absorbé par les frais de procédure. Le communiqué de presse du Conseil des ministres sur l'ordonnance de 2014 qui a créé cette procédure fait simplement valoir que cette procédure « simplifie la liquidation judiciaire des petites entités »[312]. Cette disposition se justifie aussi par « l'une des raisons d'être de ce rétablissement professionnel, qui est la maîtrise des frais de procédure »[313]. Cette justification est précisément une justification économique. Si cette procédure était liée par une logique juridique, la liquidation aurait tout de même lieu, car le débiteur qui n'a pas respecté son engagement doit tout mettre en œuvre pour tenter de réparer. Le simple pragmatisme de cette solution ne justifierait pas l'extension du champ d'application de ces mesures opérées notamment par la dernière réforme en date. La volonté de faire bénéficier de ces mesures de plus en plus de débiteurs ne cadre pas avec un simple calcul de rentabilité.

110. Cela dévoile qu'une idéologie est à la base de ces mesures, et cette idéologie a une parenté avec un discours économique. Alors, un discours, une idéologie économique se fait sentir afin de justifier la seconde chance au détriment des créanciers d'un point de vue économique. Le rétablissement professionnel qui, on le sait, propose un effacement de dettes sans liquidation des actifs, a vu son champ s'étendre en raison de l'obligation, en cas de demande d'une liquidation, de vérifier, avant de l'ouvrir, que le débiteur ne répond pas aux conditions d'ouvertures du rétablissement professionnel[314], et aussi par l'élargissement de ses conditions d'ouverture aux débiteurs dont l'actif ne dépasse pas quinze mille euros contre cinq mille euros hier[315]. Non seulement le seuil de l'actif a été relevé, mais son calcul a été assoupli puisque l'ordonnance prévoit d'exclure de son calcul les biens insaisissables, afin d'élargir le champ d'application du rétablissement professionnel. Cette disposition a été jugée excessivement protectrice du débiteur[316]. Avant qu'elle ne soit consacrée, certaines juridictions avaient déjà refusé de tenir compte de la valeur de la résidence principale, en raison de son caractère insaisissable, pour calculer l'actif du débiteur[317]. L'élargissement progressif des

[312] Communiqué de presse du Conseil des ministres du 30 juill. 2014.
[313] LEMERCIER (K.) et MERCIER (F.), « Entreprises en difficulté : la nouvelle réforme publiée ! », *D. actu*., 17 sept. 2021.
[314] C. com., art. L. 641-1, I, al. 3.
[315] C. com., art. R. 645-1.
[316] LIENHARD (A.), PISONI (P.), *Code des procédures collectives*, Dalloz, 20e éd., 2022, comm. sur L. 645-1.
[317] CA Grenoble, com., 9 janv. 2020, n° 19/02960.

mesures d'effacement de dettes laisse penser qu'elles suivent un processus de légitimation de leur fonction économique.

2°) La seconde chance inscrite dans un discours économique

111. La principale justification à la seconde chance est la préservation de l'acteur économique que sont le chef d'entreprise ou les dirigeants. Plus que d'en faire à nouveau un producteur de richesses et d'emplois, l'objectif est d'en faire *a minima* un consommateur. Le but est d'offrir « une seconde chance aux entrepreneurs honnêtes », dans l'idée que « les entrepreneurs faillis ont plus de chance de réussir la seconde fois »[318]. Cette seconde chance vise à supprimer le stigmate de l'insolvabilité et de l'échec des entreprises, augmenter le taux du travail indépendant et encourager l'esprit d'entreprise et l'innovation dans toute l'Union Européenne. La préservation de l'acteur économique apparaît comme l'argument principal à la seconde chance. Depuis longtemps, le droit américain présente la seconde chance comme une mesure recommandée par l'économie capitaliste en ce qu'elle permet au débiteur de redevenir un membre productif. La dernière directive[319] reprend cette idéologie à son compte en soutenant clairement que le rebond du débiteur est bénéfique pour l'économie. En permettant de remettre en circuit un entrepreneur qui a échoué, elle participe potentiellement à la dynamisation l'économie et à la création d'emplois. *A minima*, elle permet d'éviter l'exclusion d'un débiteur du cycle de consommation, la consommation étant le moteur de l'économie. Quand l'économie est en berne, des politiques pour favoriser la consommation sont prises, preuve du rôle primordial de la consommation dans l'économie.

112. Ce discours économique semble traverser le droit de la consommation, pourtant présenté traditionnellement comme un droit animé par de préoccupations sociales de protection des faibles[320]. La vision sociale du droit de la consommation est de plus en plus remise en cause comme si la justification économique était plus acceptable pour les différents protagonistes. Pour Monsieur Mazeaud, le consommateur est appréhendé comme un acteur de l'économie. « Ce faisant, le droit de la consommation tend moins alors à protéger le consommateur que la

[318] Considérant 20 de la Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises.
[319] Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132.
[320] MAZEAUD (D.), « Le droit des obligations et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*, (dir.) BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 71.

consommation, appréhendée comme un maillon de la chaîne de l'activité économique »[321]. Dans ce contexte, la libération du débiteur surendetté « serait une incitation à redevenir productif, plutôt que de rester à la charge de la collectivité »[322].

113. Ce changement de perspective, notamment en ce qui concerne le droit du surendettement, peut-il être considéré comme lié à un changement de mentalité dans notre société ? Quelle faveur apparaît la plus légitime : celle accordée sur la base de la solidarité nationale, de la charité, ou celle accordée en raison de ses potentiels effets économiques bénéfiques ?

114. Si le chef d'entreprise ou le dirigeant ne peut relancer une activité, il est préservé au moins en tant que consommateur. L'idée est, qu'économiquement, il est plus efficace de libérer le débiteur de ses dettes que de le contraindre à les rembourser intégralement. La direction générale des entreprises au sein de la commission s'est livrée à un travail d'évaluation des lois européennes[323] ; un lien est posé entre aide aux surendettés et création d'entreprise favorisant l'essor économique général. La directive européenne donne à la remise de dette, qui paraissait avoir à l'origine une dimension « charitable », des justifications économiques. La Commission européenne estime qu'une période de réhabilitation plus courte a une incidence positive à la fois sur les consommateurs et les investisseurs, du fait qu'ils peuvent réintégrer plus rapidement les cycles de consommation et d'investissement, ce qui dynamise à son tour l'entrepreneuriat[324]. En outre, l'octroi d'une chance aux entrepreneurs honnêtes de relancer une nouvelle activité professionnelle permettrait la création de trois millions d'emplois en Europe. Le rebond du débiteur au moyen d'une remise de dette se trouve justifié par des considérations d'ordre économique. La directive fait aussi valoir que « les effets de l'insolvabilité, en particulier la stigmatisation sociale, les conséquences juridiques telles que la déchéance du droit d'accéder à une activité entrepreneuriale et de l'exercer et l'incapacité persistante de rembourser ses dettes, ont un effet dissuasif important sur les entrepreneurs qui cherchent à créer une entreprise ou à avoir une seconde chance, même s'il est prouvé que les entrepreneurs qui sont devenus insolvables ont plus de chances de réussir la fois suivante »[325].

---

[321] *Ibid.*
[322] STEFF (A.), « La philosophie des procédures de surendettement des particuliers : l'exemple américain », *Rev. Dr. banc. et financier*, n°3, mai 2012, doss. 25.
[323] SCHILLER (S.), *art. cit.*, *RIDC*, Vol. 56, n° 3, 2004 p. 655.
[324] Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132, JO C 209 du 30.6.2017, p. 72.
[325] *Ibid.*

115. L'entrepreneur est alors appréhendé en tant qu'acteur économique, et c'est à ce titre qu'il doit bénéficier d'une seconde chance. Il n'est plus demandé aux créanciers de « faire l'aumône » aux débiteurs, mais de les considérer comme des partenaires économiques indispensables qu'il faut sauver. Cela induit un changement dans les relations créanciers-débiteurs en difficulté, en supprimant l'opposition des intérêts, pour obtenir une relation de partenaires économiques participant à l'économie marchande. Les créanciers, en tant que partenaires économiques du débiteur, sont susceptibles de bénéficier des effets positifs du rebond économique du débiteur. Si l'effacement de la dette permet au débiteur de réintégrer le circuit économique, les créanciers conserveront des partenaires économiques qu'ils auraient perdus si le débiteur n'avait été en mesure de relancer une activité économique. Ceci est accentué, si ce n'est légitimé, par l'émergence de théorie sur l'économie d'endettement qui voudrait faire de l'endetté « un rouage essentiel dont la préservation est impérative pour la survie du système et la sauvegarde de la paix sociale »[326]. En adhérant à ce postulat de départ, la remise de dette et les autres facilités offertes au débiteur présenteraient un intérêt économique pour l'ensemble des acteurs en concourant à la préservation du débiteur, avec son activité et ses emplois[327].

116. Au sein d'un droit, à l'origine, basé sur la réparation et la sanction du non-respect de la parole donnée, de telles mesures apparaissaient en contradiction totale avec l'esprit de ce droit[328]. Aujourd'hui, le droit des entreprises en difficulté apparaît largement détaché de l'idée d'un débiteur qui n'exécute pas son engagement de payer. C'est pourquoi empêcher les créanciers de reprendre leur poursuite contre le débiteur ne choque plus, dès lors que nous maintenons et adhérons à une certaine pensée économique.

B- La politique du rebond

117. L'objectif de la seconde chance des entrepreneurs est prégnant au sein de l'ensemble des réformes de cette matière. Dès 2014, la Commission européenne dans ses recommandations insistait sur ce nouvel objectif et sur sa façon de le rendre effectif. C'est pourquoi la loi PACTE précise que « les entrepreneurs doivent pouvoir rebondir plus facilement, en permettant à leur entreprise d'être liquidée et redressée plus rapidement, de manière peu coûteuse et non stigmatisante »[329]. Effectivement, pour assurer un rebond aux entrepreneurs, les règles ont été adaptées afin de supprimer ce qui pourrait y faire obstacle. La législation française, comme

[326] GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé, op. cit.*, p. 37.
[327] PICOD (N.), *La remise de dette en droit privé, op. cit.*, p. 11.
[328] RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D. Hebdo.*, 1936, p. 57.
[329] Exposé des motifs projet de Loi PACTE, p. 3.

européenne, propose de mettre en place la seconde chance de l'entrepreneur en jouant sur la libération de sa dette (1°), et la libération de ses sanctions, notamment professionnelles lorsqu'elles lui interdisent de gérer une entreprise (2°).

1°) Une libération de la dette

118. Ce qui était encouragé et qui est désormais admis par la directive européenne de 2019, est que, pour offrir une « réelle seconde chance » au débiteur, l'effacement des dettes est nécessaire. Il s'agit de rendre le principe de seconde chance effectif. Durant la première phase de la pandémie de la covid-19, le droit des entreprises en difficulté s'est adapté et le législateur a pris pour cela des mesures transitoires afin de favoriser le rebond de l'entrepreneur[330]. Nombreuses de ces mesures ont été pérennisées, car elles s'inscrivent parfaitement dans le mouvement actuel du droit des entreprises en difficulté qui cherche à faciliter la libération de la dette et à la rendre plus rapide.

119. **Privilégier l'absence de liquidation**. Dans ses recommandations de 2014, la Commission européenne faisait déjà valoir son objectif d'offrir une seconde chance, et pour y parvenir, elle recommandait que les entrepreneurs puissent bénéficier rapidement d'un effacement des dettes[331], en s'inspirant du *fresh start* à l'américaine. Les Américains concevaient, bien avant nous, l'effacement des dettes comme facteur de rebond du débiteur professionnel[332]. C'est pourquoi les réformes récentes vont en ce sens, en permettant une libération du débiteur de ses dettes, et de préférence, une libération rapide. C'est dans ce but que l'ordonnance de 2021 qui transpose la directive de 2019, élargit les conditions d'ouverture du rétablissement professionnel aux débiteurs dont l'actif n'est pas supérieur à quinze mille euros[333]. La valeur de la résidence principale est écartée pour la détermination de l'actif du débiteur[334]. Cette procédure vise à « favoriser le rebond des exploitants personnes physiques impécunieux en leur procurant un vaste effacement de leurs dettes après une procédure sans liquidation, donc sans réalisation de leurs maigres actifs »[335]. Ainsi, davantage de débiteurs sont amenés à être libérés de leurs dettes sans liquidation de leurs actifs, qui aujourd'hui peuvent

[330] L'article 6 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19
[331] LUCAS (F.-X.), « Recommandation européenne relative au traitement de l'insolvabilité », *EDED*, 2 Mai 2014, n° 5, p. 1.
[332] SCHILLER (S.), *art. cit.*, *RIDC*, Vol. 56, n° 3, 2004, p. 655.
[333] C. com., art. R. 645-1.
[334] C. com., art. L. 645-1.
[335] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *op. cit.*, n° 2499.

être plus importants qu'hier. En outre, l'ouverture d'un rétablissement professionnel ne dépend pas que de la volonté du débiteur puisque depuis la loi PACTE, les conditions d'ouverture de cette procédure doivent être vérifiées pour toute demande de liquidation. Ensuite, le débiteur demeure en principe libre d'accepter ou non le rétablissement professionnel par préférence à la liquidation[336]. Cette disposition promeut le rétablissement professionnel, donc un effacement de dettes sans liquidation, comme solution préférable à la liquidation.

120. **Accélérer la libération du débiteur à la suite d'une liquidation**. Le professeur Philippe Pétel souligne que la réforme de 2005 a permis de réitérer cette « remise à zéro des compteurs » tous les cinq ans, et que désormais cette idée ne fait plus tellement l'objet de contestation, elle est comme rentrée dans les mœurs. Désormais, la liquidation judiciaire n'est plus simplement considérée comme le moyen de désintéresser les créanciers, « il n'est plus discuté, aujourd'hui, que la liquidation judiciaire sert aussi à assurer le rebond du débiteur personne physique »[337]. C'est devenu un instrument de libération du débiteur, qui se place « sous la protection » d'une procédure collective[338]. La règle de non-reprise des poursuites, qui a cours en liquidation judiciaire, est un vecteur d'effacement des dettes lors de la clôture de la procédure[339]. L'article L. 643-11 du Code de commerce fait obstacle à la reprise par les créanciers concernés de l'exercice individuel des actions tendant au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Un auteur a souligné qu'aujourd'hui, les liquidations sont surtout faites pour permettre à un certain nombre de débiteurs de voir leurs dettes effacées pour l'avenir, car les situations empêchant le débiteur de bénéficier de la non-reprise des poursuites après clôture pour insuffisance d'actif sont rares[340]. L'effacement de la dette provoque la libération du débiteur. Mais, en tant que mesure de faveur, elle n'entraîne pas l'extinction de la créance et de tous ses accessoires[341], laissant donc subsister l'engagement des garants. Le principe de non-reprise des poursuites revient à éliminer à l'avance le risque du côté de l'entrepreneur, mais ce risque n'est en réalité pas éliminé. Il est déplacé sur les partenaires économiques du débiteur, notamment ses créanciers.

[336] C. com., art. L. 641-1, al. 3.
[337] PETEL (Ph.), « Entreprises en difficulté : encore une réforme », JCP E, 2014. 1123, n° 19.
[338] PETEL (Ph.), « La liberté de l'entreprise face à ses créanciers », *in* ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Entreprise et liberté (journées nationales),* Dalloz, T. X, 2008, Thèmes commentaires.
[339] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr. et patr*., nº 184, 1er sept. 2009.
[340] SCHILLER (S.), « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *RIDC*, Vol. 56, n° 3, 2004, p. 655-674.
[341] C. com., art. L.645-11, L.642-11 et C. conso. art. L.332-5.

121. Par ailleurs, il est apparu que la libération du débiteur arrivait souvent trop tard en raison de la lenteur de telles procédures. C'est ainsi que le développement de la liquidation judiciaire simplifiée apparaît comme une mesure mise en place pour renforcer l'efficacité de la politique du rebond. La question de la célérité des procédures, de l'intervention du tribunal est récurrente au sein de la matière, et la Commission européenne insiste à ce sujet[342]. La liquidation judiciaire simplifiée doit permettre au débiteur qui a peu d'actifs à réaliser d'obtenir une libération de ses dettes plus rapidement afin de rebondir. Si la procédure de liquidation est réalisée plus rapidement, elle sera clôturée plus rapidement et le débiteur sera libéré de ses dettes plus tôt par le jeu de la règle de l'absence de reprise des poursuites. À cet effet, la nouvelle ordonnance étend son domaine à la suite de la pérennisation de mesures des ordonnances transitoires en raison de la preuve de leur efficacité. Elle est désormais ouverte à tout entrepreneur individuel à la seule condition qu'il n'y ait pas de biens immobiliers à réaliser au sein de leur patrimoine[343]. Ainsi, les règles du droit des entreprises en difficulté suivent un processus qui vise à valoriser une libération du débiteur de ses dettes plus aisément et plus rapidement.

122. **Diminution des possibilités de tenir le débiteur responsable de l'insuffisance d'actif.** L'effacement de dette comme mesure de rebond passe par une diminution de la possibilité de tenir le débiteur responsable de l'insuffisance d'actif. La loi Sapin II du 9 décembre 2016[344] a complété le premier alinéa de L. 651-2 du Code de commerce par : « toutefois en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée ». Dès lors, le dirigeant ne peut être contraint de répondre de l'insuffisance d'actif s'il a simplement été négligent, ce qui réduit considérablement le champ de cette sanction. Cette disposition a pour objectif « de faciliter le rebond du dirigeant de bonne foi d'une société mise en liquidation »[345].

2°) Une relance d'activité

123. Pour promouvoir la seconde chance, objectif économique, libérer le débiteur de son passif n'est pas suffisant. Il doit être libéré des éventuelles sanctions professionnelles qui lui interdisent de gérer une entreprise, donc de relancer une activité. Ces sanctions tendent à exclure

[342] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen - Nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises : « le défi consiste à gérer de manière adéquate et rapide les difficultés financières des débiteurs (…) ».
[343] Ord. n° 2021-1193 du 15 sept. 2021, art. 52 ; C. com., art. L. 641-2, al. 1er mod.
[344] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[345] DIZEL (M.), « L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif revue par la Loi Sapin II », *La Veille permanente*, Édition législative, 16 déc. 2016.

certaines personnes physiques du monde des affaires du fait de leurs inaptitude ou malhonnêteté révélées à l'occasion d'une procédure collective. Elles sont conçues comme des mesures d'intérêt général[346] destinées à protéger les tiers contre l'incompétence et la malhonnêteté de certains entrepreneurs ; « ces personnes, par exception, n'auront pas droit à un nouveau départ »[347].

124. **La limitation des mesures d'interdiction dictée par l'objectif de rebond**. La directive soutient qu'afin d'accorder aux entrepreneurs honnêtes une seconde chance effective, les déchéances liées au surendettement devraient être limitées dans le temps de manière à prendre fin au plus tard à l'expiration du délai de remise de dettes[348]. À cette fin, les mesures récentes se sont attachées à ne plus soumettre à la sanction professionnelle les débiteurs qui seraient de bonne foi. Si, avant la loi Macron du 6 août 2015, l'absence de déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai légal était une cause d'interdiction de gérer, aujourd'hui cette sanction n'est prévue que si le débiteur a omis « sciemment » de procéder à cette déclaration. Le recul de la sévérité des sanctions fait échapper un grand nombre de débiteurs à une sanction d'interdiction de gérer ou de faillite personnelle, ce qui leur permet, en principe, de relancer une activité dès la clôture de la liquidation.

125. Si le débiteur était tout de même touché par une telle mesure professionnelle, l'empêchant de gérer ou diriger à nouveau une entreprise pendant une durée déterminée[349], il pourrait toujours dans certaines conditions demander à être relevé de ces interdictions. Au terme de l'article L. 653-11 du Code de commerce, l'interdiction de gérer qui résulte de la condamnation à la faillite personnelle, peut prendre fin avant le terme prévu en cas de clôture pour extinction du passif, hypothèse de relèvement automatique, y compris après exécution d'une condamnation en comblement de l'insuffisance d'actif, et dans le cas où l'intéressé a apporté une contribution suffisante au paiement du passif. Le relèvement de la faillite personnelle, total ou partiel, est alors laissé à l'appréciation du tribunal[350]. L'objectif de cette mesure est encore de faciliter le rebond du débiteur.

---

[346] VALLANSAN (J.), CAGNOLI (P.) et FIN-LANGER (L.), *Difficultés des entreprises : commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, LexisNexis, 6e éd., 2012.

[347] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A), *op. cit.*, n° 3120.

[348] Art. 22, Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019, restructuration et insolvabilité.

[349] En application des art. L. 653-3 à L. 653-6 et L. 653-8 du C. com.

[350] DELATTRE (Ch.), « La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de ses responsabilités ? », *Rev. proc. coll.*, 2012, focus 25.

Conclusion de la section

126. Poussé par une logique économique, le législateur français adopte une politique pro-débiteur pour répondre de la meilleure façon possible à l'objectif de sauvetage des acteurs économiques. Dans ce contexte, les outils d'incitation se révèlent plus fructueux que les sanctions. Le rebond de la personne physique, même au prix d'une absence de liquidation et d'un effacement de dettes, est présentée comme la meilleure alternative économique lorsque l'entreprise n'a pu être sauvée.

Conclusion du chapitre

127. À l'heure où la pensée économique devient dominante, le droit des entreprises en difficulté est particulièrement en proie à son influence. La recherche de l'efficacité économique provoque un bouleversement et insère le droit et ses règles dans un nouveau paradigme économique. De là émergent de nouveaux objectifs guidés par les besoins de l'économie, le sauvetage de l'entreprise et la seconde chance de l'entrepreneur ou des dirigeants de la personne morale. Les règles du droit sont alors orientées vers la satisfaction de ces intérêts et sont justifiées en considération de leur efficacité. Ces changements de perceptions s'accompagnent d'un processus de légitimation s'appuyant sur les crises pour donner plus d'ampleur à des mesures qui, il y a encore quelques années, étaient présentées comme contraires au droit. Ces mêmes mesures n'ébranlent plus la cohérence du droit des entreprises en difficulté dès lors qu'on les inscrit au sein d'un discours économique. Ce droit n'est plus présenté que sous son volet économique et non plus sur son aspect juridique de mesure d'exécution en réaction au non-respect de l'engagement du débiteur envers son créancier. C'est un œil économique qui permet de justifier ces mesures qui ne sont pas acceptables si l'on s'en tient à la question du manquement à la parole donnée. L'ensemble normatif du droit des entreprises en difficulté obéit à un impératif économique d'efficacité de la norme, ce qui montre l'importance et l'influence de la logique économique en ce domaine. En matière économique, différentes idéologies s'affrontent, et le législateur prend des options justifiées par leur potentielle efficacité. Il met en place certaines politiques dans le but de produire certains effets qui doivent concourir à l'objectif économique du droit des entreprises en difficulté. La politique pro-débiteur, qui comprend des mesures d'incitation à la prévention des difficultés de l'entreprise et des mesures

de facilitation du rebond de la personne physique derrière l'entreprise, n'est qu'un moyen pour parvenir au sauvetage des acteurs économiques.

Chapitre 2 – Un droit instrument des choix du débiteur

128. La politique pro-débiteur menée par le législateur français conduit à faire du droit des entreprises en difficulté un instrument au service des choix du débiteur. L'incitation à la prévention des difficultés fait de l'anticipation du débiteur la notion pivot de ce droit. « Pour inciter à la prévention, le législateur n'hésite plus à bouleverser les principes du droit des entreprises en difficulté »[351]. Effectivement, en offrant la possibilité au débiteur qui est en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours de bénéficier d'une conciliation, le législateur ôte à la notion de cessation des paiements le rôle de frontière entre le traitement amiable et le traitement judiciaire des difficultés. L'état de cessation des paiements plie « face à la volonté du débiteur »[352]. Soit le débiteur, réceptif à la politique incitative, anticipe ses difficultés en demandant l'ouverture d'une procédure préventive, soit il n'anticipe pas et sera soumis à une procédure curative.

129. De cette façon, l'action volontaire du débiteur d'anticiper ou de ne pas anticiper l'application de mesures contraignantes lui permet de choisir la méthode de gestion des difficultés qui sera appliquée à son entreprise. Ce ne sont donc pas les procédures prises individuellement qui font du droit des entreprises en difficulté un instrument de gestion des difficultés dans les mains du débiteur, mais le système qu'elles forment. « L'approche de la procédure n'est plus statique, elle est devenue dynamique, ce qui élargit encore le champ des possibles pour le dirigeant et la stratégie qu'il entend mettre en œuvre »[353] . En trente ans, le droit des procédures collectives est, en définitive, passé d'un droit du non-choix, vers un droit à choix multiples[354]. Le caractère central de ce choix d'anticiper, ou non, fait de la matière un instrument au service du débiteur.

130. Cette anticipation ou cette absence d'anticipation, étant une réponse à la politique incitative, sera déterminante dans les facultés qui seront offertes au débiteur pour gérer ses difficultés. À partir du moment où il anticipe, il pourrait être en mesure de jongler avec les règles de la prévention amiable et de la prévention judiciaire, car « de nouvelles passerelles, dont le dirigeant est à l'initiative, ont vu le jour »[355]. Le débiteur a alors un certain contrôle sur

[351] ROLAIN (M.), « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA*, déc. 2014, n° 251 p. 7.
[352] *Ibid*.
[353] BERNARD (E.), MAUNAND (P.) et MORELLI (N.), « Le choix du dirigeant : la diversité des instruments », *Rev. proc. coll*., Juill./août 2016, doss. 23.
[354] *Ibid*.
[355] BERNARD (E.), MAUNAND (P.) et MORELLI (N.), *art. cit*., *Rev. proc. coll*., Juill./août 2016, doss. 23.

la gestion de ses difficultés. « L'émergence des procédures amiables est substantiellement liée à la naissance d'un droit des dirigeants dans la stratégie procédurale qu'il envisage »[356] (Section 1). En revanche, dès que le débiteur ne joue par le jeu de la prévention ou ne demande pas le bénéfice d'une procédure de conciliation avant que son état de cessation des paiements ne s'étale sur plus de quarante-cinq jours, il se trouve soumis au régime contraignant et obligatoire des procédures curatives. Le dirigeant perd alors la maîtrise de l'ouverture d'une procédure et son emprise sur le traitement des difficultés de l'entreprise. Au vu du champ étendu des procédures qui sont ouvertes à la seule initiative du débiteur et des attraits qu'elles présentent, ne pas y recourir pourrait résulter de plus en plus d'un choix de gestion du dirigeant qui verrait dans les procédures curatives des opportunités qui n'existent pas au sein des procédures amiables et de la sauvegarde (Section 2).

Section 1 : La volonté du débiteur au cœur des mesures préventives

131. Au sein des mesures préventives, il existe deux modes de traitement des difficultés de l'entreprise : le mode amiable avec le mandat *ad hoc* et la conciliation, et le mode judiciaire avec les procédures de sauvegarde[357]. Le législateur du droit des entreprises en difficulté incite largement au traitement préventif, convaincu de l'efficacité de l'anticipation des difficultés comme moyen de réduire le nombre de liquidations d'entreprises. En plaçant la volonté du débiteur au cœur des mesures préventives, il est conféré des effets importants à l'anticipation du débiteur (§1). Ces procédures ne sont cependant pas équivalentes et proposent des méthodes de gestion spécifiques des difficultés du débiteur. Le caractère volontaire de ces procédures donne alors au dirigeant une latitude dans le choix de la méthode de gestion des difficultés qu'il souhaite mettre en place, ce qui lui confère une maîtrise sur la gestion des difficultés de l'entreprise (§2).

§1 – Les effets de l'anticipation du débiteur

132. La stratégie du législateur de 2008 et de 2014 a été d'améliorer les dispositifs de prévention « en renforçant les incitations positives ou en désamorçant les obstacles à l'anticipation, par le débiteur, de ses difficultés qui doivent le conduire à prendre des initiatives »[358]. Le législateur a mis la volonté du débiteur au cœur des dispositifs de prévention

[356] *Ibid.*
[357] La sauvegarde de droit commun et la sauvegarde accélérée.
[358] CHAMPALAUNE (C.), « Un nouveau droit des entreprises en difficulté. Propos introductifs », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juill. 2014, doss. 27, n° 15.

et a accru les garanties offertes aux dirigeants quant à leur avenir et quant à leur situation[359]. La volonté du débiteur préside à l'ouverture d'une procédure préventive et s'exerce tout au long de la procédure. Son pouvoir de gestion est alors préservé (A), et n'est pas entravé par la menace d'être poursuivi du fait de la protection réservée à celui qui anticipe (B).

A- Les pouvoirs de gestion du débiteur au sein des procédures préventives

133. **La maîtrise de l'ouverture de la procédure**. L'importance conférée à la volonté du débiteur au sein des mesures préventives s'exprime dès leur ouverture. Seule l'initiative du débiteur peut être à l'origine de l'ouverture d'une procédure de conciliation[360] ou d'un mandat *ad hoc*[361], comme d'une procédure de sauvegarde[362]. La maîtrise du débiteur sur l'ouverture de ces procédures peut être liée à l'absence d'impact de la situation de l'entreprise sur le tissu économique. Tant que les difficultés de l'entreprise ne menacent pas encore le tissu économique, cela demeure l'affaire du débiteur. Ce pouvoir d'initiative qui permet d'anticiper l'atteinte que pourraient provoquer les difficultés sur le tissu économique contribue à responsabiliser le chef d'entreprise[363], qui demeure libre de décider ou non de demander le bénéfice de ces procédures[364]. L'anticipation du débiteur lui confère des pouvoirs singuliers. Malgré le caractère amiable de la procédure de conciliation, le débiteur peut demander de l'aide spéciale du tribunal (1°). En outre, bien que la procédure de sauvegarde soit une procédure judiciaire, le législateur accorde au débiteur une certaine liberté de gestion (2°).

1°) Le cadre amiable transcendé par les pouvoirs du débiteur

134. Dans l'hypothèse où le débiteur demanderait l'ouverture d'une mesure amiable, la loi lui accorde le droit de choisir et de soumettre à la désignation du tribunal le mandataire *ad hoc*[365] ou le conciliateur[366] qui l'accompagnera. Les textes ne détaillent pas la mission de ces derniers, mais évoquent simplement la mission générale du conciliateur qui est de « favoriser

[359] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008 », *Rev. sociétés*, 2009, n° 8, p. 249.
[360] C. com., art. L. 611-6 : « Le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur ».
[361] C. com., art. L. 611-3 : « Le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission ».
[362] C. com., art. L. 620-1 : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur (…) ».
[363] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 457 ; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 231.091 ; HENRY (L.-C.) et CARBONI (C-H.), « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », *Rev. proc. coll.*, n°4, juill. 2016, doss. 24.
[364] Concernant la possibilité de considérer l'absence de recours à la prévention comme une faute v. *supra* n° 93.
[365] C. com., art. L. 611-3.
[366] C. com., art L.611-6, al.3.

le règlement de la situation financière du débiteur par la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers »[367]. Si ce droit de choisir n'a pas de conséquences notables pour le dirigeant[368] dans la mesure où c'est le tribunal qui détermine librement les tâches spécifiques confiées au conciliateur ou au mandataire *ad hoc*[369], il accentue néanmoins le caractère volontaire de ce dispositif[370]. Le débiteur pourra toujours demander au tribunal une modification de cette mission, en accord avec la nature amiable du dispositif. Cette demande peut aussi émaner du mandataire lui-même, mais nécessite alors l'accord du débiteur[371].

135. **Le pouvoir de solliciter des mesures contraignantes du président du tribunal**. Le débiteur a la possibilité, en conciliation, de demander au juge de reporter ou d'échelonner le paiement de ses dettes. Effectivement, le débiteur peut solliciter du président du tribunal une application de l'article 1343-5 du Code civil à l'égard d'un créancier qui « l'a mis en demeure ou poursuivi » ou qui n'accepte pas « dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance » pendant la durée de la procédure[372]. Avant l'ordonnance du 15 septembre 2021, le débiteur ne pouvait demander l'application de délai de grâce que dans l'hypothèse où il aurait été mis en demeure ou poursuivi par un créancier. L'élargissement de la possibilité du débiteur de solliciter de telles mesures manifeste cette propension à octroyer au débiteur la faculté de réduire le caractère amiable des mesures au profit d'un caractère plus judiciaire qui lui serait bénéfique. La loi donne au débiteur la possibilité de demander au président du tribunal des suspensions de poursuites aux créanciers récalcitrants à l'image de la suspension des poursuites obligatoires en procédures collectives[373]. Cette mesure n'est néanmoins pas dotée d'une portée générale, car elle ne s'applique qu'aux créances pour lesquelles elle est décidée. Prise au départ pour lutter contre les effets économiques de la crise sanitaire[374], elle modifie la « philosophie de la conciliation » [375] en accord avec la directive européenne[376] qui invite à se parer de mesures contraignantes au stade

[367] C. com., art. L. 611-7.
[368] En ce sens, ROUSSEL GALLE (Ph.), *art. cit.*, *Rev. sociétés*, 2009, n° 3, p. 249.
[369] C. com., R. 611-19, al. 3 : le président du tribunal détermine librement la mission du mandataire *ad hoc* par l'ordonnance de nomination.
[370] DELATTRE (Ch.), « Prévention : amélioration de la conciliation », *Rev. Proc. coll.*, 2009, p. 37, n° 1.
[371] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 123.171.
[372] C. com., art. L. 611-7, al. 5.
[373] C. com., art. L.622-21.
[374] Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19, art. 2.
[375] LAFAURIE (K.), « Contrainte des créanciers dans le régime de crise de la conciliation : présent et avenir », *BJE*, juill. 2020, n° 4, p. 72.
[376] Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019.

de la prévention des difficultés[377], afin d'en accroître l'efficacité. L'application de ces mêmes délais de grâce peut être sollicitée par le 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 (…) »[378]. De cette façon, le débiteur peut effectivement obtenir, à l'aide du tribunal, des suspensions de paiement.

136. Les choix laissés au débiteur et les demandes qu'il peut émettre lui permettent de solliciter une intervention du juge qui lui est favorable. L'amenuisement du caractère amiable au profit d'un caractère plus judiciaire du dispositif est de l'initiative du débiteur et à son service. Le débiteur, dès lors qu'il recourt à une conciliation, a la possibilité d'organiser son traitement en sollicitant un appui judiciaire au sein de l'amiable lorsque ce dernier montre une insuffisance à préserver ses intérêts.

2°) Le caractère judiciaire de la sauvegarde altéré par les pouvoirs du débiteur

137. Au sein des procédures du droit des entreprises en difficulté, la sauvegarde a une nature originale. C'est une procédure collective préventive et volontaire. Celle-ci ne peut être ouverte que de la volonté du débiteur qui n'est pas en cessation des paiements, et son ouverture va soumettre les créanciers à une discipline collective. Malgré le caractère judiciaire de la procédure, le débiteur y occupe une place centrale lui conférant une certaine maîtrise sur la procédure. « Le chef d'entreprise devient alors le principal acteur de la réorganisation de l'entreprise sous sauvegarde et bénéficie de mesures de protection étendues en ses qualités de dirigeant, de garant et d'actionnaire »[379]. Il le demeurera tant que n'apparaîtra pas une cessation des paiements au cours de la sauvegarde, ce qui conduirait alors à l'ouverture d'un redressement judiciaire. En plus de faire de la sauvegarde une procédure à la seule initiative du débiteur, l'ordonnance de 2008 a réaffirmé le rôle central du débiteur dans l'exécution de cette procédure[380]. Par principe, le dirigeant reste à la tête de l'entreprise[381]. Cette règle trouve ses racines dans la politique d'incitation à la prévention qui cherche à ôter tous les obstacles susceptibles de dissuader le chef d'entreprise ou le dirigeant de demander l'ouverture d'une

[377] En ce sens, MONTERAN (T.), « La conciliation et la sauvegarde accélérée dans les ordonnances Covid-19 », *Gaz. Pal.*, 13 juill. 2020, n° 26, p. 68 ; LAFAURIE (K.), *art. cit.*, *BJE*, juill. 2020, n° 4, p. 72.
[378] C. com., art. L. 611-10-2, al. 2.
[379] Communiqué de presse du Conseil des ministres du 17 déc. 2008 au sujet de l'ordonnance de 2008.
[380] ROUSSEL GALLE (Ph.), Table ronde « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal.*, 26 juin 2008, n° 178, p. 99.
[381] C. com., art. L. 622-1, I : « L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ».

sauvegarde. Ces derniers ne doivent pas être dissuadés de demander une sauvegarde par peur de perdre le contrôle de l'entreprise[382].

138. Toutefois, en cas de nomination d'un administrateur, ce dernier aura pour mission de surveiller la gestion du débiteur ou de l'assister pour certains de ses actes[383]. Les tribunaux ont tendance à privilégier la mission de simple surveillance et ne confient à l'administrateur une mission d'assistance que dans les cas où serait relevé un problème de compétence ou de confiance à l'égard du chef d'entreprise[384]. Une partie de la doctrine considère la mission de surveillance comme devant être la plus courante, car plus respectueuse de l'esprit de la sauvegarde[385]. Elle se traduit par un contrôle *a posteriori* de l'administrateur des actes effectués par le débiteur. Ce contrôle peut être l'occasion de déceler une gestion critiquable du dirigeant au regard des intérêts de l'entreprise et pourra alors inciter l'administrateur à demander au tribunal de changer sa mission en une mission d'assistance[386]. Des actes de gestion contraires à l'intérêt de l'entreprise pourraient valoir au dirigeant d'être assisté par l'administrateur. Les règles qui encadrent la sauvegarde semblent guidées par un souci de témoigner une certaine confiance vis-à-vis du débiteur[387] qui demande la protection du tribunal avant même d'y être obligé. C'est dans cette optique que la loi accorde au débiteur le droit d'établir lui-même l'inventaire[388] avant d'être certifié par un commissaire aux comptes ou attesté par un expert-comptable[389]. Mais, cette confiance accordée n'est qu'un moyen d'inciter à la prévention des difficultés afin d'atteindre l'objectif de sauvetage des entreprises.

139. **Le débiteur au cœur de l'élaboration du plan**. Surtout, le débiteur est au cœur de l'élaboration du plan de sauvegarde. Le plan est proposé par le débiteur avec le concours de

[382] Rapp. Xavier de Roux, n° 2095, p. 202 ; MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Répartition des pouvoirs entre l'administrateur judiciaire et le débiteur », *Rép. com*., 2022, n° 50 : « le caractère protecteur de la procédure de sauvegarde, pour le débiteur qui doit être incité à s'y soumettre, ne se serait que mal accommodé d'une telle mesure (la représentation) ».
[383] C. com., art. L. 622-1, II.
[384] CA Paris, pôle 5, 8e ch., 25 oct. 2011, RG n° 11/16438, *BJE*, avr. 2012, comm. 169, note CERATI-GAUTHIER (A.).
[385] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *Entreprises en difficulté, op. cit*., n° 1157 ; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 421.331.
[386] Envisagée par L. 622-1 C.com, IV : « À tout moment, le tribunal peut modifier la mission de l'administrateur sur la demande de celui-ci, du mandataire judiciaire ou du ministère public. »
[387] ROUSSEL GALLE (Ph.), *art. cit., Rev. sociétés*, 2009 p. 249, n° 11.
[388] C. com., art. R. 621-1 précise que le débiteur doit indiquer dans la demande d'ouverture de la sauvegarde s'il s'engage à établir l'inventaire. V. LEBEL (Ch.), « Les mesures conservatoires dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. Proc. coll.*, 2009-1, p. 52 ; ROUSEL GALLE (Ph.), « Mesures conservatoires », in « Réforme du droit des entreprises en difficulté », *Dict. perm. diff. entr*., n° sp. 302-1, mars 2009, p. 4163.
[389] C. com., art. L. 622-6-1.

l'administrateur[390], ce qui lui confère un véritable contrôle sur les solutions envisagées[391]. C'est pour mettre le débiteur « au cœur du dispositif de sauvetage »[392] que la possibilité de proposer un plan lui est laissée. En aucun cas, la recherche d'un plan de sauvegarde ne pourra devenir l'occasion d'évincer le dirigeant, comme le permet sous certaines conditions la loi lorsque le redressement de l'entreprise le requiert. Les mesures qui permettent au tribunal de subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants à la demande du ministère public, mais également de prononcer l'incessibilité ou la cession forcée des parts sociales[393], sont rendues inapplicables en sauvegarde par l'ordonnance de 2008[394]. Même si, dans certains cas, ces mesures permettaient d'écarter un dirigeant incompétent ou malhonnête[395], le risque de dissuader les dirigeants de recourir à la sauvegarde l'a emporté aux yeux du législateur. Le dirigeant ne peut être contraint de céder son entreprise à ce stade, la cession de l'entreprise elle-même n'est pas envisageable en sauvegarde[396].

140. **L'initiative du débiteur à l'origine de la conversion en redressement judiciaire.** La volonté du dirigeant préside également à la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire[397], lorsque l'entreprise n'est pas en cessation des paiements[398]. Mais dans ce cas, l'adoption d'un plan de sauvegarde doit être manifestement impossible et la clôture de la procédure doit conduire de manière certaine et à bref délai à la cessation des paiements[399]. Cette conversion pourrait permettre au débiteur de sauver son entreprise par un plan de cession totale qui sera adopté à sa seule initiative, car il semble difficile d'obtenir un plan de continuation en redressement s'il n'a pas été possible d'en arrêter un en sauvegarde[400]. En principe, un redressement judiciaire ne peut être ouvert que si l'entreprise est en état de cessation des

[390] C. com., art. L. 626-2, al. 1, précise désormais qu'au vu du bilan économique et social « le débiteur, avec le concours de l'administrateur » propose un plan.
[391] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008 », *Rev. sociétés*, 2009 p. 249, n° 19.
[392] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 921.
[393] C. com., art. L. 631-19-1.
[394] C. com., art. L. 626-4, abrogé par l'ordonnance du 18 décembre 2008.
[395] ROUSSEL GALLE (Ph.), *art. cit.*, *Rev. sociétés*, 2009 p. 249, n° 21.
[396] C. com., L. 626-1, al. 2 : « Le plan de sauvegarde comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités. »
[397] C. com., art. L. 622-10, al. 1 ; MASTRULLO (T.), « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.*, avr. 2008, étude 19. Avant la réforme de 2008, la sauvegarde était automatiquement convertie en liquidation judiciaire si l'état de cessation des paiements intervenait durant la période d'observation.
[398] C. com., art. L. 622-10, al. 1er.
[399] C. com., art. L. 622-10, al. 3.
[400] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008 », *Rev. sociétés*, 2009 p. 249, n° 18 ; VALLANSAN (J.), « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance) », *Rev. proc. coll.*, mai 2012, doss. 13.

paiements. La dérogation offerte au débiteur, qui lui permet de bénéficier d'un outil dont l'utilisation n'est en principe pas réservé à son niveau de difficulté, témoigne de la volonté de faire du dirigeant ou du chef d'entreprise l'acteur du sauvetage de l'entreprise. « Pour tenir compte du fait que la procédure de sauvegarde est maîtrisée par le débiteur, il est désormais prévu que les mesures envisagées sont celles que le débiteur envisage de prendre »[401]. La sauvegarde est placée sous le signe de la confiance vis-à-vis du débiteur, confiance accordée du fait de sa démarche active d'anticipation, et confiance préservée tout au long de la procédure en lui permettant d'avoir une certaine emprise sur les solutions à apporter pour sauver l'entreprise.

B- Une protection contre la sanction

141. **La conciliation, obstacle à l'assignation du débiteur.** L'ouverture d'une conciliation au bénéfice des entreprises en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours protège le débiteur d'une assignation en redressement ou en liquidation judiciaire. Effectivement, la loi prévoit qu'un redressement judiciaire ne peut être demandé si une conciliation est déjà ouverte[402]. Le législateur affirme alors la priorité de la conciliation et l'obstacle qu'elle constitue à l'ouverture d'autres procédures. En ce sens, l'ouverture d'une conciliation « protège » le débiteur des conséquences de l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, le temps que dure cette conciliation et à condition qu'elle ne soit pas un échec. L'ouverture de la conciliation place immédiatement le débiteur à l'abri du redressement ou de la liquidation judiciaire, ce que l'ouverture de la sauvegarde ne permet pas puisque si une cessation des paiements apparaissait durant une procédure de sauvegarde, celle-ci devrait être convertie[403]. Dans l'hypothèse où la saisine aux fins d'ouverture d'une conciliation se ferait dans le même temps qu'une saisine émanant du ministère public ou d'un créancier aux fins d'ouverture d'un redressement judiciaire, la priorité conférée à la conciliation devrait conduire le tribunal à surseoir à statuer sur l'assignation en redressement en attendant la décision du président du tribunal sur l'ouverture de la conciliation[404].

142. **Une immunité de sanction en prévention**. Les sanctions professionnelles, de même que la sanction pénale de la banqueroute, ne peuvent frapper les dirigeants qu'en redressement

[401] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 421.251.
[402] C. com., art. L. 631-5.
[403] 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 s.
[404] JACQUEMONT (A.), « Procédure de conciliation et concordat », *J-CL. Com.*, fasc. 2030, 2006, n° 11.

ou en liquidation judiciaire. « Ni la procédure de conciliation, ni celle de sauvegarde ne peuvent exposer immédiatement les intéressés à ces mesures »[405]. Le champ d'application des sanctions coïncide logiquement avec les procédures réservées aux entreprises en état de cessation des paiements. La cessation des paiements était traditionnellement considérée comme une faute qui appelle sanction. Mais le fait que le débiteur en conciliation ne puisse être touché par les sanctions, qu'il soit en cessation des paiements ou qu'il ne le soit pas, témoigne que plus que l'absence de cessation des paiements, c'est l'anticipation du débiteur qui le fait échapper à la sanction. Néanmoins, cette protection ne dure que le temps de la mesure préventive et ne peut pas faire obstacle à des sanctions ultérieures dans le cadre de procédures curatives.

143. Pendant un temps, la promotion et les faveurs associées à la prévention des difficultés ont mené des dirigeants à chercher à s'exonérer de leurs responsabilités en faisant valoir leur recours à une mesure de mandat *ad hoc* ou de conciliation[406], ce qu'avaient admis certaines juridictions[407]. Une cour d'appel avait même relevé à l'appui de son rejet de condamnation pécuniaire la démarche du dirigeant qui avait sollicité le bénéfice d'un mandat *ad hoc* caractérisant « une réaction plutôt rare qui devait être encouragée » [408]. Mais face à des dirigeants qui instrumentalisaient la loi de sauvegarde et les mesures de prévention pour s'exonérer de toute responsabilité[409], les juges du fond ont revu leur position en posant le principe selon lequel le mandat *ad hoc* ne dispense nullement le dirigeant de régulariser une déclaration de cessation des paiements dans le délai légal[410]. En aucun cas, la désignation d'un mandataire *ad hoc,* qui ne prive pas le dirigeant de l'exercice de ses pouvoirs, ne peut l'exonérer de ses obligations et de sa responsabilité[411]. Le dirigeant est responsable des fautes de gestion,

[405] 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 s.
[406] DELATTRE (Ch.), « Le lien entre le traitement amiable et les sanctions », *Rev. proc. coll*., n° 6, nov. 2011, comm. 169.
[407] CA Paris, 3e ch., 29 mars 2007, n° 06/12891 : *Rev. proc. coll*., 2008, comm. 99 ; CA Metz, 1re ch. civ., 24 févr. 2009, n° 08/00197 : JurisData n° 2009-003251 ; *Rev. proc. coll*., 2009, comm. 144, note DELATTRE (Ch.).
[408] CA Orléans, ch. com. éco. et fin., 9 oct. 2008, n° 08/000197 : JurisData n° 2008-377126 ; *Rev. proc. coll*., 2009, comm. 144, note DELATTRE (Ch.), « La prévention peut-elle être un alibi pour parer à toute sanction ». La Cour d'appel relève que dès lors que l'intéressé avait obtenu du président du tribunal la désignation d'un mandataire ad hoc, il ne pouvait lui être reproché la poursuite d'une exploitation déficitaire de manière abusive.
[409] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll*., n° 1, Janv. 2014, doss. 5.
[410] Cass. Com., 8 juillet 2003, n° 00-15.919 : Jurisdata n° 2003-019872 ; « La faute de gestion peut être antérieure ou concomitante à la procédure de règlement amiable » : *Dr. Sociétés,* 2003, comm. 191, note LEGROS (J.-P.), solution réaffirmée par CA Rennes, 2e ch., 9 août 2011, n°10/05370 *: Rev. proc. coll*., 2011, comm. 169, DELATTRE (Ch.) ; Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-11.554 : *Dr. sociétés*, 2005, comm. 174, note LEGROS (J.-P.).
[411] Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-16.895 : JurisData n° 2016-011556 ; *Rev. proc. coll.*, 2016, comm. 160, note DELATTRE (Ch.), « Le recours à un mandat ad hoc n'est toujours pas une parade à toute sanction éventuelle ultérieure » ; *Gaz. Pal*., 18 oct. 2016, p. 68, note MONTERAN (Th.), « Mandat, loyauté et sanctions » ; *Rev. sociétés,* 2016, p. 621, note MORELLI (N.), « Responsabilité pour insuffisance d'actif : le mandat ad hoc n'excuse

car c'est lui qui a le pouvoir de gestion. En cela, la responsabilité du dirigeant quand il recourt aux procédures préventives est affirmée, mise en avant : c'est lui seul qui dirige son entreprise.

144. En cas d'échec d'une conciliation ou d'une sauvegarde se traduisant par l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, le dirigeant peut être sanctionné même pour des attitudes qu'il a pu avoir dans le cadre de la mesure préventive[412]. « Le seuil de responsabilité s'est déplacé plus en aval sur le curseur des procédures collectives et la faute du dirigeant sera recherchée non plus en cas d'échec économique, mais en cas d'échec du redressement de l'entreprise »[413]. En revanche, et logiquement, la demande d'ouverture d'une conciliation exonère le débiteur de l'interdiction de gérer fondée sur l'omission de déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai légal puisque le Code de commerce prévoit que cette omission n'est pas fautive lorsque le débiteur a demandé l'ouverture d'une conciliation dans le délai de quarante-cinq jours[414]. Par ailleurs, la situation du dirigeant dont la sauvegarde de son entreprise serait un échec a été améliorée par l'ordonnance de 2008 qui donne la possibilité d'ouvrir une procédure de redressement à la place d'une liquidation judiciaire dans le cas où l'état de cessation des paiements serait constaté durant l'exécution du plan de sauvegarde[415]. Par construction, cela fait échapper le dirigeant aux actions en responsabilité pour insuffisance d'actif qui pourraient l'atteindre dans le cadre d'une liquidation[416].

145. En conclusion, on retiendra que l'anticipation du débiteur qui recourt aux mesures préventives lui confère des pouvoirs exceptionnels tout en lui assurant une certaine protection. Ces faveurs ne sont pas liées à la nature amiable ou judiciaire de la procédure, mais sont les fruits de l'incitation à la prévention d'un état de cessation des paiements supérieur à quarante-cinq jours.

---

pas la poursuite d'une activité déficitaire ». ; CA Amiens, ch. éco., 11 oct. 2018, RG n° 17/03313 ; Cass. Com., 17 juin 2020, n° 19-10.341, « Le dirigeant ne peut se prévaloir d'une mesure préventive pour tenter d'échapper à ses responsabilités », *Rev. proc. coll*., n° 6, nov. 2020, comm. 141, note DELATTRE (Ch.).

[412] 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 s.

[413] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. Proc. Coll*., n°1, Janv. 2014, doss. 5.

[414] C. com., art. L. 653-8, al. 3.

[415] C. com., art. L.622-10 prévoit que si la cessation des paiements est constatée durant l'exécution du plan de sauvegarde, le tribunal en décide la résolution, mais il peut ouvrir un redressement judiciaire si celui-ci n'apparaît pas manifestement impossible.

[416] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008 », *Rev. sociétés*, 2009 p. 249, n° 36.

§2- La maîtrise du débiteur sur la gestion de ses difficultés

146. Les atouts que présentent les procédures préventives pour le débiteur sont indéniables. Elles protègent le débiteur tout en lui accordant une certaine liberté dans la gestion de ses difficultés. Néanmoins, du caractère amiable des procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation et du caractère judiciaire de la sauvegarde, découlent des modes de traitement des difficultés de l'entreprise spécifiques. La diversité des procédures préventives met à la disposition du débiteur une véritable « boîte à outils »[417] au sein de laquelle il est amené à choisir l'outil le plus adapté pour répondre à ses difficultés (A). Si le droit des entreprises en difficulté favorise l'émergence de solutions de plus en plus négociées, la loi offre des outils qui permettent au débiteur d'avoir l'avantage lors des négociations (B).

A- Le choix du mode de gestion des difficultés de l'entreprise.

147. Si les procédures préventives réservent une place privilégiée au débiteur, elles proposent des méthodes différentes de traitement des difficultés. Le mandat *ad hoc* et la conciliation se basent sur la confidentialité de la mesure, tandis que la procédure de sauvegarde se propose de traiter les difficultés en mettant en place une discipline collective. Lorsque la nature et l'étendue des difficultés ouvrent les deux possibilités (1°), un choix stratégique s'impose alors entre ces deux instruments (2°).

1°) La condition de difficulté de l'entreprise.

148. **Des difficultés de toute nature**. Le mandat *ad hoc*, la conciliation et la sauvegarde paraissent pouvoir couvrir des difficultés de toute nature. Si la loi ne soumet la désignation d'un mandataire *ad hoc* à aucune condition quant aux difficultés rencontrées par le débiteur[418], la conciliation a, elle, vocation à bénéficier aux personnes qui « éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et ne se trouvent pas en cessation des paiements, depuis plus de quarante-cinq jours »[419]. Et, l'ordonnance de 2008 ouvre le champ de la sauvegarde au débiteur qui connaît « des difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter » sans qu'il ait à démontrer qu'elles sont « de nature à le conduire à la cessation des paiements »[420]. Toutes difficultés, de nature économique, juridique, financière, économique,

[417] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté version 2014 », *CDE*, 2015, doss. 1.
[418] C. com., art. L. 611-3.
[419] C. com., art. L .611-4.
[420] C. com., anc. art L. 620-1, rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008.

sociale ou de toute autre nature, peuvent justifier l'ouverture de la sauvegarde dès lors que le débiteur ne peut les surmonter[421]. Ainsi, la nature des difficultés rencontrées par le débiteur ne constitue pas un critère déterminant dans le choix entre la prévention amiable et la prévention judiciaire. Seule la gravité des difficultés rencontrées par l'entreprise va les différencier.

a) Les difficultés spécifiques à la prévention amiable.

149. **Un état de cessation des paiements inférieur à quarante-cinq jours**. Dans l'idée de renforcer la prévention, le législateur a conféré un périmètre large à la procédure de conciliation. Cette procédure pourra être ouverte plus tôt que la sauvegarde, la difficulté pouvant n'être dans le premier cas que prévisible[422], alors que dans le second, la difficulté devra être avérée[423], mais aussi plus tard, car le débiteur peut être en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours, ce qui est défendu en sauvegarde. Concernant le mandat *ad hoc*, la doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si un mandataire *ad hoc* pourrait être désigné alors même que le débiteur serait en état de cessation des paiements. Certains considèrent que le mandat *ad hoc* est inconciliable avec un état de cessation des paiements[424]. D'autres estiment qu'un mandataire pourrait être désigné[425], à condition toutefois que l'état de cessation des paiements ne soit pas antérieur à quarante-cinq jours[426], comme pour la conciliation. En outre, dans cette situation, le mandataire devra trouver un accord rapidement avec les principaux créanciers pour faire disparaître l'état de cessation des paiements puisque l'ouverture d'un mandat *ad hoc* n'interrompt pas le délai de quarante-cinq jours[427], contrairement à l'ouverture d'une conciliation. Ainsi, si le débiteur se trouve en état de cessation des paiements, sa seule alternative certaine au sein des procédures préventives est de demander l'ouverture d'une conciliation.

150. **Des difficultés simplement prévisibles**. La notion de « difficultés prévisibles » employée par le législateur conduit à apprécier l'impact que pourront avoir certains éléments factuels sur la situation de l'entreprise. Le président du tribunal les appréciera au cas par cas

[421] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 223.311.
[422] C. com., art. L. 611-4 : La procédure de conciliation est ouverte aux débiteurs qui éprouvent une difficulté « avérée ou prévisible et ne se trouvent pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours ».
[423] KUNTZ (O.), « De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation », *LPA*, n° sp., 8 fév. 2006, n° 28, p. 5 s. ; ROUSSEL GALLE (Ph.), « La procédure de sauvegarde. Quand et comment se mettre sous la protection de la justice », *JCP E*, 2006, chron. 2437, p. 1679 s., n° 34.
[424] BADILLET (J.), « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal*., 11-12 mai 2011, p. 7 s.
[425] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 123.114.
[426] T. com. Saint-Quentin, 2e ch., 17 juill. 2015, RG n°2015002634-1 : *Rev. Proc. coll*. 2015, comm. 173, note DELATTRE (Ch.).
[427] GIORGINI (C.-G.), *Cours de droit des entreprises en difficulté*, Gualino, Amphi LMD, 3e éd., 2020, n° 372.

pour décider de l'ouverture d'une conciliation. Les comptes prévisionnels produits par le débiteur pourraient constituer un outil utile dans la détermination de la prévisibilité de difficulté, à condition toutefois que ces comptes soient fiables[428]. La prévisibilité des difficultés pourra résulter d'éléments comme la perte d'un client important ou des difficultés d'ordre social[429], d'un événement qui affecte les performances de l'entreprise et par le même fait, sa capacité à continuer durablement son exploitation, ou encore la menace de résiliation du contrat de concession ou d'un contrat important de sous-traitance[430]. La généralité de la formule employée par le législateur invite le président du tribunal à accorder largement le bénéfice d'une conciliation[431].

b) Les difficultés couvertes par la prévention judiciaire.

151. **Des difficultés que le débiteur ne peut surmonter seul**. Pour bénéficier de l'ouverture d'une sauvegarde, le débiteur doit justifier d'une difficulté avérée et non simplement prévisible, et surtout ne pas être en état de cessation des paiements. Cette procédure permet de prévenir la cessation des paiements, mais pas les difficultés elles-mêmes[432]. La difficulté doit *a priori* faire peser une menace sur l'exploitation de l'entreprise[433], comme le risque de déchéance du terme au titre d'un concours, lequel peut provoquer la cessation des paiements[434]. Ces difficultés doivent être insurmontables au sens où le débiteur est dans l'impossibilité de redresser sa situation sans avoir recours à la protection judiciaire qu'offre la sauvegarde[435]. Ce critère de difficulté que le débiteur ne peut surmonter implique un lien d'appréciation entre les difficultés objectives rencontrées et la capacité du débiteur à y faire face. Il appartient alors logiquement au débiteur d'en apporter la preuve[436] par la production de différentes pièces[437]. Le caractère insurmontable des difficultés doit s'apprécier *in concreto* et en fonction de la situation du seul débiteur[438]. Par exemple, le placement en redressement judiciaire de la filiale peut constituer

[428] V. JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Manuel, 12e éd., 2022, n° 96.
[429] Rapp. HYEST (J.-J.), n° 335, p. 105.
[430] GIORGINI (C.-G.), *op. cit.*, n° 407 et n° 410.
[431] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *op. cit.*, n° 96.
[432] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 211.
[433] PETEL (Ph.), « Les nouveaux critères d'ouverture (aspects juridiques) », *Dr. et patr.*, Déc. 2009, n° 187, p. 5.
[434] T. com. Nanterre, 30 nov. 2009, aff. Thomson : *JCP E* 2009, Actu. 604, note LEBEL (C.) ; *Rev. proc. coll.*, 2010, n° 49, note SAINTOURENS (B.).
[435] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, *op. cit.*, n° 428.
[436] SAINT-ALARY-HOUIN, « L'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. Proc. coll.*, 2008/2, p. 85 s., n° 7.
[437] C. com., art. R. 621-1.
[438] JACQUEMONT (A.), BORGA (B.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 214.

une difficulté que ne peut surmonter seule la société-mère[439]. Ces nouvelles conditions d'ouverture[440], plus souples que celles prévues par la législation antérieure à l'ordonnance de 2008, puisqu'il n'est plus nécessaire de démontrer que les difficultés sont de nature à conduire le débiteur à la cessation des paiements, facilite la demande d'ouverture du débiteur et incite les tribunaux à admettre plus facilement l'ouverture d'une procédure de sauvegarde[441].

152. La loi de modernisation de la justice du XXIe siècle[442] a ajouté un troisième alinéa à l'article L. 621-1 du Code de commerce pour préciser que « lorsque la situation du débiteur ne fait pas apparaître de difficulté qu'il ne serait pas en mesure de surmonter, le tribunal invite celui-ci à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation au président du tribunal ». Le tribunal peut donc désormais réorienter le débiteur vers la conciliation s'il ne constate pas de difficulté que le débiteur ne peut surmonter. C'est là établir une « passerelle »[443] entre les procédures préventives et favoriser la procédure la moins lourde lorsque le débiteur a encore des ressources[444]. Cette disposition offre une alternative aux tribunaux qui étaient peu enclins à freiner une démarche d'anticipation en rejetant une demande d'ouverture de sauvegarde.[445]

153. Ainsi, si le débiteur n'est pas en cessation des paiements et fait état de difficultés avérées et non simplement prévisibles, un choix stratégique entre la conciliation et la sauvegarde s'offre à lui[446]. À condition de justifier de « difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »[447], le débiteur pourrait préférer le traitement judiciaire de ses difficultés en demandant l'ouverture d'une sauvegarde[448], au traitement amiable. Et, puisque l'ensemble des procédures préventives est d'origine volontaire, le choix du débiteur pourra tenir compte de la façon dont il entend gérer ses difficultés[449]. Du choix entre le judiciaire et l'amiable dépend les moyens d'action offerts au débiteur pour traiter ses difficultés : la confidentialité ou la contrainte collective.

---

[439] T. com. Bordeaux, 18 déc. 2013, RG n°2013G00044 ; SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Chronique de jurisprudence locale de droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. coll*., juill. 2015, n° 4, chron. 1.
[440] C. com., art. L. 620-1.
[441] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *op. cit.*, n° 211.
[442] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXIe siècle.
[443] SAINTOURENS (B.), « Invitation à demander une conciliation lors d'une demande d'ouverture d'une sauvegarde », *Rev. proc. coll*., 2017-2, comm. 17.
[444] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 211.
[445] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 223.331.
[446] VALDMAN (D.), « Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises », *Gaz. Proc. coll.*, 2008/1, p. 14.
[447] C. com., art. L. 620-1.
[448] La sauvegarde est une procédure judiciaire soumise à des règles contraignantes, mais dont l'ouverture est demandée volontairement par le débiteur.
[449] ROLAIN (M.), « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA*, déc. 2014, n° 251 p. 7.

2°) L'option entre la confidentialité et la discipline collective

154. Les éléments qui distinguent réellement la prévention amiable de la prévention judiciaire sont la confidentialité et la discipline collective attachées respectivement à l'une et à l'autre. Contrairement à la procédure de sauvegarde dont le jugement d'ouverture est publié, le mandat *ad hoc* et la conciliation sont soumis à la confidentialité. Seule l'homologation de l'accord de conciliation donnera lieu à publication. En revanche, la sauvegarde offre au débiteur un outil dont il ne dispose pas en conciliation et mandat *ad hoc* qui sont les règles de la discipline collective. Effectivement, bien qu'en conciliation le débiteur puisse demander au président du tribunal de faire application de délais de grâce pour suspendre l'exigibilité des créances, il n'y est pas attaché de caractère automatique, obligatoire et collectif[450].

155. **L'efficacité des outils offerts par les mesures amiables**. La confidentialité attachée aux mesures amiables constitue un atout majeur[451] pour le débiteur soucieux de ne pas écorner son image dans le monde des affaires. Elle se traduit par une obligation de confidentialité imposée à « toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance »[452]. Elle emporte l'interdiction de divulguer des informations relatives à la procédure, ce qui inclut les tiers à la procédure, comme des journalistes[453]. La confidentialité participe alors à l'efficacité de la mesure puisqu'elle fait obstacle au risque de divulgation des difficultés qui dissuaderait le débiteur de recourir à la procédure, ou qui compromettrait le succès de la négociation, voire la pérennité de l'entreprise[454]. En se tournant vers les procédures amiables, le débiteur favorise la sauvegarde de l'image de son entreprise grâce à l'obligation de confidentialité imposée par l'article L. 611-15 du Code de commerce. Le choix de la prévention amiable est le choix de préserver la confiance des partenaires contractuels du fait de sa confidentialité[455].

156. **Une discipline collective imposée aux créanciers**. En demandant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, et à condition qu'elle soit ordonnée par le tribunal, le débiteur soumet

[450] Sur ce point, cf. n° 136.
[451] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Mandat ad hoc et conciliation : un fragile équilibre à préserver », *BJE*, nov. 2015, n° 6, p. 345. La confidentialité est un atout majeur pour les débiteurs.
[452] C. com., art. L. 611-15, précise que « toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ».
[453] Cass. com. 15 déc. 2015, n° 14-11.500 ; *D.*, 2016, actu. 5, note LIENHARD (A.) ; *JCP E* 2016. 1085, note STEFANIA (M.) ; *Rev. Proc. coll.*, 2016, comm. 1, note DELATTRE (Ch.) ; *Rev. Sociétés*, 2016. 193, note ROUSSEL GALLE (Ph.).
[454] TEBOUL (G.), « La confidentialité de la prévention : absolue ou à géométrie variable ? », *Gaz. Pal.*, 3 mars 2020, n° 09, p. 15 ; DELATTRE (Ch.), « La levée de la confidentialité : pour quoi faire ? (ou la levée des tabous) », *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2018, étude 26.
[455] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 141.212.

ses créanciers aux règles de la discipline collective. Par l'exercice de sa seule volonté, sans que l'entreprise soit en cessation des paiements, le dirigeant peut obtenir l'application de règles contraignantes. Ceci fait de la procédure de sauvegarde une procédure originale au sein du droit des entreprises en difficulté. L'ouverture d'une sauvegarde place les créanciers dans une situation identique à celle de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire[456] puisqu'ils se verront imposer sans que leur accord ne soit requis, l'interdiction du paiement des créances antérieures[457], des inscriptions des privilèges et garanties[458], l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution[459], ainsi que du cours des intérêts des créances à moins d'un an[460] et les contrats en cours seront poursuivis de plein droit[461]. Ils subiront aussi les effets du principe d'égalité des créanciers et les délais uniformes de paiement[462] qui pourront être décidés dans le jugement arrêtant le plan de sauvegarde.

157. Cette discipline collective imposée aux créanciers a pour but de favoriser la poursuite de l'activité de l'entreprise en interdisant les actes qui pourraient compromettre son sauvetage. Ces règles, contraignantes pour les créanciers, font jouer à la période d'observation « son rôle de poumon financier artificiel »[463] en permettant au débiteur de réorganiser sa trésorerie. L'ouverture d'une sauvegarde emportant un gel immédiat du passif antérieur[464], elle se trouvera spécialement adaptée si l'entreprise sait ne pouvoir faire face à une importante échéance à venir[465]. Les règles de la discipline collective présentent un avantage majeur pour le débiteur, et le fait qu'il ne soit pas en cessation des paiements en fait une « faveur extraordinaire »[466], un « avantage d'autant plus précieux » [467], puisque le débiteur pourra obtenir le droit de ne pas payer ses créanciers alors même qu'il aurait la trésorerie nécessaire. L'ouverture d'une sauvegarde devient « un choix de gestion de l'entrepreneur dont les créanciers n'ont guère le

[456] DIESBECQ (A.), « La prise de risque confrontée au traitement des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal*., 20 déc. 2014, n° 354, p. 10.
[457] C. com., art. L. 622-7.
[458] C. com., art. L.622-30.
[459] C. com., art. L.622-21.
[460] C. com., art. L.622-28.
[461] C. com., art. L.622-13, I.
[462] C. com., art. L .626-18, al. 4.
[463] VALLANSAN (J.) « Situations des créanciers – Arrêt des poursuites individuelles », *J.-Cl. Com*., fasc. 2355, 2016, n° 3.
[464] C. com., art. L. 622-21.
[465] VALDMAN (D.), « Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises », *Gaz. Proc. coll*., 2008/1, p. 14.
[466] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *Entreprises en difficulté, op. cit*., 2022, n° 960.
[467] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 621.092.

moyen de contester la légitimité, du moins dès qu'existent des difficultés propres à justifier l'ouverture de la procédure collective »[468].

B- L'avantage du débiteur lors des négociations

158. Au sein du droit des entreprises en difficulté, se développent des solutions négociées à tous les niveaux. C'est ce qui est appelé « la contractualisation du droit des entreprises en difficulté »[469]. Avec la consécration de la procédure de sauvegarde accélérée, nous passons d'une opposition du traitement amiable et du traitement judiciaire à leur combinaison[470]. La sauvegarde accélérée peut être le moyen de passer outre les désaccords de certains créanciers. L'instauration de classes de parties affectées[471] au sein de la sauvegarde participe d'un phénomène de renforcement du caractère consensuel de la procédure[472] en corrigeant le défaut d'intérêt commun qui existait au sein des comités des créanciers[473]. Néanmoins, à défaut d'un consensus minimal entre les parties affectées, la sauvegarde donnera suite à un redressement judiciaire au sein duquel le tribunal pourra imposer des délais uniformes. Si l'instauration des classes de créanciers apparaît comme un renforcement des droits des créanciers[474], la discipline collective demeure une arme que le débiteur peut brandir afin de favoriser des accords de la part de ses créanciers en conciliation (1°) comme en sauvegarde (2°).

1°) La pression exercée sur les négociations de la conciliation

159. **Le passage de l'amiable au judiciaire à l'initiative du débiteur**. Les mesures préventives sont toujours ouvertes à l'initiative du débiteur, et le choix pour une procédure amiable n'empêche pas par la suite de demander l'ouverture d'une sauvegarde à condition d'en remplir les conditions d'ouverture. Donc, l'ouverture d'une conciliation ne fait pas obstacle à ce qu'en cas d'échec, le débiteur demande l'ouverture d'une sauvegarde à condition qu'il ne

---

[468] LUCAS (F.-X.), « Les nouveaux risques, colloque Entreprise et patrimoine », *Gaz. Pal.*, 19 mai 2011, n° 139, p. 57.
[469] MENJUCQ (M.), « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté (Table ronde*) », Rev. bimestrielle, Lexisnexis, J-Cl.*, mai-juin 2015, p. 99.
[470] BERNARD (E.), MAUNAND (P.) et MORELLI (N.), « Le choix du dirigeant : la diversité des instruments », *Rev. proc. coll.*, Juill./aout 2016, doss. 23.
[471] Aux termes de L. 626-30 C. com, les parties affectées sont les créanciers dont les droits sont directement affectés par le projet de plan et les « détenteurs de capital » dont les droits sont modifiés par le plan.
[472] DAMMANN (R.), « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *D.*, 2021, p. 1931.
[473] MARTIN-SERF (A.), « Le pouvoir retrouvé des créanciers sur l'issue de la procédure ? », *in Le droit des entreprises en difficulté de 1985 à 2025 une recherche de meilleurs équilibres*, 44e colloque de l'association Droit et Commerce, 25 et 26 mars 2022, Deauville, *Gaz. Pal.*, n° H.S., 28 juin 2022, p. 27.
[474] *Ibid.*

soit pas en cessation des paiements[475]. Ce passage de l'amiable au judiciaire réalisé à la demande du débiteur interroge sur la réalité du caractère « négocié » de l'accord de conciliation lorsque le débiteur usera de son droit de demander une sauvegarde comme d'un instrument de pression pour faire aboutir les négociations[476]. La menace d'ouverture d'une sauvegarde avec la discipline collective qu'elle instaure, pourrait être utilisée pour contraindre les créanciers à plus de flexibilité contractuelle[477] lors de la recherche d'un accord amiable.

160. **La consécration de la procédure de sauvegarde accélérée**. Des techniques se sont développées dans la pratique[478] avant de recevoir une consécration législative et empruntent finalement les avantages du système amiable et du système judiciaire. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a fait de la procédure de sauvegarde accélérée le cadre de restructuration préventif souhaité par la directive européenne. Si elle a été retouchée avec la réforme, cette procédure a toujours pour objet de passer outre le refus de certains créanciers de conclure un accord amiable dans le cadre d'une procédure de conciliation[479] en permettant de pré-négocier un accord dans le cadre d'une conciliation pour le faire adopter rapidement[480] en tant que plan par un vote majoritaire des classes de parties affectées, ou à défaut, par l'application du mécanisme d'application forcée interclasses. Le passage de la conciliation à la sauvegarde accélérée est de la seule initiative du débiteur[481], à condition néanmoins qu'il justifie d'un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisant des parties affectées[482].

---

[475] C. com., art. L. 621-1, al. 4.

[476] 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.

[477] MENJUCQ (M.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n° 3, p. 201.

[478] Affaire Thomson, T. com. Nanterre, 30 nov. 2009 : *D.*, 2009, 29, note LIENHARD (A.) ; GRELON (B.), « L'affaire Thomson : la loi à l'épreuve de la finance », *Rev. Sociétés*, juin 2010, p. 244 ; « L'arrêt Technicolor : entre rigueur et impuissance », *Rev. Sociétés*, 2011, p. 239 ; CA Versailles, 13e ch., 18 nov. 2010, n°10/01433, *Rev. proc. coll.*, 2011, comm. 41, note FRAIMOUT (J.-J.) ; Cass. Com, 21 fév. 2012, n° 11-11693, *Rev. proc. coll.*, 2012, comm. 82, note FRAIMOUT (J.-J.) ; et affaire Audiodistribution : COURTIER (R.) et LAURENT (N.), « Analyse de l'opération Audiodistribution : premier *pre-pack* à la française », *CDE*, sept.-oct. 2009, p. 20.

[479] Sur le projet de création de l'ancienne sauvegarde financière accélérée : DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), « Sauvegarde financière express : Vers une consécration législative du « prepack à la française ? », *D.*, 2010, pt. 2005 ; LIENHARD (A.), « Nouvelle réforme de la procédure de sauvegarde en vue », *D.*, 2010, p. 1864 et « Sauvegarde financière accélérée. Le projet devient réalité », *D.*, 2010, actu. 2224.

[480] Le plan de sauvegarde accélérée doit être adopté dans un délai de deux mois (éventuellement prorogé à quatre mois). V. C. com., art. L. 628-8.

[481] C. com, art. L. 628-1. Les sauvegardes accélérées et sauvegardes financières accélérées sont, comme la sauvegarde, des procédures dont l'ouverture ne peut être que de l'initiative du débiteur

[482] C. com, art. L. 628-1, al. 2.

161. En principe réservées à des entreprises de taille importante dépassant certains seuils[483], les sauvegardes accélérées ont été ouvertes temporairement à l'ensemble des entreprises qui présentent des comptes fiables, pour les procédures ouvertes du 22 mai 2020[484] à la date de l'ordonnance transposant la directive UE dite insolvabilité[485]. Cette mesure prise pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire était déjà préconisée par certains auteurs qui souhaitaient que ces procédures soient largement accessibles et notamment aux PME[486]. Cette dernière a été pérennisée par l'ordonnance de 2021 qui a fait de la procédure de sauvegarde accélérée, une procédure ouverte à toutes les entreprises. L'élargissement du champ de la sauvegarde accélérée « apparaît comme un nouveau levier dans la boîte à outils à disposition du débiteur en difficulté »[487].

162. **Une solution à l'échec de la méthode de la négociation**. La sauvegarde accélérée repose sur une base contractuelle trouvée dans la conciliation précédente tout en ayant une nature judiciaire[488]. L'accord de conciliation est soumis à la règle de l'unanimité des voix, tous les créanciers doivent avoir consenti à l'accord. Mais si des créanciers minoritaires sont récalcitrants et bloquent le vote de l'accord, le passage en sauvegarde accélérée permettra de soumettre l'adoption du plan au vote de la majorité des deux tiers dans le cadre des classes des parties affectées. « La conciliation et une procédure collective constituent alors deux maillons agencés pour traiter les difficultés de l'entreprise, la première n'étant qu'une étape préparatoire de la seconde »[489]. Le dispositif de sauvegarde accélérée donne au débiteur un instrument supplémentaire pour gérer ses difficultés en lui permettant de passer outre l'échec d'une conciliation pour obtenir des aménagements de la part de ses créanciers[490]. Le débiteur qui recourt à la prévention amiable a les moyens de faire tomber la règle de l'unanimité au profit de la règle de la majorité des deux tiers pour obtenir des sacrifices de la part des créanciers. Toutefois, comme nous l'avons déjà souligné, la possibilité de recourir à une procédure collective a un effet dissuasif sur les minoritaires qui savent que leur opposition à l'accord dans

[483] Seuils imposés par l'article L. 628-1, C. com.
[484] Art. 3, Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020.
[485] Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019.
[486] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La généralisation de la SFA ? », *Rev. Proc. coll.*, janv-févr. 2014, art. 11, p. 105.
[487] MONTERAN (T.), « La conciliation et la sauvegarde accélérée dans les ordonnances Covid-19 », *Gaz. Pal.*, 13 juill. 2020, n° 26, p. 68.
[488] PODEUR (G.), « Accords de conciliation et plans de sauvegarde – Les restructurations de dettes au confluent du contractuel et du judiciaire », *D.*, 2017, étude 1430.
[489] THULLIER (B.), « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille, mais toujours plus proche des procédures collectives », *BJE* n° 3, mai 2014, p. 174.
[490] En ce sens, LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives, op.cit.*, n° 225.091. Ces procédures accélérées apparaissent alors comme une issue à l'échec d'une conciliation à cause d'une minorité de créanciers récalcitrants.

le cadre de la conciliation pourra être déjouée facilement dans le cadre des sauvegardes, auxquelles le débiteur ne sera pas tellement dissuadé de recourir du fait de leur attractivité. C'est pourquoi en pratique, peu de sauvegardes accélérées sont ouvertes[491].

163. **Les conditions d'ouverture d'une conciliation pour exercer la méthode contraignante de la sauvegarde**. Par les ponts dressés entre l'amiable et le judiciaire[492], le débiteur même en cessation des paiements[493] peut soumettre les créanciers à des règles contraignantes, puisqu'il suffira qu'il se place en conciliation pour se retrouver en sauvegarde[494]. L'ordonnance de 2014[495] donne la possibilité au débiteur dont la procédure de conciliation échoue, de demander l'ouverture d'une sauvegarde accélérée s'il remplit les conditions économiques d'ouverture d'une conciliation, ainsi que les conditions particulières d'accès à la sauvegarde accélérée. Le débiteur peut donc être en état de cessation des paiements depuis éventuellement plus d'un semestre[496], et l'article L. 628-1 al. 4 du Code de commerce prévoit que l'apparition de la cessation des paiements pendant la sauvegarde accélérée n'est pas incompatible avec cette procédure, « sinon le texte conduirait à une situation illogique »[497]. Le débiteur pourrait donc bénéficier des règles avantageuses qui entourent la sauvegarde, alors même qu'il serait en état de cessation des paiements.

164. Le Professeur Le Corre doute que cette solution soit de bonne politique législative[498], car elle accrédite l'idée qu'il n'est plus nécessaire d'anticiper pour être placé sous sauvegarde puisque par le biais de la sauvegarde accélérée, on peut être en cessation des paiements. Toutefois, les textes[499] prévoient que le ministère public pourra demander au tribunal de mettre fin à la sauvegarde accélérée si la date de cessation des paiements apparaît antérieure à quarante-cinq jours au moment de l'ouverture de la conciliation. Dans cette hypothèse-là, le débiteur

[491] MONTERAN (T.), « La conciliation et la sauvegarde accélérée dans les ordonnances Covid-19 », *Gaz. Pal*., 13 juill. 2020, n° 26, p. 68.
[492] BERNARD, MAUNAND et MORELLI, « Le choix du dirigeant : la diversité des instruments », *Rev. Proc. coll*., Juill./aout 2016, doss. 23.
[493] C. com, art. L. 628-1. En effet, l'état de cessation des paiements peut durer éventuellement depuis cinq mois (soit la durée de la conciliation) en plus des 45 jours (délai pendant lequel il est possible d'être en état de cessation des paiements tout en bénéficiant de la sauvegarde).
[494] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op.cit*., n° 224.141.
[495] Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.
[496] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 143.221.
[497] ROSSI (P.), « Avant-Propos », in Doss. « Prévention et procédures collectives : nouvelle réforme ! », *BJE* n° 3, mai 2014, p. 170.
[498] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 224.141.
[499] C. com, art. L. 628-5.

n'avait pas le droit à l'ouverture de la conciliation et donc n'a pas droit à la sauvegarde accélérée qui y a fait suite[500].

2°) La menace de la contrainte pour favoriser un consensus en sauvegarde

165. **Le souhait de solutions consensuelles avec les créanciers.** Afin d'aboutir à un plan de sauvegarde qui respecte au mieux les intérêts du débiteur comme des créanciers[501], la loi de sauvegarde incite le débiteur et les créanciers à trouver des solutions consensuelles[502]. C'est dans cette ligne que s'inscrivent les classes de parties affectées, innovation majeure qui découle de la transposition de la directive « restructuration et insolvabilité »[503]. Ces parties affectées sont les parties dont les droits sont directement affectés par le plan de restructuration[504], donc les créanciers ou actionnaires lorsque leurs droits, leurs statuts ou leurs participations sont affectés par le projet de plan. Si la constitution de ces classes est soumise à des conditions de seuils[505] en sauvegarde et redressement judiciaire, le débiteur peut tout même en demander la réunion bien qu'il ne remplisse pas ses seuils[506]. En revanche, la constitution de ces classes est obligatoire dans le cadre de la sauvegarde accélérée sans condition de seuils[507].

166. Pour favoriser l'émergence d'un plan de sauvegarde le plus consensuel possible, chaque classe est amenée à voter sur le projet de plan, lorsqu'un accord n'a pas été encore approuvé par la classe, à la majorité des deux tiers des voix détenues par les membres ayant exprimé un vote. Mais, contrairement aux anciens comités de créanciers qui avaient obtenu la possibilité de proposer un plan concurrent à celui du débiteur[508], les classes de parties affectées n'ont pas le pouvoir, en sauvegarde, de proposer un projet de plan alternatif à celui proposé par le débiteur, avec le concours de l'administrateur[509]. Le projet de plan sur lequel sont amenées à voter les classes peut prévoir, à l'exception des créances garanties par privilège de *new money*[510] et de *post-money*[511], des délais de paiements, des remises, et des conversions de créances en

[500] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 224.141.
[501] ROLAIN (M.), « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA*, déc. 2014, n° 251, p. 7.
[502] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 914 ; ROLAIN (M.), *art. cit.*, *LPA*, déc. 2014, n° 251 p. 7.
[503] Transposition opérée par l'ord. n° 2021-1193 du 15 sept. 2021.
[504] C. com., art. L. 626-30.
[505] C. com, art. R. 626-52.
[506] C. com, art. L. 626-29.
[507] C. com, art. art. L. 628-4.
[508] Le plan proposé par un ou des créanciers membres d'un comité fera l'objet d'un rapport de l'administrateur. Voir FRAIMOUT (J.-J.), « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Rev. proc. coll.*, 2014-2, doss. 19.
[509] C. com, art. L. 626-30-2.
[510] V. C. com, art., L. 611-11.
[511] C. com, art. L. 622-17, III, 3° et L. 626-10.

titres donnant accès au capital lorsque le débiteur est une société par actions à responsabilité limitée[512].

167. Une fois le plan adopté par les classes de créanciers, le tribunal, pour le valider, doit vérifier certaines conditions. Le plan doit notamment respecter la règle de l'égalité de traitement au sein d'une même classe de parties affectées et de traitement proportionnel à leur créance et à leur droit[513]. Si certaines parties affectées ont voté contre le plan, le tribunal doit vérifier qu'il est conforme au critère du meilleur intérêt des parties affectées[514], ce qui implique de constater que cette partie n'est pas, en vertu de ce plan, dans une situation moins favorable qu'en cas de liquidation judiciaire ou de cession de l'entreprise. En tout état de cause, le tribunal ne peut pas dans ce cadre imposer des mesures aux créanciers en cas d'absence d'accord des classes. Sous la législation des comités de créanciers, si aucune solution consensuelle n'émergeait, le débiteur pouvait se passer de tout accord des créanciers en sollicitant du tribunal un plan imposé prévoyant des délais uniformes de paiement sur une période au plus égale à dix ans[515]. Le débiteur peut désormais demander au tribunal d'imposer le plan aux classes qui ont voté contre ce projet, mais ce mécanisme forcé interclasses[516], ce « *cross-class cram-down* », ne peut être réalisé si aucune classe de parties affectées « principales » n'a consenti au plan. C'est pourquoi, le texte prévoit que pour pouvoir être imposé aux autres classes, il doit avoir été approuvé par une majorité de classes à condition qu'au moins une de ses classes soit une classe de créanciers titulaires de sûretés réelles ou ait un rang supérieur à celui de la classe des créanciers chirographaires. Si ce n'est pas le cas, il doit avoir été approuvé par au moins une des classes autres qu'une classe détenteur de capital ou toute autre classe qui dans le cadre d'une liquidation et en suivant l'ordre des paiements n'aurait eu droit à aucun paiement. Ce mécanisme, soumis à l'accord du débiteur en sauvegarde, permet de favoriser les votes des classes plutôt minoritaires pour le plan sachant que leur opposition pourra être neutralisée par l'application du mécanisme forcé interclasses.

168. Ainsi, faute d'un consensus, *a minima*, entre le débiteur et ses principaux créanciers, aucun plan de sauvegarde ne pourra être adopté et imposé par le tribunal. Le débiteur et ses principaux créanciers ont alors intérêt à trouver un accord en sauvegarde, faute de quoi la

[512] C. com, art. L. 626-30-2, al. 2.
[513] C. com, art. L. 626-31, 2°.
[514] C. com, art. L. 626-31, 4°.
[515] Prévu par C. com., art. L. 626-18. V. BERNARD, MAUNAND et MORELLI, « Le choix du dirigeant : la diversité des instruments », *Rev. proc. coll.*, Juill./août 2016, doss. 23.
[516] C. com., Art. L. 626-32.

sauvegarde devra être convertie en redressement judiciaire[517]. Le « redressement judiciaire est amené à jouer le rôle d'une « procédure repoussoir » »[518]. Au sein de la procédure de redressement judiciaire, le tribunal recouvre son pouvoir d'imposer des délais de paiement uniformes sur dix ans. Ainsi, le débiteur peut être à l'origine du plan et l'imposer à condition toutefois d'obtenir l'accord de ses principaux créanciers, lesquels y seront incités en raison de la menace d'ouverture d'un redressement judiciaire si un accord minimal n'était pas trouvé.

169. Mais pour la plupart des débiteurs qui recourront à la sauvegarde de droit commun, il n'y aura pas de constitution des classes et les créanciers seront amenés à se prononcer individuellement sur les propositions qui leur seront faites[519]. Dans cette hypothèse, ce qui peut les inciter à consentir des efforts n'est pas la menace de l'application forcée interclasses du plan, mais directement celle que le tribunal impose des délais uniformes de paiement[520]. Toutefois, certains considèrent le système des classes des parties affectées comme « un dispositif expérimental » qui a vocation à « être testé auprès des entreprises de taille importante avant d'être généralisé s'il donne satisfaction »[521].

170. Pour conclure, lorsque le débiteur justifie de difficultés avérées, sans être toutefois en état de cessation des paiements, il est susceptible de s'orienter vers la prévention amiable ou la prévention judiciaire. Ces modes de traitement présentent des avantages différents que sont la confidentialité pour le traitement amiable, et la contrainte de la discipline collective pour le traitement préventif judiciaire. Le débiteur a globalement le choix des outils pour gérer ses difficultés et les liens qui sont tissés entre les procédures amiables et judiciaires rendent le débiteur capable de « combiner » les outils de chaque système pour parvenir à traiter au mieux ses difficultés. Dans le cadre amiable, l'arme de la discipline collective peut être « instrumentalisée » par le débiteur pour obtenir un accord confidentiel. Et, il pourra en être fait usage afin de contrecarrer la règle de l'unanimité qui préside à l'obtention d'un accord amiable. En sauvegarde, le débiteur peut solliciter une intervention de la contrainte judiciaire pour favoriser l'adoption d'un plan consensuel que ce soit par l'application du mécanisme forcé interclasses ou par l'imposition de délais de paiement uniformes.

---

[517] C. com., art. L. 622-10, al. 2 ; DAMMANN (R.), « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *D.,* 2021, p. 1931.
[518] *Ibid*.
[519] C. com., art. L. 626-5 et L. 626-6.
[520] C. com., art. L. 626-18 : Le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an. Le montant de chacune des annuités prévues par le plan, à compter de la troisième, ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises « et, à compter de la sixième année, à 10 % », sauf dans le cas d'une exploitation agricole.
[521] POUJADE (H.), « La réforme des plans de restructuration », *RTD Com.*, 2021, p. 929.

Conclusion de la section

171. La volonté du débiteur est placée au cœur des mesures préventives. Il est maître de la gestion de ses difficultés en ayant prise à la fois sur l'ouverture de ces procédures et sur leurs issues. C'est l'anticipation du débiteur qui demande l'ouverture d'une procédure préventive tant qu'il en est encore temps, qui va lui assurer d'avoir une certaine maîtrise sur la gestion de ses difficultés. Le dirigeant est même incité à élaborer de véritables stratégies procédurales pour traiter les difficultés de son entreprise[522], en s'appuyant et en combinant les outils que lui offrent la prévention amiable et la prévention judiciaire, tout en bénéficiant de mesures protectrices telles que la protection des garants et l'immunité de sanctions. En réalité, c'est cette combinaison de moyens d'action du débiteur avec la protection que lui garantissent les mesures préventives, qui lui octroie un contrôle important sur ces procédures. La protection dont il bénéficie lui permet de gérer ses difficultés pleinement sans avoir à craindre d'être poursuivi.

Section 2 : L'impact de la volonté du débiteur sur les procédures curatives

172. Au stade du redressement judiciaire et de la liquidation, « il n'est plus question de liberté d'appréciation »[523], car il s'agit de traiter une difficulté avérée et non plus de prévenir. Ces procédures sont largement sous contrôle du tribunal, et le débiteur n'a alors plus de prise directe sur le traitement de ses difficultés. Leur ouverture devient obligatoire dès lors que l'entreprise connaît un état de cessation des paiements supérieur à quarante-cinq jours et n'a pas demandé de conciliation. En effet, en deçà, le débiteur peut encore choisir de recourir à une procédure de conciliation plutôt qu'à un redressement ou liquidation judiciaires. Dans ces circonstances, le débiteur qui se sait en état de cessation des paiements, mais qui ne demande pas l'ouverture d'une conciliation tant qu'il en est encore temps, peut apparaître comme effectuant un choix de gestion. Si c'est évidemment loin d'être toujours le cas en pratique, il n'en demeure pas moins que le législateur ouvre et donne cette possibilité au débiteur. L'application de la contrainte des procédures curatives au débiteur peut être le résultat d'une forme d'acceptation de sa part (§1). Si malgré l'atteinte à ses pouvoirs qu'engendre l'ouverture d'une procédure curative, le débiteur n'est pas incité à demander une conciliation, c'est qu'il pourrait choisir de retirer autre chose des mesures curatives, qu'il aspire à la mise en place de mesures drastiques de sauvetage : sauvetage de l'entreprise concernant le redressement et la cession, et sauvetage de l'homme par la liquidation judiciaire (§2).

[522] BERNARD (E.), MAUNAND (P.) et MORELLI (N.), *art. cit.*, *Rev. proc. coll.*, Juill./aout 2016, doss. 23.
[523] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 246.

§1- L'acceptation par le débiteur de la contrainte des procédures curatives

173. Le droit des entreprises en difficulté est composé d'une succession de procédures hiérarchisées selon le stade des difficultés rencontrées par l'entreprise. Quand le stade des procédures curatives est atteint, la situation dans laquelle se trouve l'entreprise justifie que les pouvoirs du débiteur soient restreints au profit des organes de la procédure, jugés alors plus à même de prendre en charge le traitement de l'entreprise. Ce stade est matérialisé par un état de cessation des paiements. Mais les entreprises qui sont en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours peuvent avoir recours à une conciliation et y sont même incitées. Dans ce contexte, l'ouverture d'une procédure curative pourrait résulter d'un choix du débiteur, celui de ne pas anticiper (A), bien que cela restreigne considérablement son pouvoir de gestion (B).

A- Le lien entre le défaut d'anticipation et la maîtrise de la procédure.

174. Les procédures de redressement et de liquidation judiciaire sont ouvertes aux entreprises qui sont en état de cessation des paiements. Lorsque le débiteur atteint cet état, la loi le met dans l'obligation de déclarer la cessation des paiements dans les quarante-cinq jours à condition qu'il n'ait pas demandé entre temps l'ouverture d'une conciliation[524]. Passé le délai des quarante-cinq jours, le débiteur n'a plus le choix, il est obligé de recourir à une procédure curative. Le défaut d'anticipation du débiteur (1°) lui fait alors perdre tout contrôle sur l'ouverture d'une procédure curative (2°).

1°) Le « choix » de ne pas anticiper les difficultés

175. **Le pouvoir du débiteur en cessation des paiements : le recours à la conciliation**. Lorsque le débiteur se trouve dans l'obligation de déclarer la cessation des paiements, c'est en général parce qu'il n'a pas su, ou n'a pas pu, user des outils de prévention. Les procédures du droit des entreprises en difficulté constituent un ensemble hiérarchisé et de plus en plus, la prévention semble constituer une étape préalable aux mesures de traitement. S'il appartient au débiteur de demander l'ouverture d'un redressement judiciaire au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements[525], ce n'est qu'à condition qu'il n'ait pas demandé pendant ce délai, l'ouverture d'une conciliation, laquelle, nous le rappelons, peut être

[524] C. com., art. L. 631-4.
[525] C. com., art., L. 631-4, al. 1.

ouverte alors tant que la cessation des paiements ne dure pas depuis plus de quarante-cinq jours. Ainsi, même si le débiteur n'a pas été en mesure d'anticiper ses difficultés avant qu'elles ne deviennent avérées, il dispose encore d'une « véritable option » [526] en demandant l'ouverture d'une conciliation.

176. Du fait de l'agencement des diverses procédures et du caractère volontaire des mesures préventives, l'ouverture d'une procédure curative peut apparaître comme une conséquence de l'inertie du dirigeant face aux difficultés de son entreprise. Pratiquement, le débiteur ne sera pas toujours en mesure d'anticiper la survenance d'un état de cessation des paiements et donc de gérer ses difficultés par l'utilisation des mesures préventives. Tel peut être le cas notamment en cas de crise économique imprévisible. C'est pourquoi les ordonnances prises à l'occasion de la crise sanitaire démontrent une volonté de faciliter la prévention des difficultés, en assouplissant les conditions de la conciliation pour inciter les débiteurs à « gérer » les difficultés avant qu'ils ne soient plus en mesure d'agir sur elles. L'idée selon laquelle le débiteur doit disposer d'outils pour gérer ses difficultés et que la contrainte des mesures curatives n'ait qu'une vocation subsidiaire en cas d'inertie du dirigeant devient de plus en plus prégnante.

177. **Le défaut d'anticipation : une faute du débiteur ?** C'est pourquoi la question de savoir si l'absence de recours aux mesures préventives peut être fautive se pose de plus en plus. L'article L. 653-8, al. 3 du Code de commerce fait apparaître l'omission de demander l'ouverture d'une procédure de conciliation comme une faute puisqu'elle justifie une mesure d'interdiction prononcée par le tribunal[527]. Selon certains, les mesures préventives auraient un « caractère alternatif et non facultatif »[528], ce qui impliquerait alors que le débiteur ne serait pas libre de ne pas y avoir recours. Confronté aux difficultés de son entreprise et face au panel des procédures qui lui sont offertes, le dirigeant doit « faire un choix stratégique »[529] dans l'intérêt de son entreprise et agir[530]. Qu'il ne soit pas en cessation des paiements ou qu'il y soit depuis moins de quarante-cinq jours, la conciliation apparaît comme une alternative au redressement judiciaire. C'est suivant cette conception que la jurisprudence parvient à faire le lien entre la

[526] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 247.
[527] Effectivement, la loi prévoit qu'une interdiction de gérer peut « être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1, C. com., qui a omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation ».
[528] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll.*, n° 1, Janv. 2014, doss. 5.
[529] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « Défaillance d'entreprise : le risque avéré » in *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique*, NURIT-PONTIER (L.) et ROUSSEAU (S.) (dir.), LGDJ, 2012, p. 350.
[530] DELATTRE (Ch.), « La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de ses responsabilités ? », *Rev. proc. coll.*, 2012, alerte 25.

prévention et les sanctions. Elle juge alors juste la sanction infligée au dirigeant dans la mesure où celui-ci n'avait jamais demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation[531], ou aggrave sa sanction, raison prise entre autres, d'absence de tentative de prévention des difficultés[532]. En outre, des juges du fond ont-ils considéré que le défaut de mise en œuvre d'une conciliation pouvait caractériser une faute de gestion susceptible de fonder une condamnation pécuniaire du dirigeant. Dans cette affaire, la cour d'appel a bien considéré que, malgré le caractère facultatif de la conciliation, ne pas y recourir peut constituer une faute de gestion illustrant la volonté du dirigeant de poursuivre une activité déficitaire[533].

2°) La perte de la maîtrise de l'ouverture de la procédure

178. **L'obligation d'ouvrir une procédure curative.** La constatation d'un état de cessation des paiements supérieur à quarante-cinq jours fait perdre au débiteur toute maîtrise sur l'ouverture d'une procédure en le faisant basculer dans un système contraignant. Effectivement, les procédures préventives lui sont désormais fermées, et il est contraint d'emprunter celles du redressement et de la liquidation judiciaires. Cette contrainte résulte de l'obligation qui lui est faite par la loi de déclarer l'état de cessation des paiements. Le non-respect de cette obligation, sans avoir par ailleurs demandé l'ouverture d'une conciliation, pourrait lui valoir d'être sanctionné par une mesure d'interdiction de gérer[534]. L'état de cessation des paiements déclaré et constaté, le débiteur se verra soumis à une procédure de redressement judiciaire ou une liquidation si le redressement de l'entreprise « est manifestement impossible »[535]. La cessation des paiements se caractérise par l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible[536]. Dès lors que cet état est avéré, la procédure devra être ouverte et ne pourra être

[531] CA Toulouse, 2e ch., 29 avr. 2009, n° 08/ 02103 : *Rev. proc. coll.*, 2009, comm. 144, DELATRE (Ch.). À l'inverse, si le dirigeant avait déposé une demande d'ouverture de conciliation, il aurait pu être absous.
[532] En l'espèce, la cour d'appel a infirmé le jugement de condamnation pécuniaire en prenant des sanctions plus lourdes aux motifs que le gérant n'a jamais procédé à la déclaration d'état de cessation des paiements, ni même pris l'initiative de demander une conciliation ou une sauvegarde puisque le tribunal n'a eu connaissance de la situation de la société que par le biais de l'assignation de lui de ces créanciers : CA Douai, ch. 2, sect. 2, 29 nov. 2012, n° 12/00803 : *Rev. proc. coll.*, 2013, comm. 171, note DELATTRE (Ch.), « Fautes de gestion: défaut de mise en œuvre des mesures de prévention »; MACORIG-VENIER (F.), « Défaut de mise en œuvre des mesures de prévention et faute de gestion », *RTD com.*, 2013, p. 334.
[533] CA Douai, 2e ch., 1re sect., 4 déc. 2013, n° 12/05585 : DELATTRE (Ch.) « L'absence de recours à une mesure de prévention peut-être une faute de gestion », *Rev. proc. coll.*, 2014, comm. 148.
[534] C. com., art. L. 653-8, al. 3.
[535] C. com., art. L. 640-1 ; Cass. Com., 12 mai 1998 : Bull. civ. 1998, IV, n° 152 : Le redressement manifestement impossible correspond à la situation irrémédiablement compromise, à la condition qu'elle apparaisse évidente aux juges du fond.
[536] C. com., art. L. 631-1.

refusée pour quelque motif que ce soit[537]. Ainsi, le débiteur qui ne joue pas le jeu de la prévention en atteignant un état de cessation de paiements supérieur à quarante-cinq jours, tombe dans le champ de l'obligation sanctionnée de déclarer son état et perd ainsi la maîtrise de l'ouverture d'une procédure. Toutefois, cette absence de déclaration dans les délais ne sera sanctionnée par une interdiction de gérer qu'à la condition que soit rapportée la preuve que c'est sciemment que le débiteur n'a pas déclaré son état[538].

179. **Le risque d'assignation du débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire**. L'atteinte à l'ordre public économique que manifeste l'état de cessation des paiements ouvre la voie de l'assignation en procédure du débiteur. À l'inverse des procédures préventives qui ne peuvent être ouvertes que de l'initiative du débiteur, les créanciers et le ministère public peuvent assigner le débiteur en redressement comme en liquidation[539]. En revanche, à la suite de nombreuses décisions d'inconstitutionnalité[540] de procédures fondées sur une saisine d'office du tribunal, le législateur a supprimé la plupart des saisines d'office[541]. L'ouverture de la voie de l'assignation montre que, lorsque l'état des difficultés de l'entreprise atteint un certain seuil et que le dirigeant est resté inactif, la procédure collective n'est plus seulement l'affaire des parties, mais intéresse l'ordre public. C'est pourquoi le ministère public peut s'opposer au désistement d'instance d'un créancier assignant, dès lors que l'état de cessation des paiements est caractérisé[542]. Cependant, le débiteur ne pourra être assigné en ouverture d'une procédure curative si une conciliation a déjà été ouverte[543], donc s'il a anticipé.

180. **Les exceptions : l'ouverture d'un redressement judiciaire sans cessation des paiements**. Par exception, il existe un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la procédure de redressement ou liquidation pourra être ouverte contre un débiteur, indépendamment de tout constat de son état de cessation des paiements. Ce dernier pourra exister, mais il ne constituera pas une condition d'ouverture de la procédure. Le tribunal n'aura donc pas à chercher si cet état

[537] C'est ce qui ressort de Cass. Com. 3 juillet 2012 n°11-18.026 ; *D.*, 2012, actu. 1814, obs. LIENHARD (A.) ; *BJE*, 2012. 527, note HENRY (L.-C.). Il est alors exclu de refuser l'ouverture d'une de ces procédures au motif tiré d'un détournement de cette procédure pour licencier les salariés à moindre coût, dès lors que cet état est avéré.
[538] C. com., art. L. 653-8, al. 3.
[539] C. com., art. L.631-5.
[540] Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC : Jurisdata n° 2012-028148 – Cons. Const., 7 mars 2014, n° 2013-386 QPC : JurisData n° 2014-004122 – Cons. Const. 6 juin 2014, n° 2014-399 QPC : JurisData n° 2014-012345. Le problème venait du manque de garantie entourant l'impartialité du tribunal ; GERBAY (N.), « La saisine d'office en ouverture de redressement judiciaire est inconstitutionnelle ! », *JCP G*, 14 janv. 2013, p. 50.
[541] LAPORTE (C.), « Que reste-t-il des saisines d'office ? », *Rev proc coll.*, nov. 2014, n° 6, alerte 25.
[542] T. com. Nanterre, 7e ch., 7 mars 2017, RG n°2017P00062 – T. com. Lille Métropole, 18 avr. 2017, RG n° 2016018560 : *JCP E*, 2017, 1250, note DELATTRE (Ch.).
[543] C. com., art. L.631-5, al. 1er et L.640-5, al. 1er.

est caractérisé[544]. C'est le cas notamment pour les extensions de procédures pour lesquelles l'état de cessation des paiements des structures auxquelles la procédure est étendue est indifférent[545]. En outre, l'article L. 622-10 al.3 du Code de commerce prévoit la conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire sans que le débiteur ne soit en cessation des paiements, à la demande de ce dernier ou de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou encore du ministère public. Si cette possibilité a été justifiée pour permettre la préparation d'un plan de cession en redressement judiciaire[546], elle permettrait également « de tourner les délais obligatoires de présentations des plans » en prolongeant d'une certaine façon la période d'observation[547]. Le but serait alors de faire obstacle aux poursuites individuelles des créanciers qui pourraient reprendre et à la cessation des paiements qu'elles pourraient engendrer, si le plan n'est pas présenté à l'issue de la période d'observation de la sauvegarde. Il en est de même de la technique du « prepack-cession » [548], consacrée par l'ordonnance de 2014 qui, en officialisant « liaison, voire une porosité, entre les mécanismes »[549], permet au débiteur de demander, notamment l'ouverture de procédures curatives, pour mettre en œuvre la cession préparée dans le cadre amiable[550]. Dans ces situations, et par le biais de mesures préventives, le débiteur obtient une certaine maîtrise sur l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Cela accrédite l'idée que la perte de contrôle du débiteur au sein des procédures du droit des entreprises en difficulté est le corollaire de l'absence d'action anticipée du débiteur.

B- L'atteinte au pouvoir du chef d'entreprise

181. L'absence de recours à la prévention conduit le dirigeant à une situation dont il perd le contrôle. L'état de cessation des paiements supérieur à quarante-cinq jours révèle l'absence

[544] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 221.311.
[545] Pour la fictivité : Com. 24 oct. 1995, n° 93-20.469, *Rev. Proc. coll*., 1996, p. 206, n° 12, obs. CALENDINI (C.) – Pour la confusion de patrimoines : Montpellier, 2e ch., 24 juin 2008, *Dr. Sociétés*, 2009, n° 30, note LEGROS (J.-P.).
[546] Rapport au Président de la République sur l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, JO 19 déc, Titre I, chap II-3, art. 24.
[547] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 221.371.
[548] LUCAS (F.-X.), « Vade mecum de la réforme du livre VI », *LEDEN*, déc. 2013, comm. 182, et « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, mars 2014, 111 ; VINCENT (C.), « La faillite du plan de cession (ou les incidences du prepack cession) », *D.*, 2015. 577 ; GORINS (Ch.), « Évolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective », *BJE*, mai 2015, 185.
[549] THULLIER (B.), « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille, mais toujours plus proche des procédures collectives », *BJE*, n° 3, mai 2014, p. 174.
[550] DELATTRE (Ch.) et ETIENNE-MARTIN (E.), « Prévention : le mandat ad hoc et la conciliation plus efficaces et plus accessibles », *Rev. Proc. coll*., 2014, doss. 15, n° 5.

d'action préventive du débiteur sur les difficultés de son entreprise. Si l'on considère que le défaut de demande d'ouverture de mesures préventives peut constituer une faute de gestion, l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire dévoilerait une défaillance de gestion du dirigeant qui n'a pas mis tout en œuvre pour sauvegarder les intérêts de son entreprise. Ceci expliquerait que pour le bien de son entreprise, il soit porté atteinte à ses pouvoirs de gestion. La confiance en la gestion du débiteur qui caractérise la prévention fait place à la défiance. Cette défiance vis-à-vis de la gestion du débiteur justifie le contrôle du tribunal et la présence d'organes chargés de veiller aux intérêts de l'entreprise. Le défaut d'anticipation du débiteur le conduit dans un système où il n'exercera plus ses pouvoirs de gestion librement (1°), et où la poursuite des intérêts de l'entreprise pourra mener à neutraliser totalement son influence (2°).

1°) L'altération de la liberté de gestion du débiteur

182. Le dessaisissement du débiteur est « la restriction à l'exercice de ses droits par le débiteur, en suite d'une procédure de traitement de la défaillance et au service du traitement de la défaillance »[551]. La règle du dessaisissement est en lien avec la défiance vis-à-vis du débiteur en cessation des paiements[552]. Traditionnellement, cette défiance provient du fait que la cessation des paiements est la manifestation du non-respect de la parole donnée. Le débiteur était dessaisi, car il avait commis une faute en ne payant pas ses créanciers. Aujourd'hui, le droit des entreprises en difficulté ne traite plus de la cessation des paiements sous l'angle du non-respect du contrat qui existe entre un débiteur et son créancier. Toutefois, la cessation des paiements pourrait toujours être considérée comme fautive parce qu'elle serait la manifestation du défaut d'anticipation du débiteur. Le dessaisissement du débiteur se justifierait par la défaillance de gestion que représente le défaut de recours aux mesures préventives en temps utile. Cette restriction de pouvoir du débiteur est alors proportionnelle au niveau de difficultés rencontrées par le débiteur et à la mission confiée à l'administrateur ou au liquidateur.

183. **Le débiteur assisté ou représenté.** En redressement judiciaire, les pouvoirs de gestion du dirigeant sont fortement entravés par la présence de l'administrateur judiciaire auquel il peut être confié par le tribunal une mission d'assistance, ou de représentation[553]. L'assistance va se traduire par une cogestion du débiteur et de l'administrateur sur tous les actes de gestion ou

[551] THULLIER (B.), « Que reste-t-il du dessaisissement ? », *Rev. proc. coll.*, n° 3, mai 2012, doss. 14.
[552] *Ibid.*
[553] C. com., art. L.631-12.

seulement certains d'entre eux et prendre la forme d'une double signature des actes engageant la société[554]. Pour les actes de disposition, ils pourront être passés par le débiteur, mais à condition d'avoir obtenu l'autorisation du juge-commissaire[555]. Quoi qu'il en soit, les actes de gestion courante[556] passés par le débiteur sont valables à l'égard des tiers de bonne foi[557]. Si la représentation du débiteur en redressement judiciaire n'intervient que peu fréquemment, la mission d'assistance lui étant préférée, elle est de droit en liquidation judiciaire[558] . Néanmoins, le pouvoir de représentation de l'administrateur en redressement judiciaire n'a pas la même nature que le pouvoir de représentation du liquidateur. Le pouvoir de l'administrateur est un pouvoir de gestion qu'il exerce sur l'entreprise, le pouvoir du liquidateur, lui, est « issu de la saisie collective et a une vocation patrimoniale »[559]. La gestion est alors confisquée au dirigeant et ses droits seront exercés par l'administrateur ou le liquidateur. Les actes passés en violation de cette règle seront inopposables à la procédure, nonobstant la bonne foi des tiers concernés[560].

184. Le débiteur dessaisi peut néanmoins encore exercer une influence sur la gestion des difficultés de son entreprise par l'exercice de ses droits propres qui lui garantissent un accès au juge[561]. Ces droits, avec les droits personnels, échapperaient au dessaisissement en vertu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le dirigeant peut alors contester les décisions inhérentes à la procédure[562]. Ainsi, la Cour de cassation a reconnu au dirigeant le droit d'exercer un recours contre une décision du juge-commissaire statuant sur l'admission et le montant d'une créance[563] ou relevant un créancier de sa forclusion[564].

[554] C. com., art. L.622-7, II : seuls les actes de disposition étrangers à la gestion courante devraient imposer à peine de nullité la double signature.
[555] CA Montpellier, 1re ch., sect. 2, 2 oct. 2007, JurisData n° 2007-359412, « Nullité d'ordre public d'un acte de disposition réalisé sans autorisation préalable du juge-commissaire », *Rev. proc. coll*., n° 3, Juill. 2008, comm. 120, note LEBEL (C.).
[556] Pour une appréciation de l'acte de gestion courante voir Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-24.126 : JurisData n° 2011-018720, « Acte de gestion courante : appréciation et condition de validité », *Rev. proc. coll*., n° 2, mars 2012, comm. 31, note LEBEL (C.).
[557] C. com., art. L. 622-3.
[558] C. com., art. L. 641-9, I.
[559] VALLANSAN (J.) et BEAUBRUN (M.), *J.-Cl. Procédures collectives*, Fasc. 2702, n° 26.
[560] VOINOT (D.), « Sanction pour manquement à la règle du dessaisissement », *Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, n° 24, p. 54.
[561] HENRY (L.-C.) et CARBONI (C-H.), « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », *Rev. proc. coll*., n° 4, Juill. 2016, doss. 24.
[562] FERRARI (B.), « Dessaisissement et droit des sociétés », in *Procédures collectives et droit des sociétés*, HENRY (L-C.) (dir.), L'Harmattan, 2018.
[563] Cass. com., 26 oct. 1999 : *Dr. et patr.*, janv. 2000, p. 99, obs. MONSÈRIÉ-BON (M.-H.) ; Cass. com., 1er oct. 2002, n° 99-21.143 : *Act. proc. coll*., 2002-18, p. 1 et n° 240, obs. FRICERO (N.).
[564] Cass. com., 25 juin 2002, n° 99-12.056 : JurisData n° 2002-015073 ; *Act. proc. coll*., 2002-15, comm. 198.

2°) La neutralisation de l'influence des dirigeants

185. **Des mesures justifiées par la survie de l'entreprise**. En procédure de redressement judiciaire, des mesures spécifiques[565] de neutralisation de l'influence des dirigeants existent. Elles ne peuvent être prises que par le tribunal, à la demande du ministère public[566], et sont justifiées par la survie de l'entreprise. C'est ce critère qui permet au tribunal de la procédure collective de neutraliser les dirigeants sociaux, les « exproprier », les évincer[567]. Le législateur de 2005 ayant estimé que l'activité des professionnels libéraux soumis à un statut législatif ou réglementaire étant caractérisée par un fort *intuitu personae*, les mesures prévues par l'article L.631-19-1 du Code de commerce ne pouvaient « réellement contribuer à la sauvegarde de leur activité », et donc ne devaient pas leur être applicables[568]. C'est donc bien la sauvegarde de l'activité qui justifie que les dirigeants soient évincés. Pour neutraliser toute influence du dirigeant lorsque sa volonté entre en conflit avec l'intérêt de l'entreprise, le tribunal dispose de divers moyens.

186. **Le remplacement des dirigeants**. C'est ainsi que la perspective de redressement de l'entreprise peut amener le tribunal à subordonner l'adoption du plan au remplacement du dirigeant[569]. Tel sera le cas lorsque le dirigeant a conduit une gestion contraire à l'intérêt de l'entreprise[570], que ce soit par sa malhonnêteté ou simplement son incompétence, ou encore si sa présence fait obstacle à l'entrée de nouveaux partenaires nécessaires pour reconstituer les capitaux propres[571]. En tout état de cause, son maintien aux fonctions de direction doit mettre en jeu la survie de l'entreprise[572], question de fait qui fera l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond[573]. Le caractère exorbitant des mesures d'incessibilité et de cession forcée des titres commande une appréciation restrictive, fondée sur le risque d'entrave au redressement

[565] Ces mesures prévues à C. com, art. L. 631-19-1 C. com ne sont plus applicables à la procédure de sauvegarde depuis l'ordonnance de 2008, et se distinguent de l'incessibilité de plein droit en période d'observation qui s'apparente à une mesure conservatoire.
[566] Dans les formes et délais prévus à C. com., art. R. 631-34-1.
[567] MARTIN-SERF (A.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n° 7, p. 31.
[568] HYEST (J.-J.), Rapport Commission des Lois, Sénat, n° 335, 2004-2005, t. 1, p. 258.
[569] C. com., art. L. 631-19-1, al., dispose que « lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise ».
[570] Le texte emploie deux fois le terme d'« entreprise », car c'est l'intérêt de l'entreprise qui justifie cette entorse au droit des sociétés, cette révocation conçue comme une condition sine qua non d'adoption d'un plan de continuation. V. MARTIN-SERF (A.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n° 7, p. 31.
[571] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 531.311.
[572] CA Colmar, 12 sept. 1990 : *RJ com*., 1990. 400, note VALLENS (J.-L.) ; *Rev. proc. coll*., 1991, 293, obs. SOINNE (B.).
[573] Com. 12 juill. 1994, n° 92-17.458, NP, *Rev. Proc. coll*., 1995, 145, n° 27, obs. SOINNE.

que constitue le maintien en place du dirigeant visé[574]. Toutefois, le texte énonce que le tribunal a seulement le pouvoir de subordonner l'adoption du plan au remplacement des dirigeants, et donc n'a pas le pouvoir, par ce texte, de faire perdre sa qualité au dirigeant. La décision de révoquer le dirigeant revient aux organes sociaux compétents[575] à qui il appartient de choisir entre l'adoption du plan ou le maintien en fonction des dirigeants visés. Dans les sociétés unipersonnelles, le dirigeant social, associé unique, aura à décider de sa propre démission ou de la disparition de la société dont il est l'associé unique. Mais, le tribunal serait en mesure de lever ce blocage en ordonnant la cession des parts ou actions[576] du dirigeant dont l'éviction était sollicitée[577].

187. **L'incessibilité des parts ou actions détenues par le dirigeant et la suppression du droit de vote**. La loi offre également la possibilité au tribunal de prononcer une incessibilité des parts ou actions détenues par le dirigeant, subordonnée à la constatation que la survie de l'entreprise le requiert[578]. Cette constatation est déterminante, car c'est elle qui justifie et légitime l'atteinte portée au droit de propriété[579]. L'incessibilité des parts n'apparaît cependant que comme l'accessoire d'une mesure de privation du droit de vote qui, seule, permet d'éliminer l'influence dangereuse des dirigeants[580]. Effectivement, la privation du droit de vote des dirigeants doit permettre au tribunal d'écarter le risque de blocage de décisions en assemblées chargées de délibérer sur des modifications statutaires et restructurations prévues par le plan de redressement[581]. Le droit de vote retiré au dirigeant est confié à un mandataire de justice *ad hoc*[582] censé faciliter l'adoption du plan en imposant la restructuration qu'a en vue le tribunal[583]. Le prononcé de l'incessibilité des parts ou actions du dirigeant vient assurer que la privation du

[574] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, déc. 2009, n° 12, p. 1109.
[575] C. com., art. R. 631-34-2, qui renvoie ainsi au droit commun de la personne morale débitrice concernée.
[576] Aux conditions prévues par C. com., art. L. 631-19-1 al. 2.
[577] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 531.331.
[578] C. com., art. L. 631-19-1, al. 2.
[579] Com 12 juill. 2005, n° 03-14.045, P IV, n° 174 ; *D.*, 2005. AJ 2071, obs. LIENHARD (A.). C'est parce que la mesure poursuit la protection de l'entreprise et des emplois, intérêt général supérieur, qu'elle n'est pas jugée contraire aux dispositions de l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 544 du Code civil.
[580] BERMOND de VAULX (J.-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. Sociétés*, 1990. 221 s., n° 7.
[581] Spécialement lorsque l'administrateur propose un plan de continuation avec entrée d'un nouvel associé majoritaire, si le tribunal craint que les dirigeants-associés ne s'opposent par leur vote hostile à la réalisation de l'augmentation de capital nécessaire : MARTIN-SERF (A.), « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n° 7, p. 31.
[582] Il exercera le droit de vote pour une durée fixée par le tribunal.
[583] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 531.331.

droit de vote ne soit pas contournée par le dirigeant qui céderait provisoirement ses parts à une personne de complaisance[584].

188. **La cession forcée des parts ou actions détenues par les dirigeants**. La cession forcée des parts ou actions détenues par le dirigeant est la mesure la plus radicale possible, car elle ne se contente pas de supprimer la qualité de dirigeant, mais lui fait perdre sa qualité d'associé. Ce mécanisme, poursuivant un intérêt général qui est la poursuite de l'activité de l'entreprise, a été validé par le Conseil constitutionnel qui considère que la privation de propriété n'est pas injustifiée et disproportionnée[585]. Le Conseil a relevé que, ce mécanisme ne pouvant concerner que des associés dirigeants[586], le dirigeant pouvait éviter la cession forcée en démissionnant et les conditions restrictives[587] dans lesquelles ce mécanisme peut être mis en place ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du dirigeant. Le tribunal pourrait aussi se contenter d'ordonner la cession d'une fraction des parts du dirigeant, si cette fraction est suffisante pour supprimer son influence[588]. Cette mesure montre que le dirigeant associé qui n'est pas évincé pourrait exercer une influence sur le plan de redressement, non au travers de ses pouvoirs de gérant qui sont réduits par la procédure, mais par le biais des pouvoirs qu'il tient de sa qualité d'associé.

189. L'absence de mise en place d'une gestion stratégique préventive par le débiteur le soumet à un système dans lequel règne un climat de défiance vis-à-vis de la gestion de son entreprise. Des règles contraignantes visant à maximiser les chances que l'entreprise soit sauvée vont pallier la mise à l'écart du dirigeant, lequel perd la maîtrise de l'ouverture d'une procédure et la plupart de ses pouvoirs de gestion. Les organes de la procédure vont veiller aux intérêts de l'entreprise et, pour ce faire, n'hésiteront pas à agir en vue de l'éviction des dirigeants qui n'ont pas su mettre en conformité leur volonté avec les besoins du sauvetage de l'entreprise. Cette restriction de pouvoirs a pour corollaire la mise en place de mesures de sauvetage.

---

[584] *Ibid*., n° 531.451.
[585] Cons. Const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC, JO 9 oct., p. 18829; *BJE*, 2015, 362, note FAVARIO (Th.) ; *APC.*, 2015/18, comm. 278, note MONSÈRIÉ-BON (M.-H.).
[586] CA Rennes, 2e ch., 21 nov. 1989, *Rev. proc. coll*., 1991, 293, obs. SOINNE (B.).
[587] Elle ne peut être décidée que lorsque le redressement de l'entreprise le requiert. Elle nécessite une demande du ministère public, et ne peut concerner que les droits sociaux d'un dirigeant en fonction au moment où le tribunal statue. Le prix de cession doit être fixé par expert.
[588] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 531.511.

§2- L'aspiration du débiteur aux procédures de sauvetage de dernière chance

190. Les restrictions de pouvoirs dont peut faire l'objet le débiteur ont pour corollaire la mise en place de mesures de sauvetage. Si les contraintes qui entourent les procédures curatives peuvent être évitées par la simple anticipation du débiteur qui demanderait l'ouverture d'une conciliation en temps utile, il n'est pas à exclure que l'inertie du dirigeant puisse résulter d'un choix de gestion motivé par les mesures drastiques de sauvetage proposées par les procédures curatives. Plus que dans d'autres procédures, le redressement judiciaire facilite certaines actions pour restructurer l'entreprise et donc son redressement (A). Et, au sein de la liquidation judiciaire, le législateur se soucie du devenir des dirigeants au-delà de la faillite. La liquidation joue donc un rôle de sauvetage de l'homme à la tête de l'entreprise liquidée (B).

A- Une procédure au service du sauvetage de l'entreprise : le redressement judiciaire

191. Les procédures préventives sont instituées dans l'idée que l'entreprise a plus de chance d'être sauvée si les difficultés sont traitées le plus tôt possible. C'est pourquoi la volonté du débiteur est placée au cœur de ces mesures, pour l'inciter à anticiper. Le redressement judiciaire, lui, ne cherche pas à associer directement le dirigeant au sauvetage de l'entreprise, mais se focalise sur les mesures pour redresser l'entreprise qui est, à ce stade, dans une situation critique. Les règles spécifiques au redressement judiciaire paraissent vouloir pallier l'absence d'anticipation du débiteur. Pour cela, la procédure de redressement propose des avantages majeurs pour le débiteur qui souhaite la restructuration de l'entreprise. Effectivement, un traitement spécifique des salariés y est prévu (1°), et les intérêts de l'entreprise à sauver apparaissent, plus qu'ailleurs, prépondérants dans l'adoption des mesures (2°).

1°) Des mesures de traitement des salariés renforcées

192. La perte de liberté de gestion du débiteur en redressement judiciaire est « compensée » par des règles spécifiques, que l'on ne retrouve pas en sauvegarde, et qui permettent de mettre en place un traitement plus lourd des difficultés, le traitement de la dernière chance, dans l'espoir de sauver l'entreprise. Elle va permettre, notamment, de prendre en compte la question des salariés de l'entreprise en difficulté. La préoccupation de la situation des salariés est de première importance quand il s'agit de redresser l'entreprise puisque les contrats de travail sont poursuivis lors de l'ouverture d'une procédure collective[589]. Logiquement, l'entreprise en

[589] C. com., art. L. 622-13 applicable au redressement sur renvoi de L. 631-14.

cessation des paiements n'a pourtant pas la trésorerie nécessaire pour assurer le paiement des salaires. Pour donner toutes les chances à l'entreprise d'être redressée, la procédure de redressement judiciaire facilite la procédure de licenciement pour motif économique (a). L'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) intervient largement au sein de cette procédure pour assurer le paiement des salariés et par conséquent permet d'assurer le financement de la poursuite d'exploitation (b).

a) Le licenciement des salariés facilité.

193. **Des licenciements en période d'observation**. En redressement judiciaire, des licenciements sont possibles dès la période d'observation à condition qu'ils aient un motif économique et qu'ils présentent un « caractère urgent, inévitable et indispensable »[590]. La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise peut constituer un motif économique de licenciement[591]. Ces licenciements en période d'observation doivent suivre une procédure spécifique qui repose sur une autorisation du juge-commissaire[592]. La possibilité de réduire le personnel dès la période d'observation peut faciliter l'élaboration du plan de redressement[593], et représente alors un avantage notable par rapport à la procédure de sauvegarde. Le redressement judiciaire offre un outil supplémentaire pour sauver l'entreprise.

194. **Des licenciements simplifiés par le plan de redressement**. Contrairement à la sauvegarde, en redressement judiciaire, les licenciements ne sont pas soumis au droit commun des licenciements économiques, mais répondent à une procédure simplifiée pour accélérer la procédure et relancer l'activité rapidement[594]. Le régime simplifié repose alors principalement sur le raccourcissement de certains délais. Les licenciements envisagés par l'administrateur, ou à défaut, par le débiteur, sont intégrés au projet de plan soumis au tribunal. Avant d'arrêter le plan, le tribunal devra consulter le comité social et économique[595] dans les conditions prévues à l'article L. 1233-8 du Code du travail. Les licenciements prévus au plan devront ensuite intervenir dans le délai d'un mois suivant le prononcé du jugement d'arrêté du plan par une simple notification de l'administrateur, avec référence au jugement qui a adopté le plan de

[590] C. com., art. L. 631-17.
[591] Cass. Soc., 11 janv. 2006 : *D.*, 2006, 1013.
[592] V. C. com., art. L. 631-17.
[593] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1120.
[594] *Ibid.*, n° 1203.
[595] C. com., art. L. 631-19, III.

redressement[596]. Le respect du délai d'un mois est obligatoire pour que les sommes dues aux salariés soient prises en charge par l'AGS.

b) L'intervention étendue de l'AGS.

195. **La prise en charge des créances salariales**. En prenant à sa charge certaines créances salariales qui ne peuvent être versées par l'entreprise, l'intervention de l'AGS concilie l'intérêt des salariés d'être désintéressés, et celui de l'entreprise dont le passif salarial est allégé[597]. Elle garantit notamment toutes « les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (…) »[598]. Durant la procédure de redressement judiciaire, les salaires seront pris en charge par l'AGS, ce qui permet en partie « le financement de la période d'observation »[599] et contribue au sauvetage de l'entreprise[600]. Cette garantie est logiquement réservée aux débiteurs en cessation des paiements, et est alors exclue en sauvegarde, faute en principe de « sommes dues à la date du jugement d'ouverture de sauvegarde »[601]. Les créances résultant de la rupture des contrats de travail sont également prises en charge à condition d'intervenir dans les délais prévus pour chaque procédure collective[602]. Toutefois, la prise en charge de ces créances dans le cadre d'une sauvegarde est subordonnée à la condition supplémentaire de justifier de l'insuffisance de fonds disponibles chez le débiteur[603]. Cela revient alors à faire état d'une cessation des paiements qui pourrait justifier la conversion de la procédure en redressement judiciaire[604]. Donc, finalement, l'AGS ne devrait pas intervenir pour ces créances en sauvegarde sauf dans les hypothèses où elle doit en réalité donner lieu à un redressement judiciaire.

196. **Un recours limité de l'AGS en redressement**. Autre avantage par rapport à la sauvegarde, le recours de l'AGS contre le débiteur pour les sommes qu'elle a avancées est limité en redressement pour ne pas restreindre les chances de redressement de l'entreprise[605].

---

[596] Cass. Soc., 2 oct. 2001, n° 3903 FS-D.
[597] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 1137.
[598] C. com., art. L. 3253-8.
[599] LANGLOIS (Ph.), « Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire », *Dr. social*, 1987, p. 799.
[600] METEYE (Th.), « La place de l'AGS dans les procédures collectives », *Rev. proc. coll*., 2008, n° 3, p. 11.
[601] PETEL (Ph.), « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com*., 2006, p. 174 ; Cass. Soc., 10 mars 2009, *APC*, 2009-9, n° 136, obs. JACOTOT (D.).
[602] Délai de la période d'observation ou dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, ou dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation.
[603] C. trav., art. L. 3253-20, al. 2.
[604] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1208.
[605] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 1149.

Dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, le champ du droit à récupération de l'AGS est large pour favoriser à l'inverse un taux de récupération élevé des sommes versées[606]. L'AGS est effectivement subrogée dans les droits des salariés pour l'ensemble des créances liées à la rupture des contrats de travail[607]. En redressement judiciaire[608], ce droit à subrogation est réservé aux seules créances garanties par le super-privilège[609]. Par la subrogation, l'AGS est mise à la place des salariés et peut ainsi exercer tous les droits liés au super-privilège en réclamant le remboursement immédiat des sommes avancées, qui seront acquittées sur les premières rentrées de fonds à défaut de fonds disponibles[610]. Les créances nées de la rupture des contrats de travail postérieure au jugement d'ouverture ne font pas l'objet d'un droit à subrogation et sont « fictivement considérées comme des créances antérieures au jugement »[611]. Cela limite alors le droit à récupération de l'AGS dans le but de maximiser les chances de voir l'entreprise se redresser[612].

2°) Des solutions drastiques pour préserver l'activité

197. Le redressement judiciaire est, dans la hiérarchie des procédures, la dernière qui puisse sauver l'entreprise avant qu'elle ne soit cédée ou liquidée. Les solutions adoptées seront d'abord celles qui offrent le plus de chance à l'entreprise de perdurer. Ces solutions sont, en quelque sorte, à la portée du débiteur, qui, sciemment, n'anticiperait pas l'apparition d'une cessation des paiements.

198. **La prééminence des intérêts de l'entreprise dans l'adoption du plan.** Le projet de plan de redressement est en principe élaboré par l'administrateur avec le concours du débiteur[613]. La réussite du plan de redressement tient principalement aux efforts consentis par les créanciers qui accordent des prêts, des délais de paiement, des remises de dettes ou même qui acceptent la conversion de leurs créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. À ce titre, la consultation des créanciers sur le projet de plan est obligatoire[614] pour

[606] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *op. cit.*, n° 1212.
[607] C. trav., art. L. 3253-16, 1°.
[608] C. trav., art. L. 3253-16, 2°.
[609] C. trav., art. L. 143-10 : le super-privilège garantit les créances salariales de tout premier rang, pour la période des 60 derniers jours de salaires, les congés payés, les préavis.
[610] C. com., art. L. 625-8, al. 3.
[611] V. C. com., art. L. 3253-16, 2°.
[612] LANGLOIS (Ph.), « Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire », *Dr. social*, 1987, p. 805.
[613] C.com., art. L. 631-19 al. 3. Ce projet est établi au vu du bilan économique, social et environnemental, lui-même dressé par l'administrateur avec le concours du débiteur.
[614] C. com., art. L. 626-5 et R. 626-7.

confronter les intérêts de l'entreprise avec ceux des créanciers. Un projet de plan concurrent à celui de l'administrateur pourrait émaner des classes de parties affectées éventuellement constituées[615]. Toutefois, la loi réservant ce dispositif aux seules entreprises importantes[616], la grande majorité des procédures collectives reste soumise au système de consultation mis en place par la loi de 1985[617]. Ce mode de consultation ne donne aucun pouvoir de modification ou de proposition concurrent aux créanciers qui sont limités à agréer ou refuser les propositions d'apurement du passif prévues par le projet de plan. Pour faciliter l'adoption du plan proposé par l'administrateur, leur accord peut être déduit de leur silence[618]. Le défaut de réponse dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre de consultation « vaut acceptation » des propositions qui y sont formulées[619]. Pour la détermination des délais de paiement, leur accord n'est même pas nécessaire puisque le tribunal pourra les imposer sur une durée maximale de dix ans. La concurrence entre les intérêts de l'entreprise et ceux des créanciers est alors réduite.

199. Le tribunal qui arrête le plan proposé doit néanmoins veiller à ce que le plan protège les intérêts de tous les créanciers, et surtout, qu'il permet la poursuite de l'activité de l'entreprise[620]. La protection des intérêts des créanciers consiste concrètement à veiller à ce que leurs sacrifices soient proportionnés à ce que nécessite la survie de l'entreprise. L'effort financier demandé aux créanciers doit être justifié au regard du redressement de l'entreprise pour ne pas constituer un aménagement de dettes de confort au détriment des créanciers[621]. C'est ce qui ressort d'un jugement rendu à l'occasion d'une demande de modification d'un plan tendant à un sacrifice supplémentaire des créanciers alors que le débiteur disposait des fonds permettant de désintéresser totalement les créanciers[622].

200. **Le choix entre la continuation et la cession de l'entreprise**. À l'époque où la cession de l'entreprise était conçue comme une mesure de redressement au même titre que le plan de continuation, elle apparaissait bien souvent comme « la voie royale du redressement de

[615] C. com., art. L. 631-19, al. 3.
[616] C. com., art L. 626-29 et R. 626-52.
[617] C. com., art. L.626-30-2 et R. 626-57-2 (en sauvegarde). Sur renvoi : C.com., art L.631-19, I (en redressement).
[618] Par exception au caractère équivoque du silence, dont aucun consentement ne peut en principe être déduit. POUJADE (H.), « La valeur du silence du créancier consulté sur une proposition alternative de dividendes », *BJE*, mars 2016, n° 02, p. 95.
[619] C. com., art. L. 626-5, al. 3. Sauf pour les propositions de conversion des créances en titres, le silence pendant le délai de 30 jours, vaut refus. Applicable en redressement par renvoi de l'art. L. 631-19 C. com.
[620] C. com., art. L.631-19 ; PEROT-REBOUL (C.), « Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 17 févr. 2006, n° 35, p. 30.
[621] POUJADE (H.), « Une « pincée d'éthique » dans la modification d'un plan de continuation », *BJE*, mars 2016, n° 2, p. 97.
[622] T. com. Valenciennes, 2e ch., 23 nov. 2015, n° 2015003150.

l'entreprise »[623] exploitée sous forme sociale. Pour les entreprises individuelles, le plan de continuation est en revanche préféré. En la matière, les tribunaux disposaient d'un pouvoir d'appréciation souverain. C'est ainsi que la Cour de cassation avait pu affirmer qu'une cour d'appel « n'a fait qu'user de son pouvoir souverain en retenant, par une décision motivée, que le redressement de l'entreprise était mieux assuré par la voie du plan de cession que par celle du plan de continuation »[624].

201. Depuis l'ordonnance de 2014, la solution de la cession globale ou partielle de l'entreprise à un tiers repreneur peut être imposée par le tribunal en redressement judiciaire, mais ne devrait pouvoir être adoptée qu'à titre subsidiaire. Ce n'est que « si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans »[625], que la cession de l'entreprise pourra être envisagée. Ainsi, un plan de cession ne devrait pouvoir être arrêté que si le plan de redressement a été rejeté par le tribunal[626], ou si aucun projet de plan de redressement ne lui a été soumis. Il a néanmoins été admis que le débiteur pouvait présenter lui-même un plan de redressement si l'administrateur se refusait à en présenter un[627]. Pour être arrêté par le tribunal, le plan de redressement doit démontrer « une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvée »[628]. Sa viabilité sera analysée au regard des mesures prévues pour la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif[629]. Le projet de plan qui se montre insuffisant à ces égards sera rejeté et pourra conduire le débiteur à la liquidation judiciaire. C'est ainsi qu'un débiteur a été soumis à une liquidation judiciaire à cause du manque de sérieux du plan proposé. En l'espèce, l'inexactitude de l'estimation du passif à apurer et la proposition de vente d'actifs dont le débiteur ne pouvait disposer librement ont conduit à rejeter le projet de plan de

[623] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit*., n° 532.141 ; En ce sens, MOUIAL-BASSILANA (E.), « Plan de cession versus plan de continuation : la faveur discrète de la Cour de cassation envers la cession », *LEDEN*, déc. 2014, n° 11, p. 2. ; DEHARVENG (J.), « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un évènement et non plus une issue du cours des procédures », *D. affaires*, 2006, chron. p. 1047.

[624] Cass. Com 10 juillet 1990 n° 88-18941 ; *Rev. proc. coll*., 1991, 289, n° 5, obs. SOINNE (B.) – Cass. com. 15 déc. 1992, n° 91-12.46, 91-12.468 ; RJDA 1993/5, n° 445 – Cass. com. 19 déc. 2000, n° 98-15.460, RJDA 2001/4, n° 477.

[625] C. com., art. L. 631-22, complété par C. com., R. 631-39 ; V. LEBEL (C.), « La consécration législative de la primauté du plan sur la cession de l'entreprise », *JCP E*, 2016, p. 1582. En ce sens, CA Caen, 8 avr. 2010 : *JCP E*, 2010, p. 1585, note LEBEL (C.).

[626] Com. 4 nov. 2014 n° 13-21.703, 13-21.712 ; *Gaz. Pal*., 18 janv. 2015, n° 18, p. 23 note LEBEL (C.) ; *APC*, 2014, comm. 337, note VALLANSAN (J.) ; *BJE*, 2015, 15, note GORINS (Ch.).

[627] Cass. Com., 25 nov. 1997, n° 94-22.000 ; *Rev., proc. coll*., 1999, 33, n° 1, obs. MONSÈRIÉ-BON (M.-H.).

[628] C. com., art. L. 626-1., sur renvoi: L. 631-19, I en redressement.

[629] Énoncé aux C. com., art. L.620-1 et L.631-1.

redressement[630]. Cependant, certaines juridictions se refusent toujours à faire jouer la primauté réservée au plan de redressement par les textes[631].

202. La décision du tribunal qui arrête un plan de cession pourra tout de même faire l'objet d'un appel du débiteur ou du ministère public[632]. Cette disposition représente un assouplissement par rapport à la législation de 1985 qui, pour éviter tout risque de blocage qui porterait atteinte au redressement durable de l'entreprise, fermait la voie de l'appel au débiteur[633]. Bien que le droit d'appel du débiteur fasse renaître le risque de blocage, cela peut être le moyen de faire reconsidérer un plan de continuation. Le débiteur qui veut éviter la cession de son entreprise se devra alors de présenter un plan de continuation sérieux et viable.

B- Une procédure au service du sauvetage de l'homme : la liquidation judiciaire

203. Sauf à procéder à la cession de l'entreprise, lorsque le débiteur atteint le stade de la liquidation judiciaire, le but sera d'apurer au mieux le passif de l'entreprise, et non plus de sauver l'entreprise. Libéré de l'objectif de sauver l'entreprise, l'enjeu pour la personne physique qui est à sa tête sera d'être libéré de ses dettes[634]. Dans ce cadre, les chefs d'entreprise et dirigeants retrouvent une certaine maîtrise sur leur devenir. Les mesures qui concourent à offrir une seconde chance au failli sont largement tributaires de son comportement. C'est son comportement qui déterminera l'atteinte à son patrimoine (1°) et qui influera sur sa faculté à gérer ou diriger à nouveau une entreprise (2°).

1°) L'incidence du comportement de l'homme sur le devenir de son patrimoine

204. **Les répercussions du comportement sur la reprise des poursuites individuelles.** La règle de non-reprise des poursuites individuelles des créanciers en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif[635] fait apparaître la liquidation judiciaire comme une faveur en ce qu'elle consacre un « droit de ne pas payer ses dettes »[636] et favorise alors « le

[630] POUJADE (H.), « Plan de redressement et manque de sérieux : conversion en liquidation judiciaire », *RTD Com*., 2019 p. 493.
[631] T. com. Paris, 12 juin 2019 : *JCP E*, 2019, p. 1414, note ALMASEANU (S.).
[632] C. com., art. L. 661-6, III.
[633] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., n° 926.
[634] La clôture pour insuffisance d'actif prévue à C. com., art. L.643-11, libère le débiteur de ses dettes pour qu'il puisse redémarrer dans sa vie professionnelle. À ce sujet voir, PETEL (Ph.), « La liberté de l'entreprise face à ses créanciers », in *Entreprise et liberté, Journées nationales Tome X/ Montpellier*, Assoc. Henri Capitant, Dalloz, Thèmes commentaires 2008.
[635] C. com., art. L.643-11, I : « Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf si (…) ».
[636] RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D. Hebdo.*, 1936, p. 57.

rebond » du débiteur[637]. Le débiteur peut ainsi relancer une nouvelle activité, libérée de son passif antérieur, ce qui a pu faire dire à certains auteurs qu'on était passé de « la limitation du risque à la culture du rebond »[638]. Toutefois, cette règle n'est pas absolue et connaît des exceptions énumérées strictement à l'article L. 643-11, III du Code de commerce. Les poursuites seront notamment reprises par les créanciers dans les cas où le débiteur ne mériterait pas cette faveur particulière[639] en raison d'un comportement malhonnête[640]. La condamnation à une mesure de faillite personnelle ou de banqueroute, mais aussi la fraude à l'égard des créanciers[641], ou la récidive du débiteur qui aurait déjà obtenu la clôture pour insuffisance d'actif d'une liquidation judiciaire dans les cinq ans, met en évidence une personne à risques. La sanction civile de la faillite personnelle[642], comme la sanction pénale de la banqueroute, s'applique à des comportements graves de gestion malhonnête des dirigeants et chefs d'entreprise qui auraient menti sur la situation de l'entreprise en dissimulant des éléments d'actif, en augmentant frauduleusement le passif, ou encore en tenant une comptabilité fictive[643]. Bien que la faillite personnelle ou la banqueroute sanctionnent le dirigeant ou le chef d'entreprise, la reprise des poursuites ne s'exerce qu'à l'encontre du débiteur[644]. C'est en considération de la différence de traitement à laquelle soumet cette solution le débiteur personne physique, qui continuera à supporter la charge de ses dettes, et les dirigeants de sociétés qui étaient définitivement libérés par la clôture de la procédure, que la non-reprise des poursuites est devenue le principe sous la législation du 25 juillet 1985[645]. Le comportement malhonnête de l'homme a ainsi une incidence sur le jeu du principe de non-reprise des poursuites individuelles. Le patrimoine du débiteur personne physique sera directement atteint par la

[637] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr. et patr.*, Doss. « L'effacement des dettes », sept. 2009, p. 64.
[638] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ? », *Rev. proc. coll.*, n° 3, mai 2012, doss. 17.
[639] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1059.
[640] Il existe aussi des exceptions spécifiques à certaines créances. Il s'agit des créances résultant d'une condamnation pénale et celles résultant de droits attachés à la personne du créancier énumérées à C. com., art. L. 643-11, I, 1° et 2°.
[641] Com. 15 fév. 2005, n° 03-14.547, *Apc.*, 2005-6, n° 71, p. 1, obs. BLANC (G.). La fraude peut aussi bien avoir été commise avant ou après l'ouverture de la procédure.
[642] C. com., art. L. 653-2 : la faillite personnelle « emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant une activité indépendante et toute personne morale ».
[643] Pour la faillite personnelle : cas énumérés à C. com., art. L.653-3 et L.653-5 ; Pour la banqueroute, cas énumérés à C. com., art. L. 654-2.
[644] CA Rennes 16 sept. 2014, RG n° 12/08672 : *JCP E*, 2015, 1275, note DELATTRE (Ch.).
[645] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1386.

reprise des poursuites, tandis que le patrimoine du dirigeant de personne morale ne sera mis en cause que dans le cas où il est associé d'une société à responsabilité illimitée.

205. **L'engagement de la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant de personne morale**. Toutefois, le patrimoine des dirigeants n'est pas à l'abri puisqu'il pourrait être engagé au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif. Cette responsabilité personnelle du dirigeant prend en compte l'incidence des fautes de gestion sur la défaillance de l'entreprise. Le dirigeant sera responsable en cas de faute de gestion[646] ayant contribué à l'insuffisance d'actif[647] et devra alors supporter le montant de l'insuffisance d'actif, en tout ou en partie, sur son patrimoine personnel. La qualification de faute de gestion relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond[648] et sera « déduite du comportement passé du dirigeant par comparaison à ce qu'aurait été le comportement d'un dirigeant normalement compétent et placé dans la même situation »[649]. Le législateur de 2016 se détache nettement de la jurisprudence antérieure qui retenait une conception large de la faute de gestion qui pouvait être caractérisée aussi bien par un défaut de diligence ou de surveillance[650], que par des décisions financières risquées[651]. Depuis la loi dite « Sapin 2 »[652], la « simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société »[653] ne permet plus d'engager sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif. Cette exclusion s'analyse comme une nouvelle faveur à l'égard des dirigeants, car elle réduit les possibilités d'engager leur responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif, pour la réserver aux fautes qui mettent en évidence un degré supérieur d'implication du dirigeant dans la dégradation de l'entreprise. Cette nouvelle disposition a pour objectif « de faciliter le rebond du dirigeant de bonne foi d'une société mise en liquidation »[654].

206. **L'option pour le rétablissement professionnel**. Le rétablissement professionnel est une procédure sans liquidation dont le but est de parvenir à l'effacement des dettes du débiteur,

[646] FAVARIO (F.), « La faute de gestion au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce », *Rev. proc. coll*., 2011, étude 15.
[647] C. com., art. L. 651-2.
[648] Cass. Com., 13 nov. 2007, n° 06-13.212 : *Gaz. Proc. coll*., 2008-1, p. 68, note MONTERAN (Th.).
[649] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 1119.
[650] Par exemple, l'absence de déclaration de la cessation des paiements pouvait être constitutive d'une faute de gestion à condition d'être bien motivée par les juges. V. Cass. Com. 8 juill. 2014, n° 13-18.490.
[651] Par exemple, sur l'erreur sur la viabilité d'une chaine de télévision : T. com, Paris, 23 nov. 1992, aff. La Cinq : *BJS*, 1993, p. 255, note CAMPANA (M.-J.) ; aussi : Cass. Com ; 30 juin 2009 : BRDA 17/2009, n° 10.
[652] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 146.
[653] C. com., art. L.651-2.
[654] DIZEL (M.), « L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif revue par la Loi Sapin II », *La Veille permanente,* Édition législative, 16 déc. 2016.

personne physique, qui n'a que très peu d'actifs, afin de lui permettre de se réinstaller[655]. Son ouverture est subordonnée à l'accord du débiteur, et se présente comme une alternative à la liquidation judiciaire de l'entreprise. Le débiteur qui souhaitait en bénéficier devait solliciter son ouverture par le même acte que la demande de liquidation judiciaire. Depuis la loi PACTE, le tribunal saisi d'une demande de liquidation judiciaire doit systématiquement examiner si le débiteur répond aux conditions d'éligibilité au rétablissement professionnel[656]. Toutefois, son ouverture reste conditionnée à l'accord du débiteur. À condition qu'il réponde aux conditions d'éligibilité au rétablissement professionnel[657], le débiteur exerce une influence sur la constitution de son patrimoine, car il ne sera pas liquidé dans le cadre du rétablissement professionnel, contrairement à la procédure de liquidation judiciaire. Bien que l'ouverture du rétablissement ne soit conditionnée qu'à l'accord du débiteur, et non à son comportement[658], il peut être abandonné au profit de la liquidation judiciaire[659] « s'il est établi que le débiteur n'est pas de bonne foi ou si l'instruction a fait apparaître l'existence d'éléments susceptibles de donner lieu aux sanctions »[660] de la faillite personnelle ou d'interdiction de gérer ainsi que des actions en nullité de la période suspecte[661]. L'absence de bonne foi du débiteur pourrait être caractérisée par le fait de contracter sciemment des dettes que l'on sait ne pas pouvoir payer, ou encore par le fait d'organiser son insolvabilité[662]. L'existence d'un passif fiscal révélant un état de cessation des paiements supérieur à dix-huit mois, susceptible d'être sanctionné par une interdiction de gérer, peut caractériser la mauvaise foi du débiteur[663]. Dans ces cas-là, le débiteur sera déchu du bénéfice du rétablissement professionnel et une liquidation judiciaire sera ouverte à son encontre.

[655] CANET (P.), « La rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll*., 2014, doss. 13, art. 23, p. 65 ; REILLE (F.), « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll*., 2014, doss. 13, art 22, p. 61 ; MACORIG-VENIER (F.), « Le rétablissement professionnel », *Dr. et patr*., juill. 2014, p. 52 ; SENECHAL (M.), « Le rétablissement professionnel par effacement de certaines dettes », *BJE*, mai-juin 2014, p. 196.
[656] C. com., art. L. 626-27, modifié par la loi. n° 2019-486 du 22 mai 2019., art. 57, I, 1°.
[657] Énumérées à C. com., art. L.645-1.
[658] En ce sens, ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le rétablissement professionnel à l'épreuve de la cessation des paiements antérieure de plus de 45 jours », CA Paris (pôle 5, ch.9), 16 juin 2016, n° 16/05266, *Rev. Sociétés*, 2016, p. 551.
[659] La bonne foi du débiteur n'est pas une condition d'ouverture du rétablissement professionnel, mais une condition de son maintien : CA Aix-en-Provence, 22 oct. 2015, RG n°14/24304 ; CA Versailles, 13e ch., 14 avr. 2016, RG n° 15/07606, *LXB hebdo*, 21 avr. 2016, n° 463, note LE CORRE (P.-M.).
[660] C. com., art. L. 645-9.
[661] C. com., art. L. 632-1 à L. 632-3.
[662] TGI Nice, 15 déc. 2015, RG n° 14/00035.
[663] TGI Paris, 18 juin 205 : *LEDEN*, 9/2015. 4, obs. DELATTRE (Ch.).

2°) L'incidence du comportement de l'homme sur son devenir professionnel

207. En raison de l'évolution législative du droit des entreprises en difficulté qui fait une place importante à la dimension intentionnelle des actes sanctionnables, le débiteur est de moins en moins exposé aux sanctions professionnelles. Les sanctions professionnelles de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer, sont conçues comme des mesures d'intérêt général[664] destinées à protéger le monde des affaires contre l'incompétence et la malhonnêteté des personnes physiques à la tête d'entreprises, en leur interdisant de gérer ou de diriger une entreprise ou une personne morale.

208. **Une gestion malhonnête**. Dans les cas de faillite personnelle[665], le dirigeant a agi délibérément au détriment de l'entreprise par exemple en payant « après cessation des paiements, et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres ». Le cas de l'article L. 653-5, 7° du Code de commerce, ajouté par l'ordonnance de 2014, prend en compte sur le terrain de la faillite personnelle, la possibilité de fraude ouverte au débiteur par le nouveau régime de déclaration des créances, le débiteur pouvant, très simplement, en la portant sur la liste des créances, faire admettre au passif une créance fictive. C'est ainsi que peut être condamné à la faillite personnelle, le dirigeant qui a « sciemment » déclaré, au nom d'un créancier, une créance supposée, et y échappe celui qui a agi par inadvertance.

209. **Le non-respect des prescriptions légales**. Les cas pouvant donner lieu à une mesure d'interdiction de gérer[666] sont principalement le non-respect par le débiteur de certaines prescriptions légales telles que la communication des renseignements nécessaires au mandataire judiciaire, l'obligation d'information en faveur du créancier poursuivant, ou encore l'obligation de déclarer la cessation des paiements dans le délai légal. Toutefois, pour faire l'objet de sanction, le dirigeant doit ne pas avoir respecté ces prescriptions de façon délibérée. C'est « sciemment » [667] qu'il doit avoir omis de déclarer la cessation des paiements, et délibérément qu'il aura violé l'obligation d'information ou qu'il n'aura pas remis les renseignements nécessaires aux organes de la procédure. Ainsi, une cour d'appel [668] a considéré qu'un entrepreneur, du fait de ses activités commerciales passées et des conseils qui lui avaient été prodigués, était parfaitement informé des obligations incombant à un commerçant en état de

[664] VALLANSAN (J.) avec la collaboration de CAGNOLI (P.) et FIN-LANGER (L.), *Difficultés des entreprises : commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, LexisNexis, 6e éd., 2012.
[665] C. com., art. L.653-5.
[666] C. com., Art. L.653-8.
[667] Adverbe « sciemment » ajouté par la loi du 6 août 2015.
[668] FAVARIO (T.), « Du sens de l'adverbe « sciemment », *BJE*., sept. 2016 n° 05, p. 338.

cessation des paiements. Par conséquent, cela ne pouvait être que sciemment qu'il avait omis de demander l'ouverture d'une procédure collective dans le délai légal, s'exposant alors aux sanctions de l'article L.653-8 al.3 du Code de commerce.

210. **Le comportement du chef d'entreprise à l'origine du rétablissement de ses droits.** Les interdictions de gérer font obstacle au rebond. Le chef d'entreprise est privé de la possibilité de relancer une nouvelle activité pour une durée fixée par le tribunal[669]. Toutefois, ces mesures prennent fin de plein droit lorsqu'intervient un jugement de clôture pour extinction du passif[670]. Dans certaines conditions, le failli sanctionné peut demander au tribunal d'être relevé des interdictions et déchéances qui le frappent[671]. C'est une chance supplémentaire pour le débiteur de pouvoir être rétabli dans ses capacités de gérer ou diriger une entreprise, et donc de rebondir en relançant une nouvelle activité. Il pourra être relevé de ces interdictions par le tribunal s'il apporte une contribution suffisante au paiement du passif[672]. Le relèvement de la faillite personnelle, totale ou partielle, est alors laissé à l'appréciation du tribunal[673]. Pour apprécier la « contribution suffisante », les juges pourront prendre en compte le degré d'implication du failli dans la création de ce passif[674] ou son comportement passé dans le monde des affaires ayant entrainé des condamnations pénales[675]. La loi prévoit un cas supplémentaire de relèvement spécifique à l'interdiction de gérer introduit par la loi de 2005. La personne peut demander à être relevée de l'interdiction si elle « présente toutes garanties démontrant sa capacité à diriger ou à contrôler l'une ou plusieurs des entreprises ou personnes visées » à l'article L. 653-8 du Code de commerce. Cette garantie, qu'il appartient au débiteur de justifier par tout document joint à sa requête, peut consister en une formation professionnelle[676] à condition néanmoins qu'elle soit postérieure au prononcé de l'interdiction et en rapport avec la direction et la gestion des entreprises rentrant dans le champ d'application de l'interdiction[677]. La loi offre donc au failli des possibilités de mettre fin aux interdictions et déchéances dont il fait l'objet à cause de

[669] C. com., art. L.653-11, al. 1. Elles ne peuvent toutefois excéder quinze ans.
[670] C. com., art. L.653-11, al. 2.
[671] DELATTRE (Ch.), « La procédure de réhabilitation des articles L.653-11 et R. 653-4 », *Rev. proc. coll.*, 2011-4, étude 19.
[672] C. com., art. L.653-11, al.3.
[673] DELATTRE (Ch.), « La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de ses responsabilités ? », *Rev. proc. coll.*, 2012, focus 25.
[674] CA Paris, 12 juin 1990 : *RJ com.*, 1991, note MARCHI (J.-P.).
[675] V. pour un exemple d'approche « éthique », CA Douai, 2e ch., 16 sept 2008 : *JCP E*, 2008, 2474, note DELATTRE (Ch.).
[676] C. com., art. R. 653-4.
[677] V. CA Grenoble, 6 janv. 2011 : *Dr. Sociétés*, 2011, p. 32, n° 178, obs. LEGROS (J.-P.).

sa gestion malhonnête. Le dirigeant de personne morale et l'entrepreneur ont alors la possibilité de « regagner » sa place dans le monde des affaires.

Conclusion de la section

211. Aujourd'hui plus qu'hier, l'ouverture de procédures curatives peut résulter d'un choix de gestion du débiteur. C'est en tout cas ce que permet le législateur. Ce choix ne s'exprimerait qu'indirectement en ne saisissant pas la chance de demander l'ouverture d'une procédure préventive, malgré toutes les incitations du législateur à y recourir. Pour bénéficier de mesures fortes de redressement de l'entreprise, le débiteur renonce à la liberté de gestion qui caractérise les mesures préventives. Le sauvetage de l'homme mis en place par la liquidation judiciaire est une aubaine pour celui qui voudrait relancer une nouvelle activité. Dans ce cadre, le comportement du chef d'entreprise influe largement sur sa faculté à être libéré des dettes de l'entreprise et sur son statut dans le monde des affaires. Libéré de la question du sauvetage de l'entreprise, le chef d'entreprise retrouve une emprise sur son destin.

Conclusion du chapitre

212. « En définitive, le droit des entreprises en difficulté français offre aujourd'hui un panel de procédures variées au débiteur en difficulté. Il s'agit incontestablement d'un atout, car la volonté est bien d'adapter au mieux les solutions proposées au profil du débiteur, qu'il s'agisse de son niveau de difficultés ou, désormais, de sa taille et de son degré d'anticipation »[678]. Le bouleversement de l'architecture des procédures provoqué par l'incitation législative à l'anticipation des difficultés de l'entreprise, et qui se traduit par l'ouverture du champ de la prévention, participe à faire du droit des entreprises en difficulté un instrument des choix du débiteur. Les mesures mises en place pour ne pas décourager les débiteurs de demander la protection du tribunal avant qu'ils n'y soient obligés font du débiteur l'acteur principal de la gestion des difficultés en prévention. Lorsque le débiteur se place préventivement sous la protection du tribunal, il a une certaine emprise sur la procédure et sur les solutions à apporter

[678] SAUTONIE-LAGUIONIE (L.) et VERFAILLIE-TANGUY (V.), « Quelle(s) procédure(s) pour quel(s) débiteur(s) : des procédures amiables et collectives adaptées à la situation de chaque débiteur ? », in *Le droit des entreprises en difficulté de 1985 à 2025 une recherche de meilleurs équilibres*, 44e colloque de l'association Droit et Commerce, 25 et 26 mars 2022, Deauville, *Gaz. Pal.*, n° H.S., 28 juin 2022, p. 10.

aux difficultés de l'entreprise. Il est mis en capacité de jongler avec les différents outils du droit des entreprises en difficulté pour apporter le meilleur traitement à ses difficultés.

213. Le défaut d'anticipation du débiteur le conduit au sein du système contraignant des procédures curatives sur lesquelles il perd le contrôle quant au devenir de son entreprise. Les mesures curatives ne misent pas sur l'action, l'initiative du débiteur dans la stratégie de sauvetage, mais sur des mesures draconiennes de redressement. En revanche, la liquidation judiciaire est l'occasion pour le chef d'entreprise de reprendre prise sur son destin par les possibilités de rebond qu'elle offre. C'est une action du débiteur, l'anticipation ou le défaut d'anticipation, qui détermine la façon dont seront gérées les difficultés de l'entreprise. Par ce biais, le débiteur détermine lui-même sa marge d'action future, et la méthode de gestion qui sera appliquée à l'entreprise. L'anticipation du débiteur, l'exercice de sa volonté, est la nouvelle notion pivot du droit des entreprises en difficulté.

Conclusion du Titre 1

214. Le regard économique posé sur les défaillances des entreprises a conduit à l'extinction du droit de la faillite au profit du droit des entreprises en difficulté. Contrairement au droit de la faillite, c'est une logique économique qui innerve le droit des entreprises en difficulté. Le sauvetage des entreprises est au cœur de la législation et non plus la sanction du non-respect de l'engagement du débiteur envers ses créanciers.

215. Les enjeux économiques que présente cette matière invitent à faire primer l'impératif d'efficacité des normes sur toute autre valeur au nom de la compétitivité du droit. Les règles du droit des entreprises en difficulté sont construites et aménagées dans le dessein essentiel de permettre le sauvetage des entreprises. En ce sens, les mesures qui ont pour but d'inciter le débiteur à la prévention des difficultés ne sont conçues que comme des instruments au service du sauvetage de l'entreprise. C'est en vue de la réalisation de cet objectif qu'elles sont pensées et c'est en raison de leur capacité à sauver les entreprises qu'elles sont légitimées.

216. Parallèlement à cet objectif essentiel, le législateur aspire à réduire l'impact économique de la liquidation de l'entreprise si celle-ci ne parvient pas à être sauvée. C'est en ce sens que l'on peut comprendre le développement récent de l'objectif de rebond du dirigeant ou du chef d'entreprise. Le rebond promu par le législateur est envisagé comme une mesure économique. Une conséquence de cette logique économique est l'importance de la place accordée à la volonté du débiteur au sein du droit des entreprises en difficulté. En effet, la prévention des difficultés étant un moyen efficace de sauver les entreprises, le droit s'efforce d'inciter le débiteur à y recourir en lui octroyant certains avantages. De même, c'est parce que le rebond du chef d'entreprise semble économiquement plus bénéfique que de le laisser crouler sous le poids de ses dettes que les règles visent à faciliter sa libération. Le droit des entreprises en difficulté est un instrument juridique au service de l'économie. En se mettant au service de l'économie, la structure de ce droit s'est assouplie au profit de plus d'efficacité. Cette souplesse profite au débiteur qui devient véritablement acteur de la gestion des difficultés de l'entreprise. Plus que son état de difficulté, c'est l'action d'anticipation du débiteur qui recourt aux procédures préventives ou son potentiel choix de ne pas anticiper qui détermine les outils qu'il pourra solliciter et le traitement qui lui sera réservé.

Titre 2. Des procédures collectives instrumentalisées

217. Les procédures collectives peuvent être instrumentalisées par le débiteur, dès lors qu'elles ne sont plus conditionnées à ce pour quoi elles ont été créées ; lorsqu'elles ne sont pas mises en œuvre pour sauver ou liquider une entreprise. Tel est le cas dès lors qu'une procédure n'est pas ouverte à l'encontre ou au bénéfice d'une entreprise précisément. Le législateur manifeste une difficulté à manier le concept économique d'entreprise, bien qu'il soit l'objet du droit des entreprises en difficulté. Cette contradiction se révèle principalement au moment de l'ouverture d'une procédure collective. La logique juridique portée par la théorie du patrimoine conduit à identifier un débiteur plus qu'une entreprise. Cela ne porterait pas à conséquence si le juge du droit des entreprises en difficulté appliquait la méthode adéquate d'interprétation pour se saisir efficacement du concept économique d'entreprise. En n'intégrant pas la dimension économique de ce droit dans son raisonnement pour décider de l'opportunité d'ouvrir une procédure collective, le juge se fait vecteur de l'instrumentalisation. L'ouverture de la procédure est détachée de sa raison d'être, le droit est affranchi de son objet : l'entreprise (Chapitre 1).

218. Dès lors, les débiteurs qui ne représentent pas des entreprises peuvent assigner aux procédures collectives des finalités étrangères à leur raison d'être. Se refusant à apprécier les raisons pour lesquelles le débiteur demande le bénéfice d'une procédure collective, le juge ne permet pas de tenir compte d'une éventuelle instrumentalisation des procédures collectives. Le pouvoir accordé au débiteur de solliciter l'ouverture d'une procédure collective ne se trouve alors soumis ni à l'existence d'une entreprise ni à ses mobiles. Il n'y a alors pas de moyens, objectif comme subjectif, de contrôler que la procédure est utilisée conformément à sa raison d'être. L'ouverture de la procédure collective est détachée des intentions de son sujet : le débiteur (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Des procédures collectives affranchies de leur objet : l'entreprise

219. Le droit des entreprises en difficulté participe à l'équilibre du tissu économique en traitant les difficultés des entreprises afin de sauver l'activité économique et, à défaut, en organisant la réintégration des personnes physiques et des actifs dans le circuit économique. Les procédures collectives sont conçues comme des moyens d'assurer la vocation économique de ce droit, en sauvegardant, en redressant, en cédant ou, à défaut, en liquidant du mieux possible l'entreprise. Le champ d'application des procédures collectives est déterminé par leur rôle. Ce rôle économique implique que le bénéfice de telles procédures soit réservé aux entreprises dont l'activité économique est mise en péril ou menacée de disparaître.

220. Mais, si les procédures collectives sont désormais pensées comme des instruments au service du traitement économique de l'entreprise, elle demeure, en même temps, une procédure d'exécution sur les biens d'une personne juridique. L'ouverture de la procédure devient le lieu de l'opposition de deux cohérences qui coexistent et s'affrontent en son sein : la logique économique qui amène à se saisir de l'entreprise et de la logique juridique qui nécessite que la procédure soit appliquée à une personne juridique. L'entreprise, concept économique, n'a pas de réalité juridique. Cette entité n'étant pas dotée de la personnalité juridique, le droit des entreprises en difficulté va se raccrocher à la structure juridique d'accueil de l'entreprise pour appliquer la procédure. Bien que l'entreprise soit l'objet de ce droit, le sujet est la personne juridique qui l'exploite. Dès lors que l'entreprise déborde les contours de la personne juridique auxquels s'applique la procédure ou que celle-ci ne reflète pas une entreprise, la procédure est détournée de sa raison d'être. L'application du droit des entreprises en difficulté ne dépend pas ainsi, paradoxalement, de la présence d'une entreprise (Section 1).

221. Cependant, le caractère économique de la matière conduit à ne pas considérer le défaut de traduction juridique de l'entreprise comme un obstacle. Au contraire, cela constituerait une méthode de formulation de la règle de droit, de la législation, qui impose une analyse téléologique[679]. G. Farjat souligne que le droit économique se caractérise davantage par ses méthodes d'analyse que par son contenu[680]. Si la doctrine juridique classique repose sur une

[679] V. FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 107.
[680] *Ibid.*

analyse formelle[681] des règles de droit[682], le droit économique met en place une méthode téléologique qui est éclairée par l'analyse substantielle afin de permettre l'adaptabilité de la règle et d'accroître son efficacité[683]. Cette méthode confère au juge un rôle important, celui de régulateur de la logique économique[684] en s'imposant comme le gardien des finalités des procédures. Cependant, pour décider de l'ouverture d'une procédure collective, le juge se détache d'un tel raisonnement en principe associé à l'utilisation de concept économique comme celui d'entreprise[685] pour s'en tenir à une approche formelle. La méthode d'application du droit des entreprises en difficulté n'est pas en conformité avec sa conception (Section 2).

Section 1 : Le débiteur détaché de l'entreprise

222. La reconnaissance du rôle économique et social fondamental joué par l'entreprise a fait évoluer le droit de la faillite en droit des entreprises en difficulté. Ce mouvement animé par une perception économique du phénomène de la défaillance conduit à faire de l'entreprise l'objet de ce droit. Si les procédures collectives sont aujourd'hui perçues comme des mesures de sauvetage des acteurs économiques, elles demeurent encore fondamentalement marquées par leur origine de procédures d'exécution sur les biens du débiteur. Au stade de l'ouverture des procédures collectives, ces deux aspirations s'affrontent. Tandis que la logique économique a fait émerger l'entreprise comme objet du droit des entreprises en difficulté (§1), la logique juridique impose qu'une personne juridique soit le sujet de ce droit. Si la personne juridique, le débiteur, ne coïncide pas avec l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté devient un droit du débiteur en difficulté (§2).

§1 – L'entreprise, objet du droit des entreprises en difficulté

223. Les règles du droit des entreprises en difficulté participent à cerner les contours et les différents aspects de l'entreprise sans chercher pour autant à la définir juridiquement. L'intérêt de ce droit pour l'entreprise est la résultante du regard économique porté sur le phénomène de

[681] V. *infra* n° 269.
[682] REIS (P.), « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2007, p. 191.
[683] *Ibid.*, p. 201.
[684] BOY (L.), « L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ? », *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRAIAINEN (F.) (coord.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 335.
[685] En ce sens, SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 421.

défaillance. C'est pourquoi cette dernière demeure à l'état de concept économique en son sein, tout en devenant son fondement (A). Ceci se vérifie au sein des règles de ce droit. Ce que le droit des entreprises en difficulté cherche à sauver est, avant tout, l'activité économique (B).

A- L'entreprise, organisation fondatrice du droit des entreprises en difficulté

224. **Cœur des préoccupations du droit**. La permanence de l'entreprise est un objectif du droit des procédures collectives depuis la loi de 1967 qui a instauré la séparation de l'homme et de l'entreprise[686]. Dès lors, le traitement des difficultés de l'entreprise est devenu une préoccupation majeure de ce droit en raison de ses implications économiques et sociales essentielles. Le droit ne pouvait ignorer plus longtemps la réalité fondamentale que représente l'entreprise, souvent considérée comme « l'un des fondements de notre société industrielle, technico-scientifique et urbaine »[687]. La distinction de l'entreprise et de l'entrepreneur s'est imposée par souci d'efficacité économique, de pérennisation de l'entreprise[688]. C'est en mettant en son cœur le concept économique d'entreprise que le droit de la faillite a pris progressivement les traits d'un droit économique[689]. L'entreprise appréhendée sous l'angle de l'activité économique, comme maille du tissu économique, est la raison d'être du droit des entreprises en difficulté[690]. En effet, dès 1967 l'entreprise est envisagée dans sa dimension économique, dans sa participation à l'activité de la nation, afin de décider si elle devait ou non être sauvée[691]. La procédure prévue par l'ordonnance de 1967[692], avec laquelle la procédure de sauvegarde partage certains aspects[693], avait pour but de tendre à faciliter le redressement économique et financier des entreprises « dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale »[694]. C'est donc bien en considération de leur activité économique que ces entreprises méritaient d'être sauvées. Encore en 2005, lors de l'adoption de la loi de sauvegarde, le législateur présentait la sauvegarde comme un moyen de sauvetage

[686] Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.
[687] CHAMPAUD (C.), « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, Chron., XXIV, 1967.
[688] BARTHELEMY (J.), « Nos petites entreprises au seuil du XXIe siècle – quelles réponses juridiques aux défis socio-économiques. Regards prospectifs croisés : quelles pistes pour de nouvelles solutions ? » (Table ronde), *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2003, p. 40.
[689] CHAMPAUD (C.), « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé », *RJC*, 1976, p. 253, p. 255.
[690] DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, sous la dir. LE NABASQUE (H.), thèse Paris X Nanterre, dir. 2005, p. 239.
[691] OLIVIER (D.), *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, thèse, Paris 2, 1972, p. 44.
[692] Ord., n° 67.1255 du 23 sept. 1967.
[693] Cette procédure concernait les entreprises qui n'étaient pas en cessation des paiements et ne prévoyait pas de sanction. V. OLIVIER (D.), *op. cit.*, p. 23.
[694] Art. 1e Ord., n° 67.1255 du 23 sept. 1967.

des entreprises, envisagées dans leur dimension économique et sociale[695]. C'est ainsi l'entreprise, en tant qu'activité économique, qui est au cœur des objectifs du droit des entreprises en difficulté. L'entreprise constitue la raison d'être de ce droit, et comme elle est une organisation fondatrice, le traitement de ses difficultés possède un statut d'ordre public[696]. L'approche économique des conséquences de la défaillance de l'entreprise a conduit à faire du sauvetage de l'entreprise l'objectif primordial du droit des entreprises en difficulté. La finalité poursuivie par le droit des entreprises en difficulté doit mettre en lumière son objet, l'entreprise qui doit être sauvée en guidant le juge dans son application et interprétation de la loi[697].

225. **Une notion variable fonctionnelle**. Bien que l'entreprise[698] soit une réalité économique et sociale aux fondements de ce droit, elle n'a pourtant pas de réalité juridique propre[699]. Comme le notait Ripert, « notre droit a le sentiment de l'existence de l'entreprise, mais il n'arrive à le saisir que dans l'application de certaines règles spéciales[700] ». Le droit des entreprises en difficulté a fait du sauvetage de l'entreprise un enjeu majeur de sa législation. L'étude de ses règles doit pouvoir permettre de comprendre ce qu'il entend par entreprise. Que cherche-t-il exactement à sauver, et que constitue fondamentalement l'entreprise au sens du droit des entreprises en difficulté ?

226. L'entreprise est souvent définie comme une organisation économique et sociale, comportant une activité économique, un ensemble de moyens humains et matériels affectés à la conduite et à la réalisation de cette activité, un centre de décision et de pouvoir, une communauté humaine organisée, un centre d'intérêt, un objet d'organisation[701]. L'entreprise est un concept économique pour lequel il existe diverses définitions et façons de

[695] SAINTOURENS (B.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n° 3, p. 203.
[696] CHAMPAUD (C.), *art. cit.*, *RJC*, 1976, p. 253.
[697] AUBERT (F.), « Les finalités des procédures collectives », in *Prospectives du droit économique, Dialogue avec Michel Jeantin*, 1999, p. 367.
[698] Sur la notion d'entreprise : V. BLANC (G.), « Les frontières de l'entreprise en droit commercial », *D.*, 1999, chr., p. 415-418 ; DIDIER (P.), « Une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 84 ; PAGES (J.), « De l'irréductible et incontournable entreprise », in *Prospectives du droit économique, Dialogue avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 849-857 ; FRIEDEL (G.), « À propos de la notion d'entreprise… », in *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 97 ; MERCADAL (B.), « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derrupé*, Litec, 1991, p. 9.
[699] PAILLUSSEAU (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2003, p. 260. ; SERLOOTEN (P.), « La personnalisation de l'entreprise : réflexion à propos du rapport Grandguillaume », *BJS*, fév. 2014, n° 2, p. 126.
[700] RIPERT (G.), *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, n° 123.
[701] PAILLUSSEAU (J.), « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.*, 1997, p. 97 ; PAILLUSSEAU (J.), *art. cit.*, *D.*, 2003, p. 260.

l'appréhender[702]. Mais une chose apparaît caractéristique de l'entreprise, c'est l'activité économique[703]. L'exercice d'une activité économique indépendante serait le critère le plus révélateur d'une entreprise[704]. On en trouve confirmation au sein du droit de la concurrence, droit économique par excellence, pour lequel le caractère non économique de certaines activités fait échapper l'organe qui les exerce au champ d'application du droit de la concurrence[705].

227. **L'entreprise, une entité dynamique**. L'entreprise, bien qu'omniprésente au sein de diverses branches de droit, n'a pas de définition juridique unique. Chaque branche du droit ne perçoit pas l'entreprise sous les mêmes composantes. On observe une diversité d'approche selon le domaine dans lequel elle est envisagée. En droit social, l'entreprise est perçue comme une collectivité organisée formant le cadre de travail du salarié. Elle apparaît comme un acteur de marché, un centre de décision et d'activité au sein du droit de la concurrence[706]. Dans ce contexte, la notion d'entreprise doit alors être entendue comme toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement[707]. Quand est envisagée sa cession, l'entreprise est davantage regardée comme un ensemble d'actifs, un groupement de biens[708]. Pour d'autres, l'entreprise constitue, juridiquement, un réseau de contrats et de droits de propriété qui, en tant qu'ensemble, n'a pas d'existence juridique propre [709]. L'entreprise serait alors une notion fonctionnelle[710], raison pour laquelle elle prend un sens différent d'une branche du droit à l'autre. La notion doit être replacée dans son contexte pour en saisir les contours. C'est pourquoi il convient de vérifier ce que le droit des entreprises en difficulté cherche à sauvegarder.

228. À cet effet, la référence au concept économique d'entreprise dans l'intitulé même de ce droit n'est pas anodine et souligne bien qu'il n'a pas pour objet des sujets de droit, mais des

---

[702] Pour Truchy, « l'entreprise est l'unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique » : TRUCHY (H.), « Cours d'économie politique », *Rev. D'histoire économique et sociale*, Vol. 9, n° 1-4, 1921, p. 176.

[703] Activité de production, de transformation, de distribution de bien et de prestation de services ou de certaines de ses fonctions. Ces biens ou ces services sont vendus sur un ou plusieurs marchés.

[704] Selon la jurisprudence de l'Union, constitue une entreprise, une entité qui exerce une activité économique et apparaît comme un opérateur indépendant sur le marché : CJCE, 23 avr. 1991, Höfner, aff. C-41/90.

[705] Sur la notion d'entreprise, V. BLANC (G.), « Les frontières de l'entreprise en droit commercial », *D.*, 1999, chron., p. 415.

[706] BLAISE (J.-B.), DESGORCES (R.), *Droit des affaires*, LGDJ, coll. Manuel, 2021, 11e éd., n° 333.

[707] CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 1979. - TPICE, 22 oct. 1997, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, Stichting Certifcatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) et Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) c/ Commission : *Rec. CJCE*, 1997, II, p. 1739.

[708] BLAISE (J.-B.), DESGORCES (R.), *op. cit.*, n° 333.

[709] ROBE (J.-Ph.), *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, A droit ouvert, 2015, p. 262 ; V. SAVATIER (J.), « Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée », in *Mélanges Savatier*, 1961, p. 866.

[710] BLAISE (J.-B.), DESGORCES (R.), *op. cit., loc. cit.*

activités, des potentialités et des exploitations[711]. C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'extension du champ de ce droit en faveur des personnes exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale, et à toute personne morale de droit privé[712]. Dès lors, ce n'est plus la qualité de commerçant, la qualité du débiteur qui est au cœur du dispositif, mais l'activité[713]. L'entreprise, perçue comme une « (…) une unité économique et sociale défaillante »[714] est l'objet de ce droit qui a pour but d'éviter la disparition de cette entité[715].

B- L'activité économique, critère organique de l'entreprise

229. L'entreprise constitue « une cellule sociale et économique « vivante » »[716]. Les difficultés de l'entreprise dévoilent son essence profonde. L'analyse des règles de traitement des difficultés conduit à identifier tout ce qui n'est pas nécessaire à la survie de l'entreprise (1°). L'entreprise est recentrée sur son essence, sur ce que cherche réellement à sauver le droit des entreprises en difficulté, à savoir l'activité économique et les emplois qui y sont attachés (2°).

1°) L'entreprise délestée des éléments non nécessaires à sa survie

230. Finalement, le droit des entreprises en difficulté concentre l'entreprise sur son activité. Ces diverses composantes vont pouvoir être utilisées pour sauvegarder l'activité. C'est en cela qu'il faut comprendre les possibilités offertes au tribunal de mettre à l'écart les dirigeants et les actionnaires lorsque l'entreprise le requiert.

231. **Entreprise, distincte de son dirigeant.** Comme cela est admis depuis la loi de 1967, l'activité économique que l'on cherche à sauver n'est pas dépendante des dirigeants. L'article L. 631-19-1 du Code de commerce permet au tribunal, sur demande du ministère public, de subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, lorsque le redressement de l'entreprise le requiert. Cette possibilité de porter atteinte aux droits et pouvoirs des dirigeants met en lumière l'objet qu'est l'entreprise, concept plus économique

[711] AUBERT (F.), « Les finalités des procédures collectives », in *Prospectives du droit économique, Dialogue avec Michel Jeantin*, 1999, p. 368.
[712] Extension du champ réalisé par la loi de sauvegarde de 2005.
[713] DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le débiteur », in *Le DED après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* (dir.), IFR Actes du colloque n°30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Univ. Toulouse 1 capitole, p. 91.
[714] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 6.
[715] DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 244.
[716] *Ibid.*

que juridique, sur laquelle ces personnes n'exercent pas de droits. Les droits et pouvoirs dont disposent les dirigeants et les associés ne découlent que de la structure juridique qui organise en partie l'entreprise, mais pas de l'entreprise directement. L'objet véritable du droit des entreprises en difficulté, cette réalité économique peu palpable et dynamique se dévoile à cette occasion. L'objectif de la loi n'est pas de sauver l'écorce de l'entreprise, son organisation ou « enveloppe » juridique, mais bien de préserver l'entité économique regroupant un ensemble de moyens matériels et humains affectés à une activité économique[717].

232. La cession de l'entreprise, analysée comme une mesure de sauvetage de l'entreprise, met en évidence le même constat. Le dirigeant de l'entreprise n'est pas l'entreprise, et ce n'est pas ce que cherche à sauver le législateur par ce mécanisme. Ceci est confirmé au sein du Rapport fait au Président de la République sur l'ordonnance du 20 mai 2020 lorsqu'il fait valoir des mesures propres à faciliter « la cession des entreprises en difficulté (…), dès lors que celles-ci sont viables et si le débiteur n'est pas en mesure d'assurer lui-même la poursuite de l'activité dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement »[718].

233. **Entreprise distincte de ses actionnaires**. L'entreprise est distincte de ses actionnaires. Effectivement, lorsqu'une recapitalisation de la société apparaît comme la seule solution pour permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie et au bassin d'emploi, le tribunal peut, à la demande de l'administrateur ou du ministère public, priver les actionnaires récalcitrants de leur droit de vote ou procéder à la cession forcée de leurs titres[719]. Les actionnaires peuvent être exclus pour sauver l'entreprise.

234. **Entreprise distincte de ses actifs**. L'entreprise n'est pas non plus réductible à ses moyens matériels, lesquels peuvent être réalisés aussi à la faveur de la poursuite de l'activité, à condition bien évidemment qu'il ne s'agisse pas d'un bien nécessaire à l'activité. Effectivement, la cession a pour but d'assurer la survie de l'entreprise cédée par la poursuite de l'activité du débiteur à laquelle le cessionnaire doit se livrer à l'aide des biens affectés à cette activité[720]. C'est pourquoi, ne peut être considérée comme une cession d'entreprise la vente portant exclusivement sur des immeubles, des meubles meublants et des automobiles[721]. Dans le même sens, la cour d'appel de Metz avait considéré que bien que le droit au bail soit un

[717] PAILLUSSEAU (J.), « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, n° 24.
[718] Rapport fait au Président de la République sur ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020.
[719] V. C. com., art. L. 631-19-2.
[720] CA Paris, 23 juill. 1992 ; *D.*, 1992, chron. 301., obs. DERRIDA (J.).
[721] CA Paris, 14 déc. 1993 ; *D.*, 1996, somm. 5, obs. DERRIDA (J.).

élément essentiel du fonds de commerce, il ne forme pas à lui seul l'entreprise, et ne constitue pas un ensemble d'éléments d'exploitation propre à former une branche complète et autonome d'activité[722].

235. Cela implique que lorsque l'entreprise, en tant qu'ensemble de moyens humains et matériels, des dirigeants, des actionnaires, dans le cas des sociétés par actions, ne peut subsister en raison des difficultés, le droit des entreprises en difficulté recentre l'entreprise autour de l'activité économique qui est son critère organique. L'activité économique est exercée à l'aide de divers moyens. Au sein de ces moyens, l'emploi apparaît essentiel. L'activité économique ne peut être envisagée sans emploi, mais peut exister sans tous les emplois. Pour sauver l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté cherche avant tout à préserver son essence, l'activité économique, avec les éléments nécessaires à la poursuite de cette activité.

2°) L'entreprise recentrée sur son activité économique et les emplois

236. L'objectif assigné par le législateur à la procédure de sauvegarde est de « faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien des emplois et l'apurement du passif »[723]. Le redressement judiciaire est conçu pour permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien des emplois et l'apurement du passif[724]. Il est souvent avancé que ces éléments concourent à une finalité commune : la poursuite de l'activité économique. Il ne peut pas y avoir poursuite d'activité sans employés, et la poursuite serait compromise sans apurement du passif. Le maintien des emplois apparaît comme un corollaire de la survie de l'activité économique laquelle se caractérise par le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché donné[725].

237. Le lien presque organique entre l'activité et les emplois est mis en lumière au sein de la liquidation judiciaire. En mettant fin à l'activité, tous les emplois qui y sont attachés sont supprimés. La liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens[726]. Il y a différente manière de comprendre la finalité de la liquidation judiciaire. Elle semble en avoir deux, sous la forme d'une alternative : soit il est mis fin à l'activité pour que la

[722] CA Metz, 13 fév. 1990 ; *D.*, 1991, somm. 13, obs. DERRIDA (J.). V. aussi SENECHAL (M.), *LPA*, 2 avr. 1990.
[723] C. com., art. L. 620-1, al. 2.
[724] C. com., art. L. 631-1, al. 2.
[725] CJCE, 25 oct. 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99.
[726] C. com., art L. 640-1.

liquidation puisse remplir sa fonction de saisie du patrimoine du débiteur, soit un plan de cession est mis en place, et dans ce cadre, cela peut supposer une poursuite exceptionnelle de l'activité[727]. Mais la cession est présentée comme une modalité de réalisation de l'actif du débiteur[728]. Finalement, la cession permet à la fois de réaliser le gage dans le cadre d'un plan de cession de l'activité, et un sauvetage de l'activité économique[729]. La cession peut à la fois servir de moyen de liquidation, et se présente en même temps comme une mesure de continuation de l'activité de l'entreprise dans les mains du cessionnaire. Si l'on conçoit l'entreprise principalement sous l'angle de l'activité économique, lorsque la cession permet de continuer l'activité, il faut considérer que la cession est une solution de sauvetage de l'entreprise.

238. Effectivement, le législateur confère à la cession de l'entreprise le but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés, et d'apurer le passif. Lorsque la cession est partielle, « elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités »[730]. Le lien fait encore une fois entre le maintien d'activité et le maintien des emplois, montre que c'est ce qui caractérise l'entreprise. « Malgré le basculement du plan de cession dans la liquidation judiciaire, celui-ci a toujours pour finalité de maintenir l'activité, sauvegarder l'emploi et apurer le passif »[731], donc de sauvegarder l'entreprise. « La reprise de l'ancien article L. 621-83 a témoigné du souci du législateur de sauvegarder, si possible, l'entreprise, même en cas de liquidation judiciaire. Ce qui correspond à l'intitulé de la loi de « sauvegarde de l'entreprise » »[732]. C'est ainsi, que doit être rejetée une offre de reprise partielle portant sur des actifs immobiliers d'une société marchand de biens, dès lors que celle-ci n'a plus de salariés[733]. Le maintien des emplois est une donnée importante s'agissant des plans de cession[734]. Les offres de reprises doivent comporter des indications quant aux actifs repris, aux prévisions d'activité et de financement, du prix et modalités de règlement, « du niveau et des

[727] LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROEHLICH (Ph.), LUCAS (F.-X.), « La loi de sauvegarde article par article », *LPA*, 9 fév. 2006, n° 29, p. 4.
[728] C. com., art. L. 642-1.
[729] En ce sens, LIENHARD (A.), PISONI (P.), *Code des procédures collectives*, Dalloz, 20e éd., 2022, comm. ss. L. 642-2.
[730] C. com., art. L. 642-1.
[731] LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROEHLICH (Ph.), LUCAS (F.-X.), *art. cit*., *LPA*, 9 fév. 2006, n° 29, p. 4.
[732] LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 9e éd., 2020-2021, n° 124. 21.
[733] CA Paris, 7 juill. 1995 ; *Dr. sociétés*, 1995, n° 240, obs. Chaput (Y.) ; *Rev. proc. coll*., 1996. 467, obs. SOINNE (B.).
[734] V. MAZEAUD (D.), « Les cessions d'entreprise ou de partie d'entreprise depuis la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises », *Dr. soc., janv. 2006, p. 12, spéc. p. 15*

perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée… »[735]. Parmi ces différents éléments, ce qui est essentiel aux yeux du tribunal est la perspective des emplois. La loi dispose que « le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution »[736].

239. Le maintien des emplois apparaît comme une finalité essentielle, à même de justifier des entorses à la législation. C'est au nom du maintien des emplois qu'au sein des ordonnances Covid la cession de l'entreprise a été encouragée en assouplissant l'interdiction faite au débiteur et à ses proches de faire des offres de reprises[737]. À cet égard, le rapport au Président de la République fait valoir qu'il « se peut (…) que les dirigeants de la personne morale en liquidation judiciaire soient en mesure de préserver les emplois en reprenant l'entreprise dans le cadre d'un plan de cession ». Jusqu'au 31 décembre 2020, le débiteur ainsi que l'administrateur judiciaire ont pu former une requête d'autorisation dérogatoire de la cession au profit d'un dirigeant, « lorsque la cession envisagée est en mesure d'assurer le maintien des emplois »[738]. Bien que le maintien des emplois soit un corollaire du sauvetage de l'activité économique, il peut être porté atteinte à ceux-là pour préserver celle-ci. Les plans de continuation et de cession peuvent prévoir des licenciements pour préserver l'activité. En vertu de l'article L. 626-2, le projet de plan de sauvegarde « expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité »[739].

240. En conclusion, les règles du droit des entreprises en difficulté mettent en évidence ce qui est digne d'être sauvé : l'activité économique et les emplois qui y sont attachés. C'est ce qui constitue l'essence de l'entreprise, l'objet du droit des entreprises en difficulté.

§2- Le débiteur sujet du droit des entreprises en difficulté

241. La procédure collective a pour sujet un débiteur personne physique ou personne morale et normalement pour objet une entreprise que ce débiteur exploite[740]. La spécificité de la

[735] V. C. com., art. L. 642-2.
[736] C. com., art. L. 642-5.
[737] En vertu de C. com., art. L. 642-3, V. DEDESSUS LE MOUSTIER (G.), « Covid-19 et cession de l'entreprise en liquidation judiciaire : facilitons le maintien des emplois ! », *LEDEN*, juin 2020, n° 6, p. 5.
[738] Ce dispositif d'autorisation dérogatoire de la cession au profit d'un dirigeant existait déjà, mais ne pouvait être fait que sur requête du ministère public. L'ordonnance Covid n'a alors procédé qu'à une modification procédurale : V. PETIT (F.), obs. ss. T. com. Marseille, 14 sept. 2020 : *APC*, 2020, nº 216.
[739] Article applicable au plan de redressement par renvoi de L. 631-21 C. com.
[740] DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le débiteur », in *Le DED après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* (dir.), IFR Actes du colloque n°30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Univ. Toulouse 1 capitole, p. 91.

procédure nécessite l'identification d'un sujet de droit porteur d'un patrimoine (A). L'ouverture de la procédure est conditionnée à l'existence de ce sujet de droit, lequel ne coïncide pas nécessairement avec l'entreprise. Dans les cas où la notion de débiteur ne rencontre pas celle d'entreprise, le droit des entreprises en difficulté n'a plus pour objet l'entreprise, mais seulement le patrimoine de la personne juridique support de l'entreprise (B).

A- Le nécessaire support juridique de l'entreprise

242. L'effet réel attaché à la procédure collective implique que seule une personne juridique puisse faire l'objet de telles procédures (1°). C'est pourquoi, faute de personnalité juridique, ce n'est pas l'entreprise qui est sujet de la procédure, mais bien le débiteur personne physique ou personne morale (2°).

1°) Une procédure qui s'applique à une personne juridique.

243. **La procédure, une voie d'exécution**. Traditionnellement, la procédure collective est une voie d'exécution qui se traduit par « la saisie collective des biens d'un entrepreneur et la distribution organisée, à ses créanciers, du prix desdits biens »[741], ce qui a été appelé « effet réel »[742] des procédures collectives. La vocation économique plus récente de ce droit, accompagné d'un regard renouvelé sur l'entreprise n'a pas détaché le droit des procédures collectives de ce socle traditionnel[743]. La finalité de paiement des créanciers demeure liée à la procédure collective, même si elle n'est plus considérée comme l'objectif majeur du droit des entreprises en difficulté. Les instruments juridiques qui concourent à la réalisation de cette finalité sont toujours présents au sein de ce droit et conduisent à identifier un patrimoine pour mettre en application la procédure. C'est en ce sens que « l'effet réel considéré comme la saisie collective du gage commun des créanciers ravive les conceptions les plus traditionnelles du droit des entreprises en difficulté (…) »[744].

244. **Le patrimoine du débiteur, gage des créanciers**. Si, comme l'a relevé la doctrine, l'évolution du droit des entreprises en difficulté a bouleversé la portée du principe de l'effet réel en portant atteinte à l'effet de saisie collective, il conserve néanmoins sa fonction de

[741] SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préface de MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), Litec, 2002, Bibl. de droit de l'entr., p. 10.
[742] *Ibid*.
[743] *Ibid*., p. 11.
[744] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « L'effet réel », in *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, LE CORRE (P.-M.) (dir.), Dalloz, 2018, p. 63.

détermination du périmètre patrimonial de la procédure[745]. La procédure collective s'applique à un patrimoine qui constitue le gage commun des créanciers. Qui dit patrimoine dit sujet de droit en référence à la théorie d'Aubry et Rau. Selon cette théorie, le patrimoine est conçu comme l'émanation et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie. Seules les personnes juridiques disposent d'un patrimoine, et en principe chaque personne juridique, chaque sujet de droit ne peut disposer que d'un patrimoine. En conséquence, on ne peut concevoir un patrimoine soumis à l'effet réel de la procédure collective sans identifier un sujet de droit[746], une personne juridique, physique ou morale. La création d'une personne morale fait naître un patrimoine social autonome sur lequel seuls les créanciers de cette personne morale ont un droit de poursuite individuelle[747].

245. En rendant automatique la séparation du patrimoine professionnel du patrimoine personnel des entrepreneurs individuels[748], la loi du 14 février 2022[749] apparaît au même titre que le statut de l'EIRL comme un sacrifice de la théorie du patrimoine sur l'hôtel du rebond du débiteur[750]. Ce nouveau statut octroie à l'entrepreneur individuel la majeure partie de la protection du patrimoine personnel conférée au régime de l'EIRL[751]. Le patrimoine de l'entrepreneur individuel sera dédoublé afin de protéger son patrimoine personnel des aléas de l'activité économique[752]. Le but de cette mesure est de favoriser l'entrepreneuriat en dispensant l'entrepreneur individuel du formalisme complexe de la constitution en EIRL, statut qui a alors vocation à s'éteindre progressivement. À l'image d'un patrimoine affecté à l'activité de l'EIRL[753], seul le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel pourra faire l'objet d'une procédure collective. L'entrepreneur individuel est alors titulaire de deux patrimoines, et le débiteur n'est que le titulaire du patrimoine affecté par la procédure. Les besoins de l'économie conduisent alors le législateur à revenir sur la théorie selon laquelle chaque

[745] *Ibid*., p. 65.
[746] MARTIN (R.), « Personne et sujet de droit », *RTD civ*., 1981, p. 785.
[747] SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préface de MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), Litec, 2002, Bibl. de droit de l'entr., p. 612.
[748] C. com., art. L. 526-22.
[749] Loi n° 2022-172 du 14 févr. 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.
[750] V. MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), *art. cit., in Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, LE CORRE (P.-M.) (dir.), Dalloz, 2018, p. 63.
[751] Exposé des motifs de la Loi n° 2022-172 du 14 févr. 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.
[752] V. HENRY (L.-C.), « Détachement du patrimoine de l'entrepreneur », in *Le DED après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, MACORIG-VENIER (F.) (dir.), IFR Actes du colloque n°30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Univ. Toulouse 1 capitole, p. 37.
[753] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), *art. cit., in Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, LE CORRE (P.-M.) (dir.), Dalloz, 2018, p. 63.

personne ne peut disposer que d'un patrimoine, mais elle ne remet pas en cause en revanche l'idée que seule une personne juridique peut être titulaire d'un patrimoine.

246. « Si les idées évoluent, le droit des entreprises en difficulté reste encore profondément ancré dans une logique patrimoniale »[754]. La théorie du patrimoine, bien qu'aménagée, demeure étroitement liée au droit des entreprises en difficulté[755]. La nature de voie d'exécution de la procédure collective implique d'identifier les frontières du gage commun des créanciers, qui sont alors celles du patrimoine du débiteur[756].

2°) Le débiteur appréhendé à l'ouverture de la procédure collective

247. Le droit des entreprises en difficulté aurait vocation à s'appliquer à l'entreprise et à son activité économique, ainsi qu'au débiteur et son patrimoine[757]. Bien que ce droit ait pour objet l'entreprise en tant qu'activité économique, l'ouverture de la procédure collective, voie d'exécution sur les biens du débiteur, confère au patrimoine le statut d'objet de la procédure. Par conséquent, le débiteur, personne juridique, détenteur de ce patrimoine, est le sujet de la procédure. Or, l'entreprise n'étant pas reconnue comme un sujet de droit, n'étant pas titulaire de la personnalité morale, elle ne peut disposer d'un patrimoine qui serait le gage commun des créanciers. L'effet réel de la procédure collective empêche que l'entreprise au sens économique puisse être soumise à une procédure collective. Le droit des entreprises en difficulté a alors fait de la structure juridique d'accueil de l'entreprise, la plupart du temps, la société[758] personne morale[759] ou la personne physique, le sujet de la procédure collective. Seules des personnes juridiques sont assujetties à la législation du livre VI du Code de commerce[760]. Effectivement, les textes précisent, qu'est soumis aux dispositions du livre VI du Code de commerce, « toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole (…) et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale (…) ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »[761].

---

[754] *Ibid.*
[755] DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 17.
[756] SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préface de MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), Litec, 2002, Bibl. droit de l'entreprise, p. 33.
[757] VINCENT (C.), « La qualité du débiteur dépourvu d'entreprise », *JCP E*, 9 juin 2016, p. 1340.
[758] V. PAILLUSSEAU (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2003, p. 260.
[759] La société comme toute personne morale est dotée de la personnalité juridique. V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. AMIEL-DONAT (J.), LGDJ, Bibl. droit privé, 1997, p. 197 et s.
[760] V. pour les personnes morales : DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 17.
[761] C. com., art. L. 620-2 ; L. 631-2 ; L. 640-2.

248. Au moment de l'ouverture de la procédure collective, le droit cherche à se saisir de l'entreprise par le biais des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, mais aussi les personnes morales de droit privé, en plus des sociétés commerciales[762]. La procédure collective ne s'applique dès lors non pas à une entreprise, mais à une personne juridique disposant d'un patrimoine. Ainsi, c'est la structure juridique d'accueil de l'entreprise qui est le sujet de ce droit. C'est pourquoi le Professeur Paillusseau avait considéré que l'entreprise n'était ni un sujet de droit, ni un objet de droit, mais un objet d'organisation juridique par le biais notamment de la société qui lui confère une personnalité morale, une structure et des règles de fonctionnement qu'elle n'a pas en tant que telle[763]. La société est souvent considérée comme un support juridique de l'entreprise[764]. « L'entreprise n'existant pas en droit, c'est la structure sociétaire qui est le point d'ancrage des droits de propriété et des contrats qui permettent à l'entreprise de fonctionner en droit positif »[765]. Quand elle est exploitée sous forme individuelle, elle se confond bien souvent avec le débiteur, la personne physique qui est à sa tête. En revanche, dans le cas de l'exercice en société, si celle-ci coïncide en principe avec l'entreprise, il se peut qu'elle soit constituée pour plusieurs entreprises ou à l'inverse, qu'il y ait plusieurs sociétés pour la même entreprise[766].

249. La reconnaissance de l'entreprise et plus précisément d'une entreprise distincte de l'entrepreneur se fait soit par la personnalité morale, en créant la fiction légale d'une société unipersonnelle, soit par la reconnaissance du patrimoine d'affectation en opposition avec les théories classiques[767]. L'évolution du droit des entreprises en difficulté invite à voir l'entreprise, sa sauvegarde, comme la raison d'être de cette législation. Mais le droit des entreprises en difficulté comprend aussi en son sein le droit des procédures collectives, des procédures qui s'appliquent au patrimoine du débiteur. L'aspect exécutoire de la procédure et ses caractères apparaissent plus déterminants au stade de l'ouverture d'une procédure collective et la place dans une juridicité qui éloigne de la vision dynamique et économique de la sauvegarde de l'entreprise.

[762] En se basant sur la rédaction des articles L. 611-5 al. 1, L. 620-2, L. 631-2, L. 640-2 du Code de commerce.
[763] PAILLUSSEAU (J.), « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.*, 1997, p. 97 ; *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967 ; « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, 19 juin 1996, p. 17 s.
[764] PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », *J-Cl*, I, n° 3148, 1984.
[765] ROBE (J.-Ph.), *L'entreprise et le droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, p. 7.
[766] PAILLUSSEAU (J.), « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.*, 2003, p. 2346.
[767] SERLOOTEN (P.), « La personnalisation de l'entreprise : réflexion à propos du rapport Grandguillaume », *BJS*, fév. 2014, n° 2, p. 126.

B- La potentielle absence de concordance entre le support juridique et l'entreprise

250. L'évolution du droit de la faillite en droit des entreprises en difficulté fait de l'entreprise la raison d'être de cette législation. La perception économique de ce droit doit néanmoins se combiner avec son aspect juridique de voie d'exécution. Sauf à bouleverser la théorie juridique en dissociant le patrimoine de la personne juridique, la personne juridique demeure le sujet de la procédure. Le droit des entreprises en difficulté résulte d'un affrontement entre le monde économique qui veut faire de l'entreprise l'objet de ce droit, et le monde juridique qui requiert l'identification d'une personne juridique pour ouvrir une procédure. La vocation de ce droit à saisir le patrimoine du débiteur fait qu'il est axé sur la personne juridique[768]. La mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté le rapproche davantage d'un droit du débiteur en difficulté (1°). Il est alors possible que naisse une incohérence lorsque le sujet, le débiteur, ne permet pas d'appréhender l'objet, l'entreprise (2°).

1°) Un droit du débiteur en difficulté

251. Sont alors soumises à la procédure collective, les personnes morales bien qu'elles ne soient pas des entreprises au sens du droit des entreprises en difficulté, mais aussi des personnes morales qui ne sont pas toute l'entreprise. « Qu'elle soit diluée dans le patrimoine unique ou éclatée entre plusieurs patrimoines, c'est la personne qui est visée et non l'entreprise »[769]. Lorsqu'on a affaire à un débiteur, personne physique, en principe, la personnalité juridique coïncide avec les contours de l'entreprise. Le problème se pose principalement face à des groupements de personnes. L'exemple le plus frappant est le cas des groupes de sociétés qui représentent une entreprise au sens économique, et ce sont d'ailleurs les « ensembles économiques les plus importants »[770], mais qui est exploitée en diverses sociétés indépendantes juridiquement. Le traitement des groupes par le droit des entreprises en difficulté est le strict reflet de la distance instituée avec la réalité économique. Juridiquement indépendantes en application du principe de l'autonomie de la personne morale, ces sociétés sont pourtant soumises à une unité de décision économique[771]. Là-dessus, le droit des entreprises en difficulté

[768] ARCELIN-LECUYER (L.), « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique », *JCP E*, n° 11, 13 mars 2014, 1124.
[769] THIBERGE (M.), *L'entreprise au regard du droit des entreprises en difficulté*, sous la dir. de VALLANSAN (J.), thèse Caen, 2010, p. 381.
[770] FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 87.
[771] *Ibid.*, p. 86.

privilégie la « réalité juridique » plutôt que la réalité économique ; l'indépendance juridique de ces sociétés va primer sur leur unité économique.

252. Seule la situation de la société débitrice[772] est à prendre en compte, peu important, la situation du groupe auquel elle appartient. Cette solution, d'abord affirmée pour apprécier les difficultés insurmontables dans le cadre d'une procédure de sauvegarde[773], a été réaffirmée au sujet de la cessation des paiements dans l'affaire Sodimédical[774]. La solution est induite par le principe de l'autonomie de la personne morale dont découle l'absence d'obligation d'assistance de la mère à la fille[775]. Mais, l'application de ce principe au sein du droit des entreprises en difficulté interroge en ce qu'elle fait primer une approche juridique sur l'approche économique de l'entreprise[776]. Dans certains cas, la procédure collective ne découle pas des circonstances économiques, mais de la division de l'entreprise en plusieurs sociétés[777]. Le principe de l'autonomie de la personne morale permet d'isoler des actifs et des dettes de ce qui constitue, dans une vision économique, une seule et même entreprise[778]. « C'est donc tout le génie du mécanisme de la personnalité morale que de permettre d'isoler des actifs, mais aussi les dettes de ce qui pourtant pourrait être envisagé, dans une vision économique, comme une seule et même entreprise »[779].

253. Les textes du livre VI ne réservent-ils pas leur application à des personnes juridiques exerçant une activité économique, donc aux entreprises. Dès lors, les personnes physiques à condition qu'elles exercent une activité professionnelle indépendante, et toutes les personnes morales sans condition d'activité, peuvent faire l'objet de ces mesures. Les associations peuvent bénéficier d'une procédure collective, même celles qui n'exercent pas d'activité économique et qui ne fonctionnent qu'avec des cotisations et subventions[780]. De la même façon, une société

[772] V. Com., 26 juin 2007 : *Rev. proc. coll*., 2007, p. 222, obs. SAINTOURENS (B.) ; *Dr. sociétés*, 2007, comm. 177, obs. LEGROS (J.-P.) ; *JCP G*, 2007, II, 1147, note VALLANSAN (J.).
[773] Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20820 : Bull. civ. IV, n° 177 ; DEMEYERE (D.), « Appréciation des conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une filiale : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, n° 25, 6 sept. 2012, p. 5.
[774] Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026.
[775] V. CUISINIER (V.), « Les groupes et la responsabilité de la société mère », *Rev. Proc. coll.*, n° 6, nov. 2013, doss. 54.
[776] DUMONT-LEFRAND (M-P.) et LISANTI (C.), « Vers une unité patrimoniale du groupe de sociétés en difficulté ? », in *Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?*, Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. de droit de l'entreprise, LexisNexis.
[777] PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préface de LUCAS (F.-X.), Bibl. de droit des entr. en difficulté, T. 1, LGDJ 2013, n° 2.
[778] DUMONT-LEFRAND (M.-P.) et LISANTI (C.), *art. cit*.
[779] *Ibid*.
[780] VALLANSAN (J.), « L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005 », *RLDA*, n° 80, 1er mars 2005.

dont la constitution n'est qu'un outil de gestion du patrimoine[781], sans activité économique et sans salarié relèverait du droit des entreprises en difficulté, bien qu'elle ne constitue pas une entreprise. Le droit des entreprises en difficulté ne traite pas nécessairement l'entreprise. Une partie de la doctrine fait alors le constat de l'évolution de notre droit vers un « droit du débiteur en difficulté »[782]. L'application de ce droit s'accorde donc mal avec les objectifs affirmés de la réglementation[783], avec la réalité économique qu'elle est censée manifester.

2°) Une incohérence entre l'objet économique et le sujet juridique

254. Les questions et les difficultés apparaissent précisément au moment où les théories juridiques ne permettent pas de rendre compte de la réalité économique. En somme, le juridique viendra s'opposer à la dynamique économique du droit des entreprises en difficulté lorsque l'identification du sujet de droit ne permet pas d'appliquer ce droit à l'entreprise, donc lorsque la personne juridique n'a pas les mêmes frontières que l'entreprise. Une partie de la doctrine[784] considère que le droit économique ne peut plus se permettre une indifférence vis-à-vis de l'entreprise. Le propre de ce droit est de prétendre traiter d'une façon « réaliste » les situations, pour cela il doit prendre appui sur la réalité directement et donc sur l'entreprise. Pour appliquer le droit des entreprises en difficulté, il faut avoir affaire à une entreprise ; des organisations qui ne sont pas des entreprises échappent à l'application du droit de la concurrence[785]. « Si le droit des procédures collectives est un droit de l'entreprise, alors il est normal que ce soit l'entreprise qui devienne le critère d'ouverture de la procédure collective »[786]. La qualité du débiteur doit s'effacer devant la nature économique de son activité[787]. Or, ce n'est pas l'entreprise qui déclenche l'application des textes du droit des entreprises en difficulté[788]. L'entreprise, l'activité économique n'est pas sujet de ce droit qui est pourtant voué à assurer sa pérennité et le traitement de ses difficultés.

255. Cet affrontement de deux logiques nous paraît particulièrement prégnant au sein de ce droit. L'affrontement entre la logique juridique et la logique économique n'est pas aussi manifeste par exemple en droit de la concurrence. En cette matière, la logique patrimoniale est

[781] *Ibid.*
[782] CAVET (S.), « Cœur Défense : et la Cour de cassation créa le droit du débiteur en difficulté », *RLDA*, nº 60, 1er mai 2011.
[783] VALLANSAN (J.), *art. cit.*, *RLDA*, n° 80, 1er mars 2005.
[784] FRISON ROCHE (M.-A.), BONFILS (Ph.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005, p. 84.
[785] *Ibid.*
[786] VALLANSAN (J.), *art. cit.*, RLDA, n° 80, 1er mars 2005.
[787] *Ibid.*
[788] VALLANSAN (J.), *art. cit.*, *RLDA*, n° 80, 1er mars 2005.

loin d'être aussi importante qu'en droit des entreprises en difficulté[789]. Les règles peuvent viser directement l'entreprise, sans effectuer un détour par la personne juridique qui l'organise. Si l'entreprise était tout de même un temps défini par son support juridique, elle « a acquis au fil des décennies son autonomie »[790]. L'entreprise est le sujet du droit de la concurrence et non la personne juridique[791]. Le droit de la concurrence, lui, est un droit économique à part entière basé sur la notion économique d'entreprise[792] et allant saisir directement l'entreprise[793], là où le droit des entreprises en difficulté ne saisira pas l'entité économique, mais la personne juridique.

256. Tenant compte du fait que les procédures collectives s'appliquent à une personne et agit sur son patrimoine, et donc de la nécessité d'avoir une personne juridique, un auteur propose une nouvelle rédaction de ces articles permettant de réserver l'application de la loi aux seules entreprises. Il s'agirait alors de noter que les procédures collectives sont applicables à toutes les personnes physiques ou personne morale exerçant une activité économique indépendante (ou encore, exploitant une entreprise)[794]. Cette nouvelle rédaction permettrait de tenir à l'écart du champ des procédures les sociétés sans activité économique. Néanmoins, est-elle en mesure de subordonner le bénéfice d'une procédure à la situation d'un groupe de sociétés représentant une entreprise unique ? Si rien ne permet de tenir compte de l'unité d'entreprise que forme un groupe de sociétés, une filiale dont la liquidation serait volontairement orchestrée par les autres sociétés du groupe sera traitée comme une entreprise à part entière.

---

[789] Il faut néanmoins souligner qu'au stade de la procédure, lorsqu'il s'agit d'imputer l'infraction, de notifier celle-ci et de percevoir l'amende, l'entreprise doit être rattachée à un support doté de la personnalité juridique V. ARCELIN-LECUYER (L.), « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique », JCP E, n°11, 13 mars 2014, 1124.

[790] ARCELIN-LECUYER (L.), *art. cit.*, *JCP E*, n°11, 13 mars 2014, 1124.

[791] « La notion d'entreprise au sens des dispositions du traité en matière de concurrence n'exige pas que l'unité économique concernée soit dotée de la personnalité juridique »: CJCE, 28 juin 2005, aff. C-189/02 ; ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préface de HAGELSTEEN (M.-D.), Litec, Biblio. dr. de l'entr., T. 51, 2003 ; ARCELIN LECUYER (L.), « La notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence Consommation*, Fasc. 35, 1, 2014.

[792] « La notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique – c'est-à-dire une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé – même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales ». V. Trib. UE, 17 mai 2013, aff. T-146/09, Parker ITR.

[793] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Peut-on établir des analogies opératoires entre droit de la concurrence et droit boursier », *Rev. Concu. conso.*, juill.-août 1999, p. 10.

[794] VALLANSAN (J.), *art. cit.*, *RLDA*, n° 80, 1er mars 2005.

Conclusion de la section

257. Bien que le droit des entreprises en difficulté se présente comme un droit économique qui a en son cœur le concept d'entreprise, la logique patrimoniale demeure nécessairement très présente. Cette dernière conduit à substituer à l'entreprise, entité sans personnalité juridique, le débiteur, personne juridique dotée d'un patrimoine. Si ce débiteur n'est pas l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté ne peut réaliser son objet qui est de sauver une activité économique et les emplois qui y sont attachés. Lorsque l'entreprise ne coïncide pas avec sa structure juridique d'accueil, le droit des entreprises en difficulté ne parvient pas à se saisir de l'entreprise[795] et demeure « enfermé, contraint » par les structures juridiques.

Section 2 : Un lien non restauré par le juge

258. Le rôle du juge est fonction du niveau de précision offert par les règles qu'il doit appliquer. En droit des entreprises en difficulté, l'aspect économique des aspirations du législateur a conduit à le doter de règles toujours plus souples. Nous le voyons notamment avec l'ouverture de la sauvegarde ou encore concernant les règles de sanctions. Les plus récentes évolutions ont pour point commun d'aller dans le sens de moins de rigidité de la règle afin de permettre une meilleure adaptabilité aux situations économiques. Cela implique davantage le juge qui n'est plus cantonné à un rôle passif d'application stricte de la loi. Dans ce cadre, les juges ont vocation à ne pas être « que la bouche qui prononce les paroles de la loi »[796].

259. Le droit économique, en intégrant des facteurs économiques dans la réalisation du droit, telle que la notion d'entreprise, ou comme finalité de la loi telle que le sauvetage des entreprises en procédure collective, impose de nouveaux raisonnements juridiques et transforme la méthode juridictionnelle[797]. Au sein d'un droit qui a de telles caractéristiques, la méthode téléologique permet de mettre chaque application en cohérence avec l'esprit de la loi. Elle détient la souplesse et la faculté d'adaptation que recommande l'objet économique de ce droit (§1). En n'adoptant pas, au stade fondamental de l'ouverture des procédures collectives, une telle approche permettant de rechercher l'efficacité de la règle pour servir l'objectif de

[795] V. PAILLUSSEAU (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2003, p. 260.
[796] Référence au postulat de MONTESQUIEU dans *De l'esprit des droits*, 1978, selon lequel « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».
[797] CANIVET (G.), « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 23 ; V. CHAMPAUD (Cl.), « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1961, Chr., p. 117.

sauvetage des entreprises, le juge ne s'impose pas comme gardien des finalités du droit des entreprises en difficulté (§2).

§1- Le juge conduit à adopter un raisonnement téléologique

260. Le raisonnement téléologique permet de prendre en compte une logique économique au sein du raisonnement juridique. Ce raisonnement est induit par la référence au concept même d'entreprise, objet de ce droit, sans définition juridique. Le droit des entreprises en difficulté, la façon dont il est construit, le rapproche d'un droit économique et invite alors à une appréciation finaliste des règles (A). L'interprétation téléologique implique nécessairement une extension du rôle du juge[798]. Le juge du droit des entreprises en difficulté doit alors jouer un rôle d'interprétation de la règle « reposant sur la recherche de la finalité de la règle ou, dit-on encore, de son but social »[799]. C'est de cette façon qu'il parviendrait à se saisir de l'entreprise, non en la posant comme sujet de droit, mais au travers des finalités de la législation qui doit guider l'application des règles (B).

A- Un droit qui se prête à une analyse finaliste

261. Le droit des entreprises en difficulté est conçu comme un instrument au service du traitement des difficultés de l'entreprise. Pour prétendre à une certaine efficacité, il se doit d'être au plus proche de la réalité économique. Son objet justifie l'utilisation d'une technique de formulation de la règle de droit qui permet une approche dynamique. En incluant au sein de la législation des concepts économiques, des notions dont le contenu est indéterminé (1°), le législateur confie au juge le soin d'interpréter la règle en fonction des circonstances, pour vérifier que son application génère une solution conforme à l'esprit de la loi, aux objectifs de la législation (2°).

1°) Des notions indéterminées dans la loi, vecteur d'interprétation du juge

262. Ce qui permet au juge de se prêter à cette méthode est l'inclusion au sein de la législation de notions indéterminées, à contenu variable, de concepts économiques. Le droit économique serait typique de l'emploi de standards juridiques et de notions génériques, volontairement

[798] En ce sens, PUTMAN (E.), « Recherche sur les définitions dans les lois commerciales », *RRJ*, 1986, n° 4, p. 49. Il existe une tendance ancienne et constante du droit commercial à définir ses concepts de manière souvent « finaliste ».
[799] PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits, réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, chr. p. 67.

larges, indéterminés, et à contenu variable[800] parce que ces notions dont le contenu n'est pas déterminé par la loi « sont essentielles pour que le droit garde le contact avec les pratiques et les évolutions de la société » [801]. Elles sont alors laissées à l'interprétation du juge[802], lequel doit déterminer leur contenu en fonction des circonstances et de la finalité assignée à la règle. Ce type d'approche et de formulation de la règle n'est pas spécifique à la matière.

263. C'est la finalité du droit des entreprises en difficulté qui fait la cohérence du système qu'il met en place. Ce sont ces finalités qui doivent jouer le rôle de guide dans l'interprétation des règles de droit, car c'est en fonction de celles-ci que les règles sont conçues. Il en va de la cohérence du système. Le juge doit avoir une compréhension des enjeux du litige et des conséquences des solutions au regard de la finalité de la règle de droit[803]. Le droit a toujours connu l'utilisation de standards et de notions indéterminées telles que la bonne foi, le bon père de famille, permettant une meilleure approche de la réalité par une interprétation des faits *in concreto*[804]. En ce sens, ces notions permettent d'amenuir la rigidité de la règle de droit, rigidité qui dans certaines situations peut mener à une application de la règle non conforme au contexte. Les standards modélisent « le caractère fonctionnel du droit et notamment les fonctions conférées aux sujets de droit, non dans leur intérêt propre, mais dans celui de la société, de l'entreprise ou encore du marché »[805].

264. L'intégration dans la législation du terme de sauvegarde de l'entreprise[806], ou du concept économique d'entreprise, dévoile cette inclinaison pour l'utilisation de notions indéterminées, de concepts économiques. Le vocabulaire économique utilisée par la législation est révélateur de la progression de l'approche économique du droit des entreprises en difficulté. L'interprétation ou la mise en œuvre du standard de la sauvegarde de l'entreprise sera guidée par l'opportunité[807]. Il en est de même de la notion de difficulté permettant d'ouvrir une procédure de sauvegarde[808]. Ces concepts économiques jouent le rôle de standard, ils peuvent

[800] GHANDOUR (R.), *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. VOINOT (D.), LGDJ, Bibl. droit entr. en diff., Tome 14, 2018, p. 192.
[801] DUONG (L.), « La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 210.
[802] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, préface de SAINTOURENS (B.), PUAM, 2004, Tome I, p. 17.
[803] V. CANIVET (G.), préfacier, in B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éd. Cujas, 2002, p. 2.
[804] GHANDOUR (R.), *op. cit*., p. 189.
[805] JEAMMAUD (A.), KIRAT (Th.) et VILLEVAL (M.-C.), « Les règles juridiques, l'entreprise et son institution : au croisement de l'économie et du droit », *RIDE*, 1996, n° 1, p. 99.
[806] Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises.
[807] LECOURT (A.), *op. cit.*, p. 29.
[808] C. com., art. L. 620-1 : « (…) justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ».

y être assimilés parce que, comme ces derniers, ils impliquent l'interprétation du juge. Ils sont la marque de la souplesse que le législateur a entendu ménager, notamment lorsqu'elles font référence à un système normatif autre que le droit[809]. En l'occurrence, en droit des entreprises en difficulté, les notions indéterminées sont utilisées pour créer un lien entre le système juridique et le système économique, elles créent un pont. Leur utilisation crée un lien particulier entre ces notions et le mode de raisonnement[810] : le raisonnement est l'accessoire de la notion[811], c'est lui qui permet de lui donner un sens.

265. L'application de la règle gagne en souplesse dès lors que le pouvoir créateur de droit est délégué à l'autorité d'exécution, en l'occurrence, l'autorité judiciaire[812]. L'interprétation créatrice est alors confiée au juge qui est amené à transcender, renouveler son approche de certains concepts telle que celui de « difficulté », « voire à se détacher d'une appréciation purement juridique par l'application stricte d'une règle de droit, la mobilité des règles économiques l'ayant probablement rendue obsolète ou inadéquate »[813]. Le juge, lorsqu'il applique les règles de ce droit, est invité à se demander quels sont les effets recherchés par ce droit.

2°) Les objectifs, guides d'interprétation

266. L'économie met en évidence certains besoins et, par ce biais, exerce une influence réelle sur le droit[814] lequel doit évoluer afin d'être en conformité avec son milieu. Effectivement, « la matière économique est soumise à des mutations permanentes. L'état du marché évolue au gré des adaptations des opérateurs économiques par des comportements fluctuants et des restructurations incessantes »[815]. La prise en compte de données économiques, la recherche d'objectifs économiques, influe nécessairement sur le raisonnement juridique et sur la méthode de jugement[816]. La logique économique à laquelle répondent les procédures collectives[817] amène le juge à « raisonner en termes de finalités et en tenant compte des circonstances

[809] CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit,* PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.) (dir.), *RIDC, pp. 99-112, p. 105.*
[810] SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, op. cit*., p. 248.
[811] *Ibid*.
[812] GHANDOUR (R.), *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 194.
[813] *Ibid*.
[814] VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2007, n° 2.
[815] PRIETO (C.), « La sécurité juridique dans le droit de la concurrence », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 299.
[816] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie, op. cit*., p. 27.
[817] V. FARJAT (G.), *Pour un droit économique, op. cit*., p. 84.

économiques »[818]. Ce raisonnement est celui qui guide son examen d'un plan de continuation ou d'une offre de cession. La rentabilité est une donnée importante pour le tribunal qui peut, sous certaines conditions, ordonner la cession de certaines branches d'activité[819]. La recherche de l'efficacité économique va également guider son choix quand il doit opter pour un régime de continuation ou de cession[820]. Il a par exemple été relevé qu'au travers « du plan de cession se manifeste l'impérialisme du droit des entreprises en difficulté et au-delà la spécificité du droit économique qui s'affranchit parfois des règles du Code civil dans un souci d'efficacité »[821].

267. L'action qu'un tel droit a sur l'économie implique, à l'instar du droit de la concurrence, une méthode d'interprétation particulière de la règle afin de permettre une adaptation de cette dernière pour être en phase avec le contexte économique, dynamique par nature. Les similitudes d'objectifs, et d'objet, entre le droit de la concurrence et le droit des entreprises en difficulté, invitent à des rapprochements de leurs méthodes. Effectivement, tous deux ont pour objet l'entreprise, maillon essentiel du tissu économique et se donne des objectifs de nature économique, préservation de la libre concurrence pour l'un, et préservation des acteurs économiques pour l'autre. C'est aussi pourquoi nous n'hésitons pas à reprendre à notre compte les observations faites au sujet de la méthode téléologique en droit de la concurrence. À cet effet, il a été relevé que le droit de la concurrence, parce qu'il est instrumental, s'interprète et s'applique au regard des fins poursuivies[822]. Le raisonnement adéquat et recevable en la matière est alors le raisonnement téléologique. « Dès lors, on ne peut faire l'économie d'expliciter les buts, puisqu'ils constituent la raison des règles qui n'ont rang que d'instruments »[823].

268. Un auteur dans sa thèse a esquissé le raisonnement téléologique tenu par le juge en matière de droit économique[824]. En partant des faits, le juge dégage un « bilan économique des intérêts en cause et les confronte aux standards tels que l'intérêt de l'entreprise, ou encore la concurrence. Son but est d'aboutir à la solution la plus viable ou la plus souhaitable, non juridiquement, mais économiquement. La décision du juge devient juridiquement bonne parce

[818] VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 2.
[819] V. FARJAT (G.), *op. cit.,* p. 86.
[820] LECOURT (A.), *op. cit*., p. 560.
[821] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Cl. Champaud*, Dalloz, 1997, sp. p. 550.
[822] FRISON ROCHE (M.-A), BONFILS (S.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF 2005, p. 357.
[823] *Ibid*.
[824] LECOURT (A.), *op. cit.*, p. 30. Pour une analyse philosophique et critique de la méthode téléologique, v. KANT (E.), *Critique de la faculté de juger*, Ed. GF Flammarion, trad. par A. Renaut, 2000, p. 369.

qu'elle est en réalité économiquement efficace ou acceptable »[825]. En réalité, le juge confronte les faits aux finalités de la législation, en l'occurrence, la sauvegarde des acteurs économiques, notamment de l'entreprise. Le juge doit interpréter et adapter l'application de la règle pour aboutir au meilleur effet, et ce, dans le cadre fixé par le législateur, c'est-à-dire en respectant les finalités de la législation.

269. La méthode d'interprétation téléologique est de l'essence du droit économique. Cette méthode qui consiste à interpréter la règle en fonction des finalités, à dégager les normes des faits en fonction des objectifs poursuivis[826], participe à la réalisation des objectifs du droit économique. Si la doctrine juridique classique repose sur une analyse formelle des règles de droit[827], le droit économique met en place une méthode téléologique qui est éclairée par l'analyse substantielle. Elle consiste à analyser la réalité sociale, les faits, et à apprécier la validité des catégories juridiques en fonction de leur capacité à traduire fidèlement cette réalité[828]. Avec l'analyse formelle, la réalité sociale et économique n'est considérée qu'au travers des catégories juridiques formellement reconnues par le droit positif[829]. « L'analyse substantielle permet une plus grande adaptabilité de la règle à l'évolution économique et sociale et partant elle est plus efficace »[830]. Contrairement à la méthode traditionnelle, le droit économique amène le juriste à remonter des faits à la norme, et non de descendre de la norme au fait[831]. C'est une sorte de régulation qui a cours au sein du droit économique[832], et cette méthode est une condition de réalisation de ce droit. En tant que droit à finalité économique, le droit des entreprises en difficulté implique que « la méthode logique s'efface peu à peu au profit de la méthode téléologique »[833]. Cette méthode qui consiste à interpréter la règle de droit au vu de ses finalités sans se limiter à la lettre du texte demande à l'interprète de se poser la question des finalités[834].

---

[825] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, *op. cit*., p. 30.
[826] FARJAT (G.), « Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), Droit Economie international, Larcier, 2007, p. 65.
[827] REIS (P.), *art. cit*., in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 191.
[828] *Ibid*., p. 189.
[829] *Ibid*., p. 190.
[830] *Ibid*., p. 201.
[831] FARJAT (G.), *art. cit*., in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), Droit Economie international, Larcier, 2007, p. 65.
[832] *Ibid*.
[833] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, *op. cit*., p. 27. Renvoi pour le juge administratif à CHEROT (J.-Y.), « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », in *Le juge administratif et le contentieux économique*, AJDA, 9-2000, p. 687.
[834] SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit*., p. 60.

B- La fonction du juge du droit des entreprises en difficulté

270. La nature économique du droit des entreprises en difficulté ou, du moins, l'intégration de données économiques en son sein, confère au juge un rôle prépondérant. En un sens, il devient le gardien des finalités de ce droit en vertu du raisonnement téléologique qu'appelle l'application du droit économique. On assiste à un mouvement d'extension croissante du rôle du juge dans laquelle l'interprétation téléologique a joué un rôle déterminant[835]. La fonction du juge du droit des entreprises est, par le biais de cette approche téléologique, de promouvoir une certaine efficacité de la règle, efficacité mesurée à l'aune des finalités que le droit se propose de poursuivre (1°). Dans son interprétation, le juge du droit des entreprises en difficulté est alors guidé par l'objectif de traitement des difficultés de l'entreprise, du sauvetage de l'entreprise, ce qui met des bornes à son interprétation (2°).

1°) Privilégier l'efficacité économique de la règle

271. Face aux aspirations d'un droit économique, le rôle traditionnellement dévolu au juge, celui de gardien des libertés et de juge répressif, est dépassé. Traditionnellement, la fonction de juger est d'abord caractérisée par le dire (*jurisdictio*) obligatoire (*imperium*) du droit[836]. « Le juge est donc celui qui tranche un litige en portant une opinion sur celui-ci tout en lui étant parfaitement extérieur, conformément aux règles de droit »[837]. Le juge opère par un raisonnement syllogistique, déductif. Il part de la règle pour en déduire les conséquences. L'approche économique, elle, conduit alors à une « inversion de la chronologie juridique » [838], en cherchant à évaluer les conséquences pour choisir la règle applicable[839].

272. Le reproche souvent adressé à la méthode téléologique est l'insécurité juridique à laquelle elle conduit, contrairement à l'analyse formelle, qui serait gage de sécurité juridique[840], c'est-à-dire de prévisibilité de la règle[841]. Dans un rapport public de 2006, le Conseil d'État donne sa vision de la sécurité juridique. Selon lui, « le principe de sécurité juridique implique

---

[835] TERRE (F.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 14e éd., 2022, n° 627. V. aussi, JOSSERAND (L.), *De l'abus des droits*, Paris, 1905 ; PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits, réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, chr. p. 67.
[836] RIALS (S.), « L'office du juge », Droits, *Rev. franç. de théorie jur*., n° 9, 1989, p. 3.
[837] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, *op. cit*., p. 15.
[838] SIBONY (A.-L.), *op. cit.*, p. 14.
[839] *Ibid*., p. 13.
[840] REIS (P.), *art. cit., in Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 189.
[841] COPPENS (Ph.) « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 153, sp. p. 155.

que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »[842]. Il est vrai qu'en ce sens, l'approche téléologique dont l'objectif est de permettre une meilleure adaptation du droit aux faits s'inscrit dans un mouvement contraire à ce que l'on considère comme pourvoyeur de sécurité juridique.

273. Pourtant, les droits à vocation économique, tels que le droit des entreprises en difficulté, révèlent des situations dans lesquelles il devient nécessaire, « le chemin n'étant pas tracé d'avance »[843], de « faire de l'indétermination une composante du raisonnement juridique »[844]. Ce besoin d'indétermination serait la conséquence d'un changement de fonction du droit[845]. Si, hier, le droit avait pour but de développer des droits subjectifs, des libertés et des contraintes pour permettre leur exercice harmonieux, aujourd'hui, le droit serait devenu un « instrument[846] actif du changement social, technique de gestion qui vise à promouvoir le développement économique et social optimum de la cité »[847]. « La règle de droit n'est plus seulement un mécanisme de régulation des dysfonctionnements sociaux, elle sert à l'organisation des relations économiques, financières et culturelles »[848]. Ce nouveau rôle attendu du droit par la société impose l'incarnation d'une justice dynamique. Le droit économique confère au juge l'exercice d'une justice fonctionnelle, téléologique, instrumentale, évolutive et pragmatique[849].

274. L'atteinte à la sécurité juridique induite par le développement d'une approche plus économique du droit a été perçue comme un « déclin du droit » à la suite de Ripert[850]. Néanmoins, le souci d'efficacité qui anime cette approche économique du droit a toujours fait partie du droit. À des degrés certes variables, l'interprétation des règles a toujours inclus les

[842] Rapport du CE, « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, La documentation Française, 2006, p. 291.
[843] DELMAS-MARTY (M.), « Du désordre mondial à la force du droit international », Leçon inaugurale au Collège de France, 20 mars 2003 cité par DUONG (L.), « La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 211.
[844] *Ibid.*
[845] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, *op. cit*., p. 24.
[846] Sur instrumentalisation de la norme : CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, PUF, Coll. Droit, éthique, société, 1997.
[847] V. pour l'instrumentalisation de la règle : LOMBOIS (C.), « Rapport de synthèse », in *Droit de la crise : crise du droit ?*, PUF, 1997, p. 217.
[848] VATIER (B.), « Les nouvelles fonctions du droit français », *Gaz. Pal.*, 28-30 juill. 1996, p. 24.
[849] 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, Bruxelles, 1983, p. 1.
[850] MARTIN (R.), « Loi économique et règle de droit », *D.*, 1990, p. 259.

données économiques au même titre que les valeurs morales, sociales, techniques ou culturelles. Effectivement, au sein même du Code civil de 1804, on retrouve des standards invitant à une appréciation en opportunité et une méthode davantage inductive. Par exemple, la notion de « bon père de famille » qui a aujourd'hui cédé sa place à « l'homme raisonnable », conduit à une appréciation en opportunité des comportements individuels classés en fonction de leurs résultats[851]. S'il est vrai que ces standards ont toujours été incriminés comme facteurs d'insécurité juridique, le droit n'est pas parvenu à s'en passer. Pour preuve, la réforme du droit des contrats opérée en 2016 a mis au cœur de sa réforme divers standards, notamment la bonne foi, laquelle n'était jusqu'ici pas consacrée dans les textes[852]. La bonne foi « rayonne comme un principe général »[853] au sein du droit des contrats, bien que sa subjectivité soit considérée comme une source d'insécurité juridique. Pourtant, comme le fait remarquer un auteur, la sécurité des transactions ne pourrait pas être acquise sans la loyauté[854].

275. Par l'intégration de la donnée économique dans son raisonnement, le juge est amené à élaborer le droit plus qu'à le dire obligatoirement[855], il est conduit à exercer une magistrature économique[856]. Il est porté à la création de la norme[857]. De cette façon, « l'effet du jugement et son objet se confondent[858]. (…) Quand il choisit de sauvegarder les emplois ou l'entreprise (…), les effets du jugement deviennent la cause du jugement[859]. La solution du problème économique devient objet de la décision de justice[860]. Le besoin d'un droit plus souple, caractérisé par une plus importante mutabilité et flexibilité[861] se fait sentir. L'efficacité économique exclut un cadre rigide qui serait facteur de sclérose[862]. Comme cela est rappelé par certains auteurs, « la sécurité

[851] CANIVET (G.), « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA*, 19 mai 2005, p. 23
[852] C. civ., art. 1104 : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».
[853] DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, commentaire des art 1100 à 1386-1 du code civ.*, Dalloz 2016, p. 10.
[854] BERTIER-LESTRADE (B. de), « La bonne foi dans la réforme française des contrats », in *Le contrat dans tous ses Etats*, LE GALLOU (C.) et MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST (A.), Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Actes de colloques de l'IFR/41, 2019, p. 141.
[855] V. JESTAZ (Ph.), « Rapport de synthèse », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Trav. de l'Association Henri Capitant, Lille, 1997, T. 1, LGDJ, p. 186.
[856] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, *op. cit*., p. 24.
[857] *Ibid.*, p. 237.
[858] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, T. 1, p. 24.
[859] *Ibid*.
[860] CABRILLAC (M.), « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », in *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Trav. de l'Association Henri Capitant, T. XXII, 1970, p. 152.
[861] Sur la mutabilité et la flexibilité comme éléments caractéristiques du droit économique, voir DELVOLVE (P.), *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 2e éd., 2021, n° 37.
[862] CHEVALLIER (J.), « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ? », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 559, sp. p. 567.

juridique n'est cependant qu'un impératif du droit parmi d'autres au même titre que l'efficacité, l'adaptabilité, la recherche de la justice et l'équité permettant au droit d'assurer sa fonction de régulation sociale (…). La mise en avant d'une sécurité juridique que nous considérons comme nécessaire et inhérente au droit, ne doit donc pas se faire au détriment des autres finalités du droit »[863]. Il n'y a pas lieu alors de voir dans l'insécurité juridique produite par l'approche téléologique de la règle du droit des entreprises en difficulté un obstacle à sa mise en œuvre. Un bon système de droit doit parvenir à un certain équilibre entre les différents impératifs auxquels il est soumis[864]. La dose d'incertitude introduite par le droit économique est la conséquence des bouleversements économiques et sociaux que connaissent nos sociétés. Mais précisément parce qu'il est né de ces bouleversements, le droit économique répond infiniment mieux que le droit traditionnel à l'impératif de sécurité juridique[865].

2°) Défendre les finalités du droit

276. Concernant la recherche d'efficacité qui guide le juge au sein d'un droit qui se prête à une approche finaliste de la règle, la crainte d'une influence de la pensée économique sur la pensée juridique est souvent, à juste titre, relevée. « L'homme n'est pas réductible à la seule efficacité »[866], voilà le reproche souvent adressé par la doctrine hostile à l'influence de la pensée économique sur la pensée juridique[867]. Le risque est que l'impératif d'efficacité économique devienne, sous l'influence de la pensée économique, le seul impératif du droit, ce qui aurait pour conséquence de réduire tous les contentieux à des intérêts économiques. En somme, c'est le risque que la loi juridique soit entièrement soumise à la loi économique. Or, le droit a pour fonction d'harmoniser tous les systèmes de valeurs concurrents, tels que le système économique, le système moral, etc. Plus que d'instaurer une « justice », le droit est garant d'un ordre qui participe à faire jouer tous les corps de la société, tous les systèmes, de façon la plus harmonieuse possible, tel un chef d'orchestre.

277. Cette crainte deviendrait fondée au moment où le juge serait vecteur de l'efficacité de la règle de droit, sans que cette efficacité soit conditionnée à une finalité du droit. Le juge participe à l'efficacité de la règle, mais ceci pour atteindre l'objectif fixé par la loi. Comme

[863] REIS (P.), *art. cit., in Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 192.
[864] En ce sens, POLLAUD-DULIAN (F.), « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.*, 2001, p. 487.
[865] FARJAT (G.), *art. cit., in Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), Droit Eco. inter., Larcier, 2007, p. 72.
[866] OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 181.
[867] OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz Précis, 1999, n° 52.

relevé par un auteur, le juge est celui qui apporte des solutions aux « difficultés économiques juridicisées »[868]. Il doit se livrer à une analyse *in concreto* lors de l'application de la règle de droit afin de lui faire produire des effets économiquement efficaces, mais ces effets économiques ne sont pas autre chose que ce que la loi s'est fixé. En ce sens, le juge peut exercer une magistrature économique, mais dans les bornes fixées par le droit. Il a une marge d'interprétation, mais celle-ci n'est pas conditionnée par l'efficacité économique, mais par le traitement des difficultés de l'entreprise.

278. Le droit économique met en confrontation deux systèmes normatifs : le droit et l'économie. En réalité, il ne faut pas considérer le droit comme un système qui s'opposerait aux autres, il serait un système qui permet à chacun des autres systèmes d'exister, de perdurer ensemble, en bonne intelligence. Cette idée est aussi à la base de l'idée du droit comme soutien des libertés individuelles. Le droit permet l'exercice de ces libertés tout en les encadrant pour que personne ne soit privé de sa liberté par l'exercice de la liberté de quelqu'un d'autre. Face au système économique, le droit, par le biais du juge, vient garantir la liberté de la concurrence tout en régulant les excès de cette liberté. Le raisonnement est similaire en droit des entreprises en difficulté : il faut permettre au droit de sauver les entreprises en difficulté tout en limitant les excès des instruments mis en place à cette fin. Le juge a alors un rôle régulateur, c'est-à-dire « qu'il a pour fin de normaliser (…), de faire respecter, dans ses applications multiples, la cohérence d'une règle »[869]. Le rôle du juge en matière économique est limité à ce que le droit lui permet de faire. Concernant le droit des entreprises en difficulté, le juge a pour rôle d'appliquer la règle afin qu'elle soit efficace pour sauver l'entreprise et, à défaut, traiter ses difficultés et faire rebondir la personne physique derrière l'entreprise.

279. Des auteurs ont soulevé l'incompétence du juge[870] et son absence de légitimité à partir du moment où l'on considère que le juge ne dit plus seulement le droit, mais aussi l'économie[871]. Il interviendrait dans l'économie chaque fois qu'il tranche un litige mettant en cause une entreprise[872]. Mais sa fonction de juge le positionne comme gardien des finalités du droit. Il dit l'économie, mais au sein du cadre qui lui est donné par le législateur. Les décisions qu'il est amené à prendre ont, certes, un impact sur le monde économique, mais normalement

[868] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, T. 1, p. 26.
[869] CORNU (G.), cité par DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 453.
[870] CHEMIN (A.), « Les magistrats doivent être mieux formés aux affaires économiques », *Le Monde*, 18/4/1995, p. 7.
[871] GHANDOUR (R.), *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. VOINOT (D.), LGDJ, Bibl. dr. entr. en diff., T. 14, 2018, p. 189.
[872] SAINTOURENS (B.), Préfacier de LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, PUAM, 2004, Tome I, p. 7.

cet impact est déterminé par la loi. En l'occurrence, quand le juge du droit des entreprises en difficulté est amené à opter pour un plan de continuation ou un plan de cession de l'entreprise, il doit le faire conformément à ce qui permet de sauver l'entreprise, de respecter la finalité de ce droit. La légitimité de son intervention prend racine dans sa fonction de juge et l'indépendance attachée à cette fonction[873]. Son extériorité par rapport aux enjeux économiques est peut-être précisément ce qui le positionne au centre de sa fonction de juger. « Ne doit-il pas demeurer le recours ultime vers lequel on se tourne lorsque les vertus autorégulatrices dont on a voulu faire croire que le marché était naturellement doté ont montré leurs limites ? »[874].

§2- Le juge effacé de son rôle de gardien des finalités

280. Contrairement à ce que requiert un droit économique, le juge n'adopte pas une approche téléologique pour décider de l'ouverture d'une procédure collective, et s'en tient à une approche logique et textuelle. Les conditions d'ouverture des procédures ne sont pas interprétées à l'aune de leurs finalités (A). En n'incarnant pas le rôle qui lui est dévolu par l'objet économique de ce droit, le juge met à mal sa cohérence interne dès lors que ses règles sont déliées de leurs finalités. Le juge contribue de cette façon à faire d'un droit instrument au service de l'économie, un droit sujet à instrumentalisation (B).

A- Des conditions d'ouverture affranchies de leurs finalités

281. L'application faite par le juge des conditions d'ouverture des procédures collectives ne laisse pas place à une quelconque interprétation téléologique. Le juge ferme cette possibilité en se prononçant clairement pour une interprétation littérale des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde. De cette façon, il n'est pas besoin d'établir de lien entre les difficultés pour lesquelles il est demandé de l'aide du tribunal et l'existence d'une entreprise (1°). Concernant l'ouverture d'un redressement et d'une liquidation judiciaires, le juge parvient également à séparer la constatation d'un état de cessation des paiements de la présence d'une entreprise, mais de façon incidente, en ne reconnaissant pas l'entreprise commune constituée par un groupe de sociétés (2°).

[873] *Ibid.*
[874] *Ibid.*

1°) Des difficultés sans rapport avec l'activité économique en sauvegarde

282. **L'interprétation de l'alinéa 1 de L. 620-1, un enjeu majeur**. La Cour de cassation, au travers de l'arrêt Cœur Défense, a adopté une interprétation de l'alinéa 1 de l'article L. 620-1 du Code de commerce[875] qui a pour effet d'élargir considérablement le champ de la sauvegarde. Cet article est composé de deux phrases. La première fait référence aux conditions d'ouverture de la sauvegarde, à savoir l'absence de cessation des paiements et des difficultés insurmontables, et la seconde à l'objectif de la procédure qui est de « faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». L'enjeu est de savoir si la première phrase, donc les conditions d'ouverture, doit s'apprécier à l'aune de la seconde, soit les objectifs de la procédure. La cour d'appel a, elle, pris le parti de lier les conditions d'ouverture de la procédure à ses objectifs. Elle considère que la condition de difficultés insurmontables susceptibles de conduire à la cessation des paiements doit s'apprécier par référence aux objectifs de la procédure, c'est-à-dire la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif [876]. Cette interprétation du texte l'a conduite à rejeter la demande d'ouverture des procédures de sauvegarde à l'égard des sociétés Hold et Dame Luxembourg. Les difficultés rencontrées par ces sociétés n'affectant pas leurs activités respectives de bailleresse et de détention de titres, elle a considéré qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une sauvegarde. Bien que ce raisonnement ait rassuré le milieu bancaire qui s'inquiétait de voir la procédure de sauvegarde utilisée dans le cadre du LBO en difficulté[877], et emporté la conviction de certains commentateurs qui ne voient aucune légitimité à ouvrir une procédure de sauvegarde alors que la poursuite de l'activité économique n'est pas en cause et qu'il n'y a aucun emploi menacé[878], la Haute juridiction a mis à mal ce raisonnement.

283. **L'interprétation littérale adoptée**. La Cour de cassation adopte une interprétation littérale de l'article L. 620-1, alinéa 1 du Code de commerce, en considérant qu'il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure soit subordonnée à l'existence d'une difficulté

[875] « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

[876] BESSE (A.) et MORELLI (N.), « Introduction à la « sauvegarde bouclier » du SPV », *CDE*, n° 4, juill. 2011, doss. 24.

[877] CAVET (S.), « Cœur Défense : et la Cour de cassation créa le droit du débiteur en difficulté », *RLDA*, nº 60, 1er mai 2011.

[878] SAINTOURENS (B.), « Conditions d'ouverture de la sauvegarde : le recadrage de la cour d'appel de Paris », *JCP E*, 2010, 1475.

affectant l'activité. Les deux phrases de l'alinéa doivent alors être comprises indépendamment l'une de l'autre, ce qui fait s'effondrer le raisonnement de la cour d'appel qui avait conduit à refuser le bénéfice de la sauvegarde. Cette interprétation de l'article L. 620-1 du Code de commerce est saluée par une large partie de la doctrine[879] qui l'estime conforme à la lettre du texte, mais également à son esprit. Effectivement, le législateur n'a pas explicitement précisé que les difficultés doivent être liées à l'activité. Il aurait alors assumé que le lien entre les conditions et les finalités de la procédure ne soit pas établi au moins au stade de l'ouverture[880]. Il a été relevé également, à l'appui de la solution de la Cour de cassation, que l'interprétation développée par la cour d'appel était contraire à l'esprit d'anticipation des difficultés de la sauvegarde[881], en ce qu'en durcissant les conditions d'ouverture, elle découragerait les débiteurs d'y recourir. Le rapport de la Cour de cassation est aussi en ce sens, et considère qu'exiger que les difficultés rencontrées affectent l'activité économique de l'entreprise débitrice serait ajouter à la loi une condition qu'elle ne comporte pas de nature à freiner l'ouverture d'une sauvegarde[882]. L'assouplissement des conditions d'éligibilité d'un débiteur à la procédure de sauvegarde s'inscrit bien dans le « souci manifeste d'essayer de repousser toujours plus loin le risque de sa cessation des paiements »[883].

284. **La légitimité de cette interprétation mise en doute**. Il est curieux de remarquer que la procédure de sauvegarde serait la seule des procédures collectives dont les conditions d'ouverture ne seraient pas liées à son objectif[884], ce qui conduit naturellement à faire douter de la légitimité de l'interprétation dissociée de cet article, qui forme un tout[885]. Mais, pour certains auteurs, la « sauvegarde peut être une méthode de gestion. Il faut que cela soit dit et écrit. Il n'y a pas de honte à cela. Le législateur en a ainsi décidé. L'opprobre jeté sur celui qui utilise les

[879] LE CORRE (P.-M.), « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », *D.*, 2011, p. 919. Effectivement, la loi ne dit pas que les difficultés doivent avoir des conséquences sur l'activité ; LE CORRE (P.-M.), « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter », *Gaz. Pal.*, n° 107, avr. 2010, p.13 ; REILLE (F.), « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de « cœur » », *Gaz. Pal.*, 2 avr. 2011, n° 92, p. 7.

[880] REMERY (J.-P.), « Le refus jurisprudentiel de la prise en compte des mobiles du débiteur dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, n° 3 p.194.

[881] REILLE (F.), *art. cit*., *Gaz. Pal*., 2 avr. 2011, n° 92, p. 7.

[882] Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, p. 367.

[883] *Ibid.*, p. 366.

[884] Les conditions d'ouverture des procédures de redressement et de liquidation judiciaire sont liées naturellement à l'objectif respectif de ces procédures. C. com., art. L. 631-1 : la procédure de redressement est « destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif », si le redressement est manifestement impossible, la liquidation devra être prononcée, laquelle est « destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens », selon L. 640-1, al. 1 et 2, C. com.

[885] SAINTOURENS (B.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, n° 3, mai 2016, p. 203.

procédures collectives de paiement comme technique de gestion n'est plus d'actualité. L'anticipation est encouragée »[886]. Certes. Néanmoins, l'anticipation n'est conçue que comme un moyen de mieux traiter les difficultés des entreprises, non de n'importe quel débiteur. Il est vertueux de chercher à respecter l'esprit d'une loi, mais l'esprit de la loi est subordonné à l'esprit du droit. À cet égard, la loi de sauvegarde des entreprises doit être interprétée de façon à favoriser la sauvegarde des entreprises. De ce point de vue, la solution dégagée dans l'arrêt Cœur Défense ne vise pas à favoriser la survie d'une entreprise, mais d'un montage financier.

2°) Une cessation des paiements non imputée à l'entreprise en procédure curative

285. Si le juge n'a pas expressément affirmé la déconnexion des conditions d'ouverture du redressement et de la liquidation judiciaires, il y parvient de façon incidente lorsqu'il affirme que l'état de cessation des paiements « est caractérisé objectivement, pour chaque société d'un groupe, par l'impossibilité pour elle de faire face à son passif exigible avec son actif disponible »[887]. Par cette règle, il ferme la possibilité d'établir l'état de cessation des paiements au niveau de l'entreprise, lorsque cette dernière dépasse les contours de la seule société débitrice.

286. **Le groupe, une unité non considérée**. Le groupe de sociétés est généralement entendu comme l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, indépendantes juridiquement, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, la société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision[888]. Le groupe de sociétés n'a pas la personnalité morale. Il n'est ainsi pas un sujet de droit[889]. Les sociétés qui composent le groupe sont alors autonomes juridiquement, bien qu'elles soient soumises à une unité de contrôle. En principe, chaque société d'un groupe est juridiquement indépendante. Mais « si la réalité est contraire et qu'elles sont liées économiquement, on tient compte de ces liens pour considérer non plus chaque société individuellement, mais leur ensemble dans le but d'en tirer des conséquences juridiques »[890]. Un groupe de sociétés est généralement constitué en raison des liens de participation ou de contrôle qui existent entre les différentes entités. Ces liens permettent à une société d'exercer

[886] LE CORRE (P.-M.), « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter. À propos de CA Paris, pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010 : affaire Cœur Défense », *Gaz. Pal.*, 2010, p. 771.
[887] Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026.
[888] V. *supra* n° 21 s.
[889] V. Com., 15 nov. 2011, n° 10-21.701 : RJDA 3/12 n° 336 : a jugé qu'un groupe de sociétés ne peut, faute de personnalité morale, être titulaire de droits et d'obligations et se voir infliger une condamnation.
[890] PAILLUSSEAU (J.), « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.*, 2003, p. 2346.

un pouvoir réel sur les autres sociétés. Ce pouvoir se manifeste par la prise des décisions relatives à l'organisation de la société, à l'activité, à sa conduite, à l'affectation à l'activité de moyens humain, matériel et financier, à la stratégie à suivre, etc.[891]. Le groupe de sociétés peut ainsi être qualifié d'entreprise unique[892].

287. **L'autonomie de la personne morale, obstacle à l'appréhension de l'entreprise**. L'unité de pouvoir, de décision, qui existe au sein d'un groupe de sociétés, rend difficile de considérer qu'une société appartenant à ce groupe, société contrôlée par une autre, exerce une activité économique de façon indépendante. En ce sens, il est difficile de considérer qu'une telle société contrôlée puisse constituer une entreprise. Dans cette circonstance, le principe de l'autonomie de la personne morale empêche d'envisager le véritable objet du droit des entreprises en difficulté. Les difficultés ne seront pas appréciées au niveau du groupe, qui représente potentiellement une seule et même entreprise, mais à l'échelle de la société débitrice contrôlée[893]. Tel est le cas pour apprécier les difficultés justifiant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde[894], et de la cessation des paiements pour l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire[895]. Les chances de redressement sont appréciées au regard des capacités de la société débitrice, sans tenir compte de celles du groupe[896]. La règle d'autonomie patrimoniale permet à la personne morale de jouer le rôle d'un écran, d'un rempart qui évite toute contagion du reste du groupe[897]. La solution qui consiste à apprécier la cessation des paiements à l'échelle de la société débitrice, sans tenir compte de la situation du groupe auquel elle appartient est justifiée à cet égard[898]. C'est en ce sens qu'un dirigeant ne peut s'exonérer de sa responsabilité pour insuffisance d'actif en faisant valoir la situation florissante du groupe auquel appartient la société qu'il dirigeait[899].

288. Pourtant, dans certaines circonstances, il apparaît bien que le groupe de sociétés soit considéré dans son unité. Tel est le cas lorsque la Cour de cassation considère que « si le principe de l'autonomie de la personne morale impose d'apprécier séparément les conditions

---

[891] *Ibid.*
[892] ARCELIN-LECUYER (L.), « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique », *JCP E*, n° 11, 13 mars 2014, 1124.
[893] Com., 26 juin 2007, n° 06-20820 ; Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 : RJDA 10/12 n° 872.
[894] Com., 26 juin 2007, n° 06-20.820 : RJDA 1/08 n° 56.
[895] Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 : RJDA 10/12 n° 872.
[896] Com., 17 nov. 2015, n° 14-19.504 : RJDA 6/16, n° 465.
[897] CAVIGLIOLI (C.) et LE GUEUT (T.), « L'instrumentalisation de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », in *Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actu. de droit de l'entreprise, LexisNexis, p. 11.
[898] Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 : RJDA 10/12 n° 872.
[899] Com., 18 mai 2016, n° 14-16.895, *BJS*, 2016, p. 619.

d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de chacune des sociétés d'un groupe, rien n'interdit au tribunal, lors de l'examen de la solution proposée pour chacune d'elles, de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe »[900]. C'est bien reconnaître des liens entre les sociétés qui composent un groupe, même si l'on refuse de tirer les conséquences de ces liens au moment de l'ouverture d'une procédure. En outre, il est déjà arrivé, de manière assez surprenante, que les sociétés d'un groupe soient soumises à une conciliation unique. Néanmoins, par la suite, le sort de l'une n'a pas lié celui de l'autre puisqu'une sauvegarde a été ouverte à l'encontre de l'une des sociétés sans que cela mette fin à la conciliation pour l'autre société[901]. C'est pourquoi la question qui doit nous animer est davantage celle de l'appréhension par le droit de l'entité économique que représente le groupe plus que celle d'une potentielle reconnaissance de sa personnalité juridique[902]. Il dépend du juge d'appréhender économiquement le groupe.

B- La cohérence d'un droit brisée : la quête d'efficacité émancipée de la finalité

289. L'objectivité avec laquelle le juge apprécie les conditions d'ouverture des procédures collectives fait échapper le droit des entreprises en difficulté à la cohérence d'un droit économique. Le couplage entre le droit et l'économie que représente le droit économique n'implique pas la soumission du système juridique au système économique, mais impose de déterminer des limites à son emprise[903]. Le droit économique est une façon d'organiser juridiquement un aspect du domaine économique. Par le biais du droit économique, c'est l'ordre juridique qui conditionne l'ordre économique[904] et c'est le juge qui est gardien de l'ordre juridique.

290. En ce sens, si l'on prend pour base de comparaison le droit de la concurrence, le droit intervient pour favoriser la concurrence et poser des règles pour prévenir les atteintes à la libre concurrence. Pour cela, il va chercher les acteurs économiques dont dépend la concurrence et c'est bien à eux qu'il appliquera ces règles. Le législateur donne un but précis à la législation qu'il édicte et c'est en fonction de cette finalité que le droit est forgé. Les règles sont ajustées afin de tenir compte de situations qui portent atteinte à la concurrence. Le schéma est similaire

[900] Cass. com., 19 déc., 2018 n° 17-27.947 ; *BJS*, fév. 2019, p. 38, note MOUIAL BASSILIANA (E.).
[901] Cass. com., 12 juill. 2016, n°14-27.983, *Rev. sociétés*, 2016, p. 553.
[902] V. DUMONT-LEFRAND (M.-P.) (dir.), *Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?,* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entreprise, mars 2018, LexisNexis.
[903] FARJAT (G.), « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003/3, t. XVII, p. 511.
[904] V. MARTIN (R.), « Loi économique et règle de droit », *D.*, 1990, p. 259.

en droit des entreprises en difficulté. Le droit se propose d'intervenir en raison de l'impact économique que peuvent avoir les difficultés des entreprises. Il propose alors des procédures qui ont pour fin de sauver l'activité économique et les emplois qu'elle comprend. Dès lors, cette finalité est ce qui doit guider le juge à tout moment dans son application de la règle. Cela doit l'amener à mettre en cohérence les solutions avec les finalités de ce droit. La cohérence de ce droit spécifique est brisée dès lors que le juge ouvre des procédures à des débiteurs qui ne sont pas des entreprises.

291. À ce moment, il n'exerce pas le rôle qui lui est dévolu. Il ne circonscrit plus la recherche d'efficacité de la règle à sa finalité. Même si les lois successives ont poussé à faciliter l'ouverture des procédures, à plus d'efficacité, cela ne doit pas se faire au mépris de l'essence de ce droit. Les politiques incitatives ont conduit à une confusion entre finalité et moyen. En ce sens, s'il est vrai que l'interprétation du juge permet d'ouvrir plus de procédures de sauvegarde, quel sens cela a-t-il si elles ne sont pas ouvertes à des entreprises ? Les juges répondent à un impératif d'efficacité, mais un impératif qu'ils ont déconnecté de sa finalité, à savoir sauver les entreprises quand elles peuvent l'être. Dans ces circonstances, se crée au sein de ce droit une incohérence comme cela a pu être reproché sous l'empire du décret de 1955. Cette législation conduisait à déterminer le sort de l'entreprise sans tenir compte de sa situation économique objective, mais en fonction de la bonne ou mauvaise foi du débiteur. L'application de ces règles conduisait à des solutions absurdes lorsque le débiteur de bonne foi n'était pas à la tête d'une entreprise viable, ou lorsqu'une entreprise viable était dirigée par un débiteur de mauvaise foi. L'incohérence d'hier et celle d'aujourd'hui sont différentes mais, dans les deux cas, elle est bien présente.

292. À ce moment précisément, il est possible de voir un affaiblissement du droit. « Il n'est pas inutile de rappeler que le droit (…), n'est pas que modélisation des actions d'agents économiques guidés par la maximisation de leurs intérêts, mais bien pesée des intérêts par un agent agissant au nom de l'intérêt général »[905]. Le droit économique se doit désormais de construire une « économie de droit »[906], c'est-à-dire une économie soumise au droit. Le juge ne doit pas tout sacrifier au nom de l'efficacité économique, sa mission est autre. Désormais, la fonction du juge est de participer « à la réalisation de politiques déterminées (et d'assurer) le

[905] BOY (L.), *art. cit.*, in BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRAIAINEN (F.) (coord.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 335.
[906] V. FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, *op. cit.*

meilleur règlement des intérêts considérés »[907]. Le juge, en plus de sa fonction traditionnelle, « est responsable de la conservation et de la promotion d'intérêts finalisés par des objectifs socio-économiques et régulés par les systèmes de normes techniques correspondantes »[908].

293. Le droit n'est pas le seul système normatif. Il est amené à composer avec les systèmes religieux, moraux, économiques et sociaux, afin de préserver un certain ordre social. Pour cela, il doit « encadrer » l'influence et la portée de ces autres systèmes normatifs. Le droit doit composer avec les données économiques, sans devenir leur subordonné. À partir du moment où le droit se saisit de l'économie, c'est que certains intérêts, une certaine conception de l'intérêt général, un certain ordre est à sauvegarder ou à créer. Le juge doit réguler les effets de la course à l'efficacité économique en ayant pour guide les finalités suprêmes de la loi instituée. Comme le fait remarquer G. Farjat, « l'apport des juristes au pouvoir économique peut faire pénétrer plus intimement l'état de droit dans le système économique »[909]. À défaut, les règles du droit des entreprises en difficulté deviennent par cet effet « volatiles » au sens où elles ne sont plus rattachées à un ensemble cohérent, échafaudé pour aboutir à un objectif précis. Elles peuvent être récupérées, utilisées en dehors de leur destination d'origine puisqu'elles sont détachées de leur ensemble par le juge lui-même.

294. Le juge doit constituer un soutien aux entreprises dans le cadre posé par la loi, sans s'effacer au profit de la stratégie d'entreprise. En voulant trop privilégier la stratégie d'entreprise au travers de l'interprétation de la règle, quitte à ne pas tenir compte de la finalité de cette dernière, le juge ouvre la voie à de potentielles instrumentalisations. L'efficacité économique, oui, mais pas à n'importe quel prix, pourrait-on dire[910]. C'est pour cela que, s'agissant d'un droit économique, le juge du droit des entreprises en difficulté doit favoriser la recherche d'une certaine efficacité économique de la règle, mais tout en subordonnant cette efficacité à l'objectif fixé par la législation.

Conclusion de la section

295. Le juge du droit des entreprises en difficulté aurait, en principe, la capacité et le devoir d'adopter une approche finaliste en raison du caractère économique de ce droit. Mais son appréciation des conditions d'ouverture, en même temps qu'il les déconnecte des finalités

[907] OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements*, Publ. des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 47.
[908] BOY (L.), « Les formes de traitement juridictionnel du contentieux économique », in PIROVANO (A.) (dir.), Changement social et droit négocié, Economica, 1988, p. 39.
[909] FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 195.
[910] LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, *op. cit.*, p. 506.

assignées aux procédures collectives, lesquelles peuvent dès lors être ouvertes à l'encontre de débiteurs qui ne sont pas des entreprises, conduit à déconnecter la recherche d'efficacité de la règle de son but. La règle est simplement guidée par l'efficacité sans assurer de cohérence. Pourtant, le droit économique peut être perçu comme la recherche de l'efficacité économique au service d'un objectif de nature économique, mais posé par le législateur, ce qui en fait un objectif d'ordre public économique. L'instrumentalisation ne découle pas de l'introduction de la donnée économique dans le raisonnement juridique, mais de la non-adaptation du droit, du juge, à l'intégration de ces données.

Conclusion du chapitre

296. Si la notion d'entreprise en difficulté est toujours « en train d'être forgée »[911], il est possible de la concevoir, dans la perspective du droit des entreprises en difficulté, comme une entreprise dont l'activité économique et les emplois qui y sont attachés sont mis en péril ou sont menacés de disparaître à plus ou moins long terme. Effectivement, le traitement de l'entreprise en difficulté est envisagé dans une logique économique et non par simple charité au sein du droit des entreprises en difficulté. C'est ainsi dans une logique de pérennisation de l'activité économique et de prévention de l'apparition d'une insolvabilité que la notion d'entreprise en difficulté doit être pensée[912].

297. L'absence de réception du concept d'entreprise par le droit des entreprises en difficulté, en raison de sa composante traditionnelle de procédure d'exécution, conduit à une application des procédures collectives déconnectées de leur aspiration économique. Concrètement, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut être demandée et obtenue alors même que les difficultés n'affectent pas une entreprise au sens économique du terme. Si des procédures collectives peuvent être appliquées à des personnes qui ne sont pas des entreprises en difficulté, ces procédures ne concourent pas à la préservation du tissu économique par la sauvegarde des entreprises. Le juge en n'assumant pas le rôle que lui attribue la matière participe à un détachement de la quête d'efficacité, d'inspiration économique, de la finalité économique à laquelle le droit s'est proposé de répondre. Les règles sont efficaces puisqu'elles permettent à nombre de débiteurs de bénéficier d'une procédure collective, mais ce ne sont pas

[911] CHAMPAUD (C.), « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé », *RJC*, 1976, p. 253.
[912] V. PAILLUSSEAU (J.), « Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté ? », *RJC*, 1976, p. 259.

nécessairement des entreprises qui sont traitées par ce biais. Les conditions d'ouverture des procédures collectives, curatives comme préventives, souffrent du même mal : elles ne reflètent pas la réalité économique de l'entreprise, dès lors que la personne juridique, sujet de la procédure, ne coïncide pas avec l'entreprise.

Chapitre 2 – Des procédures collectives détachées des intentions de leur sujet : le débiteur

298. Alors même que les conditions d'ouverture des procédures collectives ne permettent pas toujours de saisir l'objet de ce droit, à savoir l'entreprise, elles sont appréciées objectivement. L'état objectif de difficulté qui ouvre droit à une procédure n'est alors pas nécessairement celui d'une entreprise. Dans le même temps, la recherche d'efficacité des procédures a conduit à ouvrir largement le bénéfice d'une sauvegarde à l'initiative du seul débiteur. Celle-ci pourra lui être ouverte bien qu'il ne soit pas une entreprise. Dès lors, la procédure est détournée de sa raison d'être. Elle est instrumentalisée par le débiteur pour servir ses intérêts propres puisque les règles qui découlent de l'ouverture de la sauvegarde ne pourront pas concourir au sauvetage d'une entreprise inexistante.

299. L'absence de reconnaissance des groupes de sociétés comme entreprise unique leur octroie la faculté d'instrumentaliser les procédures collectives pour accroître leur rentabilité en se délestant d'une filiale. Dans cette hypothèse, l'entreprise existe et use de son pouvoir économique, tout en demeurant invisible à l'œil du législateur des procédures collectives. L'appréciation des conditions d'ouverture ne permet pas de discriminer les procédures justifiées de celles qui ne le seraient pas. Ainsi, l'entreprise rendue inaccessible par le principe de l'autonomie de la personne morale peut poursuivre des finalités qu'elle-même détermine, finalités autres que celles qui font la raison d'être des procédures collectives (Section 1).

300. La faculté d'instrumentalisation devient structurelle à partir du moment où la jurisprudence se refuse à tenir compte des mobiles du débiteur, alors que l'objectivité des conditions d'ouverture dévoile leur insuffisance à assurer que les procédures ne seront pas détournées. En n'ayant pas d'égard à la subjectivité du débiteur, il est choisi de ne pas constituer d'obstacle à de telles instrumentalisations des procédures collectives (Section 2).

Section 1 : La faculté des groupes de sociétés d'instrumentaliser les procédures collectives

301. Les procédures peuvent être utilisées à des fins détournées, dès lors que leur ouverture ne se trouve pas réservée à des entreprises en difficulté. De simples débiteurs, appartenant à un groupe de sociétés, peuvent obtenir le bénéfice des mesures et des règles pourtant réservées au traitement de l'entreprise, acteur économique essentiel. Il suffit qu'ils en remplissent les

conditions légales, au nombre desquelles n'existe pas l'entreprise. Dans ces conditions, le bénéfice de ces mesures en constitue nécessairement un détournement. Comme illustré par l'affaire Cœur Défense, le débiteur peut de la sorte instrumentaliser la procédure de sauvegarde (§1). L'invisibilité de l'entreprise constituée par un groupe de sociétés à l'ouverture d'une procédure lui permet d'agir dans l'ombre et d'instrumentaliser les procédures collectives pour servir ses objectifs de rentabilité. Ce type de détournement de la procédure de liquidation est révélé notamment par l'affaire Sodimédical (§2).

§1- L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde

302. Véritable œuvre d'une politique d'incitation, le bénéfice d'une procédure de sauvegarde s'est fait de moins en moins discriminant au fil des réformes, ce qui la prédispose à l'instrumentalisation (A). Cette circonstance fait émerger un véritable « droit du débiteur en difficulté », ce qui offre l'opportunité à n'importe quel débiteur de faire de la sauvegarde un usage à des fins égoïstes, sans qu'il puisse être accusé « d'instrumentalisation frauduleuse »[913] (B).

A- La sauvegarde, une procédure prédisposée à l'instrumentalisation

303. Les caractères volontaire et préventif de la sauvegarde en font le terrain d'élection de pratiques instrumentales, en même temps qu'ils en font son intérêt. L'enjeu de cette procédure est de constituer un véritable moyen de sauver les entreprises en faisant intervenir le tribunal précocement. Cette préoccupation a mené à privilégier un assouplissement des conditions d'ouverture au risque de créer les conditions de son instrumentalisation (1°). Le critère d'ouverture retenu, à savoir les difficultés insurmontables, ne permet pas de discriminer les sauvegardes justifiées de celles dont la légitimité peut apparaître plus douteuse (2°).

1°) Des difficultés moins qualifiées, clés du succès de la sauvegarde.

304. Dès les discussions sur l'adoption de la procédure de sauvegarde, le risque de la voir être utilisée comme un simple outil de gestion a été relevé. La préoccupation de voir la procédure de sauvegarde utilisée par des débiteurs qui pourraient faire face à leurs difficultés, au détriment des créanciers, a conduit à réserver son ouverture au débiteur qui fait état de

[913] MENJUCQ (M.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2019, n° 03, p. 201.

difficultés « qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à conduire à la cessation des paiements »[914]. Le projet de la Chancellerie proposait même à l'origine que le bénéfice de la sauvegarde soit réservé aux entreprises qui rencontraient des « difficultés avérées, prévisibles, susceptibles d'entraîner à bref délai la cessation des paiements »[915]. La référence à l'état de cessation des paiements dans les conditions d'ouverture était la marque de la nature préventive de cette procédure et de son but : prévenir l'apparition d'une cessation des paiements avec l'aide du juge. La référence amoindrie à la cessation des paiements, qui n'a finalement pas à être appréciée à « bref délai » comme le prévoyait le projet de la Chancellerie, mais « de nature à conduire à la cessation des paiements » retenu dans la loi de 2005, faisait craindre à certains députés de l'époque que la sauvegarde « ne soit piratée ou détournée pour accélérer les restructurations au lieu d'entrainer le sauvetage des entreprises »[916]. Cette crainte se fondait sur le caractère volontaire de la procédure, sur « l'absence de contraintes nécessaires pour s'abriter derrière le régime de la sauvegarde »[917]. Mais, l'exigence de « bref délai » faisait craindre que l'ouverture de la procédure ne soit trop retardée, diminuant ainsi les chances de sauvetage de l'entreprise. Les discussions sur les conditions d'ouverture de cette procédure voient s'affronter le souhait de lui donner les moyens de réellement prévenir la cessation des paiements, et celui du risque que représente le fait de la soumettre à des conditions moins strictes. Le risque d'instrumentalisation de la sauvegarde est en lien avec l'exigence de difficultés : il augmente à mesure que l'exigence pour reconnaître l'existence de difficultés diminue.

305. **L'assouplissement opéré par l'ordonnance de 2008**. L'assouplissement des conditions d'ouverture réalisé par l'ordonnance de 2008[918] a conduit à ôter toute référence à la cessation des paiements pour se contenter de « difficultés que le débiteur ne peut surmonter ». Dès lors, la sauvegarde est apparue aux yeux de certains comme une arme déloyale que tout débiteur pourrait brandir pour menacer ses créanciers et en obtenir indument une renégociation de sa dette qui ne lui aurait sinon pas été accordée[919]. Les débiteurs n'ont plus besoin de faire

[914] HYEST (J.-J.), Rapp. Sénat n° 335, 2004-2005, p. 150 ; Cass. com. 6 juin 2007 (2 arrêts), n° 06-17.821 et n° 06-20.820 ; *D.*, 2007. 1864, note LIENHARD (A.) ; *ibid*, p. 570, obs. LUCAS (F-X.) ; *Dr. Sociétés*, 2007, n° 177, obs. LEGROS (J.-P.) ; *BJS*, 2007. 1165, note REGNAUT-MOUTIER (C.) ; *Rev. proc. coll.*, 2007, n° 223, obs. SAINTOURENS (B.) ; *Gaz. Pal.*, 26-27 oct. 2007, p. 21, obs. LEBEL (C.) ; *RJ com.*, 2007. 361, obs. ROUSSEL GALLE (Ph.) ; *JCP E*, 2007, 2120, note VALLANSAN (J.).
[915] Cité par VIDALIES (A.), JOAN CR, 2e séance, 3 mars 2005, p. 1641.
[916] VIDALIES (A.), JOAN CR, 2e séance, 3 mars 2005, p. 1641.
[917] *Ibid*.
[918] Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, JO 19 déc.
[919] COURET (A.) et DONDERO (B.), « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *JCP E*, n° 11, 17 mars 2011, 1215 ; V. LE CORRE (P.-M.), « La réforme du droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2009, n° 211.

la preuve d'une probable cessation des paiements à court ou long terme[920] pour être éligibles à une procédure de sauvegarde[921]. En somme, ils peuvent prétendre plus facilement, avec une exigence de preuve moindre, à l'arrêt des poursuites, à l'interdiction des paiements[922]. Le risque de l'instrumentalisation apparaîtrait comme le « prix à payer » pour rendre la procédure de sauvegarde plus efficace. La réforme de 2008 est présentée comme un moyen de favoriser la prévention en s'attaquant à des difficultés plus précoces, en réponse au constat d'une faible utilisation de la sauvegarde sous la loi de 2005. Il est alors considéré que si la sauvegarde n'est pas assez utilisée, c'est parce que ses conditions d'ouverture sont trop strictes. Certains auteurs ont pu dénoncer cette démarche, non conforme à l'orthodoxie juridique, qui est finalement de mesurer l'effet d'une loi au nombre de sauvegardes ouvertes[923]. Le souhait de voir le nombre de sauvegardes augmenter prime sur le contrôle de son utilisation. Or, un auteur met justement en garde contre la volonté d'attirer toujours plus d'entreprises vers la procédure de sauvegarde en relevant qu'« il est irréaliste de croire qu'elle peut être généralisée et dangereux de l'ouvrir inconsidérément à qui veut en tirer parti »[924]. L'assouplissement du critère d'ouverture ne s'imposait pas vraiment pour faciliter l'accès à la sauvegarde des débiteurs honnêtes réellement en difficulté[925], car les refus d'ouverture étaient souvent liés à des difficultés déjà trop importantes et non à leur caractère insuffisant.

306. **La tentative de restrictions des conditions d'ouverture par la cour d'appel.** C'est pour cela que, dans l'affaire Cœur Défense, la cour d'appel, soumise à la législation antérieure à l'ordonnance de 2008, lie la question de l'appréciation des difficultés qui, selon elle, doivent être en lien avec l'activité économique, avec ce qu'elle estime être un détournement de procédure. Elle tente de faire rempart à un type d'utilisation de la procédure qu'elle estime indésirable en exigeant une « qualification » supérieure des difficultés rencontrées par le débiteur. Effectivement, elle considère le lien entre les difficultés éprouvées et l'activité de la société pour refuser le bénéfice de la sauvegarde à la société Hold. Elle retient qu'elle n'avait « pas prétendu éprouver des difficultés à poursuivre son activité de bailleresse de bureaux, mais

[920] LAURENT (N.) et de MICHELE (J.), « Le point de vue du praticien sur dix principales mesures du projet de réforme de la sauvegarde », *JCP G*, 2008, I, n° 214.
[921] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (Th.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Manuel, 12e éd., 2022, n° 211.
[922] Rapp. Au Président de la République, art 12 : L'assouplissement des conditions d'ouverture opéré par l'ordonnance est destiné à épargner au débiteur une difficulté de preuve « dont la complexité s'accroît à mesure de la précocité de sa demande d'ouverture ».
[923] Le professeur Pétel qualifie cela d'un « reflex de journaliste ».
[924] PETEL (Ph.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E*, 2009, 1049.
[925] *Ibid.*

seulement fait état de circonstances imprévues lui rendant plus onéreuse l'exécution de l'obligation contractuelle de couverture du risque de variation des taux d'intérêts, imposée par les contrats de prêt ayant originellement financé son acquisition »[926]. Les commentaires qui ont fait suite à cet arrêt n'ont pas manqué de saluer l'intention de limiter l'effet d'aubaine attachée à la sauvegarde en recourant à une interprétation plus restrictive des critères d'ouverture[927].

2°) Des difficultés insurmontables, une condition peu discriminante

307. Depuis l'ordonnance de 2008, une procédure de sauvegarde peut être ouverte au débiteur qui, sans être en cessation des paiements, « justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »[928]. La condition de difficultés insurmontables pourrait constituer un rempart aux tentatives d'instrumentalisation de la sauvegarde[929]. Néanmoins, le caractère flou de cette notion[930] qui suffit en elle-même depuis que l'ordonnance de 2008 a rompu toute relation avec la cessation des paiements rend plus difficile d'apprécier la légitimité du bénéfice de la sauvegarde. Cette rupture de relation avec la cessation des paiements participe d'un mouvement « tendant à déconnecter l'ouverture d'une procédure collective volontaire de toute condition d'insolvabilité »[931]. Elle serait justifiée par la volonté de ne pas freiner la sauvegarde dans son efficacité préventive. Effectivement, plus les débiteurs demandaient l'ouverture d'une sauvegarde précocement, plus ils leur étaient difficile de rapporter la preuve que les difficultés étaient de nature à conduire à la cessation des paiements[932]. Confrontée à la difficulté de se saisir du caractère insurmontable et poussé par la volonté législative d'ouvrir largement la sauvegarde, il est peu probable que ce critère permette aux juges de faire le tri entre les

[926] CA Paris, Pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010, « Eurotitrisation ».
[927] MENJUCQ (M.), « Affaire Heart of La Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. Proc. coll.*, n° 3, mai 2010, étude 11 ; MENJUCQ (M.), « 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.*, n°2, mars 2011, repère 2. L'auteur souligne tout de même que « la condamnation par cet arrêt du détournement de la procédure de sauvegarde ou de son usage abusif, le débiteur y recourant dans l'unique but de se soustraire à ses obligations contractuelles méritait, dans son principe, d'être approuvée » ; LUCAS (F.-X.), « Cœur Défense : douche froide pour la procédure de sauvegarde », *LEDEN*, n°4, avr. 2010, p. 1.
[928] C. com., art. L. 620-1 ; PETEL (Ph.), « Le critère d'ouverture de la sauvegarde », *BJE*, 2012. 308.
[929] LIENHARD (A.), « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.*, 2009, p. 110 ; REILLE (F.), « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de « cœur » », *Gaz. Pal.*, 2 avr. 2011, n° 92, p. 7. Le professeur Reille parle de « marge de manœuvre intéressante » dans l'appréciation que les juges pourront faire des difficultés insurmontables ; MENJUCQ (M.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2019, n° 03, p. 201.
[930] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Précis, 9e éd., 2022, n° 358.
[931] LIENHARD (A.), « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.*, 2009. Chron. 110 ; VALLENS (J.-L.), « De la cessation des paiements à l'insolvabilité », *JCP*, 2008. I. 148.
[932] Rapp. au Président de la République sur l'ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008, JO 19 déc., Titre I, chap. II-1, art 12.

sauvegardes justifiées et les autres[933]. Au contraire, cela pourrait les conduire à accorder plus facilement le bénéfice de cette procédure. Cette condition suppose qu'il soit impossible au débiteur seul[934], sans le soutien de la procédure de sauvegarde[935] lui offrant la suspension provisoire des poursuites et la possibilité d'obtenir des délais et des remises, de redresser son entreprise, de façon durable. Le caractère insurmontable doit s'apprécier *in concreto*[936] et peut conduire à un examen de la capacité financière d'endettement du débiteur, sans tenir compte des capacités financières de ses actionnaires[937]. Il incombe au seul débiteur d'en rapporter la preuve[938]. La difficulté doit néanmoins faire peser une menace sur l'exploitation de l'entreprise[939].

308. En pratique, l'examen du caractère insurmontable n'apparaît pas automatique. Le caractère insurmontable des difficultés éprouvées par la société Hold, dans Cœur Défense, fait l'objet d'une appréciation objective : Hold était dans l'impossibilité de renouveler la couverture de taux à un prix correspondant à ses moyens financiers dans le délai imparti par le contrat[940]. En revanche, pour la société Dame Luxembourg, la motivation est plus contestable. La cour d'appel[941] se contente de retenir que « le caractère automatique de la perte de son actif par Dame Luxembourg, en cas de défaillance de la société Hold entrainait nécessairement des difficultés qu'elle ne pouvait surmonter de nature à la conduire à la cessation des paiements… ». Dans ce cas, la cour d'appel ne justifie pas le caractère insurmontable. Les juges se contentent parfois de rechercher la nature des difficultés rencontrées pour en apprécier le caractère insurmontable[942], ou concluent au caractère insurmontable par la constatation que la société « n'a pas été en mesure de surmonter ces difficultés anciennes et récurrentes »[943]. A été reconnu

[933] Contrairement à REILLE (F.), *art. cit*., *Gaz. Pal.*, 2 avr. 2011, n° 92, p. 7.
[934] Aussi : LUCAS (F.-X.) et LECUYER (H.), « De la sauvegarde », *LPA*, n° sp., 8 fév. 2006, n° 28, p. 23.
[935] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 358.
[936] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (Th.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 214.
[937] Com. 26 juin 2007, n° 06-20.820 : *JCP G*, 2007, II, 10147, note VALLANSAN (J.) ; *JCP E*, 2008, Chron. 1207, n° 2, p. 29, note PETEL (Ph.). Pour un cas d'espèce V. CA Paris, 30 janvier 2020, n°19/17656 : rejet d'une tierce opposition d'un créancier qui conteste le caractère insurmontable des difficultés de son débiteur en se fondant sur la capacité de soutien de la société mère, laquelle a provisionné le montant de la condamnation qui constitue la difficulté.
[938] C. com., art. R. 621-1 : Le débiteur « expose la nature des difficultés qu'il rencontre et les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure de les surmonter ». V. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « L'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll*., 2008/2, p. 85.
[939] PETEL (Ph.), « Les nouveaux critères d'ouverture (aspects juridiques) », *Dr. et patr*., déc 2009, n° 187, p. 59.
[940] DAMMANN (R.), GERNAY (L. de), « L'épilogue de l'affaire Cœur Défense : quels enseignements en tirer ? », *BJS*, n° 4, avr. 2012, p. 329.
[941] CA de renvoi Versailles, 28 févr. 2013, n° 12/06573.
[942] CA Bordeaux, 2e civ., 24 sept. 2014, n°12/05237. Si la Cour relève bien un déficit d'exploitation important qui atteste d'un manque de rentabilité, faisant ainsi valoir la réalité des difficultés économiques, elle ne parait pas procéder à une analyse du caractère insurmontable.
[943] CA Montpellier, 2e ch., 1e oct. 2013, n°13/01368. Les difficultés ressortent des pièces comptables qui font apparaître des pertes en 2010 et 2011.

comme pouvant constituer une difficulté insurmontable, le risque de déchéance du terme au titre d'un concours, lequel peut provoquer la cessation des paiements[944]. Le placement en redressement judiciaire de la filiale peut constituer une difficulté que ne peut surmonter seule la société mère[945]. Cette condition, détachée de toute référence à la cessation des paiements, accroît les possibilités de recherche d'effet d'aubaine par les débiteurs peu scrupuleux[946]. Un simple risque de défaut dans un contrat pourrait être qualifié de difficulté insurmontable et justifier l'ouverture d'une sauvegarde.

B- La sauvegarde, une procédure au service du débiteur en difficulté

309. Pour faire de la sauvegarde un moyen efficace pour prévenir la cessation des paiements, l'article L. 620-1 al. 1 du Code de commerce[947] est devenu un texte qui peut s'appliquer sans tenir compte des finalités de la procédure. L'opportunité d'ouvrir une sauvegarde n'est alors pas subordonnée à l'objectif de cette procédure, notamment celui de la préservation de l'activité économique. Que penser alors quand une telle procédure est ouverte à l'encontre de sociétés, simples holdings de détention[948], sans activité économique ? En aucune façon, l'ouverture d'une telle procédure dans cette situation ne permet de remplir les objectifs de cette dernière, elle apparaît alors injustifiée[949] au regard de la vocation économique du droit des entreprises en difficulté. Comme le questionne un auteur : si la finalité de la procédure de sauvegarde demeure tournée vers l'entreprise, pourquoi octroyer le bénéfice d'une telle procédure à un débiteur dépourvu d'activité économique et qui ne constituerait donc pas une entreprise[950] ?

310. **L'émergence d'un droit du « débiteur en difficulté ».** La règle dégagée par la Haute juridiction accroît considérablement le champ de la sauvegarde[951]. Dans son rapport, la Cour de cassation a bien mis en évidence l'importance qui devait être accordée à cet arrêt[952]. Les

[944] T. com. Nanterre, 30 nov. 2009, aff. Thomson, JCP E, 2009, actu. 604, note LEBEL (C.) ; *Rev. proc. coll.* 2010, n° 49, note SAINTOURENS (B.).
[945] T. com. Bordeaux, 18 déc. 2013, RG n°2013G00044, *Rev. proc. coll.*, 2015, chron. 1, note SAUTONIE-LAGUIONIE (L.).
[946] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (Th.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 212.
[947] « La sauvegarde est ouverte aux débiteurs, qui sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».
[948] Le débiteur sous forme de SPV ne peut être considéré comme une entreprise au sens classique du terme : DAMMANN (R.), ROBINET (M.), « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », *BJS*, déc. 2009, n° 12, p. 1116.
[949] SAINTOURENS (B.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n° 3, p. 203.
[950] CAVET (S.), « Cœur Défense : et la Cour de cassation créa le droit du débiteur en difficulté », *RLDA*, nº 60, 1er mai 2011.
[951] *Ibid.*
[952] Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, p. 366.

difficultés insurmontables n'ayant pas besoin d'être liées à l'activité économique, donc à l'existence d'une entreprise, le dispositif peut être utilisé par des sociétés en dehors de sa raison d'être[953]. La sauvegarde serait utilisée non pour assurer le maintien d'une activité économique, mais pour profiter d'une situation avantageuse que la relation contractuelle ne permettrait pas d'obtenir[954]. Dès lors que se profilent des difficultés susceptibles d'entraîner un cas de défaut, le débiteur peut se retrancher derrière une sauvegarde pour faire échec à la réalisation des sûretés des créanciers, et modifier l'équilibre contractuel sur lequel reposait le montage[955], comme l'illustre l'arrêt Cœur Défense et l'affaire Financière Hélios[956] après elle. Plus récemment, un créancier a tenté de former une tierce opposition à un jugement d'ouverture de sauvegarde au bénéfice d'une société holding, en faisant valoir une instrumentalisation. Selon lui, dans de telles circonstances, l'adoption d'un plan de sauvegarde tendait simplement à tenir en échec des dispositions contractuelles contraignantes et à suspendre l'exécution d'une décision de justice devenue définitive. Conformément à la jurisprudence Cœur Défense, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en considérant que ces éléments ne peuvent être constitutifs d'une fraude dès lors que ce sont les effets de la procédure[957].

311. **La sauvegarde au service de la préservation de montages financiers et des intérêts des actionnaires**. Dans Cœur Défense, l'ouverture de la sauvegarde a permis de préserver un montage financier, en empêchant que la réalisation des suretés prises par les créanciers ne fasse tomber la société Hold et l'immeuble aux mains des créanciers qui en avaient financé l'acquisition[958]. Le renchérissement du contrat de couverture risquait de conduire à l'exigibilité immédiate du remboursement du prêt par Hold, provoquant sa cessation des paiements. Les garanties accordées par Dame Luxembourg sur les titres de Hold auraient alors pu être sollicitées par les créanciers, lui faisant perdre la propriété des titres et de l'immeuble du fait du pacte commissoire.

312. Dans l'affaire Financière Hélios, la volonté de bénéficier d'une sauvegarde pour protéger les intérêts des actionnaires ne faisait pas de doute. Les créanciers bancaires, dont les

[953] SAINTOURENS (B.), *art. cit.*, *BJE*, mai 2016, n° 3, p. 203 : elles pourront bénéficier d'un plan de sauvegarde qui ne se traduirait par aucune « réorganisation de l'entreprise », la poursuite de l'activité étant de toute façon assurée en dehors de toute mesure liée à la sauvegarde, avec en plus aucun emploi menacé.
[954] Pour le Professeur Saintourens, il convient alors d'intégrer les objectifs à l'appréciation des conditions d'ouverture de la procédure : SAINTOURENS (B.), *art. préc.*, *BJE*, mai 2016, n° 3, p. 203.
[955] DAMMANN (R.), ROBINET (M.), « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », *BJS*, déc. 2009, n° 12, p. 1116
[956] T. com. Paris, 11 mars 2009, n°2009 052298.
[957] Com., 16 juin 2021, n° 19-25.153.
[958] LUCAS (F.-X.), « Éditorial. Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », *BJS*, mars 2010, n° 3, p. 211.

sûretés n'ont pu être réalisées à cause de l'ouverture de la sauvegarde, ont estimé que cela relevait « d'un véritable détournement de procédure et témoigne de la volonté des actionnaires de préserver leur intérêt propre au détriment de celui des banques ». Une pure holding financière, donc sans activité économique[959], créée dans le but d'acquérir le groupe Séchilienne Sidec, a demandé le bénéfice d'une sauvegarde pour empêcher la réalisation des sûretés par les préteurs et imposer une restructuration financière protégeant ainsi les intérêts de ses actionnaires. Les principaux actionnaires avaient nanti leurs participations dans Séchilienne Sidec au profit des banques et risquaient de perdre leurs investissements. Plus largement, le débiteur d'une dette de LBO, capable de faire face aux échéances des intérêts, mais pas au remboursement à terme du principal, pourrait obtenir l'ouverture d'une sauvegarde pour renégocier sa dette[960] du fait de son incapacité à surmonter ses difficultés sans l'aide du juge.

313. **La protection de l'actionnaire, finalité illégitime.** Finalement, l'appréciation des conditions d'ouverture de la sauvegarde, en donnant naissance à un droit du débiteur en difficulté, permet des recours à la sauvegarde dont « la légitimité est douteuse » [961] lorsqu'elle conduit à protéger l'actionnaire plutôt que l'entreprise. La procédure apparaît comme un outil au service de la protection des associés[962]. « Si la sauvegarde protège les intérêts de l'actionnaire du débiteur, la finalité de cette procédure, comme de toute procédure collective, n'est pas la préservation de ces intérêts, surtout si l'actionnaire est une personne morale, mais la poursuite de l'activité économique, le maintien des emplois et l'apurement du passif »[963]. Doit-on accepter que les débiteurs puissent utiliser la sauvegarde pour contrarier la loi contractuelle, en empêchant les créanciers de prendre le contrôle de la société dont ils ont financé l'acquisition[964], si ce n'est pas dans le but de préserver l'activité économique et les emplois ? La publicité qui entoure la sauvegarde ne sera pas suffisante pour dissuader ce type de débiteur d'instrumentaliser la sauvegarde. Ce type de sociétés est créé pour réaliser une opération donnée. Elles ne s'inscrivent pas dans une relation de confiance avec ses partenaires et ne craignent alors pas les effets de la publicité.

[959] Sur l'activité économique v. *infra* n° 558.
[960] LAURENT (N.) et de MICHELE (J.), « le point de vue du praticien sur dix principales mesures du projet de réforme de la sauvegarde », *JCP G*, 2008, I, n° 214.
[961] Le professeur Lucas parle de « légitimité douteuse » du recours à la sauvegarde lorsqu'il s'agit moins de protéger l'entreprise que ses actionnaires : LUCAS (F.-X.), *art. cit.*, *BJS*, mars 2010, n° 3, p. 211.
[962] Termes empruntés au Professeur Coquelet : COQUELET (M.-L.), « Associés -Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective » *Rev, proc, coll.*, n°6, nov. 2010, doss. 6.
[963] CAVET(S.), « Affaire Cœur Défense : un arrêt en trompe l'œil », *RLDA*, n°49, 1er mai 2010.
[964] LUCAS (F.-X.), *art. préc.*, *BJS*, mars 2010, n° 3, p. 211.

314. Si, pour le législateur, l'espoir d'une augmentation du nombre d'entreprises sauvegardées est prioritaire sur le risque de détournement de l'institution[965], il nous apparaît alors que la limite à la course à l'incitation à la sauvegarde est franchie quand elle se réalise au détriment de l'objectif même de cette procédure. L'objectif final n'est pas que la sauvegarde soit largement utilisée, mais qu'elle soit efficace en permettant de préserver l'activité économique et les emplois qui y sont attachés. Le législateur a d'abord conçu la sauvegarde comme un moyen de sauver les entreprises. Si, par nature, les procédures collectives ont vocation à porter atteinte à la force obligatoire du contrat[966], elles ne doivent pour autant pas permettre à n'importe quel débiteur de se soustraire à ses obligations contractuelles pour poursuivre d'autres finalités que celles prescrites par le droit des procédures collectives.

315. En conclusion, l'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est la résultante d'une politique d'incitation qui donne au débiteur la maîtrise de l'ouverture de la procédure, et qui en élargissant le champ de cette procédure, crée un véritable effet d'aubaine. Les « coquins et malins » qui ne craignent pas les effets de la publicité[967] pourront tirer profit de cette procédure en dehors de sa raison d'être, pour protéger un actionnaire ou préserver un montage financier. « En résumé, si l'on veut être caustique, on dira que la sauvegarde offre désormais réellement les possibilités d'abus que les pessimistes y décelaient, à tort en 2005 »[968].

§2- L'instrumentalisation des procédures curatives

316. La notion de cessation des paiements est un moyen de mesure des difficultés de l'entreprise. Sa caractérisation, qui conduit à l'ouverture d'une procédure collective si une conciliation n'a pas été demandée dans les quarante-cinq jours, peut faire l'objet de manipulations (A). Protégés par le voile de l'autonomie de la personne morale, les groupes de sociétés peuvent faire du dépôt de bilan, un « véritable acte de gestion »[969] pour préserver leurs propres intérêts (B).

[965] REILLE (F.), *art. cit., Gaz pal.*, n° 92, 2 avr. 2011, p. 7.
[966] LUCAS (F.-X.), *art. cit*., *BJS*, mars 2010, n° 3, p. 211.
[967] PETEL (Ph.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E*, 2009, 1049.
[968] *Ibid*.
[969] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*, n° 1097.

A- La manipulation de la cessation des paiements par les groupes

317. La cessation des paiements constitue un indicateur du niveau de difficulté de l'entreprise, raison pour laquelle les conditions de difficulté exigées pour l'ouverture des différentes procédures sont souvent exprimées en référence à un état de cessation des paiements[970]. Elle est le plafond à ne pas franchir pour bénéficier d'une sauvegarde, et la limite basse nécessaire pour l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire[971]. Les éléments pris en compte pour qualifier un état de cessation des paiements (1°) peuvent faire l'objet de manipulation par les groupes de sociétés. Ils peuvent créer ou dissimuler un état de cessation des paiements, notamment par le biais des avances en compte courant (2°).

1°) L'appréciation de la cessation des paiements

318. **La notion de cessation des paiements**. La cessation des paiements est une notion juridique, fonctionnelle[972] consacrée par la loi du 25 janvier 1985. Elle a cependant été dégagée par la jurisprudence sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 qui l'a distinguée de la notion d'insolvabilité[973]. L'insolvabilité vise les cas où l'ensemble des actifs de l'entreprise ne permettrait pas de payer les dettes, alors que la cessation des paiements « suppose quant à elle, l'absence de disponibilités immédiates suffisantes pour payer le passif échu »[974]. Elle ne tient pas compte alors de l'intégralité des ressources du débiteur et suppose simplement que le débiteur « soit dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible »[975]. De plus, « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements » [976]. La cessation des paiements ne représente

---

[970] V. SAINTOURENS (B.), « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *Rev. proc. coll.*, 2016, n° 1, doss. 6.
[971] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 352.
[972] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.*, 2002, p. 245.
[973] Ex. Com. 27 juin 1977, n° 76-10.883 : Bull. civ. IV, n° 185. On retrouve la notion d'insolvabilité dans la législation française à L. 670-1 C. com où est fait référence à une insolvabilité notoire pour la faillite civile d'Alsace-Moselle, et aussi dans les art. L. 722-5 et L. 732-2 du C. conso., relatifs aux procédures de surendettement des particuliers.
[974] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 346.
[975] C. com., art. L. 631-1 ; Cass. Com., 7 févr. 2012, n° 11-11347 : c'est au jour où le débiteur a été placé dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible que doit être fixée la date de cessation des paiements. À défaut de détermination de cette date, elle sera réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure, en application des articles L. 631-8 et L. 641-1, IV, C. com.
[976] C. com., art. L. 631-1. Ce texte est la consécration de la jurisprudence qui avait inclus dans l'actif disponible les réserves de crédit du débiteur pour ne pas retenir la cessation des paiements : Com. 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 193 ; Cass. Com., 8 juin 1999 et autres arrêts cités, *Rev. proc. coll.*, 2000, p. 49, n° 8, obs. DELENEUVILLE (J.-M.).

pas une situation totalement obérée de l'entreprise, elle peut correspondre à des difficultés passagères sans pour autant être une simple gêne momentanée de trésorerie[977].

319. **Le contenu du passif exigible.** Le passif exigible comprend les dettes liquides, exigibles et certaines, donc le passif échu. En conséquence, un report d'échéance peut ainsi modifier le contenu de ce passif exigible[978]. En outre, le montant d'un prêt bancaire dont la déchéance du terme n'est pas survenue[979], comme les créances litigieuses[980] contestées en raison de l'incertitude qui pèse sur elles[981], est exclu du passif exigible. La doctrine a pointé le cas où la contestation de la dette revêtirait un caractère artificiel, révélé par « la multiplicité des poursuites judiciaires dont fait l'objet le débiteur et, par conséquent, des contestations »[982] qu'il soulève. La jurisprudence a alors eu l'occasion de juger que les créances litigieuses devaient être écartées du passif exigible, mais à condition que le litige soit sérieux[983] afin d'éviter que le débiteur ne puisse voiler son état de cessation de paiement en contestant des dettes abusivement pour voir diminuer son passif exigible. En outre, et de manière originale, les dettes salariales sont exclues du passif exigible dans la procédure temporaire de traitement de sortie de crise mise en place par la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021[984].

---

977 V. sur cette notion : CHAPUT (Y.), « Règlement amiable et cessation des paiements », in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, Sirey, n° spéc. 1986 ; NANTERME (A.) et PONCEBLANC (A.), « L'opportunité d'avoir caractérisé légalement la notion de cessation des paiements : une opportunité qui n'est pas sans risques », *Rev. proc. coll*., 1986, p. 33, n° 4 ; TEBOUL (G.), « À propos de la cessation des paiements », *RJ com*., 1998, p. 169 ; MARTY (J.-P.), « De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles », *RLDA*, mars 2005, p. 21 ; BERTHELOT (G.), « La notion de cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E*, 2008, 2232 ; VALLANSAN (J.), « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? », *Rev. proc. coll*., Mai/juin 2012, doss. n° 12, art. 13.

978 Ex. Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170 ; *Rev. proc. coll*., 2007, p. 222, obs. SAINTOURENS (B.) ; *D.*, 2007. 872, obs. LIENHARD (A.) ; *JCP E*, 2007, n° 1833, p. 28, note ROUSSEL GALLE (Ph.) ; L'existence d'un moratoire fait disparaitre ce caractère d'exigibilité ce qui est un facteur de prévention : v. GRELON (B.), « Prévention et cessation des paiements », in *Mélanges D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 422 ; Com. 18 mars 2008, n° 06-20510 ; *Rev. proc. coll*., 2008, comm. n° 114, obs. SAINTOURENS (B.) ; *Dr. et patr*., 2008, 109, obs. MONSÈRIÉ-BON (M.-H.) ; Com. 15 févr. 2011, n° 10-13625 ; *JCP E*, 2011, 1280, note LEBEL (C.).

979 CA Douai, 22 févr. 1990, *Rev. proc. coll*., 1992, p. 290, obs. CALENDINI (J.-M.).

980 Cass. com., 25 nov. 2008, *D.*, 2009., AJ, 17.

981 Cass. com. 5 fév. 2013, n° 11-28194, *BJE*, 2013, n° 68, p. 136, obs. BONHOMME (R.) ; Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-12539 ; Cass. com., 22 févr. 1994, n° 92-11634.

982 PETEL (Ph.), *Procédures collectives*, Dalloz, 10e éd., 2021, n° 77.

983 V. not. : Com. 11 avr. 2018, n° 16-24.275 : *BJE*, 2018, p. 268, note DEDEURWAERDER (G.) ; Com., 29 nov. 2016, n° 15-19.474 : *BJS*, mai 2107, p. 341 note MELIN (F.) ; *Rev. proc. coll*., 2017, n° 2, p. 32, obs. SAINTOURENS (B.) ; *Gaz. Pal*., 28 mars 2017, p. 57, note REILLE (F.) ; Com., 5 mai 2015, n° 14-11.381 : *LEDEN*, 6/2015, n° 92, p. 2, obs. LUCAS (F.-X.). V. pour un exemple de contestation sérieuse : Com., 3 mai 2011, n° 10-15.170.

984 Pour bénéficier de cette procédure, le débiteur doit être en état de cessation des paiements, mais il doit pouvoir s'acquitter des charges salariales, ce qui revient à les exclure de l'appréciation du passif exigible. V. SAINTOURENS (B.), « La procédure de traitement de sortie de crise : innovante et éphémère », *Rev. proc. coll*., 2021-5, étude 14.

320. **Le contenu de l'actif disponible**. Cette notion d'actif disponible repose principalement sur la liquidité et la disponibilité. Il s'entend de l'actif immédiatement utilisable[985], mobilisable, c'est-à-dire de l'ensemble de la trésorerie, les liquidités du débiteur. Cela a amené la Cour de cassation à exclure de l'actif disponible du capital non libéré[986], des biens immeubles[987] et des objets mobiliers[988]. La Cour de cassation a jugé que l'actif disponible, au sens de L. 631-1 du Code de commerce, devait s'entendre, en cas de vente d'un bien immobilier, du prix versé entre les mains du débiteur ou pour son compte à la date de la décision se prononçant sur l'ouverture de la procédure collective. À cette occasion, la Cour de cassation invite les juges du fond à reporter les débats lorsque la vente est imminente, ou à obtenir un justificatif en cours de délibéré afin de vérifier la réalisation de la vente et l'encaissement du prix de vente[989]. De cette façon, elle consacre, pour le redressement judiciaire, une pratique des tribunaux qui hésitent à refuser l'ouverture d'une procédure de sauvegarde « à un débiteur qui peut rapidement mobiliser les sommes nécessaires au règlement de passif »[990]. La solution apparaît pragmatique et de bon sens. En octroyant au débiteur un délai supplémentaire pour concrétiser une vente qui lui permet de faire face à son passif exigible et donc d'échapper à l'ouverture d'une procédure collective[991].

321. En pratique, est aussi pris en compte l'actif réalisable à très court terme, tel que des titres financiers admis aux négociations sur un marché réglementé, une créance à recouvrer à condition que le délai d'encaissement s'effectue à une date proche[992], un chèque de banque dont la provision est assurée[993]. Néanmoins, la réalisation de ces actifs demeure aléatoire. Elle

---

[985] DELATTRE (Ch.), « La notion d'actif disponible au sens de L. 621-1 (devenu L. 631-1) du Code de commerce », *Rev. proc. coll*., 2007, p. 109.
[986] Cass. Com 23 avr. 2013, n° 12-17189 et n° 12-18453, *Dict. perm. Diff. Entr*., *Bull*., mai 2013, obs. MONSÈRIÉ-BON (M.-H.).
[987] Cass. Com. 11 juill. 1988, sté Eur. c. / BNP ; Cass. Com., 27 fév. 2007, n° 0610170 : *RJ com*, 2007, p. 365, note ROUSSEL GALLE (Ph.).
[988] De même, il a pu être jugé que les objets mobiliers ne pouvaient pas être pris en compte dans l'actif disponible : Com. 22 janv. 2002, n° 99-13.802 : RJDA 2002, n° 516 - Cass. Com., 8 juill. 2003, n° 02-11.485. V. Com. 18 mars 2008, n° 06-20.510 ; *D*., 2008, p. 982, obs. LIENHARD (A.) ; *JCP E*, 2008, p. 34, obs. PETEL (Ph.) ; *Rev. proc. coll*., 2008, n° 3, p. 40, obs. SAINTOURENS (B.).
[989] Cass. com., 24 mars 2021, n° 19-21424.
[990] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 434.
[991] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « Un immeuble vendu n'est pas un actif disponible tant que le prix n'est pas versé au débiteur ou pour son compte », *BJE*, juill. 2021, n° 04, p. 14.
[992] Com., 7 févr. 2012, n °11-11.347 : ZINTY (S.), « Retour sur la notion d'actif disponible – (à propos de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 février 2012) », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2012, étude 27. Le débiteur doit fournir des informations précises sur la réalité de la créance ainsi que sur le délai d'encaissement qui doit être proche.
[993] Com., 18 déc. 2007 n° 06-16350, *D*., 2008, p. 83, obs. LIENHARD (A.) : casse un arrêt ayant refusé de faire rentrer dans l'actif disponible, alors qu'il couvrait le montant du passif, un chèque de banque qui n'avait pas été encaissé au jour du jugement d'ouverture et dont le délai de présentation de 8 jours n'était pas expiré.

n'assure pas au débiteur qu'il disposera des liquidités correspondantes[994] et peut être utilisée par le débiteur pour paralyser la preuve de la cessation des paiements sans toutefois le faire entrer dans son actif réel. C'est ce qui était soupçonné dans une affaire[995] où un créancier accusait son débiteur de dissimulation frauduleuse. Le débiteur avait échappé à la caractérisation de la cessation des paiements en faisant valoir un chèque de banque. Mais, lorsque le créancier a voulu pratiquer une saisie-attribution, celle-ci ne put aboutir, car l'encaissement au compte de ce chèque avait disparu. En appel, le débiteur s'est prévalu d'un nouveau chèque de banque, empêchant une nouvelle fois la caractérisation de la cessation des paiements et la cour d'appel, constatant que le chèque avait transféré la provision au débiteur au moment où elle statuait, ne pouvait conclure qu'à l'absence de cessation des paiements.

322. **Les réserves de crédit et les moratoires**. La prise en compte des réserves de crédit[996] et des moratoires permet au débiteur de solliciter d'un tiers, comme un établissement de crédit, des associés ou une société du groupe auquel il peut appartenir, une trésorerie supplémentaire lui permettant de faire face à son passif exigible[997], ou des délais de paiement[998] pour voir diminuer son passif exigible. Avec l'aide voire la complicité des tiers, le débiteur peut agir sur la caractérisation de la cessation des paiements, d'autant plus aisément que, traditionnellement, les juges se montrent peu exigeants concernant la preuve de la cessation des paiements lorsqu'ils sont saisis par le débiteur lui-même[999]. Le caractère infamant attaché à la faillite rendait peu probable une déclaration à tort du débiteur[1000]. La preuve de cet état pouvait résulter du simple aveu du débiteur[1001]. Désormais, et en raison d'un mouvement de dédramatisation et de dépénalisation de ce droit[1002], les déclarations de cessation des paiements à tort peuvent apparaître moins improbables. Des auteurs incitent alors à tenir compte du changement de paradigme des procédures collectives et invitent les juges à davantage de vigilance quant aux éléments comptables exigés[1003] au moment de l'ouverture de la procédure[1004].

---

994 ZINTY (S.), « Retour sur la notion d'actif disponible – (à propos de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 février 2012) », *Rev. proc. coll*., n°4, juill. 2012, étude 27.
995 Com., 5 févr. 2013, n° 11-28194 ; *BJE*, 2013, n° 68, p. 136, obs. BONHOMME (R.).
996 ARBELLOT (F.), « La notion de « réserves de crédit » en droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, 2012, 1102 ; BUCHBERGER (M.), « Avances de trésorerie, avances en compte courant et cessation des paiements », *BJE*, 2011. 286.
997 LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 9e éd., 2022, n° 347.
998 SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 427.
999 LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 355.
1000 VALLENS (J.-L.), « La preuve de la cessation des paiements », *Rev. proc. coll.*, 2009, n°5, étude 25.
1001 LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit., loc. cit*.
1002 VALLENS (J.-L.), *art. préc*., *Rev. proc. coll*., 2009, n°5, étude 25.
1003 Par C. com., art. R. 630-1.
1004 LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit., loc. cit*.

323. **La limite du crédit anormal**. Toutefois, la prise en compte des réserves de crédit et des moratoires se fait dans la limite du crédit anormal. Le soutien anormal est celui qui a pour unique but de maintenir artificiellement en vie l'entreprise[1005] pour retarder l'ouverture de la procédure[1006]. Et, les réserves de crédit comme des avances en compte courant ou des créances englobées dans un moratoire peuvent masquer la cessation des paiements[1007]. La limite du crédit anormal permet alors, dans certaines hypothèses, de caractériser un état de cessation des paiements, malgré la capacité apparente de l'entreprise à faire face à ses dettes échues. Par exemple, constitue un soutien artificiel une avance en compte courant faite par le dirigeant dont le montant est disproportionné par rapport au montant du capital de la société[1008], ou qui est la seule source de trésorerie de l'entreprise qui a perdu l'ensemble de son capital social et qui n'obtient pas de nouveaux concours de la part des banques[1009]. En outre, ont été considérées comme masquant un état de cessation des paiements, des avances en compte courant consenties par la société mère à sa filiale, alors que cette dernière, au vu de sa situation, ne pouvait espérer recouvrer un niveau d'activité lui permettant de faire face à ses charges à court ou moyen terme[1010]. Et, sont anormales des avances en compte courant systématiques et d'un montant croissant, visant seulement à permettre à la filiale de répondre à ses besoins courants dans l'attente de l'issue incertaine d'un plan de relance[1011].

324. Le crédit ne doit pas être accordé abusivement ni être ruineux. C'est pour cela que constitue encore un soutien artificiel masquant la cessation des paiements, l'octroi d'un échéancier par le créancier que le débiteur ne pourra pas respecter[1012]. Le caractère anormal de la réserve de crédit s'apprécie par rapport à la situation économique et financière du débiteur en cause. La Cour de cassation le confirme lorsqu'elle retient que l'intention des dirigeants d'utiliser un financement consenti par la banque au profit d'autres sociétés du groupe en sacrifiant la société débitrice pour le réorganiser est indifférente, la dissimulation, au moyen d'un financement anormal, de la cessation des paiements s'appréciant au regard de la situation

[1005] Com., 17 mai 2011, n° 10-30.425, n° 479, *Gaz. Pal*., 7 oct. 2011, n° 280, p. 20, note REILLE (F.) ; *BJE*, sept/oct 2011, comm. 116, p. 273, note SORTAIS (J.-P.) ; *Rev. proc. coll*., 2012, comm. 20, note SAINTOURENS (B.) ; V. TABOUROT-HYEST (C.), « Les avances en compte courant intra-groupe, crédit régulier ou artificiel ? », *BJS*, sept. 2011, n° 09, p. 706.
[1006] Cass. com 24 mars 2006, n° 01-10.927, *JCP E*, 2004, chron. 1292, n° 1, obs. PETEL (Ph.).
[1007] T. com. Valenciennes, 22 févr. 2010, *Rev. proc coll*., 2010, n° 206, p. 17, obs. DELATTRE (Ch.).
[1008] Cass. com., 1e juill. 2020, n° 19-12.0680.
[1009] CA Rennes, 2e ch. com., 15 déc. 2009, RG n° 08/08829.
[1010] Cass. com. 17 mai 2011, n° 10-30.425, RJDA 11/11, n° 936, p. 883 ; *Rev. proc. coll*., mars 2012, comm. n° 20, p. 51, obs. SAINTOURENS (B.) ; *Gaz. Pal*., oct. 2011, p. 20, note REILLE (F.) ; *BJE*, 2011. 273, note SORTAIS (J-P.) ; *BJS*, 2011. 706, note TABOUROT-HYEST (C.).
[1011] CA Caen, 2e ch. civ. et com., 13 sept. 2018, RG n° 6/03480, *APC*, 2018/16, comm. n° 228 ; *LEDEN*, oct. 2018, n° 9, comm. 111y0, note LUCAS (F.-X.).
[1012] PETEL (Ph.), *Procédures collectives*, Dalloz, 10e éd., 2021, n° 80.

économique et financière du débiteur bénéficiaire du concours[1013]. Ainsi, le crédit qui résulte d'un financement anormal et maintient artificiellement en vie l'entreprise, ne sera pas pris en compte dans l'actif disponible et ne pourra peser dans la balance avec le passif exigible, pour caractériser la cessation des paiements[1014].

2°) La manipulation par les avances en compte courant

325. L'appréciation *in concreto* de la notion de cessation des paiements permet aux groupes de sociétés d'avoir une prise sur la création de la cessation des paiements des filiales par le biais des avances en compte courant, qui peuvent, au gré de l'associé, être considérées comme de l'actif disponible ou du passif exigible. Au sein d'un groupe de sociétés, il apparaît alors aisé de masquer un état de cessation des paiements, mais aussi de le créer. L'affaire Sodimédical illustre la façon dont les groupes peuvent abandonner une filiale grâce aux avances en compte courant[1015]. La société mère a provoqué volontairement la cessation des paiements de la société Sodimédical en demandant le remboursement des avances en compte courant qui, jusqu'ici, permettaient de soutenir financièrement la filiale. La majeure partie du passif exigible de la filiale tenait alors à la dette envers la mère résultant de ces avances en compte courant.

326. **La nature ambiguë de l'avance en compte courant**. Le fait que la société mère ait pu provoquer la cessation des paiements de sa filiale s'explique par le fait que si les avances en compte courant constituent des prêts accordés par des associés à la société, donc des réserves de crédit, elles constituent également une dette, car ce prêt particulier reste remboursable à tout moment à la seule demande de l'associé. La qualification de ces avances en compte courant en actif disponible ou passif exigible a donc suscité des interrogations. Cette réserve de crédit est susceptible d'impliquer un passif qui pourrait être exigible si la somme restait remboursable à tout moment au gré de l'associé, soit en l'absence de convention de blocage[1016]. C'est effectivement dans cette balance que se situe l'avance en compte courant, la jurisprudence considérant que « les sommes figurant sur un compte courant d'associé doivent être comptées à l'actif disponible dès lors qu'elles ne sont pas bloquées et que l'associé n'en a pas demandé

[1013] Com. 19 févr. 2013, n° 12-12.165 ; *Gaz. Pal.*, 1e mai 2013, n° 121, p. 16, note REILLE (F.) ; *BJE*, juill. 2013, p. 246, note FAVARIO (Th.) ; *Rev. proc. coll.*, 2013, comm. 120, note SAINTOURENS (B.).
[1014] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 349 ; Sur le risque d'incertitude créé pour les associés sue le passage de soutien normal à soutien artificiel V. LUCAS (F.-X.), « Les filiales en difficulté », *LPA*, 4 mai 2001, p. 66 ; TABOUROT-HYEST (C.), « Les avances en compte courant intra-groupe, crédit régulier ou artificiel ? », *BJS*, sept. 2011, n° 09, p. 706.
[1015] Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026.
[1016] V. notamment Cass. Com., 12 mai 2009, n° 08-13471 : *Rev. proc. coll.*, 2009, comm. n° 104, SAINTOURENS (B.) ; LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 9e éd., 2022, n° 345.

le remboursement »[1017]. Inversement, cela implique que si l'associé en demande le remboursement, elle figura au passif exigible. Un arrêt avait pu semer le doute en faisant entrer les avances en compte courant dans le passif exigible bien que le paiement n'en ait pas été demandé, mais cette solution est demeurée isolée[1018].

327. **Un crédit conférant un pouvoir sur la cessation des paiements**. Par le biais des avances en compte courant, les associés ont un grand pouvoir sur la caractérisation de l'état de cessation des paiements des filiales et donc sur leurs destins. Ils peuvent décider de lui accorder des crédits pour empêcher la caractérisation de la cessation des paiements à condition de ne pas tomber sous le coup du soutien artificiel. Ils sont également maîtres de demander le remboursement des avances lorsqu'ils décident d'arrêter de soutenir la filiale, et provoquer par ricochet sa cessation des paiements. Si certains n'ont pas contesté cette solution, estimant que les sociétés du groupe n'avaient aucun intérêt à provoquer la cessation des paiements de la filiale[1019], d'autres auteurs ont considéré que leur propre situation pouvait les y contraindre ou qu'elles pouvaient même faire le choix de ne pas maintenir l'aide apportée bien que le groupe soit « prospère et rentable », comme l'illustre l'affaire Sodimédical. Le problème provient, selon eux, de l'absence d'une règle empêchant l'exigibilité du remboursement de l'avance en compte courant[1020]. Ils proposent alors l'exigence d'un blocage de l'avance en compte courant pour exclure la dette de remboursement du passif exigible. En l'absence d'une convention de blocage, empêchant l'associé d'en demander le remboursement à tout moment, l'avance en compte courant devrait être comptée dans le passif exigible. Mais, à l'heure actuelle, la Cour de cassation ne s'intéresse pas aux éventuelles conventions de blocage et fait entrer les avances en compte courant dans le passif exigible dès lors que leur remboursement est demandé[1021].

[1017] Com. 24 mars 2004, n° 01-10.927 ; *D.* 2004. 1022, note LIENHARD (A.). Aussi, LUCAS (F.-X.), « La notion de passif exigible », *D.*, 2004. 2143 - Com., 16 nov. 2010, n° 09-71.278 : *BJS*, mars 2011, n° 112, p. 207, note MOUIAL BASSILANA (E.) - Com. 10 janv. 2012, n° 11-10.018 : *BJE*, 2012, 209, note SORTAIS (J.-P.) ; *Dr. Sociétés*, 2012, n° 7, p 13, note MORTIER (R.). Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation a censuré, pour manque de base légale, l'arrêt de la cour d'appel qui, pour annuler une cession de droits sociaux, retient la cessation des paiements de la société émettrice sans avoir recherché si les avances en compte courant d'associés « n'étaient pas bloquées ou si leur remboursement avait été demandé ».

[1018] Com., 24 mars 2009, n° 08-12.212 : *BJS*, 2009, p. 691, note LUCAS (F.-X.) ; *Rev. proc. coll*., 2009, n° 5, p. 49, obs. SAINTOURENS (B.). La Cour avait alors énoncé que « les dettes financières d'une société à l'égard des autres sociétés du groupe font partie de ce passif, même si (…) leur remboursement n'a pas été demandé, puisque les relations économiques de sociétés au sein d'un groupe ne sauraient conduire en droit chacune de celles-ci à renoncer à recouvrer ses créances ».

[1019] Cass. Com., 24 mars 2009, n° 08-12212, arrêt Smoby ; LUCAS (F.-X.), « Cessation des paiements d'une filiale : l'inquiétant arrêt Smoby… », *LEDEN*, juin 2009, n° 03, p. 1.

[1020] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 351.

[1021] À l'inverse, le soutien du groupe peut permettre d'exclure l'état de cessation des paiements. Lorsque la demande d'ouverture de la procédure émane d'un créancier, l'avance en trésorerie en compte courant d'associé sera analysée comme un actif disponible susceptible de couvrir le passif exigible : Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-13741 - Cass. com., 16 nov. 2010, n° 09-71278 - Cass. com., 10 janv. 2012, n° 11-10018.

Bien que la situation suscite des réserves sur le fond[1022], le fait que le groupe Sodimédical soit rentable et prospère ne permet pas de justifier le rejet de la demande d'ouverture dès lors que la cessation des paiements de Sodimédical était bien caractérisée par la demande du remboursement des avances en compte courant[1023]. Prendre la décision de liquider sa filiale n'est alors pas un acte répréhensible en soi, même si l'arrêt brutal du soutien pourra engager la responsabilité de la société mère.

B- L'autonomie patrimoniale au service de la rentabilité des groupes

328. Le principe de l'autonomie de la personne morale offre à l'entreprise, constituée par un groupe de sociétés, une protection contre la responsabilité qu'implique normalement son pouvoir économique. L'entreprise peut exercer son pouvoir sur les sociétés qui la compose sous le couvert de l'autonomie de la personne morale. De cette façon, l'entreprise peut instrumentaliser les procédures collectives pour servir ses propres intérêts (1°). Cependant, le mécanisme d'extension de procédure permettrait dans certaines hypothèses de lever le voile de l'autonomie de la personne morale afin de considérer l'entreprise (2°).

1°) Une protection vectrice d'instrumentalisation

329. « L'existence de fait de l'entreprise en tant qu'unité, et son inexistence en droit en tant que telle, permet une vie très particulière à l'entreprise. C'est le droit positif qui lui permet de fonctionner ainsi, en tant qu'unité ; mais celui-ci n'en tire officiellement pas de conséquences »[1024]. Alors même que la situation du groupe n'est pas prise en compte par la jurisprudence lorsqu'il s'agit de caractériser les conditions d'ouverture des procédures collectives, le pouvoir exercé par le groupe, en tant qu'unité de décision, offre la possibilité de manipuler la cessation des paiements des sociétés qu'il contient. La société qui en contrôle une autre peut, par le biais notamment des avances en compte courant, provoquer sa cessation des paiements, sans que l'on puisse considérer une fraude du fait du voile de légalité que pose sur la situation le principe de l'autonomie de la personne morale.

[1022] DEMEYERE (D.), « Appréciation des conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une filiale : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, n° 250, 6 sept. 2012, p. 5.
[1023] Néanmoins, l'arrêt brutal du soutien financier à la filiale peut être source de responsabilité pour l'actionnaire : LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 351.
[1024] ROBE (J.-Ph.), *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, A droit ouvert, 2015, p. 151.

330. La règle de l'autonomie de la personne morale permet d'impliquer le montage sociétaire[1025] dans l'ouverture de la procédure, et d'aboutir à une « déconnection des risques d'activité et des risques financiers »[1026]. Elle constitue un rempart efficace, et légal, dans certaines opérations[1027], et peut servir à protéger certains actifs ou à concentrer les risques du groupe en une seule entité qui pourra facilement être abandonnée en cas de difficulté[1028]. La société mère peut utiliser les procédures pour restructurer le passif de leurs filiales, envisager leur disparition en se désengageant d'une activité dont ils ont profité, mais qui n'est plus rentable[1029], à l'abri du devoir de les soutenir[1030] grâce à l'écran de la personnalité morale et au voile que pose la règle de l'autonomie sur la réalité économique de l'entreprise.

331. La protection conférée par le principe de non-assistance peut donner lieu à des pratiques de dépeçage des actifs de filiales en difficulté comme dans l'affaire Pétroplus. Les comptes de la société Pétroplus ont été vidés quelques heures avant la déclaration de cessation des paiements par les banques de la société mère. Cette affaire a provoqué une réaction du législateur qui a adopté une loi de circonstance pour tenter d'éviter de telles fuites d'actifs[1031]. Des manipulations existent au sein des groupes de sociétés visant à provoquer la cessation des paiements d'une filiale pour se libérer des contraintes contractuelles ou de celles tirées du droit du travail[1032]. Un groupe de sociétés peut provoquer les conditions de la liquidation de l'une de ses filiales pour obtenir la résiliation d'un contrat, sans que l'on puisse invoquer de fraude[1033],

---

[1025] V. en ce sens : DIENER (P.), « Droit des affaires ou droit de l'affairisme » in *Droit des affaires. Éthique et déontologie.* Actes du colloque organisé à Pointe-à-Pitre (Guadeloupe), L'Hermès, 1994, p. 33.

[1026] CAVIGLIOLI (C.) et LE GUEUT (T.), « L'instrumentalisation de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », in *Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entr., LexisNexis, p. 11.

[1027] Notamment dans les opérations de LBO. La société opérationnelle peut ne plus être en mesure de remonter suffisamment d'actif à la holding, laquelle n'est alors plus en mesure d'honorer ses engagements vis-à-vis de la banque. Dans une telle situation, le fait d'avoir isolé les risques financiers de l'opération dans la holding permet de demander l'ouverture d'une procédure à son encontre sans que cela n'impacte la situation de la filiale opérationnelle.

[1028] Ce que certains appellent une opération de défaisance qui permet de confiner les risques dans une structure *ad hoc* qui fera éventuellement les frais d'une procédure collective, sans que cela n'affecte le reste du groupe. V. CAVIGLIOLI (C.) et LE GUEUT (T.), *art. préc.*, in *Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entr., LexisNexis, p. 11.

[1029] V. ROLLAND (B.), « Responsabilité environnementale : qui va payer ? », *Bull. joly.*, 2008, p. 356.

[1030] Sauf à considérer une extension de procédure. V. CUISINIER (V.), « Les groupes et la responsabilité de la société mère », *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2013, doss. 54.

[1031] Loi n° 2010-346 du 12 mars 2012, dite loi Pétroplus, relative aux mesures conservatoires en matière de procédure collective. Cette loi permet uniquement de prononcer des mesures conservatoires sur les biens du dirigeant de fait ou de droit, lorsqu'une action en responsabilité a été engagée contre lui.

[1032] En ce sens, PELLETIER (N.), « L'influence du groupe de sociétés sur les droits des salariés d'une filiale en difficulté », *BJS*, n° 09, sept. 2012, p. 631.

[1033] Cass. com, 15 nov. 2017 n° 16-19690. La commune forma tierce opposition, en vain, pour faire reconnaitre la fraude de la mère en faisant valoir que « l'état de cessation des paiements de la filiale et l'impossibilité de son

ou encore pour licencier aux frais de la collectivité[1034]. La loi comporte de telles opportunités et, quels que soient les mobiles, ils sont à la disposition des sociétés en cessation des paiements[1035].

332. Néanmoins, lorsque le groupe auquel appartient la filiale est prospère, comme dans l'affaire Sodimédical, les salariés se sentent sacrifiés pour des raisons de rentabilité[1036]. Et si certains essayent alors de contester leur licenciement en essayant de faire reconnaître une fraude[1037] de la société mère, ils se heurtent à une appréciation purement objective de la cessation des paiements appuyée par le principe de l'autonomie de la personne morale, qui « permet ce que la morale réprouve » [1038].

333. L'effectivité donnée au principe de l'autonomie de la personne morale au sein d'un droit qui prétend traiter l'entreprise interroge. Ce principe peut constituer un obstacle à l'appréhension de l'entreprise au moment de l'ouverture de la procédure collective. L'absence de reconnaissance du groupe de sociétés en tant qu'unité empêche de saisir l'objet du droit des entreprises en difficulté, tout en permettant à cet objet, l'entreprise, d'agir dans l'ombre et de se servir à sa guise des règles de ce droit pour servir les intérêts qu'elle-même détermine. La construction juridique prenant le pas sur la réalité économique, les conditions de difficultés seront appréciées par référence à la société, à la personne juridique, sans tenir compte de sa « situation de pauvre fille abandonnée par sa mère opulente »[1039].

2°) La remise en cause de l'autonomie patrimoniale

334. « Le droit ne consacre l'autonomie de la personne morale que pour les besoins de l'ouverture des procédures collectives » [1040], mais elle pourrait être remise en cause en cours de

redressement avaient été intentionnellement organisés en vue d'obtenir la résiliation du contrat de délégation de services publics, afin de permettre à la société mère d'échapper à ses obligations résultant de ce contrat ».

[1034] JUDE (J.-M.), « Des institutions compétentes pour garantir les salaires dans les procédures collectives transfrontalières », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 210.

[1035] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde », *Dr. et Patr.*, nº 223, 1er mars 2013. L'auteur précise que les débiteurs stratèges pourront être rattrapés par d'autres pans du droit, notamment des sanctions.

[1036] FABRE (A.), « La chambre commerciale et l'« instrumentalisation » des procédures collectives : à propos de l'arrêt Sodimédical », *JCP G*, n° 41, 8 oct. 2012, 1073.

[1037] Cass. Soc., 27 nov. 2013, 12-22.897. En l'espèce, un groupe dépossède volontairement sa filiale au profit de ses filiales étrangères ayant des coûts de production inférieurs, la plaçant artificiellement dans une situation déficitaire.

[1038] PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préface de LUCAS (F.-X.), LGDJ, Bibl. droit entr. en diff., 2013, Tome 1, n° 257.

[1039] VALLANSAN (J.), « Libres propos sur l'application du droit des entreprises en difficulté aux groupes de sociétés », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, SCHILLER (S.), MOULIN (J.-M.) et PICOD (Y.) (dir.) LexisNexis, p. 227.

[1040] DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*. p. 143.

procédure pour tenir compte de la réalité de l'entreprise. C'est effectivement une des fonctions parfois attribuées au mécanisme de l'extension de procédure. En écartant les cloisonnements patrimoniaux, l'extension de procédure permet de saisir la réalité de l'exercice de l'activité économique[1041]. En faisant coïncider la réalité juridique avec une situation économique de fait[1042], elle permet d'étendre la procédure ouverte à l'encontre d'une société appartenant à un groupe, aux autres sociétés du groupe lorsque ce dernier représente une seule et même entreprise. De cette façon, l'extension de procédure constituerait un garde-fou à l'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés[1043].

335. L'extension de procédure collective sert à reconstituer le patrimoine de personnes qui ont abusé de la personnalité juridique dont elles jouissent soit en mélangeant leurs biens, soit en ne constituant qu'une apparence de société. Elle permet de « rétablir le gage des créanciers, compromis par la confusion des patrimoines ou la fictivité de la personne morale »[1044]. Ces techniques peuvent faire apparaître, incidemment, les contours de l'entreprise[1045]. Effectivement, l'extension de procédure sur le fondement de la confusion des patrimoines amène à soumettre à une procédure unique plusieurs personnes en raison de leurs liens patrimoniaux, ce qui peut aboutir à une reconstitution de la réalité patrimoniale de l'entreprise[1046] mais pas nécessairement. La confusion de patrimoines de sociétés est établie lorsqu'est relevée entre elles l'existence de relations financières ou de flux financiers anormaux. L'anormalité des relations est qualifiée dès lors qu'elles apparaissent incompatibles avec des obligations contractuelles réciproques normales[1047]. L'extension de l'effet réel de la procédure va toucher les patrimoines des personnes qui sont concernées par le désordre comptable[1048], en raison d'une « indéterminabilité de la consistance patrimoniale, résultant du mélange inextricable des patrimoines »[1049] ou d'un déséquilibre patrimonial significatif, dépourvu de

[1041] PAILLUSSEAU (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2003, p. 260.
[1042] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Entreprises et groupes de sociétés », in MACORIG-VENIER (F.) (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans. Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 65.
[1043] V. FABRE (A.), *art. cit.*, *JCP G*, n° 41, 8 oct. 2012, 1073.
[1044] LUCIANO (K.), « Confusion des patrimoines : extension de procédure pour opérations économiques injustifiées », *BJS*, mars 2019 n° 03, p. 43.
[1045] HOUIN-BRESSAND (C.), « Les causes de l'extension », in *Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entr., LexisNexis, p. 23.
[1046] *Ibid*.
[1047] Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-29.278 : RJDA 12/16 n° 880.
[1048] SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préface de MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), Litec, Bibl. droit de l'entr., 2002, p. 630.
[1049] C'est-à-dire d'une confusion des comptes. V. REILLE (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. PETEL (Ph.), Litec, Biblio. Dr. Entr., 2006, tome 74, p. 517.

contrepartie, à savoir une relation financière anormale[1050]. Tel est notamment le cas lorsque des commandes passées pour une société ont été établies au nom d'une autre société avant d'être refacturées par celle-ci à la première avec une marge ne correspondant à aucune prestation[1051], ou encore en cas de cession des actifs inaliénables d'une société bénéficiant d'un plan de redressement à une autre société contrôlée par le gérant de la première[1052]. L'extension de la procédure fait apparaître l'entreprise constituée par des sociétés, une société commerciale et une SCI dirigées par deux époux, dans le cas où le fonds de commerce de la société commerciale a été nanti pour garantir un emprunt souscrit par la SCI afin d'acquérir un immeuble et financer ses travaux et pour payer un loyer exorbitant destiné au remboursement de l'emprunt, la SCI ayant pour seule finalité de soustraire l'immeuble aux poursuites des créanciers de la société commerciale[1053]. Dans cette affaire, l'extension de procédure a réellement déjoué les effets d'une instrumentalisation, en permettant de faire apparaître la réalité de l'entreprise à l'aide d'une confusion de patrimoines[1054].

336. L'extension de procédure réalisée dans l'hypothèse d'une fictivité a pour objet de reconstituer le gage commun des créanciers artificiellement démembré, ce qui procède d'une reconstitution de la réalité patrimoniale[1055]. Une société qui a pour seul actif la nue-propriété d'un bien immobilier et qui ne dispose d'aucun moyen financier pour en assurer la gestion constitue une société fictive[1056]. Sont également fictives des sociétés qui ne formaient qu'une seule et même personne morale, bien que, en apparence, l'une exerçait la location-gérance du fonds de commerce de l'autre[1057]. L'extension de la procédure pour cause de fictivité de la société permet parfois de soumettre véritablement l'entreprise à la procédure collective. Cela a été notamment le cas lorsque les juges ont décidé d'étendre le redressement judiciaire d'une société à une autre société déclarée fictive, dès lors que celle-ci n'avait aucune activité économique réelle et se trouvait sous la dépendance financière de la première[1058].

[1050] HOUIN-BRESSAND (C.), *art. préc*.
[1051] Cass. com., 13 mars 2012, n° 13-13.004 : RJDA 7/12 n° 692.
[1052] Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29.809 : RJDA 4/14 n° 359.
[1053] Cass. com., 1 oct. 1997 : RJDA 12/97 n° 1497 ; dans le même sens, Cass. com., 28 mars 1995, n° 703 : RJDA 8-9/95 n° 1031 ; Cass. com., 24 nov. 1998 : RJDA 1/99, n° 62 ; Cass. com., 13 nov. 2002 n° 1862 : RJDA 2/03 n° 151.
[1054] Effectivement, le patrimoine immobilier de l'entreprise a été constitué grâce aux ressources de la société commerciale et de la SCI.
[1055] SENECHAL (M.), *op. cit.*, p. 630.
[1056] Cass. com., 13 janv. 2009, n° 07-20.097 : RJDA 4/09 n° 339.
[1057] Cass. com., 2 avril 1979 : Bull. civ. IV n° 120.
[1058] Cass. com., 21 nov. 1995 : *JCP E*, 1996 II, n° 852, note DAIGRE (J.-J.).

337. Néanmoins, l'existence d'une entreprise ne justifie pas à elle seule une extension de procédure[1059]. C'est la raison pour laquelle, ne constitue pas une confusion de patrimoines la prise en charge par une société des déficits d'une autre société, avec l'existence d'une communauté d'intérêts et d'objectifs et de moyens entre elles[1060]. De même, ne justifiera pas une extension de procédure, le fait pour une société mère de consentir à sa filiale un abandon de créance de cent millions, assorti d'une clause de retour à meilleure fortune, et qui a omis de facturer des frais et prestations à cette même filiale[1061], alors même que ces sociétés pourraient constituer une seule et même entreprise. De même, n'est pas fictive la filiale d'un groupe dont la comptabilité et la facturation sont assurées par la société mère, dont les dirigeants ont exercé des fonctions au sein d'autres sociétés du groupe, et dont le siège est le même que celui de la société mère[1062]. Par l'hypothèse de la fictivité, seules les entreprises qui se sont dissimulées derrière une société fictive seront appréhendées par la procédure collective.

338. La technique de l'extension de la procédure a pour finalité première de lutter contre les abus de la personnalité juridique, pas en tant qu'elle voile la réalité économique de l'entreprise, mais lorsqu'elle est utilisée pour affaiblir le gage commun des créanciers. Aujourd'hui, il peut lui être reconnue une fonction de contribution au sauvetage de l'entreprise[1063], fonction qui a détourné à son profit les règles qui, autrefois, concouraient au paiement des créanciers. C'est la raison pour laquelle la loi de sauvegarde a autorisé son application en sauvegarde et que l'ordonnance de 2014 a offert la faculté au débiteur de solliciter une telle extension[1064]. C'est aussi en ce sens que l'on peut comprendre la jurisprudence qui considère « qu'un jugement qui adopte le plan de cession partielle des actifs d'un débiteur fait obstacle à l'extension à un tiers, pour confusion des patrimoines ou fictivité, de la procédure collective de ce débiteur »[1065]. Certains ont alors souligné le risque que cette solution favorise la recherche de cessions mêmes très partielles afin de faire échec à une extension[1066].

[1059] V. *infra* n° 682 s.
[1060] Cass. com., 20 oct. 1992, n° 1542 : RJDA 1/93 n° 59.
[1061] Cass. com., 10 janv. 2006, n° 38 : RJDA 4/06 n° 427.
[1062] CA Paris, 1 mars 2011, n° 10-19932 : RJDA 12/11, n° 1039.
[1063] En ce sens FAVARIO (Th.), note sous Cass com 11 fév. 2014, n°13-12270, *BJE*, mai 2014, p. 148.
[1064] HOUIN-BRESSAND (C.), *art. cit.*, in *Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entr., LexisNexis, p. 23.
[1065] Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25664 : Bull. civ. IV ; *BJS*, fév. 2019, n° 119k8, p. 40, note FIN-LANGER (L.) ; Gaz. Pal., 16 avr. 2019, n° 350w6, p. 60, note REILLE (F.) – Cass. com., 11 mars 2020, n° 18-22960 et 18-22962, *BJE*, mai 2020, n° 117w0, p. 16, note LAROCHE (M.).
[1066] LAROCHE (M.), « Extension de procédure et compétence d'attribution des tribunaux : quelle règle spéciale doit prévaloir ? », *BJE*, mai 2020, n° 117w0, p. 16.

339. En conclusion, des manipulations peuvent être exercées au sein des groupes de sociétés, sous le couvert de l'autonomie de la personne morale, afin de caractériser un état de cessation des paiements. Cela ouvre la voie à une utilisation égoïste des procédures collectives : le groupe peut chercher à accroître sa rentabilité, en faisant peser sur les créanciers ou les salariés les effets d'une situation que le groupe a lui-même créée[1067]. En faisant de l'application de l'autonomie de la personne morale un principe auquel il ne peut être dérogé à l'ouverture d'une procédure collective, il est consenti à l'instrumentalisation de la procédure par les groupes[1068]. Si l'extension de procédure peut parfois agir comme un obstacle à l'instrumentalisation, ce n'est que par les biais restrictifs de la confusion de patrimoines ou de la fictivité de la société, ce qui est loin de couvrir toutes les hypothèses où la société débitrice ne constituerait pas toute l'entreprise.

Conclusion de la section

340. La faculté d'instrumentaliser les procédures collectives est ouverte par l'insuffisance des conditions d'ouverture des procédures collectives à discriminer les procédures légitimes de celles qui ne le sont pas. Cette faculté est renforcée par la facilité avec laquelle le débiteur peut obtenir une procédure de sauvegarde et par la négation des manipulations qu'un groupe de sociétés peut exercer sur l'état de cessation des paiements d'une filiale. En sauvegarde, le pouvoir est volontairement donné au débiteur et son exercice n'a pas à être nécessairement orienté vers la sauvegarde de l'activité économique. Le débiteur peut, en toute légalité, demander le bénéfice d'une sauvegarde pour échapper à ses obligations contractuelles. Dans le cas des procédures curatives, il semblerait que le pouvoir des entreprises qui agissent à couvert soit volontairement ignoré.

Section 2 : Le rejet de l'intention du débiteur d'instrumentaliser les procédures

341. L'instrumentalisation des procédures collectives se présente comme un effet pervers de la recherche d'efficacité des procédures. C'est au motif de cette quête d'efficacité que les juges se refusent à limiter l'ouverture des procédures collectives en considération des mobiles du

[1067]MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde », *Dr. et patr.*, nº 223, 1er mars 2013. V. en ce sens PELLETIER (N.), « L'influence du groupe de sociétés sur les droits des salariés d'une filiale en difficulté », *BJS*, n° 09, sept. 2012, p. 631 : « Parce que la liquidation met à contribution l'ensemble des partenaires de l'entreprise au premier rang desquels salariés et créanciers, la procédure collective provoquée par le désengagement de l'associé prépondérant met mal à l'aise. Là, il se dégage la fâcheuse impression que l'associé instrumentalise la procédure pour se décharger sur d'autres de ses responsabilités ».
[1068] PARACHKEVOVA (I.), « Conversion de la sauvegarde de la filiale en liquidation : l'autonomie patrimoniale prime toujours », *LEDEN*, n° 01, janv. 2018, p. 5.

débiteur, donc de ses intentions. Pour autant, au vu de l'incapacité des conditions d'ouverture à réellement faire un tri entre les procédures justifiées et celles qui ne le sont pas, un contrôle des motifs serait salutaire (§1). À cet effet, le mécanisme de la fraude se révèle insuffisant et ne constitue pas un rempart à une utilisation instrumentalisée des procédures collectives (§2).

§1 - L'indifférence aux mobiles du débiteur

342. C'est à l'occasion des affaires Sodimédical et Cœur Défense que la question de l'influence des mobiles du débiteur sur l'ouverture d'une procédure a émergé devant les juges[1069]. La préoccupation pour les mobiles du débiteur révèle un changement de paradigme de ce droit et invite à s'interroger sur la justesse de la maxime : « la loi cesse où cessent ses motifs ». La loi ne doit pas être appliquée à des situations qui, tout en paraissant incluses dans sa lettre, se trouvent exclues de son esprit (A). Seulement, la Haute juridiction considère[1070] que tenir compte des mobiles du débiteur pour refuser l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou d'une procédure curative constitue une violation de la loi (B).

A- L'influence des mobiles : une préoccupation nouvelle ?

343. Le principe de la séparation du traitement de l'homme et de l'entreprise a été consacré par la loi de 1967[1071]. Il a soumis l'ouverture d'une procédure collective à une appréciation purement objective de sa situation, excluant toute sanction du comportement fautif du débiteur à cette phase (1°). Mais la notion de mobile, et l'état du droit qu'elle révèle, amènent à se demander si le refus d'en tenir compte est une conséquence nécessaire de la dissociation du sort de l'homme et de l'entreprise (2°).

1°) Les mobiles : reflet de l'intention de l'homme

344. **Le mobile, une composante du jugement des actes**. Communément, les hommes jugent les actes des autres hommes selon deux composantes, subjective et objective : l'intention à l'origine de l'acte, et l'acte en lui-même. En droit pénal, l'intention est une composante même de l'infraction, elle en constitue l'élément moral[1072]. Ce sont les mobiles qui permettent de

[1069] V. analyse développée par REMERY (J-P.), « Le refus jurisprudentiel de la prise en compte des mobiles du débiteur dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, n° 3 p. 194.
[1070] Com., 8 mars 2011, n° 10.13.988 : la cour d'appel a violé L. 631-1, al. 1e C. com. ; Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 : la cour d'appel a violé L. 631-1, al. 1e, L. 640-1 et L. 640-4 C. com.
[1071] Loi n° 67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.
[1072] C. pén., art. L. 121-3, al. 1e.

déceler l'intention et d'en apprécier la moralité[1073]. Ils sont les raisons pour lesquelles le débiteur effectue un acte, ils révèlent le but de l'opération et la conditionnent[1074]. Pour Josserand, les mobiles sont « les ressorts de la volonté qui est elle-même l'animatrice du droit »[1075], tandis que l'intention serait la volonté appliquée aux conséquences qui découleront de l'acte. Josserand illustre cela en donnant l'exemple suivant : le fait qu'un coupable veuille supprimer un témoin compromettant est un mobile qui nous amène à connaître l'intention, qui est que le coupable voulait tuer. En revanche, la simple connaissance de l'intention du coupable de commettre un meurtre ne permet pas de déterminer le mobile.

345. **Une dimension subjective écartée des procédures collectives**. L'absence de considération des mobiles du débiteur qui souhaite obtenir l'ouverture d'une procédure collective prive le jugement de toute dimension subjective. En refusant toute influence des mobiles sur la décision d'ouverture de la procédure, les juges ne laissent aucune place au contrôle de l'intention du débiteur, de ses motivations à demander le bénéfice d'une procédure et des effets qu'il en attend, alors même que l'ouverture d'une procédure découle, plus fréquemment qu'hier, d'un acte de volonté du débiteur[1076]. La demande d'ouverture sera alors considérée uniquement objectivement en considération de critères économiques, pour apprécier son opportunité, sans égard à « la cause subjective » [1077], indépendamment du comportement du débiteur « susceptible d'être qualifié de mauvaise foi »[1078].

346. **Les mobiles du débiteur, le lien avec les finalités des procédures collectives**. Le refus de considérer les mobiles du débiteur prive le jugement de toute dimension subjective, mais aussi finaliste. Effectivement, si l'on conçoit l'évolution du droit des entreprises en difficulté sous un angle économique, on s'aperçoit que la place occupée par le débiteur aujourd'hui, la protection qui lui est conférée, est le fruit d'une certaine logique économique. L'idée est que pour parvenir à l'objectif de sauvegarde des entreprises, inciter le débiteur à anticiper ses difficultés, dédramatiser le recours aux procédures est apparu comme une solution adéquate. L'espace de liberté accordé au débiteur est apparu économiquement efficace. Dans ce contexte, les mobiles du débiteur sont le reflet de cet espace de liberté. Mais refuser d'y accorder une

[1073] JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, Ed. CNRS, 1928, p. 22.
[1074] Ce que Josserand appelle le mobile téléologique. V. JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques op. cit.*, p. 27.
[1075] *Ibid*, p. 1.
[1076] V. *supra* n° 176.
[1077] En ce sens : GRELON (B.), « La loi de sauvegarde prise à la lettre : à propos de l'arrêt Cœur Défense », *Rev. Soc.*, 2011, p. 404.
[1078] VALLENS (J-L.), « La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, janv. 2015 n° 111y2, p. 9.

attention n'est pas nécessairement commandé par cette même logique. Le droit économique doit permettre l'expression de certaines libertés en même temps qu'il en régule les excès. Refuser de tenir compte des mobiles à ce stade, c'est refuser de contrôler les excès de la liberté octroyée au débiteur, c'est lui accorder le droit d'utiliser les procédures en dehors de leur raison d'être, car ces mobiles sont bien l'expression de la finalité des procédures.

2°) De la séparation de l'homme et de l'entreprise au rejet des mobiles

347. **Une nécessité économique à l'origine du principe**. En posant le principe de dissociation de l'homme et de l'entreprise, la loi de 1967 avait vocation à « séparer les effets patrimoniaux du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, des sanctions civiles traditionnellement attachées au règlement judiciaire de la faillite »[1079]. Ce principe structurant réserve alors un traitement différent à l'entreprise et à l'homme qui est à sa tête. La distinction de traitement est apparue comme une nécessité économique sous l'empire de la législation de 1955 qui faisait dépendre le traitement de l'entreprise de l'honnêteté de l'homme. Ce système pouvait conduire parfois à refuser le bénéfice d'une procédure de règlement à une entreprise viable du fait des fautes de son chef d'entreprise et, inversement, à ouvrir une telle procédure déjà condamnée économiquement parce que le chef d'entreprise s'était montré honnête[1080]. De là, ont émergé la prise de conscience de la valeur économique que représentaient les entreprises et l'incohérence de faire dépendre leurs sorts de la sanction de leurs chefs. La loi de 1967 en séparant le sort de l'homme et de l'entreprise met fin à l'opposition entre le besoin économique, le sauvetage des entreprises viables, et le besoin de moralité avec le souci d'assainir le « milieu » commercial[1081] en sanctionnant les débiteurs qui le méritent. Ces deux aspects cohabitent : le critère économique est le seul à prendre en compte pour décider de l'ouverture d'une procédure, et le chef d'entreprise, incluant les dirigeants de la personne morale débitrice, pourra faire l'objet de sanctions pour ses fautes[1082]. La procédure n'apparaît pas comme une mesure de faveur et le chef d'entreprise n'a pas besoin de la mériter, car elle a vocation à traiter une entreprise « déshumanisée »[1083], déliée du comportement de ses chefs. C'est pourquoi, peu

[1079] Exposé des motifs de la loi n° 67-563 du 13 juill. 1967, p. 1395.
[1080] HOUIN (R.), « Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives », in *Travaux de la quatrième journée d'études juridiques, Jean Dabin, Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Bruylant, 1969, p. 119.
[1081] OLIVIER (D.), *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, Th. Paris 2, 1972, p. 80.
[1082] *Ibid*., p. 5.
[1083] *Ibid*., p. 66.

importe que les difficultés du débiteur proviennent de sa mise en examen pour escroquerie[1084], ou qu'il n'ait pas cherché d'autres solutions moins contraignantes pour résoudre ses difficultés, s'il remplit les conditions d'ouverture, il pourra bénéficier de la procédure,[1085] car celles-ci prennent en compte la seule situation économique du débiteur.

348. **Les mobiles, marque d'un nouveau rapport à la procédure**. Mais les mobiles reflètent autre chose qu'une faute du débiteur qui a conduit aux difficultés de son entreprise. Ce n'est pas pour ses mobiles que le débiteur était sanctionné par une procédure de faillite sous la législation antérieure à 1967. La question de la « moralité » de la demande d'ouverture d'une procédure collective ne se pose que depuis que la législation en la matière s'est assouplie dans un effort de « dédramatisation » de la faillite, et que le débiteur peut y trouver certains avantages. Auparavant, la faillite était fortement redoutée et il était difficilement imaginable qu'un débiteur puisse demander, de mauvaise foi, l'ouverture d'une procédure à son encontre. L'émergence de la question de l'influence des mobiles du débiteur sur l'ouverture de la procédure met en lumière une nouvelle conception du droit de la faillite, une approche intentionnelle de la procédure collective. S'il existe des mobiles, c'est que le débiteur peut avoir diverses raisons de vouloir recourir à une procédure collective et que la question de la légitimité, voire de la moralité, de l'ouverture de la procédure est sous-jacente. L'influence des mobiles du débiteur à l'ouverture d'une procédure collective apparaît comme une question nouvelle. Et chercher à la résoudre par une application de la séparation de l'homme et de l'entreprise fait apparaître les limites de la cohérence même de ce principe au sein du nouveau droit des entreprises en difficulté.

349. **Une indifférence aux mobiles non fondée en sauvegarde.** Concernant la procédure de sauvegarde, on peut à plus forte raison douter du bien-fondé du rejet des mobiles au stade de l'ouverture. Cette procédure ne préserve pas d'une interférence entre les solutions patrimoniales envisagées pour l'entreprise et les sanctions du chef d'entreprise. Elle est réservée à des entreprises qui ne sont pas en cessation des paiements. Par conséquent, il n'y a pas d'obligation à demander l'ouverture de cette procédure qui demeure volontaire. Ce caractère volontaire est

[1084] CA Paris, 30 juin 2017, n° 16/22774 : au sujet de l'ouverture d'une sauvegarde.

[1085] CA Montpellier, 2e ch., 1e oct. 2013, n° 13/01368 : il n'est pas tenu compte de l'argument de l'appelant qui invoquait la mauvaise foi de la société qui avait eu recours à une sauvegarde et qui estimait qu'une conciliation aurait été plus adaptée ; CA Lyon, 3e ch. civ., 31 mai 2006, RG n° 2006/02245, *Gaz. Proc. coll.*, 2006/4, p. 5, note LEBEL (C.) ; *JCP E* 2006. 379, p. 1509, note ROUSSEL GALLE (Ph.) ; *RTD com.*, 2006 675, n° 12, obs. VALLENS (J.-L.). V. aussi SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll*., 2008/2, p. 85. Plus largement sur les recours juridictionnels offerts par la procédure civile pour tenter d'aménager une exécution provisoire du jugement de condamnation au lieu de demander l'ouverture d'une sauvegarde pour faire échec au jugement exécutoire : CA Paris, 30 janvier 2020, n° 19/17656.

difficilement conciliable avec la menace de sanction, ce qui a conduit à accorder au débiteur qui recourt à cette procédure une immunité de sanction. Ainsi, le débiteur qui obtient l'ouverture d'une sauvegarde ne sera pas traité sur le plan des sanctions. Cette considération met à mal l'équilibre proposé par la distinction de l'homme et de l'entreprise, lequel repose sur la conciliation de l'intérêt économique avec le besoin d'assainir le milieu économique, sans être contraint de privilégier l'un de ces besoins sur l'autre[1086]. Le traitement de l'entreprise, à savoir l'ouverture d'une sauvegarde, détermine le sort de l'homme. Si la solution patrimoniale dicte le traitement réservé au chef d'entreprise, la sauvegarde ne répond pas au principe de séparation de l'homme et de l'entreprise. L'absence d'influence des mobiles du débiteur sur l'ouverture d'une telle procédure ne peut alors trouver son fondement dans ce principe, ce qui laisse entière la question de savoir pourquoi faire abstraction des mobiles d'un débiteur libre de demander le bénéfice d'une telle procédure et à l'abri de toute sanction.

B- La prise en compte des mobiles : une violation de la loi

350. Les textes qui régissent l'ouverture des procédures collectives[1087] posent des critères objectifs, sans envisager une quelconque influence des mobiles du débiteur sur l'opportunité d'ouvrir une procédure. Refuser d'accorder une procédure à un débiteur en raison de ses mobiles est une violation de la loi pour les juges (1°). De là, le juge du droit des entreprises en difficulté considère que le mobile de vouloir échapper à ses obligations contractuelles en demandant le bénéfice d'une procédure ne permet pas de fonder un refus d'ouverture, d'autant plus que la mise en échec à la force obligatoire des contrats est le moyen offert par le droit des entreprises en difficulté pour traiter les difficultés de l'entreprise (2°).

1°) Une condition absente des textes

351. **Un rappel à l'objectivité des conditions d'ouverture.** Il est désormais de jurisprudence constante[1088] de considérer les mobiles du débiteur comme indifférents pour l'ouverture d'une procédure collective. Cette solution, fondée par les arrêts Cœur Défense et Sodimédical, est apparue en réponse à des cours d'appel[1089] qui se sont détachées de la caractérisation objective des conditions d'ouverture exigées par la loi[1090], pour se livrer à une

[1086] OLIVIER (D.), *op. cit.*, p. 80.
[1087] V. C. com., art. L. 620-1 ; L. 631-1 ; L. 640-1.
[1088] Com., 8 mars 2011, n° 10-13.988 ; Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 ; Com., 15 nov. 2017, n° 16-19.690.
[1089] CA Paris, 25 fév. 2010, n° 09/21184 ; CA Reims, 14 mars 2011, n° 11/00313.
[1090] En ce sens, LECAROZ (J.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2012, p. 2548.

appréciation plus subjective en fondant leurs solutions davantage sur les mobiles que sur l'absence des conditions d'ouverture[1091]. Ces affaires ont mis en évidence une opposition entre ceux qui font primer l'intangibilité de l'objectivité des conditions d'ouverture sur toute autre considération[1092], et les tenants d'une appréciation plus subjective pour lesquels une telle utilisation détournée de la procédure ne doit pas être admise[1093]. Mais, en cassant les arrêts de cours d'appel au visa des textes régissant l'ouverture de chacune des procédures collectives, la Cour de cassation fait un rappel à l'objectivité dans laquelle doit s'inscrire la décision relative à l'ouverture d'une procédure.

352. **Une cassation pour violation de la lettre du texte.** À la cour d'appel qui a refusé l'ouverture d'une sauvegarde aux motifs que la société ne cherchait qu'à échapper à ses obligations contractuelles, la Cour de cassation répond que, « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements »[1094]. À la cour d'appel de Reims[1095], qui a refusé l'ouverture d'une liquidation judiciaire à une société en privilégiant la sanction d'une instrumentalisation de la liquidation judiciaire par un groupe de sociétés pour faciliter les licenciements sur l'appréciation de la cessation des paiements[1096], la Cour de cassation répond que « lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état » [1097]. La violation de la loi dénoncée par la Cour de cassation se fonde sur le fait que ces articles ne prévoient pas de tenir compte d'autre chose que des conditions d'ouverture énoncées, aucune place n'est faite à l'appréciation des mobiles du débiteur. Il a été reproché aux juges du fond d'avoir ajouté une condition à la loi qu'elle ne prévoit pas. La solution se justifie alors au regard

[1091] FIN-LANGER (L.), « Rejet d'une demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire en raison d'un détournement de cette procédure pour licencier les salariés à moindre coût », *APC*, 5 mai 2011, n° 8, comm. 116.
[1092] *Ibid.*
[1093] AUZERO (G.), « De quelques difficultés des relations mère-fille », *SSL*, 2011, n° 1519. Selon cet auteur, la cour d'appel, sans y faire expressément mention, justifierait sa décision par l'adage « *fraus omnia corrumpit* ».
[1094] Com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, cassation au visa de L. 620-1, al. 1, C .com dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance de 2008.
[1095] CA Reims, 14 mars 2011, n° 11/00313.
[1096] En ce sens, voir M. le conseiller, rapporteur Rémery.
[1097] Au visa des articles L. 631-1, al. 1, L. 640-1 et L. 640-4 C. com ; Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 *; D.*, 2012. 1814, obs. LIENHARD (A.) ; *Rev. Sociétés* 2012. 527, obs. HENRY (L.-C.). V. égal. : Com. 15 nov. 2017, n°16-19.690 : *Gaz. Pal.* 17 avr. 2018, p. 58, note REILLE (F.) ; *RPC*, 2018, n° 2, p. 29, note SAINTOURENS (B.) ; *BJS*, 2018. 115, note MOUIAL BASSILANA (E.).

de la lettre du texte[1098]. S'agissant des procédures curatives, la cessation des paiements est une condition nécessaire et obligatoire d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. L'indifférence face aux mobiles du débiteur est liée au caractère obligatoire de l'ouverture de la procédure du fait de la caractérisation objective d'un état de cessation des paiements[1099], caractérisation dans laquelle les mobiles du débiteur ne jouent aucun rôle et dont la nature ne peut remettre en cause l'existence de cet état[1100]. Dès lors qu'une cessation des paiements existe, l'ouverture de la procédure ne peut être refusée, « peu importe qu'elle ait été organisée par malhonnêteté, espérée par commodité, obtenue par négligence ou subie du fait d'un contexte économique défavorable »[1101].

353. **Une cassation pour violation de l'esprit du texte.** Face à une demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le refus de prendre en compte les mobiles n'est pas induit par le caractère obligatoire de la déclaration de cessation des paiements comme elle l'est pour les procédures curatives[1102]. Il n'y a aucune obligation à solliciter l'ouverture d'une sauvegarde qui reste volontaire. Pour les auteurs, l'indifférence des mobiles à l'ouverture de la procédure de sauvegarde découlerait plus de l'esprit du texte que de la lettre[1103]. La sauvegarde est conçue comme un outil d'incitation à l'anticipation des difficultés. Pour anticiper, les débiteurs ne doivent pas être découragés de faire appel à la protection du tribunal dès que le besoin s'en fait sentir. À cet effet, l'ajout d'une condition de mobile serait susceptible de complexifier l'accès à la procédure, de créer un effet de repoussoir en exigeant une condition supplémentaire de « bonne intention »[1104]. D'autres auteurs justifient le refus de contrôle des motivations du débiteur par une vision pragmatique de la question. Selon eux, l'effet d'aubaine est limité par la publicité qui entoure la sauvegarde et par l'existence d'autres moyens de contrôle[1105].

[1098] REMERY (J.-P.), « Le refus jurisprudentiel de la prise en compte des mobiles du débiteur dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, 2016, p. 194.
[1099] V. C. com., art. L. 631-1 : La cessation des paiements se caractérise par l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.
[1100] REMERY (J.-P.), *art. cit.*, *BJE*, 2016, p. 194.
[1101] REILLE (F.), « L'indifférence des mobiles dans la décision de soumission à une procédure collective : confirmation et un peu plus », *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2018, n° 15, p. 58.
[1102] REMERY (J.-P.), *art. cit.*, *BJE*, 2016, p. 194.
[1103] *Ibid.* ; REILLE (F.), « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de « cœur » », *Gaz. Pal.*, 2 avr. 2011, n° 92, p. 7.
[1104] REILLE (F.), *art. cit.*, *Gaz. pal.*, 17 avr. 2018 n° 15, p. 58.
[1105] MENJUCQ (M.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n° 3, p. 201.

2°) L'affranchissement des contraintes contractuelles : un effet de la procédure

354. **L'affaire Cœur Défense**. Il convient de relater brièvement les faits à l'origine de l'affaire Cœur Défense. Un *special purpose vehicle*[1106], nommé société HOLD, est créé pour acquérir l'ensemble immobilier Cœur Défense. Cette acquisition se fait à l'aide d'un financement par un emprunt bancaire dont le remboursement est garanti par différentes sûretés et notamment un nantissement de comptes titres, portant sur ses actions, consenties par sa mère, la holding Dame Luxembourg. Ce montage a été mis à mal par la crise financière de 2008 et a mis la société HOLD face au risque de ne pas pouvoir respecter l'ensemble des covenants[1107], ce qui aurait conduit à l'exigibilité anticipée du remboursement du prêt et, par ricochet, à la réalisation du nantissement. Chacune des sociétés a demandé l'ouverture d'une sauvegarde qui, en faisant échec à l'exigibilité anticipée du prêt et des sûretés permettant l'appropriation de l'actif financé[1108], a permis de préserver le montage et d'imposer une révision unilatérale des engagements financiers liant les sociétés à ses créanciers.

355. **La tentative de rappel à la force obligatoire du contrat**. En refusant l'ouverture d'une sauvegarde à ces sociétés, la cour d'appel de Paris s'oppose à ce que la sauvegarde puisse être utilisée comme « bouclier » pour échapper à ses obligations contractuelles. Elle refuse que la sauvegarde puisse être justifiée par des difficultés qui consistent en la seule exposition au risque contractuel[1109], dès lors que l'activité économique des sociétés n'était pas elle-même compromise[1110]. C'est donc un rappel à la force obligatoire des contrats[1111] qu'effectue la cour d'appel de Paris en tentant de fixer des limites à la sauvegarde pour qu'elle ne soit pas utilisée de mauvaise foi[1112], comme un simple moyen de « défigurer un contrat » [1113] en cas de conjoncture économique défavorable. La cour d'appel avait tenu la même position en rejetant

[1106] Un *special purpose vehicle* est le nom des véhicules de financement créés dans le cadre d'opération de titrisation. En France, ces SPV sont appelés Fonds Commun de Créances.
[1107] Les covenants peuvent être définis comme des « clauses insérées dans un contrat, permettant de demander le remboursement anticipé du prêt à l'emprunteur en cas de non-respect par celui-ci des obligations qu'elles énoncent » : LEGEAIS (D.), « Le prêt, opération de crédit de droit commun », *J.-Cl. com.*, fasc. 355, n° 139.
[1108] V. BESSE (A.) et MORELLI (N.), « Introduction à la « sauvegarde bouclier » du SPV », *CDE*, n° 4, juill. 2011, dossier 24.
[1109] La cour d'appel considère que « la sauvegarde ne doit pas être regardée comme le moyen de permettre à un débiteur qui juge trop coûteux de respecter le contrat, de s'en affranchir pour échapper aux obligations qui pèsent sur lui en vertu de la documentation contractuelle très contraignante (covenants) qu'il s'est engagé à respecter lors de la souscription d'un emprunt ».
[1110] BESSE (A.) et MORELLI (N.), *art. cit.*, *CDE*, n°4, juill. 2011, doss. 24 ; CAVET (S.), « Affaire Cœur Défense : un arrêt en trompe l'œil », *RLDA*, n°49, 1er mai 2010.
[1111] LUCAS (F.-X.), « Cœur Défense : douche froide pour la procédure de sauvegarde », *LEDEN*, n° 04, avr. 2010, p. 1 : ce rappel de la force obligatoire du contrat est bienvenu dans un univers des procédures collectives trop souvent tenté de le tenir pour négligeable.
[1112] MENJUCQ (M.), *art. cit.*, *BJE*, mai 2016, n°03, p. 201.
[1113] TEBOUL (G.), « L'affaire « Cœur Défense » : du nouveau », *LPA*, n° 48, 9 mars 2010, p. 12.

des demandes d'ouverture de sauvegarde au bénéfice de plusieurs sociétés d'un groupe dans l'affaire Mansford[1114]. Cette utilisation de la sauvegarde, qui permet de paralyser la mise en œuvre de sûretés librement négociées entre les parties, avait suscité l'inquiétude au sein des milieux bancaires[1115]. La position de la cour d'appel de Paris a alors été saluée, avant que la cassation de l'arrêt ne fasse renaître l'inquiétude chez les créanciers.

356. **Une violation de la loi contractuelle organisée par la procédure.** Néanmoins, la Cour de cassation considère que vouloir s'affranchir de la loi contractuelle ne peut faire échec à l'ouverture de la procédure[1116]. Cette solution, qui cautionne la violation de la force obligatoire du contrat, serait fondée sur l'esprit même du droit des entreprises en difficulté : toute procédure collective induit une violation de la force obligatoire des contrats[1117]. Les règles relatives à la continuation des contrats en cours, celles relatives à l'interdiction du paiement des créances antérieures ou celles de l'arrêt des poursuites individuelles sont clairement édictées pour tenir en échec la force obligatoire des contrats[1118]. Il est alors soutenu que considérer qu'une demande d'ouverture de sauvegarde ne puisse être motivée par une volonté de porter atteinte à la force obligatoire des conventions serait nier la spécificité de ce droit qui porte en elle-même la possibilité d'éviter la cessation des paiements en tenant en échec la possibilité du jeu de la déchéance du terme[1119]. Ceci apparaît en accord avec l'objectif de la sauvegarde, tel que décrit dans l'exposé des motifs de la loi de sauvegarde, qui serait « d'appréhender les difficultés de l'entreprise dès lors qu'elles deviennent prévisibles, avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie »[1120]. Ainsi, il apparaît aux yeux de nombreux auteurs que solliciter le bénéfice d'une sauvegarde pour échapper à ses obligations contractuelles, ce que certains ont nommé « instrumentalisation » [1121], n'est pas un problème en soi. Cela devient un problème quand cette stratégie est utilisée pour poursuivre des fins égoïstes[1122].

357. **La reconnaissance d'un droit de stratégies**. Dans la droite ligne de l'arrêt Cœur Défense, les juges d'appel rappellent fréquemment qu'il ne faut pas « confondre l'effet

[1114] CA Paris, 26 nov. 2009, n° 2009/17248.
[1115] DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), note ss. CA Paris pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010, RG 09/22756, « Affaire Cœur Défense : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde », *D. actu*., 1 mars 2010.
[1116] Com, 8 mars 2011, n° 10-13.988.
[1117] REILLE (F.), *art. cit*., *Gaz. Pal*., 2 avr. 2011, n° 92, p. 7.
[1118] C. civ., art. 1103.
[1119] REILLE (F.), *art. cit*., *Gaz. Pal*., 2 avr. 2011, n° 92, p. 7.
[1120] Exposé des motifs, L. n° 2005-845, 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises.
[1121] En ce sens, MENJUCQ (M.), *art. cit*., *BJE*, mai 2016, n°03, p. 201 ; REILLE (F.), *art. cit*., *Gaz. Pal*., 2 avr. 2011, n° 92, p. 7.
[1122] MONSÈRIÉ-BON (M-H.), « La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde », *Dr. et Patr*., nº 223, 1er mars 2013.

d'aubaine conféré par la loi au débiteur en difficulté soustrait aux poursuites individuelles de ses créanciers avec un prétendu « dévoiement de la procédure » »[1123]. Aujourd'hui, le droit des entreprises en difficulté est conçu comme un bénéfice, on l'instrumentalise même[1124]. En soi, la mise en place de « stratégies »[1125] pour gérer ses difficultés n'est pas vue comme un problème, « la sauvegarde peut être une méthode de gestion »[1126]. Ce serait le législateur qui aurait décidé d'en faire un instrument de gestion. La stratégie qui se dessine dans l'affaire Cœur Défense est celle tracée par le législateur lui-même[1127]. Le débiteur ne fait que mettre en œuvre ce que la loi lui offre[1128]. Au fil de son évolution, le droit s'est mis au service du redressement de l'entreprise, de sa protection « au point de devenir dans le dernier état de la jurisprudence relative à la sauvegarde, un choix de gestion de l'entrepreneur dont les créanciers n'ont guère le moyen de contester la légitimité, du moins dès qu'existent des difficultés propres à justifier l'ouverture de la procédure collective »[1129].

358. Pour conclure, l'indifférence dans laquelle se tient la jurisprudence face aux mobiles du débiteur peut se recommander d'une certaine lecture de la lettre des textes. Mais l'émergence de la question de l'influence des mobiles du débiteur sur l'ouverture de la procédure nous semble dévoiler un déséquilibre et donc une mise en question des solutions sécrétées par une méthode d'interprétation textuelle des conditions d'ouverture des procédures collectives au moment même où le débiteur accroît le poids de sa volonté en ce domaine. La présence de mobiles révèle une extension du champ de la volonté du débiteur à la demande d'ouverture même : le débiteur peut vouloir demander une procédure pour diverses raisons, qui peuvent alors être considérées comme légitimes ou non.

§2 - La fraude, insuffisante à appréhender l'instrumentalisation

359. La Cour de cassation a effectivement réservé l'hypothèse de la fraude pour refuser l'ouverture d'une sauvegarde[1130]. À cet égard et de prime abord, l'indifférence des mobiles du

[1123] CA Bordeaux, 2e civ., 24 sept. 2014, n° 12/05237 ; en ce sens aussi V. LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas, 4e éd., 2011, n°52-56.
[1124] MONSÈRIÉ-BON (M-H.), *art. cit*., *Dr. et patr*., no 223, 1e mars 2013.
[1125] *Ibid*.
[1126] LE CORRE (P.-M.), « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter », *Gaz. Pal.*, n° 107, avr. 2010, p. 13.
[1127] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), *art. cit.*, *Dr. et Patr*., no 223, 1er mars 2013.
[1128] MENJUCQ (M.), *art. cit*., *BJE*, mai 2019, n° 03, p. 201. : « que reprocher au débiteur instrumentalisant la sauvegarde puisqu'il ne fait que mettre en œuvre ce que la loi lui offre ? »
[1129] LUCAS (F.-X.), « Les nouveaux risques, colloque Entreprise et patrimoine », *Gaz. Pal.*, 19 mai 2011, n° 139, p. 57. Lorsque l'auteur se réfère au dernier état de la jurisprudence, il cite l'arrêt Cœur Défense, Com. 8 mars 2011, n° 10-13.988.
[1130] V. Com., 8 mars 2011, n° 10-13.988.

débiteur sur l'ouverture de la procédure peut apparaître curieuse, alors que la fraude, elle, peut tenir en échec une demande d'ouverture de sauvegarde. La fraude, comme les mobiles, révèle l'intention du débiteur. Si les mobiles ne reflètent pas nécessairement une intention malhonnête, la fraude est la mise en œuvre d'une mauvaise foi. Et, c'est cette mise en œuvre qui fait toute la différence. Ce n'est pas une simple intention qui va tenir en échec la demande d'ouverture, mais le fait qu'elle s'accompagne d'une tricherie sur les conditions d'ouverture (A). Ce mécanisme est néanmoins jugé incompatible avec une demande d'ouverture d'une procédure curative (B).

A- La fraude : une tricherie sur les conditions d'ouverture de la procédure

360. **Le mécanisme de la fraude**. La fraude est un principe correcteur général du droit qui constitue la limite classique aux droits subjectifs reconnus aux sujets de droit. Le principe général *fraus omnia corrumpit* a toujours servi à corriger les conséquences de certains excès de droit[1131]. Au sens général[1132], la fraude est un acte effectué de mauvaise foi, par tricherie ou manœuvre, pour préserver ses intérêts au détriment d'autrui. La Cour de cassation retient « que toute personne agissant dans le but de préserver ses propres intérêts aux dépens d'autrui, ne commet une fraude que si elle accomplit un acte déloyal et obtient le résultat recherché par tromperie, manœuvres, falsifications ou autres actes répréhensibles »[1133].

361. **La réserve jurisprudentielle de la fraude**. La Cour de cassation, à l'occasion de l'arrêt Cœur Défense, a jugé que « hors, le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements »[1134]. Cette solution dégagée aussi par une décision du tribunal de commerce de Toulouse rendue le même jour[1135],

[1131] CAVET (S.), « Cœur Défense : et la Cour de cassation créa le droit du débiteur en difficulté », *RLDA*, n°60, 1er mai 2011.
[1132] Par opposition au mécanisme de fraude à la loi du droit international privé. Sur la fraude à la loi, V. VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe « fraus omnia corrumpit »,* Th. 1956, Librairie Dalloz II, rue Soufflot, II, Paris (Ve), p. 95 : la fraude se manifeste « chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif ». V. aussi JEAMMAUD (A.), « Fraus omnia corrumpit », *D.*, 1997, p. 19.
[1133] Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-20.288 : *Gaz. pal.*, 27 juin 2017, p. 64, obs. LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; *LEDEN* 2017, n° 4, p.1, obs. LUCAS (F.-X.).
[1134] Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988.
[1135] Toulouse, 2e ch., section 2, 8 mars 2011, RG n° 10/0351.

fait de l'existence d'une fraude l'unique moyen de refuser l'ouverture d'une procédure lorsque le débiteur remplit pourtant les conditions d'ouverture[1136].

362. Cette réserve de la fraude a pu apparaître à certains comme une parade à l'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde[1137], tandis que d'autres se sont montrés plus sceptiques relevant la frontière ténue qui existe entre l'intention de se soustraire à ses obligations, qui ne peut faire échec à l'ouverture, et la fraude[1138]. Malgré la réserve de la fraude, la crainte d'une instrumentalisation de la procédure de sauvegarde[1139] demeure. Des auteurs notent l'inaptitude de ce mécanisme à éviter que les procédures soient utilisées comme un mode normal de gestion de l'entreprise, alors que cela conduit « à faire supporter par d'autres ses incompétences ou sa faible capacité d'anticipation lors de la négociation des contrats »[1140]. L'instrumentalisation renvoie à une question de légitimité, tandis que la fraude se place sur le terrain de la légalité. L'instrumentalisation dévoile un problème quant aux finalités poursuivies. Le fraudeur ne se contente pas de poursuivre d'autres finalités, il triche dans les moyens pour poursuivre ses finalités. Ainsi, au sein d'un groupe de sociétés, une demande de remboursement d'un compte courant faite dans le dessein de tirer avantage de la liquidation d'une filiale relève d'une instrumentalisation, tandis que la création d'une fausse facture faite dans le même objectif, doit s'assimiler à une fraude.

363. **L'illégalité de la situation obtenue par fraude.** La constatation d'une fraude va permettre de « dissoudre le vernis de légalité »[1141] posé sur une situation. La fraude implique une tricherie, une tromperie, sur les conditions d'ouvertures de la procédure. Ainsi, sans la réalisation de cette fraude, le débiteur ne répond pas aux conditions d'ouvertures de la procédure et donc ne peut prétendre au bénéfice d'une sauvegarde. C'est la tromperie sur les conditions d'ouverture qui conduiront à refuser l'ouverture de la procédure. Ceci est en cohérence avec la décision de la Cour de cassation de rester indifférente aux mobiles du débiteur. La fraude ne va pas sanctionner la mauvaise foi du débiteur en refusant l'ouverture de la procédure, mais l'illégalité dissimulée du droit de bénéficier de la procédure. Le mécanisme

[1136] ROUSSEL GALLE (Ph.), « La fraude et l'ouverture de la sauvegarde », *Rev. Sociétés*, 2011, 384.
[1137] DELATTRE (C.), « Annulation d'un jugement d'ouverture d'une sauvegarde pour fraude », *BJE*, mai 2018, n° 3, p. 187.
[1138] CAVET (S.), « Cœur Défense : et la Cour de cassation créa le droit du débiteur en difficulté », *RLDA*, nº 60, 1er mai 2011 ; COURET (A.) et DONDERO (B.), « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *JCP E*, n° 11, 17 mars 2011, 1215.
[1139] MENJUCQ (M.), SAINTOURENS (B.), SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, *op. cit., loc. cit.*
[1140] *Ibid.*
[1141] SACHS (T.), « Du bon usage de la fraude dans le droit du licenciement pour motif économique », *SSL*, nº 1542, 11 juin 2012.

de la fraude permet alors de lever le voile sur une situation créée par le débiteur pour obtenir l'ouverture d'une sauvegarde. Le débiteur qui commet une fraude à l'ouverture de la procédure est celui qui va manœuvrer pour remplir les conditions d'ouverture lui permettant de bénéficier des effets de la procédure qui, sans ces manœuvres, auraient été hors de sa portée. Tel est le cas d'un débiteur qui créerait artificiellement une situation de difficultés insurmontables pour obtenir l'ouverture d'une sauvegarde afin d'échapper à ses engagements, ou celui qui dissimulerait une cessation des paiements pour échapper à une procédure de redressement et bénéficier d'une sauvegarde. Dans cette hypothèse, convertir la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire est une façon de rétablir la légalité de la situation.

364. **Un mécanisme restrictif.** En l'état actuel du droit, seule la caractérisation d'une fraude[1142] peut faire échec à une ouverture d'une procédure et ainsi remettre en cause le fait que le débiteur bénéficie des effets de la procédure lui permettant de s'affranchir de ses obligations contractuelles. Mais ce n'est qu'à condition qu'il ait usé de moyens déloyaux pour remplir les conditions d'ouverture et que cela puisse être prouvé. Une partie de la doctrine estime que, dans ces conditions, la qualification de fraude à l'ouverture de la sauvegarde sera rarement retenue par les juges compte tenu de l'habilité des débiteurs qui prendront soin de ne pas rendre la fraude apparente en constituant la preuve qu'il rencontre des difficultés[1143].

365. À l'heure actuelle, peu de décisions de justice ont mis en application la réserve de la fraude à l'ouverture de la sauvegarde. Un arrêt de cour d'appel[1144] a retenu la fraude du débiteur pour refuser l'ouverture d'une sauvegarde. En l'espèce, une banque dénonçait avoir subi plusieurs procédures préventives de la part de son débiteur, une société en nom collectif (SNC), et avoir consenti un abandon de créance important pour permettre le plan d'apurement. Une société en participation a été constituée pour racheter une partie de la créance de la banque. Néanmoins, cette société demande, et obtient, l'ouverture d'une sauvegarde pour ne pas avoir à payer la banque. Le jugement d'ouverture sera rétracté grâce au ministère public qui a relevé que la société en participation ne remplissait pas les conditions d'ouverture de la sauvegarde. En effet, elle n'était pas confrontée à d'autre difficulté que la demande de paiement de la banque

[1142] LEGROS (J.-P.), note ss. Cass. Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026, « Liquidation judiciaire », *Dr. Sociétés,* n° 11, nov. 2012, comm. 189.
[1143] COURET (A.) et DONDERO (B.), « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *JCP E,* n° 11, 17 mars 2011, 1215 ; Sur la difficulté à identifier les cas de fraude : V. SAINTOURENS (B.), « L'instrumentalisation de la sauvegarde est-elle frauduleuse », *BJE,* mai 2016, n° 03, p. 203.
[1144] CA Paris, 5-8, 12 sept. 2017, n° 17/08723.

au titre de la cession de créance. Cette difficulté n'est donc pas insurmontable dès lors que la résolution du contrat de cession qui ferait suite au non-paiement suffirait à la résorber[1145].

B- La fraude incompatible avec l'obligation de déclarer la cessation des paiements ?

366. La fraude à l'ouverture d'une procédure consistant à créer artificiellement les conditions d'ouverture pour bénéficier de ses effets pourrait trouver à s'appliquer au sein des procédures curatives (1°). Néanmoins, la Cour de cassation n'en a pas fait un cas qui permettrait de refuser l'ouverture d'une telle procédure, laissant alors supposer que la fraude serait incompatible avec l'obligation de déclaration de la cessation des paiements (2°).

1°) La fraude à l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation

367. **La tentative de la cour d'appel de Reims**. L'affaire Sodimédical met en cause une société mère soupçonnée d'avoir artificiellement provoqué la cessation des paiements de sa filiale, qu'elle détenait entièrement[1146]. La situation économique de la filiale s'est gravement dégradée à la suite de la délocalisation de son activité, et la société mère l'a financée par des avances en compte courant qui représentent la majorité du passif échu[1147]. Plusieurs projets de licenciements ont été entrepris avant d'être rejetés par le tribunal de Troyes au motif de l'absence de démonstration du motif économique de ces licenciements. C'est à la suite de ces refus de validation des projets de licenciements que la société mère arrêta de soutenir financièrement sa filiale, provoquant ainsi sa cessation des paiements. Le but de l'opération est d'obtenir l'ouverture d'une liquidation judiciaire pour ne pas avoir à supporter les coûts des licenciements envisagés, dont le motif économique ne pourra être contesté. Le tribunal de commerce de Troyes a ouvert la liquidation judiciaire et le comité d'entreprise fit appel de cette décision, considérant que la liquidation judiciaire est instrumentalisée. La cour d'appel de Reims[1148] reconnaît que la procédure de liquidation a été détournée par le débiteur dans le but de rendre incontestable le motif économique des licenciements des salariés et de faire prendre

[1145] DELATTRE (C.), note ss. CA Paris, 5-8, 12 sept. 2017, n° 17/08723, « Annulation d'un jugement d'ouverture d'une sauvegarde pour fraude », *BJE*, mai 2018, n° 3, p. 187.
[1146] La SARL Sodimédical, filiale détenue en totalité par la société Laboratoires Lohmann et Rauscher, élabore des produits qui sont commercialisés par sa mère. La cessation des paiements de Sodimédical intervient à la suite d'une diminution des commandes passées par sa mère, laquelle a perdu des parts de marchés.
[1147] 4.9 millions sur un passif échu de 5.5 millions.
[1148] CA Reims, 14 mars 2011, n°11/00313.

en charge leurs coûts par l'AGS[1149]. Elle refuse alors l'ouverture de la liquidation en se fondant l'absence d'autonomie de la filiale et l'implication des décisions du groupe dans la création de son état de cessation des paiements. Le passif échu provenait principalement d'une demande de remboursement des avances en compte courant de la mère dès lors qu'il a été décidé d'arrêter de soutenir la filiale.

368. **La fraude qui hante l'ouverture de certaines procédures**. Sans parler explicitement de fraude, la motivation de la cour d'appel évoque la démonstration d'une fraude et pose la question de savoir si une société mère peut provoquer la cessation des paiements de sa filiale dans l'unique dessein d'échapper à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. La cessation des paiements peut-elle être un moyen de fraude pour détourner le droit du travail ? Les questions soulevées « n'avaient jamais été posées en termes aussi clairs à la Cour de cassation »[1150]. La société aurait eu recours à un moyen licite, à savoir la demande d'ouverture d'une liquidation du fait de sa cessation des paiements, dans le but de rendre incontestable le caractère économique à l'origine des licenciements de ses salariés, ce qu'elle n'a pas réussi à obtenir par des plans sociaux antérieurs non validés en justice.

369. Si l'on reprend la définition de la fraude de J. Vidal, la fraude se manifeste chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'application d'une règle par l'emploi d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif[1151]. Le but était donc de passer outre le droit du travail en instrumentalisant le droit des procédures collectives[1152]. En provoquant la cessation des paiements de la filiale, celle-ci est dans l'obligation légale de déclarer la cessation des paiements, ce qui conduit automatiquement à l'ouverture d'une procédure curative, laquelle fournit un motif économique aux licenciements qui devient inattaquable[1153] et élude le droit du travail. On pourrait donc reconnaître une fraude à la loi, laquelle consiste à agir illicitement, mais par l'emploi de moyens juridiques réguliers[1154]. Ce cas n'est pas isolé. Dans une autre affaire soumise à la cour d'appel de Versailles[1155], un groupe

[1149] La CA considère que : « *Cette demande a pour seul but, après l'échec de plusieurs plans de sauvegarde de l'emploi, de permettre des licenciements dont la cause économique ne pourrait plus être contestée et de faire prendre en charge leur coût par la collectivité* ».
[1150] LECAROZ (J.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2012, p. 2548.
[1151] VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe « fraus omnia corrumpit »*, Th. 1956, Librairie Dalloz II, rue Soufflot, II, Paris (Ve), p. 95.
[1152] REMERY (J-P.), « Le refus jurisprudentiel de la prise en compte des mobiles du débiteur dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, n° 3, mai 2016, p. 194.
[1153] V. C. trav., art. L. 1233-3.
[1154] CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*.
[1155] CA Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578 ; DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.), « La condamnation de l'instrumentalisation du droit des faillites en fraude des droits de l'AGS », *LEDEN*, fév. 2012 n° 2, p. 7.

a pris la décision d'abandonner sa filiale française afin de réaliser des économies et d'améliorer la rentabilité du groupe au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise française. Cherchant à réaliser l'opération à « moindre coût », les difficultés de la filiale ont été volontairement créées par le groupe afin de bénéficier des règles avantageuses sur les licenciements dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Mais, bien que la cour d'appel reconnaisse la responsabilité délictuelle de la mère qui instrumentalise le droit de la faillite en fraude des droits de l'AGS, ces circonstances ne lui ont pas permis de remettre en cause l'ouverture de la liquidation, dès lors que la filiale était effectivement en cessation des paiements. Il semble alors que la fraude, latente dans ses affaires puisque les sociétés mères ont créé volontairement les difficultés de leurs filiales pour pouvoir bénéficier des avantages que procure l'ouverture d'une liquidation judiciaire, ne peut faire échec à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation, dès lors que la cessation des paiements existe.

2°) Un mécanisme jugé inadapté aux procédures curatives

370. **L'obligation, un obstacle à la caractérisation d'une fraude.** Pourtant, la Cour de cassation ne réserve pas l'hypothèse de la fraude pour refuser l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires comme elle l'a fait pour la procédure de sauvegarde. Cette position ne doit pas conduire à considérer que la Haute juridiction nie l'existence de toute fraude dans ces affaires, mais que l'obligation de déclarer la cessation des paiements empêche de mettre en œuvre ce mécanisme au moment de l'ouverture de la procédure. Le mécanisme correcteur qu'est la fraude serait incompatible, dans sa mise en œuvre, avec l'obligation légale de déclarer la cessation des paiements qui ne souffre d'aucune exception et qui conduit automatiquement à l'ouverture d'une procédure. L'obligation légale sanctionnée[1156] des articles L. 631-4 et L. 640-4 du Code de commerce[1157] purgerait le vice de fraude qui pourrait entacher la demande d'ouverture des procédures[1158]. C'est ce que laisse entendre la Cour de cassation quand elle oppose le fait que la loi impose à tout débiteur en cessation des paiements de déclarer cet état dans le délai de quarante-cinq jours sous peine de sanction. L'argument qui semble se

[1156] La sanction d'interdiction de gérer prévue par L. 653-8, dernier al., du C. com., est réservée aux personnes qui ont « omis sciemment » de déclarer l'état de cessation des paiements sans avoir par ailleurs demandé le bénéfice d'une conciliation.

[1157] Obligation de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation dans les quarante-cinq jours de la cessation des paiements, même s'il est assigné en redressement par un créancier : Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29.807 ; *D.*, 2014, p. 595 note BERGER-TARARE (C.) ; *Rev. soc.*, 2014, p. 197, note ROUSSEL GALLE (Ph.) ; *BJE*, 2014. 100 note LE MESLE (L.) ; *Dr. et patr*., sept. 2014, obs. SAINT-ALARY-HOUIN (C.).

[1158] REILLE (F.), « L'indifférence des mobiles dans la décision de soumission à une procédure collective : confirmation et un peu plus », *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2018, n° 15 p. 58 ; LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 351.

dégager de cette solution est que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation ne peut constituer un moyen frauduleux[1159], élément nécessaire à la caractérisation de la fraude, puisque celle-ci est une obligation sanctionnée. Le débiteur n'a pas le choix de faire la demande ou non. Dès lors, les intentions frauduleuses du débiteur, réelles ou supposées, importent peu[1160]. L'ouverture ne peut être refusée dès lors que la cessation des paiements est avérée[1161]. Les juges sont alors impuissants face à l'attitude de société qui semble caractériser une fraude au droit du travail en sollicitant l'ouverture d'une procédure curative[1162]. « Le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et ne peut rejeter la demande d'ouverture en fonction des mobiles du débiteur, ni même de l'opportunité d'une telle ouverture »[1163].

371. **Tempéraments à l'incompatibilité des mécanismes**. Certains auteurs ont néanmoins contesté cette solution et étaient favorables à la reconnaissance d'une application de la fraude[1164], en relativisant l'incompatibilité du mécanisme avec l'obligation de déclaration : « que la règle utilisée pour en frauder une autre pose une obligation a-t-il dès lors une importance ? La fraude ne fait-elle pas en principe exception à toutes les règles ? »[1165]. Depuis que la procédure de conciliation peut être ouverte à un débiteur en état de cessation des paiements depuis au plus quarante-cinq jours, l'obligation de déclaration de cessation des paiements et l'ouverture d'une procédure curative qui s'en suit n'ont plus la même intensité. Le débiteur n'est plus contraint de demander l'ouverture d'une telle procédure dès qu'il tombe en cessation des paiements. Ce n'est que s'il n'a pas demandé une conciliation durant le délai de quarante-cinq jours qu'il tombera sous le coup de l'obligation sanctionnée par une interdiction de gérer, à condition toutefois qu'il ait omis « sciemment » de déclarer son état[1166]. Donc, si une demande d'ouverture de redressement et de liquidation judiciaire émane du débiteur pendant ce délai, il n'y aurait pas d'obstacle à reconnaître une fraude s'il est démontré que le

[1159] Le moyen frauduleux peut être un mensonge, une mise en scène, l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un acte juridique. V. FABRE (A.), « La chambre commerciale et l'« instrumentalisation » des procédures collectives : à propos de l'arrêt Sodimédical », *JCP G*, n° 41, 8 oct. 2012, 1073.
[1160] DEMEYERE (D.), « Appréciation des conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une filiale : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2012, n° 250, p. 5.
[1161] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, Dalloz action, 11e éd., 2021-2022, n° 221-09.
[1162] FIN-LANGER (L.), « Rejet d'une demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire en raison d'un détournement de cette procédure pour licencier les salariés à moindre coût », *APC*, 5 mai 2011, n° 8, comm. 116.
[1163] JACQUEMONT (A.), *J.-Cl, Procédures collectives*, Fasc. 2155, n° 177.
[1164] LECAROZ (J.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2012, p. 2548.
[1165] FABRE (A.), *art. cit.*, *JCP G*, n° 41, 8 oct. 2012, 1073.
[1166] C. com., art. L. 653-8, dernier al. V. pour des premières applications de cette nouvelle condition : T. com. Valenciennes, 27 juin 2016, RG n° 2016/001321 ; T. com. Valenciennes, 4 juill. 2016, RG n°2015/00822 ; Besançon, 1re ch. civ. et com., 4 mai 2016, RG n° 15/02047, *JCP E*, 2016, 1417, obs. DELATTRE (Ch.).

débiteur a provoqué la cessation des paiements dans le but d'obtenir des avantages liés à l'ouverture d'une procédure curative.

372. Si la fraude sanctionne finalement l'absence de droit à ouverture d'une procédure collective, ce mécanisme correctif se heurte à l'obligation de déclaration du débiteur dès lors qu'il est en cessation des paiements. L'existence d'une fraude ne peut permettre de refuser l'ouverture d'une procédure qui devient obligatoire dès lors que le débiteur est en cessation des paiements, et peu importe la façon dont cet état est apparu. Le juge n'a alors pas les moyens pour faire rempart à un détournement de procédure lorsque le débiteur aura pris soin de remplir effectivement les conditions d'ouverture. S'agissant de la sauvegarde, aucune fraude ne pourra être reconnue si, au moment de l'ouverture, le débiteur peut justifier de difficultés qu'il ne peut surmonter. La fraude ne pourra pas plus être brandie pour faire échec à l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires lorsque le débiteur ne pourra plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Conclusion de la section

373. En refusant de tenir compte des mobiles du débiteur pour décider de l'opportunité de l'ouverture de la procédure collective, les juges entérinent la distance instituée entre le recours à la procédure collective et sa raison d'être. C'est l'intention du débiteur qui peut être dévoilée à l'examen de ses mobiles. Cette intention est ce qui lie son action aux finalités de son action, donc elle est ce qui permet d'apprécier une volonté d'instrumentaliser les procédures collectives. Le mécanisme de la fraude, bridé par l'appréciation objective des juges, ne permet pas de faire rempart aux ouvertures de procédures d'un débiteur dont le but serait d'échapper à ses obligations contractuelles, d'éviter l'application du droit du travail, ou de bénéficier de toutes sortes d'effets d'aubaine. La fraude ne permet pas de se saisir de l'instrumentalisation.

Conclusion du chapitre

374. Les acteurs de la procédure, visibles comme invisibles, débiteurs comme entreprises, ont un pouvoir de décision, une certaine emprise sur les procédures collectives, produit de la politique pro-débiteur. À lui seul, ce pouvoir, cette influence, est insuffisant pour mettre en œuvre une instrumentalisation des procédures collectives. Il n'en constitue pas moins un facteur évident. Faire un droit pour le débiteur, largement à son initiative et à son profit ne pose pas de problème en soi. Cette composante devient problématique et mérite un contrôle dès lors que,

comme nous avons pu le constater, l'ouverture d'une procédure collective n'est pas décidée selon une approche finaliste. L'exercice du « pouvoir » du débiteur n'est alors pas « encadré » ; il n'est pas soumis à la recherche du sauvetage de l'entreprise. Les débiteurs, les groupes de sociétés, tous les acteurs peuvent alors légalement instrumentaliser les règles des procédures collectives, lesquelles ne sont plus soumises au respect de leur objectif.

375. Face à cet état des choses, la part de pouvoir octroyée au débiteur pourrait s'accompagner d'un contrôle de ses mobiles, de sa subjectivité, sans que cela remette pour autant en cause la dissociation de l'homme et de l'entreprise. Tenir compte des mobiles du débiteur serait simplement la contrepartie évidente du pouvoir qui lui est laissé. Néanmoins, la jurisprudence est claire sur ce point, et refuse de se livrer à un tel contrôle. L'instrumentalisation des procédures collectives par une entreprise constituée en groupe de sociétés, qui souhaite pouvoir échapper à ses obligations contractuelles par le biais d'une procédure, est une pratique admise. C'est pour cette raison que la fraude ne peut saisir et faire obstacle à l'instrumentalisation. Tandis que la fraude permet de saisir les situations où il n'existait pas de droit à ouverture de la procédure, l'instrumentalisation recouvre les situations où le droit à ouverture existe, mais qu'il est utilisé en dehors de son esprit.

Conclusion du Titre 2

376. Alors que le droit des entreprises en difficulté a évolué, guidé par la volonté d'être au plus proche de la réalité économique des entreprises, il achoppe sur un élément essentiel qui est sa conception de l'entreprise. En ne tenant pas compte de l'entreprise constituée par le groupe de sociétés, et en élargissant les procédures à des sociétés sans activité économique, le juge affranchit les procédures de leurs finalités, le traitement de l'entreprise en difficulté. Si la procédure n'est pas appliquée à l'entreprise, elle ne peut concourir à son sauvetage, à assurer sa préservation avec les emplois qui y sont attachés. C'est ainsi qu'en se refusant à une approche téléologique[1167] des conditions d'ouverture des procédures collectives, alors que la nature économique de ce droit suppose une telle interprétation pour rendre compte des concepts économiques, le juge crée un espace propice à l'instrumentalisation.

377. L'ignorance des problématiques de pouvoir sous-jacent dans les entreprises, le déséquilibre des pouvoirs au sein des groupes de sociétés, grandes entreprises[1168], participe à offrir à ces acteurs la faculté d'instrumentaliser les procédures. Le refus de tenir compte de la subjectivité du débiteur, alors que lui a été donné un pouvoir important dont l'exercice n'est pas subordonné aux conditions de finalités, entérine cette faculté d'instrumentalisation. « Cette existence de fait de l'entreprise en tant qu'unité, et cette inexistence en droit en tant que telle, permet une vie très particulière à l'entreprise, entre droit et non-droit »[1169]. L'instrumentalisation, quand elle se produit, met en évidence l'incapacité du pouvoir judiciaire à assurer un contre-pouvoir au pouvoir économique des entreprises[1170].

[1167] En ce sens : GRELON (B.), note ss. Cass com 8 mars 2011, *Rev. Soc.*, 2011, p. 404 : « il n'y a pas de place pour une interprétation téléologique de la loi, il n'y a pas de place non plus pour la prise en compte de la cause subjective et semble-t-il pas de place dès lors pour l'abus de droit ».
[1168] ROBE (J.-Ph.), *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2015, p. 91.
[1169] *Ibid*., p. 53.
[1170] *Ibid.*, p. 115.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

378. « Il ne s'agit pas de refondre radicalement la loi de 1985, mais désormais de l'interpréter dans son esprit et sa logique économique et sociale »[1171]. La faculté d'instrumentaliser les procédures collectives naît de l'application d'un droit finaliste en dehors de sa finalité. Il s'agit de l'application de procédures conçues pour sauver ou liquider l'entreprise à des débiteurs qui ne sont pas des entreprises.

379. Cette incohérence se présente comme un effet pervers de la recherche d'efficacité économique qui anime le droit des entreprises en difficulté. Alors que ce droit est conçu et formé pour mettre en place un sauvetage efficace des entreprises et, à défaut, pour minimiser au mieux les effets économiques de la liquidation de l'entreprise, les règles semblent affranchies de ces finalités. L'efficacité apparaît comme une fin en soi et n'est plus appréhendée comme un moyen. C'est du moins ce qui transparaît lorsque la sauvegarde est ouverte largement afin de bénéficier à un maximum de débiteurs, mais qu'on ne prête même plus attention à vérifier que ces débiteurs sont des entreprises. La constitution d'une politique pro-débiteur a fait oublier les raisons pour lesquelles elle a été pensée.

380. Le juge du droit des entreprises en difficulté perturbe la logique économique du droit des entreprises en difficulté en n'adoptant pas la méthode adéquate à la matière. Le droit des entreprises en difficulté est pensé comme un droit économique et s'il n'est pas appliqué à la manière d'un droit économique, il n'est pas étonnant que des failles soient constituées dans le système. Par le biais de ces failles, les entreprises rendues invisibles par le principe de l'autonomie de la personne morale peuvent faire tourner le système à leur profit. Le droit des entreprises en difficulté est le point de rencontre de cette opposition d'analyses, de logiques : la rencontre de la logique économique et la logique juridique. Empruntant aux deux, il ébranle sa cohérence jusqu'à devenir un droit sujet à instrumentalisation.

381. L'efficacité économique qui innerve les règles de ce droit n'est dès lors plus nécessairement au service de l'objectif de traitement des entreprises en difficulté. L'objectivité qui caractérise les conditions d'ouverture des procédures collectives est un bouclier derrière lequel les acteurs peuvent se retrancher afin d'obtenir le bénéfice d'une procédure collective à des fins qu'ils choisissent. Il n'est pas tenu compte du fait que, aujourd'hui plus qu'hier, les

[1171] SOINNE (B.), « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives) », *D.*, 2004 p. 1506, n° 1.

débiteurs peuvent utiliser les procédures collectives comme des instruments de gestion et que la sollicitation de ces instruments peut dépendre de leur pure volonté. Malgré cet état, il est décidé de ne pas prêter attention à la subjectivité des acteurs qui demandent le bénéfice d'une procédure collective. En somme, il est choisi de ne pas tenir compte de la possibilité de détournement des procédures collectives au risque de porter atteinte à l'efficacité de ce droit.

382. L'instrumentalisation est finalement le sentiment que la règle échappe au droit précisément parce que le juge n'est pas en mesure de l'appliquer conformément à son esprit. L'esprit a disparu sous l'effet de la montée en puissance de l'impératif d'efficacité. L'application des règles n'est plus conditionnée à leurs finalités et elles peuvent dès lors être utilisées à n'importe quelle fin. D'un droit instrumental, au service de certaines finalités économiques, le droit des entreprises en difficulté devient un droit sujet à instrumentalisation.

SECONDE PARTIE

UNE LÉGITIMITÉ MENACÉE

383. Plus que de représenter un problème quantitatif, l'instrumentalisation des procédures collectives relève d'une problématique qui touche à l'essence même du droit des entreprises en difficulté. En détournant la raison d'être de ce droit, l'instrumentalisation prive de fondement le caractère dérogatoire de ses règles. Si les procédures collectives sont sollicitées dans un autre dessein qu'une perspective de sauvetage ou de liquidation d'une entreprise, entité économique majeure, le régime du droit des entreprises en difficulté perd sa raison d'être. L'instrumentalisation du droit, l'utilisation d'une procédure qui ne serait pas dictée par des considérations d'intérêt général rompt la structure autour de laquelle s'est construit le droit des entreprises en difficulté. L'instrumentalisation constitue une atteinte à la logique propre de ce droit. C'est au nom de l'entreprise en difficulté que cette législation déroge à plusieurs principes du droit commun et qu'elle impose un certain impérialisme. S'il est possible de bénéficier de cette législation pour traiter autre chose qu'une entreprise en difficulté, l'application de ses règles par préférence au droit commun devient illégitime. L'instrumentalisation déséquilibre tout un système ; le recours au droit des entreprises en difficulté est illégitime (Titre 1).

384. Plus profondément, l'instrumentalisation dévoile que cette matière est en proie à une crise de légitimité. Effectivement, la question sous-jacente est de savoir quand il devient légitime de faire prendre en charge collectivement les difficultés d'un débiteur. Tenter de remédier à l'instrumentalisation, c'est chercher à restaurer la légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté. À cette fin, le ministère public, garant d'une application légitime de la matière, devrait voir son rôle repensé afin de pouvoir avoir une véritable action dans la lutte contre l'instrumentalisation. Restaurer la légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté induit de réserver son application à une entreprise en difficulté (Titre 2).

Titre 1. Un recours illégitime au droit des entreprises en difficulté

Titre 2. Réflexions sur les remèdes à l'illégitimité

Titre 1. Un recours illégitime au droit des entreprises en difficulté

385. **La justification économique de l'impérialisme du droit des entreprises en difficulté**. Le traitement des difficultés de l'entreprise ne concerne pas uniquement le droit des entreprises en difficulté. Il met en jeu des intérêts protégés par d'autres droits : celui des créanciers, des travailleurs, du marché économique. « Poursuite de l'activité, maintien de l'emploi et apurement du passif restent, par-delà les réformes incessantes, les trois piliers expressément affirmés par notre droit depuis plus de trente-cinq ans »[1172]. Naturellement, le droit des entreprises en difficulté interagit alors avec le droit civil, le droit social et le droit de la concurrence, et a tendance à imposer son impérialisme. Cet impérialisme trouve sa justification dans l'idée que sauver l'entreprise, l'acteur économique, est une préoccupation d'intérêt général qui permettrait de préserver le maximum d'intérêts à terme, à la fois des salariés, comme pour le marché économique[1173]. Lorsque l'entreprise est en difficulté, l'intérêt général implique d'emprunter d'autres voies que celles du droit commun pour servir le marché et l'emploi. L'intérêt général que représente la survie de l'entreprise conditionne les rapports de ce droit avec les autres législations.

386. **L'impact de l'instrumentalisation : la perte du fondement économique**. Les effets attachés à cette nouvelle lecture deviennent illégitimes dès lors que le droit des entreprises en difficulté est utilisé à une autre fin que le traitement de son objet, l'entreprise en difficulté. L'instrumentalisation touche alors à la légitimité de l'application de la législation du droit des entreprises en difficulté par préférence à d'autres. C'est finalement la légitimité du caractère dérogatoire de cette législation que met en cause l'instrumentalisation. L'utilisation de la dérogation au lien d'obligation en dehors du cadre dans lequel elle est prévue conduit à des effets illégitimes, des sacrifices illégitimes des droits des créanciers (Chapitre 1).

387. Le droit des entreprises en difficulté entretient des rapports étroits avec le droit du travail et le droit de la concurrence. Il déroge dans une certaine mesure à ces droits afin de concilier leurs objectifs avec le traitement de l'entreprise en difficulté. C'est pourquoi le droit des entreprises en difficulté prévoit des dispositions spéciales en matière de licenciement afin d'assurer un certain équilibre entre la nécessité de maintenir les emplois et la survie de

[1172] ROUSSEL GALLE (Ph.), « Propos introductifs : l'importance des équilibres mais quels équilibres ? », in *Le droit des entreprises en difficulté de 1985 à 2025 une recherche de meilleurs équilibres*, 44e colloque de l'association Droit et Commerce, 25 et 26 mars 2022, Deauville, *Gaz. Pal.*, n° H.S., 28 juin 2022, p. 6
[1173] V. *supra* n° 84.

l'entreprise en difficulté. De même, si l'application de cette législation peut sembler s'opposer au principe de la libre concurrence, elle apparaît comme une façon de préserver le marché face à une entreprise en difficulté. L'application du droit des entreprises en difficulté apparaît comme le meilleur moyen de préserver le marché et donc la concurrence, lorsqu'une entreprise est en difficulté. Sans être en opposition, droit des entreprises en difficulté et droit de la concurrence se complètent pour œuvrer à la préservation du marché. Le droit des entreprises en difficulté se présente alors comme une exception à la liberté de la concurrence sans pour autant être contraire à l'esprit du droit de la concurrence. Mais l'instrumentalisation rend de la même façon illégitime l'application des dispositions de ce droit par préférence au droit commun des licenciements et au droit de la concurrence. Lorsque le débiteur n'est pas une entreprise, il n'y a pas de raison qu'il bénéficie des dispositions spéciales du droit des procédures collectives en matière de licenciement et qu'il soit extrait de la libre concurrence. En bouleversant de la sorte l'agencement des législations, leurs équilibres, l'instrumentalisation est susceptible de produire des conséquences sociales et économiques illégitimes (Chapitre 2).

Chapitre 1 – L'illégitimité des dérogations au lien d'obligation

388. **Le cadre du droit des entreprises en difficulté**. L'étude de la genèse du droit des entreprises en difficulté amène à comprendre que ce droit constitue une réponse à un besoin de nature économique que le droit de la faillite n'était pas en mesure de combler. Il est apparu comme porteur d'une nouvelle logique économique, relais du simple rapport d'obligation liant débiteur et créancier qui trouve ses limites face à la crise de l'entreprise. Ce cheminement s'est amorcé par la reconnaissance de causes économiques à la défaillance de l'entreprise, laquelle n'est alors plus perçue uniquement sous l'angle du non-respect des engagements du débiteur envers son créancier. Petit à petit, les mécanismes encadrant l'obligation sont apparus inaptes à traiter ce qui s'est révélé davantage apparenté à un problème économique. La logique civiliste a dû laisser place à une logique économique, laquelle réinterprète notamment le lien d'obligation.

389. En apparaissant d'importance vitale pour le traitement économique de l'entreprise, le lien d'obligation est extrait de son carcan originel. Au sens du droit privé, l'obligation désigne « le lien d'ordre patrimonial unissant les personnes juridiques entre elles »[1174]. Ce lien de droit unit le créancier au débiteur et est un élément du patrimoine des parties. Pour le créancier, il représente une valeur économique qui peut circuler. « Pour le débiteur, c'est un poste de passif et son patrimoine entier en répond : le créancier, en droit d'exiger une prestation de son débiteur, dispose en réalité d'un droit sur le patrimoine de ce dernier »[1175]. Au sein du droit des entreprises en difficulté, ce lien de droit, d'origine légale[1176] ou contractuelle, continue de lier le débiteur et son créancier. Néanmoins, il lui est conféré une aspiration d'intérêt général, ce qui fait du créancier un partenaire du traitement des difficultés de l'entreprise. Le lien d'obligation est mis au service de la dynamisation du tissu économique. Il s'agit de le mettre, à titre principal, au service du sauvetage de l'entreprise. Si l'entreprise ne peut être sauvée, le lien d'obligation est mis au service de sa liquidation et du rebond de l'entrepreneur[1177].

390. Cela nécessite une reconsidération des lois qui régissent d'ordinaire les rapports d'obligation, et pour le créancier, cela se manifeste par une remise en cause des droits qu'il

[1174] BENABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, Précis Domat, 19e éd., 2021, n° 1.
[1175] *Ibid*., n° 2.
[1176] S'agissant des créances publiques, leur caractère obligatoire est prévu par les dispositions légales. V. CAGNOLI (P.) et FIN-LANGER (L.), « Les créanciers publics face aux procédures collectives – La notion de créancier public », *Rev. Proc. coll*., n° 4, juill. 2019, doss. 27.
[1177] V. *supra* n° 81.

tenait de ce lien. L'application du droit des entreprises en difficulté change la nature de la relation créancier-débiteur au nom de l'intérêt général. L'idée sous-jacente est qu'au vu de l'importance d'une entreprise dans le tissu économique, l'ensemble des acteurs économiques a intérêt à ce qu'elle soit sauvée même si cela implique certains sacrifices, car la pérennité économique se construit sur la permanence du lien d'obligation. Dès lors, l'utilité économique du rapport d'obligation précipite le créancier dans la procédure collective, non plus seulement comme un simple détenteur d'une créance, mais comme partenaire du traitement de l'entreprise.

391. **L'instrumentalisation, une application du droit des entreprises en difficulté en dehors de son cadre**. C'est parce que les créanciers sont essentiels au traitement de l'entreprise que le droit des entreprises en difficulté organise une dérogation au droit des obligations pour en faire des partenaires. Le changement de « statut » du créancier est alors subordonné à l'intérêt général et les atteintes à leurs droits que cela implique ne se comprennent que dans ce cadre. Or, l'instrumentalisation revient précisément à utiliser la dérogation au droit des obligations en dehors de toute logique économique d'intérêt général. L'application du droit des entreprises en difficulté est alors extraite de son cadre et toutes les atteintes aux droits des créanciers apparaissent dès lors comme des sacrifices illégitimes. Le dévoiement de la procédure aboutit à faire des créanciers des victimes de la procédure[1178] comme ont pu l'illustrer certaines affaires[1179]. Pour autant, dans cette approche, il n'est pas question de remettre en cause la nécessité du caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté. Cependant, c'est à la condition qu'il conduise à mettre la relation créancier-débiteur au service de la pérennité de l'activité économique ou d'une liquidation ordonnée. Le législateur du droit des entreprises en difficulté met le lien d'obligation au service du traitement des difficultés de l'entreprise (Section 1). Toutefois, il faut rendre compte du rôle profondément perturbateur que joue l'instrumentalisation sur la logique propre du droit des entreprises en difficulté. L'instrumentalisation fait des créanciers non plus des partenaires du traitement, mais des sacrifiés. La réinterprétation du lien d'obligation organisée par le législateur du droit des entreprises en difficulté apparaît illégitime et ses effets irrévocables (Section 2).

[1178] AZEVEDO (R.), *Le caractère collectif des procédures collectives*, préface de LUCAS (F.-X.), LGDJ, Bibl. droit entr. en diff., T. 20, 2020, n° 26.
[1179] Cœur défense (Com., 8 mars 2011, n° 10-13.988), Sodimédical (Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026), Thomson (Com. 21 fév. 2012, n° 11-11.693) et Danone (Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-17.501).

Section 1 : Le lien d'obligation au service du traitement de l'entreprise

392. L'objectif d'intérêt général poursuivi par le droit des entreprises en difficulté donne une dimension particulière aux créanciers de l'entreprise en difficulté. Ces derniers sont perçus comme des acteurs du sauvetage de l'entreprise et de l'homme. Leur « créance d'origine contenait en germe une obligation de sauvetage »[1180], et c'est à ce titre que les droits qu'ils tiennent de cette obligation peuvent être paralysés ou même anéantis. La nécessité de sauvetage conçue comme intérêt général justifie que les droits des créanciers soient affectés.

393. L'appréhension économique de la défaillance des entreprises a conduit à une refonte profonde du droit de la faillite. Ce droit a été repensé et reconstruit à l'aune d'une logique économique qui extrait l'obligation de sa loi originelle pour en faire un outil de traitement des difficultés de l'entreprise. La nécessité économique de déroger au droit des obligations pour sauver ou simplement traiter les entreprises constitue un des fondements du droit des entreprises en difficulté. Ce principe qui innerve le droit modifie les effets du lien d'obligation qui existe entre le débiteur en difficulté et ses partenaires, notamment ses créanciers. Ces liens d'obligation sont aménagés par les règles du droit des entreprises en difficulté afin de faire des créanciers des partenaires du traitement de l'entreprise. Dès lors, les moyens et garanties d'exécution de l'obligation se trouvent modifiés dès l'ouverture de la procédure (§1), et la substance même de l'obligation peut se trouver atteinte jusque dans les principes qui la gouvernent (§2).

§1- La privation des moyens et garantie d'exécution de l'obligation

394. L'application des dispositions du droit des entreprises en difficulté, et plus précisément des procédures collectives, conduit à une transformation des effets qui découlent du lien d'obligation entre le débiteur et ses partenaires. Cela se traduit notamment par un changement des droits afférents à l'exécution de l'obligation (A), ainsi que par un aménagement des techniques de garanties de l'exécution de l'obligation (B).

A- La conversion des droits afférents à l'exécution de l'obligation

395. L'ouverture d'une procédure collective transforme les droits du créancier. Titulaire d'un droit de poursuivre l'exécution de son obligation, le créancier confronté au principe de la

[1180] RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, préface CHAMPAUD (C.), LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 459, 2007, p. 197.

suspension des poursuites[1181] est privé de son usage. Le lien d'obligation existant avec le débiteur lui ouvre en revanche le droit de déclarer sa créance à la procédure pour continuer à faire vivre ce lien (1°). S'agissant spécifiquement des obligations d'origine contractuelle, l'importance du contrat pour l'entreprise nécessite de bouleverser les effets qui y sont attachés ordinairement. Le principe de continuation des contrats en cours bouleverse les lois du contrat (2°).

1°) La modification du droit attaché à l'obligation : d'un droit de poursuite à l'obligation de déclarer sa créance

396. En vertu de l'article 1341 du Code civil, « le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi ». En vertu de l'obligation qui pèse sur le débiteur, le créancier possède un droit sur le patrimoine de ce dernier ; il a en principe, selon certaines modalités, le droit de faire saisir les biens de ce patrimoine pour obtenir satisfaction. Dans cette perspective, il n'est nullement nouveau d'expliquer l'entorse faite par le droit des entreprises en difficulté aux principes traditionnels du droit des obligations par le passage à une question qui intéresse la collectivité. À cet effet, le choix pour la discipline collective s'explique par le fait que le législateur a souhaité que le paiement des créanciers ne se fasse pas au prix de la course, mais en respectant un principe d'égalité des créanciers. Et, au fur et à mesure de l'évolution d'objectif du droit de la faillite, ses règles, qui à l'origine sont faites dans l'intérêt des créanciers tournent en faveur du sauvetage du débiteur[1182]. Par exemple, les règles visant à la reconstitution du patrimoine du débiteur, telles que les nullités de la période suspecte, peuvent être analysées comme contribuant d'abord au sauvetage de l'entreprise en favorisant l'adoption d'un plan, avant de préserver le gage commun des créanciers[1183].

397. Afin de favoriser le traitement de l'entreprise, les créanciers se verront privés de certains droits qu'ils tiennent du lien d'obligation dont l'exercice pourrait être contre-productif. Si « le propre d'une obligation juridique est d'être assortie d'une sanction de l'autorité publique, c'est-à-dire du droit pour le créancier de faire appel à la puissance publique pour obtenir satisfaction »[1184], l'objectif fixé par le législateur du droit des entreprises en difficulté, implique de déroger à ce principe. Les atteintes au droit des créanciers qui en résulte n'apparaissent que

[1181] C. com., art. L. 621-40.
[1182] V. *supra* n° 82 et n° 89 s.
[1183] MOUIAL BASSILANA (E.), V. Reconstitution de l'actif du débiteur, *Rép. com.*, n° 73.
[1184] BENABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, Précis Domat, 19e éd., 2021, n° 806.

comme des conséquences de l'application de règles qui ont pour but de favoriser le traitement des difficultés de l'entreprise.

398. **Les droits attachés à la créance**. Dès l'ouverture de la procédure, les interdictions affectant les créanciers œuvrent déjà au rétablissement de l'entreprise[1185] ou à une liquidation ordonnée. En cas d'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, la période d'observation est déterminante pour le devenir de l'entreprise et il est alors essentiel que son activité soit maintenue[1186]. Ainsi, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles, qui a pour corollaire l'interdiction des paiements, a pour but de ne pas entraver le sauvetage potentiel de l'entreprise, et induit de paralyser les droits que les créanciers tiennent du lien d'obligation. Les prérogatives ordinaires du droit de créance sont suspendues par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles qui a pour corollaire l'interdiction des paiements[1187]. Le principe d'arrêt des poursuites individuelles se retrouve à l'article L. 622-21 du Code de commerce. Aux termes de cet article serait interdite toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent[1188]. À cet égard, la Cour de cassation part du postulat que « toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution par le débiteur » et que la demande du créancier, sous couvert de condamnation du débiteur à exécuter, ne tendait qu'au paiement d'une somme d'argent pour une cause antérieure à l'ouverture de la procédure collective[1189]. Par conséquent, la jurisprudence a élargi notablement le domaine de l'arrêt des poursuites puisqu'elle concerne de la même façon les actions en exécution d'une obligation de faire[1190].

399. Les prérogatives traditionnelles du droit de créance disparaissent face à la procédure collective. Mais ce lien est la source d'autres prérogatives au sein du droit des entreprises en difficulté. On observe alors comme une inversion du rapport. Le lien d'obligation semble devenir, par l'effet de la procédure, davantage en faveur du débiteur que du créancier. Ce changement d'effet attaché au lien d'obligation s'explique par la dimension d'ordre public de la procédure collective. La Cour de cassation qualifie aussi bien la règle de l'arrêt des poursuites

[1185] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 563.
[1186] C. com., art. L. 622-9 dispose que l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation.
[1187] V. HOONAKKER (Ph.), « Le paiement forcé des créances publiques confronté aux procédures collectives », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juill. 2019, doss. 30.
[1188] C. com., art. L. 622-21, 1°, à l'exception des créanciers dont la créance est mentionnée à l'article L. 622-17, I du même Code.
[1189] Com., 9 juill. 1996, n° 94-18.676 : *JCP E*, 1997, I, 623, obs. CABRILLAC (M.).
[1190] En revanche, n'entre pas dans le champ de l'arrêt des voies d'exécution prévu par L. 622-21, II C. com., l'action tendant à la mise en œuvre d'un droit de suite : Cass. Com., 29 sept. 2021, n° 19-26.005.

individuelles[1191] que l'obligation de déclarer les créances[1192] comme un principe d'ordre public interne et international. Face à la procédure collective, le lien d'obligation met à la charge du créancier une obligation de déclarer sa créance à la procédure[1193] afin « d'assurer son droit au paiement » au sein de la discipline collective. Alors que, d'ordinaire, le droit de créance confère à son titulaire un droit de poursuite afin d'obtenir paiement, au sein de la procédure, ce droit se transforme en obligation de déclarer la créance pour espérer obtenir un paiement dans le cadre de la procédure.

400. **De nouvelles obligations attachées à la créance**. « La déclaration est l'acte par lequel un créancier manifeste son intention d'obtenir, dans le cadre de la procédure, le paiement de ce qui lui est dû »[1194]. Le champ de cette obligation de déclaration est très large. Aux termes de la loi[1195], elle concerne tous les créanciers soumis à une procédure collective, dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture et qui n'est pas éteinte à cette date, mais aussi les créances postérieures non privilégiées, et celles représentant les sommes avancées par l'Association pour la gestion du régime des Garanties des créances des Salariés (AGS) au titre de la période d'observation. Les créanciers publics ne sont pas dispensés de déclarer leurs créances. Ils bénéficient cependant d'un aménagement des conditions et des délais de déclaration pour tenir compte des règles spécifiques de détermination du fait générateur de l'impôt et des cotisations sociales[1196]. Notamment, les créanciers publics, non munis d'un titre exécutoire, peuvent avoir recours à la déclaration à titre provisionnel[1197]. De même, certaines créances fiscales bénéficient de délais rallongés[1198].

401. Peu importe que la créance soit née d'un acte ou d'un fait juridique[1199]. Le créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire est soumis aussi à déclaration pour la créance de dommages-intérêts dus en cas d'inexécution[1200]. Cela découle logiquement de la soumission des actions visant à l'exécution d'une obligation de faire à l'arrêt des poursuites individuelles et à l'interdiction des paiements. L'obligation de déclarer implique que le créancier ne peut s'y

[1191] Cass. civ. 1e, 5 fév. 1991, n° 89-14-382 : Bull. civ. I, n° 44, RJDA 1991. 296.
[1192] Cass. civ., 1e, 29 sept. 2004, n° 02-16.754 : Bull. Civ. I, n° 215.
[1193] C. com., art. L. 622-24.
[1194] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 786.
[1195] C. com., art. L. 622-24, al. 1.
[1196] RUTH (J.) et VABRES (R.), « La déclaration au passif des créances publiques », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juill. 2019, doss. 31.
[1197] C. com., art. L. 622-24, al. 4. V. CAGNOLI (P.) et FIN-LANGER (L.), « Les créanciers publics face aux procédures collectives — La notion de créancier public », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juill. 2019, doss. 27.
[1198] C. com., art. L. 622-24.
[1199] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 790.
[1200] *Ibid*., n° 791.

soustraire[1201] même en démontrant que le débiteur ne l'a pas informé de l'ouverture de la procédure et ne l'a pas mentionné sur la liste des créanciers qu'il doit établir et remettre au mandataire[1202]. L'obligation de déclarer la créance dans le délai imparti est sanctionnée par la forclusion du créancier[1203]. Jusqu'à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, cette absence de déclaration dans les deux mois suivant la publication du jugement aboutissait à l'extinction de la créance. Depuis, le législateur a supprimé cet effet extinctif. « Le Code civil ne range pas la "faillite" du débiteur parmi les causes d'extinction de ses dettes »[1204]. Le créancier verra sa créance devenir inopposable à la procédure. Il la conserve donc, ce qui, en cas de liquidation judiciaire, lui permet de conserver des recours contre les cautions[1205]. Il pourrait encore espérer recevoir le paiement de sa créance dans le cadre de la procédure à condition d'obtenir un relevé de forclusion[1206]. Dans ce cadre, l'omission du débiteur de mentionner le créancier sur la liste remise au mandataire pourrait justifier que le créancier fût relevé de sa forclusion.

2°) L'obligation contractuelle bouleversée par le principe de continuation des contrats

402. Dans un contexte où une entreprise rencontre des difficultés économiques, les contrats peuvent être source de problèmes. S'ils ne sont pas honorés par le débiteur, les créanciers pourraient se prévaloir des mécanismes prévus par le droit des contrats en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution[1207]. Ils pourraient notamment poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation, se prévaloir de l'exception d'inexécution[1208] ou provoquer la résiliation pour cause d'inexécution[1209]. Pourtant, le maintien du contrat apparaît nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise. L'intérêt général poursuivi par le droit va justifier qu'il soit dérogé à la loi du contrat. La législation des procédures collectives prévoit alors un principe qui permet de s'opposer aux effets habituels de l'inexécution d'un contrat par le débiteur, privant ainsi le créancier de son droit de réagir à cette inexécution ou à cette mauvaise exécution par le débiteur en difficulté. Ce principe est celui de la continuation des contrats en cours. Il contraint le créancier à ne pas user de l'exception d'inexécution et de la résolution pour inexécution le

[1201] Cass. com., 6 juin 2018, n° 16-23.996 : *RTD com.*, 2018, 1017, obs. MARTIN-SERF (A.) ; *Rev. proc. coll.*, 2018, n° 5, p. 18, obs. MACORIG-VENIER (F.).
[1202] En application de C. com., art. L. 622-6.
[1203] C. com., art. L. 622-24.
[1204] BENABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, n° 843.
[1205] *Ibid.* ; V. MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées », *D.*, 2006. 1282.
[1206] C. com., art. L. 622-26 al. 2.
[1207] C. civ., art. 1217.
[1208] C. civ., art. 1219 et 1220.
[1209] C. civ., art. 1224.

temps que l'administrateur se prononce sur le sort du contrat. La résolution du contrat pour inexécution est paralysée par la procédure collective dont la législation précise que toute action en résolution fondée sur un défaut de paiement de sommes d'argent est suspendue[1210].

403. **Le contrat, essentiel au traitement de l'entreprise**. Le droit des entreprises en difficulté poursuit un objectif d'intérêt général qui est d'éviter les disparitions des entreprises, et à défaut de minimiser les atteintes au tissu économique qui pourraient en découler. À cette fin, l'entreprise en difficulté doit avoir les moyens de poursuivre son activité. Cette dernière n'aurait aucune chance d'être sauvée si son activité devait être arrêtée. Le sauvetage de l'entreprise requiert alors que l'on assure au débiteur le maintien de ses relations contractuelles essentielles[1211]. Le contrat est comme extrait de son cadre originel par l'effet de l'ouverture d'une procédure collective, et repensé dans une vision économique. Le contrat ne doit pas porter atteinte au sauvetage de l'entreprise mais, au contraire, l'accompagner. Les contrats de concession, de franchise, de fourniture de service, de même que le bail commercial, sont les « auxiliaires nécessaires » du bon fonctionnement de l'entreprise[1212]. Dans la perspective de redressement de l'entreprise, ils apparaissent alors bien souvent indispensables au traitement des difficultés de l'entreprise[1213]. À cet effet, le contrat pourra être maintenu ou à l'inverse anéanti, mais toujours en considération de son utilité pour le sauvetage de l'entreprise. En devenant un instrument au service du sauvetage de l'entreprise, le contrat permet d'inscrire la relation contractuelle dans le temps. Si le contrat permet de sauver l'activité de l'entreprise, *in fine*, c'est bien un partenaire contractuel qui est sauvegardé. La soumission du contrat à cette nouvelle logique économique de crise permettrait d'une certaine façon de préserver le lien contractuel sur le long terme, un lien qui se trouverait sinon anéanti face à la situation dans laquelle le créancier ne pourra de toute façon pas obtenir l'exécution du contrat.

404. La préservation du lien contractuel devient alors un impératif au regard des finalités de sauvetage de l'entreprise et de maintien de l'activité et de l'emploi[1214]. Ceci justifie que des dispositions dérogatoires au droit commun des contrats s'organisent autour du principe du

[1210] C. com., art. L. 622-13 et L. 622-21.
[1211] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 655. V. MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, préf. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Litec 1994.
[1212] MESTRE (J.) PANCRAZI (M.-E.), GROSSI (I.), VIGNAL (N.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), WATHELET (J.), *Droit commercial*, T. 2, LGDJ, Manuel, 31e éd., 2021, n° 5.
[1213] RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 98.
[1214] GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, préf. GHOZI (A.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 316, 1999, p. 476.

maintien forcé du rapport contractuel[1215]. Puisque le redressement de l'entreprise implique le maintien des contrats nécessaires à la poursuite de l'activité, la paralysie des mécanismes de sanction de l'inexécution du contrat n'est pas une option[1216]. Cela nécessite que « l'on contraigne et que, dans une certaine mesure, l'on sacrifie, au moins pour une partie de ses créances acquises, le cocontractant du débiteur »[1217]. Ces « atteintes » aux effets du contrat sont bien subordonnées à la perspective de redressement de l'entreprise, objectif d'intérêt général[1218]. Le sacrifice des créanciers ne serait pas vain, mais devrait être considéré dans la perspective où cela leur permettra de bénéficier du maintien de l'activité d'une entreprise dont la disparition entraînerait de lourdes conséquences tant pour ses partenaires privés que publics[1219]. À ce titre, le sacrifice imposé aux cocontractants en raison du maintien des contrats en cours en liquidation judiciaire[1220] apparaît moins légitime « car il n'est plus justifié par le sauvetage de l'entreprise mais par la recherche d'une meilleure réalisation de l'actif qui ne se fera pas nécessairement à son profit »[1221].

405. **La règle de la poursuite des contrats en cours**. Le principe de la poursuite des contrats en cours, nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise[1222], conduit à priver les créanciers du droit de se prévaloir de l'exception d'inexécution ou de ses facultés de résiliation du contrat pour inexécution prévues par le Code civil. La mise en œuvre de ses prérogatives pourrait conduire à la perte d'un acteur économique qui se trouverait vite sans moyen d'exercer son activité. Pour assurer sa finalité, le droit des entreprises en difficulté est forcé de déroger à la loi contractuelle, et de trouver des moyens de permettre la continuation des contrats en cours[1223].

[1215] BRIERE de L'ISLE (G.), « Le maintien par voie d'autorité du rapport contractuel arrivée à son expiration », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 301.
[1216] JOUFFIN (E.), *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, préface GAVALDA (C.), LGDJ, Bibl. droit privé, Tome 307, 1998, p. 184.
[1217] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 655 ; MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, *op. cit.*
[1218] En ce sens, RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 18.
[1219] *Ibid*., p. 19.
[1220] C. com., art. L. 641-11-1.
[1221] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 13e éd., 2022, n° 1238.
[1222] Bien que cette règle s'applique désormais en liquidation judiciaire afin de permettre certaines opérations de liquidation.
[1223] L'article 7.4 de la directive du 20 juin 2019 dispose que les États membres prévoient des règles qui empêchent les créanciers auxquels la suspension des poursuites s'applique de suspendre l'exécution de contrats à exécuter essentiels ou de les résilier (…).

Le créancier peut alors être forcé, en vertu de l'article L. 622-13, I du Code de commerce[1224], de continuer à exécuter sa part du contrat.

406. Mais, si le principe est la continuation des contrats en cours, il est possible de résilier le contrat au nom du débiteur en cas de simple impécuniosité ou d'inutilité du contrat[1225]. L'administrateur, ou à défaut le débiteur, et le liquidateur en liquidation, dispose d'un droit d'option qui lui donne la possibilité de résilier le contrat. L'option pour la continuation contraint dès lors l'organe de la procédure à fournir la prestation réciproque au cocontractant. S'il se montre rétif à l'exercice de cette option, le cocontractant peut néanmoins l'y contraindre par une mise en demeure qui laisse alors un mois à l'organe de la procédure pour se prononcer, à défaut de quoi le contrat sera résilié de plein droit. En cas d'option pour la continuation, la procédure doit avoir les moyens d'exécuter le contrat au risque de voir le contrat résilié et de voir attribuer des dommages-intérêts au cocontractant en réparation de son inexécution[1226]. Dans cette hypothèse, la prestation réciproque doit être fournie[1227] et si les moyens ne sont pas suffisants, le contrat ne pourra pas être continué[1228]. Toutefois, seule la prestation correspondant à l'exécution postérieure au jugement d'ouverture est due. Le cocontractant ne peut se prévaloir du défaut d'exécution d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture pour refuser d'exécuter ses obligations. Les paiements antérieurs, non exécutés par le débiteur, sont soumis à l'interdiction des paiements et doivent faire l'objet d'une déclaration de créance[1229]. Ceci montre bien que les règles de ce droit sont guidées par le sauvetage de l'entreprise, et que c'est cet objectif qui va parfois dicter le maintien du contrat ou au contraire sa rupture anticipée.

407. **Une lecture économique du contrat**. Le droit des entreprises en difficulté fait donc du contrat un instrument au service du traitement de l'entreprise. De fait, il propose une nouvelle lecture du contrat, détachée de la conception traditionnelle de la force obligatoire. Le contrat ne paraît plus régi par la force obligatoire, mais est soumis à une nouvelle loi, celle du maintien de l'activité de l'entreprise. En cette matière, le « contrat est bien moins un rapport juridique, fruit de l'autonomie de la volonté et soumis au principe *pacta sunt servanda*, qu'un instrument à

[1224] « Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde » : renvoi à art. L. 631-14 C. com. et art. L. 641-11-1 C. com.
[1225] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 656.
[1226] C. com., art. L. 622-13, V et L. 641-11-1, V.
[1227] C. com., art. L. 622-13, II.
[1228] CA Versailles, 18 mars 1999 : RJDA 1999, n° 802 ; Com. 16 nov. 1993, *RPC*, 1994, p. 45, obs. MESTRE (J.) et LAUDE (A.).
[1229] Com., 28 juin 2011, n° 10-19.463 P : *D.*, 2011 Actu. 1813 ; *JCP E*, 2011, 1713, note LEBEL (C.) ; *Rev. proc. coll.*, 2012, n° 129, obs. ROUSSEL GALLE (Ph.).

valeur économique ayant pour finalité de participer au redressement des entreprises »[1230]. Il ne faut pas voir dans cette nouvelle appréhension du contrat, « une clémence naïve au profit du débiteur »[1231]. En tant que droit économique, le droit des entreprises en difficulté procède à une lecture différente des règles du droit commun de manière à favoriser le déroulement de l'activité économique[1232]. Effectivement, il faut reconnaître que, dans un contexte de difficultés, le lien d'obligation ne permet pas d'obtenir l'exécution du contrat, à moins d'en revenir à la *manus injectio* qui autorisait le créancier à saisir la personne du débiteur pour le vendre ou le réduire en esclavage. Dans ces circonstances, le contrat soumis à la rigoureuse loi contractuelle n'a plus d'utilité. Face à ce constat, la doctrine propose de nouvelles approches du contrat et de le concevoir comme un instrument économique qui a vocation à s'adapter pour survivre[1233]. Le lien contractuel devient « un pari sur l'avenir » appelé à subir « les meurtrissures du temps », tel que les impératifs d'ordre économique et social qui vont conduire à une remise en cause de la parole donnée[1234]. En cette matière, la primauté donnée par le législateur à la pérennité de la relation contractuelle sur le respect des engagements souscrits a contribué à ce qu'il est possible de percevoir comme une atteinte à l'ordre établi autour du rapport d'obligation[1235], un « droit de ne pas payer ses dettes » [1236] ruinant ainsi la force obligatoire du contrat[1237].

408. **Une conception économique de la force obligatoire**. Mais une partie de la doctrine discute l'approche figée de la relation créancier-débiteur[1238] véhiculée par la conception traditionnelle de la force obligatoire du contrat. Des propositions de conception renouvelée de la force obligatoire du contrat ont émergé en concevant le droit des entreprises en difficulté comme un droit des difficultés d'exécution du contrat[1239]. Les règles du droit des entreprises en difficulté pourraient ne plus être perçues comme des atteintes à la force obligatoire des contrats, mais conçues comme une expression de la force du contrat appréhendée non plus comme un absolu, mais de manière relative[1240]. La vision de la force obligatoire du contrat comme respect

[1230] JOUFFIN (E.), *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, *op. cit.*, p. 69.
[1231] RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 14.
[1232] JOUFFIN (E.), *op. cit.*, p. 75.
[1233] *Ibid*., p. 539.
[1234] *Ibid*.
[1235] OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, coll. Précis Dalloz, 1999, n° 85. Oppétit considère que la législation des procédures collectives est une illustration de la subversion de la logique de la faillite « au profit du considérations de pure opportunité économique, financière ou circonstancielle ».
[1236] RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936, chron. 57.
[1237] GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, *op. cit.*, p. 368.
[1238] RIZZI (A.), *op. cit., loc. cit*.
[1239] LAFAURIE (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préface de WICKER (G.), LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 595, 2020, p. 446.
[1240] *Ibid*., p. 25.

de la parole donnée serait une vision héritée de la morale[1241]. Le droit des entreprises en difficulté, affranchi d'une certaine morale et concentré sur des impératifs économiques et sociaux[1242], pourrait adopter une vision économique de la force obligatoire du contrat qui serait justifiée par son utilité[1243]. En ce sens, il apparaît de plus en plus admis que la force obligatoire « n'est pas une fin en soi », mais un moyen de parvenir à un certain équilibre économique et social[1244]. Si on adhère à cette proposition de « vision renouvelée » de la force obligatoire du contrat, il est permis de considérer que l'aménagement du lien d'obligation par le droit des entreprises en difficulté n'est pas contraire à la force obligatoire du contrat, mais à l'inverse, assure sa pérennité. Et, plus que de donner un autre éclairage sur la force obligatoire, ces propositions permettent de rendre compte de la logique propre qui anime le droit des entreprises en difficulté.

B- L'aménagement des techniques de garantie de l'exécution de l'obligation : les sûretés

409. Pour assurer l'efficacité de ce droit, le législateur ne se contente pas d'une réinterprétation du lien d'obligation. Il tient compte et légifère sur toutes les techniques juridiques qui accompagnent l'exécution de l'obligation. C'est en ce sens que les sûretés sont importantes en procédures collectives et qu'il leur est réservé certains effets, différents en partie du droit commun des sûretés. La protection accordée aux garants au sein des procédures collectives, envisagée comme un outil au service du sauvetage de l'entreprise, affecte l'efficacité des garanties détenues par les créanciers.

410. « Les sûretés désignent les garanties que la convention des parties, la loi ou le juge peuvent accorder au créancier pour le prémunir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur »[1245], donc pour faire face à l'inexécution de son obligation par le débiteur. La sûreté est une technique juridique permettant de garantir l'exécution d'une obligation en créant un « nouveau lien d'obligation », ou en créant des droits spécifiques sur ce lien d'obligation. La sûreté personnelle confère au créancier un droit de poursuite supplémentaire contre des personnes autres que le débiteur principal. Avec la sûreté réelle, il lui est accordé un droit préférentiel sur certains biens du débiteur, affectés prioritairement au paiement de la dette[1246].

[1241] LAFAURIE (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, *op. cit.*, p. 323.
[1242] MAZEAUD (D.), « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, p. 8.
[1243] LAFAURIE (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, *op. cit.*, p. 446.
[1244] ANCEL (P.), « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Dr. et Patr.*, 1998, p. 88.
[1245] SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 7e éd., 2016, n° 1.
[1246] *Ibid.*

La sûreté confère une garantie supplémentaire qui représente un avantage par rapport aux autres créanciers avec lequel le créancier peut entrer en concours sur le droit de gage général. Les sûretés confèrent alors une efficacité accrue aux obligations[1247], car le créancier qui en est titulaire est moins soumis que les autres à un risque de non-paiement.

411. Comme le lien d'obligation originel, les nouveaux droits que le créancier tient de la sûreté personnelle comme réelle, sont aménagés par le droit des entreprises en difficulté. Le Code civil prévoit lui-même la dérogation au droit des sûretés par le droit des procédures collectives : l'article 2287 du Code civil dispose que, « les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ».

412. Les sûretés sont profondément affectées par le droit des procédures collectives[1248], lequel ne cherche plus à désintéresser les créanciers de manière cohérente, mais cherche avant tout à assurer la survie des entreprises et le maintien de l'emploi[1249]. Ce sont ces objectifs qui justifient les dérogations faites à l'efficacité des sûretés, réelles comme personnelles. Déjà, un créancier titulaire d'une sûreté ne peut pas plus qu'un créancier chirographaire échapper à l'arrêt des poursuites individuelles[1250], puisque l'article L. 622-21 du Code de commerce qui vise « tous les créanciers » ne prévoit pas d'exception pour les créanciers titulaires de sûretés. L'impossibilité du créancier de demander la réalisation de sa sûreté réelle à ce stade de la procédure découle naturellement de l'application de la règle d'arrêt des poursuites individuelles.

413. **La faveur accordée aux garants personnes physiques.** La législation consacre un texte spécial, l'article L. 622-28, al. 2 du Code de commerce, afin de suspendre les poursuites contre les garants du débiteur. Ce texte prévoit que le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire suspend, jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation, « toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » ce qui recouvre le cautionnement, la sûreté autonome et la « caution réelle »[1251]. Comme le débiteur, le garant peut bénéficier de l'arrêt des poursuites

[1247] *Ibid*.
[1248] SÉNÉCHAL (M.), « Sûretés et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre », *Mél. Le Cannu*, 2014. 711.
[1249] SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Les sûretés, La publicité foncière*, *op. cit.*, n° 364.
[1250] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 626.
[1251] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 465.

bien que le droit de poursuite du créancier contre ce garant soit distinct, donc par principe non affecté par l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur principal qui n'affecte pas la dette[1252]. « L'explication de cette faveur, réservée aux seuls coobligés et garants personnes physiques, est étrangère à la logique du droit des sûretés, ce qu'atteste la discrimination entre personnes physiques et morales. Elle procède d'une politique législative de prévention »[1253]. Il a été constaté que la possibilité d'un recours du créancier contre le garant pouvait provoquer des effets contraires aux objectifs du droit des entreprises en difficulté[1254]. Si le droit des entreprises en difficulté accorde certaines faveurs aux garants personnes physiques, c'est notamment pour favoriser le sauvetage de l'entreprise[1255]. La prise en compte de la situation de ces garants par le droit des entreprises en difficulté est liée en grande partie au fait que c'est souvent le dirigeant de l'entreprise qui se porte caution ou garant autonome vis-à-vis du créancier de la société qu'il dirige. En considération de cette pratique, l'enjeu est de ne pas décourager le dirigeant, et même de l'inciter à demander le bénéfice d'une procédure collective dès que des difficultés se font sentir afin de préserver le maximum de chances de pouvoir redresser l'entreprise. L'anticipation des difficultés est effectivement considérée comme la clé de la réussite du sauvetage de l'entreprise[1256]. La protection accordée à ce garant personne physique met alors en jeu le sauvetage de l'entreprise. Cette règle a pour contrepartie l'impossibilité pour les créanciers de faire valoir leurs garanties durant la période d'observation. Leurs garanties ne retrouveront leur efficacité qu'après le jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation.

414. **Le bénéfice des dispositions des plans et accords des mesures préventives**. La faveur pour les garants ne s'arrête pas à la période d'observation. Si le débiteur est soumis à une procédure de sauvegarde, les dispositions du plan profitent aux personnes physiques coobligées, aux personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie[1257]. Dans cette situation, bien que le créancier ait obtenu une garantie, il ne pourra pas échapper aux dispositions du plan de sauvegarde si la caution en demande le bénéfice. Si cela peut être perçu comme une négation de l'utilité première du cautionnement[1258], cette règle

[1252] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 628.
[1253] SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Les sûretés, La publicité foncière, op. cit*., n° 180.
[1254] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 628.
[1255] V. *supra* n° 85 et n° 94 s.
[1256] V. *supra* n° 96.
[1257] C. com., art. L. 626-11.
[1258] Com., 19 juin 1984, n° 83-12.932, obs. DERRIDA (F.), *D*., 1986, p. 7

répond à un certain pragmatisme[1259]. Comme cela vient d'être rappelé, il s'agit d'éviter que le dirigeant ne retarde l'ouverture d'une procédure par crainte de voir son patrimoine mis en cause. La même règle se retrouve en conciliation à la différence qu'il n'est pas fait de distinction entre les garants personnes physiques et les garants personnes morales. L'accord de conciliation, qu'il soit homologué ou simplement constaté, profite à l'ensemble des coobligés, des personnes ayant consenti une sûreté personnelle et de celles qui ont affecté ou cédé un bien en garantie[1260]. Ce traitement de faveur des garants au sein des procédures préventives a véritablement un effet d'incitation à l'anticipation. La différence de traitement, voulu par le législateur, entre les mesures préventives et les procédures de redressement[1261] et de liquidation judiciaire, devrait amener le dirigeant qui s'est porté caution à privilégier le traitement préventif des difficultés de son entreprise. C'est bien la primauté accordée au sauvetage de l'entreprise qui a conduit à la stérilité des garanties traditionnelles.

415. Il est alors difficile de comprendre l'uniformisation du traitement des garants au sein des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire opérée par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021. Jusqu'alors, lorsqu'était en cause un redressement judiciaire, la caution ne pouvait se prévaloir ni de l'arrêt du cours des intérêts ni des dispositions du plan de redressement[1262]. En présence d'une cessation des paiements avérée, la finalité de garantie des cautions réapparaissait[1263] et les garants pouvaient être poursuivis après le jugement arrêtant un plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire. La réforme opérée par l'ordonnance, en prévoyant que les garants personnes physiques pourront se prévaloir des dispositions du plan de redressement[1264], renforce encore la protection accordée aux garants personnes physiques[1265], sans que l'on comprenne le bien-fondé de cette extension[1266]. Cette

[1259] FARGE (M.) et GOUT (O.), « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, n° 58, 1er mars 2009. Selon l'auteur, l'alignement du sort de la caution sur celui du débiteur n'est pas analysé comme une référence au caractère accessoire du cautionnement.
[1260] C. com., art. L. 611-10-2, al. 2.
[1261] C. com., art. L. 631-20.
[1262] C. com., art. L. 631-20 et L. 631-14, al. 6, C. com., dans leur rédaction antérieure à l'ord. n° 2021-1193 du 15 sept. 2021.
[1263] FARGE (M.) et GOUT (O.), « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, n° 58, 1er mars 2009.
[1264] Le dernier alinéa de l'art. L. 631-14 C. com. disposant que « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de L. 622-28 » a été supprimé.
[1265] Réforme annoncée par la loi PACTE : l'article 60, I, 1°, de la loi PACTE prévoyant de « réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique ».
[1266] La doctrine s'interroge sur le bien-fondé de cette réforme : « malgré le louable souci d'améliorer le sort des garants, une telle évolution est-elle salutaire ? » : FAVRE-ROCHEX (C.), « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme des sûretés dans les procédures collectives », *D.*, 2021, p. 190.

disposition anéantit la raison d'être de la sûreté en l'empêchant de jouer son rôle de garantie au moment précis où elle devrait pourtant le jouer, c'est-à-dire lorsque le débiteur principal est défaillant. C'est à ce moment que devrait primer « la rigueur de l'exécution » afin que la sûreté ne soit pas « menacée au moment précis où elle doit remplir sa fonction de garantie »[1267]. En outre, cette disposition anéantirait la logique d'anticipation attachée à la faveur accordée à la caution en sauvegarde[1268]. En sauvegarde, la protection des garants personne physiques ne constitue pas une « fin en soi »[1269]. Elle a une vocation, celle d'inciter les dirigeants à prévenir les difficultés de l'entreprise. L'extension de cette protection au sein du redressement judiciaire diminue alors la force attractive des mesures préventives et donc la force de la protection des garants personnes physiques comme instrument au service du sauvetage de l'entreprise[1270].

416. Ainsi, lorsque le tribunal impose des délais uniformes, ils s'imposent aussi aux créanciers titulaires de sûretés. Ils sont donc susceptibles de bloquer la réalisation des sûretés puisque la créance garantie n'est plus exigible[1271]. Dans l'hypothèse d'une cession d'entreprise, et en vertu de l'article L. 642-12, al. 2 et 3 du Code de commerce, les créanciers titulaires de sûretés réelles ne pourront pas exercer leur droit de suite, le paiement du prix entraînant la purge des inscriptions[1272]. Tandis que les titulaires de sûretés réelles sont démunis contre le cessionnaire, ce dernier peut faire prononcer la radiation des inscriptions grevant le fonds de commerce[1273]. Ces dérogations frontales au droit des sûretés ne se comprennent qu'à l'aune de la logique de sauvetage de l'entreprise.

417. Certaines règles de la législation du droit des entreprises en difficulté peuvent revenir sur l'existence même d'une sûreté en en prononçant la nullité pour des causes étrangères à leur régime traditionnel. Ainsi, l'inscription de sûretés durant la période suspecte peut être remise en cause sur le fondement de L. 631-1, 6° du Code de commerce. De plus, l'article L. 650-1 du Code de commerce ouvre la possibilité d'annuler une garantie qui serait disproportionnée par rapport au crédit consenti par un fournisseur de crédit[1274]. Des auteurs se questionnent alors sur le point de savoir si les sûretés réelles sont désormais soumises à la règle de la

[1267] Rapport du groupe de travail relatif à la réforme des sûretés, 2005, p. 7. Commission de réforme des sûretés présidée par M. Michel Grimaldi.
[1268] FAVRE-ROCHEX (C.), « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme des sûretés dans les procédures collectives », *D.*, 2021, p. 190.
[1269] BOURASSIN (M.), « La spécialisation du droit des sûretés personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs », *RID comp*., 2014, n° 2, p. 444.
[1270] CROCQ (P.), « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.*, 2006. 1306, n° 7.
[1271] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 1178.
[1272] *Ibid*., n° 1293.
[1273] V. C. com., art. R. 642-10.
[1274] ROBINE (D.), « L'art. 650-1 C. com, un cadeau empoisonné », *D.*, 2006, p. 69.

proportionnalité[1275], puisque le texte ne distingue pas selon le type de garantie. Or, si les sûretés personnelles sont soumises à un principe de proportionnalité, habituellement apprécié par rapport aux moyens du débiteur et non par rapport au montant du crédit, ce n'est pas le cas des sûretés réelles, et la jurisprudence n'y apparaît d'ailleurs pas favorable[1276]. Le traitement des sûretés au sein de la matière du droit des entreprises en difficulté apparaît largement spécifique.

418. **Les créanciers en insécurité**. La protection des garants personnes physiques n'apparaît plus alors totalement liée au sauvetage de l'entreprise. Et si ces faveurs ne sont pas accordées en considération du sauvetage de l'entreprise, il n'est pas légitime que la protection des garants se fasse au détriment des intérêts des créanciers. La surprotection dont bénéficient les cautions porte atteinte à la confiance des créanciers dans les sûretés traditionnelles[1277] et les amène à rechercher de nouvelles garanties qui leur accorderaient une véritable garantie en cas de procédure collective. L'enjeu pour les créanciers est de trouver la garantie qui résiste à la procédure collective[1278]. Ceci est une des raisons du développement spectaculaire des garanties-propriétés[1279] avec notamment la clause de réserve de propriété intégrée dans un contrat de vente ou encore la pratique du contrat de crédit-bail. Dans ces hypothèses, le créancier est en mesure d'échapper purement et simplement à la procédure collective et à la discipline collective qu'elle impose en exerçant les actions en revendication qui lui sont ouvertes[1280].

§2- L'aménagement de l'obligation et de ses conditions

419. S'agissant spécifiquement des obligations contractuelles, le droit des entreprises en difficulté déroge parfois au principe de liberté contractuelle qui préside à leur constitution afin de favoriser le sauvetage de l'entreprise (A). Pour les mêmes raisons, la substance et les modalités de l'obligation, contractuelle comme légale, peuvent être révisées (B).

[1275] SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Les sûretés, La publicité foncière*, *op. cit.*, n° 364.
[1276] Cass. civ. 1e, 7 mai 2008 : *D.*, 2008. 2036, note PIEDELIEVRE (S.) ; CROCQ (P.), « Sûreté et proportionnalité », *Mél. Simler*, p. 291.
[1277] TERRAY (J.), « La cautionnement : une institution en danger », *JCP G*, 1987, I, 3295.
[1278] PERRU (E.), *L'impayé*, préface de GOUBEAUX (G.), LGDJ, Bibl. de droit privé, T. 438, 2005, p. 332.
[1279] CERLES (A.), « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR*, Banque Éditeur, 2000, p. 39 et s.
[1280] C. com., art. L. 624-16 ; VALLENS (J.-L.), « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés au droit des procédures collectives, *RLDA*, juill. 2006. 75 ; CROCQ (P.), « La réserve de propriété », *JCP* 2006, n° 20, étude 6, n° 18.

A- L'atteinte à la liberté contractuelle

420. L'atteinte à la liberté contractuelle trouve une expression dans la cession forcée des contrats organisée dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise (1°). Une atteinte à la liberté de négocier est perceptible lorsque le débiteur est en mesure de contraindre les créanciers à négocier (2°).

1°) La cession forcée des contrats

421. **Le sauvetage de l'entreprise par la cession forcée des contrats**. Si le sauvetage de l'entreprise est rendu possible grâce à un plan de cession[1281], cela ne peut se faire sans porter atteinte aux principes du droit des obligations[1282]. La cession de l'entreprise poursuit « une perspective d'ordre public tendant à préserver les forces vives de l'entreprise et à sauvegarder la richesse tant économique que sociale, qu'elle recèle »[1283]. Pour ce faire, elle porte atteinte à la liberté contractuelle. La cession de l'entreprise implique que les contrats nécessaires à l'activité soient transférés au cessionnaire afin d'en assurer la poursuite. Ces contrats sont, notamment, les contrats de travail, et les contrats visés par l'article L. 642-7 du Code de commerce que sont les contrats de fournitures de biens ou de service, les contrats de location, en somme tous ceux essentiels au maintien de l'activité cédée[1284]. Ces contrats doivent être en cours au moment de l'adoption du plan de cession, ce qui signifie que cela s'applique également aux contrats nouveaux qui ont été conclus au cours de la procédure[1285].

422. L'appréciation du caractère nécessaire du contrat relève du pouvoir souverain du tribunal. Ni le consentement du débiteur ni celui de son cocontractant ne sont requis pour la cession de ces contrats[1286]. Le cocontractant ne peut que contester le caractère nécessaire au maintien de l'activité pour échapper à la cession forcée[1287]. Toute clause qui aurait pour effet ou objet de paralyser cette faculté de cession judiciaire forcée est réputée non écrite. Inversement, le tribunal ne pourrait pas imposer au cessionnaire un contrat dont il n'aurait pas

[1281] Le plan de cession a trois finalités hiérarchisées. Au maintien des activités susceptibles d'exploitation autonome et rentable, s'ajoute la volonté de préserver l'emploi attaché à l'activité cédée et d'assurer l'apurement du passif. V. art. L. 642-1 C. com.
[1282] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1282. V. AYNES (L.), *La cession de contrat*, Economica, 1983.
[1283] JOUFFIN (E.), *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective, op. cit.*, p. 346.
[1284] Contrats visés par L. 642-1 C. com.
[1285] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1283.
[1286] *Ibid.*, n° 1282.
[1287] *Ibid.*

prévu la reprise dans son offre[1288]. Le droit des procédures collectives atteint la théorie du contrat dans son fondement même, dans la liberté ou non de contracter, pour atteindre son objectif.

423. Toutefois, la cession forcée ne remet pas en cause les modalités d'exécution du contrat cédé. Le contrat devra être exécuté aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure[1289]. Néanmoins, concernant les contrats de travail, si l'article L. 1224-1 du Code du travail organise leur transmission en cas de transmission d'entreprise[1290], le plan de cession impose généralement des licenciements qui apparaissent comme nécessaires au sauvetage de l'entreprise par le cessionnaire[1291] et qui sont alors autorisés par le tribunal à ce titre. Donc, les contrats de travail subsistent en principe à la cession d'entreprise à moins que les licenciements apparaissent comme une cause nécessaire au sauvetage de l'entreprise, ce qui sera souvent le cas lorsque le cessionnaire soumet son offre à la possibilité de licencier.

2°) La contrainte à la négociation

424. La procédure de conciliation est une mesure amiable qui n'atteint pas les droits des créanciers, lesquels demeurent libres à ce stade de soutenir l'entreprise en renonçant à une partie de leurs droits. L'agencement des différentes procédures, en offrant la possibilité au débiteur de basculer d'une mesure amiable à une mesure plus contraignante, constitue une menace qui pèse sur la tête des créanciers dès le stade de la conciliation. Quelle appréciation faire du comportement du débiteur qui utiliserait la menace de demander l'ouverture d'une procédure collective pour inciter, si ce n'est contraindre, les créanciers à lui consentir certains avantages dans le cadre amiable ? Le droit des entreprises en difficulté met à la disposition du débiteur et des organes de la procédure différents outils afin de trouver la solution de résolution des difficultés la plus adaptée à la situation de l'entreprise. L'utilisation de ces outils ne peut être considérée comme illégitime dès lors que l'objectif est conforme à la raison d'être du droit des entreprises en difficulté. En somme, les possibilités offertes par ce droit sont prévues dans un objectif précis qui fait leur légitimité.

[1288] V. THULLIER (B.), « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoir pour le juge », *D.*, 2006. 130.
[1289] Com., 12 oct. 1993, n° 91-17.128 : *JCP E*, 1994, I, 348, n° 2, obs. CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.).
[1290] C. trav., art. L. 1224-1 : « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».
[1291] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 1290 ; FIN-LANGER (F.), « La situation des salariés », in *Guide pratique des procédures collectives*, LexisNexis, 2018, n° 960.

425. **Des outils de persuasion des créanciers**. Le lien entre les procédures amiables et les procédures collectives, forgé par la pratique du *prepacked plan* et la consécration de la procédure de sauvegarde accélérée, sont susceptibles de porter atteinte à la liberté de contracter du créancier en conciliation[1292]. Effectivement, ces liens entre l'amiable et le judiciaire, couplés au pouvoir du débiteur de demander le bénéfice d'une sauvegarde, en font une véritable menace. La procédure de conciliation vise en principe à éviter l'ouverture d'une sauvegarde[1293], mais « si le lien qui unit la conciliation et la sauvegarde ne dénature pas la sauvegarde, il conduit à porter atteinte au caractère amiable de la conciliation[1294]. Et, même si le pouvoir de contraindre n'est pas mis en œuvre, c'est-à-dire même si le débiteur ne menace pas ses créanciers de demander l'ouverture d'une procédure collective, il peut favoriser la persuasion[1295]. La doctrine s'est interrogée sur cet outil de persuasion[1296] et « l'effet épouvantail de la procédure collective »[1297]. Dans le cadre de la conciliation, le débiteur pourra faire valoir, auprès des créanciers qui se montrent réticents, le risque d'aggravation de leur situation si une sauvegarde devait être ouverte. La loi de la majorité qui prévaut en sauvegarde pourrait les contraindre à supporter un rééchelonnement plus important de leurs créances[1298]. Est alors pointé le fait que, dans ces conditions, les créanciers à l'origine réticents à consentir à l'accord de conciliation y sont contraints par le législateur même[1299] et accorderont parfois même des délais de paiement plus importants au débiteur. Effectivement, « (…) l'efficacité des sauvegardes accélérées ne se mesurera pas forcément, ou pas seulement, au nombre de procédures ouvertes à ce titre, mais également à l'augmentation du nombre d'accords amiables trouvés »[1300]. Ce qui veut dire que l'intérêt des sauvegardes, et notamment des sauvegardes accélérées, est aussi d'inciter les créanciers à être plus conciliants au stade du traitement amiable. La possibilité donnée au

[1292] V. *supra* n° 159 s.
[1293] AZEVEDO (R.), *Le caractère collectif des procédures collectives*, préface de LUCAS (F.-X), LGDJ, Bibl. de droit des entreprises en difficulté, Tome 20, 2020, n° 12.
[1294] *Ibid*., p. 438.
[1295] DRUMMEN (J.-B), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits — Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. pal.*, n° 178, juin 2008, p. 84.
[1296] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Mandat ad hoc et conciliation : un fragile équilibre à préserver », *BJE*, 2015, n° 6, p. 345.
[1297] VERMEILLE (S.) et JAUFFRET (Th.), « Enfin un droit de la restructuration efficace ! », *LPA*, 28 août 2017, n° 171, p. 5.
[1298] AZEVEDO (R.), *Le caractère collectif des procédures collectives, op. cit.*, p. 448.
[1299] RIFFARD (J.-F.), « Défiance ou collaboration : brèves réflexions (d'un ami des créanciers !) à propos de la prévention », in *Mélanges en l'honneur de J.-L. Vallens*, Joly, Lextenso éditions, 2017, p. 181.
[1300] SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « La "déjudiciarisation" du droit des entreprises en difficulté », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* Actes du colloque du CDA du 16 mars 2017, sous la dir. MACORIG-VENIER (F.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 178.

débiteur en difficulté, mais qui n'est pas en cessation des paiements, de solliciter l'ouverture d'une sauvegarde, a vocation à faciliter la négociation d'un accord amiable[1301].

426. **Une atteinte légitime au caractère amiable**. La question précise que cela pose est celle de savoir dans quelle mesure il est légitime de porter atteinte au caractère amiable des procédures de conciliation et de mandat *ad hoc*. Si l'apparition d'une pression au stade de la conciliation peut apparaître regrettable en ce qu'elle remet en cause lourdement son caractère amiable, elle apparaît cependant pragmatique. Réfléchir à l'instrumentalisation des procédures de traitement des difficultés ne doit pas conduire à voiler la réalité des enjeux en cherchant à tout prix à ce que le débiteur ne soit pas favorisé au détriment du créancier. Mais il s'agit de s'interroger sur les limites de la légitimité des atteintes aux droits des créanciers pour sauver une entreprise. La plupart du temps, consentir des sacrifices en conciliation, plutôt que de se voir imposer des contraintes plus lourdes dans le cadre d'une sauvegarde, est de l'intérêt du créancier. Les procédures amiables sont en général plus avantageuses pour le créancier. La menace d'ouvrir une procédure de sauvegarde pour inciter les créanciers à consentir à l'accord de conciliation, permet de leur laisser une chance d'échapper à la discipline collective qui serait mise en place si les difficultés de l'entreprise venaient à justifier l'ouverture d'une procédure collective. Pour le professeur Lucas, il y aurait dans la logique du *prepack plan* « l'alliage parfait de l'efficacité et de l'absence de brutalité »[1302].

427. Finalement, la légitimité de ce mécanisme, de l'agencement des différentes procédures de ce droit, tient à l'objectif pour lequel il est utilisé. Il est de l'essence même du droit des entreprises en difficulté de porter atteinte au droit des contrats, ici spécifiquement à la liberté de ne pas contracter, pour servir l'intérêt général. L'atteinte au caractère amiable de la conciliation est légitime, car conforme à l'esprit de ce droit, lorsque les sacrifices que pourraient consentir les créanciers seraient nécessaires pour faire échapper l'entreprise à une procédure collective et, par le même coup, les créanciers à la discipline collective. C'est bien alors la poursuite de l'objectif de continuation de l'activité du débiteur qui justifie qu'il puisse être porté atteinte au caractère amiable des mesures[1303].

428. **Les mérites du vote à la majorité**. Lorsque la menace d'ouverture d'une procédure collective n'a pas été suffisante pour obtenir un accord de restructuration de la dette du débiteur

[1301] DAMMANN (R.), ROBINET (M.), « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », *BJS* déc. 2009, n° 12, p. 1116.
[1302] LUCAS (F.-X.), « Le plan de sauvegarde apprêté ou le *prepackaged plan* à la française », *CDE*., 2009, n° 5, doss. 28.
[1303] AZEVEDO (R.), *Le caractère collectif des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 452.

à l'unanimité des créanciers dans le cadre d'une conciliation, la technique de *prepack plan* permet de passer outre l'opposition des créanciers minoritaires. L'accord négocié qui n'obtenait pas l'accord unanime des créanciers a vocation à devenir le plan de sauvegarde et ne nécessitera le soutien que d'une majorité de créanciers pour voir le jour. Le but des procédures accélérées est bien d'arracher aux minoritaires opposants et néanmoins indispensables à la sauvegarde de l'entreprise des sacrifices. Il s'agit par cela, « de donner à l'accord négocié avec les majoritaires, un effet étendu au-delà des frontières classiques du droit des contrats, grâce à la loi majoritaire »[1304], c'est-à-dire de pouvoir imposer aux créanciers récalcitrants, des obligations et la modification de leurs droits.

429. Ainsi, le basculement de la loi de l'unanimité à la loi de la majorité des votes permise par le passage de la conciliation à la sauvegarde contribue au sauvetage de l'entreprise en permettant de passer outre le blocage de certains créanciers[1305]. Ce dispositif a donc des mérites comme en témoignent les affaires Eurotunnel et Thomson[1306]. La loi de la majorité repose sur une base légitime à condition qu'elle soit utilisée pour passer outre l'opposition de créanciers minoritaires qui mettrait en péril la sauvegarde de l'entreprise. Effectivement, dans ce cas de figure, la préservation de la règle de l'unanimité reviendrait à remettre le devenir de la société entre les mains de quelques créanciers. La loi de la majorité imposée dans le cadre des classes de créanciers, et faisant exception à la loi contractuelle, est conforme à ce que requiert le sauvetage de l'entreprise, donc l'intérêt général. Comme nous l'avons développé auparavant[1307], la relation créancier-débiteur est extraite de son cadre interpersonnel et devient, du fait de la mise en péril de l'entreprise, une relation qui doit être subordonnée à la survie de l'entreprise.

430. **Une règle subordonnée à l'intérêt de l'entreprise.** Néanmoins, certaines dispositions font penser que la règle du vote à la majorité n'est pas absolue et n'est acceptable que si elle concourt véritablement au sauvetage de l'entreprise en conformité avec les objectifs que la loi attache au plan[1308]. Le tribunal ne peut arrêter le plan qu'après s'être « assuré que les intérêts

[1304] *Ibid.*, p. 439.
[1305] La règle majoritaire a ses limites et ne pourra pas surmonter le blocage des créanciers qui représentent plus d'un tiers du montant des créances détenues par les membres des comités en application de L. 626-30-2 C. com.
[1306] LUCAS (F.-X.), « Éditorial. Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », *BJS*, mars 2010, n° 3, p. 211.
[1307] V. *supra* n° 393.
[1308] La loi prévoit effectivement que ce plan doit être conforme aux objectifs de la sauvegarde ainsi qu'aux conditions de L .626-10 du C. com. : les engagements « nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise », c'est-à-dire sur l'avenir de son activité, les modalités du maintien de l'entreprise et de son financement, et le règlement du passif et tout ce qui concerne les conditions sociales pour envisager la poursuite d'activité.

de tous les créanciers sont suffisamment protégés »[1309]. Il a été relevé que cette protection est particulièrement nécessaire dans l'hypothèse de l'existence d'un conflit d'intérêts entre associés et créanciers, ainsi que dans le cas d'une alliance tacite entre les associés d'une part et les créanciers majoritaires d'autre part[1310]. Le professeur LUCAS insiste à cet égard sur le fait que les contraintes imposées aux créanciers minoritaires ne doivent pas avoir « pour seule justification l'abrupte loi de la majorité, mais doivent être motivées par des considérations tirées de la situation particulière de chaque créancier »[1311].

B- L'atteinte à la substance de l'obligation

431. Par la révision des modalités de paiement et par les éventuels effacements de dettes ou remises nécessaires au sauvetage de l'entreprise ou de l'entrepreneur, le droit des entreprises en difficulté atteint la substance de l'obligation. La substance de l'obligation initiale est révisée pour se concilier avec l'obligation de sauvetage qui se greffe sur le lien d'obligation dès l'ouverture de la procédure collective. À cet effet est prévue une révision des modalités de paiements (1°) et d'éventuels effacement et remises de dettes (2°).

1°) La révision des modalités de paiement

432. **La révision du montant de la créance au service du plan de continuation**. Le sauvetage de l'entreprise passe par l'élaboration d'un plan de sauvegarde comme de redressement, ou encore par un plan de cession, ce qui doit permettre la poursuite de l'activité, le maintien des emplois et l'apurement du passif. Ces finalités concourent toutes au sauvetage de l'entreprise, en permettant le maintien de relations économiques à long terme[1312]. Le plan de sauvegarde et le plan de redressement permettent d'assurer la continuité de l'activité de l'entreprise dans le but de revenir à des relations commerciales normales après leur exécution. Pour cela, le passif doit être apuré au moyen d'un échelonnement de dettes ou de remises de dettes. Ce sont les modalités d'apurement du passif qui vont permettre à l'entreprise de continuer à fonctionner durant l'exécution du plan. Cet apurement ne peut donc se réaliser sans revenir sur les conditions de paiement de la créance prévue initialement au contrat, sans des efforts consentis ou imposés aux créanciers.

[1309] C. com., art. L. 626-31.
[1310] DAMMANN (R.), ROBINET (M.), *art. cit*., *BJS*, déc. 2009, n° 12, p. 1116.
[1311] LUCAS (F.-X.), *art. cit*., *CDE*, n° 5, 2009, p. 35.
[1312] AZEVEDO (R.), *Le caractère collectif des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 359.

433. **Les remises de dettes**. « La remise de dette est l'acte de volonté par lequel le créancier renonce à son droit et dispense, en tout en partie, le débiteur de son obligation »[1313]. Une remise partielle consentie à un débiteur dans le plan de sauvegarde ou de redressement a pour but de donner le répit qui lui permettra de régler le solde[1314]. Au sein du droit des entreprises en difficulté, la remise de dette demeure la plupart du temps un acte de volonté, de même que la conversion des créances en capital. Le tribunal ne peut jamais les imposer aux créanciers aux termes de l'article L. 626-10 al. 3 du Code de commerce. Toutefois, elles peuvent tout de même s'imposer aux créanciers en application du mécanisme forcée interclasses si des classes de créanciers ont été constituées[1315]. Par ce mécanisme, il est fort possible que des créanciers soient contraints, contre leur volonté, mais en vertu de la volonté d'autres classes de créanciers, de voir leur dette réduite[1316]. Cette remise de dette ne serait pas un acte de volonté individuel du créancier, mais une sorte d'acte de volonté collectif majoritaire.

434. S'agissant des créanciers publics, s'il est parfois noté une « volonté d'assimilation » aux créanciers privés dans l'élaboration des plans[1317], les remises de dettes sont soumises à un régime spécifique prévu par l'article L. 626-6 du Code de commerce. Ce régime est applicable aux administrations financières, aux organismes de sécurité sociale, aux institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L.351-3 et s. du Code du travail et aux institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale. Il encadre ces remises et déroge à la règle selon laquelle le silence du créancier vaut acceptation de la proposition qui lui est faite[1318]. En conformité avec le droit de l'Union et ses critères pour distinguer les aides acceptées et celles qui sont prohibées[1319], le Code de commerce prévoit que ces remises peuvent être accordées par ces créanciers « dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation »[1320]. Ainsi, toutes les dettes ne peuvent faire l'objet de remises par les administrations financières. Ne peuvent faire l'objet de remise que « l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales », ainsi que « des produits divers du budget de

[1313] BENABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, Précis Domat, 19e éd., 2021, n° 840.
[1314] *Ibid*.
[1315] C. com., art. L. 626-32.
[1316] V. *supra* n° 168 s.
[1317] LAROCHE (M.) et MERLY (E.), « Les créanciers publics face aux plans », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2019, doss. 33.
[1318] C. com., art. L. 626-5 ; TEBOUL (G.), « La réforme du Père Noël : la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal*., 4-6 janv. 2009, p. 6 ; LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 1059.
[1319] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit, loc. cit*.
[1320] C. com., art. L. 626-6.

l'État dus par le débiteur »[1321]. Concernant les 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 de remise[1322]. Effectivement, l'article 1756 du Code général des impôts prévoit une remise des pénalités fiscales en cas de procédure collective[1323]. Enfin, les remises de dettes doivent être accordées dans le but de faciliter la restructuration financière de l'entreprise en difficulté, la poursuite de son activité économique et le maintien des emplois[1324]. Cela implique bien que ces remises n'ont rien d'une faveur gratuite de l'État, elles ont réellement pour but de soutenir l'économie par le sauvetage de l'entreprise. C'est ainsi qu'elles sont conçues, c'est dans cette perspective qu'elles sont légitimes[1325].

435. **Les délais de paiement.** Le tribunal dispose toutefois du pouvoir d'aménager les modalités du paiement de cette créance. Afin d'assurer la cohérence du plan, son sérieux[1326] et sa moralité[1327], le tribunal a le pouvoir de réduire les avantages consentis qui apparaîtraient excessifs[1328]. Il a donc la capacité de réduire les délais de paiement et les remises de dettes consenties par le créancier[1329]. Pour la doctrine c'est un bon moyen pour le tribunal de « tenir compte du fait que l'acceptation a pu être extorquée plutôt que librement émise…, ce qui limite le risque de spoliation des créanciers qui auront omis de répondre »[1330].

436. Mais, surtout, le tribunal a le pouvoir d'imposer des délais uniformes de paiement qui ne peuvent être supérieurs à la durée du plan[1331] et qui s'appliqueront à l'ensemble des créanciers[1332], sauf exception[1333]. Ce pouvoir peut s'exercer dans le cadre du redressement

[1321] C. com., art. D. 626-10.
[1322] LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit., loc. cit.*
[1323] Cass. Com., 13 mars 2019, n° 17-22.102.
[1324] C. com., art. D. 626-15.
[1325] V. TEBOUL (G.), « Du nouveau sur les abandons de créances par les créanciers publics : le décret du 6 avr. 2009 », *LPA,* 20 avr. 2009, p. 6 ; SERLOOTEN (P.), « Remises des dettes par les créanciers publics : une libéralisation efficace ? », *Rev. proc. coll*., 2009, étude 10.
[1326] PEROCHON (F.) et PETEL (Ph.), « Les délais du plan de sauvegarde ou de redressement », in *Mélanges en l'honneur du professeur Paul Le Cannu,* Dalloz — LGDJ — Thomson, 2014, n° 12.
[1327] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 522-12.
[1328] Le créancier, lui, peut consentir des délais de paiement qui peuvent même être supérieurs à la durée du plan : LE CORRE (P.-M.), « Les délais de remboursement d'un plan supérieurs à dix ans », *Gaz. pal*., août 2012, p. 5.
[1329] Concernant les remises de dettes, s'il a le droit de les réduire, il ne peut jamais les augmenter.
[1330] PEROCHON (F.) et PETEL (Ph.), *art. préc.*
[1331] C. com., art. L. 626-18.
[1332] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1178. Les auteurs précisent que les délais peuvent donc avoir pour effet de bloquer la réalisation des suretés puisque la créance garantie n'est plus exigible.
[1333] Exception prévue à L. 626-20 s'agissant des « petites créances » et des créances salariales. Les créances visées à L. 626-18, al. 5, les créances garanties par une fiducie-sûreté, par le privilège de conciliation ou par une sûreté réelle reposant sur un droit de préférence ou un privilège spécial en cas de cession du bien grevé, font également l'objet d'un régime spécifique. V. LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1183 et s.

judiciaire, mais aussi de la sauvegarde, à condition que n'ait pas été constituée de classes de créanciers[1334]. La loi encadre néanmoins en partie la fixation de ces délais en imposant que le premier paiement intervienne dans le délai d'un an[1335] et fixe un pourcentage minimum pour chacune des annuités prévues par le plan, à compter de la troisième. Ces limites ne sont pas pour autant absolues puisqu'il peut y être dérogé dans le cadre des plans proposés aux classes de créanciers[1336]. La loi prévoit aussi une option pour les créanciers qui préféreraient bénéficier d'un paiement immédiat de leurs créances assorti d'une réduction de son montant, donc un paiement partiel, mais immédiat, plutôt que d'être soumis aux délais de paiement prévus par le plan[1337].

2°) L'absence de reprise des poursuites et l'effacement de dettes

437. Inspirées du mécanisme américain de la *discharge*[1338], les mesures de dispense du paiement du passif ont pour but d'offrir une seconde chance aux débiteurs de bonne foi conformément à la Recommandation de la Commission européenne[1339]. Ces mesures sont conçues dans l'idée que « les entrepreneurs faillis ont plus de chance de réussir la seconde fois »[1340] et répondent avant tout à une logique économique. La libération du débiteur de ses dettes, à laquelle aboutissent la règle de non-reprise des poursuites individuelles pour clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif et la procédure de rétablissement professionnel, œuvrent à la dynamique du tissu économique. En libérant le débiteur de ses dettes après liquidation, ou sans liquidation dans le cas du rétablissement professionnel, le droit permet au débiteur de redevenir un acteur économique potentiellement créateur de richesses. Le but serait de retrouver l'équilibre par l'effacement de dettes, ce qui conditionne la viabilité des entreprises et la sauvegarde des emplois[1341]. Le débiteur bénéficiant de cette seconde chance viendra enrichir la densité du tissu économique en redevenant un partenaire commercial potentiel, ou a minima, un simple consommateur. En ce sens, ce sont bien des mesures qui poursuivent un intérêt général.

[1334] C. com., art. L. 626-18.
[1335] C. com., art. L. 626-18, al. 4 et R. 626-33.
[1336] C. com., art. L. 626-30-2.
[1337] C. com., art. L. 626-19.
[1338] STANKIEWICZ MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. Vers un rapprochement des droits ?,* dir. VALLENS (J.-L.), Th. Université de Strasbourg, soutenue le 26 mars 2011, p. 125.
[1339] Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, 2014/135/UE.
[1340] Considérant 20 de la Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014.
[1341] PICOD (N.), *La remise de dette en droit privé, op. cit*., p. 22.

438. **L'extinction du droit de poursuite**. La procédure de liquidation judiciaire apparaît aujourd'hui essentiellement comme un moyen pour le débiteur de se défaire de ses dettes pour l'avenir. Depuis que la non-reprise des poursuites des créanciers est devenue le principe en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif[1342], la libération du débiteur devient la règle. Ainsi, sauf exception, les créanciers ne sont plus en mesure d'agir en paiement contre le débiteur bien qu'ils n'aient pas été désintéressés ou que partiellement. Juridiquement, la non-reprise des poursuites individuelles des créanciers n'éteint pas les créances admises et restées impayées, mais atteint seulement le droit de poursuite du créancier, sa faculté à agir en paiement. Le créancier conserve tout de même le droit d'agir contre les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle[1343].

439. **L'effacement de dettes**. L'introduction de la procédure de rétablissement professionnel, comme alternative à la liquidation judiciaire, répond à l'objectif de favoriser la seconde chance des débiteurs personnes physiques de bonne foi au moyen d'un effacement rapide des dettes[1344]. En permettant au débiteur de bonne foi de disposer d'un effacement de ses dettes sans liquidation, elle a des allures de « mesure de faveur, mise en place autant par pragmatisme que par souci d'humanité »[1345]. Mais cette mesure trouve sa justification principale dans une logique économique, comme toutes les mesures du droit des entreprises en difficulté. Elle s'inspire directement du *fresh start* du droit américain en permettant de faire regagner rapidement le circuit économique au débiteur personne physique dont l'actif serait de toute façon insuffisant[1346] pour désintéresser les créanciers, et se trouverait totalement absorbé par les frais de la procédure. Un intérêt général supérieur justifie la libération du débiteur et donc l'extinction nécessaire de la créance sans laquelle le rebond du débiteur ne serait pas possible. Les effets du rebond économique du débiteur pourraient alors bénéficier à l'ensemble du tissu économique, notamment aux créanciers partenaires. L'effacement de la dette, en tant que mesure de faveur, n'entraîne pas la disparition de la dette et de tous ses accessoires[1347], laissant donc subsister l'engagement des garants.

[1342] L'article L. 643-11 du Code de commerce fait obstacle à la reprise par les créanciers concernés de l'exercice individuel des actions tendant au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.
[1343] C. com., art. L.643-11-II.
[1344] LUCAS (F-X.), « Recommandation européenne relative au traitement de l'insolvabilité », *EDED,* 2 Mai 2014 n° 5 p. 1.
[1345] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.)*, Entreprises en difficulté,* LGDJ, Manuel, 11e éd., 2022, n° 2499.
[1346] Le rétablissement professionnel n'est ouvert qu'aux débiteurs dont l'actif est limité à 5000 euros.
[1347] C. com., art. L. 645-11, L. 642-11 et C. conso. Art. L. 332-5.

Conclusion de la section

440. Le caractère économique du droit des entreprises en difficulté conduit à subordonner les effets des droits des créanciers à l'objectif d'intérêt général de traitement des difficultés de l'entreprise. Que ce soient les principes qui régissent la naissance de l'obligation, qui assurent son exécution ou qui préservent sa substance, ils sont tous réinterprétés en vue du traitement de l'entreprise en difficulté. Le lien d'obligation n'est pas nié, il est mis à profit et devient un levier de sauvetage des acteurs économiques et, plus largement, un outil pour préserver et dynamiser le tissu économique. Au sein du droit des entreprises en difficulté, les instruments civils se confrontent à la logique économique avant de s'y fondre. Ses règles ne peuvent être comprises et jugées qu'à condition d'être placées au sein de cette logique économique qui fait que « l'opportunité d'un redressement conduit à transformer les sacrifices des créanciers en contributions à la survie d'une activité économique »[1348]. Ce qui apparaît comme une atteinte à l'obligation est aussi une soumission à la loi économique, et « l'idée de contrainte prend un nouveau relief »[1349].

Section 2 : L'illégitimité définitive des effets de la procédure collective

441. L'instrumentalisation des procédures est susceptible de créer une crise de la légitimité du caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté. Elle atteint à sa source le fondement de légitimité de l'application de cette législation. Lorsqu'un débiteur bénéficie d'une procédure collective alors qu'il n'est pas une entreprise, la procédure est, de fait, instrumentalisée. Dans ces conditions, elle ne peut servir le traitement des difficultés de l'entreprise, mais d'autres intérêts qui n'entrent pas dans le cadre des objectifs protégés par le législateur de cette matière. En détournant les procédures de la poursuite d'un intérêt général, l'instrumentalisation porte atteinte à la légitimité de ce qui constitue le socle des règles de ce droit, à savoir la relation de partenaires économiques construite à partir du lien d'obligation. Les mutations des droits des créanciers opérées sur la base du lien d'obligation originel tendent, dans ces circonstances, aux sacrifices des droits des créanciers. Ainsi, l'instrumentalisation des procédures, en remettant en cause le bien-fondé de l'ouverture d'une procédure collective, détruit la légitimité de la relation de partenaires du traitement de l'entreprise induite par l'aménagement du lien d'obligation (§1), et ceci sans que les créanciers sacrifiés indument ne puissent s'y opposer et revendiquer l'illégitimité de leurs sacrifices (§2).

[1348] RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives, op. cit.*, p. 98.
[1349] *Ibid*., p. 204.

§1- Un basculement de logique injustifié

442. L'ouverture d'une procédure collective invite à repenser la relation créancier-débiteur pour la mettre au service du traitement de l'entreprise. D'une logique juridique à l'origine, l'obligation est alors inscrite dans une logique économique. Or, lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre d'un débiteur qui n'est pas une entreprise, la raison qui présidait à ce changement de logique, de paradigme, n'existe pas. Par conséquent, l'aménagement du lien d'obligation s'analyse davantage en un sacrifice (A). L'ensemble des effets découlant de la transformation du lien d'obligation pour le traitement de l'entreprise, devient illégitime (B).

A- Le sacrifice des créanciers

443. Bien que le droit des entreprises en difficulté concentre des « intérêts divers et divergents »[1350], ils sont censés trouver une conciliation dans la poursuite de l'entreprise qui se présente comme « un potentiel au-delà de l'avoir »[1351]. « Dès lors qu'il existe un objectif économique sainement établi et maîtrisé, la procédure se poursuit dans l'intérêt commun, y compris des créanciers »[1352]. Le redressement de l'entreprise peut être perçu comme un moyen de sauvegarder les intérêts des créanciers et des salariés[1353]. L'application des règles du droit des entreprises en difficulté se fonde sur le basculement d'une logique juridique, à une logique économique dès lors que l'entreprise débitrice rencontre des difficultés susceptibles de mettre en péril, à plus ou moins long terme, son activité économique. Ce basculement de logiques nécessite une reconsidération du lien d'obligation, contractuelle ou légale, qui unit le créancier et son débiteur. Ce lien devient le support d'une obligation de sauvetage pour certains[1354], d'une reconsidération de la qualité du créancier qui acquiert un rôle de partenaire lorsque le sauvetage de l'entreprise est en cause.

444. Le droit des entreprises en difficulté s'est construit, a évolué, autour d'une nécessité économique de traitement des difficultés de l'entreprise, pour assurer son sauvetage ou sa

[1350] MACORIG-VENIER (F.), « Rapport introductif », *Le Droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* IFR Actes de colloques n° 30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université Toulouse 1 capitole, p.13 ; HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *Liber amicorum*, baron Louis Frédéricq, 1965, p. 609. 5 : le professeur Houin montre que la permanence de l'entreprise, dès lors qu'il s'agit d'une entreprise importante, ne concernait plus seulement le débiteur et ses créanciers, mais aussi salariés, associés, voire l'économie tout entière.
[1351] RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 31.
[1352] SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, Litec, 2e éd., 1995, p. 32.
[1353] PETEL (Ph.), « La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce », *CCC*, 2005, p. 29.
[1354] RIZZI (A.), *op. cit.*, p. 197.

liquidation. Éviter la défaillance d'entreprise et, à défaut, traiter les effets de cette défaillance, contribue à protéger, voire créer la prospérité économique[1355]. C'est sur cette base qu'il a construit sa légitimité, et dans ce cadre que s'inscrivent des règles qui portent atteinte aux droits des créanciers. C'est ainsi que se manifeste la pénétration du droit économique dans notre institution des faillites[1356], lequel a précisément pour fonction d'établir un « équilibre triangulaire » entre trois intérêts : « (…) il doit tenir compte, d'une part, de la prééminence de l'intérêt général, d'autre part, de l'autonomie de l'intérêt propre de l'entreprise et de sa supériorité sur les intérêts particuliers dans la mesure où il se présente également comme un intérêt général par rapport à ceux-ci »[1357].

445. Ainsi, les enjeux économiques du droit des entreprises en difficulté forcent à un « regard renouvelé sur l'aventure entrepreneuriale et ses aléas »[1358] dans un contexte où « l'insolvabilité est devenue une fatalité, un fléau social »[1359]. La conception d'un droit de la faillite conditionnée exclusivement par le rapport de domination des créanciers sur le débiteur ne pouvait qu'être frappée d'obsolescence[1360]. Le droit de la faillite, originellement fondé sur la « dialectique créancier-débiteur »[1361], fait place à un nouveau droit fondé sur le trinôme créancier-débiteur-entreprise[1362]. En adoptant une lecture économique du couple débiteur-créancier, le droit des entreprises en difficulté modifie nécessairement la nature de cette relation. Reposant sur l'obligation, cette relation est mise au service du traitement des difficultés de l'entreprise, car « on ne sauve pas une entreprise contre ses créanciers »[1363].

446. Si tous les créanciers, antérieurs comme postérieurs, sont des partenaires en puissance du traitement de l'entreprise en difficulté, les seuls qu'il nous intéresse de considérer sont ceux qui sont forcés de participer notamment par l'effet de la discipline collective. Ces créanciers

---

[1355] FRISON-ROCHE (M-A.), « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites », *D.* 1994 p. 17.
[1356] OLIVIER (D.), *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, Thèse Paris 2, 1972, p. 44.
[1357] CHAMPAUD (Cl.), « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, chron. XXIV, p. 215. V. aussi SAVATIER (R.), « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D*., 1961, chron. XXII, p. 117.
[1358] MACORIG-VENIER (F.), « Rapport introductif », *Le DED après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* IFR Actes de colloques N° 30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université Toulouse 1 capitole, p.13.
[1359] AYNES (L.), « Crise économique et rapports de droit privé », in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique. Cinquième journée, René Savatier*, oct. 1995, PUF, 1997, p. 60.
[1360] RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 14.
[1361] *Ibid.*
[1362] LE CORRE (P-M.), « 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal*., juill. 2007, n° 202, p. 3.
[1363] DRUMMEN (J.-B), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits — Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. pal*., n° 178, juin 2008, p. 84.

sont ceux qui, au moment de l'ouverture de la procédure de leur débiteur, détiennent une créance contre ce dernier. La conjonction d'une créance antérieure et de l'ouverture d'une procédure, qui atteste des difficultés économiques de l'entreprise, crée un changement de finalité du lien d'obligation. « Les créanciers cessent alors d'être considérés uniquement en référence au lien contractuel d'origine qui exigerait le désintéressement ; ils peuvent désormais devenir les acteurs du redressement de l'entreprise débitrice »[1364]. De même concernant les créanciers publics dont le lien d'obligation n'a pas une origine contractuelle, mais légale. Les sacrifices imposés aux créanciers dans ce cadre sont justifiés par la poursuite de l'intérêt général[1365]. C'est bien cette finalité qui nécessite de reconsidérer les droits que les créanciers tiennent de l'obligation. Le changement de rôle du créancier se réalise au moment du passage du débiteur à la loi économique. Ce passage s'effectue au moment où le débiteur n'est plus uniquement porteur d'intérêts particuliers, mais que ses difficultés représentent une menace pour le tissu économique et donc que son traitement est d'intérêt général. C'est l'intérêt général, le maintien de l'activité et de l'emploi, qui justifie et encadre le sacrifice des créanciers[1366].

447. **De l'atteinte légitime au sacrifice des créanciers**. Si le droit des entreprises en difficulté met à rude épreuve le droit des obligations, c'est en raison du besoin de traitement de l'entreprise. Les atteintes aux droits des créanciers deviennent une manifestation de la participation à l'objectif d'intérêt général protégé par le droit des entreprises en difficulté. Le changement de paradigme qu'implique la situation de difficulté d'une entreprise, conduit à un regard renouvelé sur la situation des créanciers.

448. La relation créancier-débiteur est mise au service du traitement des difficultés de l'entreprise. L'utilisation de cette relation, antérieure à la survenance des difficultés de l'entreprise, perd sa légitimité si elle est subordonnée à un objectif autre que l'intérêt général. Le risque d'instrumentalisation des procédures par le débiteur vient remettre en cause la logique à l'œuvre au sein de ce droit. En détournant les procédures de leur raison d'être, le débiteur brise le lien qui unit les atteintes aux droits des créanciers à l'intérêt général. Les sacrifices des créanciers issus de la transformation du lien d'obligation deviennent dès lors illégitimes. Instrumentaliser le droit des entreprises en difficulté est en somme utiliser la dérogation au droit des obligations en dehors de toute logique économique d'intérêt général. Et, cela revient alors à priver de légitimité l'affranchissement à la loi qui régit l'obligation.

[1364] RIZZI (A.), *op. cit.*, p. 143.
[1365] *Ibid.*, p. 8.
[1366] GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, *op. cit.*, p. 458.

B- Le bénéfice illégitime des effets de l'aménagement du lien d'obligation

449. **L'instrumentalisation, absence d'intérêt général**. Le risque qu'une procédure puisse être utilisée en dehors de sa raison d'être implique que le débiteur soit capable de faire du droit des entreprises en difficulté un usage non conforme à ce que recouvre l'intérêt général. Si l'application de ce droit peut devenir indépendante de l'objectif poursuivi, il n'y a aucune garantie de la légitimité de la « conversion » de la relation qui unit le débiteur et ses créanciers. À quel titre, dans cette hypothèse, le créancier d'une obligation serait-il tenu de participer au traitement des difficultés de l'entreprise ? Si ce n'est pas pour répondre à un objectif d'intérêt général, quelle est la légitimité de mettre de côté les règles qui régissent normalement cette relation créancier-débiteur ? L'instrumentalisation de la procédure a pour effet de rendre illégitime l'utilisation du lien qui unit le débiteur et son créancier pour en faire un lien de partenariat.

450. Lorsque la dérogation aux droits des obligations organisée par le droit des entreprises en difficulté est mise au service d'intérêts particuliers du débiteur, l'atteinte aux droits des créanciers n'est dès lors plus subordonnée à un intérêt général. Il n'est plus possible de faire référence au soutien du créancier et de parler de « partenariat ». La mise à l'écart de ses droits prend des allures de sacrifice. L'instrumentalisation atteint la relation de partenaire dans son essence et en fait un simple sacrifice des créanciers au bénéfice du débiteur. L'ensemble des dispositions du droit des entreprises en difficulté qui prend appui sur l'utilisation du lien qui unit le créancier à son débiteur est corrompu par l'illégitimité de la dérogation au droit des obligations. L'illégitimité des sacrifices des créanciers revient à considérer l'illégitimité de l'affranchissement de la logique civiliste et donc du caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté au lien d'obligation. Comment justifier alors que la sûreté ne permette pas aux créanciers de demander le paiement dans les mains du garant ? Cet aménagement des effets de la sûreté qui va permettre au créancier de bénéficier d'un rang privilégié au sein de la discipline collective n'a pas de raison d'être, car l'ouverture même de la procédure et donc la discipline collective qu'elle organise sont illégitimes.

451. Quelle légitimité à permettre à un débiteur qui n'est pas une entreprise de bénéficier de la technique du *prepacked plan* qui permet de passer outre le refus de créanciers minoritaires en conciliation en faisant voter le plan à la majorité dans le cadre d'une sauvegarde ? Cette pratique révèle le besoin de pouvoir dépasser le refus d'un créancier quand le sauvetage de l'entreprise est en jeu. Le passage au vote du plan à la majorité apparaît alors comme une mesure

concourant au sauvetage de l'entreprise. Néanmoins, elle n'est plus légitime lorsque l'affranchissement à la loi contractuelle n'est pas justifié par le sauvetage d'une entreprise. La spoliation de la voix du créancier minoritaire n'est pas justifiée.

452. C'est pour les mêmes raisons que la menace d'ouverture d'une sauvegarde pour contraindre les créanciers à consentir des sacrifices en conciliation ne peut être acceptée. Il en résulte pour les créanciers une atteinte injustifiée à la liberté de ne pas contracter. Si la menace apparaît légitime lorsqu'elle est conforme à l'intérêt protégé par ce droit, en permettant d'obtenir des avantages qui concourent au traitement de l'entreprise, la possibilité pour le débiteur d'utiliser la sauvegarde en dehors de sa raison d'être peut faire apparaître la menace comme illégitime. La possibilité d'instrumentaliser la procédure de sauvegarde rend illégitime la menace qu'elle fait peser sur le traitement amiable en raison des liens qui les unit. À ce moment, la sauvegarde apparaît comme une arme déloyale pour obtenir « indument une renégociation de sa dette qui ne lui aurait sinon pas été accordée » [1367]. Elle prend les allures d'une véritable arme pour « forcer » les créanciers a plus de flexibilité contractuelle[1368] lors de renégociations de contrats dans le cadre d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation. Une partie de la doctrine dénonce ces « sauvegardes de confort »[1369], le risque de sauvegardes abusives au moyen desquelles un débiteur, qui n'en a pas vraiment besoin, exerce un véritable chantage sur ses créanciers pour obtenir des avantages contractuels[1370]. Cette situation met bien en évidence l'impact de l'instrumentalisation des procédures collectives sur les mesures amiables du droit des entreprises en difficulté.

453. Certains auteurs font de la contractualisation du plan élaboré par le débiteur, et approuvé par une forte majorité de créanciers, le foyer de légitimité de la procédure de sauvegarde[1371]. Mais, de notre point de vue, la sauvegarde comme toutes les autres procédures collectives trouve sa légitimité dans la nécessité économique d'extraire la relation débiteur-créancier de sa loi originelle pour la soumettre à une logique économique dans le but de traiter les difficultés

[1367] COURET (A.) et DONDERO (B.), « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *JCP E*, n° 11, 17 mars 2011, 1215. V. LE CORRE (P-M.), « La réforme du droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2009, n° 211.3
[1368] MENJUCQ (M.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE* mai 2016, n° 3, p. 201.
[1369] DELATTRE (C.), « Annulation d'un jugement d'ouverture d'une sauvegarde pour fraude », *BJE* mai 2018, n° 3, p. 187. ROUSSEL GALLE (Ph.) dans CA Toulouse, 2e ch. Sect. 2, 8 mars 2011, n° 10/0351 : « La fraude et l'ouverture d'une sauvegarde », *Rev. Sociétés*, 2011, p. 384.
[1370] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *Entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 627.
[1371] DAMMANN (R.), ROBINET (M.), « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », *BJS* déc. 2009, n° 12, p. 1116.

de l'entreprise. Ainsi, le vote majoritaire est insuffisant à pallier l'illégitimité de l'extraction du débiteur des effets attachés aux obligations.

454. Il est essentiel de considérer que le recours à la loi de la majorité et les solutions qui en découlent sont légitimes parce que l'ouverture de la procédure qui a donné un nouveau rôle au lien d'obligation est légitime. Ce mécanisme ne peut conduire à des solutions acceptables du point de vue des créanciers, si la dérogation à la loi contractuelle d'origine n'est pas justifiée par le but que se fixe le droit des entreprises en difficulté. Si la sauvegarde peut être sollicitée par le débiteur en dehors de sa raison d'être, sans considération pour son objectif de sauvegarde de l'entreprise, il n'y a pas de légitimité à permettre que des sacrifices soient arrachés aux créanciers mêmes minoritaires. C'est, au fond, le passage à la loi économique du droit des entreprises en difficulté qui n'est pas fondée en cas d'instrumentalisation. Il y a alors utilisation d'un mécanisme de réinterprétation du lien d'obligation qui unit le débiteur et ses créanciers sans raison légitime. Recourir à la règle du vote à la majorité revient à s'affranchir des règles contractuelles. Et si l'ouverture même de la sauvegarde n'est pas bien fondée, parce que le débiteur cherche uniquement à bénéficier d'une restructuration de sa dette alors que son activité n'est pas en péril, la mise à l'écart du consentement unanime sur les échelonnements et remises de dettes prévus au plan est illégitime.

§2- L'impossibilité pour le créancier de faire valoir l'illégitimité de l'application de la législation

455. La tierce opposition pourrait être un moyen pour le créancier de contester les nouveaux effets attachés au lien d'obligation en remettant en cause l'ouverture même d'une procédure collective. Néanmoins, les conditions d'ouverture exceptionnelles de la tierce opposition aux créanciers dans le cadre des procédures collectives (A) ne leur permettent pas de déjouer les effets de l'instrumentalisation (B).

A- Les conditions d'ouverture exceptionnelles de la tierce opposition aux créanciers

456. **La vocation de la tierce opposition**. La tierce opposition[1372] est une voie de recours extraordinaire ouverte aux tiers qui permet de faire rétracter ou réformer un jugement à leur profit lorsque ce jugement est susceptible de les léser ou de les menacer d'un préjudice[1373].

[1372] CPC, art. 582.
[1373] Cass. civ. 2e juill. 2020, n° 19-13.616 : l'appréciation de l'existence d'un préjudice et de l'intérêt du tiers relève du pouvoir souverain des juges du fond.

Cette voie de recours est réservée aux personnes qui y ont intérêt, à condition de ne pas avoir été parties ou représentées à ce jugement. La tierce opposition peut alors permettre aux tiers d'échapper aux conséquences négatives de l'effectivité d'un jugement[1374]. En somme, cette voie permet de « contrer » l'effet d'un jugement à l'égard d'une personne pour laquelle ce jugement peut se révéler préjudiciable alors qu'elle n'y a pas été représentée. La tierce opposition se révèle alors être un moyen pour les créanciers de contester le bien-fondé de la suspension de leurs droits en conséquence de l'application des dispositions du droit des entreprises en difficulté.

457. **Une voie ouverte aux créanciers par exception**. L'ouverture de la tierce opposition au créancier est une question qui a pu faire débat au motif que ce dernier n'aurait pas la qualité de « tiers » dès lors qu'on estime qu'il est censé être représenté par le débiteur à l'instance[1375]. Le Code de procédure civile prévoit finalement que le créancier peut toutefois former une tierce opposition au jugement rendu en fraude de ses droits ou s'il invoque des moyens qui lui sont propres[1376]. Si le créancier a les moyens d'invoquer ces exceptions, il révèle par là le défaut du mécanisme de représentation et démontre alors sa qualité de tiers à ce jugement[1377].

458. **Remise en cause de la pertinence de la représentation.** Il semblerait que le mécanisme de représentation du créancier par le débiteur ne soit pas en phase avec la réalité éprouvée par le droit des entreprises en difficulté, et la doctrine plaide pour que la qualité de tiers soit plus facilement reconnue au créancier afin de renforcer son droit d'accès au juge[1378]. Déjà l'affaire Eurotunnel a mis en évidence les limites de ce mécanisme face à des procédures d'insolvabilité transfrontalières. Afin que les créanciers situés dans un autre État membre que celui de la juridiction ne soient pas « privés de la possibilité effective de contester la compétence assumée par cette juridiction »[1379], leur tierce opposition a été admise sans qu'ils aient eu besoin de se

[1374] FRICERO (N.), *Répertoire de procédure civile* — septembre 2020, V° Tierce opposition, n° 5.
[1375] Les créanciers n'ont pas été reconnus comme tiers : Cass. Req. 8 juill. 1850, DP 1850, I, 224 ou hypothécaires : Cass. Civ., 13 déc. 1864, DP 1865, 1, 142. En principe, la reconnaissance d'une « communauté d'intérêts » entre une partie et une personne étrangère à l'instance permet de considérer cette dernière comme « représentée » au jugement. V. THERON (J.), De la « communauté d'intérêts », *RTD Civ*., 2009, p. 19 ; FRICERO (N.), *Répertoire de procédure civile* — septembre 2020, V° Tierce opposition, n° 70. Ex : Civ. 1ère 5 mars 2008, n° 07-11.667 concernant des indivisaires.
[1376] CPC, art. 583, al. 2.
[1377] FRICERO (N.), *Répertoire de procédure civile* — septembre 2020, V° Tierce opposition, n° 97 et 100.
[1378] GOUJON-BETHAN (Th.), « Les moyens propres du créancier formant tierce opposition au jugement d'ouverture de la sauvegarde : une exigence rigoureuse », *Gaz. Pal*, 13 oct. 2020, n° 35, p. 71. V. not : LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 233 544 ; LUCAS (F-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, Droit fondamental, 3e éd., 2021, n° 155.
[1379] Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-11.902 ; *Rev. Crit. DIP* 2010. 179 notes BUREAU (D.) ; *JCP E* 2009, 1974, note ROLLAND (B.) et 2010, 1001, obs. PETEL (Ph.) ; *D.* 2009. 2591, note MOREIL (G.) ; *BJS* 2009, 877, note JAULT-SESEKE (F.) et ROBINE (D.) ; *RTD com.* 2009. 625, obs. VALLENS (J-L.) ; *RPC* 2009, n° 147, obs. MASTRULLO (Th.).

prévaloir d'un moyen propre[1380]. Cette affaire a donné naissance à une nouvelle disposition[1381] qui ouvre la voie de l'appel et de la tierce opposition au créancier pour contester la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale pour un motif de compétence internationale. Dans cette situation, la tierce opposition du créancier n'est alors pas conditionnée à l'existence d'une fraude ou d'un moyen qui lui est propre.

459. Mais ce n'est pas la seule situation qui met en évidence l'inadaptation de ce mécanisme à la matière du droit des entreprises en difficulté. Le professeur Menjucq[1382] considère, à raison, qu'aucune représentation ne peut exister lorsqu'il n'y a pas de cessation des paiements. Il perçoit une communauté d'intérêts lorsque le débiteur comme le créancier sont tous deux aptes à demander l'ouverture d'une procédure, donc quand est en cause l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires. En somme, il établit une distinction entre les procédures collectives ouvertes sur cessation des paiements, dans lesquelles on pourrait accepter une représentation du créancier par le débiteur, et les procédures dont l'ouverture procède de la seule volonté du débiteur. Pour ces dernières, la qualité de tiers devrait être reconnue aux créanciers à défaut de communauté d'intérêts.

460. Les conditions de la tierce opposition ouverte au créancier sont symptomatiques d'une certaine conception de la relation débiteur-créancier. Le créancier n'est pas recevable à contester un jugement, sauf à invoquer une fraude ou des moyens qui lui sont propres, donc à démontrer sa qualité de tiers au jugement. Le créancier paraît ainsi largement conçu comme dépendant de son débiteur.

B- L'efficacité de la tierce opposition déjouée par l'instrumentalisation de la procédure

461. Pour que la tierce opposition du créancier au jugement d'ouverture d'une procédure soit admise, elle doit tout d'abord être recevable. Pour évaluer l'efficacité de la voie de la tierce opposition face à l'instrumentalisation et aux sacrifices illégitimes des créanciers qu'elle engendre, il convient de déterminer si le créancier peut s'en prévaloir. En somme, l'instrumentalisation est-elle un moyen rendant recevable la tierce opposition du créancier ? (1°). Mais quoi qu'il en soit concernant la recevabilité, la tierce opposition fondée sur une

[1380] « Sauf à considérer que la critique du lieu d'ouverture de la procédure collective est pour le créancier étranger un moyen qui lui est nécessairement propre » : LUCAS (F-X.), obs. sur Com., 8 mars 2011, *D*. 2011. 2069.
[1381] Art. L. 691-1 C. com, modifié par Ord. n° 2017-1519 du 2 nov. 2017.
[1382] 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*., mars 2008, p. 9.

instrumentalisation de l'ouverture de la procédure collective ne pourra pas être bien fondée et donc admise (2°).

1°) L'instrumentalisation de la procédure, un motif de recevabilité de la tierce opposition ?

462. La tierce opposition a pu apparaître un instant comme un moyen pour les créanciers de lutter contre l'instrumentalisation des procédures collectives, lesquels deviendraient, par ce biais, des sortes de « contrôleurs *ad hoc* »[1383] du bien-fondé de l'ouverture d'une procédure. Toutefois, il résulte de l'article 583, al. 2 du Code de procédure civile et de l'article L. 661-3 du Code de commerce que les créanciers doivent se prévaloir d'une fraude ou d'un moyen propre pour former tierce opposition. La question est alors celle de savoir si l'instrumentalisation peut constituer une fraude aux droits des créanciers ou un moyen propre.

463. La fraude et l'instrumentalisation apparaissent proches, mais toute instrumentalisation n'est pas pour autant frauduleuse. Ce qui les distingue est proche de la différence entre l'illégalité et l'illégitimité. La fraude permettrait de contester les jugements d'ouverture de procédure collective au profit d'une entreprise qui aurait manœuvré pour remplir des conditions d'ouverture[1384]. Le créancier pourrait invoquer une fraude à l'appui de sa tierce opposition à condition de prouver qu'en réalité le débiteur ne remplissait pas les conditions d'ouverture pour bénéficier de la procédure.

464. **L'instrumentalisation, un moyen propre ? Les hésitations**. La jurisprudence fait davantage état de cas où l'instrumentalisation est brandie par le créancier comme moyen propre au soutien de sa tierce opposition. L'instrumentalisation a déjà été reconnue comme constituant un moyen propre au créancier, notamment dans l'arrêt Cœur Défense[1385]. Dans cette affaire, la tierce opposition du créancier unique qui invoquait comme moyen propre une instrumentalisation de la procédure de sauvegarde pour le contraindre à négocier[1386] a été jugée recevable par la Cour. Le créancier s'est prévalu du fait que l'ouverture de la procédure avait pour but unique de porter atteinte à ses droits en obtenant la paralysie de la clause de défaillance

[1383] COURET (A.) et DONDERO (B.), « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *JCP E*, n° 11, 17 mars 2011, 1215.
[1384] V. *supra* n° 360 s.
[1385] Com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.990 ; *Rev. Sociétés* 2011. 404, note GRELON (B.) ; *RTD com*. 2011. 420, obs. VALLENS (J.-L.) ; *D.* 2011. 919, obs. LIENHARD (A.) ; *RTD civ*. 2011, 351, obs. FAGES (B.). V. aussi : DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), « Cœur Défense, une sauvegarde qui renaît de ses cendres », *BJE*, 2011, n° 2, p. 97.
[1386] MOUIAL-BASSILANA (E.), « Tierce opposition au plan de sauvegarde : l'exigence d'un motif propre au créancier opposant réaffirmée », *LEDEN*, mars 2016 n° 3, p. 5.

d'un contrat de crédit[1387]. La Cour s'est livrée à une analyse subjective en estimant que le moyen propre est caractérisé lorsque les créanciers « peuvent établir qu'ils sont personnellement victimes d'une instrumentalisation de la procédure »[1388]. Cette analyse subjective a permis à la doctrine de percevoir les signes d'un élargissement du domaine de la tierce opposition[1389]. À la suite de cette décision, il a pu sembler que les créanciers étaient fondés à se prévaloir d'une instrumentalisation comme d'un moyen propre dès lors qu'ils en sont victimes, sans qu'ils aient à en être les seules victimes. Cette souplesse d'interprétation a amené une partie de la doctrine à voir la tierce opposition comme un moyen de contrôle des stratégies du débiteur par les créanciers[1390], un moyen de lutter contre l'instrumentalisation de la sauvegarde[1391].

465. Mais, des doutes quant à la portée de cet arrêt ont émergé[1392]. Le fait qu'il n'y avait qu'un créancier unique dans l'affaire Cœur-Défense a amené à se demander s'il ne s'agissait pas d'un cas d'espèce. Effectivement, l'instrumentalisation a pu être reconnue comme moyen propre au créancier, car il était le seul à pouvoir se plaindre de la suspension de son contrat du fait de l'ouverture de la procédure. La solution aurait probablement été différente si plusieurs créanciers avaient pu se prévaloir du fait que l'ouverture de la procédure avait pour effet de suspendre leurs droits. L'instrumentalisation de la procédure ne serait pas un moyen propre en tant que tel. Le professeur Vallens fait effectivement remarquer que l'atteinte aux droits des créanciers résultant d'un contrat du fait de la procédure collective, n'est pas propre à ce créancier, mais atteint tous les créanciers. Tous les créanciers peuvent se prévaloir d'une atteinte à leurs droits du fait de l'ouverture de la procédure collective, alors que le moyen propre est le droit ou l'intérêt que seul ce créancier peut invoquer par rapport au débiteur censé l'avoir représenté, un préjudice distinct de celui subi par la collectivité de créanciers. Tout compte fait, la motivation de la Cour de cassation dans l'affaire Cœur Défense ne remet pas en cause cette interprétation du moyen propre. Elle précise bien que le but exclusif des débiteurs était de se soustraire au seul contrat de prêt envers le Fonds commun de titrisation. Donc elle qualifie un préjudice particulier distinct de l'ensemble des créanciers. On peut en déduire que si la mise en sauvegarde avait eu pour but de se soustraire à d'autres contrats, la tierce opposition n'aurait

[1387] VALLENS (J.-L.), « Un créancier peut contester l'ouverture d'une procédure de sauvegarde par la tierce opposition », *RTD com.* 2011, p. 420.
[1388] LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, *op. cit.*, n° 063.21.
[1389] LUCAS (F-X.), *Manuel de droit de la faillite*, *op.cit.*, n° 155.
[1390] MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde », *Dr. et patr.*, n° 223, 1er mars 2013.
[1391] COURET (A.) et DONDERO (B.), « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *JCP E*, n° 11, 17 mars 2011, 1215.
[1392] VALLENS (J.-L.), *art. cit*., *RTD com*. 2011, p. 420.

pas été recevable faute de moyen propre. C'est ainsi que doit se comprendre également la recevabilité de la tierce opposition à l'encontre du jugement de conversion dans le cas où la liquidation judiciaire avait pour but exclusif de permettre à la société d'échapper à l'exécution de la décision de justice rendue au profit du créancier[1393]. Cette instrumentalisation est bien personnelle au créancier opposant, car il s'agit pour le débiteur d'échapper à cette décision de justice.

466. **Une interprétation objective des moyens propres**. Les hésitations quant à la portée de l'arrêt Cœur Défense et quant à l'interprétation du moyen propre ont été décimées par des arrêts largement commentés qui ont suivi. Un arrêt du 26 janvier 2016[1394] conclut à l'irrecevabilité de la tierce opposition pour défaut de moyen propre. Le pourvoi dénonçait une instrumentalisation du plan de sauvegarde dont était victime une caution, créancier opposant, en soutenant que le plan arrêté par le tribunal ne constituait pas une possibilité sérieuse de redressement de la société et méconnaissait les impératifs dictés par les textes. Et, par un arrêt de 2020[1395], l'interprétation objective des moyens propres est entérinée. Un créancier avait formé une tierce opposition à un jugement d'ouverture de sauvegarde au bénéfice de son débiteur. Il faisait valoir que ce dernier avait sollicité l'ouverture d'une sauvegarde afin d'échapper à l'effet des saisies conservatoires qu'il avait pratiquées contre le débiteur. Il estimait alors qu'il était personnellement victime d'une instrumentalisation par le débiteur qui cherchait dans la sauvegarde un moyen d'échapper à ses obligations vis-à-vis de ce seul créancier. La Cour de cassation juge irrecevable la tierce opposition, faute pour le créancier opposant d'invoquer un moyen « distinct de ceux pouvant être invoqués par les autres créanciers »[1396]. Effectivement, le préjudice invoqué était lié à la discipline collective, à savoir l'interdiction des voies d'exécution, mais ce préjudice touche l'ensemble des créanciers antérieurs, donc cela ne peut constituer un moyen propre. Comme l'a jugé également une cour d'appel[1397], les effets que la loi confère à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne peuvent constituer un moyen propre[1398]. Dans cette affaire le créancier opposant dénonçait une instrumentalisation de la sauvegarde visant à la détourner de sa finalité en organisant, sous le

[1393] CA Versailles, 13e ch., 8 juin 2017, n° 16/09136.
[1394] Com., 26 janv. 2016, n° 14-11.298 : *JCP E*, 2016, 1198, n° 3, obs. PETEL (Ph.) ; *RPC*, 2016, n° 83, obs. FRAIMOUT (J-J.) ; *D.*, 2016. 308, obs. LIENHARD (A.) ; *LEDEN* 3/2016. 5, obs. MOUIAL-BASSILANA (E.).
[1395] Cass. Com., 1e juill. 2020, n° 18-23884 ; GOUJON-BETHAN (Th.), « Les moyens propres du créancier formant tierce opposition au jugement d'ouverture de la sauvegarde : une exigence rigoureuse », *Gaz. Pal*, 13 oct. 2020, n° 35, p. 71.
[1396] GOUJON-BETHAN (Th.), *art. préc.*, *Gaz. Pal*, 13 oct. 2020, n° 35, p. 71.
[1397] CA Versailles, 12 juin 2018, n° 18/022311.
[1398] L'aménagement contraint de leur créance dans le cadre d'un plan de sauvegarde n'est pas propre aux créanciers opposants.

couvert d'une sauvegarde, l'insolvabilité future de la société. Le caractère propre est reconnu aux moyens « personnels »[1399] au créancier, reposant sur un « intérêt distinct de celui de la collectivité des créanciers » et résidant dans la preuve de « conséquences inconnues des autres créanciers chirographaires »[1400].

467. Il faut alors retenir une conception objective des moyens propres[1401]. La victime d'une instrumentalisation qui subit un préjudice du fait de l'application des règles qui découlent de l'ouverture de la procédure ne peut le dénoncer par la voie de la tierce opposition, qu'à condition qu'elle soit la seule à en subir les conséquences, comme dans l'arrêt Cœur Défense[1402]. Donc, cette façon de concevoir le moyen propre personnel restreint considérablement le recours des créanciers contre l'instrumentalisation d'une procédure. Il ne pourra en effet que rarement invoquer un moyen qui lui est propre[1403]. L'instrumentalisation rend illégitime l'application des règles de la discipline collective et la tierce opposition ne permet pas de dénoncer cette illégitimité. Elle ne permet que de prendre en compte le préjudice qui en découlerait, à condition qu'il soit personnel au créancier sans atteindre l'ensemble des créanciers antérieurs.

2°) Le caractère bien fondé de la tierce opposition face à l'instrumentalisation

468. La tierce opposition du créancier sur fond d'instrumentalisation ne se heurte pas uniquement à sa recevabilité, il faut encore qu'elle soit jugée bien-fondée pour être admise. Bien que jugée recevable, la tierce opposition du créancier n'a pas été admise dans l'affaire Cœur Défense.

469. En conséquence de l'objectivité des conditions d'ouverture des procédures collectives, la rétractation du jugement d'ouverture par la voie de la tierce opposition ne peut être admise qu'à la condition que le débiteur ne remplisse pas les conditions d'ouverture de la procédure. Dans une affaire[1404], un créancier opposant se prévalait d'un moyen propre. En l'espèce il faisait valoir que le gérant personne physique, caution de la société débitrice, avait demandé le bénéfice de la procédure de sauvegarde pour se prévaloir des dispositions du plan et bénéficier

[1399] PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *Entreprises en difficulté, op. cit*., 2022, n° 937.
[1400] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 233 544.
[1401] GOUJON-BETHAN (Th.), *art. cit*., *Gaz. Pal.*, 13 oct. 2020, n° 35, p. 71.
[1402] Com., 8 mars 2011 n° 10-13.988. L'instrumentalisation avait pour but de contraindre un créancier en particulier à négocier.
[1403] MOUIAL-BASSILANA (E.), « Tierce opposition au plan de sauvegarde : l'exigence d'un motif propre au créancier opposant réaffirmé », *LEDEN*, mars 2016, n° 03, p. 5. Pour un exemple de moyen propre : exclusion d'une créance d'un plan qui ouvre la tierce opposition à son titulaire (CA Colmar, 9 mars 2010, RG n° 09/01480).
[1404] Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-17635.

des délais et remises accordés à l'entreprise. Ceci est accueilli comme moyen propre, car l'instrumentalisation de la sauvegarde avait pour but de protéger les intérêts du gérant au détriment d'un de ses créanciers. Recevable, la tierce opposition a été jugée bien fondée, car le créancier a démontré que les conditions d'ouverture de la sauvegarde n'étaient pas réunies. L'entreprise était effectivement en cessation des paiements à la date du jugement d'ouverture de la sauvegarde[1405].

470. Mais, dès lors que la situation objective de l'entreprise répond aux conditions d'ouverture de la procédure, celle-ci ne pourra ni être refusée ni être remise en cause par la voie de la tierce opposition. Cette dernière ne permet pas d'atténuer les rigueurs de l'appréciation purement objective des conditions d'ouverture des procédures collectives. Les juges ne sont pas en mesure de rétracter un jugement de sauvegarde par le biais d'une tierce opposition, dès lors que l'entreprise rencontre des difficultés qu'elle ne peut surmonter tel que cela a pu être été jugé[1406]. La tierce opposition n'accorde aux créanciers que de pouvoir s'opposer à l'illégalité de l'ouverture d'une procédure, mais en aucun cas à son illégitimité. Cette voie est intéressante pour le créancier qui voudrait contester la cessation des paiements de son débiteur, ou ses difficultés insurmontables[1407]. En revanche, le créancier ne peut empêcher que ses droits soient sacrifiés au bénéfice du débiteur.

471. Ainsi, à l'analyse de la tierce opposition, on observe que les créanciers n'ont pas les moyens légaux de s'opposer à une instrumentalisation de la procédure, bien qu'elle constitue une grande partie des fondements des tierces oppositions soulevées par les créanciers. Beaucoup de tierces oppositions ne sont pas admises, car elles se heurtent à l'objectivité des conditions d'ouverture, et mettent finalement en lumière l'impasse dans laquelle le droit des entreprises en difficulté se trouve confronté face à la rigidité de la conception de l'ouverture des procédures.

Conclusion de la section

472. L'instrumentalisation des procédures collectives conduit à détacher les atteintes aux droits des créanciers d'une vision économique d'intérêt général pour les faire apparaître comme de purs sacrifices au service des intérêts d'un débiteur. L'instrumentalisation par laquelle le débiteur obtient le bénéfice d'une procédure « de confort » brise le lien entre l'ouverture de la

[1405] STAES (O.), « Rétractation du jugement de sauvegarde et paiement des intérêts contractuels », *BJE*, mars 2019, n° 2, p. 60.
[1406] Com., 8 mars 2011 n° 10-13.988 ; CA Bordeaux, 2e civ., 24 sept. 2014, n° 12/05237 ; CA Versailles, 26 nov. 2015, n° 15/04334 ; CA Bourges, 18 octobre 2012, n° 12/00598.
[1407] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., n° 303.

procédure et l'objectif de traitement des difficultés de l'entreprise, et donc remet en cause la subordination de l'atteinte aux droits des créanciers à l'intérêt général. L'instrumentalisation recouvre d'un voile d'illégitimité toutes les mesures qui œuvrent au traitement de l'entreprise en s'affranchissant des lois qui régissent l'obligation, sans que les créanciers ne puissent dénoncer ce qui apparaît, dès lors, comme un sacrifice de leurs droits.

Conclusion du chapitre

473. Les possibilités d'instrumentalisation des procédures collectives mettent en péril la légitimité de l'application des dispositions du droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté s'est construit sur un principe : la dérogation au droit des obligations au service d'un objectif économique d'intérêt général. C'est la poursuite de cet objectif économique, le sauvetage d'acteurs économiques, qui justifie l'application des dispositions de ce droit par préférence aux règles du droit civil. C'est ce qui justifie que le lien d'obligation et tout ce qui concourt à son exécution, son maintien, sa substance soient réinterprétés en vertu de la logique économique. Le principe qui conditionne l'obligation au sein du droit des entreprises en difficulté est son utilité pour le traitement des difficultés de l'entreprise et de ses conséquences sur le tissu économique.

474. L'instrumentalisation qui se manifeste par la demande du bénéfice d'une procédure collective pour bénéficier des avantages qu'elle offre sans concourir au traitement de l'activité économique, fait sortir le droit des entreprises en difficulté de son cadre de légitimité. L'ouverture d'une procédure en dehors de sa raison d'être, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas pour but de traiter une entreprise en difficulté, rend illégitime l'application des dispositions dérogatoires au droit des obligations. La réinterprétation du lien d'obligation, la nouvelle efficacité que lui confère le droit des entreprises en difficulté, devient illégitime. Par conséquent, tout ce qui en découlera sera frappé d'illégitimité. La transformation du créancier en partenaire du traitement de l'entreprise n'a pas lieu d'être et s'apparente alors à un simple sacrifice au profit du débiteur auquel il n'a pas moyen de s'opposer.

Chapitre 2 – L'illégitimité des répercussions sociales et économiques

475. Le traitement des difficultés de l'entreprise ne concerne pas uniquement le droit des entreprises en difficulté. Il met en jeu des intérêts protégés par d'autres droits. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté interagit alors avec le droit social et avec le droit de la concurrence, avec lesquels ils partagent des problématiques communes. La question du maintien des emplois est primordiale dans le traitement des difficultés de l'entreprise, au point qu'il est un objectif des procédures collectives. Le législateur du droit des entreprises en difficulté a égard aux règles du droit de la concurrence et, en particulier, se préoccupe des aides d'État.

476. Dans ses rapports avec les autres droits, le droit des entreprises en difficulté a une tendance à imposer son impérialisme. Il fait primer ses objectifs sur les intérêts protégés par les autres droits et fait même de l'atteinte à ces intérêts un levier pour atteindre ses objectifs. Ainsi, la protection de l'emploi comme la protection de la liberté de la concurrence sont aménagées au profit de l'efficacité du traitement des difficultés de l'entreprise. Lorsque l'entreprise est en difficulté, l'intérêt général implique d'emprunter d'autres voies que celles du droit commun du droit social et du droit de la concurrence, pour servir l'emploi et le marché. C'est la situation de l'entreprise en difficulté qui justifie des atteintes variables aux emplois comme au jeu de la libre concurrence sur le marché.

477. **L'impact de l'instrumentalisation : la perte du fondement économique**. L'articulation de ces différents droits, fondés sur l'intérêt général, se trouve bouleversée par l'instrumentalisation des procédures collectives. Détachées de leur raison d'être, les procédures sont perçues comme un instrument de gestion au service du débiteur, et les règles censées favoriser le sauvetage et le traitement de l'entreprise en difficulté n'apparaissent que comme des moyens d'accroître leur rentabilité au détriment de l'emploi et de leurs concurrents. L'instrumentalisation vient remettre en cause la légitimité de l'ouverture de la procédure collective et, par ricochet, celle des règles dérogatoires qu'elle instaure.

478. Si le droit des entreprises en difficulté a en principe pour vocation de protéger le tissu économique en sauvant les entreprises qui peuvent l'être ou en liquidant les entreprises qui ne sont plus viables, son instrumentalisation perturbe au contraire le marché. Elle perturbe les équilibres construits en permettant de contourner la législation de droit commun des licenciements économiques et en soustrayant l'entreprise au libre jeu de la concurrence, sans

que ces atteintes ne soient légitimes. L'instrumentalisation est alors susceptible de porter atteinte au maintien des emplois (Section 1) et de dérégler le marché (Section 2).

Section 1 : L'atteinte au maintien de l'emploi par l'instrumentalisation des procédures collectives

479. Le droit du licenciement économique[1408] constitue le principal point de rencontre entre le droit des entreprises en difficulté et le droit social. Dans le cadre de la procédure collective, le régime et les effets des licenciements « s'efforcent de réaliser un compromis acceptable entre la situation de l'entreprise et les nécessités de sa survie, d'une part, et la protection des salariés contre la perte de leur emploi, d'autre part »[1409]. Le maintien de l'emploi fait partie des objectifs poursuivis par le droit des entreprises en difficulté, mais il demeure subordonné à l'impératif supérieur du maintien de l'activité de l'entreprise. Les licenciements apparaissent comme une variable permettant de sauvegarder l'activité de l'entreprise lorsque cette dernière est en péril. C'est pourquoi le droit des procédures collectives met en place un régime simplifié des licenciements économiques lorsque l'activité de l'entreprise le requiert, qui répond à la tension existante et les interactions entre les emplois et l'activité de l'entreprise. La dérogation au droit du travail est admissible dans la mesure où la réduction de l'effectif de salariés est nécessaire au vu des difficultés économiques rencontrées par l'entreprise. Ainsi, le régime des licenciements économiques en droit des procédures collectives résulte d'un équilibre entre le besoin de maintien des emplois et le besoin de maintien de l'activité économique de l'entreprise (§1). L'instrumentalisation des procédures collectives bouleverse les fondements du régime simplifié des licenciements économiques. L'application de règles attentatoires à la protection des salariés perd sa légitimité lorsqu'une entreprise bénéficiaire et rentable entreprend de bénéficier des règles dérogatoires des licenciements pour motif économique en obtenant l'ouverture d'une procédure collective dans l'unique dessein d'accroître sa rentabilité (§2).

§1- Le licenciement économique dans les entreprises en difficulté : l'équilibre entre le maintien de l'emploi et le sauvetage de l'activité de l'entreprise

480. Le droit du licenciement pour motif économique met en tension la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi. Ce régime propose de tenir compte des circonstances économiques afin

[1408] Le droit du licenciement pour motif personnel ne connaît pas de régime particulier en droit des entreprises en difficulté.
[1409] BAILLY (P.), « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. pal.*, n° 313, nov. 2008, p. 3.

de justifier le besoin de supprimer des emplois. Mais, aussi, il apparaît au carrefour de deux objectifs du droit des entreprises en difficulté : le maintien de l'activité et le maintien de l'emploi. L'agencement de ces deux objectifs est dépendant de l'importance des difficultés de l'entreprise. C'est ainsi que selon l'importance des difficultés de l'entreprise et le moment de la procédure, le régime des licenciements économiques apparaît modulé par le droit des entreprises en difficulté afin de tenir compte de l'équilibre à trouver entre maintien de l'emploi et suppressions d'emplois nécessaires. Ainsi, lorsque le législateur veut faire des licenciements économiques une solution exceptionnelle, ils répondent en grande partie au droit commun (A). En revanche, le droit des entreprises en difficulté institue un régime simplifié pour faciliter les suppressions d'emplois nécessaires pour remédier à la situation de difficulté de l'entreprise (B).

A- Le caractère exceptionnel du licenciement dans la procédure collective, conséquence du principe du maintien de l'emploi

481. L'ouverture d'une procédure collective n'a pas pour effet de porter atteinte aux contrats de travail. Le principe est en effet celui du maintien des contrats de travail, forces vives de l'entreprise. Au sein de certaines procédures et à certains moments, le maintien des emplois n'entre pas encore en contradiction avec ce que requiert le maintien de l'activité de l'entreprise. Pour cette raison, les licenciements apparaissent exceptionnels et répondent alors en grande partie au droit commun puisqu'il n'y a pas de raison particulière de les faciliter. C'est notamment le cas en procédure de sauvegarde (1°). Le caractère exceptionnel des licenciements semble se révéler par la soumission à une autorisation judiciaire en période d'observation du redressement judiciaire et en cas de maintien provisoire de l'activité de l'entreprise soumise à une liquidation judiciaire (2°).

1°) Le maintien du droit commun en sauvegarde

482. **Présomption de nécessité du maintien des contrats de travail**. Les salariés apparaissent comme des partenaires de l'entreprise[1410], raison pour laquelle la loi de 1985[1411] a fait du maintien des emplois un des objectifs des procédures collectives. Le sauvetage de l'entreprise a pour but de préserver l'acteur économique que représente l'entreprise et, par ce

[1410] BLAISE (H.), « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté », *Dr. soc.*, 1986, p. 449.
[1411] Loi n° 85-98, du 25 janv. 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, JO du 26 janv. 1985, p. 1097.

biais, de préserver des emplois[1412]. L'ouverture d'une procédure collective n'a alors pas d'effet sur les contrats de travail, lesquels échappent à la possibilité offerte à l'administrateur par le Code de commerce de prononcer la résiliation de certains contrats en cours[1413]. C'est ainsi qu'a été jugé que l'ouverture d'un redressement judiciaire n'était pas une cause de rupture du contrat de travail[1414]. Ils continuent donc de plein droit sauf à ce qu'un licenciement puisse être prononcé. Le maintien des emplois apparaît alors consubstantiel au maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté. Par exception, des licenciements peuvent tout de même apparaître nécessaires à la restructuration de l'entreprise en difficulté en sauvegarde. La procédure de sauvegarde étant instituée en faveur des entreprises qui ne sont pas cessation des paiements, elle n'est pas soumise au régime dérogatoire des licenciements pour motif économique, et les licenciements envisagés devront alors répondre au droit commun. L'état de difficulté que connaît une entreprise sous procédure de sauvegarde ne met en principe pas directement sa survie en péril, et donc ne requiert pas que les licenciements économiques soient facilités.

483. **L'appréciation du caractère réel et sérieux du motif économique**. Les licenciements projetés en procédure de sauvegarde devront alors répondre à un motif économique. Afin de concilier le droit à l'emploi avec la liberté d'entreprendre de l'employeur, le droit social soumet le régime du licenciement économique à une certaine exigence de légitimité[1415]. Les licenciements pour motif économique doivent reposer sur une cause réelle et sérieuse[1416]. Ce type de licenciement ne peut être mis en place qu'à la condition que « tous les efforts de formation et d'adaptation aient été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient »[1417]. Selon l'article L. 1233-3, al. 1 du Code du travail, le licenciement économique est celui qui est « effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». À côté des difficultés économiques et des mutations technologiques, la jurisprudence a développé d'autres motifs justifiant un

[1412] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 4.
[1413] C. com., art. L 622-13, VI précise que « les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail » et C. com., art. L. 641-11-1, VI.
[1414] Cass. soc., 5 oct. 1995, n° 96-40.746. V. DERRIDA (F.) « Ouverture du redressement judiciaire et rupture des contrats de travail », *D.*, 2000, p. 6.
[1415] GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, Thèse dirigée par AUZERO (G.), Université de Bordeaux, 2014, p. 333.
[1416] C. trav., art. L. 1233-2.
[1417] C. trav., art. L. 1233-4.

licenciement économique, et notamment la sauvegarde de la compétitivité[1418] et la cessation d'activité[1419].

484. **Les licenciements, une nécessité économique**. En ce sens, les licenciements économiques doivent répondre à un besoin économique de l'entreprise. Pour constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, les difficultés économiques rencontrées doivent être vérifiables et suffisamment importantes pour nécessiter des suppressions d'emplois. Par exemple, des pertes financières importantes accompagnées d'un sous-emploi de certains équipements[1420], ou une situation de surendettement bancaire accompagnée d'une baisse importante du chiffre d'affaires[1421] ou encore l'existence d'une situation qui a conduit l'entreprise en redressement judiciaire[1422], ont été considérées par la jurisprudence sociale comme des causes réelles et sérieuses justifiant le recours à des licenciements économiques. Afin de vérifier l'importance des difficultés économiques de l'entreprise, la Haute juridiction prescrit un contrôle de proportionnalité entre la situation économique invoquée par l'employeur et l'effet produit sur l'emploi des salariés[1423]. En procédant de la sorte, la jurisprudence sociale réduit le risque que le régime du licenciement économique soit utilisé comme un instrument de gestion afin de réduire la masse salariale d'une entreprise prospère[1424]. La réorganisation de l'entreprise peut aussi constituer un motif économique si elle est effectuée pour sauvegarder sa compétitivité[1425]. Par exemple, une réorganisation est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise lorsqu'est constatée une situation défavorable de l'entreprise face aux autres opérateurs, et notamment aux banques, tant en ce qui concerne le taux de change que des frais d'acquisition et d'administration menaçant à terme sa survie[1426].

2°) La soumission du prononcé des licenciements à une autorisation judiciaire

485. **Une autorisation conforme à l'esprit des procédures collectives**. Le principe de maintien des emplois dans l'entreprise en difficulté se révèle aussi à travers le recours à une

[1418] Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690.
[1419] Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-44.647. SAVATIER (J.), « La cessation d'activité de l'entreprise motif économique de licenciement », *Dr. soc*., 2001, p. 413.
[1420] Cass. soc., 12 déc. 1991, Bull. civ. V, n° 581.
[1421] Cass. soc., 30 sept. 1997, Bull. civ. V, n° 292 et 293 ; *Dr. soc*. 1997, p. 1103, obs. BELIER (G.).
[1422] Cass. soc., 24 avr. 1990, Bull. civ. V, n° 191 ; Cass. soc., 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 511.
[1423] Ex : Soc., 2 juin 1993, Bull. civ. V, n° 154 ; Cass. soc., 6 juil. 1999, Bull. civ. V, n° 327. 2 Cass. soc., 26 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 405.
[1424] GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, *op. cit.*, p. 350.
[1425] Cass. soc., 5 avril 1995, Société Thomson Tubes et Displays, n° 93-42.690, voir PELISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.) et DOCKES (E.), *GADT*, 7e éd., Dalloz, n° 114-116, p. 525.
[1426] Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-45.114 et n° 06-40.233, V. note WAQUET (P.), « Licenciement pour motif économique et sauvegarde de la compétitivité », *RDT,* 2007, p. 456.

autorisation judiciaire pour les licenciements économiques décidés en période d'observation d'un redressement judiciaire, ainsi qu'en cas de décision de maintien provisoire de l'activité en liquidation judiciaire. Cette autorisation judiciaire déroge au droit commun du licenciement qui ne prévoit en principe aucune autorisation pour que l'employeur puisse prendre sa décision de licencier. En soumettant le prononcé des licenciements économiques à l'autorisation du juge-commissaire, le droit des procédures collectives établit une différence de contrôle de la décision de licencier dans une entreprise défaillante et dans une entreprise qui ne l'est pas[1427].

486. On peut voir dans cette autorisation l'expression du caractère judiciaire de la procédure mêlée à la volonté de garantir le respect de l'objectif de maintien des emplois. La période d'observation est gouvernée par le principe de la préservation des emplois indispensables à la poursuite de l'activité économique de l'entreprise. Les licenciements doivent alors apparaître exceptionnels[1428]. L'instauration de cette autorisation s'oppose « à la relative liberté de l'employeur reconnue par le Code du travail »[1429] puisque, en principe, l'employeur peut décider seul des licenciements et les juges n'auront de prise que sur l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement. Mais le débiteur en redressement judiciaire n'est plus tout à fait maître de sa gestion, et la rupture d'un contrat de travail ne constitue pas un acte de gestion courante que le débiteur pourra accomplir seul au sens de l'article L. 622-3 du Code de commerce.

487. En liquidation judiciaire, seul le liquidateur est en mesure de procéder aux licenciements, le débiteur étant totalement dessaisi de la gestion de son entreprise. Si le maintien provisoire de l'activité d'une entreprise en liquidation judiciaire est décidé, la protection des emplois est réalisée dans l'optique de favoriser une éventuelle cession. C'est pour cela que les licenciements économiques envisagés dans ce cadre sont soumis au même régime, et devront recueillir une autorisation judiciaire[1430]. Ainsi, au regard du droit des entreprises en difficulté, la nécessité d'une autorisation du juge-commissaire pour procéder à des licenciements apparaît cohérente dans ce contexte.

[1427] Cons. const., 28 mars 2013, déc. n° 2013-299 QPC, JO du 30 mars 2013, p. 5459 ; RADÉ (C.), « Les entreprises en difficulté ne sont pas de entreprises comme les autres (à propos de la décision n° 2013-299 QPC du 28 mars 2013) », *Lexbase hebdo*, éd. soc. N° LXB E9340ESQ.

[1428] MAGGI-GERMAIN (N.), « La dualité contentieuse tribunal de commerce — conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprises », *LPA*, 1998, n° 96, p. 3 ; BLAISE (H.), « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté », *Dr. soc.*, 1985, p. 450 ; BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, thèse sous la dir. de PORACCHIA (D.), PUAM, 2006.

[1429] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 705.

[1430] L'al. 3 de L. 641-10 C. com. applicable en cas de maintien provisoire de l'activité de l'entreprise placée en liquidation judiciaire renvoie à L. 631-17 du même code.

488. **Caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements.** Pour autoriser les licenciements économiques dans ces situations, le juge-commissaire doit s'assurer qu'ils présentent un « caractère urgent, inévitable et indispensable »[1431]. Ces adjectifs manifesteraient « le souci du législateur de ne s'incliner que devant la nécessité absolue »[1432], et d'éviter que l'ouverture d'une procédure collective ne soit l'occasion de licenciements massifs[1433]. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté subordonne le prononcé de licenciements à leur stricte nécessité pour assurer la pérennité de l'entreprise[1434].

489. Concernant l'appréciation de ces critères, il est ressorti de débats parlementaires qu'ils devaient être analysés par rapport à la productivité de l'entreprise et l'origine des difficultés. « Ainsi, si la productivité est efficiente et que la cause des difficultés trouve son origine, non pas dans un sureffectif, mais dans la perte d'un client, une baisse du prix des matières premières ou encore une variation des taux de change, les licenciements ne pourraient être qualifiés d'urgents et inévitables »[1435]. Par exemple, des juges ont considéré que « la vitesse de dégradation de la situation financière de l'entreprise en l'espace de quelques mois » était de nature à justifier l'autorisation délivrée par le juge-commissaire de licencier près d'un tiers du personnel[1436].

490. **Le caractère économique des licenciements présumé en période d'observation**. Certains estiment que les licenciements urgents, inévitables et indispensables, sont en réalité des licenciements pour motif économique renforcé[1437]. En conséquence, les licenciements économiques seraient soumis à un contrôle plus fort en procédure collective que dans les entreprises *in bonis*. Néanmoins, cette interprétation mérite d'être nuancée. En réalité, le contrôle exercé par le juge-commissaire serait plus réduit, car les ordonnances d'autorisation de licencier ne font aucune mention des causes économiques ni des conséquences matérielles sur l'emploi. Les difficultés économiques semblent présumées dès lors que l'entreprise est placée en période d'observation du redressement judiciaire. En outre, des réserves peuvent être émises quant à la réalité du contrôle de la réunion des critères d'urgence, indispensable et inévitable, car il n'est pas exclu que, influencé par la situation de crise de l'entreprise en

[1431] C. com., art. L. 631-17.
[1432] DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd. 1991, n° 141, p. 89.
[1433] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n° 704.
[1434] SPORTOUCH (J.-M.), « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires », *Dr. soc*., 1992, p. 787.
[1435] Déclaration de Robert Badinter, Garde des Sceaux, JOAN, 9 avril 1984, p. 1285.
[1436] T. com. Versailles, 17 nov. 1986 ; *Rev. proc. coll*. 1987, n° 9, p. 33, obs. LANGLOIS (Ph.).
[1437] LANGLOIS (Ph.) « Divorce du droit social et du droit du redressement judiciaire ? », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 421.

procédure collective, le juge-commissaire donne l'autorisation des licenciements sans grande vérification des critères[1438].

B- L'instauration d'un régime simplifié des licenciements économiques dérogatoires pour les entreprises en cessation des paiements

491. La situation de difficulté économique suffisamment importante pour amener l'entreprise en cessation des paiements conduit à reconsidérer l'équilibre entre les emplois et les besoins de l'entreprise. Les licenciements économiques apparaissent plus que jamais comme un levier pour sauvegarder l'activité de l'entreprise quand cela est encore possible ou pour la liquider lorsque cette dernière n'a plus de chance de pouvoir être sauvée. Face à la situation particulière que représente l'entreprise en difficulté, le droit des procédures collectives instaure un régime simplifié des licenciements économiques pour les plans de redressement et de cession ainsi qu'en liquidation judiciaire (1°). Le besoin de respecter les délais de prise en charge par l'Association pour la gestion du régime des Garanties des créances des Salariés (AGS) conduit à alléger la procédure de licenciement (2°).

1°) L'autorisation judiciaire implicite des licenciements économiques

492. Pour effectuer des licenciements à l'occasion d'un plan de redressement, de cession ou en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise, la décision appartient toujours à l'autorité judiciaire et non à l'employeur. Néanmoins, l'autorisation n'apparaît dans ces circonstances qu'implicite et la plupart des contrôles relatifs à ces licenciements sont éludés par les aspects économiques des plans permettant de sauver l'entreprise.

493. **Les licenciements prévus au sein des plans de redressement et de cession**. Certes, le Code de commerce prend en compte le maintien des emplois lors de la mise en œuvre des plans puisqu'il prévoit que « le projet de plan expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité »[1439] et qu'il est précisé, que « la cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés (…) »[1440]. Toutefois,

[1438] En ce sens, BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, *op. cit.*, n° 21 ; MAGGI-GERMAIN (N.), « La dualité contentieuse tribunal de commerce — conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprises », *LPA*, 1998, n° 96, p. 3.
[1439] Selon l'al. 3 de l'article L. 626-2, C. com applicable au plan de redressement par renvoi à L. 631-19 du même code.
[1440] C. com., art. L. 642-1.

des règles facilitent la réalisation des licenciements. Les projets de plan de redressement ou de cession doivent prévoir et justifier les perspectives d'emploi[1441]. Pour cela, doit être envisagée l'évolution des effectifs nécessaire au sauvetage de l'entreprise lequel prime sur le maintien des emplois lorsque l'entreprise est en cessation des paiements. Le sauvetage de l'activité de l'entreprise va justifier et peut rendre indispensables des licenciements[1442]. Effectivement, « l'équilibre (de la protection de l'emploi et de la poursuite d'activité) est fragile (…), parce que la survie de l'entreprise est, en définitive, prioritaire lorsqu'elle est envisageable, et qu'elle peut alors imposer des pertes d'emplois immédiates pour garantir l'avenir, tant il est évident que la meilleure des procédures ne peut suffire à garantir une bonne situation économique de l'entreprise sans laquelle tout redressement est exclu »[1443].

494. Lorsqu'il est question de trouver des solutions afin de redresser l'entreprise, le droit social cède en partie la place au droit des entreprises en difficulté pour contrôler les licenciements pour motif économique[1444]. Le tribunal de la procédure exerce un contrôle assoupli du motif économique des licenciements. Contrairement au juge-commissaire[1445], le tribunal ne dispose d'aucun critère légal pour apprécier le bien-fondé des licenciements envisagés par les projets de plan et se contente d'entériner la décision de l'administrateur qui détermine le nombre de licenciements pour motif économique qu'il estime nécessaire au succès du plan de redressement. De même, il se contente de valider le projet de plan de reprise du cessionnaire qui fixe le nombre de contrats de travail qu'il entend poursuivre[1446]. Si, en principe, la cession d'une entreprise emporte le transfert automatique des contrats de travail[1447], le Code de commerce prévoit que le plan de cession précise les licenciements pour motif économique[1448].

495. L'autorisation est alors implicite lorsque le tribunal arrête les plans de redressement ou de cession, lesquels sont principalement orientés vers le sauvetage de l'entreprise en tenant compte de considérations d'ordre comptable, financière et économique sur les difficultés de

[1441] C. com., art. L. 626-2, applicable au plan de sauvegarde est également applicable au plan de redressement en application du renvoi opéré par l'article L. 631-19, I, C. com. ; art. L. 642-2, C. com. pour le plan de cession.
[1442] En ce sens, BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, *op. cit.*, n° 24.
[1443] BAILLY (P.), « Les objectifs du droit des procédures collectives en matière d'emploi », *RLDA*, 2012, n° 75, p. 56.
[1444] GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, *op. cit.*, p. 663.
[1445] V. *supra* n° 489.
[1446] GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, *op. cit.*, p. 684.
[1447] En application de L. 1224-1 C. trav. et de la directive CE 2001/23 du 12 mars 2001 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.
[1448] C. com., art. L. 642-5, al. 4.

l'entreprise[1449]. Les licenciements n'apparaissent que comme une variable permettant de redresser l'entreprise et ne sont qu'une « arme au service du plan »[1450], et le motif économique de ces licenciements devient incontestable en vertu de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement arrêtant le plan. Effectivement, lorsqu'un plan de cession autorise des licenciements, l'administrateur en charge de les notifier doit faire référence à cette décision pour que le licenciement ne soit pas considéré comme sans cause réelle et sérieuse[1451]. Cette mention lie ensuite le Conseil des prud'hommes qui, sauf cas de fraude, n'est plus en mesure de statuer sur la réalité du motif[1452].

496. **La liquidation judiciaire, des licenciements inévitables**. De la même façon, les licenciements en liquidation judiciaire sans maintien provisoire de l'activité ne nécessitent pas d'autorisation judiciaire explicite. Elle résulte implicitement[1453] du jugement d'ouverture de la liquidation dans la mesure où l'article L. 641-4, al. 4 du Code de commerce prévoit que le liquidateur procède aux licenciements « en application de la décision ouvrant ou prononçant la liquidation ». En prononçant la liquidation judiciaire, le tribunal donne implicitement mission au liquidateur de procéder aux licenciements des salariés[1454]. La cessation définitive et totale de l'activité qu'entraîne l'ouverture d'une liquidation judiciaire constitue un motif économique incontestable et suffisant[1455]. Le Code du travail[1456], depuis la loi du 8 août 2016, dite loi Travail[1457], fait de la cessation d'activité de l'entreprise un motif de licenciement économique. Ce motif rend compte de la liberté d'entreprendre de l'employeur, laquelle implique de pouvoir cesser son activité[1458]. Cette cause de licenciement économique est considérée comme autonome**,** c'est-à-dire que « la cessation d'activité de l'entreprise constitue en soi une cause de licenciement économique, nonobstant l'absence de difficultés économiques ou d'une menace

[1449] V. C. com., art. L. 642-2 sur le contenu du plan de cession, et L. 626-3 sur le contenu du plan de redressement.
[1450] BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, *op. cit.*, n° 26.
[1451] Cass. Ass. plén., 24 janv. 2003, n° 00-41.741, Bull. n° 1.
[1452] Cass. Soc. 9 juil. 1996, n° 93-41.877, D. 1997, p. 60 pour l'ordonnance du juge-commissaire ; Cass. soc. 18 nov. 1998, n° 86-40.648, Bull. civ. V, n° 500 ; voir cependant en cas de fraude : Cass. Soc. 8 déc. 2004, n° 02-44.045, *RJS*, 2005, n° 145 : pour le plan de cession. V. FIN-LANGER (L.), « La rupture pour motif économique », *Le Droit Ouvrier*, août 2017, n° 829, p. 469.
[1453] BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, *op. cit.*, n° 27.
[1454] C. com., art. L. 641-4 en vertu duquel le liquidateur procède aux licenciements pour motif économique « en application de la décision ouvrant ou prononçant la liquidation ».
[1455] Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-43.453.
[1456] C. trav., art. L. 1233-3, 4°.
[1457] Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.
[1458] GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, *op. cit.*, p. 378.

sur sa compétitivité »[1459]. Ainsi, le jugement de liquidation judiciaire, sans maintien provisoire de l'activité, rend la cause du licenciement définitivement acquise[1460].

2°) L'accélération de la procédure de licenciement

497. Principalement, pour tenir compte des délais de la garantie de l'AGS, la procédure des licenciements est allégée en droit des entreprises en difficulté. Cet allègement se répercute sur la procédure de consultation et d'information des institutions représentatives du personnel et de l'Administration du travail, et a pour corollaire un abandon partiel des garanties accordées au salarié lors de la procédure de licenciement[1461].

498. **Contrôle allégé des institutions représentatives du personnel**. Le Code du travail prévoit une consultation obligatoire du comité social et économique sur tout projet de restructuration et de compression d'effectifs[1462]. Certains auteurs considèrent que la consultation et l'information des institutions représentatives du personnel et de l'Administration du travail ralentissent la procédure collective[1463]. Il reste que l'arrêté du plan et donc l'autorisation implicite des licenciements envisagés ne peuvent avoir lieu sans que le représentant du comité social et économique ait été entendu ou dûment appelé[1464]. Mais, dans la perspective de répondre au besoin de célérité du droit des procédures collectives, la procédure d'information-consultation[1465] du comité qui doit être mise en place par l'employeur[1466] est aménagée. Cette procédure, qui ne s'applique pas aux licenciements économiques intervenant dans le cadre d'un plan de sauvegarde, lequel reste soumis au droit commun, comporte des délais considérablement raccourcis[1467]. Les délais de consultation du comité social et économique[1468] sont ramenés à huit jours à compter de la dernière réunion du comité.

[1459] Circulaire Direction générale du travail 07/2012, 30 juill. 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés.
[1460] Cass. soc. 2 mars 2004, n° 12-41.932, Bull. civ. V, n° 67 : « La lettre de licenciement pour motif économique émanant du mandataire judiciaire liquidateur est suffisamment motivée dès lors qu'elle vise le jugement de liquidation en application duquel il est procédé au licenciement ».
[1461] FAVENNEC-HERY (F.), « Contrat de travail et droit des entreprises en difficulté », *SSL*, 1995, n° 753, p. 2.
[1462] C. trav., art. L. 2312-8, II, 1°, vise « les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ».
[1463] BOYER (A.), « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, avr. 2010, p. 8.
[1464] C. com., art. L. 642-5, al. 5, pour la cession ; Art. L. 626-9 applicable au plan de sauvegarde est également applicable au plan de redressement en application du renvoi opéré par l'article L. 631-19, I, C. com.
[1465] Procédure prévue au I de l'article L. 1233-58 C. trav.
[1466] C. com., art. L. 631-19, III et L. 642-5, C. com, précisent que « L'avis du comité social et économique est rendu au plus tard le jour ouvré avant l'audience du tribunal qui statue sur le plan ».

[1468] C. trav., art. L. 1233-57-4, al. 1.

499. **L'exclusion de certaines mesures d'accompagnement**. De même, certaines mesures d'accompagnement social imposées par le droit du travail sont exclues dans les entreprises en difficulté. Tel est le cas du dispositif de la revitalisation des bassins d'emploi prévu par l'article L. 1233-84 du Code du travail, ainsi que le dispositif des congés de reclassement applicable aux entreprises de plus de mille salariés par l'article L. 1233-75 du même code, dans les entreprises en redressement ou liquidation judiciaires.

500. **Notification de l'administrateur ou du liquidateur**. Après l'adoption du plan, les licenciements interviennent sur simple notification de l'administrateur dans le délai d'un mois à compter de la publication du jugement[1469]. Ce délai est réduit à quinze jours en liquidation judiciaire pour le liquidateur qui doit procéder aux licenciements. Ces délais sont imposés en raison de la couverture des créances salariales par l'AGS[1470]. La Cour de cassation semble écarter, sauf fraude, la possibilité pour le juge prud'homal d'apprécier la justification des licenciements économiques décidés dans le cadre d'un plan de redressement en raison de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement arrêtant le plan[1471]. Cette solution est cependant discutée par une partie de la doctrine[1472].

501. Pour conclure, le maintien des emplois est subordonné au maintien de l'activité économique de l'entreprise. Les emplois sont la variable qui permet de jouer sur la poursuite de l'activité de l'entreprise, soit en les maintenant ou en les supprimant. Un régime de licenciement économique est finalement prévu en fonction des difficultés présumées par l'ouverture de la procédure. Les difficultés rencontrées par une entreprise en sauvegarde ne justifieraient pas que les licenciements soient particulièrement facilités. Ce sont donc les règles de droit commun qui s'applique. En revanche, lorsque l'entreprise est en cessation des paiements et qu'il est question de sauver l'entreprise ou de la liquider, les licenciements apparaissent comme un levier de sauvetage ou comme une nécessité en considération de l'arrêt de l'activité de l'entreprise.

[1469] C. com., art. L. 631-19 concernant le plan de redressement et L. 642-5 pour le plan de cession.
[1470] Selon L. 3253-8, 2 ° b) du Code du travail, L'AGS couvre « les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession » et l'article L 3253-8, 2°, c) du Code du travail prévoit que l'assurance couvre « les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation judiciaire ».
[1471] Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-44.647, *RTD Com*., 1999, obs. SAINT-ALARY-HOUIN (C.).
[1472] Sur ce débat, V. AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 36e éd. 2023, n° 567.

§2- Un équilibre bouleversé par l'instrumentalisation des procédures collectives

502. Le lien automatique entre l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et le régime simplifié des licenciements économiques est susceptible de poser des difficultés en raison du risque d'instrumentalisation du droit des entreprises en difficulté. Si le redressement judiciaire ou la liquidation n'est pas économiquement légitime, le bénéfice d'un régime simplifié de licenciement ne l'est pas non plus. Le recours à la procédure collective peut devenir un moyen pour l'entreprise d'améliorer sa rentabilité en bénéficiant de conditions de licenciements plus avantageuses (A). Cette pratique peut, en détournant le système instauré, engendrer des effets indésirables (B).

A- Des licenciements au service de la rentabilité de l'entreprise et au détriment de l'emploi

503. Consciente de l'attrait que pouvait présenter la législation des licenciements pour motif économique pour les employeurs, la jurisprudence sociale a établi certaines protections afin que ce régime ne soit pas utilisé comme un moyen d'accroître la rentabilité au détriment de l'emploi. Ces garde-fous résident dans l'appréciation du motif économique du licenciement, sur sa réalité et son échelle. C'est pourquoi le droit social prévoit que le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse et qu'il prend en compte l'existence du groupe de sociétés pour apprécier ce motif. Or, la difficulté en droit des entreprises en difficulté est justement l'absence de ces garde-fous, prévus par le droit social, qui ouvre la voie à l'instrumentalisation. Les procédures collectives peuvent alors être instrumentalisées pour bénéficier de la législation dérogatoire des licenciements économiques en raison de la reconnaissance automatique du motif économique du fait de l'ouverture d'une procédure collective (1°), et de l'absence de prise en compte de la réalité économique des groupes, de l'unité d'entreprise, qui peuvent alors user de l'autonomie de la personne morale pour accroître leur rentabilité tout en étant protégés des conséquences de leur décision (2°).

1°) La reconnaissance automatique du motif économique des licenciements en procédure collective

504. Il apparaît que le motif économique du licenciement est présumé dès lors que ces licenciements ont lieu dans une entreprise sous procédure collective.

505. **L'influence de l'ouverture de la sauvegarde sur le motif économique.** Bien que la sauvegarde soit soumise majoritairement[1473] au droit commun des licenciements, il n'empêche que la circonstance de l'ouverture de cette procédure n'est pas sans incidence sur la qualification du motif économique. L'absence de régime simplifié des licenciements économiques en sauvegarde peut être questionnée au regard de la logique d'anticipation qui innerve désormais le droit des entreprises en difficulté. L'application du droit commun des licenciements économiques en sauvegarde serait contraire à cette logique en privant le débiteur de ce moyen pour éviter la cessation des paiements qui dépend souvent des charges salariales. Cela constituerait un risque pour la réussite de la procédure étant donné que les coûts et délais de licenciement seront supportés par l'employeur[1474]. Néanmoins, l'application du droit commun dans cette procédure est un choix justifié par le risque que des employeurs soient poussés à demander le bénéfice de cette procédure simplement pour éluder le droit commun du licenciement pour motif économique. Le refus d'instaurer un régime simplifié des licenciements a pour but d'« éviter que des entreprises n'instrumentalisent la sauvegarde pour obtenir des licenciements plus facilement »[1475]. Le maintien du droit commun du licenciement en procédure de sauvegarde révèle une volonté de ne pas faciliter le recours à des licenciements économiques alors que la situation de l'entreprise ne le justifierait pas, et d'éviter par ce biais le dévoiement de cette procédure[1476].

506. Toutefois, l'ouverture d'une procédure collective, même de sauvegarde, n'est pas dénuée d'influence sur le régime de droit commun des licenciements économiques. L'ouverture de la procédure de sauvegarde étant conditionnée à l'existence de difficultés que l'entreprise ne peut surmonter seule, on peut se demander si cela ne facilitera pas, en pratique, l'identification d'une cause économique de licenciement. Les difficultés qui ont justifié l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne sont-elles pas aussi de nature à justifier un motif économique de licenciement ? Il est fort probable que l'ouverture de la sauvegarde facilite, de fait, l'identification d'un motif économique de licenciement.

[1473] Les licenciements économiques décidés en procédure de sauvegarde bénéficient d'une réduction du délai d'instruction de l'administration pour valider le projet de licenciement à huit jours.
[1474] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 703.
[1475] *Ibid*.
[1476] Rapp. AN, n° 2095, par X. de ROUX. Il en ressortait la crainte que la procédure de sauvegarde « ne soit utilisée comme un instrument de gestion de la masse salariale et d'éventuels sureffectifs et de sécuriser des procédures de licenciement [que certains employeurs] jugeraient trop lourdes dans le cadre du droit commun ». En ce sens, HENRY (M.), « Entreprise en difficulté et sauvegarde de l'emploi », *Dr. ouv*., 2007, p. 170 ; VERNAC (S.), « Le droit du licenciement dans la procédure collective », *RDT*, 2007, p. 434 ; en sens opposé V. TEBOUL (G.), « Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 2008, n° 1, p. 7.

507. **L'influence du sauvetage de l'entreprise sur l'appréciation des licenciements**. Pour les licenciements effectués en période d'observation du redressement judiciaire et en cas de maintien provisoire de l'activité en liquidation judiciaire, le juge-commissaire n'est censé autoriser les licenciements que s'ils présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable[1477]. L'appréciation de ces critères se fera à l'aune du sauvetage de l'entreprise, impératif supérieur au maintien des emplois. Si des licenciements économiques peuvent ainsi contribuer au sauvetage de l'entreprise, puisque le maintien provisoire de l'activité de l'entreprise en liquidation judiciaire peut aussi préparer une cession, le juge-commissaire sera enclin à leur reconnaître un caractère urgent, inévitable et indispensable.

508. **Un motif économique acquis en redressement et liquidation judiciaire**. En redressement judiciaire et en liquidation, la cessation des paiements de l'entreprise rendrait déjà le motif économique des éventuels licenciements acquis. Les conditions strictes d'ouverture de ces procédures semblent constituer un frein suffisant à ce que des employeurs ne tentent d'éluder le droit commun du licenciement économique par ce biais. « En redressement judiciaire, la situation du débiteur étant obérée au point qu'il est en cessation des paiements, le risque d'instrumentalisation de la procédure comme moyen rapide de licenciement apparaît moindre »[1478]. De même, concernant la liquidation judiciaire, le régime des licenciements qu'elle offre ne justifierait pas que l'entreprise se sacrifie elle-même en principe. Néanmoins, elle pourrait constituer une bonne alternative pour l'employeur qui souhaiterait mettre fin à son activité. Dans cette hypothèse, « la corrélation automatique entre liquidation judiciaire et caractère réel et sérieux du motif économique constitue donc une alternative sur mesure pour un employeur se trouvant dans l'impossibilité de justifier d'un tel motif »[1479]. Après l'ordonnance définitive du juge-commissaire, il n'est plus possible de contester le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements autorisés[1480].

509. **Le problème de l'instrumentalisation des procédures collectives**. Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective semble faire présumer le motif économique des licenciements projetés, et donc fait tomber un des garde-fous instaurés par le droit social. On peut dès lors considérer que la légitimité des licenciements au sein des procédures collectives est liée inextricablement à la légitimité de l'ouverture de la procédure elle-même. L'instrumentalisation

[1477] C. com., art. L. 631-17.
[1478] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.,* n° 1196.
[1479] DAMMANN (R.), « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives », *D.*, 2012, p. 2212.
[1480] V. Cass. soc., 16 sept. 2020, n° 19-14078.

du droit des entreprises en difficulté a de ce fait un impact sur ces licenciements. Le type de procédure collective ouverte atteste d'un certain niveau de difficulté de l'entreprise et, par ricochet, de la légitimité des licenciements économiques. Mais l'instrumentalisation des procédures collectives amène à reconsidérer le lien entre les difficultés de l'entreprise et l'ouverture de la procédure.

510. Il est vrai que le motif économique des licenciements devrait apparaître acquis lorsque l'entreprise est en procédure collective, puisque cette circonstance témoigne d'un état important de difficultés justifiant des licenciements si cela permet de sauver l'entreprise. Le problème n'est alors pas la présomption du motif économique des licenciements du fait de l'ouverture de la procédure, mais bien les conditions d'ouverture elles-mêmes qui sont la porte aux pratiques instrumentales en ce qu'elles ne reflètent pas toujours la réalité économique de l'entreprise. L'instrumentalisation des procédures collectives revient effectivement à délier l'ouverture de la procédure de la réalité des difficultés rencontrées par l'entreprise. De ce fait, il est possible que, dans certaines circonstances, l'ouverture de la procédure ne soit pas en phase avec la situation réelle de l'entreprise, et pourtant conduira de la même façon à une simplification des licenciements pour motif économique. En somme, c'est l'absence de prise en compte de l'unité d'entreprise comme objet de la procédure, la déconnexion de ses conditions d'ouverture avec ses finalités qui font que le régime des licenciements peut être détourné.

2°) Un risque amplifié par l'absence de prise en compte des groupes

511. **Le contrôle du bien-fondé des licenciements au sein des groupes de sociétés par le droit social**. Afin d'éviter que la législation des licenciements économiques ne soit utilisée par des groupes de sociétés afin de réduire leurs coûts et de délocaliser leur production vers des horizons socialement moins exigeants[1481], la jurisprudence sociale considère que les difficultés justifiant un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel l'entreprise qui envisage des licenciements appartient[1482]. Les juges du fond sont donc tenus d'apprécier *in concreto* l'existence des difficultés économiques au niveau du groupe pour déterminer si les licenciements reposent ou non sur une cause réelle et sérieuse.

[1481] MORVAN (P.), « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 929.
[1482] Le Conseil d'État avait dès 1980 estimé qu'il convenait de prendre en compte la situation du groupe. En ce sens : CE, 18 janv. 1980, n° 10804, publié au Rec. Lebon.

512. En principe, la cessation d'activité de l'entreprise ne constitue un motif de licenciement économique valable qu'à la condition qu'elle ne soit pas due « à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable »[1483]. Constitue une légèreté blâmable selon la jurisprudence sociale, privant le licenciement de cause réelle et sérieuse, le fait que la cessation d'activité d'une société soit due à la décision du groupe auquel elle appartient, malgré ses bons résultats, dans le but de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité au détriment de la stabilité de l'emploi[1484]. Néanmoins, lorsque la cessation d'activité est due à la cessation des paiements de l'entreprise et à sa situation irrémédiablement compromise[1485], comme c'est le cas pour la liquidation judiciaire, aucune faute ne peut être imputée à l'employeur. Cela veut dire que dès lors qu'une liquidation judiciaire est ouverte, les licenciements sont considérés automatiquement comme ayant une cause réelle et sérieuse. Afin de ne pas être inquiétée au niveau du groupe, une société mère a plus intérêt à provoquer la cessation des paiements de sa filiale et donc sa liquidation judiciaire plutôt que de simplement obtenir des licenciements économiques au motif de la cessation d'activité.

513. **La procédure collective, un moyen de détourner le droit social pour les groupes**. Le droit des entreprises en difficulté, en restant fermement attaché au principe de l'autonomie de la personne morale, offre une opportunité aux groupes d'accroître leur rentabilité en se délestant d'emplois et des charges afférents aux licenciements et donc d'échapper au droit social. C'est le scénario qu'illustre parfaitement l'affaire Sodimédical. Comme on l'a vu[1486], la société Sodimédical voulait licencier son personnel dans le cadre d'un plan de sauvegarde pour l'emploi. Mais le Tribunal de grande instance de Troyes a, à plusieurs reprises, refusé le motif économique des licenciements en prenant en compte la situation du groupe, lequel était florissant, pour établir la cause réelle et sérieuse. Pour contourner ces refus, il a alors suffi de provoquer la cessation des paiements de la filiale pour obtenir l'ouverture d'une liquidation judiciaire[1487] rendant ainsi incontestable le caractère économique des licenciements, lequel est apprécié à la seule échelle de la filiale en vertu de la logique sociétaire qui prévaut en droit des entreprises en difficulté.

[1483] Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-14.463 ; Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 12.24.624.
[1484] Cass. soc., 1er févr. 2011, n° 10-30.045 ; CA Toulouse, 9 août 2016, n° 14/03167.
[1485] Cass. soc., 10 juin 2015, n° 14-10.031.
[1486] V. *supra* n° 367.
[1487] Il a été jugé, dans l'affaire Sodimédical, que « lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état ».

514. Ce cas de figure n'est pas anecdotique au sein des groupes de sociétés. C'est la résultante de la « tension fondamentale entre deux logiques : celle du droit social en matière de licenciements et celle du droit commercial en matière de procédure collective »[1488]. La différence de traitement vis-à-vis des groupes de sociétés entre le droit des entreprises en difficulté et le droit social poussent des groupes de sociétés florissants à organiser l'insolvabilité d'une filiale, afin de délocaliser l'activité dans des pays où la main-d'œuvre est moins onéreuse[1489], en échappant à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, tout en transférant les coûts sociaux de sa décision de restructuration à l'Association pour la gestion du régime de garantie de créances des salariés[1490]. Ceci est rendu possible par la dissociation entérinée par le droit des entreprises en difficulté entre le pouvoir économique de la société mère sur le groupe et son absence de responsabilité juridique des conséquences de ses décisions économiques[1491]. « Inadapté, le droit se trouve instrumentalisé »[1492].

B- Les effets de l'instrumentalisation des procédures collectives

515. En raison du lien direct entre l'ouverture d'une procédure collective et le régime simplifié des licenciements, l'instrumentalisation des procédures collectives peut avoir pour effet d'ôter de manière injustifiée certaines garanties aux salariés, donc de porter atteinte à la protection de l'emploi (1°). Les conséquences économiques de ces détournements seront principalement supportées par la collectivité (2°).

1°) L'atteinte aux droits des salariés

516. L'instrumentalisation des procédures collectives a pour effet de bousculer les équilibres instaurés entre les différents intérêts portés par l'entreprise en difficulté. Sous cet angle, le régime simplifié des licenciements économiques représente l'enjeu de préservation des droits des salariés confronté au besoin de sauver les entreprises en difficulté. Mais la légitimité du bénéfice de ce régime n'est plus assurée dès lors que la légitimité même de l'ouverture de la procédure collective peut être mise en doute. Par ricochet, les effets que produiront ces

[1488] DAMMANN (R.), *art. cit.*, *D.*, 2012, p. 2212.
[1489] LACABARATS (A.), « Le licenciement pour motif économique dans les groupes de sociétés », *JCP S.*, 2013, 1436.
[1490] V. MORVAN (P.), *Restructurations en droit social*, *op. cit.*, n° 1548 et s.
[1491] V. LAGARDE (X.), « Mondialisation, restructurations et jurisprudence sociale », *JCP G.*, 2001, n° 51 — 52, I 371, p. 2335.
[1492] MORVAN (P.), *Restructurations en droit social*, *op. cit., loc. cit.*

procédures, les moyens qu'elles offrent au débiteur apparaissent illégitimes, et à plus forte raison lorsque ces effets se produisent au détriment des autres acteurs économiques.

517. **La spoliation du droit au reclassement**. L'instrumentalisation des procédures collectives porte atteinte au droit à l'emploi en permettant un détournement de la protection des salariés instaurée par le droit social. Elle est notamment susceptible de priver les salariés de leur droit au reclassement. En effet, le droit social, lui, exige que les recherches de reclassement s'effectuent également au niveau des diverses sociétés du groupe. Cette règle permet de tenir compte d'une certaine réalité. Dans les groupes de sociétés, il n'est pas rare que ce soit la direction du groupe qui prenne la décision de procéder à des licenciements économiques et, pourtant, il ne pèse sur elle aucune obligation relative à ces licenciements. L'autonomie de la personne morale qui prévaut en procédure collective conduit à ce que seul l'employeur, à savoir la société en cessation des paiements, à l'exclusion des autres sociétés du groupe, soit redevable des obligations de reclassement. N'ayant alors pour interlocuteur qu'une filiale exsangue, avec à sa tête un dirigeant impuissant à contraindre le groupe à accomplir des efforts financiers, les salariés voient ainsi réduites à néant les protections offertes par le droit social[1493].

518. **Le recours limité à la théorie du co-emploi**. Toutefois, les salariés pourraient alors tenter de se prévaloir de la théorie du co-emploi[1494] dans une telle situation. Le but serait alors de faire reconnaître à la société mère la qualité de co-employeur afin de la rendre débitrice des obligations découlant du contrat de travail. Elle serait alors forcée de participer aux recherches de reclassement ou au plan de sauvegarde de l'emploi, ou bien il serait possible d'obtenir une indemnisation de sa part au titre de l'irrégularité de leurs licenciements[1495]. Une jurisprudence de 2011 avait même considéré que « lorsque le salarié a pour co-employeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur

[1493] GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, Thèse dirigée par AUZERO (G.), Université de Bordeaux, 2014, p. 701.
[1494] Développée par l'arrêt FLODOR : Cass. soc. 13 janv. 2010, n° 08-15.776, *D.*, 2010. 1129, note DONDERO (B.) ; *RDT*, 2010. 230, obs. GEA (F.) ; *Dr. soc.*, 2010. 474, note COUTURIER (G.). Sur la notion, V. REYNES (B.), « Groupes de sociétés : la théorie du coemploi », *JCP*, 2012. 1292 ; MORVAN (P.), « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp). Entre employeur et co-employeurs », *JCP S.*, 2010. 1407 ; AUZERO (G.), « Les co-employeurs », *in Les concepts émergents du droit des affaires*, ss. la dir. LE DOLLEY (E.), LGDJ, 2010, p. 43 ; LOISEAU (G.), « Coemploi et groupes de sociétés », *JCP S.*, 2011. 1528
[1495] Ex. jugée dans l'affaire Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, note JAULT-SESEKE (F.), « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », *RDT*, 2007, p. 543

d'activité du groupe dont elles relèvent »[1496]. L'idée derrière cette décision aurait été de « lutter contre les délocalisations en empêchant les fermetures de filiales en France au sein des groupes qui n'éprouvent pas de difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder leur compétitivité par une telle réorganisation »[1497].

519. Par le biais de cette théorie du co-emploi, il est alors possible de rétablir l'organisation du groupe dont la structure économique et financière ne correspond pas toujours à l'organisation du pouvoir[1498]. L'intérêt pour les salariés est que la reconnaissance d'un co-emploi impose la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi tenant compte des moyens de chacun des co-employeurs[1499]. Le plan de sauvegarde de l'emploi vise, en cas de licenciement pour motif économique, à éviter les licenciements ou à en limiter le nombre. Néanmoins, depuis la jurisprudence MOLEX[1500], la Cour de cassation n'admet que rarement une situation de co-emploi[1501]. Traditionnellement, la situation de co-emploi pouvait être déterminée en caractérisant un lien de subordination entre les salariés et le prétendu co-employeur. Mais de nombreuses critiques au sujet de la portée excessive du co-emploi ont amené la jurisprudence à distinguer la triple confusion d'activités, d'intérêts et de direction de la simple communauté d'intérêts et d'activités résultant de l'appartenance à un groupe[1502]. La doctrine voit alors dans le nouveau mouvement jurisprudentiel une limitation importante, si ce n'est une « neutralisation » de la théorie du co-emploi[1503].

520. Effectivement, depuis trois arrêts de 2016[1504], les commentateurs reconnaissent que la théorie du co-emploi est désormais limitée « à des situations très spécifiques, répondant à des critères très rigoureux et qui sans doute ne seront réunis que dans un très petit nombre de situations »[1505]. Le co-emploi entre sociétés d'un même groupe ne peut être caractérisé que dans

[1496] Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-69199 ; NEAU-LEDUC (Ch.), « Co-emploi et licenciement économique : le groupe de sociétés sous pression », *RDC*, 2011, n° 3, p. 901 ; DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.), « La caractérisation d'une situation de coemploi et ses effets sur l'appréciation de la cause économique des licenciements », *LEDEN* n° 3, mars 2011, p. 6.
[1497] MORVAN (P.), « La mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale dans un groupe », *BJS*, n° 3, mars 2011, p. 215. V. BAILLY (P.), rapp. sur Cass. Soc., 18 janv. 2011, n° 09-69199, *SSL*, 24 janv. 2011, n° 1476, p. 6.
[1498] En ce sens, GAURIAU (B.), « Le co-employeur », *Dr. soc*., 2012, p. 995.
[1499] Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-12.278 : *D.*, 2012. 901, obs. LOKIEC (P.) et PORTA (J.).
[1500] Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15.208.
[1501] En ce sens, MORVAN (P.), « L'identification du coemployeur », *JCP S.*, 2013, 1438 ; CESARO (J.-F.), « Le coemploi », *RJS*, 2013, p. 3.
[1502] CAVALIER (J.), « Vers une régulation de la théorie du co-emploi ? », *LEDEN*, n° 1, janv. 2014, p. 7.
[1503] V. TAGLIARINO-VIGNAL (N.), « Théorie du coemploi : entre précision et imprécision ou comment donner et retenir ? », *BJE* n° 2, mars 2016, p. 125 ; CAFFIN-MOI (M.), « Le co-emploi dans les groupes : une théorie de plus en plus… théorique », *Gaz. pal.*, n° 23, juin 2018, p. 60 ; MOUIAL-BASSILANA (E.), « Où la théorie du coemploi semble définitivement neutralisée », *LPA*, n° 110, juin 2016, p. 13.
[1504] Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 14-26541, n° 14-27266, n° 15-15481.
[1505] LABORDE (J.-P.), « Théorie du co-emploi : la porte (très) étroite », *BJS* n° 10, oct. 2016, p. 597.

une pure et simple immixtion d'une des sociétés dans la gestion de l'autre et non pas seulement dans la coordination des actions économiques des membres du groupe, voire dans la domination de l'une des sociétés sur les autres »[1506]. Désormais, c'est une immixtion dans la gestion de la société par la société mère[1507] qui doit être caractérisée à l'aune de trois critères. Ces derniers sont la confusion d'intérêts, d'activités et de direction, sans « qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés »[1508]. Il a bien été précisé par la suite que le soutien financier d'une société mère à sa filiale ne la rend pas co-employeur[1509]. Il y a fort à parier que les groupes de sociétés qui organisent l'insolvabilité de leur filiale seront attentifs à ne pas remplir les conditions du co-emploi. Les ressources des autres sociétés ne seront ainsi pas prises en compte pour l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, et les salariés ont ainsi moins de chances d'échapper aux licenciements, dont la cause économique est devenue indiscutable. Des salariés qui auraient pu être reclassés au sein du groupe sont alors menacés de perdre leur emploi.

2°) Le coût des licenciements supporté par la collectivité

521. L'Association pour la Gestion du régime d'assurance des créances des Salaires (AGS) garantit les créances salariales de rupture des contrats de travail dans les entreprises en difficulté[1510]. Elle garantit notamment le paiement des créances salariales résultant de la rupture des contrats de travail intervenant « pendant la période d'observation, dans le mois suivant l'arrêt d'un plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, et dans les quinze, ou vingt et un jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré suivant le jugement de liquidation »[1511]. Après avoir payé les salariés, elle est subrogée dans leurs droits et a vocation à se faire rembourser dans le cadre de la procédure collective[1512]. Mais, face à une filiale vidée de ses actifs par sa société mère, le recouvrement de ses avances demeure purement théorique[1513]. Les conséquences financières de la rupture de l'ensemble des contrats de travail seront alors assumées par l'AGS[1514]. Le droit des procédures collectives offre le moyen d'abuser de l'AGS en lui faisant supporter le coût de licenciements prévus dans le cadre d'un

[1506] LABORDE (J.-P.), « Théorie du co-emploi : la porte (très) étroite », *BJS* n° 10, oct. 2016, p. 597.
[1507] DAMMANN (R.), *art. cit.*, *D.*, 2012, p. 2212.
[1508] Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 10-12.278 : *D.*, 2012. 901, obs. LOKIEC (P.) et J. PORTA (J.).
[1509] Cass. soc. 7 mars 2017, n° 15-16.865.
[1510] C. trav., art. L. 3253-6 et L. 3253-8.
[1511] C. trav., art. L. 3253-8, 2° et L. 3253-12.
[1512] C. trav., L. 3253-16.
[1513] DAMMANN (R.), *art. cit.*, *D.*, 2012, p. 2212.
[1514] GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, *op. cit.*, p. 701.

groupe pour améliorer sa propre rentabilité. Le problème est bien illustré dans l'affaire Sodimédical[1515] : l'ouverture de la procédure collective présente pour le groupe un moyen de s'exonérer des contraintes imposées par le Code du travail pour licencier pour motif économique les salariés du site fermé, tout en faisant supporter la charge à la collectivité[1516]. Effectivement, les moyens juridiques de l'AGS ne permettent pas, en pratique, de recouvrer ses créances. Or, les fonds de l'AGS proviennent de cotisations versées par les entreprises, cela revient donc à faire assumer la charge des licenciements par la collectivité des entreprises. La prise en charge illégitime des licenciements par l'AGS est un effet de l'instrumentalisation des procédures collectives.

522. En l'état actuel du droit, et dans la situation d'une liquidation clôturée pour insuffisance d'actif, l'AGS ne peut envisager de recouvrer ses avances qu'à condition que le liquidateur décide d'engager une action en responsabilité pour insuffisance d'actif[1517] contre la société mère, reconnue dirigeant de fait[1518]. Elle ne peut décider d'agir elle-même, même en cas de carence du liquidateur. Si le liquidateur n'entreprend pas une telle action, elle ne pourra compter que sur les contrôleurs, qui à la majorité, pourront se substituer au liquidateur[1519]. L'action d'un contrôleur dans l'intérêt collectif des créanciers n'est recevable qu'après mise en demeure adressée au mandataire ou au liquidateur par lettre recommandée avec avis de réception, restée infructueuse pendant deux mois à compter de la réception de celle-ci[1520]. Pour ces raisons, il est parfois avancé que cette action n'a guère d'effet dissuasif à l'égard de la société mère fautive[1521]. C'est pourquoi un auteur propose de conférer à l'AGS un droit d'action propre à l'encontre de la société mère dans le but de recouvrer les sommes qu'elle a avancées[1522].

Conclusion de la section

523. Le traitement des licenciements économiques au sein du droit des entreprises en difficulté est dans la dépendance de la procédure collective ouverte et du moment de la procédure, révélatrice, en principe, d'un certain état de difficulté. L'ouverture d'une procédure collective exerce une influence déterminante sur le motif économique des licenciements et elle

[1515] Cass. Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026, P.
[1516] FIN-LANGER (L.), « Rejet d'une demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire en raison d'un détournement de cette procédure pour licencier les salariés à moindre coût », *APC*, n° 8, mai 2011, alerte 116.
[1517] Action en responsabilité pour insuffisance d'actif prévue par C. com., L. 651-2.
[1518] A été considérée comme dirigeant de fait, une société mère qui exerce une influence prédominante sur sa filiale et sur les responsables de celle-ci : CA Aix-en-Provence, 26 mai 1981, *RJ com*. 1981, 344. De même s'agissant d'une holding : CA Paris, 7 fév. 1997, *Bull. Joly*, 1997, 480, note DAIGRE (J.).
[1519] C. com., L. 622-20.
[1520] C. com., art. R. 622-18.
[1521] DAMMANN (R.), *art. cit.*, *D.*, 2012, p. 2212.
[1522] *Ibid*.

a alors tendance à ôter tout contrôle de la cause réelle et sérieuse des licenciements. Si ce schéma apparaît conforme à l'idée qu'on peut se faire d'un certain équilibre entre le droit à l'emploi et le maintien de l'activité économique de l'entreprise, le risque d'instrumentalisation des procédures collectives bouleverse cet équilibre en ôtant la légitimité de l'ouverture même de la procédure collective, et donc du traitement des licenciements économiques dans ce cadre. L'instrumentalisation, en remettant en cause la légitimité de la mesure de traitement des difficultés, remet en cause la légitimité de l'octroi des régimes spécifiques prévus au sein de la procédure en considération des difficultés de l'entreprise. En plus de permettre une mise à l'écart illégitime du droit social, l'instrumentalisation des procédures collectives a pour effet de faire peser un poids économique sur les employeurs cotisants alors qu'il est possible que la situation de l'entreprise, dans son unité, ne justifie pas l'application d'une telle règle. Le chômage des salariés qui n'auront pas pu bénéficier d'un plan de sauvegarde de l'emploi pèsera sur la collectivité, de la même manière que toutes les indemnités de licenciement.

Section 2 : Le dérèglement du marché par l'instrumentalisation des procédures collectives

524. Le droit des entreprises en difficulté entre aussi en interaction avec le droit de la concurrence en raison de leurs actions respectives sur le marché. Bien que pouvant apparaître contraires à la logique de la concurrence lorsque le droit intervient pour sauver des entreprises que le marché semblait avoir condamnées, ces deux droits contribuent, chacun à sa manière, à la préservation du tissu économique. Le sauvetage de l'entreprise prôné par le droit des entreprises en difficulté, et la liberté de la concurrence, que le droit de la concurrence s'évertue à préserver ne sont que des moyens de préserver le tissu économique selon que l'entreprise est en difficulté et sous procédure ou qu'elle ne rencontre pas de difficulté justifiant sa soumission aux règles du droit des entreprises en difficulté. En ce sens, le contexte de difficulté de l'entreprise justifierait la mise à l'écart de la liberté de la concurrence. Faire des entorses à la liberté de la concurrence lorsque l'entreprise est en difficulté, ou l'acteur économique, l'entrepreneur, vise à préserver le tissu économique. Les exceptions à la liberté de la concurrence que représentent les procédures collectives sont alors justifiées au regard de la préservation du marché (§1). Si les règles du droit des entreprises en difficulté ne procurent pas d'avantages concurrentiels véritables en ce qu'elles s'appliquent à des entreprises en difficulté, l'instrumentalisation de ce droit fait des procédures collectives un facteur de concurrence

déloyale. L'instrumentalisation des procédures collectives ôte la légitimité des fondements de l'alternative entre sauvetage de l'acteur économique et liberté de la concurrence. Elle permet à des débiteurs de bénéficier des mesures de sauvetage alors que leur situation économique réelle ne justifierait pas nécessairement de les soustraire à la liberté de la concurrence. Elle remet alors en cause le fait que les mesures de sauvetage soient les plus appropriées pour minimiser les atteintes au marché économique (§2).

§1- Les procédures collectives, exception à la libre concurrence au service de la préservation du marché économique

525. En tant que droits économiques, le droit de la concurrence et le droit des entreprises en difficulté entretiennent des rapports étroits, puisqu'ils contribuent, chacun à sa manière, à la préservation du marché et à sa bonne santé en considérant l'acteur principal du marché, l'entreprise (A). Le législateur du droit de la concurrence étant guidé par un pragmatisme économique pose des exceptions à la libre concurrence lorsqu'elles sont justifiées économiquement. C'est pour cela qu'à certaines conditions, le sauvetage de l'entreprise en difficulté est reconnu comme plus efficient que le respect de la libre concurrence pour préserver le marché sur le long terme. Les exceptions prévues par le droit de la concurrence laissent à penser que la législation du droit des procédures collectives doit être perçue comme l'une de ces exceptions, sans pour autant être contraire à l'esprit du droit de la concurrence (B).

A- Le droit des entreprises en difficulté face à la concurrence

526. Malgré une sorte de contradiction apparente, les règles du droit des entreprises en difficulté ne réalisent pas de véritables entorses aux règles de la concurrence (1°). Le droit des entreprises en difficulté et le droit de la concurrence opèrent en réalité comme deux voies différentes tendues vers le même but économique, la préservation de la structure du marché (2°).

1°) La liberté de la concurrence face au sauvetage de l'entreprise en difficulté

527. **Une opposition apparente**. Hormis concernant les aides publiques, le législateur du droit des entreprises en difficulté ne semble pas se soucier de l'impact de ce droit sur la concurrence. Si, pour l'analyse des plans de cessions, la sauvegarde des emplois est un critère

décisif dans le choix du repreneur[1523], à aucun moment le Code de commerce ne prévoit de tenir compte des effets de ce plan sur la concurrence[1524], de considérer son impact sur le marché et les autres concurrents, en opposition avec l'approche adoptée par le droit de la concurrence[1525]. Pourtant, leurs effets respectifs peuvent apparaître en contradiction. L'application des règles du droit des entreprises en difficulté met à mal la liberté de la concurrence en ce qu'elle va tenter de sauver une entreprise, que la libre concurrence a conduit à la défaillance, ou a minima, qui l'a mise en difficulté. C'est pour cela que « si le droit de la concurrence et le droit des entreprises en difficulté participent tous les deux à l'ordre public économique, leurs objectifs demeurent diamétralement opposés »[1526]. L'objectif du droit des entreprises en difficulté de secourir les entreprises en difficulté se révèle contraire à la logique concurrentielle[1527]. Le traitement collectif des difficultés qu'il met en place et son caractère judiciaire contrarient le processus de sélection économique naturelle qui s'opère sur le marché[1528]. Son opposition à l'économie de marché en fait un droit anticoncurrentiel par nature[1529]. L'absence d'efficacité économique du sauvetage de l'entreprise est aussi relevée lorsque cela a pour effet de placer les entreprises saines concurrentes dans une situation défavorable en leur faisant subir pleinement la pression du marché et de la concurrence[1530].

528. **Un objectif commun : élimination des entreprises non viables**. C'est ainsi que les choses sont généralement présentées par la doctrine. Toutefois, tout ceci mérite d'être nuancé. D'abord, concernant les entreprises non viables, le droit de la concurrence comme le droit des entreprises en difficulté conduisent à leur élimination. En effet, la liquidation judiciaire, sauf lorsqu'elle débouche sur un plan de cession, conduit à organiser de la meilleure façon possible la disparition de l'entreprise. Le droit de la concurrence a pour objectif de garantir le libre accès au marché aux entreprises et l'exercice de leurs activités[1531]. Pour cela, les règles de la concurrence organisent les conditions de la libre concurrence en imposant des comportements

[1523] V. C. com., art. L. 642-1 et L. 642-5 pour le choix de l'offre en fonction du maintien de l'emploi.
[1524] MASSON (A.), « La place du droit de la concurrence dans les procédures collectives à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 », *Contr. Concurr. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14.
[1525] FASQUELLE (D.), « L'incidence des difficultés des entreprises sur l'application des règles de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, coll. Etudes, 2006, p. 160.
[1526] ARCELIN-LECUYER (L.), « Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé (à propos de l'affaire "Cœur Défense"), *D.*, 2011, p. 1441.
[1527] MASSON (A.), *art. préc.*
[1528] ARCELIN (L.), « L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence », *RLC.*, n° 1, 1 nov. 2005, p. 153.
[1529] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Entreprises en difficulté et concurrence », *RIDE*, 2/1995. 167.
[1530] FASQUELLE (D.), *art. cit.*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 161.
[1531] JEANTIN (M.), *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Dalloz, 1995, n° 548.

qui sont de l'essence de l'économie de marché[1532] permettant une compétition loyale, libre et équilibrée des entreprises sur le marché. Le droit de la concurrence permet alors aux ajustements économiques de se faire de façon optimale par le libre jeu de l'offre et de la demande[1533]. Fondé sur l'économie de marché, qui se conçoit comme une méthode de transformation et de mutation des structures économiques par la destruction des éléments vieillis et la création d'éléments neufs[1534], le processus concurrentiel entre les acteurs conduit naturellement à l'élimination des entreprises les plus faibles[1535]. Tant qu'il s'agit d'éliminer les entreprises les plus faibles, le droit des entreprises en difficulté évolue en harmonie avec le droit de la concurrence. Donc, en eux-mêmes ces deux droits ne s'opposent pas. Tous deux concourent à l'élimination des entreprises non viables.

529. **Une rupture d'égalité pour les entreprises en difficulté, mais viable** ? Y aurait-il alors une contradiction entre le droit des entreprises en difficulté et le droit de la concurrence s'agissant des entreprises en difficulté, mais viables ? En effet, les règles du droit des entreprises en difficulté leur apportent un soutien en période d'observation et grâce au plan de continuation que d'autres entreprises n'ont pas. L'ouverture d'une procédure collective soustrait partiellement l'entreprise concernée à la libre concurrence le temps de la période d'observation.

530. En favorisant la survie de l'entreprise en difficulté, les règles du droit des entreprises en difficulté peuvent générer des distorsions de concurrence créatrices de difficultés économiques pour les autres entreprises du marché[1536]. Bénéficiant d'avantages par rapport à ses concurrents tout en demeurant dans l'espace concurrentiel, l'entreprise en difficulté peut perturber le marché[1537]. L'ouverture de la procédure collective, elle-même, est porteuse de nombreux effets anticoncurrentiels[1538]. Sous la protection du juge, l'entreprise en difficulté est protégée des conséquences de la concurrence[1539]. L'application des règles d'arrêt des poursuites des créanciers, de l'interdiction des paiements de dettes antérieures, mais aussi celle de l'arrêt du cours des intérêts ou encore la règle de continuation des contrats en cours, sont autant

[1532] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Manuel, 9e éd., 2021, n° 8.
[1533] MASSON (A.), « La place du droit de la concurrence dans les procédures collectives à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 », *Contr. Concurr. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14.
[1534] *Ibid.*
[1535] CHAMPAUD (C.), « Rapport de synthèse », in DEKEUWER-DEFOSSEZ et CHAMPAUD, *Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence : actes de la journée d'étude du 14 décembre 1991*, École des hautes études commerciales du Nord, 1993, p. 139.
[1536] MASSON (A.), *art. préc.*
[1537] FASQUELLE (D.), *art. cit., in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 160.
[1538] *Ibid.*
[1539] CHAPUT (Y.), « Éléments tenant à une organisation juridique et judiciaire du placement » *RID éco.*, 1995, p. 205.

d'avantages accordés à l'entreprise débitrice par rapport à ses concurrents, lesquels demeurent tenus de régler leurs dettes à l'échéance.

531. Ces ruptures d'égalité dans la concurrence ne se cantonnent pas à la période d'observation. « Si le tribunal choisit la voie du redressement, le droit de la concurrence sera sacrifié sur l'autel de la sauvegarde de l'entreprise »[1540]. L'arrêt d'un plan de continuation permet à l'entreprise de régler son passif selon un calendrier aménagé par des délais et éventuellement des remises. Dans le même temps, les entreprises saines sur le marché devront, elles, régler la totalité de leurs dettes à l'échéance[1541]. De même, le droit des entreprises en difficulté peut donner lieu à des restructurations d'entreprises par le biais notamment du plan de cession. Le but de ce plan est de sauver l'entreprise, ou à défaut de transférer les actifs les plus importants économiquement à des concurrents. Ces restructurations apparaissent alors comme antinomiques par rapport au droit de la concurrence en ce qu'elles sont susceptibles de créer une concentration, ou de procurer un avantage concurrentiel pouvant parfois générer une position dominante[1542].

532. **L'avantage concurrentiel de la liquidation judiciaire**. Lorsque la liquidation judiciaire ne donne pas lieu à un plan de cession de l'entreprise, ce n'est pas le sauvetage de l'entreprise qui est en jeu, mais celui de rebond de l'entrepreneur. La liquidation judiciaire est alors encore porteuse d'effets potentiellement anticoncurrentiels. La règle de non-reprise des poursuites individuelles[1543] des créanciers à l'encontre du débiteur personne physique, ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif, conduit en principe à libérer le débiteur de son passif. Le débiteur pourrait alors relancer son activité et récupérer son ancienne clientèle, délesté du poids de ses dettes. Cette règle qui porte alors « en germes des effets anticoncurrentiels »[1544] a inspiré l'idée de « faillite-concurrence déloyale »[1545]. L'effacement des dettes du débiteur lui octroie un avantage concurrentiel en lui permettant de se réinsérer dans la compétition commerciale tout en bénéficiant d'une virginité patrimoniale[1546].

[1540] FASQUELLE (D.), *art. cit., in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 164 ; V. PAILLUSSEAU (J.), « Les effets anticoncurrentiels de la dette », *RID éco.*, 1995, p. 237.
[1541] RIZZO (F.), « Quelques observations à propos d'interférences entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives », *Droit et Patrimoine*, n° 69, 1e mars 1999.
[1542] CHAMPAUD (C.), « Rapport de synthèse » in DEKEUWER-DEFOSSEZ et CHAMPAUD, *Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence : actes de la journée d'étude du 14 décembre 1991*, École des hautes études commerciales du Nord, 1993, p. 139.
[1543] C. com., art. L. 622-32.
[1544] FASQUELLE (D.), *art. cit.*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 164.
[1545] CHAPUT (Y.), *art. cit.*, *RID éco.*, 1995, p. 208.
[1546] BOY (L.) et PIROVANO (A.), « Cession et partition de l'entreprise », *RID éco.*, 1995, p. 283 et s.

533. **Une rupture d'égalité** ? L'application de ces règles, qui découle automatiquement de l'ouverture d'une procédure collective, provoquerait alors, selon certains, une rupture de l'égalité entre concurrents, ce que le droit de la concurrence cherche en revanche à préserver[1547]. Néanmoins, peut-on réellement parler de rupture d'égalité à traiter des entreprises qui sont dans des situations différentes ? En réalité, toute entreprise, dès lors qu'elle rencontre des difficultés traitées par le droit des entreprises en difficulté, pourra bénéficier de ces mesures.

534. Ainsi, les règles du droit des entreprises en difficulté ne portent pas fondamentalement atteinte au droit de la concurrence, malgré une nature qui peut paraître anticoncurrentielle de prime abord. De même, s'agissant de l'effacement de dettes résultant de l'absence de reprises des poursuites individuelles des créanciers ou de la procédure de rétablissement professionnel, existe-t-il réellement une rupture d'égalité alors que tous les débiteurs qui répondent aux conditions de cette procédure peuvent y prétendre ? Le problème de rupture d'égalité se posera uniquement si un débiteur peut bénéficier de cet effet illégitimement.

2°) Une finalité économique commune

535. **La préservation de la structure de la concurrence.** Bien que porteur de nombreux effets anticoncurrentiels, le droit des entreprises en difficulté a une finalité économique, tout comme le droit de la concurrence. Ces deux droits économiques concourent à « l'organisation des rapports économiques dans une société industrielle, techno-scientifique et urbaine »[1548]. Les finalités, attachées traditionnellement aux procédures collectives, que sont le sauvetage des entreprises susceptibles d'être redressées, le maintien des emplois qui y sont attachés et l'apurement du passif, visent toutes à assainir et assurer la restructuration du tissu économique[1549]. La restructuration de l'économie dans un contexte concurrentiel, fonction primordiale du droit des entreprises en difficulté reconnue par certains[1550], constitue le point de convergence des finalités traditionnelles de ce droit. En tentant de sauver les entreprises qui peuvent l'être et en organisant l'élimination des entreprises non viables, incapables de respecter les contraintes de la concurrence[1551], le droit des entreprises en difficulté participe à minimiser les atteintes au tissu économique provoquées par les défaillances d'entreprises. Pour ce faire, il

[1547] FASQUELLE (D.), *art. cit*., in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 164.
[1548] CHAMPAUD (C.), « Rapport de synthèse » *in* DEKEUWER-DEFOSSEZ et CHAMPAUD, *Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence : actes de la journée d'étude du 14 décembre 1991*, École des hautes études commerciales du Nord, 1993, p. 137.
[1549] DIALLO (Y.), *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, L'Harmattan, p. 55.
[1550] JEANTIN (M.), Droit commercial, *Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 4e éd., 1995, n° 551.
[1551] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Entreprises en difficulté et concurrence », *RID éco.*, 1995, p. 168, n° 17.

s'attache à réinsérer dans le circuit économique ce qui a un potentiel économique, que ce soit l'entreprise elle-même, certains de ses actifs, ou même le chef d'entreprise.

536. Le ministre de l'Économie des finances et de l'industrie, interrogé par un député sur la place de la concurrence dans les procédures collectives, apporte une justification aux avantages concurrentiels accordés à l'entreprise en difficulté par les procédures collectives. Après avoir relevé les effets ponctuels de ces avantages[1552], il relève que le droit des entreprises en difficulté, à terme, « peut permettre de préserver la concurrence s'exerçant sur le marché grâce au maintien de plusieurs opérateurs et notamment de ceux qui ont pu momentanément être défaillants » et « préserve également les intérêts des salariés et des créanciers de ces mêmes entreprises »[1553]. En somme, les avantages concurrentiels octroyés par le droit des entreprises en difficulté ne seraient pas un problème du point de vue du marché car, en favorisant le sauvetage des entreprises en difficulté, ils permettent de préserver la structure de la concurrence et l'intérêt général.

537. **La libre concurrence, un simple moyen au service d'une fin**. En présentant l'économie de marché comme un moyen au service du plein emploi et du progrès social, le Traité de Lisbonne ne fait pas de la liberté de la concurrence une fin en soi, mais un moyen au service du bien de l'économie[1554]. Le législateur du droit de la concurrence analyse alors l'impact économique des comportements qui contreviennent à la libre concurrence. Le principe de la libre concurrence repose sur la présomption simple que le régime de concurrence est le meilleur pour l'économie. Mais si des restrictions de concurrence apparaissent dans une situation particulière comme ayant de meilleurs effets économiques, la présomption peut être renversée[1555]. Le droit de la concurrence cherche à être au plus proche de la réalité économique, et, à cette fin, analyse l'effet concret d'un comportement sur le marché. Si le bilan économique est positif au sens où l'opération ou le comportement entraînent plus d'avantages qu'ils ne créent d'effets économiques néfastes, ils pourront être admis bien que portant atteinte à la libre concurrence[1556].

538. **Le fondement économique de l'alternative entre libre concurrence et sauvetage de l'entreprise**. Bien qu'ayant des effets qui s'opposent, ces deux droits entretiennent une relation

[1552] « S'il est vrai que le droit des procédures collectives peut avoir pour conséquence la réduction du montant des créances d'une entreprise ou le rééchelonnement de celles-ci, ces effets ne sont que ponctuels ».
[1553] Question écrite avec réponse n° 70253, 10 décembre 2001 – M. Aschieri André – Ministère de l'Économie.
[1554] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op.cit.*, n° 6.
[1555] *Ibid*.
[1556] *Ibid*.

subtile. Ensemble, mais par des moyens différents, ils œuvrent à la préservation du marché. Pour cela, il semblerait alors que ce soit la situation de l'entreprise qui permette de déterminer le régime sous lequel elle doit évoluer. Lorsque l'entreprise est saine, son comportement sur le marché devrait être régi par le principe de la libre concurrence, animé par la doctrine libérale qui fait de la liberté de la concurrence, le meilleur moyen d'entretenir le marché. Le droit de la concurrence n'assure la protection d'intérêts particuliers que comme moyen de maintenir la libre concurrence[1557]. Lorsque l'entreprise est en difficulté, le sauvetage de l'entreprise et des emplois apparaît comme un moyen de préserver la structure de la concurrence. La protection accordée à l'entreprise dans ce cadre n'apparaît que comme un moyen de protéger le tissu économique.

B- La légitimité économique de la mise à l'écart des règles de concurrence par les procédures collectives

539. Du point de vue économique, un équilibre doit être trouvé entre la nécessité de tenir compte des difficultés de l'entreprise pour l'application du droit de la concurrence, et la protection de la concurrence malgré les difficultés de l'entreprise[1558]. Si, du point de vue du droit des entreprises en difficulté, il est légitime de soustraire l'entreprise à la concurrence pour tenter de la sauver, la vocation économique qui le lie au droit de la concurrence devrait conduire à s'interroger sur l'effet de ces mesures vis-à-vis de ses concurrents. De l'autre côté, une application stricte des règles du droit de la concurrence aux entreprises en difficulté peut précipiter ces dernières à leur perte et, par ricochet, affecter la structure de la concurrence.

540. C'est pour cette raison que si, en principe, le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer même aux entreprises en difficulté[1559], il prévoit certaines exceptions pour tenir compte des difficultés des entreprises et des situations de crise que peuvent traverser certains secteurs économiques[1560]. Ces exceptions visent à tenir compte des interférences entre le droit des entreprises en difficulté et les objectifs protégés par le droit de la concurrence, en acceptant d'octroyer certains avantages concurrentiels tout en veillant à ne pas altérer de manière excessive le jeu de la concurrence[1561]. C'est en ce sens que les prohibitions des concentrations et des aides d'État notamment édictées par le Traité sur le Fonctionnement de l'Union

[1557] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, n° 1.
[1558] FASQUELLE (D.), *art. cit.*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 163.
[1559] *Ibid*.
[1560] *Ibid*.
[1561] CAMPANA (M.-J.) et HAEL (J.-Ph.), « Les effets anticoncurrentiels du maintien sélectif des contrats et des biens », *RID éco.*, 1995, p. 253

Européenne (TFUE) ne sont pas absolues et dépendent du bilan économique[1562] de la pratique, et non uniquement de son bilan concurrentiel[1563]. Sous cet angle, une atteinte au libre jeu de la concurrence peut apparaître légitime économiquement à la condition qu'elle apparaisse comme le moyen nécessaire de sauver l'entreprise, et que ce sauvetage concoure davantage à l'intérêt général que la disparition de cette entreprise. C'est ce qui ressort de l'analyse du régime de l'exception de l'entreprise défaillante en droit des concentrations économiques (1°) et du régime des aides d'État à la restructuration et au sauvetage des entreprises en difficulté (2°).

1°) L'exception de l'entreprise défaillante en droit des concentrations économiques

541. **Le contrôle des concentrations au service de la libre concurrence**. Afin de maintenir les structures concurrentielles du marché, le droit de la concurrence prévoit un contrôle des opérations de concentrations[1564]. L'idée, à l'origine de ce contrôle, est que l'acquisition par une entreprise d'une trop forte puissance économique sur un marché dévoile une concurrence insuffisante sur ce marché[1565]. C'est donc pour permettre aux ajustements économiques de se faire de façon optimale par le libre jeu de la concurrence qu'il est nécessaire que les acteurs économiques soient suffisamment dilués[1566]. Contrôler les opérations de concentration a alors pour but de prévenir la constitution ou le renforcement d'une position dominante acquise par une opération de croissance externe qui aurait pour effet d'entraver la concurrence sur le marché. Le droit de la concurrence ne s'oppose en revanche pas à une situation de domination d'une entreprise sur un marché, lorsqu'elle est le fruit de sa croissance interne acquise selon le principe de la libre concurrence[1567].

542. **La prise en compte de la situation économique de l'entreprise**. Néanmoins, le droit de la concurrence a développé ce que l'on appelle l'exception de l'entreprise défaillante[1568] en droit des concentrations économiques. Cette exception permet d'approuver une opération de concentration qui n'aurait pas dû l'être[1569] si une des parties à la concentration n'avait pas été

[1562] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op.cit.*, n° 132.
[1563] C'est-à-dire, qu'elles ne dépendent pas seulement du point de savoir si le fait considéré porte ou non atteinte à la concurrence.
[1564] V. C. com., art. L. 430-1 à L. 430-10.
[1565] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op.cit.*, n° 132.
[1566] MASSON (A.), *art. cit., Con. Conc. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14.
[1567] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit., loc. cit.*
[1568] Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE 5 févr. 2004, n ° C 31/5, point 89 ; L. 430-4, al. 2, C. com.
[1569] Il y a concentration dès lors que les seuils sont atteints dans l'espace géographique concerné quel que soit l'endroit où est ouverte la procédure collective. Cela fait naître alors une obligation de notification, mais aussi la suspension de l'opération le temps de l'analyse de l'opération par les pouvoirs publics.

une entreprise en difficulté[1570]. Une cession d'entreprise organisée dans le cadre des procédures collectives peut donner lieu à une opération de concentration qui relèvera de la dérogation prévue par les lignes directrices de la Commission européenne[1571]. Cette dérogation vise précisément la reprise d'une entreprise défaillante, objet d'un plan de cession organisé par les procédures collectives. Mais cette exception ne joue qu'à certaines conditions[1572], difficiles à réunir en pratique[1573] en ce qu'elles requièrent la démonstration de l'impact économique de la concentration.

543. **L'appréciation de l'impact économique de l'opération, condition de l'exception**. Cette exception est née sur le modèle américain du *failing company defence* dont la Cour Suprême a fait une première application dans l'arrêt International Shoe, avant qu'elle ne soit admise, depuis les amendements au Clayton Act de 1914, en 1950. Dans cet arrêt, les juges ont été très pragmatiques en notant la faiblesse des ressources et le risque de faillite de la société dont l'acquisition était projetée. En considération de la situation très critique de l'entreprise, dont les chances de redressement étaient très faibles, ils ont considéré que son acquisition par une autre société ne réduisait pas la concurrence ou n'entravait pas le marché de façon significative[1574].

544. Sur ce modèle, la Commission européenne a développé cette exception dont elle a fait application dans la jurisprudence Kali und Salz MdK Treuhand[1575]. Elle considère que pour que la concentration puisse être autorisée, trois conditions doivent être remplies. D'abord, l'entreprise en difficulté ne doit pas pouvoir survivre sans l'opération de concentration. Ensuite, il doit être prouvé que la disparition de l'entreprise entraînerait de la même façon l'acquisition de ces parts de marché à cet acquéreur. Concernant ce deuxième critère, l'arrêt a précisé qu'il visait à établir que la détérioration de la structure concurrentielle se produirait de toute façon que l'opération de concentration ait lieu ou non[1576]. En somme, l'opération doit être neutre du

[1570] MASSON (A.), *art. cit.*, *Con. Conc. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14.
[1571] Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE 5 févr. 2004, n ° C 31/5, point 89.
[1572] MONTALEMBERT (P.) et NIEDOLISTEK (L.), « L'exception de l'entreprise défaillante — Approche comparée », *JCP E*., n° 8, 24 févr. 2005, 314.
[1573] IDOT (L.), « Reprise d'entreprises en difficulté et droit de la concurrence », *Rev. proc. coll*., n° 6, nov. 2015, dossier 57.
[1574] V. HAEGEMAN (K.), « L'influence de la loi anti-Trust américaine sur le droit de la concurrence européen : "L'exception de la société en difficulté" », *Gaz. Pal.*, 2000, p. 1238-1241.
[1575] Comm. CE, déc., 9 juill. 1998, aff. IV/ M.308, Kali&Salz/MDK/truhand (II), point 110 et s. : Bull. UE 7/8-1998.
[1576] WINCKLER (A.), « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *RLC*, 2009/20.

point de vue de la concurrence[1577] en ce sens que la restriction de concurrence induite par la concentration se serait produite de toute façon du fait de la faillite de l'une des entreprises parties à l'opération. Cette condition s'explique par le fait que le droit de la concurrence impose un lien de causalité entre l'opération projetée et la détérioration de la concurrence[1578]. Ce lien fait défaut dans l'hypothèse d'une reprise d'une entreprise défaillante dont la disparition du marché aurait entraîné une détérioration de la concurrence d'une gravité égale à celle engendrée par la concentration[1579]. Enfin, il ne doit pas exister d'alternative moins anticoncurrentielle[1580], c'est-à-dire de solution d'achat moins dommageable pour la concurrence.

545. Le droit français est fixé dans le même sens par l'important arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 qui requiert également la réunion de trois conditions équivalentes pour rentrer dans le cadre de l'exception. D'abord, les difficultés de l'entreprise doivent entraîner la disparition rapide de la société en l'absence de reprise, ce qui revient à considérer que la reprise est le moyen nécessaire pour sauver l'entreprise. Finalement, l'idée est de considérer que si une société est menacée de disparaître, autoriser une concentration serait plus efficient que de liquider cette dernière[1581]. Si la société doit disparaître en tout état de cause, la concurrence ne sera pas substantiellement affectée par l'acquisition de la société par le seul acheteur disponible sur le marché[1582]. Enfin, il ne doit pas exister d'offre de reprise moins dommageable pour la concurrence et il faut vérifier que la disparition de l'entreprise ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que la reprise projetée. En somme, il s'agit de vérifier, afin d'autoriser cette concentration, que la reprise est le moyen nécessaire pour sauver l'entreprise et que le sauvetage de l'entreprise est la meilleure alternative d'un point de vue économique.

546. **L'exemple de l'affaire Moulinex-SEB**. Dans cette affaire Moulinex-SEB, les deux premières conditions ont été jugées remplies, car la société Moulinex aurait fait l'objet d'une liquidation judiciaire à défaut de reprise par une autre société et le tribunal de commerce de Nanterre avait rejeté toutes les autres offres de reprise. En revanche, la troisième condition n'a pas été jugée caractérisée par le Conseil d'État. Sur ce point, la décision du 5 juillet 2002 du ministre faisait état du fait que la disparition de Moulinex « entraînerait très certainement une détérioration importante des conditions de fonctionnement de plusieurs marchés du petit

[1577] NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, LGDJ, Précis Domat, 8e éd., 2021, n° 310.
[1578] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, n° 160.
[1579] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, n° 160.
[1580] MASSON (A.), *art. cit.*, *Con. Conc. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14.
[1581] Pour une présentation de cette théorie, V. COT (J-M.) et de LA LAURENCIE (J-P.), *Le contrôle français des concentrations*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2e éd., 2003, n° 450.
[1582] FASQUELLE (D.), *art. cit.*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 163.

électroménager, au détriment des consommateurs, en créant un goulet d'étranglement » qui aurait pour effet d'entraîner une hausse des prix, au moins temporaire. En somme, le ministre a cherché à justifier des effets néfastes de la disparition de Moulinex sur le marché. Le Conseil d'État n'est pas convaincu par la prévision de ces effets et doute de la survenance d'un goulet d'étranglement. En revanche, il note des conséquences négatives durables que cette concentration pourrait avoir pour le consommateur, et donc rejette l'application de l'exception de l'entreprise défaillante[1583]. Cette affaire est symptomatique de l'absence de coordination entre le droit des entreprises en difficulté, qui a amené le tribunal à autoriser la reprise, et le droit de la concurrence qui a conduit l'autorité de concurrence à interdire l'opération de concentration[1584].

2°) Les aides d'États aux entreprises en difficulté

547. **Une interdiction de principe**. Si le TFUE interdit en principe les aides d'État[1585], c'est en raison de leur effet perturbateur sur la libre concurrence. Ces aides d'origine étatique sont considérées comme incompatibles avec le marché intérieur en ce qu'elles portent atteinte à la concurrence et affectent les échanges entre États membres en favorisant des entreprises à l'exclusion des autres[1586]. Sont visées alors les aides sélectives, discriminatoires au détriment des concurrents de l'entreprise bénéficiaire de l'aide[1587]. Échappent donc à cette interdiction les aides aux entreprises octroyées par l'État en raison des conditions qui leur sont propres et qui consistent en des dommages exceptionnels à la survenance desquels elles sont étrangères[1588].

548. **L'exception au nom du sauvetage de l'entreprise**. L'affrontement des intérêts que concentre l'entreprise en difficulté a nécessité un aménagement de cette prohibition[1589]. Si les aides d'État contribuent au sauvetage de l'entreprise, elles sont aussi génératrices de distorsions de concurrence, en faisant apparaître une entreprise « artificiellement » compétitive aux yeux

[1583] MASSON (A.), *art. cit., Con. Conc. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14.
[1584] FASQUELLE (D.), *art. cit.*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 163.
[1585] L'article 107 du TFUE dispose que « 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 ».
[1586] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, n° 384.
[1587] *Ibid*., n° 408.
[1588] *Ibid*., n° 411.
[1589] V. HOUTMAN (A.), « Entreprises en difficulté et règles communautaires en matière d'aides d'État », *RID éco.*, 1995, p. 331 et s. ; IDOT (L.), « Entreprises en difficulté et concurrence, la position du droit communautaire », *RID éco*, 1995, spéc. p. 3166, et IDOT (L.), « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », *RTD eur*., 1998, n° 3.

de ses concurrents[1590]. C'est en considération de ces deux données que le TFUE autorise, sous certaines conditions strictes, les aides à la restructuration et au sauvetage des entreprises[1591], autres que les établissements financiers. L'octroi de ces aides est encadré par deux principes, un parfois qualifié de subsidiarité[1592], et un principe de non-récurrence. En vertu du premier principe, l'aide d'État doit être le dernier recours possible et apparaître indispensable pour atteindre un objectif d'intérêt commun défini[1593]. Le second principe implique de limiter l'octroi de telles aides à une fois par décennie à la même entreprise[1594].

549. Cela nécessite avant tout d'établir la situation de difficulté dans laquelle se trouve l'entreprise destinataire de l'aide. Selon les lignes directrices de la Commission européenne, « une entreprise est considérée en difficulté lorsqu'il est pratiquement certain qu'en l'absence d'intervention de l'État elle sera contrainte de renoncer à son activité à court ou à moyen terme »[1595]. Il s'agit donc des cas où « l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité ou remplit, selon le droit national qui lui est applicable, les conditions de soumission à une procédure collective d'insolvabilité à la demande de ses créanciers »[1596]. Au regard de ces conditions, il apparaît que, comme pour l'exception de l'entreprise défaillante en droit des concentrations, les conditions de nécessité de la mesure pour le sauvetage de l'entreprise en difficulté et le bénéfice qu'en retire la collectivité sont des points cardinaux. Les dérogations aux règles de la concurrence apparaissent alors acceptables dès lors qu'elles sont justifiées économiquement.

550. **Un assouplissement en période de crise économique**. C'est en ce sens qu'on peut comprendre l'assouplissement du régime des aides d'État en réponse à la crise sanitaire et économique du coronavirus. Le risque dont la Commission souhaite préserver le marché européen est que la crise entraîne une disparition massive d'entreprises atteignant ainsi en

[1590]LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 80.
[1591] Art. 107 § 3, c) du TFUE.
[1592] LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 82.
[1593] Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers de la Commission du 31 juillet 2014, 2014/C 249/04 : « une entreprise ne devrait pouvoir bénéficier d'une aide d'État qu'une fois toutes les options offertes par le marché épuisées et à condition que cette aide soit indispensable pour atteindre un objectif d'intérêt commun bien défini », §8.
[1594] « Les entreprises ne devraient être autorisées à bénéficier d'une aide au titre des présentes lignes directrices qu'une seule fois au cours d'une période de dix ans ».
[1595] Art. 2.2 des lignes directrices 2014/C 249/04, §20.
[1596] Art. 2.2 des lignes directrices 2014/C 249/04, §20.

profondeur la structure de la concurrence[1597]. Les consommateurs risquent de se retrouver face à une offre inexistante ou fortement concentrée[1598].

551. En réaction à ces prévisions, l'article 107 § 2, b) du TFUE permettant d'indemniser les entreprises pour des dommages causés directement par des événements extraordinaires[1599], tels que la crise du coronavirus[1600], a été sollicité. Les entreprises qui démontrent alors que leurs difficultés sont des conséquences de la crise vont pouvoir bénéficier de cette aide. Cela exclut les entreprises qui étaient déjà en difficulté au 31 décembre 2019[1601], ou dont les difficultés ne seraient pas liées à cette crise. Cet encadrement révèle le souci de préserver la structure de la concurrence tout en ne faussant pas totalement le jeu de la libre concurrence. Il s'agit de faire face à une crise grave qui risque de conduire des entreprises, auparavant compétitives, à la faillite. L'encadrement de l'octroi de ces aides va permettre d'aider les entreprises concernées, tout en ne permettant pas aux entreprises dont les difficultés auraient une origine autre de bénéficier d'un effet d'aubaine pour obtenir des aides faussant le libre jeu de la concurrence.

552. La prise en compte par le droit de la concurrence des crises économiques qui peuvent affecter certains secteurs amène à concevoir le sauvetage de l'entreprise touchée par cette crise comme un moyen de préserver la structure de la concurrence. On peut en déduire que le sauvetage d'entreprise dont les difficultés proviennent d'événements économiques majeurs doit être différencié du sauvetage des entreprises dont les difficultés proviennent du jeu de la libre concurrence, compte tenu de leur effet sur le marché. Dans le premier cas, il est possible de considérer que le droit des entreprises en difficulté protège le marché économique, tandis que dans le second, l'application de ses règles viendrait au contraire le perturber sans compensation.

553. Pour conclure, bien que de prime abord, les règles du droit des entreprises en difficulté semblent contrarier la libre concurrence, cette opposition n'est que superficielle. Droit de la concurrence et droit des entreprises en difficulté ne sont que deux moyens d'assurer l'équilibre du marché en fonction de la situation de l'entreprise. Les difficultés de l'entreprise justifient l'application du droit des entreprises en difficulté, ce qui implique une légère soustraction à la

[1597] V. Comm. UE, Aide d'État SA. 57 134 (2020/N), 29 avr. 2020, Groupe Renault, pt. 19 et 20 ; Comm. UE, Aide d'État SA. 57 405 (2020/N), 26 mai 2020, Groupe Novares, point 48.
[1598] Comm. UE, Communication Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19, COM (2020) 112 final, 13 mars 2020, point 2.
[1599] Comm. UE, Communication Réaction économique coordonnée à la flambée de Covid-19, COM (2020) 112 final, 13 mars 2020, annexe 3. La Commission considère que « pour pouvoir être considéré comme un événement extraordinaire, un événement doit être imprévisible ou difficile à prévoir ; avoir une ampleur/incidence économique significative ; et différer fortement des conditions de fonctionnement normal du marché ».
[1600] La Commission a reconnu l'épidémie du coronavirus comme un événement extraordinaire.
[1601] GALOKHO (C.), « Les entreprises en difficulté, la crise du coronavirus et le droit de aides d'État », *RLC*, n° 102, 1e févr. 2021.

libre concurrence. Ce type de dérogation se retrouve au sein même du droit de la concurrence, dont le législateur adapte les règles pour tenir compte de la situation particulière d'une entreprise en difficulté. Ces exceptions prévues par le droit de la concurrence invitent à penser que, de son point de vue, la législation du droit des procédures collectives dispose d'une légitimité économique. Ainsi, lorsque les mesures permettant de traiter ces difficultés apparaissent plus efficientes économiquement que le simple jeu de la libre concurrence, le droit de la concurrence admet certaines dérogations. Ces deux droits ne sont donc pas en opposition, mais se complètent. C'est donc la nécessité de sauver l'entreprise en difficulté, lorsqu'elle est viable, qui légitime l'application de règles différentes à cette entreprise.

§2- La remise en cause de la légitimité économique du recours aux procédures collectives du fait de l'instrumentalisation

554. Si le droit de la concurrence admet certaines exceptions à la liberté de la concurrence, c'est en considération du risque que fait courir la disparition de l'entreprise à la structure du marché. Ce risque n'est pas fondé si l'entreprise, dans son unité, n'est pas réellement menacée de disparition. Le bénéfice de mesures de sauvetage sans égard à la réalité de l'entreprise s'oppose à la conception du marché dont l'acteur principal est l'entreprise (A), ce qui fait de l'instrumentalisation des procédures collectives un instrument de concurrence déloyale (B).

A- L'atteinte au marché par le refus de l'approche économique de l'entreprise

555. Le droit des entreprises en difficulté se focalise sur la structure juridique[1602] et ne perçoit pas alors l'entreprise en tant qu'acteur sur le marché économique. De ce point de vue, le droit des entreprises en difficulté n'opère pas une approche économique de l'entreprise comme le fait le droit de la concurrence. Pourtant, la vocation économique de ce droit, de préservation du marché, devrait conduire à considérer l'objet de la législation sous le prisme de son pouvoir, de son poids sur le marché. Cela revient à ignorer l'entreprise, acteur économique, ce qui entraîne des répercussions économiques (1°). Dès lors, la législation du droit des entreprises en difficulté s'inscrit en décalage de la logique concurrentielle (2°).

[1602] V. *supra* n° 220 et n° 247 s.

1°) Les répercussions économiques de l'absence de reconnaissance de l'entreprise

556. Il est difficile de considérer l'impact positif du droit des entreprises en difficulté lorsque ce dernier ne s'attache pas à l'acteur principal du marché à savoir l'entreprise. Du fait de la complémentarité du droit de la concurrence et du droit des entreprises en difficulté pour préserver la structure du marché économique, il est intéressant de prendre pour exemple la conception que le droit de la concurrence se fait de cet acteur économique.

557. **L'identification de l'entreprise par l'activité économique**. L'instrumentalisation du droit des entreprises en difficulté est liée à l'ambiguïté de son sujet. Si le droit de la concurrence traite bien de l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté, bien qu'ayant une vocation économique, ne reconnaît pas véritablement l'entreprise. Ce qui permet d'identifier une entreprise serait la nature économique de son activité. Au fil de sa jurisprudence, la CJCE a pu esquisser une définition de l'activité économique. Selon elle, « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »[1603]. Elle a relevé que la nature économique de l'activité ne dépend pas du but lucratif ou non, dès lors qu'elle peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer[1604]. En somme, l'activité économique est celle qui peut faire l'objet d'un marché et qui, dès lors, « peut donner lieu à des comportements que les règles de la concurrence visent à réprimer »[1605].

558. Du point de vue du droit de la concurrence, on pourrait donc considérer qu'une société ne posséderait une activité économique que dans la mesure où elle est capable de comportements qui tomberaient sous le coup des règles de la concurrence. En matière fiscale, la simple acquisition et détention de parts sociales ne constituent pas des activités économiques au sens de la directive. Mais, il pourra être attribué à la société holding une activité économique dans le cas où la participation est accompagnée d'une immixtion directe ou indirecte dans la gestion des sociétés dans lesquelles des participations sont détenues[1606].

559. **Le groupe, une unité économique en droit de la concurrence**. En droit de la concurrence, le groupe de sociétés est considéré comme une unité économique, c'est-à-dire comme constituant une seule entreprise. Pour l'application de ses règles, il est tenu compte de la réalité des mouvements économiques sur le marché. Il n'est pas rare que les sociétés d'un

[1603] CJCE, 18 juin 1998, Commission c./Italie, aff. C—35/ 96.
[1604] CJCE, 19 nov. 1995, FFSA.
[1605] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, n° 26.
[1606] CE, 8ème et 3ème chambres réunies, 20 mai 2016, n° 371940.

même groupe agissent de concert sur le marché. Le droit de la concurrence a donc mis en place un critère pour identifier l'entreprise, qui est l'autonomie du comportement sur le marché[1607]. La CJCE a considéré qu'« aux fins d'application des règles de la concurrence, l'unité du comportement sur le marché de la société mère et de ses filiales prime sur la séparation formelle entre ces sociétés résultant de leurs personnalités juridiques distinctes »[1608]. Les liens juridiques existant entre une société mère et sa filiale ne suffisent pas nécessairement à caractériser l'absence d'autonomie de la filiale[1609], l'autonomie de comportement sur le marché est tirée des situations de fait[1610]. Ainsi, si une filiale applique essentiellement les instructions données par la société mère, elle ne détermine pas son comportement de façon autonome sur le marché[1611].

560. C'est ainsi que l'article 101 § 1 du TFUE sur les ententes ne trouve pas à s'appliquer lorsque les parties à l'entente supposée sont des entités du même groupe ne disposant pas d'une autonomie réelle[1612]. Concernant l'appréciation des abus de position dominante, la jurisprudence européenne considère les entités d'un même groupe soumises à une direction unique comme une seule et même entreprise[1613]. Ensuite, la restructuration interne d'un groupe ne constitue pas une concentration[1614], et il résulte de l'article 5 § 4 du Règlement CE que pour déterminer si l'opération de concentration est soumise à contrôle, il faut tenir compte du chiffre d'affaires de l'ensemble du groupe[1615] qui est alors considéré comme formant une unité[1616]. Sur le même modèle, c'est le principe de l'autonomie de comportement sur le marché qui guide l'application des aides d'État. L'entreprise bénéficiaire d'une telle aide est l'unité économique à laquelle appartient cette entité[1617], et c'est cette même unité qui est tenue au remboursement de cette aide versée en violation du droit européen[1618].

561. L'attachement du droit des entreprises en difficulté au principe de l'autonomie de la personne morale au détriment d'une approche économique de l'entreprise laisse perplexe. S'il partage une finalité économique avec le droit de la concurrence, il est surprenant qu'il n'ait pas

[1607] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op.cit.*, n° 50.
[1608] CJCE, 24 oct. 1996, Viho Europe, aff. C—73/ 95.
[1609] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, LGDJ, 9ème éd., 2021, n° 63.
[1610] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, n° 63.
[1611] CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6-72, Continental Can ; CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48-69, Imperial Chemical Industries, *Rec. CJCE*, p. 619.
[1612] CJCE, 12 juill. 1984, Hydrotherrn, aff. 170/83.
[1613] CJCE, 4 mai 1998, Bodson.
[1614] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op.cit.*, n° 59.
[1615] Concernant les opérations de concentrations, l'obligation de se soumettre au contrôle dépend de la dimension de l'opération. L'article L. 430-2 du Code de commerce prend en compte, pour évaluer cette dimension, le chiffre d'affaires des entreprises ou des groupes concernés.
[1616] DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *op. cit.*, n° 171.
[1617] V. CJCE n ° C -395/96, Cie maritime belge transports SA c./Commission, 16 mars 2000.
[1618] V. CJUE, n ° C -480/09, Acea Electrabel, 16 déc. 2010.

suivi ses traces du point de vue de l'approche économique des situations et s'en tienne à une objectivité qui le met à distance de la réalité économique. On observe alors une sorte de décalage, d'incohérence, entre l'aspiration économique du droit des entreprises en difficulté et son approche qui demeure très patrimoniale. Son approche ne lui permet pas d'avoir un véritable impact économique positif, puisque ses moyens d'action ne sont pas déterminés en fonction de cette fin économique.

2°) Le décalage avec une approche concurrentielle

562. Concernant la procédure de sauvegarde, on peut noter une opposition au sein de la doctrine. Certains y voient le développement d'une arme anticoncurrentielle, tandis que d'autres soutiennent à l'inverse son approche concurrentielle. Dès le projet de la loi de sauvegarde, des auteurs ont noté que cette procédure volontaire, ouverte aux débiteurs qui ne sont pas en cessation des paiements, favoriserait la pratique d'utilisation des procédures comme instrument de gestion[1619]. Il était craint qu'elle ne devienne un moyen de prendre un avantage concurrentiel sur ses concurrents. La création de la procédure de sauvegarde serait venue accentuer l'idée que la procédure collective forme un contrepoids au marché[1620]. La réforme opérée par l'ordonnance de 2008, qui supprime toute référence à la cessation des paiements pour bénéficier d'une procédure de sauvegarde, accentue le risque qu'une entreprise demande l'ouverture d'une sauvegarde pour bénéficier d'avantages concurrentiels sur ses concurrents, sans que sa situation économique ne justifie une telle distorsion de concurrence. En « supprimant la référence à l'état de cessation des paiements, l'ordonnance de 2008 a définitivement sacrifié la concurrence à l'autel de la prévention ! »[1621]. Pour certains, il semble que la porte soit ouverte à une utilisation de la sauvegarde comme une arme de gestion, voire une arme anticoncurrentielle[1622]. L'entreprise qui verra sa position concurrentielle affaiblie pourra demander le bénéfice d'une procédure de sauvegarde, ce qu'elle obtiendra à condition

[1619] MASSON (A.), *art. cit.*, *Con. Conc. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14. A l'époque où écrit l'auteur, l'article 15 du projet de loi de sauvegarde des entreprises envisageait l'ouverture de la procédure à tout débiteur « qui justifie de difficultés, avérées ou prévisibles, susceptibles d'entraîner à bref délai la cessation des paiements ».
[1620] ARCELIN-LECUYER (L.), « Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé (à propos de l'affaire "Cœur Défense"), *D.*, 2011, p. 1441.
[1621] *Ibid.*
[1622] ARCELIN-LECUYER (L.), « Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé (à propos de l'affaire "Cœur Défense"), *D.*, 2011, p. 1441.

de justifier de difficultés insurmontables[1623], afin de bloquer ses créanciers et rétablir sa place au sein de la compétition[1624].

563. D'autres, s'interrogeant sur les effets de l'application du droit des entreprises en difficulté sur la concurrence, ont pu défendre l'idée que l'interprétation de la Cour de cassation dans l'arrêt Cœur Défense était pro-concurrentielle[1625]. Il a été soutenu que l'interprétation de la Cour de cassation dans cet arrêt, qualifiée de plus patrimoniale qu'économique[1626], ne faussait pas la concurrence, mais au contraire participait à la préservation d'une situation concurrentielle. En accordant le bénéfice d'une sauvegarde à une entreprise compétitive menacée de disparition en raison de facteurs étrangers au marché concurrentiel, les juges ont permis de maintenir un certain équilibre concurrentiel. Finalement, l'idée en arrière-plan est de considérer que le droit des entreprises en difficulté n'est pas contraire à la concurrence lorsqu'il s'attache à sauver des entreprises dont les difficultés ne proviennent pas du marché concurrentiel, mais y sont extérieures[1627]. Cela rejoint les conditions développées au sujet des aides d'État, les facteurs qui ont conduit aux difficultés ont certes une importance du point de vue de l'impact concurrentiel.

564. Aucune des deux approches n'emporte notre conviction. L'ouverture d'une procédure collective ne permet pas de s'assurer de l'origine des difficultés et donc de son bénéfice concurrentiel. L'interprétation objective des conditions d'ouverture ne tient compte ni des mobiles du débiteur ni de l'origine des difficultés de l'entreprise. Ainsi, rien n'empêche une entreprise qui éprouve des difficultés liées à la pression concurrentielle d'obtenir à son profit l'ouverture d'une sauvegarde et de bénéficier des potentiels avantages concurrentiels qui en découlent.

565. Concernant la première approche, un élément fondamental manque à la démonstration. Ce n'est pas tant parce que le débiteur peut bénéficier de certains avantages alors qu'il n'est pas réellement menacé de disparaître qui crée la distorsion de concurrence. Comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, la situation particulière de l'entreprise en difficulté justifie l'application des procédures collectives. En revanche, comment considérer que le droit des entreprises en difficulté puisse avoir une approche concurrentielle s'il ne considère pas l'acteur

[1623] La Cour de cassation a une interprétation souple de ces difficultés puisqu'elle considère que des conditions contractuelles désavantageuses peuvent constituer des difficultés insurmontables. V. *supra* n° 283 et n° 308.
[1624] ARCELIN-LECUYER (L.), *art. préc.*, *D.*, 2011, p. 1441.
[1625] *Ibid*.
[1626] *Ibid.*
[1627] *Ibid*.

du marché, à savoir l'entreprise ? Le véritable risque pour la concurrence n'est pas que l'entreprise en difficulté reçoive un traitement différent de l'entreprise qui n'est pas en difficulté, c'est que l'entreprise en tant qu'acteur du marché, unité, ne soit pas en difficulté. Ce n'est, finalement, qu'en se calquant sur les notions et l'interprétation du droit de la concurrence que le droit des entreprises en difficulté peut avoir une action conforme à la préservation du marché, en coordination avec le droit de la concurrence.

B- L'effet anticoncurrentiel de l'instrumentalisation des procédures collectives

566. **La procédure, une arme anticoncurrentielle aux mains des groupes**. L'absence de prise en compte de la réalité économique que constitue le groupe de sociétés favorise une utilisation des procédures collectives comme un instrument au service de leur rentabilité et de leur compétitivité. Protégé par le principe de l'autonomie de la personne morale, le groupe va pouvoir orchestrer la disparition d'une de ses filiales en provoquant sa cessation des paiements et donc l'ouverture d'une liquidation judiciaire. Cela peut permettre au groupe de rétablir sa position concurrentielle, mais ceci de façon artificielle. Cette pratique perturbe ainsi les équilibres créés entre les concurrents sur le marché par le jeu de la libre concurrence.

567. **L'absence d'avantages concurrentiels pour la société sans activité économique**. Quels sont les effets anticoncurrentiels que peut produire une procédure collective ouverte au bénéfice d'une société sans activité économique, telle une holding ? Le fait que ce type de société n'exerce pas d'activité économique, qu'il n'y ait pas d'emplois attachés à son activité remet en cause l'idée que son sauvetage soit d'intérêt général et prime l'économie de marché. Mais, concernant les conséquences économiques de sa soumission à une procédure collective, elles peuvent apparaître nulles si l'on considère que ce type de sociétés n'exerce pas son activité sur le marché. Elle ne serait ainsi pas en concurrence avec d'autres sociétés et on ne pourrait lui reprocher de bénéficier d'avantages concurrentiels.

568. **L'atteinte par ricochet à la concurrence sur le marché**. Mais la difficulté est que cette société holding n'est pas isolée, elle appartient à un groupe de sociétés qui est susceptible de représenter une unité d'entreprise. Dans cette hypothèse, la procédure de sauvegarde appliquée à la holding va potentiellement rejaillir sur l'entreprise groupe qui n'aura pas eu à soutenir cette holding par ses propres ressources, mais qui a pu s'appuyer sur les créanciers de la holding pour résoudre ses difficultés. L'entreprise pourra par exemple bénéficier d'abandons

de créance dans ce cadre, ce qui remet en cause l'égalité dans la concurrence[1628]. La sauvegarde peut alors être utilisée par l'entreprise, par le biais d'un débiteur, comme moyen de contourner la libre concurrence. L'entreprise groupe bénéficiera ainsi d'une position concurrentielle avantageuse par le biais de la procédure de sauvegarde à l'une de ses filiales, alors qu'en tenant compte de la situation de l'entreprise comme unité économique, le débiteur n'aurait peut-être pas justifié de difficultés insurmontables. Sa situation n'aurait pas justifié l'ouverture d'une sauvegarde et donc l'aide de ses créanciers.

569. De même, une société mère, en se débarrassant volontairement d'une filiale, que le libre jeu de la concurrence n'avait pas exclue, a une action réelle sur le marché qui peut porter atteinte à ses concurrents. Dans cette hypothèse, il est fait alors application des règles des procédures collectives afin de déjouer la libre concurrence. La disparition de la filiale n'est pas le résultat de sa faiblesse concurrentielle, mais de l'action des sociétés du groupe, action qui perturbe le marché par son opposition à l'économie de marché. En ignorant la réalité économique que constituent les groupes de sociétés, le droit des entreprises en difficulté permet à des sociétés membres d'un groupe de faire jouer les règles des procédures collectives au détriment du marché. D'un point de vue concurrentiel, la mise en procédure collective d'une filiale peut permettre à une entreprise de regagner une position avantageuse sur le marché en raison des avantages concurrentiels que peut lui apporter la procédure. À cet égard, la mise en redressement judiciaire peut avoir un « effet euphorisant » [1629] poussant les dirigeants à utiliser les procédures collectives comme des instruments de gestion. La procédure de redressement peut permettre à l'entreprise d'être soustraite à la libre concurrence durant la période d'observation et de bénéficier d'un aménagement du paiement de sa dette dans le cadre d'un plan de redressement, contrairement à ses concurrents. Dès lors que l'entreprise en difficulté bénéficie d'avantages de paiement ou de financement, dont ne bénéficient pas ses concurrents, il y a une distorsion de concurrence[1630]. L'instrumentalisation du droit des procédures collectives produit des effets anticoncurrentiels en ce qu'elle permet à une entreprise d'accroître sa position concurrentielle en s'appuyant sur le soutien des créanciers d'une filiale au lieu de puiser dans sa propre trésorerie. La procédure collective peut alors être utilisée comme un véritable instrument de gestion permettant de bénéficier d'avantages concurrentiels au

[1628] FASQUELLE (D.), *art. cit.*, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 165.
[1629] MASSON (A.), *art. cit.*, *Con. Conc. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14.
[1630] RIZZO (F.), « Quelques observations à propos d'interférences entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives », *Dr. et patr.*, 1999, n° 69, p. 63 et s.

détriment des autres acteurs sur le marché. L'instrumentalisation du droit des entreprises en difficulté ouvre la porte à une forme de « concurrence déloyale »[1631].

Conclusion de la section

570. En étudiant les rapports entre le droit des entreprises en difficulté et la concurrence, il est remarquable de noter que leurs approches diffèrent, bien qu'ils soient tous deux des droits économiques. Dans ses solutions, le droit de la concurrence demeure très pragmatique et se fie principalement à l'impact économique des opérations projetées. S'il doit assurer la libre concurrence sur le marché, ce n'est qu'un moyen pour préserver la structure de la concurrence. Le sauvetage de l'entreprise en difficulté constitue un autre moyen de préserver le marché. Le droit de la concurrence et le droit des entreprises en difficulté se complètent et œuvrent à la préservation du marché. Leur complicité cesse toutefois en cas d'instrumentalisation. Si la législation du droit des entreprises en difficulté ne s'applique pas à une entreprise en difficulté alors la concordance d'action de ces deux droits est brisée. L'application des dispositions des procédures collectives devient une arme anticoncurrentielle, car elle permet de mettre à contribution les créanciers pour accroître la rentabilité du débiteur sans que cela soit alors légitime.

Conclusion du chapitre

571. En raison des divers intérêts qui se confrontent au sein de l'entreprise, le droit des entreprises en difficulté évolue aux côtés d'autres droits. Son caractère impérialiste va souvent conduire à ce qu'il impose ses solutions de façon dérogatoire aux autres droits. Toutefois, un certain équilibre se crée au regard de l'intérêt général que représente le traitement des difficultés de l'entreprise. Néanmoins, l'instrumentalisation des procédures collectives est susceptible de remettre en cause le bien-fondé de l'ouverture même de la procédure et donc des équilibres instaurés en considération des autres intérêts à sauvegarder. L'enjeu de l'instrumentalisation est la légitimité du caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté, et ses effets sont économiques. Les déséquilibres qu'elle institue entre les différents intérêts protégés par le droit entraînent des répercussions sur le marché, que ce soit en faisant peser le coût des licenciements sur la collectivité ou en portant atteinte à la concurrence. Plus que d'être un problème

[1631] PAILLUSSEAU (J.), « Les effets anticoncurrentiels de la dette », *RID éco*., 1995, p. 237.

« quantitatif », l'instrumentalisation est une question qualitative en ce qu'elle interroge la qualité de notre droit à assurer la combinaison équilibrée des différents intérêts qui composent notre société.

Conclusion du Titre 1

572. Le droit des entreprises en difficulté souffre d'une conception très affirmée de l'impérialisme du traitement des difficultés de l'entreprise, combinée à une réelle distance avec la réalité économique de l'entreprise. L'application de ce droit répond à une situation particulière, le besoin de traiter l'entreprise en difficulté. Son objet particulier, l'entreprise en difficulté, est ce qui assure son articulation et son équilibre avec les autres droits, le droit des obligations, le droit social et de la concurrence. L'instrumentalisation de la législation, le bénéfice de ses dispositions à l'égard d'un débiteur qui n'est pas une entreprise fausse alors les équilibres créés entre les différentes législations. En ce sens, elle conduit bien à un déficit de légitimité de l'application même de ce droit. Si ce n'est pas en considération de l'intérêt général de traiter l'entreprise en difficulté, il n'y a pas de raison de déroger aux effets du lien d'obligation unissant le débiteur et le créancier. Le régime simplifié des licenciements prévus dans ce cadre n'a pas de raison d'être préféré au droit commun et le débiteur n'a pas à être soustrait à la libre concurrence. C'est finalement l'absence de légitimité du caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté que met en cause l'instrumentalisation. Elle déséquilibre les rapports des législations entre elles. L'objet spécial de ce droit implique une aide de la collectivité, traiter les difficultés de l'entreprise est d'intérêt général. C'est ainsi que les droits des créanciers, des salariés sont aménagés, que l'AGS est mise à contribution, qu'il est fait exception à la libre concurrence. L'instrumentalisation rend ces contributions injustifiées. Les déséquilibres qu'elle institue entre les différents intérêts protégés par le droit entraînent des répercussions sur le marché, que ce soit en faisant peser le coût des licenciements sur la collectivité ou en provoquant des situations de concurrence déloyale. Elle conduit à ce que des groupes de sociétés puissent accroître leur position sur le marché en faisant peser les difficultés d'une de leur filiale sur ses créanciers, sur la collectivité.

Titre 2. Réflexions sur les remèdes à l'illégitimité

573. L'instrumentalisation des procédures collectives met le droit des entreprises en difficulté en proie à une crise de légitimité. Avec l'évolution de cette matière, il est plus difficile de cerner l'action que doit avoir ce droit. Le droit de la faillite, lui, était régi par le principe du respect de la parole donnée et ce principe est ce qui influençait les règles. L'objectif du droit des entreprises en difficulté est beaucoup plus diffus en raison de son ouverture sur les besoins d'ordre économique. La légitimité de l'application de ce droit réside dans la conformité à son objectif qui est la préservation du marché par le traitement de l'entreprise en difficulté. Ce constat appelle certaines conclusions. Restaurer la légitimité de ce droit nécessite d'en nommer un garant. À ce titre, le ministère public apparaît comme l'acteur tout désigné pour veiller à la bonne application de ce droit. Néanmoins, le décalage observé entre le rôle qui lui est attribué par le législateur et son action véritable doit inviter à repenser la façon dont il pourrait exercer son rôle (Chapitre 1). Le rétablissement de la légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté induit une délimitation de son champ. L'application de cette législation devrait être réservée à une entreprise en difficulté, ce qui peut impliquer de déroger à l'autonomie patrimoniale des personnes morales afin de mettre à nu l'entreprise qui présente une structure complexe (Chapitre 2).

Chapitre 1 – L'action du ministère public repensée

574. L'instrumentalisation des procédures collectives engendre une crise de légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté. Elle amène à se demander s'il est légitime de faire peser l'effort de sauvetage d'un débiteur qui n'est pas une entreprise sur ses créanciers. Chercher des solutions à apporter à l'instrumentalisation des procédures collectives invite à s'interroger sur ce qui fonde la légitimité de ce droit et comment la restaurer. Nous verrons que la légitimité du droit des entreprises en difficulté tient, en grande partie, au respect de l'ordre public économique. Cet ordre encadre la satisfaction des aspirations et besoins économiques pour les tenir en équilibres avec d'autres intérêts qui structurent la société. À ce titre, il doit être conçu au sein du droit des entreprises en difficulté comme ce qui concourt à la préservation du marché économique, mais par les moyens prévus par le droit, en l'occurrence par le sauvetage et le traitement de l'entreprise.

575. C'est à ce titre que le ministère public, auquel a été confiée la mission de garant de l'ordre public économique, est l'acteur tout désigné pour lutter contre l'instrumentalisation des procédures collectives. Il s'impose, par sa position et son rôle, comme le gardien de la légitimité des procédures collectives. « La procédure collective doit être sous contrôle du ministère public »[1632] (Section 1). Mais comment, dès lors, expliquer que, bien qu'il ait acquis au fil des réformes un rôle marqué, certaines affaires et solutions jurisprudentielles continuent de diviser au sujet de l'instrumentalisation ? À ce sujet, nombre de praticiens alertent sur les conditions de travail des parquets et relèvent le peu de temps qu'il leur reste pour s'intéresser à la matière commerciale, alors même que leur est confié un rôle indispensable. Pour qu'il puisse assurer son rôle, sa sollicitation doit alors être raisonnée et circonscrite pour que ses actions ne demeurent pas sans portée. Il s'agit alors de réfléchir aux moyens dont peut disposer le ministère public afin de s'opposer efficacement à l'instrumentalisation (Section 2).

Section 1 : La légitimité des procédures collectives inscrite au sein de l'ordre public économique

576. L'instrumentalisation et les discours qui l'entourent révèlent un affrontement de conceptions qui est précisément à l'origine de la crise de légitimité de la matière. Effectivement,

[1632] DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, préface de LE MESLE (L.), Joly éd., Pratique des affaires, 2018, p. 7.

le passage du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté a rendu incertains ses fondements de légitimité, car paraissant plus liés aux théories économiques qu'à l'ordre juridique (§1).

577. À cet égard, le renforcement du rôle du ministère public au sein de ce nouveau droit est un témoignage de ces nouvelles aspirations qui « déséquilibrent » les fondements de légitimité traditionnelle de la matière. À notre sens, cela manifeste le déficit de la règle elle-même à assurer l'ordre et le besoin, pour l'application de ce droit, d'un représentant de l'ordre, d'un garant d'un nouvel ordre qui est l'ordre public économique. Le droit des entreprises en difficulté, en « s'économisant », s'est doté de règles plus souples. La souplesse de ces règles peut éloigner des finalités poursuivies. Le besoin d'adaptation a conduit à des conditions d'ouverture des procédures collectives toujours plus larges, notamment s'agissant de la sauvegarde. À ce sujet, nous avions alors constaté un « éloignement » de l'objet de la matière, à savoir l'entreprise[1633]. Face à la souplesse des règles, à leur besoin d'adaptation, l'ordre apparaît « mouvant ». Le rôle du ministère public serait alors de rétablir l'ordre. Les enjeux de son intervention au sein du droit des entreprises en difficulté sont un enjeu de légitimité de l'ordre qui est proposé (§2).

§1- La crise de légitimité du droit des entreprises en difficulté

578. La crise de légitimité du droit des entreprises en difficulté se révèle à la suite de cette étude sur l'instrumentalisation. Elle met en jeu des fondements idéologiques, politiques, donc par nature clivants. Néanmoins, ces clivages devraient être dissouts au sein de l'ordre instauré par le droit. L'instrumentalisation dévoile précisément un déficit de l'ordre instauré par le droit, elle démontre une incapacité de conciliation des aspirations économiques et de l'ordre du droit (A). Elle coïncide avec l'évolution de cette matière qui est passée du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté. En effet, la valeur reconnue par tous et qui fondait le droit de la faillite, à savoir le non-respect de la parole donnée, est abandonnée et remplacée par une idéologie économique selon laquelle le sauvetage de l'entreprise serait le meilleur moyen de concilier l'ensemble des intérêts affectés dans l'entreprise. Or, il ne s'agit que de fondements idéologiques qui ne peuvent faire l'unanimité précisément en raison de leur relativité (B).

[1633] V. *supra* n° 284 s.

A- Une crise dévoilée par l'instrumentalisation

579. **Des affrontements idéologiques**. Au sein de la doctrine se dessinent différentes perceptions de l'instrumentalisation manifestée au sein des affaires Cœur Défense et Sodimédical. Si certains relèvent l'anormalité de la situation[1634], d'autres semblent ne pas considérer ces solutions comme problématiques[1635]. Finalement, on voit s'opposer des partisans de l'ordre juridique et ceux qui semblent trouver la justification de ces solutions dans le mouvement économique qu'elle représente, dans leur efficacité économique.

580. Étant donné l'aspiration économique du droit des entreprises en difficulté, on serait tenté de considérer que ce que nous avons relevé comme pratiques d'instrumentalisation sert finalement à l'équilibre économique en général. L'instrumentalisation ne serait dès lors pas un problème tant qu'elle produit des solutions efficaces économiquement. « La sauvegarde peut être une méthode de gestion. Il faut que cela soit dit et écrit »[1636]. L'instrumentalisation comme problématique digne d'intérêt relève donc d'une conception politique. De même s'agissant de savoir ce qu'est réellement une entreprise, tout dépend de la conception que l'on a de l'entreprise et donc, globalement, des aspirations politiques. La valeur travail est-elle considérée comme un essentiel de l'entreprise ou non ? Il est dès lors fortement probable que l'instrumentalisation même soit discutée et discutable, il n'y a pas d'accord sur la conception même de l'entreprise, objet du droit des entreprises en difficulté.

581. « Toute législation de la faillite est d'un équilibre extrêmement délicat. Tout changement législatif conduit à préserver l'entreprise au détriment des créanciers ou inversement. Tout est question de sensibilité politique, ce que l'évolution historique de la matière, comme la réforme, permet de constater »[1637]. En effet, les réformes successives du droit des entreprises en difficulté en soulignent le caractère politique[1638]. Il serait modifié au gré de

[1634] FABRE (A.), « La chambre commerciale et l'"instrumentalisation" des procédures collectives : à propos de l'arrêt Sodimédical **»,** note sous Cass. Com., 3 juill.2012, n° 11-18.026, *JCP G*, n° 41, 8 oct. 2012, 1073 ; SAINTOURENS (B.), « Conditions d'ouverture de la sauvegarde : le recadrage de la cour d'appel de Paris », *JCP E*, 2010, 1475.

[1635] REILLE (F.), « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de "cœur" », *Gaz. Pal.*, 2 avr. 2011, n° 92, p. 7 ; MENJUCQ (M.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n° 3 p. 201 ; LE CORRE (P.-M.), « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », *D.*, 2011, p. 919. Effectivement, la loi ne dit pas que les difficultés doivent entraîner des conséquences sur l'activité.

[1636] LE CORRE (P.-M.), « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter », *Gaz. Pal.*, n° 107, avr. 2010, p. 13.

[1637] LE CORRE (P.-M.), « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 », *D.*, 2005 p. 2297.

[1638] MACORIG-VENIER (F.), « Rapport introductif », *Le DED après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* IFR Actes de colloques n° 30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université Toulouse 1 capitole, p. 11.

l'alternance politique. « C'est un droit économique, impliquant des choix politiques et touchant au cœur de l'engagement, au respect de la parole donnée, qui a cédé du terrain au profit d'un "droit de ne pas payer ses dettes" face à l'objectif — jugé parfois trop utopique — de sauvetage des entreprises »[1639]. Le droit des procédures collectives reflète « un système de valeurs, une conception philosophique » et, à ce titre, il est un droit très politique. « De fait, la procédure collective, par la pénurie qu'elle révèle, ne peut être qu'un moment de vérité s'agissant d'arbitrer entre les différents intérêts qui s'affrontent »[1640]. Les nécessités de l'économie, parfois invoquées pour justifier des solutions juridiques, recouvrent en réalité des politiques de la concurrence, « il existe bel et bien des opinions politiques, des "politiques" de la concurrence »[1641]. Et ces politiques dépendent et varient en fonction du contexte économique. La préservation d'un montage financier justifie-t-elle une dérogation aux droits des créanciers ? Faut-il sacrifier l'ordre à l'efficacité économique ?

582. **Un droit non ordonné ?** Lorsque se posent la question et les affrontements idéologiques, n'est-ce pas le signe d'un déficit du droit ? Le droit est en principe fondateur d'ordre et c'est à ce titre, en vertu de l'ordre qu'il instaure, qu'il dépasse les affrontements idéologiques, lesquels se trouvent résolus dans le respect de l'ordre. Dès lors, quoi que l'on pense de l'instrumentalisation, la réalité de cette problématique, le simple fait que des juristes se posent la question est une preuve d'un défaut d'ordre. On ne sait plus à quel ordre se vouer au sein de cette matière tant elle semble en proie à des logiques économiques qui dépassent le droit. C'est pour cette raison que les solutions sécrétées par ce droit sont soumises à une certaine défiance au regard de la question de leur légitimité. L'instrumentalisation, par les problématiques qu'elle soulève, n'est alors pas qu'une question d'idéologie politique. En se manifestant de la sorte, elle montre le déficit de ce droit à produire un ordre légitimant. En ébranlant cet ordre, elle dévoile sa fragilité et pose alors la question de l'ordre à suivre. Comme l'a précisé un auteur dans un registre différent, la mondialisation du système économique nécessite la construction d'un ordre public international à même d'imposer le respect de valeurs collectives aux acteurs économiques[1642]. Cela revient à dire, à notre sens, que la logique économique, bien qu'elle soit nécessaire à l'adaptation du droit, à son efficacité, doit être

[1639] *Ibid*.
[1640] LUCAS (F.-X.), préface, *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, V. 18, sous la dir. VALLENS (J.-L.), et GIORGINI (C.-G.), Société de législation comparée, vol. 18, 2015.
[1641] FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, Les voies du droit, 2004, p. 135.
[1642] REMICHE (B.), « Droit économique, marché et intérêt général », in *Philosophie du droit et droit économique*, Éd. Frison-Roche, Paris, 1999, p. 82.

encadrée par le droit dans le respect d'un ordre reconnu par tous, qui dépasse les oppositions d'idéologies économiques ou politiques.

583. S'il apparaît difficile de remettre en cause la recherche de l'efficacité économique, tant l'idéologie de l'économie de marché imprègne tous les milieux, l'impératif d'efficacité du droit ne peut pas dicter la voie de la justice[1643]. À ce sujet, il a été relevé que « suivant un glissement qui semble inéluctable, l'analogie se fait bientôt entre la recherche de l'efficacité économique et la modernité, l'innovation ou le succès, toute réserve vis-à-vis de l'essor de l'impératif d'efficacité étant aussitôt interprétée comme le signe d'un conservatisme désuet, d'une fermeture d'esprit et d'un immobilisme conduisant au déclin »[1644]. Pourtant, il serait regrettable que le droit sacrifie la poursuite du juste au renforcement de son attractivité sur les marchés européen et international du droit[1645].

584. Comme l'illustre Platon dans l'Euthyphron, les différends concernant des choses objectives, telles que la longueur d'une étoffe ou le poids d'un sac de blé sont résolus très simplement à l'aide de procédés de mesure objectifs. Les différends se prolongent et ne s'enveniment que là où nous manquent de tels procédés. Socrate précise que tel est le cas quand on est en désaccord sur « le juste et l'injuste, le beau et le laid, le bien et le mal »[1646]. Dans ces cas, l'objet du débat n'est pas la vérité d'une proposition, mais la valeur d'une décision, d'un choix, d'une action, considérés comme justes, équitables, raisonnables, opportuns, honorables, ou conforme au droit[1647]. Ainsi, au-delà de la conception que l'on a de l'entreprise, de l'efficacité économique, de l'instrumentalisation, il n'en demeure pas moins que la problématique révélée par l'instrumentalisation démontre une crise de légitimité de la matière, un déficit d'ordre. La règle de droit est légitime parce qu'elle assure un ordre. « L'ordre, représenté par les institutions, par les mœurs, par la réglementation positive, joue le rôle d'une limite à la fois pour le pouvoir et pour les libertés »[1648]. Dans cette situation, et dans cette matière très en proie à des affrontements idéologiques, l'ordre doit être plus présent, plus manifeste, tout en tenant compte du besoin de souplesse de cette matière.

[1643] MAZEAUD (D.), « Le droit des obligations et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*. dir. de BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 67.
[1644] PERES (C.), « Rapport introductif », in *L'efficacité économique en droit*. dir. de BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), Economica 2010, p. 2.
[1645] MAZEAUD (D.), *art. préc*.
[1646] PLATON, *Euthyphron*, trad. Croiset M., Les Belles Lettres, 1920, Œuvres complètes de Platon, T. 1, p. 184.
[1647] CHAPUT (Y.), « Crise du droit des affaires et/ou révolution économique du droit », in *Le droit au service de l'économie*, Y. CHAPUT (dir.), Publications de la Sorbonne, Coll. droit économique n° 2, 2002, p. 13.
[1648] HAURIOU (M.), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen Centre de philosophie politique et juridique, Bibl. philosophie politique et juridique, 1986, p. 72.

B- La relativité de l'efficacité économique

585. La recherche de l'efficacité économique ne peut fonder un ordre légitimant. En effet, il existe une trop grande relativité de ce qu'on considère comme efficace. Le droit des procédures collectives est construit sur des présupposés et des valeurs dogmatiques[1649]. Lorsque la Banque Mondiale pose le postulat qu'une procédure contractuelle est supérieure à une procédure de redressement judiciaire[1650], il s'agit d'une affirmation idéologique selon laquelle, les créanciers expriment mieux les intérêts de l'entreprise que les tribunaux[1651]. Le Professeur Frison-Roche souligne que le droit des entreprises en difficulté traduit la croyance selon laquelle il pourrait faire revenir par sa seule force la prospérité, qu'il peut diriger et faire renaître les forces économiques, tout en constatant que ces résultats ne sont jamais atteints[1652].

586. **L'efficacité du droit pro-débiteur et pro-créancier**. Pour s'en convaincre, il suffit de se pencher sur l'opposition entre les politiques pro-débiteurs et les politiques pro-créanciers. Les disparités de législations observées au sein d'États, qui partagent pourtant un modèle économique libéral, montrent que les normes du droit de la faillite ne découlent pas directement du modèle économique. Si on observe le droit britannique de l'insolvabilité des entreprises, les procédures collectives sont tournées, pour l'essentiel, vers la satisfaction des créanciers[1653]. Les droits belge et allemand, bien qu'ils cherchent comme le droit français à favoriser la survie des entreprises en difficulté, donnent la priorité à l'intérêt des créanciers[1654]. À cet effet, un auteur notait que la France était le seul pays à être allé aussi loin dans la « recherche du redressement à tout prix, c'est-à-dire s'il le faut, par l'écrasement des créanciers et l'effacement du passif »[1655].

587. Ces positions différentes ne sont que deux façons d'aborder le même problème. La mouvance pro-débiteur, afin de dynamiser l'économie, encourage les futurs entrepreneurs en leur permettant de plus en plus d'entreprendre sans risque. Certains auteurs se montrent réticents à une telle évolution de l'entrepreneuriat. Selon eux le risque est en principe inhérent

[1649] FRISON ROCHE (M.-A.), BONFILS (Ph.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005, p. 94.
[1650] Banque mondiale, *Rapport Doing Business*, 2004, Understanding Regulation, p. 71.
[1651] FRISON ROCHE (M.-A.), BONFILS (Ph.), *op. cit.*, p. 110
[1652] *Ibid.*, p. 94.
[1653] V. CHAPUT (Y.) (dir.), *L'apurement des dettes. Solution au surendettement*, LexisNexis, coll. Le Droit des affaires, 1998, p. 446 et p. 454, et étude du Sénat sur « La sauvegarde des entreprises en difficulté », Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 132, juin 2004, p. 51.
[1654] V. TROCKELS (F.), « Le nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne », *Banque et droit*, juill-août 1999, p. 19 ; BAUER (D.), « Le droit allemand en matière d'insolvabilité », *LPA*, 15 mars 1995, p. 18.
[1655] SÉNÉCHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. de MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), Litec, 2002, Bibl. droit de l'entreprise, p. 13.

et regardé comme le corollaire inévitable du profit escompté[1656]. Cette réflexion a notamment émergé à l'occasion de l'introduction de l'EIRL dans la législation[1657]. Le professeur Lucas interrogeait alors de la façon suivante : avec ce slogan de « l'entreprise sans risque », « ne risque-t-on pas de décomplexer les entrepreneurs les plus calamiteux qui, désormais rassurés et décomplexés, se précipiteront vers un monde où ils n'ont pas leur place »[1658]. De même, avec la réforme du statut de l'entrepreneur individuel opérée en février 2022, l'entreprise sans risque devient automatique[1659]. La question est alors celle de savoir si, un tel encouragement dynamise l'économie, s'il produit les effets escomptés.

588. Un des effets contraires à la dynamisation de l'économie que fait craindre la politique pro-débiteur est son effet sur les investisseurs. Encourager l'entrepreneuriat est une chose, mais s'il n'y a personne pour investir, les entrepreneurs ont plus difficilement les moyens d'entreprendre. Les investisseurs apparaissent moins disposés à investir dans une entreprise « sans risque », à plus forte raison lorsqu'en cas de défaillance de cette entreprise, leurs droits se trouvent fortement atteints. Finalement, le choix est fait d'encourager l'entrepreneuriat, mais sans véritable « sélection » de l'entrepreneur. À cet effet, les indicateurs Banque mondiale « Facilité à faire des affaires »[1660] réservaient un mauvais classement à la France[1661]. Cette note dénonce le décalage entre notre droit et les attentes des grands investisseurs internationaux. À partir de cette note, des conséquences peuvent être tirées par les investisseurs quant aux risques qu'ils prennent en investissant dans tel ou tel pays[1662]. Si la législation pro-débiteur concourt à encourager l'entrepreneuriat grâce à un risque patrimonial moindre et la possibilité de nouveau départ en cas d'échec par un allègement des dettes, elle peut avoir pour effet une augmentation

[1656] LUCAS (F.-X.), « Les nouveaux risques, colloque Entreprise et patrimoine », *Gaz. Pal*., 19 mai 2011, n° 139, p. 57. Le professeur LUCAS fait remarquer que c'est ce qu'exprime l'article 1832 du Code civil lorsqu'il indique que le bénéfice ou les économies espérées par les associés ne vont pas sans une exposition au risque de perte qui est de l'essence de cette entreprise commune.

[1657] Depuis la loi 2022-172 du 14 févr. 2022, il n'est plus possible de créer un EIRL. Mais les EIRL créées avant cette date conservent ce statut.

[1658] LUCAS (F-X.), *art. préc*.

[1659] Le patrimoine de l'entrepreneur individuel sera de plein droit scindé entre biens personnels et biens professionnels. C. com., art. L. 526-22 à L. 526-26.

[1660] V. *supra* n° 62.

[1661] Banque mondiale, *Rapport Doing Business 2020*. En 2020, la France est classée 32ème. Depuis, la publication de ce rapport est arrêtée en raison d'un signalement d'irrégularités dans les données des éditions 2018 et 2020. Concernant les indicateurs « facilité à faire des affaires », V. MARAIS (B. du) (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice ; *Agences de notation, immobilier et contrats publics. Contribution sur l'attractivité économique du droit*, La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2007 ; CANIVET (G.), FRISON-ROCHE (M.-A.), KLEIN (M.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, coll. « Droit et Économie ».

[1662] COURET (A.), « Synthèse et réflexions sur le droit de la défaillance économique », *RPC*, n° 1, janv. 2011, dossier 14, n° 34.

des taux d'intérêt et une fuite des investisseurs prêteurs. Ces résultats font écho à la perception du risque par les financeurs et donc à sa rémunération. L'augmentation du taux d'intérêt résulte de l'augmentation du risque d'impayé pour les financeurs dû à cette législation favorable[1663]. Si l'on observe une corrélation entre la législation de type pro-débiteur et le nombre d'entreprises individuelles, le risque d'entreprendre est comme reporté sur les créanciers. Néanmoins, il est soutenu qu'une législation favorable à l'entrepreneur « stimule globalement l'activité entrepreneuriale »[1664]. Dans l'ensemble, les effets positifs sur la création d'entreprises seraient supérieurs au risque d'augmentation du taux.

589. La politique pro-créancier part à l'inverse du postulat qu'il n'y a pas d'entrepreneuriat sans investisseurs et que ces derniers ont besoin d'être rassurés avec des règles les protégeant suffisamment en cas d'échec de l'entreprise dans laquelle ils investissent. Les mêmes limites peuvent être tracées s'agissant de ces législations dites « pro-créanciers ». La protection des créanciers qu'elles mettent en œuvre n'incite pas à la création d'entreprise autant que cela peut être le cas dans une législation pro-débiteur.

590. **L'analyse économique du droit.** Afin de trancher entre ces deux systèmes, certains ont eu recours à l'analyse économique du droit avec la recherche de la solution la plus efficiente. Le but est d'atteindre « l'optimalité » économique du droit de la faillite[1665] qui consiste à évaluer la valeur d'usage des actifs de l'entreprise afin de vérifier si elle est la meilleure ou non[1666]. Pour parvenir à ses objectifs, le législateur du droit des entreprises en difficulté semble s'être inspiré de l'analyse économique du droit, analyse qui place la notion d'efficience en son cœur[1667]. Cette notion d'efficience fait l'objet de diverses définitions. Mais, synthétiquement, elle désigne le meilleur moyen, la meilleure façon d'atteindre le résultat.

591. L'analyse économique est une analyse d'efficience[1668]. L'efficience économique est, à l'instar de la proportionnalité, un critère pour apprécier l'adéquation entre une fin, quelle qu'elle soit, et les moyens mis en œuvre pour la réaliser[1669]. L'efficience économique peut être définie comme la propriété d'un processus (de production ou de répartition) qui tire le meilleur parti

[1663] PHILIPPART (P.), « Entrepreneuriat et droit : éléments pour une théorie de l'entrepreneuriat et du droit », projectis/proyectica/projectique, 2015/3 n° 15, p. 91.
[1664] *Ibid.*
[1665] MORIN (P.), préface à BLAZY (R.), *La faillite, Éléments d'analyse économique*, Economica, 2000, p. 4.
[1666] RECASSENS (G.), « Faut-il adopter un système pro-créanciers de défaillances ? Une revue de la littérature », *Finance Contrôle Stratégie*, Vol. 6, n° 1, mars 2003, p. 125.
[1667] VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires de RIPERT et ROBLOT*, t. 1, LGDJ, 21e éd., 2020, n° 68, p. 77.
[1668] FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *LPA*, 19 mai 2005, p. 15.
[1669]V. MARIS (B.), *Antimanuel d'économie*, éd. Bréal, Paris, 2003, p. 88.

de chaque ressource disponible. C'est donc une propriété qui concerne le choix et l'utilisation de moyens en vue d'une fin déterminée[1670]. Une étude réalisée par un économiste aboutit à considérer que les systèmes pro-créanciers sont plus efficients[1671].

592. Ce type d'analyse ne fait pas l'unanimité chez les juristes : « une situation efficiente n'est pas nécessairement juste et un système juridique poursuit d'autres valeurs que l'efficience, telle que la justice dans la répartition des ressources, l'égalité devant la loi ou la réparation du préjudice des victimes »[1672]. De même, il est souligné que « les équilibres économiques ne sont pas arithmétiques. On l'a perçu lorsque le politique a accordé un allègement de charges aux entreprises sans qu'en conséquence l'embauche redémarre pour autant. Les vases ne communiquent pas si facilement »[1673].

593. L'analyse économique du droit, qui se fonde principalement sur le calcul de l'efficience du droit, présente une vision parcellaire des choses. Elle ne tient pas compte de la tradition juridique des pays ou des facteurs de populations et se contente de regarder les chiffres qu'elle détermine pour évaluer le droit. Observe-t-on les mêmes effets d'une législation selon la population à laquelle on l'applique ? Il semblerait que des facteurs de population puissent être une donnée dans l'orientation des législations. Ainsi, dans les pays où existe une tradition d'entrepreneuriat, il apparaît compréhensible que la dynamisation de l'entrepreneuriat représente une donnée moins importante que l'investissement. L'objectif n'est pas de trancher pour une politique ou pour l'autre, simplement d'en souligner les effets relatifs.

594. **Les limites de la recherche d'efficacité**. La recherche d'efficacité économique du droit des entreprises en difficulté qui structure l'ensemble de ses règles et impose une certaine hiérarchie de valeurs ne peut faire l'unanimité. D'abord, elle ne peut faire l'unanimité car, en pratique, le droit des entreprises en difficulté n'est pas apte à éviter la défaillance des entreprises[1674]. La croyance, qui est entretenue, que le droit peut redresser les entreprises par sa seule force est illusoire[1675]. Dès lors, est-il légitime qu'il privilégie certains intérêts à d'autres ? Ensuite, la recherche d'efficacité ne peut être la seule ligne directrice des solutions du droit des procédures collectives parce qu'elle est relative, on l'a vu. Elle doit donc être inscrite dans un

[1670] SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit*., p. 97.
[1671] Pour une étude détaillée, VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 28 et s.
[1672] VOGEL (L.), *op. cit.*, n° 68.
[1673] FRISON-ROCHE (M-A.), « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites », D., 1994 p. 17.
[1674] FRISON-ROCHE (M.-A.), BONFILS (S.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005, p. 109. Les auteurs notent que le résultat que se fixe le droit des entreprises en difficulté n'est jamais atteint.
[1675] *Ibid*.

ordre. La légitimité d'un droit repose principalement sur la compatibilité des intérêts privés avec l'intérêt général[1676]. Or, il ne faut pas assimiler intérêt général et efficacité économique. L'intérêt général coïnciderait avec le respect de l'ordre public économique qui est la recherche d'efficacité économique de la règle ordonnée par le droit.

595. Au-delà d'un affrontement d'ordre idéologique, l'instrumentalisation des procédures collectives manifeste un affrontement entre l'ordre juridique et l'ordre économique. Le développement de l'analyse économique du droit conduit à soumettre le juridique à ce qui pourrait être qualifié d'ordre économique. La prééminence conférée à la recherche de l'efficacité économique ne peut servir à légitimer les solutions qu'elle sécrète, car cette efficacité demeure trop relative. Cette recherche d'efficacité ne doit pas, pour autant, être niée. Elle doit être assurée et insérée au sein d'un ordre dont le respect fait consensus. Cet ordre est l'ordre public économique. C'est dans le respect de cet ordre que l'application des procédures collectives est légitimée.

§2- Le garant de l'ordre public économique

596. L'intervention croissante du ministère public dans cette matière peut s'analyser comme un révélateur de la crise de légitimité à laquelle cette matière est en proie. Le renforcement, mais aussi la mutation de son rôle, indique le besoin de pallier le manque d'ordre qui découle de la nécessaire souplesse de la règle en matière économique. Il vient garantir un ordre, c'est-à-dire la cohérence des règles, en vue d'un but déterminé par le droit, ordre difficile à percevoir en raison du besoin d'adaptation des règles à la vie économique. Il n'est ainsi pas anodin de constater qu'en même temps que ce droit a été traversé par des logiques économiques, le législateur a renforcé considérablement le rôle du ministère public en cette matière (A), lequel a pour fonction de garantir l'ordre public économique (B).

A- Le rôle du ministère public au sein du droit des entreprises en difficulté

597. Le renforcement du rôle du ministère public au fil des évolutions de la matière témoigne des enjeux du droit des entreprises en difficulté. Pendant longtemps, le parquet n'était pas autorisé à intervenir auprès des juridictions consulaires. Les textes de Michel L'Hospital interdisaient la présence et l'intervention des procureurs du roi dans la justice des

[1676] COPPENS (Ph.) « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), Larcier, 2007, p. 153.

marchands[1677]. Ce ne serait qu'à partir des années 1970[1678] que les magistrats du parquet ont été admis, dans une certaine mesure, à faire connaître leur avis devant les tribunaux de commerce. C'est surtout avec les décrets n°72-684 du 20 juillet et n° 72-788 du 28 août 1972 qu'ils sont autorisés à agir devant les tribunaux de commerce pour la défense de l'ordre public. Pour cela, ils doivent avoir communication des causes relatives au règlement judiciaire et à la liquidation des biens et peuvent agir dès lors qu'ils estiment leur intervention nécessaire[1679]. Effectivement, « le procès civil étant, par principe, le lieu des litiges interindividuels, la faculté d'action du ministère public devrait y être limitée aux cas dans lesquels le législateur ou le juge, à travers le recours à la caractérisation d'une atteinte à l'ordre public dans ce second cas, identifie que l'intérêt général est suffisamment concerné par ce litige pour justifier "l'intrusion" du ministère public »[1680]. À ce moment, le ministère public joue un rôle de défenseur de la société au sein de la matière commerciale.

598. Il faut garder à l'esprit que, à l'origine, le rôle du ministère public au sein des procédures collectives était principalement répressif en raison du caractère sanctionnateur des procédures. Il ne s'émancipera de ce cadre répressif qu'avec la loi du 15 octobre 1981[1681]. Le développement du parquet au sein du droit des entreprises en difficulté devient particulièrement favorable[1682] et son rôle est dès lors pensé autrement. Aujourd'hui, il a acquis aussi une dimension économique non négligeable[1683]. Il devient un corps de contrôle de l'ordre public économique[1684]. Il est notable qu'à « la mesure du passage du droit des faillites au droit des procédures collectives, puis au droit des entreprises en difficulté, l'aspect répressif a régressé, alors que les pouvoirs du ministère public n'ont cessé de progresser. C'est bien la traduction de la place accordée à l'intérêt général dans le redressement des entreprises dont le ministère public a en charge la défense »[1685].

[1677] Selon l'édit royal rédigé en 1563 sous la conception de « justice de marchands rendue par des marchands ». V. ISAMBERT (F.-A.), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1829, t. 14, p. 153.

[1678] Loi n° 70-613 du 10 juillet 1970, modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire, JORF, Lois et décrets, du 12 juillet 1970, n° 161, p. 6564.

[1679] FALZOI (A.), « Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives », *LPA*, 17 sept. 2004, n° 187, p. 3.

[1680] ALLIX (N.), « Les recours du ministère public partie jointe en droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, n° 45, 11 nov. 2021, 1478.

[1681] Loi n° 81-927, 15 oct. 1981, JO 16 oct. 2007.

[1682] STAES (O.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. — Organes. — Ministère public », *J.-Cl.*, com., fasc. 2215.

[1683] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives*, sous la dir. de JEANTIN (M.), thèse Université Paris X Nanterre, 1991, p. 9.

[1684] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 340.111.

[1685] LE CORRE (P.-M.), « 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 21 juill. 2007, n° 202, p. 3.

599. Ce changement de fonction accompagne le changement de société et de la représentation de l'intérêt général, lequel est de plus en plus lié à l'économie. C'est ainsi qu'il prend une place majeure au sein du droit des entreprises en difficulté, matière dans laquelle des questions d'intérêt général sont très prégnantes. Un parallèle est dès lors établi entre la prise en considération de l'intérêt général dans les procédures collectives et le développement du rôle du ministère public[1686]. Dès 1991, un auteur prédisait que « le rôle du parquet dans la prévention et la résolution des difficultés de l'entreprise sera amené à s'amplifier ne serait-ce qu'en raison des dispositions contenues dans le nouveau droit de la faillite dont la réforme avait été rendue nécessaire par la conjoncture »[1687]. L'amplification du rôle du ministère public coïncide avec le moment où le législateur a pris conscience du caractère d'intérêt général du traitement de l'entreprise[1688]. Un auteur souligne que, à l'époque, « cette évolution du rôle du parquet s'est imposée en raison des graves conséquences économiques et sociales des difficultés des entreprises et de la nécessité de canaliser les interventions de l'État »[1689].

600. Le ministère public devient un « un acteur incontournable et à part entière du traitement des difficultés des entreprises, de leur sauvetage (…) »[1690]. Il est habité par la volonté de sauver les entreprises, les emplois et donc de préserver le tissu économique afin d'éviter un trouble à l'ordre public et social[1691]. Le Code de procédure civile[1692] « présente les procédures collectives comme une situation originale méritant une intervention privilégiée du ministère public »[1693] et une circulaire précise l'action du ministère public dans les procédures collectives[1694]. Il agit à des moments clés de la procédure. Il peut agir notamment en conversion de procédure[1695], en

[1686] SOINNE (B.), « 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. 12.
[1687] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives*, *op. cit.*, p. 4.
[1688] RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 137.
[1689] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives*, *op. cit.*, p. 6.
[1690] DELATTRE (Ch.), « Les procédures collectives : dix ans après – Rôle du ministère public : le rôle croissant du ministère public », *CDE*, 201/4, étude 32 ; DELATTRE (Ch.), « Le ministère public : un acteur incontournable dans le cadre du traitement des entreprises en difficulté », *BJE*, nov./déc. 2016, n° 113y7 ; DELATTRE (Ch.), « Le renouveau du rôle du ministère public », *Rev. proc. coll.*, 2017/4, doss. 3.
[1691] DELATTRE (Ch.), « La levée de la confidentialité : pour quoi faire ? (ou la levée des tabous) », *Rev. Proc. coll.*, n° 6, nov. 2018, étude 26.
[1692] CPC, art. 424.
[1693] VALLANSAN (J.), « Le rôle particulier du ministère public, droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ? », in MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 159.
[1694] Circ. 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, CIV 2006-08 D4/18.04.2006, NOR : JUSCO0620263C, BOMJ, n° 102, 1e avr.-30 juin 2006.
[1695] C. com., art. L. 621-12 et L. 622-10.

résolution du plan de sauvegarde[1696], de redressement[1697] ou de cession[1698]. À ces occasions, il s'impose comme garant du respect de la procédure et est en mesure de veiller à ce que la procédure appliquée à l'entreprise soit celle que sa situation financière et économique demande. Il détient en outre le pouvoir de demander la cession forcée des actions appartenant au dirigeant dans le cadre d'un plan de reprise interne[1699]. Cette cession[1700], contraire à de nombreux principes, a pour objectif de sauver l'entreprise. La possibilité de demander la résolution du plan en fait le gardien du respect de la procédure, du respect de l'engagement passé entre le débiteur et ses créanciers. Le plan de cession pourra aussi être résolu en raison de la non-exécution des engagements du cessionnaire.

601. Enfin, il est important de noter que le ministère public gagne en importance à chaque réforme. Il fait notamment son apparition au sein des procédures de traitement amiable. Cela peut, à première vue, paraître surprenant puisque l'intérêt général semble moins représenté à ce stade de difficulté. Néanmoins, les liens existants entre ces différentes procédures amènent nécessairement à une certaine vigilance[1701]. Le rôle du ministère public, dans le cadre des mesures de prévention et de traitement amiable des difficultés des entreprises, a progressivement été renforcé et doit absolument être mis en œuvre afin d'assurer un contrôle effectif du respect du cadre légal, pour éviter une instrumentalisation[1702]. Le droit des entreprises en difficulté met en place diverses connexions entre les différentes mesures proposées afin de couvrir un champ des plus larges. C'est pourquoi certaines décisions prises au sein des mesures amiables peuvent avoir de lourdes conséquences en procédure collective. Ainsi, rien d'étonnant à ce que le ministère public soit appelé à l'homologation de l'accord de conciliation[1703], laquelle a pour effet de bloquer le report de la date de cessation des paiements et de conférer le privilège de la conciliation aux créanciers qui auraient consenti un nouvel apport à l'entreprise[1704]. Cet acte a des effets sur la détermination du patrimoine du débiteur et des conséquences à l'égard de l'égalité des créanciers. Comme pour les autres procédures, la

[1696] C. com., art. L. 626-27, II.
[1697] C. com., art. L. 631-19, I, al. 1.
[1698] C. com., art. L. 642-11, al. 2.
[1699] VALLANSAN (J.), *art. cit*., in MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 163.
[1700] V. *supra* n° 185 s.
[1701] V. *supra* n° 162 s.
[1702] DELATTRE (Ch.), « Le contrôle de la conciliation par le ministère public et le lien entre prévention et sanction », *Rev. Proc. coll* n° 2, mars 2018, étude 3, et « Quand le ministère public est le rempart à l'instrumentalisation et au dévoiement de la prévention », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2022, alerte 16.
[1703] C. com., art. L. 611-9, al. 1.
[1704] C. com., art. L. 611-11.

conciliation doit lui être communiquée[1705]. Au sein du traitement amiable, son pouvoir de contrôle est important s'agissant de la nomination des organes de la procédure[1706].

602. Ces aspects sont révélateurs du rôle attribué au ministère public au sein des procédures collectives. Il doit participer lui aussi, à sa mesure, au sauvetage de l'entreprise, mais a aussi pour fonction de veiller à l'équilibre des intérêts. « L'objectif est de veiller à assurer une certaine moralité de la procédure collective et d'éviter les situations contraires à l'ordre public économique, mais également de protéger le débiteur souvent seul face à des interventions et des enjeux qu'il ne perçoit pas ou peu et qui le dépassent »[1707]. Au sein des procédures collectives, le ministère public défend l'intérêt général, procédural, économique et social[1708]. « Le ministère public doit veiller au respect des intérêts en présence tant le droit des entreprises en difficulté intervient dans des zones sensibles, délicates, sujettes aux dérapages multiples pouvant générer de lourdes conséquences économiques »[1709].

603. Évidemment, il intervient aussi toujours dans le cadre répressif, dans le domaine des sanctions pénales[1710], mais aussi professionnelles[1711] lesquelles ont pour objectif de mettre à l'écart un dirigeant incompétent pour protéger le milieu des affaires. Son droit d'action concerne également la responsabilité pour insuffisance d'actif,[1712] ce qui permet d'affirmer que son rôle ne se cantonne pas à la recherche de l'efficacité économique, mais qu'il doit veiller à ce que la recherche du sauvetage de l'entreprise s'accorde avec d'autres intérêts et d'autres valeurs. L'engagement de la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant le rend responsable sur son patrimoine personnel. Le ministère public a, de fait, la possibilité de faire échec « au rebond » du dirigeant lorsque c'est par sa faute que les intérêts des créanciers ont été atteints. « Par toutes ces prérogatives qu'il détient, il doit assurer l'intérêt des créanciers et permettre aux débiteurs de sauver leurs entreprises, tout en évaluant l'atteinte à l'ordre public »[1713].

[1705] C. com., art. L. 611-6, al. 4.
[1706] C. com., art. L. 621-4, al. 5.
[1707] DELATTRE (Ch.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 22.
[1708] FRICERO (N.), « Le rôle du ministère public en matière économique et financière », *CDE*, n° 5, sept. 2015, doss. 23 ; LE MESLE (L.), « Quelques éléments d'actualité à propos de l'avis du ministère public en matière de procédures collectives », doss. 38.
[1709] DELATTRE (C.), *op. cit.*, p. 29.
[1710] C. com., art. L. 654-17.
[1711] C. com., art. L. 653-7.
[1712] C. com., art. L. 651-3.
[1713] FALZOI (A.), « Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives », *LPA*, 17 sept. 2004, n° 187, p. 3.

B- Le respect de l'ordre public économique, légitimité des procédures collectives

604. La légitimité de l'application des procédures collectives est dépendante du respect de l'ordre public économique principalement pour deux raisons. L'ordre public économique est la raison d'être de la matière du droit des entreprises en difficulté. Il s'agit d'une prise en compte des besoins de l'économie de marché, tout en en régulant les effets. C'est finalement l'intervention du droit dans l'économie qui se trouve justifiée par cette notion d'ordre public économique. En droit des entreprises en difficulté, l'ordre public économique serait une façon d'encadrer la recherche de l'efficacité économique (1°). Dans une matière assez mouvante, la question de la sécurité juridique ne peut plus être traitée de la même manière, par un immobilisme de la règle. Dans ces nouvelles législations, il faut concevoir que la sécurité juridique est dépendante du respect de l'ordre public économique assuré par le ministère public dont l'indépendance politique serait un attribut de cette sécurité juridique (2°).

1°) Un encadrement de la recherche de l'efficacité économique : l'ordre public économique

605. Aujourd'hui, la notion d'ordre public n'est plus uniquement liée à la répression des atteintes contre les biens et les bonnes mœurs. Elle inclut aussi des impératifs économiques et sociaux d'intérêt général, tels que la défense de l'emploi, la croissance économique ou encore, la prévention des difficultés des entreprises[1714]. Comme l'affirment certains auteurs, l'ordre public économique constitue la base de la légitimité contemporaine de la procédure collective : l'ordre public économique est à la fois une cause de l'ouverture de la procédure collective, un critère d'application dans le choix opéré par le tribunal et un fondement des règles procédurales elles-mêmes[1715]. Il faut alors en comprendre que la matière du droit des entreprises en difficulté a pour objectif la préservation d'un ordre public économique. Il est alors crucial de déterminer les composantes de cet ordre. Lorsqu'il est dit que l'ordre public est une cause d'ouverture de la procédure collective, cela implique que le risque de défaillance d'une entreprise, ou plutôt le besoin de sauver l'entreprise sont une composante de cet ordre. En ce sens, il a été relevé que dans un contexte favorable à la survie de l'entreprise en difficulté, « la relation contractuelle n'appartient plus tant aux parties qu'à un système de financement de l'économie qui l'aspire

[1714] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives*, *op. cit.*, p. 4.
[1715] VALLENS (J.-L.), « Droit de la faillite et droits de l'homme », *RTD Com.*, 1997, p. 567.

(…), pour en faire, une fois modifié dans son montant ou son exigibilité (voire les deux), par le biais du traitement collectif de la dette, l'instrument de sauvegarde d'un ordre public »[1716].

606. Lorsqu'on a affaire à une entreprise en difficulté, l'ordre public économique serait l'intérêt général[1717]. Effectivement, il serait d'intérêt général de sauver l'entreprise, cette sauvegarde faisant converger les intérêts des créanciers, lesquels conservent un partenaire, et ceux des salariés par le maintien des emplois. C'est en considération de cet ordre public, de l'intérêt général que représente la sauvegarde de l'entreprise, que les créanciers sont assujettis à une discipline collective, que le contrat qui les liait aux débiteurs est subordonné à la considération des difficultés de l'entreprise débitrice. L'ordre public économique est une sorte de régulation par l'État de l'économie de marché, un encadrement. « Il constitue un nouveau corps de règles impératives et érigées comme impérieuse au nom d'une certaine politique économique »[1718]. Or, le droit des entreprises en difficulté est une composante majeure du droit de l'économie de marché[1719]. « En effet, ce droit fait l'objet d'une intervention et d'une régulation de l'État en fonction des principes et impératifs fondamentaux dictées par la politique économique. La préservation des entreprises viables constituant notamment un des objectifs phares du droit de l'économie de marché[1720], elle est devenue l'objectif prioritaire du droit des entreprises en difficulté. Cet impératif consiste à assainir le milieu économique des affaires, à travers la défense, la protection et le respect d'un ordre public contemporain qui est l'ordre public économique »[1721].

607. Assurer l'ordre public économique est parfois présenté comme « assurer le bon fonctionnement du marché »[1722]. Mais cette définition apparaît incomplète, car elle ne donne pas l'ordre de référence. Effectivement, l'ordre donné par le droit des entreprises en difficulté n'est pas uniquement « assurer le bon fonctionnement du marché », c'est plus précisément « assurer le bon fonctionnement du marché par le traitement de l'entreprise en difficulté ». C'est donc bien le traitement de l'entreprise en difficulté qui est la ligne directrice de la matière, l'ordre d'encadrement. Les effets économiques sont donc encadrés par un moyen sur lequel le droit agit. Par quel biais, dans quel cadre s'agit-il d'assurer le bon fonctionnement du marché ? « En effet, pour développer et pérenniser une économie saine et viable, il faut nécessairement

[1716] GHOZI préface *in* GJIDARA (S.)*, L'endettement et le droit privé, op. cit.*
[1717] DIALLO (Y.), *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, L'Harmattan, 2019, p. 59.
[1718] MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Th. REVET (Dir.), Dalloz, 1996, p. 38.
[1719] VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté, op. cit*.
[1720] LUCAS de LEYSSAC (C.) et PARLEANI (G.), *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 1e éd., 2002, p. 48.
[1721] DIALLO (Y.), *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, L'Harmattan, p .57-58
[1722] PEZ (T.), « L'ordre public économique », *Nouveaux cahiers du CC* n° 49, doss. l'entreprise, oct. 2015, p. 44.

concevoir un ordre d'encadrement et de régulation des comportements de tous les acteurs économiques qui concourent à la création des richesses »[1723]. C'est pourquoi l'ordre public économique en même temps qu'il justifie la poursuite d'aspirations économiques justifie aussi des atteintes, des contraintes. Par exemple, l'ordre public économique « est spécialement invoqué pour justifier des limites à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre, aux libertés économiques »[1724].

608. L'ordre public économique en droit des procédures collectives est le bon fonctionnement du marché par le traitement des entreprises en difficulté. Dès lors, l'instrumentalisation qui conduit à utiliser les outils donnés par le droit pour traiter autre chose qu'une entreprise en difficulté porte nécessairement atteinte à l'ordre public économique. Elle conduit à une émancipation de l'application de la règle de son ordre. Cette application est alors guidée uniquement par des aspirations économiques. C'est pourquoi, fondamentalement, même si sauver une holding peut avoir des effets bénéfiques sur le marché, le faire par le biais des procédures collectives qui s'attachent au traitement de l'entreprise est contraire à l'ordre public économique parce qu'elle outrepasse le cadre prévu par le droit.

609. D'ailleurs, la notion d'ordre public économique, lequel aboutit à une forme d'interventionnisme étatique[1725], a principalement « émergé dans un souci de contrôler l'économie de marché »[1726]. Il n'est alors pas anodin que des travaux sur l'instrumentalisation conduisent à s'intéresser à la notion d'ordre public économique. Effectivement, nous avons vu au cours de la première partie de cette étude que l'instrumentalisation des procédures collectives peut être perçue comme une « dérive » de l'objectif économique du droit des entreprises en difficulté en raison de l'importance accordée à la politique d'incitation[1727]. La volonté de produire certains effets économiques, de traiter les difficultés des débiteurs, fais oublier l'objet même de la législation, à savoir l'entreprise.

610. La recherche de l'efficacité économique ordonnée par le droit est ce qui représente l'ordre public économique au sein de la matière du droit des entreprises en difficulté. Ainsi, le respect de l'ordre public économique conduit à tenir compte des aspirations de ce droit ; le traitement de l'entreprise dans le but de préserver le marché, sa structure.

[1723] DIALLO (Y.), *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, *op. cit*., p. 62.
[1724] PEZ (T.), *art. cit*., *Nouveaux cahiers du CC* n° 49, doss. l'entreprise, oct. 2015, p. 44.
[1725] MESTRE (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Th. REVET (Dir.), Dalloz, 1996, p. 38.
[1726] DIALLO (Y.), *op. cit.* p. 59.
[1727] V. *supra* n° 89 s.

2°) Un ordre pourvoyeur de sécurité juridique

611. Il semble que la Cour de cassation n'a pas consacré expressément un principe de sécurité juridique[1728]. Elle n'apparaît pas clairement définie, mais certains auteurs considèrent qu'elle traduit une nécessité de cohérence et génère une confiance légitime. « En réalité la sécurité juridique renvoie classiquement aux idées de prévisibilité et de stabilité »[1729]. La question de la sécurité juridique rejoint la problématique du droit économique[1730]. Cette matière a pour spécificité[1731] qu'elle recherche avant tout l'adaptation du droit au fait, au détriment parfois des catégories juridiques formelles. Faut-il alors considérer que le droit des entreprises en difficulté est dépourvu de sécurité juridique ? « Notre tradition juridique utilise des concepts vagues : les bonnes mœurs, la bonne foi, le bon père de famille, etc. Mais il est vrai que ces dispositions ne paraissent pas heurter l'attachement aux impératifs absolus, et donc de mettre en cause l'impératif de sécurité, parce qu'elles font référence à des champs où les bons comportements sont établis depuis longtemps et sont demeurés reconnus longtemps. Or en droit économique il s'agit de construire, d'établir une normalisation des comportements »[1732].

612. L'instrumentalisation des procédures collectives porte effectivement atteinte à une certaine prévisibilité et stabilité puisqu'elle aboutit à ce que n'importe quel débiteur puisse, par exemple, mettre en échec la garantie d'un créancier. À l'origine de l'insécurité se trouvent le manque de stabilité et de prévisibilité du droit, l'absence ou la perte de confiance dans l'ordre des choses que la règle de droit est censée établir[1733]. Selon un auteur, le déficit de sécurité doit être apprécié par rapport à la nature des activités en cause et par rapport à l'ordre que la règle de droit crée pour ces activités[1734].

613. Dans cette perspective, la garantie d'une certaine sécurité juridique peut être vue dans le respect de l'ordre public économique. Celle-ci demeure un critère d'évaluation de la règle bien que la vision du droit telle qu'elle ressort du Code de 1804 ne soit plus adaptée au rythme

[1728] RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), « Propos introductif » in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), Droit Économie international, Larcier, 2007, p. 12.
[1729] *Ibid*.
[1730] *Ibid.*
[1731] BOY (L.), *Droit économique*, L'Hermès, 2002.
[1732] FARJAT (G.), « Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), Droit Économie international, Larcier, 2007, p. 65.
[1733] ULLRICH (H.), « La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste », », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), Droit Économie international, Larcier, 2007, p. 74.
[1734] ULLRICH (H.), « La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste », », in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), Droit Économie international, Larcier, 2007, p. 74.

de notre monde. Ce dernier évolue beaucoup trop vite pour que l'on puisse s'en tenir à des règles trop rigides. « Il faut intégrer le désordre et le chaos dans le monde du droit » pour faire composer la prévisibilité et la stabilité avec la nécessaire évolution de la norme[1735]. L'ordre public économique, qui est la recherche de l'efficacité économique ordonnée par le droit, peut constituer un élément de sécurité juridique adapté à la matière du droit des entreprises en difficulté. Il est possible de voir dans la présence du parquet la garantie d'une sécurité juridique accrue[1736], justement parce qu'il s'impose comme gardien de l'ordre public économique. Effectivement, c'est bien le respect de l'ordre public économique qui donne sa cohérence au système. Le respect de l'ordre public économique confère une nouvelle sécurité juridique, qui ne tient pas à la stabilité de la règle, mais au respect de ses aspirations, de son cadre au sein duquel elle peut évoluer.

614. Au fil des temps et en raison de l'économisation du droit des entreprises en difficulté, le ministère public y a acquis une fonction primordiale. Ce droit traversé par de nouvelles aspirations économiques ne peut plus être conçu comme un droit aussi stable qu'autrefois. Les règles sont souples afin de s'adapter aux besoins de l'économie, mais sont tout de même soumises à un ordre qui est l'ordre public économique. Les règles peuvent donc évoluer au sein du cadre fixé par cet ordre dont le ministère public est le garant, ce qui procure à ce droit une sécurité juridique différente.

Conclusion de la section

615. Au sein d'une matière qui a connu autant d'évolutions que le droit des entreprises en difficulté, il n'est pas étonnant que certaines confusions apparaissent quant à ce qui doit guider l'application des règles. La matière économique justifie que les règles soient adaptables. Néanmoins, faut-il pour autant admettre que cette adaptation se fasse en dehors du cadre prévu par le droit ? Est-ce parce que l'on considère que le principal est que cette matière permette de préserver le marché, auquel cas il est tout à fait admissible qu'on élargisse son objet et que tout débiteur puisse en bénéficier. Une telle vision des choses risquerait de nous plonger que dans des considérations économiques clivantes. Se fonder sur la seule efficacité économique de ce droit ne peut conduire à une adhésion raisonnée, car cette efficacité demeure relative.

[1735] RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), « Propos introductif » in *Sécurité juridique et droit économique*, BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), Droit Économie international, Larcier, 2007, p. 5.
[1736] V. ARNAUD (D.), « Le nouveau rôle du parquet en matière commercial », Regard croisé de deux magistrats du ministère public sur l'évolution du rôle du parquet en matière commerciale, Ministère de la justice — SG/DICOM, 23 sept. 2014.

616. C'est finalement le respect de l'ordre donné par le droit à cette recherche d'efficacité qui fait la légitimité du droit des entreprises en difficulté. Le besoin de respect d'un tel ordre public qualifié d'économique va de pair avec le renforcement du rôle du ministère public. La recherche d'effet économique par le droit des entreprises en difficulté doit demeurer dans les bornes fixées par le droit. Le droit a choisi d'agir sur le marché par le traitement de l'entreprise. Dès lors qu'il prétend avoir une action sur le marché par un autre moyen que le traitement d'une entreprise, il s'éloigne de l'ordre qu'il prétend défendre. La légitimité du droit des entreprises en difficulté résulte du respect de l'ordre public économique dont le ministère est devenu le garant.

Section 2 : Les moyens d'opposition du ministère public à l'instrumentalisation

617. En théorie, le droit des entreprises en difficulté ne devrait pas être soumis à des risques d'instrumentalisation des procédures collectives. En effet, l'instrumentalisation pouvant s'analyser comme le non-respect de l'ordre public économique, le ministère public qui en est le garant et dont le rôle a été rendu primordial au sein de la matière, devrait pouvoir éviter toute instrumentalisation. Comment expliquer qu'il demeure possible pour les débiteurs de détourner les procédures de leur raison d'être ? L'explication est en fait très pratique. Certes, le législateur, conscient des équilibres en jeu, prévoit une intervention récurrente du ministère public. Selon les mots de certains, « le législateur a souhaité un véritable quadrillage de la procédure rendant obligatoire la présence du ministère public à différents stades stratégiques de la procédure afin de veiller au respect du cadre légal »[1737]. Néanmoins, il n'est pas pris en compte la réalité de la fonction du parquet, extrêmement sollicité, et qui en pratique, ne peut pas exercer toutes les attributions confiées au sein du droit des entreprises en difficulté (§1). La théorie se heurte à une difficulté réellement pratique : comment le ministère public peut-il concrètement avoir une action efficace contre l'instrumentalisation des procédures collectives ? Certains outils peuvent être envisagés dans le but de rationaliser son rôle à l'ouverture de la procédure collective, mais ils demeureront toujours d'une efficacité limitée tant que les pouvoirs publics ne concèdent pas à remédier au manque de moyen du parquet (§2).

[1737] DELATTRE (Ch.), « Annulation d'une sauvegarde pour non-respect des critères légaux et absence du ministère public dont la présence est obligatoire », *JCP E*, n° 28, 12 juill. 2018, 1375.

§1- Des moyens d'action inefficaces face à l'instrumentalisation

618. Afin de tenter de donner toute sa portée à l'intervention du ministère public dans la lutte contre l'instrumentalisation, donc par extension dans le respect de l'ordre public économique, il convient d'étudier en droit positif les moyens d'action dont il dispose. L'objectif d'une telle démarche est de mettre en évidence les obstacles actuels à une intervention efficace du ministère public concernant les pratiques d'instrumentalisation. La faible disponibilité du parquet pour la matière commerciale rendra bien souvent hypothétique, ou du moins marginale, de compter sur son intervention spontanée pour lutter contre l'instrumentalisation. S'il apparaît difficile de compter sur la seule initiative du ministère public pour lutter efficacement contre l'instrumentalisation en raison de la charge de travail qui lui incombe (A), systématiser son intervention obligatoire risque de se faire au prix de la qualité du contrôle (B).

A- Les obstacles à l'intervention spontanée du ministère public

619. Dès la reconnaissance d'un droit d'intervention du ministère public devant les tribunaux de commerce au nom de l'ordre public, il était souligné que si cette nouveauté allait permettre de mieux contrôler les actes dans le domaine des entreprises en difficulté, cela poserait « la question de la faible disponibilité des magistrats du parquet, submergés par les dossiers d'ordre pénal »[1738]. En vertu d'un droit à l'information étendu, le ministère public est théoriquement en mesure d'avoir une action significative sur l'instrumentalisation (1°). Néanmoins, les contraintes spécifiques aux procédures et à leur exigence de célérité, ainsi que les contraintes professionnelles du ministère entravent, ou plutôt ôte toute portée à son droit d'action (2°).

1°) Le droit d'information du ministère public.

620. **L'information obligatoire**. Le ministère public ne peut prétendre à une quelconque action efficace s'il ne dispose pas d'une information suffisante. « L'information préliminaire est la nécessaire contrepartie à tout droit d'action »[1739]. Sans accès à l'information, à la communication des conclusions et pièces des parties à l'instance, le ministère public ne peut exercer sa mission de garant de l'ordre public économique. C'est pourquoi le développement du rôle du ministère public au sein des procédures collectives s'est nécessairement accompagné

[1738] FALZOI (A.), « Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives », *LPA*, 17 sept. 2004, n° 187, p. 3.
[1739] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives, op. cit.*, p. 10.

d'une accentuation de l'obligation d'information du ministère public[1740]. Elle est devenue une formalité substantielle d'ordre public[1741]. Logiquement, l'information qui lui est due porte sur l'ensemble des éléments pour lesquels l'ordre public économique est susceptible d'être mis en jeu. Ainsi, il doit être informé des procédures judiciaires de traitement des difficultés de l'entreprise[1742], les sanctions et responsabilités, et les cas dans lesquels la loi rend son avis obligatoire[1743]. Ces informations coïncident bien avec des situations d'atteintes potentielles à l'ordre public économique, dont le ministère public est le garant. Le caractère crucial de cette information se manifeste par la nullité du jugement pris en violation de ces dispositions[1744]. En outre, toute partie a la possibilité de faire appel du jugement pour défaut de communication au ministère public, mais seul ce dernier a la capacité de former un pourvoi sur ce fondement[1745]. Certains préconisent même que le ministère public refuse de donner son avis lorsque celui-ci est obligatoire, s'il n'a pas reçu communication et que l'affaire soit renvoyée à une date ultérieure[1746]. Effectivement, en aucun cas le ministère public ne peut donner un avis éclairé s'il n'est pas en possession des informations nécessaires. Enfin, l'administrateur et le mandataire judiciaires sont tenus d'informer le juge-commissaire et le ministère public du déroulement de la procédure[1747].

621. **L'information à l'initiative des organes**. En dehors de l'information obligatoire, le ministère public peut être destinataire ou initiateur d'autres informations spéciales. Le comité social et économique peut communiquer au ministère public ou au tribunal tout fait révélant l'état de cessation des paiements[1748]. « Particulièrement bien informés, du moins dans les

[1740] Réalisée par la loi du 26 juillet 2005.
[1741] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 340.211.
[1742] HYEST (J.-J.), Rapport n° 335, p. 51.
[1743] L'article 425 du Code de procédure civile dispose : « Le ministère public doit avoir communication des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions prévues par l'article L. 653-8 du Code de commerce. Le ministère public doit également avoir communication de toutes les affaires dans lesquelles la loi dispose qu'il doit faire connaître son avis ».
[1744] Cass. ch. mixte, 21 juill. 1978, n° 75-14.731, P, n° 5 : *Gaz. pal.*, 1978. II. 579, note VIATTE (M.) ; *RTD civ.* 1979. 192, obs. PERROT (R.) ; *Rev. sociétés* 1979. 573, note CHARTIER (Y.).
[1745] Aux termes de C. com., L. 661-8 : « lorsque le ministère public doit avoir communication des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et des causes relatives à la responsabilité des dirigeants sociaux, le pourvoi en cassation pour défaut de communication n'est ouvert qu'à lui seul » ; Com., 16 oct. 2001, n° 98-19.335 — Com., 19 fév. 2002, n° 98-20.579 : *Gaz. pal.*, 26-27 avr. 2002, somm. 27. V. DELATTRE (Ch.), « Le ministère public et le contradictoire dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.*, 2011/5, étude 24.
[1746] DELATTRE (Ch.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 43.
[1747] À ce sujet, la jurisprudence a considéré que cette communication ne concernait pas le litige opposant un créancier à son débiteur au sujet de l'existence de sa créance, de son montant ou de son caractère privilégié ou chirographaire : V. Cass. Com., 4 fév. 1986, n° 85-11.521 ; *D.*, 1988, somm. p. 71, obs. DERRIDA (J.).
[1748] C. com., art. L. 631-6.

entreprises qui jouent “le jeu social”, les représentants du personnel sont en mesure de transmettre au parquet leurs inquiétudes face à une détérioration prolongée de la trésorerie ou tous les faits caractéristiques d’une mauvaise gestion ou d’un abus de biens sociaux »[1749].

622. L’information peut aussi venir du tribunal qui a connaissance d’éléments révélant un état de cessation des paiements d’un débiteur[1750]. Dans cette hypothèse, le tribunal ne peut se saisir d’office en procédant à l’ouverture d’une procédure collective, ceci afin de respecter le devoir d’impartialité[1751]. Le tribunal va alors informer, par le biais du greffe, le ministère public des informations dont il a connaissance afin que ce dernier puisse demander l’ouverture d’une procédure[1752]. De plus, aux termes de l’article 427 du Code de procédure civile, « le juge peut d’office décider la communication d’une affaire au ministère public ».

623. **Communication à l’initiative du ministère public**. Ce droit à l’information implique que le ministère public puisse lui-même demander communication des affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir[1753]. Comme le fait remarquer un auteur, le ministère public dispose alors d’un véritable pouvoir d’initiative et d’intervention qui lui permet d’agir dans les procédures collectives quand il estime devoir intervenir dans l’intérêt de la loi ainsi que des intérêts en présence. Cette prérogative du ministère public doit être considérée comme un véritable pouvoir de contrôle par ce dernier sur le déroulement et la régularité de la procédure collective[1754]. Mais l’utilisation de ce texte dépend de l’implication réelle du magistrat du parquet. Déjà en 1991 une certaine réticence du ministère public à user de ce droit est relevée. « Il semble que les membres du parquet aient volontairement marqué une certaine réticence à exercer des pouvoirs qui semblaient dépasser le rôle pour lequel ils avaient été formés, pratiquant ainsi une sorte d’autolimitation »[1755]. La doctrine évoquait déjà « l’échec du droit à l’information du parquet en matière de faillites ou d’entreprises en difficulté »[1756].

624. Ainsi, la difficulté ne provient pas, *a priori*, d’un manque d’information du ministère public. Ce n’est pas en raison du manque d’information que les procédures collectives sont

[1749] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives*, *op. cit.*, p. 28 ; V. SAVATIER (J.), « Le comité d’entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *JCP E*, 1987, II, 15 066, p. 616.
[1750] C. com., L. 631-3-1.
[1751] La saisine d’office a été déclarée inconstitutionnelle par le Cons. Const., QPC n° 2012-286, 7 déc. 2012 : JO 8 déc. 2012, p. 19279, et abrogée par la suite.
[1752] V. C. com., art. L. 631-3-1.
[1753] CPC, art. 426 : « Le ministère public peut prendre communication de celles des autres affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir ».
[1754] DELATTRE (C.), *Le cadre d’intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 45.
[1755] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives*, *op. cit.*, p. 37.
[1756] *Ibid*., p. 38.

susceptibles d'être instrumentalisées. Il est en principe obligatoirement informé de l'ouverture d'une procédure collective, et dispose d'un droit à l'information très étendu qui doit lui permettre d'agir s'il estime devoir le faire.

2°) Le droit d'action et de recours du ministère public

625. Grâce à ce droit d'information, le ministère public est en principe en mesure d'exercer un contrôle sur l'ensemble de la procédure et d'avoir une action conséquente en tant que gardien de l'ordre public économique. Le Code de procédure civile lui confère un droit d'action général au titre de sa qualité de garant de l'ordre public économique. Le ministère public peut alors « agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci »[1757]. Ce dispositif lui confère une opportunité d'intervention[1758]. Dans ces situations, il intervient en tant que partie principale. Même dans les situations où son avis n'est pas exigé par les textes, le ministère public a toujours la possibilité d'en émettre un. Cet avis spontané sera accompagné des mêmes effets et des contraintes que s'il était obligatoire[1759].

626. La législation de 1985 sur la sauvegarde des entreprises octroie au parquet un véritable droit d'action. Il est apparu à ce moment qu'afin d'améliorer la prévention des difficultés des entreprises, il était nécessaire de donner les moyens au parquet d'exercer une réelle action à l'ouverture des procédures « ne serait-ce que pour éviter toute liquidation abusive ou hâtive »[1760]. C'est pourquoi il lui est conféré le pouvoir de demander l'ouverture d'une procédure, en assignant le débiteur en procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire[1761]. Il devient alors un organe à part entière dans les procédures collectives[1762]. Ce pouvoir est cantonné au redressement et à la liquidation judiciaires, à l'exclusion de la procédure de sauvegarde. Ceci est somme toute logique même si nous avons tenté de montrer que la procédure de sauvegarde était potentiellement porteuse d'atteintes à l'ordre public économique. Néanmoins, c'est davantage le bénéfice injustifié d'une sauvegarde qui est susceptible d'être une instrumentalisation que son absence d'ouverture.

[1757] CPC, art. 423.
[1758] ARBELLOT (F.), « L'action d'office du ministère public prévu à l'article 423 du Code de procédure civile », *JCP G*, 2014, 698.
[1759] VALLANSAN (J.), « Procès économique. Le rôle particulier du ministère public, droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ? », *in* MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans,* Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 167.
[1760] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives, op. cit.*, p. 77.
[1761] C. com., art. L. 631-5 et L. 640-5.
[1762] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives, op. cit., loc. cit.*

627. L'exercice de ce droit sera certainement difficile à mettre en pratique[1763]. Un auteur interroge de la façon suivante : « les parquets étaient-ils prêts à cette évolution, et ont-ils les moyens de l'assumer ? Comment faire en sorte que l'intention maintes fois affirmée par le législateur de leur voir jouer un rôle tout à la fois d'acteur et de contrôleur ne reste pas un vœu pieux, voire une forme d'alibi, mais se concrétise réellement dans les faits et modifie ainsi en profondeur le déroulement des procédures collectives ? »[1764].

628. Le magistrat M. Christophe Delattre note que « la situation très délicate des juridictions, en termes d'effectif de magistrat du parquet et de greffiers empêche, dans certains cas, malgré les enjeux colossaux qui s'y jouent et le dispositif légal, le ministère public de remplir pleinement son rôle et d'occuper le terrain[1765] comme le souhaite le législateur fragilisant certaines procédures. »[1766]. Quoi qu'il en soit, cette faculté, bien que respectueuse de sa fonction de garant de l'ordre public économique, ne permet pas réellement de faire obstacle à l'instrumentalisation. En effet, les pratiques que nous avons identifiées reposent au contraire sur l'ouverture d'une procédure injustifiée. Il faut donc se pencher sur les recours du ministère public.

629. **Le recours du ministère public**. Les contraintes du ministère public et celles de la procédure rendent le recours du ministère public finalement assez limité dans sa portée. Cette faculté à elle seule ne peut être le fondement d'une lutte efficace contre l'instrumentalisation. Afin d'assurer la célérité de la procédure, les voies de recours sont assez restreintes[1767]. C'est pourquoi l'article L. 661-6-I du Code de commerce exclut tout droit de recours contre certaines décisions sauf de la part du ministère public. L'exercice de l'appel lui est réservé concernant les jugements et ordonnances de nomination ou de remplacement de plusieurs organes de la procédure[1768] et des jugements relatifs à la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité[1769]. Au-delà, les textes lui reconnaissent une large faculté

[1763] *Ibid.*

[1764] LE MESLE (L.), préface de DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, Joly éd., Pratique des affaires, 2018, p. 5.

[1765] En ce sens, lettre du Procureur de la République PISON (Th.), président de la Conférence Nationale des Procureurs de la République en date du 18 juin 2016 à M. URVOAS (J.-J.), garde des Sceaux, ministre de la Justice, relative à *La charge de travail qui pèse sur les parquets du 1e degré qui n'a pas connu de décru malgré les engagements pris. Les dernières lois, circulaires et transparences le confirment* ; PERAIN (F.), Procureur de la République, Valenciennes, *Il y a une crise du ministère public*, in VA-infos.fr, 6 juill. 2016.

[1766] DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 7.

[1767] V. VALLANSAN (J.), *art.cit., in* MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 159.

[1768] C. com., art. L. 661-6, I, 1°.

[1769] C. com., art. L. 661-6, I, 2°.

d'interjeter appel, même lorsqu'il n'a pas été partie principale, en vertu de l'article L. 661-12 du Code de commerce[1770]. Mais la faculté de recours du ministère public n'est pas limitée au domaine de ce texte[1771]. Dans les cas où les textes ne prévoient pas de dispositions spécifiques, c'est le droit commun qui va régir les recours du ministère public. En vertu du droit commun, lorsque le ministère public est seulement partie jointe, il peut exercer un recours à condition de démontrer une atteinte à l'ordre public. Effectivement, la jurisprudence admet la faculté d'appel du parquet partie jointe, en dehors de ces cas spécifiques[1772], dès lors qu'il y a atteinte à l'ordre public[1773]. La jurisprudence retient alors que le ministère public, chargé d'assurer le respect de la légalité et de l'ordre public économique est investi par l'article L. 661-1 du Code de commerce du pouvoir d'exercer les voies de recours, même s'il n'a pas agi comme partie principale et est habile à invoquer, à cette occasion, toute violation de la loi[1774]. Toutefois, les décisions statuant sur l'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires entrent bien dans le champ de l'article L. 661-1 du Code de commerce. Ainsi, pour faire appel d'une telle décision d'ouverture, nul besoin au ministère public de démontrer une atteinte à l'ordre public. Cette menace à l'ordre public apparaît alors comme présumée.

630. Le ministère public qui souhaiterait faire appel d'un jugement ne dispose que de dix jours à compter de la réception de l'avis qui lui est donné pour effectuer cet appel[1775]. Ce délai très limité fait douter de la possibilité pratique pour le ministère public de le mettre en œuvre dans les temps, alors que la pratique ne cesse d'alerter sur la charge de travail des magistrats[1776].

631. Le droit d'action du ministère public est en réalité limité par les contraintes de célérité pesant sur les procédures collectives. Le traitement efficace de l'entreprise implique d'agir vite, de prendre des solutions rapidement, ce qui conduit à réduire mécaniquement les délais et les voies de recours, et les effets des recours. En outre, dans le souci d'éviter des manœuvres

[1770] C. com., art. L. 661-12 dispose : « Les recours du ministère public prévus par le présent chapitre lui sont ouverts même s'il n'a pas agi comme partie principale ».
[1771] ALLIX (N.), « Les recours du ministère public partie jointe en droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, n° 45, 11 nov. 2021, 1478.
[1772] Cas spécifiques des articles L. 661-1, L. 661-6 et L. 661-11 du Code de commerce auxquels renvoie l'article L. 661-12.
[1773] Cass. 1re civ., 29 mai 1990, n° 88-45.425 ; *J.-Cl. Com*., fasc. 2215, n° 45, par STAES (O.) ; Cass. com., 20 janv. 1998, n° 94-20.177 ; PASTUREL (M.), « L'appel du ministère public, partie jointe, en matière de sanctions personnelles de la loi du 25 janvier 1985 », *D.*, 1998, p. 125 ; Cass. com., 3 févr. 1998, n° 95-17.950 ; Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-14.468 ; *Procédures*, 2009, comm. 384, obs. PERROT (R.).
[1774] Com., 28 fév. 1995, n° 93-10.012.
[1775] C. com., art. R. 661-3, al. 1 et 4.
[1776] V. DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 7.

dilatoires qui retarderait la mise en œuvre de la procédure collective, « le jugement est exécutoire de plein droit à titre provisoire, sans attendre donc l'accomplissement des formalités de publicité ni l'expiration des délais de voies de recours contrairement au droit commun de la procédure civile qui reconnaît l'effet suspensif de l'appel »[1777]. Si l'appel est donc suspensif en principe, il ne l'est pas lorsqu'il porte sur une décision statuant sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire[1778]. Dans cette hypothèse, le ministère public ne peut ainsi empêcher toute atteinte à l'ordre public économique qui résulterait d'une instrumentalisation de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

632. En revanche, les décisions arrêtant ou rejetant le plan de cession ne sont susceptibles d'un appel sans conditions particulières que de la part du débiteur ou du ministère public, et dans ce cas l'appel du ministère public est suspensif[1779]. C'est la loi du 10 juin 1994 qui a conféré au ministère public ce droit d'appel suspensif, dans la plupart des cas, de façon dérogatoire avec « les règles régissant la matière des procédures collectives de paiement, dans lesquelles l'exécution provisoire est de droit, rendant ainsi encore plus efficace l'intervention du ministère public »[1780].

633. Le fait que les voies de recours soient extrêmement limitées confère au ministère public une responsabilité importante puisque, dans certains cas, il est le seul à pouvoir encore agir. Les auteurs appellent alors à la vigilance du ministère public. « Toutes ces dispositions relatives aux recours doivent inciter les membres du parquet à être vigilants sur le contenu des décisions rendues par le tribunal en matière de procédure collective et de chercher à les faire infirmer lorsqu'ils estiment que l'ordre public économique n'a pas été respecté »[1781]. Le ministère public a alors un rôle de censeur quand il exerce une voie de recours s'il estime que la loi n'a pas été convenablement appliquée ou que la solution est contraire à l'ordre public[1782].

634. Pourtant, la circulaire relative à l'action du ministère public dans les procédures collectives invite les magistrats à intervenir « dans la mesure où cela vous sera possible »[1783].

[1777] JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (Th.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 298. V. VALLENS (J.-L.), « L'exécution provisoire du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire », *D.*, 1997, p. 111.

[1778] C. com., art. L. 661-6, VI

[1779] C. com., art. L. 661-6, III.

[1780] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 340.111.

[1781] VALLANSAN (J.), *art. cit., in* MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 164.

[1782] HOULETTE (E.), « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E*, 2005, 151 4.

[1783] Circ. 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, CIV 2006-08 D4/18.04.2006, NOR : JUSCO0620263C, BOMJ, n° 102, 1e avr.-30 juin 2006.

« Autant dès lors, partir du postulat que ces prérogatives resteront bien souvent lettre morte lorsque la présence du ministère public n'est pas rendue obligatoire par le Code de commerce »[1784]. Il est souvent fait le constat qu'en même temps que le législateur augmente les prérogatives du ministère public au sein du droit des entreprises en difficulté, ce dernier dispose de moins en moins de moyens pour les mettre en œuvre[1785]. Les exigences de célérité qui entourent les procédures collectives, confrontées à un ministère public débordé, ne peuvent qu'affecter sa capacité à mettre en œuvre son droit d'action dans cette matière des procédures collectives. Ces difficultés pratiques expliquent alors que le ministère public, malgré ses prérogatives, puisse ne pas déceler une instrumentalisation des procédures collectives.

B- Les difficultés de l'intervention obligatoire du ministère public

635. La question est alors celle de savoir s'il serait raisonnable et efficace d'étendre les modèles d'intervention obligatoire du ministère public, que ce soit par le biais de sa présence à l'audience d'ouverture (1°) ou de son avis sur l'ouverture d'une procédure collective, à l'ensemble des demandes d'ouverture, afin de lutter contre l'instrumentalisation (2°).

1°) La présence obligatoire du ministère public à l'audience

636. Aux termes de l'article 431 du Code de procédure civile, « le ministère public n'est tenu d'assister à l'audience que dans les cas où il est partie principale, dans ceux où il représente autrui ou lorsque sa présence est rendue obligatoire par la loi ». Il est admis que le ministère public n'est partie principale que lorsqu'il introduit l'instance[1786]. Lorsqu'il est amené à intervenir comme partie principale, par exemple pour demander une mesure de faillite personnelle, il doit être présent à l'audience[1787]. Une décision de la Cour de cassation le laisse supposer dès lors qu'elle rejette le pourvoi formé qui faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir confirmé le jugement sans que le ministère public ait assisté à l'audience. Le pouvoir soutenait qu'ayant été partie principale pour avoir demandé la liquidation des biens, le ministère public était tenu d'y assister, conformément à l'article 431 du Code de procédure civile. La Cour de cassation relève que, dans cette affaire, ce n'est pas le ministère public qui avait assigné le débiteur, mais les créanciers. Le parquet n'avait alors été que partie jointe et c'est seulement en cette qualité qu'il avait fait connaître son avis en demandant l'ouverture d'une procédure

[1784] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 340.111.
[1785] TRIAULAIRE (J-P.), « Le rôle du ministère public », *Rev. proc. coll.*, 2006/2, p. 212.
[1786] CA Metz, 7 avr. 2015, n° 14/01633.
[1787] Com., 17 nov. 2015, n° 14-17.607 : *Dr. sociétés*, 2016, comm. 17, note LEGROS (J.-P.).

collective[1788]. Ainsi, sa présence à l'audience est obligatoire lorsque c'est lui qui a pris l'initiative d'introduire l'instance ou lorsque la loi le prévoit.

637. Le législateur n'a rendu obligatoire la présence du ministère public à l'audience d'ouverture d'une procédure collective que dans des circonstances particulières. En effet, sa présence à l'audience d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation est obligatoire si une mesure préventive a été ouverte dans un délai de dix-huit mois qui précèdent[1789]. De même, et logiquement, l'ouverture d'une sauvegarde accélérée, laquelle est demandée par un débiteur engagé dans une procédure de conciliation[1790], est examinée en présence du ministère public[1791].

638. Dans ces cas, la présence du ministère public est requise afin d'assurer un contrôle des circonstances de l'ouverture de la procédure de sauvegarde consécutive à une mesure de mandat *ad hoc* ou de conciliation, et d'en éviter tout détournement[1792]. Ces dispositions ont pour but de moraliser les procédures[1793]. L'absence du ministère public lorsque sa présence est obligatoire a pour effet l'annulation du jugement d'ouverture de la sauvegarde[1794]. Les cas où sa présence est rendue obligatoire par la loi, cantonnés au passage d'une mesure amiable à une procédure collective, identifient une situation à laquelle doit être prêtée une extrême vigilance. Lors du passage d'une procédure amiable à une procédure de sauvegarde de droit commun, il faut effectivement s'assurer que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Le débiteur peut en revanche être en cessation des paiements lorsqu'il demande l'ouverture d'une sauvegarde accélérée, à condition que cet état ne soit pas antérieur à quarante-cinq jours depuis la date de demande d'ouverture de la conciliation[1795]. Cette différence se justifie par la particularité de la sauvegarde accélérée qui ne peut être ouverte que si un accord a été préparé en conciliation et qu'il est susceptible de recueillir un soutien suffisamment large des classes de créanciers rendant vraisemblable son adoption dans un délai raccourci[1796].

[1788] Com., 9 mai 1985, 84-12.754, Publié au bulletin.
[1789] C. com., art. L. 621-1, al. 5 dispose « 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, à moins qu'il ne s'agisse de patrimoines distincts d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée » (règle transposée en redressement judiciaire C. com., art. L. 631-7 et en liquidation judiciaire, C. com., art. L. 641-1).
[1790] C. com., art. L. 628-1, al. 2.
[1791] C. com., art. L. 628-2, al. 2.
[1792] LIENHARD (A.), PISONI (P.), *Code des procédures collectives,* Dalloz, 20e éd., 2022, comm. ss. L. 621-1, al. 5.
[1793] *Ibid.*
[1794] CA Paris, pôle 5, ch. 9, 3 mai 2018, RG n° 18/00664.
[1795] C. com., art. L. 628-1, al. 5.
[1796] C. com., art. L. 628-1, al. 2.

639. La présence obligatoire du ministère public dans ces hypothèses doit permettre de contrôler que le débiteur qui passe de l'amiable au judiciaire en remplit bien les conditions, face au risque que la mesure amiable ait été le moyen pour le débiteur de retarder l'ouverture d'une procédure collective. « Il faut éviter que le débiteur ne cumule des mesures de traitement amiables, puis judiciaires afin de retarder l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire »[1797] . Cela peut aussi être un moment pour évaluer de futures sanctions s'il s'avère que le débiteur a enchainé les mesures amiables alors que la situation de son entreprise ne le justifiait pas.

640. Le législateur du droit des entreprises en difficulté veut porter la vigilance du ministère public sur le risque qui pèse sur le sauvetage de l'entreprise et le comportement du débiteur. C'est en raison de ce risque que le législateur a érigé le passage d'une mesure amiable à une procédure collective en « indicateur » d'une situation devant être soumise au contrôle du garant de l'ordre public économique. Cette façon de procéder du législateur doit nous inspirer. Il serait judicieux de poser des « indicateurs » de situation à risque nécessitant la vigilance accrue du ministère public sur ces situations. Nous avons identifié que l'instrumentalisation des procédures collectives était possible en dehors des hypothèses de passage d'une mesure amiable à une procédure collective. Le risque de détournement de la procédure ne procède pas uniquement d'un masque de la cessation des paiements ou d'une création de cet état, ou encore des comportements du débiteur appelant sanction, mais d'un détournement de l'objet même de ce droit.

641. Si la présence du ministère public peut s'avérer d'une grande utilité à l'audience de l'ouverture d'une procédure collective afin d'avoir un premier sentiment sur le dossier et le dirigeant[1798], en faire une obligation à chaque ouverture de procédure s'avèrerait inefficient. Sa présence à chaque audience est souvent incompatible avec la charge effective de l'activité pénale et administrative de chaque parquet[1799]. Il est peu probable que cela évolue favorablement. En effet, il ressort du rapport 2022 sur l'évaluation des systèmes judiciaires européens par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) que, le

[1797] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 13e éd., 2022, n° 486.
[1798] DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 49.
[1799] DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 45 ; TRIAULAIRE (J.-P.), « Le rôle du ministère public », *Rev. proc. coll*., 2006/2, p. 212.

procureur français a la charge de travail la plus importante et, qu'en même temps, la France comptabilise le plus faible nombre de procureurs[1800].

2°) L'avis obligatoire du ministère public

642. Le législateur a aussi prévu des situations dans lesquelles recueillir l'avis du ministère public est obligatoire[1801]. Tel est le cas des jugements de conversion de procédure[1802], d'arrêté du plan[1803], de résolution du plan[1804]. Recueillir l'avis du ministère public est aussi obligatoire pour l'ordonnance du juge-commissaire autorisant de passer un acte étranger à la gestion courante, pendant la période d'observation, lorsque cet acte est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure[1805].

643. L'objectif de ces avis obligatoires est de veiller au respect de l'ordre public économique. Chacun de ces jugements peut exercer une influence notable sur la survie de l'entreprise et peut être aussi l'occasion de recours illégitime à certaines procédures. C'est de cette façon que l'on peut interpréter l'avis sollicité préalablement à l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel[1806]. Il reçoit le rapport du mandataire judiciaire et donne son avis avant que le juge commis ne dépose son rapport[1807]. Le rétablissement professionnel est une mesure dont la vertu principale est de permettre une réhabilitation plus rapide des petits débiteurs qui disposent de peu d'actif par un effacement de leurs dettes[1808]. L'intervention du ministère public à cette occasion a pour but de s'assurer que la situation du débiteur justifie que soit préféré un rétablissement professionnel à une liquidation judiciaire. En effet, l'article L. 645-9 du Code de commerce prévoit qu'une liquidation judiciaire pourrait être ouverte à la place du rétablissement professionnel, si le débiteur n'est pas de bonne foi ou qu'il est passible de sanctions, ou encore s'il est établi que les conditions d'ouverture du rétablissement n'étaient pas réunies au moment de l'ouverture ou qu'elles ne le sont plus.

[1800] Rapport d'évaluation de la CEPEJ, cycle d'évaluation 2022 (données 2020), Partie 1, Tableaux, graphiques et analyses, p. 58 et suiv. et Partie 2 Fiches Pays, p. 52.
[1801] V. l'annexe I intitulée « les avis obligatoires du ministère public » de la circulaire de la Chancellerie.
[1802] C. com., art. R. 621-26, al. 2 ; Cass. com., 24 juin 2014, n° 13-14.690, « Difficultés des entreprises : avis du ministère public en cas de conversion de procédure », *Procédures*, n°8-9, août 2014, comm. 241, obs. ROLLAND (B.) ; DELPECH (X.), « Pas de conversion d'un redressement en liquidation judiciaire sans avis du ministère public », *D. actu.*, 8 juill. 2014.
[1803] C. com., art. L. 626-9.
[1804] C. com., art. L. 626-27, al. 2.
[1805] C. com., art. L. 622-7, II.
[1806] C. com., art L. 645-3, al. 2.
[1807] ALLIX (N.), *art. cit.*, *JCP E*, n° 45, 11 nov. 2021, 1478.
[1808] C. com., art. L. 645-1.

644. Encore une fois, les lieux d'intervention du ministère public prévu par le législateur répondent parfaitement au respect de l'ordre public économique : veiller aux besoins économiques dans le respect de l'ordre fixé par le droit et de la moralité. C'est pourquoi les avis émis par le ministère public, que ce soit sous forme de conclusions écrites ou de réquisitions orales, doivent être circonstanciés[1809] et impartiaux[1810]. Le ministère public doit tenir compte de la situation de l'entreprise et de la compatibilité de la solution envisagée avec le cadre légal[1811], ce qui recouvre les deux attributs de son rôle de garant de l'ordre public économique. Pris en sa qualité de partie jointe dans les affaires dont il a eu communication, il se borne à donner un avis sur la solution du litige qui lui est soumis au nom de l'intérêt général[1812].

645. Serait-il fructueux, pour instaurer un bouclier contre l'instrumentalisation, de rendre cet avis obligatoire pour toutes les demandes d'ouverture de procédure collective ? Lorsque l'avis est obligatoire, il conditionne la validité de la décision : le non-respect de cette règle est sanctionné par la nullité de la décision. Le pourvoi est ouvert au ministère public lui-même, mais aussi à d'autres, contre un jugement pour défaut d'avis obligatoire du ministère public. En principe, le pourvoi en cassation pour défaut de communication des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire n'est ouvert qu'au ministère public[1813]. Toutefois, la jurisprudence considère que cette règle n'est pas applicable lorsque la loi prévoit que la décision doit être rendue après avis du ministère public[1814]. Ainsi, un débiteur peut former un pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel ayant prononcé la résolution d'un plan de continuation sans que soit rapportée la preuve que l'avis du ministère public a été recueilli[1815].

646. En pratique, néanmoins, il faut souligner la portée limitée de cet avis. Celui-ci peut être réduit à une simple mention sur le dossier « vu et s'en rapporte »[1816], ou encore « vu au parquet général et s'en rapporte » suivie de la signature d'un représentant du procureur général[1817]. Comme le souligne le Professeur Le Corre, « cela peut apparaître assez souple par rapport à l'exigence d'un avis. Pareille mention accréditerait plutôt l'impression d'une absence

[1809] HOULETTE (E.), « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E*, 2005, 1514.
[1810] STAES (O.), « Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires — organes — ministère public », *J.-Cl. Procédures collectives*, fasc. 225.
[1811] HOULETTE (E.), *art. préc.*
[1812] *Ibid.*
[1813] C. com., art. L. 661-8.
[1814] Com., 3 mai 2011, n° 10-14.558, LAJARTE (C. de), « Résolution d'un plan : cassation pour absence d'avis du ministère public » *BJE*, nov. 2011, n° 05, p. 330 ; DELATTRE (Ch.), « Cassation pour absence d'avis obligatoire du ministère public », *LEDEN*, juin 2011, p. 5.
[1815] Com., 3 mai 2011, n° 10-14.558, P, n° 67 : *D.*, 2011, actu. 1278, obs. LIENHARD (A.).
[1816] Com., 16 déc. 2008, n° 07-17.130, P, n° 211 : *D.*, 2009. 94, obs. LIENHARD (A.).
[1817] Com., 28 juin 2017, n° 16-11.691, n° 957 : *Rev. proc. coll.*, janv. 2018, comm. 3, note VALLANSAN (J.) ; *JCP E*, 2017, 1517, note DELATTRE (Ch.).

d'avis… »[1818]. Toutefois, la Cour de cassation a pu reprocher à une cour d'appel d'avoir violé la loi en confirmant la validité d'une procédure alors qu'à l'occasion d'une conversion d'une procédure de redressement en liquidation, le ministère public s'était contenté de viser la communication sans donner d'avis à proprement parler[1819].

647. À l'heure actuelle et en considération de l'absence d'indice d'amélioration des conditions des magistrats du parquet[1820], il ne nous apparaît pas pertinent de faire reposer la lutte contre l'instrumentalisation sur l'avis obligatoire du ministère public lors de l'ouverture d'une procédure collective. Étant donné les charges qui pèsent sur le ministère public, on peut craindre qu'il ne soit pas en mesure de rendre de réels avis éclairés et ne soit pas conduit à donner un avis sans recherches complémentaires. En outre, il convient de s'interroger sur le sort réservé à cet avis. En effet, l'avis ne lie jamais le tribunal. Il se contente d'apporter au juge un regard extérieur sur le dossier[1821]. Cette proposition ne nous paraît donc pas offrir un moyen suffisamment fiable s'agissant de l'instrumentalisation des procédures collectives.

648. En étudiant les moyens d'action du ministère public au sein du droit des entreprises en difficulté, on peut retenir que ce dernier a les moyens théoriques d'exercer une action efficace sur l'instrumentalisation des procédures collectives. Le droit d'information étendu qui lui est donné par le législateur est le support d'un droit d'action efficace. Dans les textes, le ministère public est un réel acteur de la procédure et a la capacité d'exercer un véritable contrôle du respect à l'ordre public économique. Néanmoins, les praticiens mettent en lumière que toutes les prérogatives conférées au ministère public sont en pratique peu exploitées en raison du manque de temps qu'il peut consacrer à la matière commerciale. Le problème vient donc d'un manque de moyen de la justice et non du manque de moyens prévus par le législateur du droit des entreprises en difficulté. Ne pouvant agir sur les moyens attribués à la justice, on peut tenter de proposer une meilleure adaptation du rôle du ministère public à la réalité de sa pratique.

[1818] LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 340.212.
[1819] Cass. com., 24 juin 2014, n° 13-14690 : THERON (J.), « Le ministère public, jamais partie jointe au sein des procédures collectives », *Gaz. pal.*, 23 déc. 2014, n° 357, p. 35.
[1820] Le rapport annuel du ministère public de 2020 fait toujours état de sous-effectifs, d'un manque d'enquêteurs et d'experts. V. JANUEL (P.), « Rapport annuel du ministère public : avancées et difficultés du parquet », *D. actu.*, 24 sept. 2021.
[1821] VALLANSAN (J.), *art. cit.*, in MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 167.

§2 – La rationalisation du rôle du ministère public à l'ouverture de la procédure

649. « L'intervention du ministère public, garant de l'ordre public économique, social et gardien de la bonne application de la loi, doit permettre de sécuriser la procédure et d'éviter les abus en tout genre »[1822]. Avant d'envisager la façon d'associer pleinement le ministère public à la lutte contre l'instrumentalisation, il convient de repenser la menace à l'ordre public économique. Les tribunaux comme le ministère public doivent intégrer que ce n'est plus seulement la volonté d'échapper aux procédures collectives qui peut porter atteinte à l'ordre public économique, mais aussi, la volonté de bénéficier des règles de la procédure collective (A). Ensuite, d'un point de vue procédural, il s'agirait de prévoir dans la législation un texte qui impose au tribunal de saisir le ministère public lorsqu'existe un doute sur la nécessité d'ouvrir une procédure collective. Sur la base de ces critères, le ministère public aurait ensuite la charge d'évaluer la légitimité du bénéfice de la procédure collective par le biais d'une enquête préalable (B).

A- La nouvelle forme de menace à l'ordre public économique

650. Si l'on souhaite lutter efficacement contre l'instrumentalisation, il faut apprendre à la déceler. Le législateur du droit des entreprises en difficulté tient souvent compte de « situation à risque » et prévoit des règles particulières de vigilance pour contrer certaines situations qui porteraient atteinte à l'entreprise, à sa survie. L'intention du législateur s'est alors portée pendant un long temps sur les situations où le débiteur aurait la capacité d'agir au détriment de l'entreprise, notamment en retardant l'ouverture d'une procédure collective. Comme nous avons tenté de le mettre en évidence, l'évolution de la matière rend les conflits posés par l'instrumentalisation plus occulte. L'attention est focalisée sur l'anticipation des difficultés, et c'est l'absence d'anticipation du débiteur qui est dans le viseur législatif et jurisprudentiel[1823]. Pour cette raison, l'ouverture d'une procédure collective demandée par le débiteur lui-même semble jouir d'une sorte d'immunité quant à sa légitimité. Or, en raison de l'évolution de la matière, l'ouverture d'une procédure collective qui émanerait d'une demande du débiteur lui-même peut être le foyer d'une instrumentalisation[1824]. Désormais, il faut tenir compte du fait que l'entreprise est aussi susceptible de menacer l'ordre public économique en appelant

[1822] DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 7.
[1823] V. *supra* n° 175 s.
[1824] V. *supra* n° 190

l'application de cette même législation. Il faut alors repenser la menace à l'ordre public économique.

651. La pratique de l'assignation-pression par le créancier est à l'heure actuelle bien perçue comme une menace à l'ordre public économique qui doit retenir l'attention du ministère public. Elle est identifiée par la doctrine comme une tentative d'instrumentalisation. Le créancier qui a connaissance que son débiteur est en mauvaise posture, probablement en cessation des paiements, va jouer sur la peur du débiteur de se retrouver en procédure pour obtenir certains avantages. Il va alors l'assigner en redressement ou liquidation afin d'obtenir de sa part un paiement préférentiel, avant de se désister de l'instance une fois le paiement obtenu. Ces pratiques apparaissent contraires à l'esprit des procédures collectives[1825] et jouent sur la volonté du créancier, comme du débiteur, d'échapper à une procédure collective. Effectivement, cette pratique demeure sans effet sur le débiteur si ce dernier ne craint pas l'ouverture d'une procédure collective et, par conséquent, cela indique qu'il se sait probablement en difficulté.

652. L'enjeu est alors de s'assurer que cela n'a pas porté atteinte à l'ordre public économique protégé par le droit des entreprises en difficulté, en sus de l'appréciation morale que l'on peut avoir d'une telle pratique. Le risque est que le créancier qui a obtenu son paiement retire son assignation alors même que l'entreprise serait en cessation des paiements. Or, nous savons qu'une procédure collective intéresse l'intérêt général et non seulement la relation créancier-débiteur. Ainsi, ce n'est pas parce que le créancier est désintéressé qu'une procédure collective ne doit pas être ouverte afin de protéger l'intérêt général. Cet arrangement peut s'avérer contraire à l'intérêt général de la procédure et préjudiciable au débiteur qui ne règle pas son problème de cessation des paiements[1826]. C'est pourquoi, dans de telles situations, il convient de vérifier que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. « Si le débiteur est en état de cessation des paiements, il est de l'intérêt collectif des créanciers et au-delà, de l'intérêt économique général de maintenir l'instance »[1827]. Ceci justifie de déroger au principe de la procédure civile en permettant au ministère public de se substituer au demandeur en qualité de partie principale, bien que le désistement du créancier poursuivant n'ait pas encore été

[1825] DELATTRE (Ch.), « L'instrumentalisation de l'assignation en redressement judiciaire : le spectre du dépôt de bilan », note sous TGI Avesnes-sur-Helpe, 19 oct. 2006, n° 06/00460, URSSAF c/P. Carpentier ; 7 déc. 2006, n° 06/00541, URSSAF c/SARL Bat Construction ; 3 avr. 2008, n° 07/00387, Ministère Public c/C. Masson, *Rev. Proc. coll*., n° 3, juill. 2008, comm. 97.
[1826] DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 32.
[1827] VALLANSAN (J.), *art. cit*., in MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 159.

constaté[1828]. L'instance intéresse l'intérêt général et non plus seulement les rapports entre le débiteur et le créancier poursuivant[1829].

653. Cela a conduit certains tribunaux à ouvrir une enquête afin d'apprécier précisément la situation financière et économique des débiteurs[1830]. Lorsque les rapports d'enquête concluent à un état de cessation des paiements, une procédure de redressement est ouverte, et le créancier qui avait obtenu le paiement par son « assignation-pression » sera tenu au remboursement de la somme au titre des nullités de la période suspecte[1831]. Les règles de la procédure feront ainsi perdre au créancier tout le bénéfice qu'il croyait avoir tiré de son débiteur[1832]. Le ministère public est alors susceptible de « court-circuiter certains comportements qui s'avèrent contre-productifs pour l'intérêt général »[1833] en se substituant au créancier pour poursuivre l'instance. La jurisprudence considère comme commettant un abus du droit d'agir, le créancier qui assignerait son débiteur en redressement judiciaire sans justifier d'une créance certaine, liquide et exigible et sans rapporter la preuve de l'état de cessation des paiements[1834]. L'assignation qui a pour seul but d'ouvrir des négociations pour obtenir un paiement engage la responsabilité du créancier poursuivant pour procédure abusive. Cette pratique est analysée comme un détournement fautif des dispositions dès lors qu'elle ne tend pas à obtenir l'application des dispositions d'ordre public commandant que toute entreprise en cessation des paiements soit soumise à une procédure de redressement ou de liquidation, selon la gravité de la situation[1835].

654. Pourquoi ne parvient-on pas au même type de solution et d'attention lorsque c'est le débiteur qui se prévaut des dispositions du droit des entreprises en difficulté pour bénéficier de certains avantages ? Sur ce point, le législateur, comme les juridictions, n'ont pas pris la mesure du changement de paradigme de la législation de la faillite opérée sous l'impulsion de la politique pro-débiteur. Cette politique a cherché à inciter les débiteurs à recourir aux procédures collectives, ainsi les demandes d'ouverture formulées par les débiteurs n'apparaissent que

[1828] TGI Valenciennes, 23 sept. 2009, RG n° 08/03316, *Act. proc. coll*. 2009/16, n° 242, note VALLANSAN (J.).
[1829] CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, préface LE BARS (T.), LGDJ, 2002, Bibl. droit privé, T. 368, n° 163 ; VALLANSAN (J.), *art. cit*., in MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 159.
[1830] TGI Valenciennes, 23 sept. 2009, RG n° 08/03316, *APC*., 2009/16, n° 242, note VALLANSAN (J.).
[1831] C. com., art. L. 632-1 et L. 632-2.
[1832] DELATTRE (Ch.), « L'instrumentalisation de l'assignation en redressement judiciaire : le spectre du dépôt de bilan », *Rev. proc. coll.*, n° 3, juill. 2008, comm. 97. L'assignation du créancier démontrera sa connaissance de l'état de cessation des paiements.
[1833] Au sujet des « assignations pressions », VALLANSAN (J.), *art. cit*., in MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, p. 159.
[1834] T. com. Lille Métropole, 5 mars 2018, n° AF 2018001176 ; VOINOT (D.), « Assignation abusive en redressement judiciaire : carton rouge pour l'ex-entraîneur de football de Lille ! », *BJE*, mai 2018, n° 03, p. 190.
[1835] REILLE (F.), « De la bonne conduite à suivre en cas d'assignation en ouverture d'une procédure collective », *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2018, n° 15, p. 59.

comme des effets attendus de cette politique, alors qu'ils peuvent aussi être des effets pervers. Le législateur a tant cherché à lutter contre la peur du débiteur des procédures collectives, qu'il ne paraît pas encore aujourd'hui mesurer que l'attrait pour la procédure est un tremplin à l'instrumentalisation. Lorsque le débiteur tente d'échapper aux règles de la procédure collective, le problème est saisissant puisqu'il tente de se soustraire à l'application de règles d'ordre public. Le problème est plus difficile à saisir lorsqu'est demandé l'application de règles d'ordre public. Pour autant, dans les deux cas, il s'agit de porter atteinte à l'ordre public économique que ce soit en tentant d'échapper aux règles qui le gouvernent ou que ce soit à l'inverse en cherchant à obtenir l'application de ses règles alors que ces règles ne sont pas prévues pour cela. De la même façon que le ministère public prend possession des situations dans lesquelles un créancier utilise les règles d'ouverture des procédures collectives comme d'un moyen de pression, le ministère public doit être attentif à l'ouverture d'une procédure collective, bien qu'elle soit demandée par le débiteur ou alors qu'elle semble découler naturellement d'un état de cessation des paiements.

B- La procédure pour déceler une instrumentalisation

655. Le problème du parquet, son manque d'effectif, rend impossible de ne compter que sur lui pour faire obstacle à l'instrumentalisation, bien qu'il soit l'acteur tout désigné. Pour faciliter l'exercice de son rôle de gardien de l'ordre public, il peut être envisagé de prendre appui sur d'autres acteurs, d'élaborer une collaboration plus étroite entre le tribunal de la procédure et le ministère public. À cette fin, il peut être prévu d'imposer au tribunal de communiquer l'affaire au ministère public dès lors que la situation du débiteur fait apparaître un doute sur la nécessité économique d'ouvrir une procédure collective. Ce doute pourrait se manifester par un indice objectif : la présence d'un groupe de sociétés (1°). Après avoir reçu la communication du juge, le ministère public devrait pouvoir évaluer si la situation en question relève d'une instrumentalisation. À cette fin, il pourrait réaliser une enquête afin de déterminer les contours de l'entreprise et sa situation économique et financière (2°).

1°) La communication par le tribunal sur des critères objectifs : un groupe de sociétés

656. Afin de faciliter le contrôle du ministère public sur l'ouverture des procédures collectives, il s'agit d'imposer une communication du tribunal en présence d'un indice objectif, la présence d'un groupe de sociétés. Effectivement, ce que nous avons identifié comme instrumentalisation au sein de notre étude a pour particularité de mettre en œuvre un groupe de

sociétés. Le problème posé par le groupe de sociétés a été mis en évidence dans l'affaire Sodimédical[1836]. En revanche, dans l'affaire Cœur Défense, c'est plus la particularité de la société holding qui a attiré l'attention de la doctrine[1837]. Quoi qu'il en soit, cette holding appartenait nécessairement à un groupe. Les difficultés insurmontables auraient dû être appréciées à l'échelle de ce groupe, suivant la logique du droit des entreprises en difficulté. Le juge devrait alors transmettre l'affaire au ministère public lorsqu'une procédure collective est sollicitée à l'encontre d'une société qui appartient à un groupe. À cet effet, la circonstance que ce soit une société holding sans salariés qui demande le bénéfice d'une sauvegarde laisse fortement présumer qu'il ne s'agit pas d'une société indépendante.

657. **L'absence de nécessité économique légitime**. La présence d'un groupe de sociétés doit inviter à se poser la question de savoir s'il est légitime de faire peser le coût des difficultés d'une société sur ses créanciers plutôt que sur ses actionnaires. À notre sens, le droit des entreprises en difficulté a été conçu comme un droit répondant à une nécessité d'ordre économique. Des auteurs ont développé la notion d'exception de nécessité en droit civil[1838]. Cette dernière est sollicitée afin de justifier certains dommages. La notion de nécessité est indéterminée, mais a un caractère téléologique indéniable. « Elle ne s'entend qu'en fonction d'un certain but ; elle exprime un rapport entre un moyen et une fin »[1839]. Ces traits sont précisément ceux du droit des entreprises en difficulté. En effectuant un parallèle, il est possible de voir dans la matière du droit des entreprises en difficulté une sorte d'exception de nécessité, le sauvetage de l'entreprise ou le sauvetage de l'entrepreneur dans le cadre de la liquidation, qui justifierait le sacrifice des créanciers. Comme nous avons tenté de le mettre en lumière au cours de cette étude, cette matière est construite sur une injonction économique qui relève d'un certain intérêt général. C'est sa fonction qui justifie son caractère dérogatoire aux règles ordinaires, qui justifie que l'on passe d'un rapport privé, entre créancier et débiteur, à une situation qui intéresse l'ordre public économique. Du point de vue des créanciers et des salariés, c'est une sorte d'exception de nécessité qui justifie qu'il soit porté atteinte à leurs droits.

658. En ce sens, la nécessité, en l'occurrence économique, est ce qui déclenche l'application du droit des entreprises en difficulté. Mais l'application de cette « exception de nécessité » n'est

[1836] FABRE (A.), « La chambre commerciale et l'"instrumentalisation" des procédures collectives : à propos de l'arrêt Sodimédical », note sous Cass. Com., 3 juill.2012, n° 11-18.026, *JCP G*, n° 41, 8 oct. 2012, 1073.
[1837] Le débiteur sous forme de SPV ne peut être considéré comme une entreprise au sens classique du terme : DAMMANN (R.), ROBINET (M.), « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », *BJS*, déc. 2009, n° 12, p. 1116 ; SAINTOURENS (B.), « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n° 113k2, p. 203.
[1838] PALLARD (R.), *L'exception de nécessité en droit civil*, préface SAVATIER (R.), LGDJ, 1949.
[1839] *Ibid*.

prévue que pour « l'entreprise ». La nécessité économique peut faire défaut lorsque la défaillance d'une société est le résultat d'une manœuvre effectuée par une autre société du groupe, non parce qu'elle est en crise, mais pour accroître sa rentabilité et pour échapper aux règles des licenciements. La nécessité économique au sein du droit des entreprises en difficulté est l'idée que la situation du débiteur justifie l'application de règles dérogatoires. Lorsque la situation ne répond pas aux raisons qui ont fondé les règles dérogatoires, la nécessité économique n'existe pas, ou du moins, n'est pas légitime. La nécessité de recourir à la procédure collective existe-t-elle lorsque le débiteur peut bénéficier des soutiens de ses actionnaires ou associés, du soutien des autres membres du groupe qui composent finalement, du point de vue du droit des entreprises en difficulté, une unité d'entreprise ?

659. **La communication du juge au ministère public**. Ensuite, par quel moyen peut-on imposer cette communication du juge au ministère public ? Le Code de procédure civile offre au juge la faculté d'ordonner la communication d'une affaire au ministère public[1840]. Néanmoins, cette communication relève de son pouvoir souverain d'appréciation et donc n'est nullement obligatoire. Seul le juge apprécierait s'il y a lieu ou non de communiquer une affaire au parquet et sous quelle forme celle-ci peut se faire[1841]. La pratique semble montrer aussi que ce droit de communication n'est que peu mis en œuvre peut-être en raison de l'exigence de rapidité à laquelle elle est soumise en vertu de l'article 428 du Code de procédure civile[1842]. Le juge peut être réticent à mettre en œuvre cette communication parce que la rapidité exigée n'est pas compatible avec la réflexion qui peut être nécessaire[1843], ce qui aurait pour conséquence de rendre inefficace « l'action sur le plan commercial dans des matières où l'efficacité ne peut qu'être synonyme de rapidité »[1844].

660. Il a aussi été avancé que le ministère public et le tribunal de commerce sont, traditionnellement, animés par des philosophies différentes. Le parquet est alors considéré comme le défenseur des intérêts publics et le tribunal de commerce, comme le gardien de l'entreprise privée et le tenant du libéralisme économique[1845]. « L'histoire, l'esprit et la pratique n'ont donc que très peu incité les juges consulaires à transmettre les informations que les

[1840] CPC, art. 427.
[1841] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives, op. cit.*, p. 23.
[1842] « La communication au ministère public est, sauf disposition particulière, faite à la diligence du juge. Elle doit avoir lieu en temps voulu pour ne pas retarder le jugement. »
[1843] ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives, op. cit.*, p. 24.
[1844] *Ibid*., p. 36.
[1845] *Ibid*.

parquets auraient dû connaître. Ces derniers n'ont par ailleurs que très peu utilisé le droit à l'information qui leur était pourtant accordé par certains textes »[1846].

661. Le droit de communication prévu par le Code de procédure civile n'est donc pas suffisant. Il pourrait être envisagé une disposition spéciale en droit des entreprises en difficulté qui imposerait au juge de communiquer l'affaire au ministère public lorsqu'une procédure va être ouverte à l'encontre d'une filiale qui appartient à un groupe prospère, de même lorsqu'une procédure est demandée au bénéfice d'une société holding. Le ministère public aura alors pour mission de vérifier et au-delà de légitimer l'ouverture d'une procédure collective au regard de l'ordre public économique. Il s'assurera de la présence d'une nécessité économique au sens du droit des entreprises en difficulté, ce qui implique que cette nécessité soit ressentie par une entreprise. Certes, une telle intervention réduira nécessairement la rapidité de la procédure, mais il ne s'agit pas de sacrifier tout ordre à l'exigence de célérité. Cette exigence de rapidité n'est-elle d'ailleurs pas imposée davantage par la matière économique que par la justice ? N'est-ce pas l'économie qui se nourrit d'un perpétuel mouvement ?

2°) L'enquête préliminaire requise par le ministère public

662. Le Code de commerce prévoit la possibilité pour le tribunal de diligenter des investigations en cas de doute sur l'état de cessation des paiements[1847]. Cette procédure d'enquête préliminaire a pour but d'établir avec exactitude la situation de l'entreprise. La pratique incite le ministère public à instaurer cette pratique devant les juridictions qui n'y auraient pas encore recours, car elle permet d'apporter une solution adaptée à une entreprise en difficulté[1848]. Le ministère public a pu solliciter ce genre d'enquête dans les affaires d'assignations-pressions déjà évoquées[1849]. Le parquet considère que le tribunal ne doit pas accepter de retirer l'assignation du créancier poursuivant avant de s'être assuré que le débiteur n'est effectivement plus en cessation des paiements et qu'il n'avait pas emprunté de l'argent au sein du cercle familial pour « calmer » le créancier poursuivant comme on le voit trop

[1846] *Ibid*.
[1847] C. com., art. L. 621-1, al. 4.
[1848] DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 41.
[1849] V. *supra* n° 652.

souvent[1850]. Le ministère public doit donc s'assurer que le débiteur n'est plus en état de cessation des paiements[1851].

663. Dans ce type de situations, le ministère public, partie jointe pour donner un avis, peut basculer comme partie principale au cours de l'audience et solliciter une enquête préalable, laquelle n'est qu'une simple formalité administrative. C'est sa fonction de garant de l'ordre public économique qui lui imposerait de passer de partie jointe à partie principale afin de requérir une mesure d'enquête préalable[1852]. Cette thèse du basculement du ministère public de partie jointe en partie principale caractérisant le refus de valider une instrumentalisation de la juridiction saisie a été reprise par certaines juridictions consulaires[1853]. L'enquête préalable requise par le ministère public permettra de s'assurer de la situation du débiteur. Si ce dernier est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, une procédure de redressement ou, le cas échéant, de liquidation judiciaire sera ouverte.

664. Sur ce modèle, le ministère public qui a connaissance d'une demande d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société qui appartient à un groupe de sociétés devra requérir une mesure d'enquête préalable. Le but de cette enquête sera, dans un premier temps, de déterminer l'entreprise, ses contours, pour ensuite vérifier que les conditions d'ouverture des procédures collectives sont bien remplies. Pour cela, il s'agit de reconstituer la réalité du pouvoir économique de l'entreprise. Une fois cela fait, les difficultés pourront être appréciées. Il s'agit alors d'accroître notre vigilance vis-à-vis aussi du débiteur et du bénéfice de la procédure collective. Si le ministère public prend une telle initiative concernant les assignations-pressions, il doit le faire aussi s'agissant de l'ouverture des procédures collectives en sollicitant une mesure d'enquête préalable lorsque les conditions du débiteur posent question quant à la réalité de l'entreprise[1854].

[1850] DELATTRE (Ch.), « L'instrumentalisation de l'assignation en redressement judiciaire : le spectre du dépôt de bilan », *Rev. proc. coll.*, n° 3, juill. 2008, comm. 97.
[1851] *Ibid*.
[1852] DELATTRE (Ch.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 38. V. entretien DELATTRE (Ch.), « Le ministère public : un acteur incontournable dans le cadre du traitement des entreprises en difficulté », « La saisine du tribunal de commerce par le parquet est une étape pour obtenir du tribunal une enquête préalable pour instaurer un débat contradictoire entre l'ensemble des parties intéressées au dossier », *BJE*, nov-déc., 2016, n° 113y7, p. 390 et s.
[1853] T. com Valenciennes, 2e ch., 25 juill., 2016, RG n° 2016003724 et T. com., Valenciennes, 2e ch., 28 nov. 2016, RG n° 2016003724 ; « Quand le ministère public bascule de partie jointe en partie principale », *JCP E*, 2016, 1663, note DELATTRE (Ch.).
[1854] V. *supra* n° 251 s.

Conclusion de la section

665. Si l'on souhaite apporter de véritables réponses à l'instrumentalisation, l'impasse ne peut être faite sur les difficultés pratiques du ministère public à l'accomplissement de sa mission. Solliciter son intervention à tous les stades de la procédure n'apparaît pas fructueux. Pour que son action de garant de l'ordre public économique puisse avoir une certaine portée, il devrait pouvoir recevoir l'aide du juge. Ce dernier pourrait communiquer les affaires suspectées d'instrumentalisations au ministère public, lequel pourra alors solliciter une enquête afin d'apprécier l'atteinte à l'ordre public économique qu'engendrait le bénéfice d'une telle procédure collective au débiteur.

Conclusion du chapitre

666. L'instrumentalisation manifeste une crise de légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté, dès lors que l'on y perçoit un affranchissement de l'ordre instauré par le droit, sous l'effet de la logique économique. Ce trouble vis-à-vis de l'ordre qui guide ce droit s'accompagne d'un renforcement du rôle du ministère public, ce qui est significatif. Cela témoigne d'un besoin de restaurer un ordre, dès lors que celui-ci devient plus fluctuant au moment du passage de la matière vers des aspirations plus économiques. Le ministère public est alors celui qui est censé faire respecter l'ordre, ordre public économique que l'on considère comme la recherche d'efficacité économique ordonnée par le droit. La recherche d'efficacité économique se ferait dans les bornes fixées par le droit, qu'est le traitement de l'entreprise. Assouvir des besoins économiques en s'affranchissant de l'entreprise apparaît dès lors comme contraire à l'ordre public économique.

667. Néanmoins, ce sont les difficultés d'ordre pratique qui l'empêchent de mener une action efficace. C'est pourquoi nous préconisons une rationalisation de son rôle, de prendre appui sur le tribunal qui effectuerait un « premier tri » sur les affaires pour soumettre au parquet les affaires qui présentent un doute quant à la nécessité économique d'ouvrir une procédure collective, doute engendré par la présence d'un groupe de sociétés. Sur cette base, le ministère public pourrait se servir de l'enquête préalable pour déterminer les contours de l'entreprise et vérifier la nécessité de faire peser l'effort sur les créanciers plutôt que sur les actionnaires.

Chapitre 2 – L'exigence d'une entreprise ou la restauration de l'objet de la législation

668. Parce que l'instrumentalisation des procédures collectives révèle un problème fondamental de la matière, il n'apparaît pas satisfaisant de la traiter *a posteriori* par une réparation des dommages causés par l'instrumentalisation. Une telle approche consiste à traiter des symptômes sans égard pour leur cause. L'instrumentalisation met en cause la légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté. Cette illégitimité ne peut être corrigée que par le rétablissement de la cohérence du droit des entreprises en difficulté. En suivant la logique de ce droit, son application devrait être réservée à une entreprise en difficulté. Reconnaître et admettre cette logique implique d'en tirer les conséquences, aussi déstructurantes puissent-elles paraître : en logique, la conclusion est que l'entreprise, conçue comme une unité économique, doit pouvoir être saisie par le droit en dérogeant, s'il le faut, au principe de l'autonomie de la personne morale (Section 1). *De lege feranda,* les simples débiteurs sans activité économique, tels que des sociétés holdings, seraient alors exclus du droit des entreprises en difficulté. Cette conséquence devrait être accueillie plus favorablement si le refus d'ouverture d'une procédure ne laisse pas inévitablement le débiteur sans solution alternative. C'est pourquoi le mécanisme de la révision pour imprévision peut apparaître comme un soutien à cette conclusion, bien qu'il ne soit pas indéfectible (Section 2).

Section 1 – Une conclusion induisant une dérogation au principe de l'autonomie des personnes morales

669. L'instrumentalisation conduit à l'application d'une législation à un objet autre que ce pour lequel elle a été créée. Remédier à l'illégitimité et à l'incohérence qu'elle crée suppose de pouvoir apprécier les conditions d'ouverture des procédures à l'échelle de l'entreprise. En présence d'un groupe de sociétés, cela impliquerait de pouvoir déroger au principe de l'autonomie des personnes morales. Cette voie n'est pas sans embûche. La simple prise en compte des liens existants au sein des groupes de sociétés demeure déjà exceptionnelle (§ 1). En théorie, néanmoins, la logique dérogatoire du droit des entreprises en difficulté justifierait une dérogation au principe de l'autonomie des personnes morales afin de pouvoir se saisir de son objet, l'entreprise, en toute circonstance, même lorsqu'elle est constituée au travers d'un groupe de sociétés. (§2).

§1 - Les difficultés à tirer les conséquences de l'existence d'un groupe de sociétés

670. Les mécanismes de responsabilité et d'extension de procédure ne permettent d'attacher des conséquences aux liens qui existent au sein des sociétés du groupe et, de manière incidente, d'approcher l'entreprise, qu'à des occasions spéciales. Ces solutions ne permettent pas de restituer réellement son objet à la matière du droit des entreprises en difficulté et donc de remédier à son illégitimité (A). Les débats qui émergent depuis quelques années sur la responsabilisation des entreprises ne rendent guère optimiste sur la possibilité d'une remise en question du principe de l'autonomie des personnes morales. Ils semblent entretenir une confusion sur l'objet même du débat, prenant pour base de réflexion la société et non l'entreprise. Cette substitution d'objet élude alors la question du pouvoir de l'entreprise, de sa puissance, qui échappe au droit (B).

A- Des mécanismes incapables de restituer sa légitimité au droit des entreprises en difficulté

671. Certains mécanismes, déjà existants, peuvent permettre d'impliquer l'entreprise à différents titres. Des régimes de responsabilité, pour faute ou sans faute, sont intéressants à envisager à cet égard. Néanmoins, ils présentent le défaut d'impliquer l'entreprise *qu'a posteriori*, après l'ouverture de la procédure (1°). L'extension de procédure peut permettre de soumettre l'entreprise à la procédure, mais uniquement dans des conditions particulières. Aucun de ces mécanismes n'est en mesure de restituer réellement son objet au droit des entreprises en difficulté (2°).

1°) La responsabilité : une implication de l'entreprise *a posteriori*

672. Au sein du droit des entreprises en difficulté, les moyens d'agir en responsabilité ne sont pas directement liés au seul pouvoir de l'entreprise. La responsabilité n'est engagée qu'en cas de preuve d'une faute, d'un mauvais exercice du pouvoir par les dirigeants et non simplement en raison de l'exercice de ce pouvoir. Le lien n'est donc pas automatique entre le pouvoir et la responsabilité de l'entreprise. Seule la caractérisation d'une faute pourrait conduire à « l'adjonction »[1855] d'un patrimoine supplémentaire qui supporterait l'insuffisance d'actif. Si cela peut permettre de reconstituer l'entreprise, ce n'est que de façon incidente.

[1855] COUPET (C.), « L'adjonction d'un patrimoine complémentaire par un mécanisme de responsabilité : la responsabilité des sociétés mères du groupe », *in Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie*

673. **La responsabilité pour insuffisance d'actif**. La responsabilité pour insuffisance d'actif[1856] du dirigeant n'est pas la conséquence de son pouvoir de gestion, mais du mauvais exercice de celui-ci. Au sein d'un groupe de sociétés, une société mère pourrait voir sa responsabilité engagée sur ce fondement lorsqu'elle est dirigeante de droit ou de fait de sa filiale et qu'une faute de gestion lui est imputable[1857]. Cette sanction permet, lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, de mettre à la charge des dirigeants de droit ou de fait, qui ont participé à la faute de gestion qui a contribué à l'insuffisance d'actif, tout ou partie de ce montant. Cette faute peut consister, au sein d'un groupe de sociétés, en la soumission d'une société à des charges financières importantes au bénéfice d'autres sociétés du groupe[1858], ou d'utilisation des biens ou du crédit de la société pour favoriser une autre entreprise dans laquelle les dirigeants étaient intéressés[1859]. Cette sanction est néanmoins très limitée, d'autant plus depuis la loi Sapin II[1860] qui a exclu cette responsabilité en cas de simple négligence[1861]. En outre, démontrer la qualité de dirigeante de la société mère pourra s'avérer difficile. Effectivement, la jurisprudence exige généralement une action positive de direction de la société en toute indépendance[1862]. « L'espoir d'atteindre la mère ou la holding animatrice du groupe sera souvent vain, sauf à admettre comme le propose une partie de la doctrine de poser une présomption de direction de fait dans les groupes de sociétés lorsque l'existence du contrôle est démontrée »[1863]. Quoi qu'il en soit, comme le relève un auteur, « si la sanction est de nature à répondre efficacement aux abus manifestes dans l'instrumentalisation de la liquidation judiciaire, elle ne peut les prévenir, même de manière dissuasive »[1864].

patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?, Actu. droit de l'entreprise, LexisNexis, p. 63.

[1856] C. com., art. L. 651-2.

[1857] V. COUPET (C.), *art. préc*.

[1858] Cass. Com., 7 déc. 1999, n° 97-12.173 : *RJDA* 4/2000, n° 458.

[1859] Cass. Com., 8 oct. 2003, n° 01-00.236 : *RJDA* 3/2004, n° 353.

[1860] Loi dite Sapin II n° 2016-1691 du 9 déc. 2016.

[1861] C. com., art. L. 651-2 ; Cass. Com., 3 févr. 2021, n° 19-20004, *LPA*, 23 avr. 2021, n° 160n4 : la simple négligence ne se réduit pas à l'hypothèse dans laquelle le dirigeant a pu ignorer les circonstances ou la situation ayant entouré sa commission.

[1862] Cass. Com., 9 mai 1978, *D.* 1979, 419, note VASSEUR (M.) ; Cass. Com., 13 févr. 2007, n° 05-17.987, *D*. 2007, p. 731, obs. LIENHARD (A.) ; TRICOT (D.), « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patr.*, 1996, p. 24.

[1863] VALLANSAN (J.), « Libres propos sur l'application du droit des entreprises en difficulté aux groupes de sociétés », in SCHILLER (S.), MOULIN (J-M.) et PICOD (Y.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 237.

[1864] DEMEYERE (D.), « Appréciation des conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une filiale : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, n° 250, 6 sept. 2012, p. 5.

674. Cette responsabilité est circonscrite au cas d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif. Or l'entreprise, souvent par le biais de la société mère, peut exercer son pouvoir et en tirer parti dans le cadre d'une liquidation d'une filiale clôturée même pour extinction du passif. L'entreprise aura pu bénéficier des règles avantageuses des licenciements prévues pour la liquidation judiciaire[1865].

675. C'est pourquoi, à côté de ce cas de responsabilité qui n'est applicable qu'en liquidation judiciaire, la loi dite Pétroplus[1866] a ouvert une autre voie afin de retenir la responsabilité des dirigeants d'une société en redressement judiciaire ou en sauvegarde. L'acte volontaire de gestion qui place la fille en état de cessation des paiements, par exemple en la vidant de sa trésorerie, pourrait conduire à l'engagement de la responsabilité de la société dirigeante[1867]. L'affaire qui a conduit à l'adoption de la loi Pétroplus mettait en cause un redressement judiciaire d'une filiale appartenant à un groupe suisse. Avant que la filiale ne soit placée en redressement judiciaire, ses comptes en banque avaient été vidés par les autres sociétés du groupe qui n'avaient aucunement l'intention d'assumer le plan social et le plan de dépollution liés à l'exploitation. La France se trouvait alors forcée de prendre en charge les licenciements financés par l'AGS et la dépollution des sols. En réaction, la loi prévoit la possibilité d'ordonner des mesures conservatoires sur les biens du débiteur dans le cadre d'une sauvegarde, d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation, parallèlement à une action en extension de procédure[1868] ou à une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur[1869].

676. **Les propositions doctrinales de responsabilité du groupe de sociétés.** La doctrine s'interroge sur des façons de tenir l'entreprise responsable par le biais du groupe de sociétés. Ainsi que l'indique la doctrine, « c'est sans doute la recherche de la responsabilité de la mère et autre animateur de groupe qui permettra de prendre en considération la réalité économique

[1865] V. *supra* n° 497

[1866] Loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet.

[1867] VALLANSAN (J.), *art. cit.*, in SCHILLER (S.), MOULIN (J.-M.) et PICOD (Y.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 236.

[1868] C. com., art. L. 621-2, al. 4.

[1869] C. com., art. L. 631-10-1 : « À la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur ».

de ce dernier face aux difficultés de la filiale malheureuse »[1870]. Plusieurs pistes sont alors envisagées et sont intéressantes à explorer.

677. **Responsabilité du fait personnel de la société mère**. « La première piste serait d'aller chercher une responsabilité en cas de faute »[1871]. À cette fin, certains ont proposé de créer une obligation spécifique à la charge de l'actionnaire de contrôle pour engager sa responsabilité[1872]. Il s'agirait d'instaurer des obligations légales de vigilance ou de loyauté à la charge de la mère. La notion de loyauté présente l'avantage de pouvoir appréhender l'action comme l'inaction de la société mère. Engager la responsabilité de la mère sera plus aisé puisqu'il suffira de prouver qu'elle n'a pas respecté l'obligation mise à sa charge. La caractérisation d'un tel manquement, à l'origine d'une insuffisance d'actif de la filiale, permettrait d'aboutir, en pratique, à une forme de reconstitution du patrimoine du débiteur[1873].

678. Une autre idée, celle d'une responsabilité de l'associé pour le préjudice subi par la procédure commence à faire son chemin[1874]. Bien que ce soit par un arrêt non publié, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que des actes fautifs et dommageables n'ayant pu être effectués par la société débitrice qu'avec le consentement de l'associé majoritaire, ce dernier peut être déclaré responsable du préjudice subi par la procédure[1875]. Ainsi, le fait pour l'associé de consentir à des actes accomplis par des sociétés dont il a le contrôle est susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle[1876]. Sur ce modèle, on pourrait alors imaginer qu'une demande de remboursement de son compte courant par un associé qui sait que cette demande provoquera l'état de cessation des paiements de la société pourrait constituer une faute engageant la responsabilité de la société mère[1877].

679. **Responsabilité du fait d'autrui**. La doctrine, désireuse de trouver des solutions à l'instrumentalisation par les groupes de sociétés, a aussi proposé des régimes de responsabilité sans faute pour engager la responsabilité de la société mère. A été alors envisagé un cas de responsabilité du fait d'autrui afin de responsabiliser la société à la tête d'un groupe florissant

[1870] VALLANSAN (J.), *art. cit.*, in SCHILLER (S.), MOULIN (J.-M.) et PICOD (Y.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 235.
[1871] *Ibid*., p. 237.
[1872] COUPET (C.), *art. cit., in Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entreprise, LexisNexis, p. 68.
[1873] *Ibid*., p. 72.
[1874] VALLANSAN (J.), *art. préc*.
[1875] Cass. com. 2 oct. 2012, n° 11-18.460 ; FAVARIO (T.), « La responsabilité de l'associé : "concept émergent" du droit des entreprises », *BJE*, difficulté 2013, n° 1-2, note p. 39. En l'espèce il est reproché à l'associé un soutien abusif sur le fondement de l'article 1382 anc. du Code civil.
[1876] VALLANSAN (J.), *art. préc.*
[1877] *Ibid*.

cherchant à se délester d'une filiale à moindres frais. Un auteur est parti de la constatation que le contrôle d'une société sur une autre « présente la particularité d'être un pouvoir sans responsabilité »[1878]. Il propose ensuite d'admettre un principe de responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, une responsabilité du fait du contrôle, lequel induirait un devoir de diligence de la part de celui qui le détient[1879]. La Cour de cassation se serait montrée favorable à cette solution, dans un rapport d'étude sur le projet Terré[1880].

680. Pour son auteur, cette solution de responsabilité de la société mère du fait de la filiale aurait l'avantage de s'attacher à l'existence du contrôle plutôt qu'à son exercice[1881]. Ainsi, il n'y aurait pas à établir une faute dans l'exercice du pouvoir, telle une faute de gestion. Le simple fait que ce pouvoir existe serait suffisant. Ce régime permettrait plus que les autres de restaurer le lien entre le pouvoir et la responsabilité, lien souvent rompu au sein des groupes par le principe de l'autonomie juridique des personnes morales. Concrètement, cela conduirait à rendre la société mère responsable de l'insuffisance d'actif de sa filiale, en fonction de son aptitude ou inaptitude à prévenir le dommage. Si cette proposition conduit à une meilleure imputation des responsabilités[1882], elle ne permet pas de remédier à l'instrumentalisation. Dans un tel schéma, la liquidation de la filiale appartenant à un groupe florissant aurait toujours lieu. Même s'il est fait de l'unité d'entreprise une source d'obligation au sein des procédures collectives[1883], l'entreprise n'est toujours pas l'objet de la procédure. L'entreprise pourrait être tenue des dettes liées à la procédure, mais sans devenir l'objet de la procédure elle-même. Les propositions émises sur le terrain de la responsabilité ne sont évidemment pas sans mérite : elles permettent de rechercher un responsable à la défaillance ou à l'insuffisance d'actif. Toutefois, elles ne permettent pas d'échapper à l'instrumentalisation puisqu'elles ne permettent pas d'éviter que le débiteur qui n'est pas une entreprise bénéficie d'une procédure.

2°) L'extension de procédure : des conditions strictes de la levée du voile social

681. Contrairement aux régimes de responsabilité, l'extension de procédure peut permettre une levée du voile social. Elle permettrait de remettre en cause, en cours de procédure, le

[1878] PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préface de LUCAS (F.-X.), Bibl. droit entr. en diff., T. 1, LGDJ 2013, p. 322.
[1879] VALLANSAN (J.), *art. cit.*, in SCHILLER (S.), MOULIN (J.-M.) et PICOD (Y.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 236.
[1880] TERRE (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 37.
[1881] PELLETIER (N.), *op. cit.*, p. 227.
[1882] VALLANSAN (J.), *art. préc.*
[1883] PELLETIER (N.), *op. cit.*, p. 185.

principe d'autonomie de la personne morale. Toutefois, le Professeur Pailluseau pose la question de savoir si l'extension de procédure permet de rétablir la réalité de l'entreprise[1884]. Il semblerait que la réponse à cette question soit négative. Effectivement, il fait remarquer qu'en aucune façon l'extension n'est prononcée sur le fondement d'une unité d'entreprise, bien qu'au début de la construction jurisprudentielle de ce mécanisme, des juges du fond avaient prononcé une extension de procédure en se fondant sur « l'unité d'entreprise » entre des sociétés d'un même groupe[1885]. La Cour de cassation a toujours refusé ce raisonnement[1886]. Selon elle, l'existence d'un groupe n'est pas une condition suffisante pour justifier une extension de procédure[1887]. Ce n'est donc pas en raison de l'appartenance des sociétés à une même entreprise que la procédure leur serait étendue. Le législateur n'aurait, *a priori*, pas conçu ce mécanisme comme un moyen d'appréhender l'entreprise. C'est pourquoi les textes ne prévoient une extension de procédure qu'à des conditions strictes, parmi lesquelles ne figure pas l'unité d'entreprise, mais simplement la fictivité de l'une des sociétés ou la confusion de leurs patrimoines[1888].

682. Ce mécanisme n'est pas conçu pour rétablir la réalité de l'entreprise, bien qu'il puisse le permettre de façon incidente[1889], ce qui permet de dire que les notions de fictivité et de confusion de patrimoines sont des notions juridiques et non économiques[1890]. L'auteur qui a dressé ce constat invite à ajouter la constatation d'une unité d'entreprise comme cause d'extension de la procédure, sans avoir à passer par des conditions de fictivité ou de confusion de patrimoines[1891]. De cette manière, le droit des entreprises en difficulté pourrait se saisir de la réalité économique et sociale qui est son domaine[1892]. Il s'agit alors de se donner les moyens juridiques de se saisir de la réalité économique en faisant pénétrer davantage le concept d'entreprise au sein des règles de droit.

[1884] PAILLUSSEAU (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2003, p. 260.
[1885] DERRIDA (F.), « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? », in *Mélanges J. Derrupé*, Litec, 1991, p. 29.
[1886] CA. Versailles, 4 avr. 1991, préc. ; 17 déc. 1991, *RJDA* 1992, nº 187, *JCP E*, 1992. I. 166, obs. PETEL (Ph.) ; CA Paris, 11 janv. 1994, *Bull. Joly*, 1994. 317, note PARIENTE (M.) ; CA Versailles, 3 févr. 1994 : *LPA*, n° 61, 1992, p. 34, note BARBIERI (J.-F.).
[1887] CA Paris, 15 févr. 1994, *D.*, 1994, p. 80.
[1888] Pour l'étude des conditions de l'extension de procédure v. supra n° 335 s. ; V. BARBIERI (J.-F.), « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *LPA*, 25 oct. 1996, p. 9.
[1889] PAILLUSSEAU (J.), *art. cit.*, *D.*, 2003, p. 260.
[1890] *Ibid.*
[1891] *Ibid.*
[1892] *Ibid.*

B- L'autonomie patrimoniale exclue des débats sur la responsabilisation des entreprises

683. Il est reconnu que les entreprises jouissent d'un pouvoir extrême, ce qui est un effet du système libéral. « Le droit libéral a consacré le droit individuel de propriété, la liberté contractuelle et le principe de responsabilité personnelle. Mais en s'appliquant aux personnes morales des sociétés, il a laissé se constituer des entreprises hyperpuissantes, où l'exercice du pouvoir n'est plus lié à la responsabilité »[1893]. Le pouvoir et la responsabilité des entreprises sont une question toujours d'actualité comme ont pu en témoigner les nombreux débats sur le gouvernement d'entreprise et la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE).

684. **Le gouvernement d'entreprise**. Le débat sur le gouvernement d'entreprise est apparu d'abord aux États-Unis dès la fin des années soixante, avant de gagner différents pays du monde. Le débat émerge en raison des insatisfactions naissantes quant à l'exercice du pouvoir des entreprises. « Cet immense pouvoir, exercé par des dirigeants d'entreprise qui ne disposent d'aucune légitimité démocratique, suscite de multiples interrogations. Pour certains, les dirigeants d'entreprises ne cherchent qu'à assouvir leur soif de puissance et de richesse sans tenir compte de manière suffisante des conséquences de leurs actes »[1894]. La question centrale est celle des buts que les dirigeants doivent poursuivre dans leur gestion et des moyens juridiques à solliciter pour parvenir à ces buts à l'exception de tout autre[1895].

685. Ces débats ont donné lieu à la publication de rapports. Aux États-Unis, « *Principles of Corporate Governance* »[1896] est publié au début des années quatre-vingt. En France, les deux rapports les plus importants sont le rapport Viénot[1897] et le rapport Pébereau[1898]. Ces derniers n'entament pas de réflexion d'ampleur sur le rôle social de l'entreprise et mettent en place des mécanismes destinés à ce que les dirigeants maximisent les intérêts des actionnaires[1899]. Or, des « décisions telles que celle de fermer un site de production rentable en licenciant des gens, pour délocaliser et ainsi accroître la rentabilité de l'action (dont l'actualité économique donne de nombreux exemples) maximisent peut-être l'intérêt de l'actionnaire, mais ont des conséquences

[1893] ROBE (J.-Ph.), *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2015, p. 369.
[1894] *Ibid*., p. 107.
[1895] *Ibid*.
[1896] Rapport de *l'American Law Institute.*
[1897] *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Rapport du groupe du travail Association Française des Entreprises Privées/Conseil National du patronat français, juillet 1995.
[1898] *Le capitalisme français du XXIe siècle*, Rapport du groupe de travail présidé par Michel Pébereau, Institut de l'entreprise, avril 1995.
[1899] ROBE (J.-Ph.), *op. cit., loc. cit.*

politiques graves : chômage, collectivités locales affectées, interventions et déficits publics »[1900].

686. Un auteur constate que les réflexions engagées sur le gouvernement d'entreprise sont défectueuses à la base. Effectivement, les raisonnements sont menés sur la base de la société, et non sur celle de l'entreprise. Pourtant, c'est une différence fondamentale et faire la distinction donne une tout autre coloration aux débats. En raisonnant à partir de la société, on se cantonne à ce qui concerne les actionnaires et les mandataires sociaux. De ce raisonnement, biaisé à la base, sont ensuite tirées des conséquences sur la manière dont l'entreprise doit être dirigée. Cette assimilation malheureuse exclut de la réflexion certaines des composantes essentielles de l'entreprise, laquelle ne se réduit pas aux intérêts des actionnaires et mandataires, mais inclut bien d'autres participants et intérêts. Finalement, le gouvernement d'entreprise ne permet pas la pesée des différents intérêts concernés au niveau de l'entreprise[1901]. « La réflexion traditionnelle sur le gouvernement d'entreprise commet une erreur fatale (qu'elle soit volontaire ou non) lorsqu'elle assimile société et entreprise »[1902].

687. **La Responsabilité sociale des Entreprises**. Ce constat est réitéré s'agissant du débat sur la Responsabilité sociale des Entreprises (RSE). L'idée de la RSE est de rendre les entreprises directement responsables par le biais d'un droit « doux »[1903]. Cette idée est venue du constat de la globalisation et de la perte corrélative et relative de pouvoir de l'État, et donc de la perte d'influence du droit « dur » produit par ses institutions[1904]. Mais, pour les mêmes raisons que celles déjà évoquées[1905], cette réflexion est biaisée dès lors qu'entreprise et société sont assimilées, alors qu'elles correspondent à des réalités bien différentes. « La confusion est au cœur du problème que la RSE prétend traiter »[1906].

688. « Si l'entreprise n'existe pas en droit positif, elle existe bel et bien en tant qu'organisation disposant d'un pouvoir ayant des conséquences juridiques, économiques et politiques bien réelles qui lui sont imputables »[1907]. Elle demeure pourtant ignorée, ce qui

---

[1900] *Ibid.*, p. 114.
[1901] *Ibid*.
[1902] *Ibid.*
[1903] *Ibid*., p. 398. V. sur ce sujet : SOBCZAK (A.), « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. soc*., 2002. 806 ; MALECKI (C.), « L'irrésistible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013 », *BJS*, 2013. 594 ; QUENAUDON (R. de), « Responsabilité sociale des entreprises », *Rép. droit du travail*, oct. 2017
[1904] ROBE (J.-Ph.), *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, *op. cit.*, p. 398.
[1905] V. *supra* n° 687
[1906] ROBE (J.-Ph.), *op. cit.*, p. 399.
[1907] *Ibid*., p. 114.

empêche de soumettre l'entreprise au droit. L'entreprise demeure libre d'exercer son pouvoir, détachée de ses véritables responsabilités de la même façon que ce que l'on a pu observer au sein du droit des entreprises en difficulté. En même temps que l'on reconnaît un pouvoir extrêmement important à l'entreprise, on note une incapacité ou une absence de volonté d'en tirer les conséquences. Le principe de l'autonomie patrimoniale n'est pas remis en question, probablement pour ne pas affecter l'attractivité de notre territoire. En effet, il est parfois soutenu que la recherche des responsabilités au sein des groupes transfrontaliers ne doit pas se faire au détriment de la compétitivité économique des entreprises au sein de l'Union européenne[1908] bien qu'elle satisfasse à l'ordre public économique. Elle ne doit pas conduire à une crainte systématique de mise en cause de la responsabilité de la société mère, au risque d'affecter considérablement l'attractivité économique de notre droit[1909].

689. Tout ceci laisse à penser qu'il y a une véritable réticence, pour des raisons économiques, d'attractivité, de saisir l'entreprise par le droit. Les sociétés du groupe ne sont pas mises à contribution[1910], l'associé ne peut être contraint d'accroître son engagement dans la société[1911]. Pourtant, la prise en compte de la situation du groupe, de l'entreprise, apparaît logique et juste en ce qu'elle permet de faire peser avant tout, la charge des difficultés de l'entreprise sur les actionnaires avant de reporter le risque sur les créanciers. Ces derniers ne devraient pas avoir à supporter, au premier plan, le risque de l'aventure entrepreneuriale. Surtout, ils n'ont pas à supporter une réorganisation égoïste d'un groupe qui recourt à la procédure pour se désengager à moindres frais d'une activité dont il a profité, mais qui n'est plus rentable[1912].

§2- La logique dérogatoire du droit des entreprises en difficulté au soutien de la prise en compte de l'entreprise

690. La législation du droit des entreprises en difficulté a été créée pour le traitement de l'entreprise. En conséquence, l'entreprise ne doit pas uniquement être présumée, elle devrait être affirmée comme la condition première d'application de cette législation spéciale. Le débiteur qui sollicite l'application des procédures collectives doit avoir à l'esprit que c'est l'entreprise à laquelle il appartient qui permet d'invoquer cette législation. Ce n'est pas sa

[1908] Règlement CE n° 1346/2000.
[1909] CUISINIER (V.), « Les groupes et la responsabilité de la société mère », *Rev. proc. coll.* n° 6, nov. 2013, dossier 54.
[1910] Le regrette, SOINNE (B.), « Le droit des procédures collectives face à l'externalisation », *LPA*, 9 déc. 1998, p. 35.
[1911] CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, PUAM, 2002, p. 274.
[1912] V. ROLLAND (B.), « Responsabilité environnementale : qui va payer ? », *Bull. joly*, 2008 p. 356.

qualité de débiteur qui doit lui ouvrir les portes de ce droit, mais l'entreprise et les difficultés qui l'affectent. Il convient alors de reconstituer l'entreprise dans son unité, lorsque celle-ci est construite au travers de diverses sociétés groupées, afin de pouvoir apprécier les conditions d'ouverture des diverses procédures à son échelle. À cette fin, les conséquences du caractère spécial de la matière devraient être tirées : le droit des entreprises en difficulté est une législation réservée à l'entreprise (A). L'affirmation de ce caractère spécial implique d'assumer le caractère dérogatoire de la matière, en faisant échec à l'autonomie de la personne morale quand cette dernière constitue un obstacle pour se saisir de l'entreprise (B).

A- Le caractère spécial du droit des entreprises en difficulté, un droit réservé à l'entreprise

691. Dans les affaires emblématiques qui nous ont servi de base de réflexion, Cœur Défense[1913] et Sodimédical[1914], le débiteur qui a bénéficié de la procédure n'est pas l'entreprise. Si on avait cherché à considérer l'entreprise, on se serait demandé, à l'occasion de l'affaire Cœur Défense, si les difficultés rencontrées étaient insurmontables pour le groupe auquel appartient la société Hold et Dame Luxembourg. Leur appartenance à un groupe de sociétés amène à se demander s'il est légitime d'impliquer leurs créanciers dans l'effort de sauvegarde. Pour répondre à cela, il faut pouvoir apprécier les conditions d'ouverture de la procédure collective à l'échelle de l'entreprise, et donc déterminer ses contours. Restituer son caractère spécial au droit des entreprises en difficulté implique de reconstituer l'entreprise.

692. Étudier les matières au sein desquelles l'unité d'entreprise constitue une source d'obligation peut être source d'inspiration. C'est pourquoi afin de dégager des critères permettant de reconstituer l'entreprise, objet du droit des entreprises en difficulté, nous chercherons à nous appuyer sur les approches du droit du travail et du droit de la concurrence. Si la philosophie de la théorie du co-emploi paraît proche de notre problématique, elle est soumise à de plus en plus de restrictions (1°). En revanche, le droit de la concurrence et son approche du groupe pour les pratiques anticoncurrentielles peuvent servir de modèle pour tracer les contours de l'entreprise en se fondant sur l'impact sur le marché (2°).

[1913] Cass. Com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989, 10-13.990.
[1914] Cass. Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026.

1°) Une reconstitution de l'entreprise limitée avec la théorie du co-emploi

693. **Théorie du co-emploi**. Au sein du droit social, le groupe de sociétés est parfois traité comme une unité d'entreprise. Tel est le cas lorsque la société mère est reconnue co-employeur d'un salarié[1915]. Le cumul d'employeurs conduit à une sorte de cumul des sociétés qui peut permettre de reconstituer l'entreprise. La société mère est considérée comme co-employeur d'un salarié s'il existe entre mère et fille une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de la fille. Le critère de la triple confusion — d'intérêts, d'activité et de direction entre les deux sociétés — retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation aboutit à faire supporter à la société mère l'intégralité des conséquences sociales de la liquidation judiciaire de sa filiale[1916]. Concernant les effets de la caractérisation d'un co-emploi, une cour d'appel, dans une affaire initiée par un salarié licencié pour motif économique, consécutivement à la liquidation judiciaire de la société à laquelle il était contractuellement lié, a considéré que « dès lors que le co-emploi est établi, cette situation emporte pour conséquence que l'effectif des sociétés se cumule pour déterminer leurs obligations »[1917]. La Cour de cassation avait déjà jugé que concernant « l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et de nombre des licenciements imposant l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan »[1918].

694. La théorie du co-emploi est justifiée par certains par la « communauté d'intérêts »[1919] qui lie les sociétés. « En présence de telles communautés, le droit accepte de passer outre l'écran de la personnalité morale de ses membres pour tirer des conséquences de ce qu'ils ont agi ensemble »[1920]. Ce serait la protection du salarié qui justifierait que l'on ait recours à la démonstration de l'existence d'une « communauté d'intérêts » entre une société et le débiteur. Il paraît alors légitime, dans cette logique, de faire réapparaître, dans l'intérêt des salariés, la réalité du pouvoir dès lors que la société mère s'est immiscée de manière permanente dans la gestion sociale d'une filiale au point que cette dernière a perdu toute autonomie en ce

[1915] Concernant l'intérêt pour les salariés de se prévaloir d'une situation de co-emploi v. supra n° 519 et n° 520.
[1916] CUISINIER (V.), « Les groupes et la responsabilité de la société mère », *Rev. Proc. coll.*, n° 6, nov. 2013, dossier 54.
[1917] CA Rouen, 3 févr. 2022, n° 19/03153 ; AUZERO (G.), « Coemploi : caractérisation et effets », *BJS*, avr. 2022, n° 04, p. 15.
[1918] Cass. Soc., 28 janv. 2009, n° 07-45481, *BJS*, juill. 2009, n° 135, p. 677, note GOURDON (P.) ; *RDT*, 2009, p. 233, note FROUIN (J.-Y.) : l'arrêt d'appel est censuré car les juges du second degré n'ont pas recherché si l'ensemble des personnes morales composant le groupe (un GIE) avait la qualité d'employeur.
[1919] THERON (J.), « De la communauté d'intérêts », *RTD civ.*, 2009, p. 19.
[1920] THERON (J.), « Coemploi et notions de droit des entreprises en difficulté », *BJT*, déc. 2021, n° 12, p. 29.

domaine[1921]. Mais, pour de plus en plus d'auteurs, la situation révélatrice d'un co-emploi devrait être rapprochée de la fictivité de la société dominée[1922]. La cour d'appel de Nancy est même allée jusqu'à assimiler la perte totale d'autonomie d'action de la société dominée et l'abus de sa personnalité morale par la société dominante. Elle juge que : « le co-emploi se caractérise par une immixtion permanente de la société mère dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière, au point que sa personnalité morale est de fait fictive »[1923].

695. Au fil du temps et de la jurisprudence, la protection du salarié a été primée par la protection de l'attractivité de notre droit, comme nous avons pu le noter en droit des entreprises en difficulté[1924]. Le droit apparaît à ce titre encore subordonné à l'économie de marché. En matière de co-emploi, et à la suite de nombreuses critiques, la jurisprudence n'a cessé de resserrer l'étau pour rendre ce mécanisme d'application exceptionnelle[1925]. Ce serait finalement affirmer un attachement au principe de l'autonomie de la personne morale. Et, l'argument avancé par ceux qui souhaiteraient voir cette théorie tout simplement abandonnée est que cette exception française « fait fuir les investisseurs étrangers »[1926]. Cela dévoile la force de notre dépendance économique et, par ricochet, juridique. L'intérêt économique semble apparaître comme l'intérêt le plus protégé par le droit. Il apparaît préférable d'ôter des droits aux salariés, des moyens de se défendre et de lutter pour leur emploi, pour servir les entreprises et leur développement.

696. Si avec l'affaire Métaleurop la situation de co-emploi avait pu être caractérisée sans qu'il soit nécessaire de constater un lien de subordination entre le salarié et la société mère[1927], la seule appartenance à un groupe de sociétés ne suffit pas pour caractériser le co-emploi[1928]. Dans un arrêt de 2015, la Cour de cassation estime que « le fait que les dirigeants de la filiale appartiennent au groupe et soient en étroite collaboration avec la société mère, et que celle-ci

[1921] *Ibid*., p. 29.
[1922] AUZERO (G.), « Le coemploi bouge encore ! », *SSL*, n° 1936, 11 janv. 2021 ; AUZERO (G.), « La nature juridique du lien de co-emploi », *SSL*, n° 1600, 7 oct. 2013 ; PAGNERRE (Y.), « De la fictivité comme critère du coemploi, certes, mais pas que… », *RDT*, 2016, n° 3, p. 125.
[1923] CA Nancy, 27 mai 2021, n° 20/00027 ; CHATELIER (Q.), « Coemploi sociétaire et fictivité : vers une clarification ? », *BJT*, juill. 2021, n° 07-08, p. 7.
[1924] V. *supra* n° 480 s.
[1925] V. *supra* n° 521.
[1926] DAMMANN (R.), « Groupes de sociétés : le co-emploi toujours en embuscade », *BJE*, sept. 2016, n° 05, p. 305.
[1927] Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12278, *D.*, 2012, p. 901, obs. LOKIEC (P.) et PORTA (J.) ; *BJS* janv. 2012, n° 001, p. 59, note MORELLI (N.) ; *JCP S*, 2011, 1548, note GUYOT (H.).
[1928] Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-14353 : DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.), « Précisions sur les critères d'identification d'une situation de coemploi au sein d'un groupe de sociétés », *LEDEN*, nov. 2013, n° 10, p. 7.

ait pris durant les quelques mois suivants la prise de contrôle de la filiale des décisions visant à sa réorganisation dans le cadre de la politique du groupe, puis ait renoncé à son concours financier destiné à éviter une liquidation judiciaire de la filiale, tout en s'impliquant dans les recherches de reclassement des salariés, ne peut suffire à caractériser une situation de co-emploi »[1929]. Enfin, le caractère exceptionnel du co-emploi[1930] a été entériné par un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2020 : « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être qualifiée de co-employeur du personnel employé par une autre que s'il existe, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière »[1931].

697. Au sein même de la législation, le groupe apparaît moins pris en compte qu'autrefois. Dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 juin 2013[1932], l'article L. 1235-10 du Code du travail prévoyait, en son deuxième alinéa, que « la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe ». La validité du plan social s'appréciait en considération des moyens dont dispose le groupe[1933] et l'obligation de reclassement devait s'exercer au niveau du groupe. Aujourd'hui, cet alinéa n'existe plus, ce qui est venu conforter la jurisprudence Flodor/Unichips : la Cour de cassation, amenée à se prononcer sur la responsabilité des sociétés d'un groupe international en matière de reclassement des salariés d'une filiale en difficulté[1934], a affirmé que l'obligation de reclassement ne pèse que sur l'employeur.

2°) Une reconstitution de l'entreprise par sa présence sur le marché

698. **L'unité du groupe en droit de la concurrence**. Le droit de la concurrence prend en compte, à différentes occasions, l'unité du groupe de sociétés. Le groupe de sociétés est assimilé

[1929] Cass. soc., 10 déc. 2015, n° 14-19316 et 14-19474 : TAGLIARINO-VIGNAL (N.), « Théorie du coemploi : entre précision et imprécision ou comment donner et retenir ? », *BJE*, mars 2016, n° 02, p. 125.
[1930] AUZERO (G.), « Coemploi : caractérisation et effets », *BJS*, avr. 2022, n° 04, p. 15.
[1931] Cass. Soc., 25 nov., 2020, n° 18-13769 : *BJS*, janv. 2021, n° BKS121q2, note BARBIERI (J.-F.) ; *BJE*, mars 2021, n° BJE118m6, note GAIHLBAUD (C.) ; *Dr. soc.*, 2021, p. 367, note BAUGARD (D.) ; *JCP S*, 2021, 1019, note PAGNERRE (Y.).
[1932] Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, art. 18 (V.).
[1933] Cass. Soc. 4 décembre 2007, RJS 2/08 n° 158.
[1934] Cass. soc. 13 janv. 2010, *LEDEN*, 2/2010, p. 1, obs. LUCAS (F.-X.); DONDERO (B.), « La non-assistance à salarié en danger économique n'est pas encore sanctionnée », *D.*, 2010, p. 1129 ; GEA (F.), « Groupes de sociétés et responsabilité. Les implicites et les non-dits de l'arrêt FLODOR », *Rev, dr. tr.*, 2010, p. 230.

à une entreprise unique lorsque les filiales ne disposent d'aucune autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché[1935]. Ce défaut d'autonomie économique est apprécié *in concreto*[1936]. La prise en compte de l'unité d'entreprise a des enjeux essentiels pour la caractérisation d'un abus de position dominante[1937]. Elle a alors une incidence réelle sur la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles.

699. S'agissant de l'interdiction des abus de position dominante, l'article L. 420-2 du Code de commerce limite son champ d'application aux entreprises et aux groupes d'entreprises. En droit de l'Union, l'article 102 TFUE tient compte du « fait pour une ou plusieurs entreprises » d'exploiter abusivement une position dominante. Il peut s'agir d'un groupe d'entreprises liées entre elles, c'est-à-dire des entreprises organisées en société et soumises à un contrôle commun[1938]. C'est à partir de cet ensemble que leur pouvoir de marché, permettant de déterminer une position dominante, est évalué[1939]. Mais, selon l'Autorité de la concurrence, il n'y a groupe d'entreprises, au sens de L. 420-2 du Code de commerce, qu'à condition que les liens entre les entités traduisent « une volonté commune de pratiquer une politique commerciale ou d'approvisionnement coordonnée »[1940]. Dans cette optique, le groupe d'entreprises liées peut être constitué par des entreprises indépendantes, sans lien de contrôle entre elles, à condition qu'elles aient une attitude identique sur le marché[1941]. Toutefois, la cour d'appel de Paris reconnaît difficilement une position dominante collective, c'est-à-dire exercée par un groupe d'entreprises, sans qu'il existe « entre les firmes mises en cause aucun lien financier ou structurel qui permette de les assimiler à un groupe » et qu'il ne soit pas « avéré que leur stratégie commerciale ait été en pratique coordonnée »[1942].

700. Ainsi, pour constater une position dominante collective, il faut avant tout constater des liens financiers, structurels, commerciaux ou encore contractuels entre les sociétés en cause, ainsi qu'un impact sur le marché. Si les sociétés du groupe sont suffisamment indépendantes pour ne pas former une seule et même entreprise, leur position sur le marché

[1935] IDOT (L.), « La notion d'entreprise », *Rev. soc*., 2001-2, p. 191 ; IDOT (L.), « La notion d'entreprise révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mél. en l'honneur de PIROVANO* (A.), éd. Frison-Roche, 2003, p. 253.
[1936] Exemple : Cass. com., 26 juin 2007, nº 05-21378.
[1937] PIRONON (V.), « Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles – Les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 6 oct. 2011, n° 199, p. 3.
[1938] MAINGUY (D.), DEPINCE (M.), CAYOT (M.), *Droit de la concurrence*, *op.cit*., n° 323.
[1939] PIRONON (V.), *art. cit*., *LPA*, 6 oct. 2011, n° 199, p. 3.
[1940] Rapp. Cons. conc. 1987, p. 22 ; Cons. conc., déc. n° 87-D-27, 1 sept., 1987, Sables et graviers : *Rec. ADCC Lamy*, n° 285, obs. SELINSKY (V.).
[1941] CA Paris, 30 oct. 2001, FIFA et CFO : *Con. conc. conso*., 2001, n° 173, obs. MALAURIE-VIGNAL (M.).
[1942] CA Paris, 27 sept. 1990 : *Con., conc. conso*., 1991, p. 8 ; CA Paris, 6 juill. 1994, *Con., conc. conso*., 1994, n° 197, obs. VOGEL (L.).

s'appréciera séparément. En revanche, si le lien de groupe a permis aux entreprises d'adopter une stratégie coordonnée, leurs parts de marché pourront être additionnées pour en déduire, avec d'autres facteurs, l'occupation par le groupe d'une position dominante collective[1943]. Un auteur en déduit alors que la position des sociétés d'un groupe intervenant dans le même secteur, géographique et matériel, sera le plus souvent appréciée collectivement[1944].

701. **L'entreprise déterminée par son action sur le marché.** Il faut éviter que le recours aux procédures collectives soit un moyen pour les groupes de sociétés de s'enrichir au détriment des créanciers et de l'emploi. Comme le droit des entreprises en difficulté a une vocation proche du droit de la concurrence, en ce qu'il cherche à préserver le marché économique, il serait possible de suivre ce modèle. Le groupe, l'entreprise, peut s'analyser en fonction de son action sur le marché. Une partie de la doctrine s'est demandée s'il n'était pas possible de retenir une présomption d'influence déterminante liée à la détention capitalistique, comme en droit des pratiques anticoncurrentielles[1945]. Les contours de l'entreprise pourraient alors correspondre à ceux du groupe[1946]. Le groupe de sociétés est défini comme un ensemble de sociétés juridiquement autonomes, mais liées entre elles par des rapports de domination économique qui découlent de la détention d'un pouvoir de contrôle et se traduisent par l'exercice, à des degrés divers, de ce pouvoir[1947]. Elle se déduit de la participation détenue par la mère dans le capital de sa fille (totale, majoritaire ou même minoritaire), l'important étant la « possibilité d'exercer une influence déterminante »[1948] sur l'activité d'une autre société[1949].

702. En ce sens, ne peut-on pas considérer que dans l'affaire Cœur Défense, des liens capitalistiques existent et que l'activité économique n'est pas exercée par la société Hold ou Dame Luxembourg, mais se retrouve au sein de l'ensemble ainsi constitué, l'ensemble du montage ?[1950] Effectivement, ces sociétés ont des liens entre elles et exercent une sorte d'action commune sur le marché, elles agissent de concert. On peut dès lors, si on prend appui sur le

[1943] CJCE, 16 mars 2000, n[os] C-395/96 et C-396/96, Compagnie maritime belge.
[1944] PIRONON (V.), « Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles – Les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 6 oct. 2011, n° 199, p. 3.
[1945] DUMONT-LEFRAND (M.-P.) et LISANTI (C.), « Vers une unité patrimoniale du groupe de sociétés en difficulté ? », in *Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entreprise, LexisNexis, p. 8.
[1946] V. *supra* n° 22.
[1947] Sur les groupes de sociétés : HANNOUN (C.), *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. LYON-CAEN (A.), LGDJ, 1991 ; PONTIER-NURIT (L.), *Les groupes de sociétés*, Ellipses, 1998.
[1948] Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : JOUE L. 24, 29 janv. 2004, art. 3, § 2 et § 3.
[1949] PIRONON (V.), *art. cit.*, *LPA*, 6 oct. 2011, n° 199, p. 3.
[1950] Pour un rappel des circonstances de l'affaire cf. LIENHARD (A.), « Affaire "Cœur Défense" : spectaculaire cassation », *D.*, 2011, p. 919.

droit de la concurrence, considérer que ce groupe de sociétés constitue une unité d'entreprise. Il existe des liens capitalistiques et elles agissent pour une action commune, en l'espèce le rachat de l'ensemble immobilier de Cœur Défense. En considération de cela, ce groupe peut être légitimement considéré comme une unité sur le marché.

703. Dans le même ordre d'idée, ne peut-on pas considérer que c'est le groupe Sodimédical qui doit être traité par le droit des entreprises en difficulté en raison des liens capitalistiques et des actions de la mère qui a changé la position de la filiale sur le marché ? Effectivement, en demandant le remboursement de son compte courant à sa filiale, après l'avoir soutenue, elle détermine sa position sur le marché et, en ce sens, elles pourraient être considérées comme une unité d'entreprise. De cette façon, le groupe d'entreprises pourrait être déterminé en fonction de la participation à une activité économique commune comme c'est le cas s'agissant de Cœur Défense. L'unité d'entreprise pourrait aussi être dévoilée en raison du comportement d'une société qui influerait sur la position d'une autre société sur le marché.

B- La dérogation au principe de l'autonomie des personnes morales

704. **La logique dérogatoire du droit des entreprises en difficulté**. Le caractère spécial du droit des entreprises en difficulté peut justifier, qu'il soit dérogé au principe de l'autonomie de la personne morale. Reconnaître que cette législation doit s'appliquer à une entreprise implique nécessairement de pouvoir faire échec à l'autonomie patrimoniale. Pour traiter son véritable objet, la législation doit affirmer son caractère dérogatoire par rapport à ce principe. Effectivement, le principe de l'autonomie de la personne morale peut empêcher de se saisir de l'entreprise, lorsque cette dernière ne coïncide pas avec le débiteur soumis aux difficultés. Or, si le droit des entreprises en difficulté a véritablement pour objet de traiter l'entreprise, il doit pouvoir la saisir en toute circonstance, même si elle existe au travers d'un groupe de sociétés.

705. Il n'est pas inconcevable de considérer que l'application du droit des entreprises en difficulté puisse se faire en rejetant une théorie traditionnelle. En vertu du principe de l'autonomie des personnes morales, les sociétés d'un même groupe n'ont pas à répondre des difficultés de l'une d'elles. « Tenir compte de l'entreprise unique que forment les sociétés du groupe serait le remettre en cause et attenter à des principes aussi fondamentaux que la force obligatoire ou l'effet relatif des contrats »[1951]. Mais, précisément, pour atteindre ses finalités, son objet particulier, le droit des entreprises en difficulté admet au nom de la sauvegarde de

[1951] PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préface de LUCAS (F.-X.), Bibl. droit des entreprises en difficulté, T. 1, LGDJ, 2013, p. 2.

l'entreprise des dérogations à la force obligatoire du contrat. Pour quelle raison serait-il alors impossible de revenir dans cette matière sur l'autonomie patrimoniale des sociétés d'un groupe si ce n'est pour faire peser l'effort sur les créanciers plutôt que sur les actionnaires ? Le droit des entreprises en difficulté est un droit dérogatoire qui n'hésite pas à se délier de principes très ancrés. Pourquoi alors refuser qu'il déroge au principe de l'autonomie de la personne morale, alors que c'est ce principe même qui empêche de saisir la réalité de son objet ?

706. L'autonomie patrimoniale au sein du droit des entreprises en difficulté est une véritable arme néfaste et déséquilibrante en ce qu'elle permet, sans raison légitime, de faire peser le risque des difficultés d'un débiteur sur les créanciers plutôt que sur les actionnaires. Dans les cas d'instrumentalisation par les groupes de sociétés que nous avons évoqués, le problème est que la « procédure collective ne découle pas des circonstances économiques, mais de la division de l'entreprise en plusieurs sociétés »[1952]. Il est parfois reconnu que « le respect de l'autonomie patrimoniale par la procédure collective fait figure de faveur excessive. Rien ne justifie que l'écran constitué par la personne morale s'opacifie avec les difficultés. Le gage des créanciers doit être à la mesure des pouvoirs dont a disposé le débiteur sur ses biens »[1953].

707. **Une simple entorse à l'autonomie ?** Un auteur a développé une argumentation pour revenir sur la manière de prendre en compte ce principe à l'ouverture d'une sauvegarde[1954]. Pour lui, la solution dégagée pour la sauvegarde n'est pas une conséquence inéluctable du cloisonnement patrimonial. Il soutient que l'ouverture d'une sauvegarde pose la question de l'attribution d'une faveur du débiteur, à sa demande, et à ce titre il ne paraît pas contraire au principe de l'autonomie patrimoniale des sociétés d'un même groupe de tenir compte de la situation globale de celui-ci pour apprécier l'opportunité d'accorder cette faveur. Il précise qu'il s'agirait d'un élément d'appréciation qui ne présupposerait pas l'obligation pour la mère de soutenir sa filiale, mais elle se présenterait comme le corollaire du principe de l'autonomie des personnes morales : l'associé d'une société à risques limités n'est pas tenu de soutenir sa société mais, s'il ne le fait pas, il a vocation à perdre son apport, car la société est vouée à la liquidation[1955]. Et, ainsi, cela impliquerait l'idée que la restructuration d'une société en difficulté doit être financée à titre principal par ses associés et qu'on ne peut imposer un effort

[1952] *Ibid*., p. 3.
[1953] *Ibid*, p. 8.
[1954] PETEL (Ph.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises » (sur Cass. com. 26 juin 2007 n° 06-20.820), *JCP E*, 2008, chron. 1207, n° 2, p. 29.
[1955] *Ibid*.

à ses créanciers qu'à titre subsidiaire[1956]. Aussi intéressante que soit cette proposition, elle ne restitue pas au droit des entreprises en difficulté sa cohérence. En suivant ce schéma, la procédure collective est ouverte à l'encontre de la société débitrice et non de l'entreprise, bien que la prise en compte de cette dernière ait permis d'apprécier les conditions d'ouverture à l'échelle du groupe de sociétés. Un débiteur qui n'est pas une entreprise peut ainsi toujours bénéficier d'une procédure collective.

708. Si l'on souhaite réellement tirer les conséquences du fait que l'entreprise soit l'objet de cette législation, il faudrait admettre une véritable dérogation au principe de l'autonomie des personnes morales. Cette conclusion, aussi bouleversante soit-elle, est induite par la logique même du droit des entreprises en difficulté. Défaire le cloisonnement patrimonial, lorsque se présente une situation de difficulté, doit permettre de déterminer sur qui doit peser l'effort de rétablissement. Une sorte de « réunion » des patrimoines de l'entreprise se justifie au moment de la sollicitation de cette législation d'exception pour vérifier les conditions d'ouverture des procédures à l'échelle de l'entreprise. Si les conditions sont réalisées, la procédure devrait pouvoir s'ouvrir au bénéfice du groupe. Dans le cas contraire, aucune procédure ne pourrait être ouverte.

Conclusion de la section

709. Restaurer la légitimité du droit des entreprises en difficulté implique de respecter l'objet qui détermine son champ, à savoir l'entreprise en difficulté. Cette entreprise est parfois difficile à saisir lorsqu'elle se présente sous une structure complexe, c'est-à-dire qu'elle est constituée de diverses sociétés. Le principe de l'autonomie juridique des personnes morales constitue un vecteur important de l'instrumentalisation puisqu'il conduit à substituer parfois une société débitrice à l'entreprise. La législation spéciale du droit des entreprises en difficulté, pour ne pas être l'objet d'un détournement, devrait pouvoir s'appliquer en toute circonstance à une entreprise. À cet effet, les régimes de responsabilité ne sont d'aucun secours. Le mécanisme de l'extension de procédure est plus intéressant, mais bien trop restreint. L'existence d'un groupe de société n'est pas une condition suffisante pour justifier une extension. La logique du droit des entreprises en difficulté et son caractère dérogatoire convergent vers une même solution, qui déstabilise autant qu'elle semble s'imposer comme une évidence : le droit des entreprises en difficulté doit s'appliquer à une entreprise en difficulté, ce qui implique de déroger à

[1956] PETEL (Ph.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises » (sur Cass. com. 26 juin 2007 n° 06-20.820), *JCP E*, 2008, chron. 1207, n° 2, p.29.

l'autonomie des personnes morales lorsque l'entreprise est constituée à travers un groupe de sociétés.

Section 2 – Une conclusion soutenue par l'existence du mécanisme de la révision pour imprévision

710. Il est difficile de conclure au fait que le droit des entreprises en difficulté devrait être réservé exclusivement aux entreprises en difficulté, sans se préoccuper de ce qui pourrait advenir du débiteur en difficulté qui n'est pas une entreprise. En effet, les solutions dégagées à l'occasion même de l'affaire Cœur Défense ont pu être motivées par la nécessité qui s'imposait de soutenir un montage financier en période de grave crise financière. Ceci invite à penser que réserver strictement l'application de ce droit à une entreprise en difficulté aura une portée encore plus incertaine si elle condamne, de fait et automatiquement, le simple débiteur.

711. À cet égard, la consécration du mécanisme de la révision pour imprévision en droit des contrats peut être perçue comme un soutien à cette solution. En effet, ce mécanisme offre, à certaines conditions, une possibilité de traiter les difficultés du débiteur qui n'est donc pas totalement démuni. L'existence de ce mécanisme pourrait faciliter la reconnaissance du droit des entreprises en difficulté comme un droit spécial, réservé à l'entreprise en difficulté (§1). En outre, la révision pour imprévision est susceptible d'exercer une influence sur l'ouverture des procédures collectives ; elle devrait permettre d'en refuser plus facilement l'ouverture à un débiteur qui ne représente pas une entreprise (§2).

§1- Le mécanisme de la révision pour imprévision, un soutien en faveur du renforcement du caractère spécial du droit des entreprises en difficulté

712. La consécration du mécanisme de révision pour imprévision du contrat résulte du même mouvement que celui qui a accompagné l'évolution du droit de la faillite en droit des entreprises en difficulté. Il s'agit de la prise de conscience du besoin d'adaptabilité des institutions pour faire face aux changements d'ordre économique (A). Mais si le mécanisme de la révision pour imprévision et le droit des entreprises en difficulté représentent deux façons de revenir sur la force obligatoire du contrat, leurs objectifs diffèrent. La consécration du mécanisme de la révision pour imprévision met en lumière une différence de champ d'application, ce qui a pour effet de recentrer l'application du droit des entreprises en difficulté sur l'entreprise en difficulté (B).

A- Une aspiration commune : la prise en compte des besoins de l'économie

713. **Une logique d'efficacité économique**. La consécration du mécanisme de la révision pour imprévision[1957], comme le droit des entreprises en difficulté, est guidée par un principe d'efficacité. Le mécanisme de la révision pour imprévision et les procédures collectives permettent de revenir sur la conception traditionnelle du contrat. La force obligatoire attribuée à ce dernier le place sous un principe d'intangibilité[1958]. Les évolutions législatives dénotent un besoin d'adaptation de ces principes traditionnels afin de faire perdurer le contrat dont l'exécution est compromise par des bouleversements économiques. L'imprévision est la situation dans laquelle un contrat se trouve déséquilibré par un changement de circonstances qui n'était pas prévisible au moment de sa conclusion. La partie victime de ce déséquilibre peut demander à l'autre partie de renégocier le contrat. En cas d'échec, la résolution du contrat peut être décidée par les parties ou elles peuvent saisir le juge afin qu'il procède lui-même à sa révision ou à son anéantissement[1959]. De manière analogue, la législation du droit des entreprises en difficulté témoigne d'un besoin de soutenir les entreprises en revenant, s'il le faut, sur l'intangibilité de la parole donnée[1960].

714. Pendant longtemps, la théorie de la révision pour imprévision a été refusée en droit des contrats, car elle était perçue comme portant atteinte à la sécurité juridique et à la force obligatoire du contrat[1961]. La décision emblématique en la matière, Canal de Craponne[1962], affirme une opposition stricte à l'immixtion du juge au sein du contrat. La Cour de cassation estimait à l'époque que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »[1963].

[1957] C. civ., art. 1195, introduit par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, entré en vigueur le 1e oct. 2016.
[1958] C. civ., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. » ; C. civ., art. 1193 : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».
[1959] C. civ., art. 1195.
[1960] V. *supra* n° 408 s.
[1961] Il faut néanmoins souligner que la théorie de l'imprévision est bien connue en droit administratif. Elle a été consacrée par l'arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux : CE, 30 mars 1916, n° 59928.
[1962] Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne : DP 1876, 1, 193. Les juges considèrent qu'il n'appartient pas aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants.
[1963] Cass. civ., 6 mars 1876, commenté in CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, Grands arrêts, tome 2, 13e éd., 2015, p. 172.

715. La consécration de ce mécanisme s'inscrit dans le même mouvement que l'évolution du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté. Perçus en tant que mode de résolution de difficulté d'un débiteur en raison de l'exécution d'un contrat, le droit des entreprises en difficulté et le mécanisme de la révision pour imprévision se sont développés dans une atmosphère commune. Il s'agit effectivement de trouver des moyens de s'adapter aux circonstances économiques, ce qui révèle la prise de conscience du législateur de l'importance de la donnée économique. Cette nouvelle donnée incline à adopter des législations aux mécanismes plus souples, moins intangibles qu'autrefois dans le but de faire perdurer des institutions, telles que le contrat ou l'entreprise. Il est alors apparu dans ce contexte économique que sauver le contrat, assurer sa force, devait justifier, dans certains cas, une révision. Il est en effet reconnu que la réforme de 2016[1964], de laquelle est née la consécration du mécanisme de révision du contrat pour imprévision, avait pour objectif d'adapter le droit des contrats à des réalités économiques et sociales nouvelles[1965]. Cette réforme tient compte du besoin d'attractivité et de compétitivité du droit. Comme le souligne un auteur, « il s'agit non seulement de préserver l'image et l'influence de notre droit dans le monde, mais aussi de ne pas fragiliser les entreprises françaises et les professionnels du droit dans une économie de plus en plus globalisée »[1966]. La garde des Sceaux de 2015 avait souligné : « il faut éviter que nous perdions toute influence dans le domaine du droit contractuel et des obligations et que nos opérateurs économiques ne soient pénalisés du fait que notre droit ne serait plus à la mesure des enjeux ni à la hauteur des réponses juridiques à y apporter »[1967].

716. **Un traitement des difficultés d'exécution du contrat par le recours à la sauvegarde**. Quelques années avant la consécration de ce mécanisme, la doctrine a vu dans les procédures collectives une façon de traiter l'imprévision. À l'époque de l'affaire Cœur Défense, en 2011, les commentateurs ne manquent pas de souligner que cette décision « aboutit à consacrer en droit français une possibilité de révision des contrats que le droit civil continue de récuser par principe »[1968]. La Cour de cassation a considéré que la seule condition à remplir pour être éligible à une procédure de sauvegarde est l'existence de difficultés insurmontables, même si la procédure est demandée afin d'échapper à ses obligations contractuelles[1969]. Cet arrêt ouvre

[1964] Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016.
[1965] RONTCHEVSKY (N.), « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJCA*, 2016, 112.
[1966] *Ibid.*
[1967] Compte rendu intégral Ass. Nationale, Séance du mercredi 28 janv. 2015, JORF, p. 467.
[1968] LUCAS (F.-X.), « Editorial », *BJS*, 2011, 281.
[1969] Rappelons que la Cour de cassation a retenu que : « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations

dès lors la possibilité à tout débiteur, en l'occurrence une société holding luxembourgeoise, de faire état de difficultés purement financières trouvant leur siège dans l'exécution d'un contrat rendue plus onéreuse par l'apparition de circonstances imprévues[1970]. Une partie victime d'un changement imprévisible de circonstance pourrait obtenir le bénéfice d'une sauvegarde dès lors qu'elle justifierait que l'excessive onérosité de l'exécution du contrat constitue pour elle une difficulté insurmontable[1971]. Le caractère insurmontable des difficultés devrait facilement être caractérisé dans les situations où le sort du débiteur dépend en grande partie d'un contrat, comme c'était le cas dans l'affaire Cœur Défense où une société holding est porteuse d'un emprunt important dans un montage financier de type LBO[1972]. Les liens potentiels entre la procédure collective et la révision du contrat pour imprévision ont été mis en lumière[1973]. Le principe d'interdiction de réviser un contrat tomberait en droit des affaires, et plus particulièrement, en droit des entreprises en difficulté[1974]. Toutefois, les aménagements du contrat, auxquels une sauvegarde peut donner lieu, ne peuvent être assimilés à une révision du contrat telle qu'elle est prévue par l'article 1195 du Code civil. Si le traitement des contrats en cours au sein de la procédure de sauvegarde peut mener à une résiliation judiciaire des contrats avant leur terme[1975], c'est en vertu de la loi. De même, ce n'est qu'en vertu de la loi, ou par un processus de négociation, que les conditions d'exécution du contrat peuvent être aménagées. En revanche, les procédures collectives ne permettent pas aux parties de demander au juge de réviser le contrat.

717. **La révision, une nouvelle façon de concevoir la force obligatoire du contrat**. La doctrine invite aussi parfois à une vision renouvelée de la force obligatoire du contrat[1976]. C'est une vision du contrat qui permet son adaptation aux circonstances économiques. La révision pour imprévision du contrat peut tout à fait être expliquée de cette façon. Si, hier, elle était perçue comme une atteinte aux principes fondamentaux du contrat, aujourd'hui, il est proposé de la voir davantage comme un outil au service de l'adaptation du contrat pour sa préservation. La révision ne peut se faire qu'à certaines conditions. L'article 1195 prévoit trois conditions

contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

[1970] FARGES (B.), « Cœur Défense contre Canal de Craponne ? », *RTD civ*., 2011, 351.

[1971] Voir C. civ., art. 1195 et C. com., C. com. art. L. 620-1.

[1972] CHAZEAU (D.), « L'appréciation du caractère insurmontable des difficultés du débiteur de l'article L. 620-1 du Code de commerce à l'aune du nouvel article 1195 du Code civil », *LPA*, n° 57, 20 mars 2018, p. 7.

[1973] FAGES (B.), obs. sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13988, 10-13989 et 10-13990, *RTD civ*., 2011, p. 351.

[1974] MESTRE (J.), « Au cœur de la défense… de la révision des contrats ! », *RLDC* 211/81, p. 3.

[1975] C. com., art. L. 622-13.

[1976] LAFAURIE (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. WICKER (G.), LGDJ, Bibl. de droit privé, T. 595, 2020.

pour que le contrat puisse être révisé. Le changement de circonstances doit être imprévisible, l'exécution du contrat doit devenir excessivement onéreuse et une des parties n'a pas accepté de supporter les risques liés au changement de circonstances[1977]. Si la révision est bien cantonnée à des circonstances imprévisibles, cela ne remet pas en cause les prévisions des parties, puisqu'il leur a été impossible de prévoir ces telles circonstances. Seul quelque chose d'imprévisible, donc par définition, quelque chose sur lequel il n'était pas possible de s'entendre justifiera une révision. Les circonstances sont envisagées plutôt largement puisqu'elles intégreraient aussi bien les événements économiques, monétaires, juridiques, climatiques ou encore géopolitiques[1978].

B- Un objet différent : sauver le contrat ou sauver l'entreprise

718. **Sauvetage du contrat versus sauvetage de l'entreprise**. S'ils ont une inspiration commune, la révision du contrat opérée sur le fondement du droit commun ou par le biais d'une procédure collective ne peut être conçue de la même façon. Le traitement du contrat au sein de la procédure collective ne représente qu'un moyen de traiter les difficultés de l'entreprise, ce n'est pas une fin en soi. En revanche, le mécanisme de révision pour imprévision de l'article 1195 du Code civil peut être un moyen de traiter les difficultés du débiteur, mais uniquement lorsque ces difficultés trouvent leur source dans l'exécution du contrat. L'objet de ce mécanisme est le contrat. C'est donc le contrat qui est la raison d'être de ce mécanisme, tandis que pour l'application du droit des entreprises en difficulté, l'objet est l'entreprise.

719. Au sein des procédures collectives, le traitement du contrat, que ce soit par la négociation, ou en vertu de la loi, est justifié par le sauvetage de l'entreprise, objectif d'intérêt général. Contrairement au mécanisme de la révision pour imprévision, l'objectif n'est pas de sauver le contrat ; son aménagement n'est qu'un outil pour parvenir à traiter les difficultés de l'entreprise. Cela explique alors que l'article 1195 du Code civil mette en œuvre une conception essentiellement objective de l'imprévision : ce qui justifie l'intervention du juge, c'est l'importance du changement et les incidences qu'il a sur le contrat, beaucoup plus que le

[1977] Cet article dispose que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».
[1978] GIJSBERS (C.), « La révision du prix », *RDC*, 2017, p. 564.

décalage avec la volonté originaire des parties[1979]. En revanche, s'agissant d'apprécier les conditions de bénéfice d'une procédure de sauvegarde, l'appréciation des difficultés insurmontables semble relever d'une appréciation plus subjective qu'objective[1980].

720. **Caractère impératif versus caractère supplétif**. Tandis que la législation du droit des entreprises en difficulté est impérative, le mécanisme de révision pour imprévision est considéré comme supplétif de volonté. Les clauses qui prévoiraient une augmentation des devoirs du débiteur ou une diminution de ses droits en raison de l'ouverture d'une procédure collective sont réputées non écrites. En revanche, concernant le texte de la révision pour imprévision, le Rapport de présentation de l'ordonnance au président de la République indiquait que « comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat »[1981]. Une large partie de la doctrine a également retenu le caractère supplétif de cette disposition[1982]. Il est alors possible pour les parties de stipuler une clause contraire, écartant ou limitant le recours à la révision pour imprévision[1983]. Dans cette hypothèse, le débiteur pourrait toujours, à condition d'en remplir les conditions, recourir à l'ouverture d'une procédure collective.

721. Un auteur note néanmoins une contrariété à faire de l'article 1195 du Code civil, un texte supplétif de volonté[1984]. Il relève que « par sa nature même, l'imprévision est ce qui vient modifier l'environnement contractuel sans que l'on ait pu le prévoir : comment pourrait-on par avance exclure ce qui ne se prévoit pas ? Si on le fait, ce ne peut certainement pas être en connaissance de cause ; de sorte qu'une clause d'éviction résulte toujours d'un acte d'imprévoyance ou d'une pression abusive »[1985]. Ce constat amène l'auteur à s'interroger sur la reconnaissance de l'impérativité de la révision judiciaire afin que le contrat puisse être sauvé

[1979] ANCEL (P.), « Imprévision – Droit français après la réforme », *Rép. droit civil*, mai 2018, 67.
[1980] V. *supra* n° 408 ; LUCAS (F.-X.) et LECUYER (H.), « De la sauvegarde », *LPA*, n° sp., 8 fév. 2006, n° 28, p. 23.
[1981] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11févr. 2016, texte n° 25.
[1982] FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, T. 1 Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis, 6e éd., 2021, n° 785 ; MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ, 10e éd. 2018, n° 764 ; TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 13e éd., 2022, n° 643.
[1983] VOGEL (L.) VOGEL (J.), « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ contrats*, 2020, 217.
[1984] LIBCHABER (R.), « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.*, 2020, 1185.
[1985] *Ibid*.

en cas de danger pour son maintien[1986]. Selon M. Libchaber, il faudrait exclure la possibilité de renoncer à invoquer la révision judiciaire par une clause du contrat[1987].

722. Ces deux mécanismes qui peuvent permettre de résoudre des difficultés liées à l'exécution d'un contrat n'ont pas le même objet. L'un appartient à la matière contractuelle et est régi par les principes de cet ordre, tandis que l'autre est un régime spécial d'ordre public consacré au traitement de l'entreprise. La révision du contrat est admise sur le fondement du droit commun lorsque des changements extérieurs viennent contrarier la loi contractuelle elle-même. En revanche, la circonstance qu'une entreprise est en difficulté justifie des dérogations notables au droit commun, pour soumettre la situation à une législation d'ordre public, le droit des entreprises en difficulté. Ce n'est qu'à la condition que l'entreprise soit menacée par les difficultés d'exécution du contrat que cette situation relèvera du droit des entreprises en difficulté, droit spécial. À défaut, les difficultés qui mettent en péril le contrat, sans mettre en péril l'entreprise, devront être traitées selon le droit commun. La reconnaissance de la révision pour imprévision constitue un argument d'ordre pratique pour appuyer le caractère spécial du droit des entreprises en difficulté. Si, avant sa consécration, il a pu être tentant ou nécessaire de forcer les frontières des procédures collectives pour traiter des situations qui relevaient de l'imprévision, désormais ce n'est plus autant justifié.

§2- L'influence de la révision pour imprévision sur l'ouverture des procédures collectives

723. La consécration du mécanisme de la révision pour imprévision fait émerger certaines questions. L'existence de ce mécanisme est-elle susceptible de remettre en cause la caractérisation du caractère insurmontable des difficultés rencontrées par l'entreprise afin de bénéficier de l'ouverture d'une sauvegarde ? Quelle est la portée à donner au caractère d'ordre public de la législation du droit des entreprises en difficulté ? Faudrait-il réorienter un débiteur vers les procédures collectives si l'on se rend compte qu'à l'occasion d'une révision pour imprévision du contrat, l'entreprise est en proie à des difficultés insurmontables ? Nous verrons que ces questions peuvent être réglées en tirant les conséquences du caractère spécial de la matière (A), ce qui peut conduire à justifier le refus d'ouverture d'une procédure collective (B).

[1986] *Ibid*.
[1987] *Ibid*.

A- Les conséquences de la restitution de son objet au droit des entreprises en difficulté

724. Le nouvel article 1195 du Code civil invite à envisager les relations entre le droit commun des contrats et le droit des entreprises en difficulté de façon renouvelée[1988]. Certains se sont notamment interrogés sur l'avenir de la jurisprudence Cœur Défense[1989]. La possibilité de recourir au mécanisme de la révision pour imprévision a-t-elle pour effet de priver la possibilité pour un débiteur qui s'estimerait lésé par un contrat devenu excessivement onéreux du fait d'un changement imprévisible de circonstances, de recourir à la sauvegarde[1990] ? Il a été dit, au sujet de l'article 1195 du Code civil, que « d'aucuns verront un texte susceptible d'être invoqué pour refuser la demande d'ouverture d'une sauvegarde. C'est sans doute le temps judiciaire qui apportera la solution, une sauvegarde pouvant être obtenue en quelques jours, la révision du contrat en quelques mois »[1991].

725. **Le recours à l'article 1195 du Code civil, une nouvelle condition**. Au sein de la doctrine, deux camps s'affrontent. Pour certains, il faudrait considérer que l'application de l'article 1195 du Code civil serait un obstacle à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde parce que la révision du contrat aurait pour effet de rendre les difficultés rencontrées surmontables. « De prime abord, pourrait être défendue l'idée selon laquelle le dispositif de droit commun introduit à 1195 du Code civil ne permettrait plus de considérer comme insurmontable la difficulté liée à l'exécution devenue trop onéreuse d'un contrat en cas de changement imprévisible de circonstance »[1992]. En ce sens, le recours à l'article 1195 du Code civil serait comme une nouvelle condition supplémentaire, mais implicite, à l'ouverture d'une sauvegarde, sauf dans l'hypothèse où les parties ont conventionnellement décidé d'écarter l'application de cet article. Néanmoins, comment le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une sauvegarde va-t-il apprécier le caractère insurmontable des difficultés ? Si une renégociation est possible, c'est peut-être que la difficulté n'est pas insurmontable, mais il ne peut prévoir ce à quoi va vraiment donner lieu la renégociation du contrat. Les conditions sur lesquelles les

[1988] BORGA (N.), « L'entreprise en difficulté et la révision du contrat pour imprévision », *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 137, n° 3.
[1989] DELEBECQUE (Ph.), « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », *BJE*, mai 2016, p. 209.
[1990] DOMENGET-MORIN (C.) et POUSSET (B.), « Imprévision et sauvegarde. De nombreuses interactions à prévoir entre l'imprévision et le droit des entreprises en difficulté », *JCP G*, n° 16, 18 avr. 2016, doctr. 481 ; CHAZEAU (D.), « L'appréciation du caractère insurmontable des difficultés du débiteur de l'article L. 620-1 du Code de commerce à l'aune du nouvel article 1195 du Code civil », *LPA*, n° 57, 20 mars 2018, p. 7.
[1991] CAGNOLI (P.), FIN-LANGER (L.), PETIT (F.), VALLANSAN (J.), « Réforme du droit des contrats. Incidences en droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.*, n° 3, mai 2016, alerte 15.
[1992] CHAZEAU (D.), *art. préc.*

parties vont se mettre d'accord ou à défaut, ce qui sera décidé par le juge afin de rééquilibrer le contrat sera-t-il suffisant pour ôter le caractère insurmontable de ces difficultés ?

726. Certains auteurs voient dans la possibilité de faire de l'article 1195 du Code civil une nouvelle condition à l'ouverture d'une sauvegarde purement contractuelle, une façon de réduire le risque d'instrumentalisation de cette procédure[1993]. L'ajout de cette condition implicite restreindrait les conditions d'ouverture de la sauvegarde, tout en lui faisant recouvrer sa philosophie première de cas de traitement de difficultés d'ordre économique ou opérationnelle[1994]. Cette interprétation préviendrait les cas dans lesquels un débiteur chercherait à s'exonérer de ses obligations contractuelles ou « à s'arroger une position plus avantageuse que celle offerte par la relation contractuelle initiale »[1995] en demandant simplement l'ouverture d'une sauvegarde.

727. **Le pluralisme**. L'autre proposition doctrinale est de faire prévaloir le pluralisme[1996]. Si la loi ne l'interdit pas, l'idée est de laisser le choix à l'intéressé de la voie qui satisfait le mieux ses intérêts[1997]. Le débiteur devrait pouvoir mobiliser la solution qui lui paraît la plus favorable à ses intérêts et à sa situation donc solliciter le mécanisme de la révision pour imprévision à condition qu'il en remplisse les conditions, ou demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde si les difficultés qui résultent de l'exécution du contrat apparaissent insurmontables. Cette position ne recueille pas notre assentiment, puisque nous considérons que la procédure collective doit préserver l'intérêt de l'entreprise, mais pas nécessairement celui du débiteur. En ce sens, la procédure collective doit être utilisée pour sauver l'entreprise. C'est l'unique critère qui doit être pris en compte.

728. **La renégociation amiable comme obligation préalable**. Entre ces deux positions, certains proposent une voie médiane[1998]. Il est proposé de distinguer au sein de l'article 1195 du Code civil la renégociation amiable de l'intervention du juge. En somme, il s'agit d'établir une distinction entre les différents modes de traitement de l'imprévision prévus par l'article 1195 du Code civil. Seule la renégociation amiable constituerait une nouvelle condition

[1993] DELEBECQUE (Ph.), *art. cit.*, *BJE*, mai 2016, p. 209.
[1994] CHAZEAU (D.), *art. cit.*, *LPA*, n° 57, 20 mars 2018, p. 7.
[1995] *Ibid*.
[1996] DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis, 2018, p. 443 ; CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, 2018, n° 526.
[1997] DELEBECQUE (P.), *art. cit.*, *BJE*, mai 2016, n° 113j7, p. 209 ; ANSAULT (J.-J.), « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE*, mars 2017, n° 114g9, p. 148.
[1998] CHAZEAU (D.), art. cit., *LPA*, n° 57, 20 mars 2018, p. 7.

implicite à l'ouverture de la sauvegarde. Il faut alors comprendre que ce n'est pas l'article 1195 du Code civil à lui seul qui rendrait la difficulté née de l'imprévision surmontable. La difficulté serait qualifiée d'insurmontable si elle le demeure pour le débiteur seul, c'est-à-dire sans intervention judiciaire[1999]. Madame Chazeau explique alors qu'il s'agit d'avoir une appréciation subjective du caractère insurmontable des difficultés du débiteur. Tant que le débiteur n'a pas proposé une renégociation du contrat à son cocontractant, la difficulté apparaîtrait surmontable. En revanche, elle devient insurmontable en cas d'échec de la négociation ou de rejet de la proposition puisque dans cette circonstance, l'option qui reste ouverte au débiteur par le Code civil est le recours au juge[2000].

729. Cette lecture de l'article 1195 du Code civil invite à faire de la tentative de renégociation une sorte d'obligation et un préalable à la demande d'ouverture d'une sauvegarde. « Cela revient à se demander si le débiteur doit avoir épuisé les ressources du droit commun avant d'envisager un recours au droit des entreprises en difficulté »[2001]. Tant que le débiteur a encore des outils amiables à sa disposition pour tenter de remédier à ses difficultés résultant de l'imprévision, ses difficultés ne sont pas insurmontables.

730. **Recentrer la législation du droit des entreprises en difficulté sur son objet**. À notre sens, l'article 1195 du Code civil permet effectivement de lutter contre les instrumentalisations, mais pas en ce qu'il serait une nouvelle condition d'ouverture de la sauvegarde, mais en ce qu'il permettrait de redonner au droit des entreprises en difficulté son véritable objet. L'application de l'adage « le spécial déroge au général », *specialia generalibus derogant*, est ce qui doit guider l'articulation entre le mécanisme de la révision pour imprévision et l'ouverture d'une sauvegarde. Lorsque les difficultés qui résultent de l'imprévision affectent une entreprise, et que cette entreprise dans son unité rencontre des difficultés insurmontables, elle relève du droit des entreprises en difficulté[2002]. En revanche, lorsque le débiteur n'est pas une entreprise, ce dernier ne remplit pas les conditions du bénéfice des procédures du livre VI. Par conséquent, c'est bien vers le mécanisme de la révision pour imprévision qu'il doit s'orienter, à condition d'en remplir les conditions.

[1999] LE CORRE (P.-M.), « L'imprévision versus ordonnance du 10 février 2016 et droit des entreprises en difficulté », *Lettre juridique* n° 666, Lexbase 1e sept. 2016, n° 4051BWX ; LATINA (M.) et LE CORRE (P.-M.), « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce », *IFPPC* 2016, livre II, ch. 1, p. 55.

[2000] CHAZEAU (D.), *art. cit.*, *LPA*, n° 57, 20 mars 2018, p. 7.

[2001] BORGA (N.), « L'entreprise en difficulté et la révision du contrat pour imprévision », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 137, n° 6.

[2002] Le droit commun n'est cependant pas évincé par le recours à une procédure collective. On peut imaginer que le débiteur en procédure collective se prévale de l'article 1195 du Code civil pour obtenir la révision de son contrat.

731. Il n'est pas besoin que cet article rende plus difficile l'ouverture d'une sauvegarde, il suffit qu'il permette de cantonner la législation du droit des entreprises en difficulté aux entreprises en difficulté, après que les affaires Cœur Défense et Sodimédical aient participé à sortir de son champ d'application. Selon notre analyse, l'existence de l'article 1195 du Code civil à cette époque aurait pu permettre de chercher une solution à cette affaire sur le terrain du droit commun, et ceci donc en préservant l'objet, le champ d'application du droit des entreprises en difficulté. Les juges ne se seraient peut-être pas retrouvés dans une sorte d'impossibilité, face aux conséquences pratiques que cela impliquait, de refuser l'ouverture d'une sauvegarde aux sociétés Hold et Dame Luxembourg.

B- Une possibilité de refuser l'ouverture d'une procédure collective

732. La consécration du mécanisme de la révision pour imprévision peut rendre plus facile d'accepter que le droit des entreprises en difficulté s'applique exclusivement à une entreprise en difficulté. L'existence de ce mécanisme, même s'il ne peut être sollicité dans toutes les situations qui donneraient lieu à l'ouverture d'une procédure collective, fournit un argument pour considérer que si un débiteur ne répond ni aux conditions des procédures collectives ni à celle du mécanisme de révision pour imprévision, c'est qu'il n'a pas de raison légitime de ne pas subir les risques auxquels il s'est exposé. Au sein de la révision pour imprévision, comme au sein des procédures collectives, se pose la question de savoir qui doit supporter le risque. Qui, dans un contrat, doit supporter les risques des difficultés d'exécution causées par un changement de circonstances[2003] ? Qui doit supporter les efforts de sauvetage de l'entreprise ? L'article 1195 du Code civil et le droit des entreprises en difficulté, dans des situations bien définies, organisent comme une nouvelle répartition du risque, de l'effort, afin de faire perdurer, respectivement, le contrat et l'entreprise. Les créanciers sont invités ou forcés à participer à cet effort.

733. On peut penser que la solution adoptée dans l'affaire Cœur Défense est le résultat d'une sorte de dilemme auquel se sont trouvés confrontés les juges. Bien que l'on ne fût pas dans le cadre du champ d'action de ce droit, à défaut d'entreprise constituée par le débiteur, les juges avaient-ils d'autres moyens d'éviter la catastrophe en chaîne que pouvait produire l'effondrement d'une multitude de holdings ? Si le mécanisme de révision du contrat pour imprévision avait été consacré avant la décision Cœur Défense, la solution adoptée par les juges

[2003] ANCEL (P.), « Imprévision — Droit français après la réforme », *Encycl. Dalloz, Rép. droit civil*, mai 2018, p. 119.

aurait-elle été la même ? Les juges, rassurés par l'existence d'un autre moyen de venir en aide à ces sociétés, auraient peut-être été plus à même de refuser l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

734. **Une appréciation des difficultés à l'échelle de l'entreprise**. En nous appuyant sur l'affaire Cœur Défense, nous illustrerons la façon dont aurait pu être traitée cette affaire selon notre conception de la matière. Saisies d'une demande d'ouverture d'une sauvegarde à l'initiative de la société Hold, simple holding sans activité économique, les juges doivent vérifier si les difficultés insurmontables se retrouvent à l'échelle de l'entreprise. En somme, il s'agit de voir si les difficultés rencontrées menacent la poursuite de l'activité économique du groupe, à savoir l'activité de location de bureaux de l'ensemble immobilier Cœur Défense[2004]. Une option s'ouvre alors à eux. Ce groupe de sociétés constitue-t-il une entreprise et cette entité rencontre-t-elle des difficultés insurmontables au sens du livre VI du Code de commerce ? Dans l'affirmative, l'ensemble du groupe devra être soumis à la sauvegarde. Dans le cas contraire, il conviendra de refuser l'ouverture de la procédure. Dans cette dernière hypothèse, la société holding n'est pas condamnée. Si elle en remplit les conditions, elle peut bénéficier du mécanisme de révision pour imprévision sur le fondement de l'article 1195 du Code civil.

735. **Le recours au mécanisme de la révision pour imprévision, une alternative pour les sociétés holdings**. L'article 1195 du Code civil prévoit trois conditions pour que le contrat puisse être révisé. Le changement de circonstances doit être imprévisible, l'exécution du contrat doit devenir excessivement onéreuse et une des parties n'a pas accepté de supporter les risques liés au changement de circonstances. Concernant le changement de circonstances « imprévisible », celui-ci implique un bouleversement postérieurement à la conclusion du contrat et qui altère son exécution. Ce changement ne doit pas avoir été prévu en amont par les parties, auquel cas il n'est pas imprévisible[2005]. Dans l'affaire Cœur Défense, la faillite du groupe Lehmans Brothers peut apparaître comme un événement extérieur imprévisible en raison de la crise des *subprimes* amorcée en juillet 2007.

736. Ensuite, les changements de circonstances doivent avoir pour effet de rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse. Cette condition se distingue d'un cas de force majeure qui figure à l'article 1218 du Code civil. Les changements doivent rendre l'exécution excessivement onéreuse pour une partie, sans que cela empêche l'exécution de son obligation

[2004] V. LIENHARD (A.), « Affaire "Cœur Défense" : spectaculaire cassation », *D.*, 2011, p. 919.
[2005] Cette condition serait dénuée de portée dans le cadre d'un contrat qui s'étale dans la durée, ce dernier étant nécessairement conduit à connaître des changements de circonstances : STOFFEL-MUNCK (P.), « L'imprévision et la réforme du droit des contrats », *RDC*, 2016, 30.

par le débiteur comme en cas de force majeure. Le mécanisme mis en place par l'article 1195 du Code civil n'a pas de sens si l'exécution est devenue impossible : dans un tel cas, la renégociation du contrat ne sert à rien, et cette impossibilité ne peut conduire qu'à la fin du contrat (ou à sa suspension si la force majeure est temporaire), mais en aucun cas à sa révision par le juge[2006]. Par rapport à quoi convient-il d'apprécier l'onérosité excessive ? Il semblerait que la conception retenue soit celle de la constatation d'un déséquilibre dans le contrat, entre les prestations ou entre les obligations nées du contrat. Certains estiment qu'il ne peut s'agir que du coût de la prestation qui deviendrait excessivement onéreux. D'autres considèrent que doit être incluse « la diminution de la contrepartie, un rapport coût/avantage devenu négatif »[2007]. Dans l'affaire Cœur Défense, le changement de couverture du risque de la variation de taux d'intérêt imposé déséquilibre le contrat de crédit et rend son exécution très onéreuse.

737. La question déterminante est de savoir si la clause des contrats de prêt imposant une obligation de couverture répondant à certains critères de notation doit être interprétée comme une acceptation des risques[2008]. L'imprévision pourra être retenue uniquement à l'occasion d'un changement du contrat que les parties n'ont pas pu raisonnablement prévoir, anticiper. Cela implique, naturellement, qu'aucune des parties au contrat n'ait consenti à en assumer le risque par une clause du contrat. Le cas échéant, les parties ont alors accepté cet aléa économique. Ainsi, pour certains, l'acceptation du risque agirait comme une sorte de renonciation anticipée à invoquer l'imprévision[2009].

738. Tel est le cas dans l'affaire Cœur Défense, il y a bien eu une clause au sein du contrat prévoyant l'obligation de changement de couverture en cas de perte de conformité aux critères de notation. La cour d'appel de Paris a exclu du champ d'application du texte les contrats aléatoires tels que les contrats de swap. Elle considère dans ces situations que le cocontractant doit être considéré comme ayant accepté les risques inhérents au contrat[2010]. De même, la cour d'appel de Douai[2011] a jugé qu'en acceptant un prix fixe du beurre dans le contrat, sachant que le marché du beurre était instable et volatil, le cocontractant a pris le risque que les circonstances économiques évoluent dans un sens défavorable (de la même manière que les circonstances

[2006] ANCEL (P.), *art. cit.*, *Encycl. Dalloz, Rép. droit civil*, mai 2018, 73.
[2007] MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ, 2018.
[2008] En l'espèce, une acceptation de la possibilité d'un cas de défaut en cas de baisse de la notation de Lehman Brothers, banque de couverture.
[2009] DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2e éd., 2018, art. 1195, p. 436.
[2010] CA Paris, 16 févr. 2018, n° 16/08968.
[2011] CA Douai, 28 nov. 2019, n° 17/00780.

auraient pu évoluer en sa faveur) et n'est pas fondé à exiger une renégociation du contrat. En l'espèce, l'article 1195 n'était pas applicable, mais les juges se sont interrogés sur une possible obligation de renégociation fondée sur la bonne foi contractuelle[2012]. Néanmoins, les juges pourraient discuter du caractère imprévisible de la crise financière de 2008 et considérer que l'acceptation du risque ne pouvait pas porter sur une telle circonstance. L'acceptation des risques pourrait être discutée dans cette affaire en raison de l'importance de la crise économique. Ce contexte aurait pu amener les juges du fond à avoir une appréciation plus souple de l'acceptation des risques.

739. Concernant l'application de l'article 1195 du Code civil à l'affaire Cœur Défense, un auteur note un effet contre-productif. Il relève que, dans ces circonstances, l'absence d'effet suspensif de plein droit de l'imprévision peut conduire à l'état de cessation des paiements de la société puisqu'elle sera forcée de continuer à exécuter le contrat excessivement onéreux. Alors que l'instauration de la sauvegarde procède de la volonté du législateur de permettre, par un traitement anticipé des difficultés, d'éviter l'état de cessation des paiements, attendre la décision du juge sur le fondement de l'article 1195 du Code civil pourrait devenir économiquement contre-productif[2013]. Cependant, pourquoi vouloir toujours éviter que les débiteurs assument la charge du risque qu'ils ont pris ? Dans le cas de Hold dans Cœur Défense, si elle ne peut être sauvée par le biais d'une procédure du livre VI, faute d'activité économique[2014], et si le contrat à l'origine de ses difficultés société ne peut être révisé, faute de répondre aux conditions de la révision pour imprévision, c'est qu'il faut se résoudre à ce que le contrat soit exécuté au profit de Eurotitrisation

740. **Appréciation de la cessation des paiements à l'échelle du groupe**. De la même façon, l'affirmation du caractère spécial du droit des entreprises en difficulté, un droit réservé à l'entreprise et qui s'applique à elle uniquement, pourrait justifier un refus d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Concernant l'affaire Sodimédical, l'absence d'état de cessation des paiements au sein du groupe conduirait au refus d'ouverture de la liquidation judiciaire à l'encontre de la filiale. La cessation des paiements peut ne pas être constituée au niveau du groupe, mais que l'entreprise constituée par le groupe rencontre tout de même des difficultés. Dans ce cas, si l'entreprise répond aux conditions d'ouverture d'une conciliation ou

[2012] V. VOGEL (L.) VOGEL (J.), « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ contrats*, 2020, 217.
[2013] CHAZEAU (D.), *art. cit.*, *LPA*, n° 57, 20 mars 2018, p. 7.
[2014] *De lege feranda*.

d'une sauvegarde, cette voie peut lui être ouverte. Et, si le besoin de traitement ne concerne que la filiale, le droit commun devra s'appliquer.

Conclusion de la section

741. La consécration du mécanisme de la révision pour imprévision prévu par le droit commun favorise, en un sens, le rétablissement des frontières du champ d'application du droit des entreprises en difficulté, lesquelles ont été comme « forcées » à la suite notamment de l'affaire Cœur Défense.

742. Lorsqu'une telle révision n'était pas admise en droit commun, il est compréhensible que les juges du droit des entreprises en difficulté n'aient pas pu refuser l'ouverture d'une sauvegarde à un débiteur menacé de disparaître en raison de la crise économique affectant gravement les conditions de son contrat. Dans ce contexte, refuser l'ouverture de la procédure de sauvegarde revenait à condamner un débiteur dont les difficultés sont la conséquence d'un événement extérieur. La réponse apportée à cette époque s'est répercutée dans le temps en éloignant le droit des entreprises en difficulté de sa raison d'être, de son objet. Ce droit est devenu depuis un droit que l'on peut instrumentaliser. Désormais, les dilemmes auxquels peuvent être confrontés les juges n'apparaissent plus aussi forts. Refuser l'ouverture d'une procédure collective à un débiteur qui n'est pas une entreprise devrait être plus facile, puisqu'elle n'est pas automatiquement synonyme de condamnation du débiteur. À condition de remplir les conditions de la révision pour imprévision, les débiteurs tels que des sociétés holdings pourront obtenir une révision du contrat. Si l'on consent à percevoir une certaine cohérence dans l'articulation entre le droit des entreprises en difficulté et le mécanisme de la révision pour imprévision, considérer que les situations qui ne sont pas couvertes par l'un de ces deux mécanismes justifient que le risque pèse uniquement sur le débiteur ne devient plus si difficile.

Conclusion du chapitre

743. L'instrumentalisation du droit des entreprises en difficulté peut être évitée à condition que l'on place réellement l'entreprise au cœur de la législation. Cette constatation ne peut pas induire autre chose que de faire de l'entreprise, qui se présente parfois sous la forme d'un groupe de sociétés, une condition d'application à part entière de la législation. Les mécanismes de responsabilité et de l'extension de procédure ne permettent pas d'apporter une issue

satisfaisante à cette recherche de cohérence du droit des entreprises en difficulté. Ériger l'existence d'une entreprise au rang de condition d'application du droit des entreprises en difficulté apparaît comme la seule façon de restaurer la légitimité de ce droit, de remédier à son incohérence.

744. À cet effet, le mécanisme de la révision pour imprévision peut apparaître comme un soutien dans ce travail. En plus de se présenter comme un argument pratique permettant de ne pas faire du refus d'ouverture d'une procédure une condamnation automatique du débiteur, il permet de repenser les choses, et de voir au sein d'une même cohérence, deux mécanismes de traitement des difficultés qui ont des buts différents et qui recouvrent des situations différentes. Cette vision des choses permet de favoriser la restauration des frontières du droit des entreprises en difficulté. Le recours au droit des entreprises en difficulté a pour but de sauver l'entreprise quand cela est encore possible, il est donc réservé à une entreprise. En revanche, la révision pour imprévision ne se préoccupe pas de l'entreprise, mais exclusivement du contrat. Lorsque la situation du débiteur ne recouvre aucun de ces deux mécanismes, c'est à lui seul d'assumer les conséquences des engagements qu'il a pris.

745. Rétablir cette cohérence se confronte néanmoins à de nombreux obstacles. Théoriquement, la logique dérogatoire du droit des entreprises en difficulté permet d'admettre qu'il soit dérogé au principe de l'autonomie juridique des personnes morales, lorsque celle-ci constitue un obstacle à l'appréhension de l'entreprise. Pratiquement, les conséquences sont déstructurantes : si cela peut amener à refuser l'ouverture d'une procédure à une société appartenant à un groupe prospère, cela peut aussi conduire à soumettre le groupe de sociétés à une procédure collective. Il en va néanmoins de la légitimité de l'application de ce droit.

Conclusion du Titre 2

746. L'illégitimité à laquelle aboutit l'instrumentalisation apparaît difficile à corriger. Le ministère public est l'acteur tout désigné pour lutter contre les tentatives d'instrumentalisation. Néanmoins, il est apparu que les possibilités d'instrumentalisation demeurent malgré un renforcement conséquent de son rôle au sein de la matière. Il s'agirait alors de repenser ses possibilités d'action en tenant compte des contraintes pratiques. À cet effet, on peut imaginer instaurer une collaboration plus étroite entre le tribunal et le ministère public. On pourrait confier au tribunal le soin de solliciter directement le ministère public en présence d'une demande d'ouverture d'une procédure par un débiteur qui appartient à un groupe de sociétés. Loin de résoudre toutes les difficultés pratiques, cette possibilité serait déjà une avancée et pourrait faciliter le ministère public dans l'accomplissement de sa mission qui est de veiller à ce que l'application de ce droit bénéficie à une entreprise en difficulté.

747. Remédier à l'illégitimité du droit des entreprises en difficulté impliquerait de faire de l'entreprise en difficulté une condition d'application de la législation du droit des entreprises en difficulté. Cela nécessite d'accepter de revenir sur l'application du principe de l'autonomie des personnes morales en droit des entreprises en difficulté, ce qui s'inscrit dans sa logique dérogatoire, mais qui est susceptible de conduire à un véritable bouleversement de la matière.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

748. « L'entreprise en difficulté n'est pas le terrain de jeu pour dirigeants indélicats et tiers qui veulent faire de bonnes affaires au détriment de l'entreprise, du dirigeant, des salariés et des créanciers »[2015]. Le caractère dérogatoire du droit des entreprises en difficulté s'exprime à de nombreux égards, mais trouve toujours son fondement dans le traitement d'une entreprise en difficulté, objectif d'intérêt général. L'instrumentalisation est la situation dans laquelle un débiteur qui n'est pas une entreprise va pouvoir bénéficier d'une procédure collective et des règles qui en découlent. Cette situation rompt les équilibres constitués entre ce droit et les autres législations. Dès lors, le caractère dérogatoire de cette matière n'a plus de fondement. Les effets qui en découlent deviennent illégitimes. Si ce n'est pas pour traiter une entreprise en difficulté, il n'y a pas de raison que les difficultés du débiteur pèsent sur la collectivité, les créanciers et salariés, avant de peser sur les actionnaires. Le risque engendré par les difficultés devient une préoccupation d'intérêt général uniquement lorsqu'il touche une entreprise.

749. C'est pourquoi, remédier à l'application illégitime du droit des entreprises en difficulté implique, que son application soit strictement réservée à une entreprise en difficulté. Lorsque l'entreprise est représentée par plusieurs sociétés, le ministère public devrait avoir les moyens d'apprécier la situation du groupe pour déterminer la légitimité d'ouvrir une procédure collective à son encontre. Cependant, cela ne peut se faire sans admettre que le droit des entreprises en difficulté puisse déroger au principe de l'autonomie des personnes morales. Si les conditions d'ouverture des procédures ne sont pas remplies à l'échelle de l'entreprise, le bénéfice d'une procédure devra être refusé.

[2015] DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, préface de LE MESLE (L.), Joly éd., Pratique des affaires, 2018, p. 7.

CONCLUSION GÉNÉRALE

750. L'étude de l'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés a nécessité la mise à nu de la finalité économique du droit des entreprises en difficulté. Ce droit, en participant à la préservation et même à la dynamisation du tissu économique, exerce une action d'ordre économique. Cette action globale trouve à se réaliser au travers des objectifs spécifiques assignés à ce droit que sont, à titre principal, le sauvetage de l'entreprise, en tout en partie, et le sauvetage de l'entrepreneur. Le législateur du droit des entreprises en difficulté cherche à produire des règles efficaces permettant la réalisation de ces objectifs. C'est dans ce dessein qu'il adopte une politique pro-débiteur, laquelle a conduit à faire du débiteur l'acteur principal de la gestion de ses difficultés par sa simple action d'anticipation ou son abstention. « Parce qu'il demeure impossible dans une économie capitaliste de supprimer l'échec, le seul moyen de rompre définitivement avec le droit de la faillite était de faire du débiteur un acteur- et non plus seulement un sujet du droit – en lui donnant la possibilité de choisir, dans une certaine mesure, son destin »[2016]. Si, pendant longtemps, il n'était pas pensable qu'un débiteur puisse chercher volontairement à bénéficier des règles des procédures collectives, le changement de paradigme associé au développement d'une logique économique d'efficacité invite à reconsidérer les choses. Le débiteur peut chercher le bénéfice des règles de la procédure collective.

751. La forte dimension économique du droit des entreprises en difficulté n'est pas, en elle-même, ce qui en fait un terrain fertile à l'instrumentalisation. Ce qui en fait véritablement un droit « instrumentalisable » est l'absence de recours à une méthode adaptée à l'application d'un droit économique, la méthode téléologique. L'ouverture d'une procédure collective devrait, dans cette optique, être conditionnée à sa finalité, à savoir le traitement d'une entreprise en difficulté. Ce raisonnement conduirait à soumettre l'ouverture d'une procédure collective à la présence d'une entreprise en difficulté et non d'un simple débiteur en difficulté. Le refus de se livrer à une telle interprétation, pourtant conforme à l'application d'un droit de nature économique, est ce qui rend ce droit sujet à instrumentalisation, ce qui brise sa cohérence. Les procédures collectives conçues dans le but de traiter une entreprise en difficulté sont détournées de leur finalité, et donc instrumentalisées, dès lors qu'elles sont ouvertes au bénéfice d'un

[2016] MAGRAS VERGEZ (C.), *La constance des stigmates de la faillite, de l'antiquité à nos jours*, Préface de GALLINATO-CONTINO (B.), LGDJ, Bibl. droit entr. diff., Tome 18, 2019, n° 1386.

débiteur qui n'est pas une entreprise ou qui n'est pas représentatif de l'unité économique qu'est l'entreprise.

752. Cette instrumentalisation n'est en rien indolore. Sa nocivité est profonde, car c'est à la légitimité même du recours au droit des entreprises en difficulté qu'elle porte atteinte, donc à ses fondements. Effectivement, cette matière se présente comme dérogatoire aux autres droits, notamment au droit commun des obligations, du droit du travail et du droit de la concurrence. Ce caractère dérogatoire est justifié par l'objet particulier de la matière, une entreprise en difficulté. C'est en vertu de cet objet spécifique considéré comme d'intérêt général, que cette matière s'articule et s'harmonise avec les autres droits. Si les dispositions de ce droit sont utilisées dans un dessein autre que le traitement de l'entreprise en difficulté, la dérogation aux effets du lien d'obligation unissant le débiteur et le créancier, le régime simplifié des licenciements et la soustraction du débiteur à la libre concurrence, n'ont pas de raison d'être.

753. L'instrumentalisation fissure le système dans lequel s'insère le droit des entreprises en difficulté. Ce dernier est alors en proie à une crise de légitimité de son application. Le droit des entreprises en difficulté perd en cohérence ce qui laisse place à l'influence du pouvoir économique dont la manifestation la plus éclairante est l'utilisation de ce droit par les groupes de sociétés, unité économique rendue « intouchable » sous l'effet du principe de l'autonomie juridique des personnes morales, pour accroître leur rentabilité et leur position sur le marché, grâce et au préjudice d'autres acteurs tels que les créanciers ou l'AGS.

754. Cette étude ne pouvait connaître une issue satisfaisante sans chercher des remèdes à l'illégitimité que l'instrumentalisation fait planer sur le recours au droit des entreprises en difficulté. Les remèdes sont induits par la logique même du droit des entreprises en difficulté et se présentent alors comme l'aboutissement, presque naturel, de ce raisonnement. Néanmoins, la rationalité se heurte parfois à la réalité pratique.

755. La fonction du ministère public au sein du droit des entreprises en difficulté le désigne comme garant naturel des tentatives d'instrumentalisation, comme garant de la légitimité de l'application de ce droit. La faculté d'instrumentalisation demeurant malgré un renforcement considérable de son rôle au sein de la matière, cela invite à repenser ses moyens d'action. Au lieu de proposer d'imposer sa présence à chaque ouverture d'une procédure, une première discrimination pourrait être faite en confiant le soin au tribunal de solliciter directement le ministère public dès lors qu'un débiteur appartenant à un groupe de sociétés prétend à l'ouverture d'une procédure. Il appartiendrait alors au ministère public de reconstituer l'entreprise afin de vérifier que les conditions d'ouverture de la procédure sont remplies à son

encontre. En toute logique, cela implique qu'il soit fait de l'entreprise en difficulté une condition d'application de la législation du droit des entreprises en difficulté, restaurant ainsi toute sa cohérence à ce droit. Les contours de l'entreprise, de l'unité économique qu'elle représente, devront être déterminés grâce à la participation des sociétés à une activité économique commune, ou pourront être déduits d'un comportement influent d'une société sur la position sur le marché d'une autre société avec laquelle elle entretient des liens capitalistiques.

756. Reconnaître que le droit des entreprises en difficulté est une législation spéciale qui n'a vocation à s'appliquer qu'à une entreprise en difficulté, revient à rétablir sa cohérence. En conséquence, remédier à l'illégitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté se ferait au prix d'une dérogation au principe de l'autonomie juridique des personnes morales, lorsque ce principe empêche de se saisir de l'entreprise. Une partie de la doctrine a relevé que les solutions auxquelles menait l'application du principe de l'autonomie des personnes morales en droit des entreprises en difficulté sont « condamnables sur le plan éthique, et en décalage avec l'évolution du droit positif influencé par la RSE »[2017]. Ni le caractère spécial ni le caractère dérogatoire de ce droit ne sont nouveaux[2018], il s'agit de caractères à revivifier. C'est l'entreprise qui doit éprouver des « difficultés insurmontables », ou être en état de cessation des paiements ; c'est l'entreprise qui doit être l'objet du droit des entreprises en difficulté.

757. Plus que de prétendre apporter des réponses pratiques à l'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés, cette étude a mis en exergue une contradiction entre la logique du droit et sa réalité empirique. Les affaires Cœur Défense et Sodimédical et le trouble qu'elles ont suscité ont permis de « recentrer » le droit des entreprises en difficulté sur son essentialité et d'approcher les rapports entre le droit et l'économie. En plus d'interroger la légitimité du recours au droit des entreprises en difficulté et de la sollicitation d'une collectivité pour sauver un acteur économique, l'étude de l'instrumentalisation sonde la réalité de l'empire du droit et l'essor de l'économie comme modèle et moteur universel des changements de notre société. Le développement incroyable des activités économiques et l'importance croissante des marchés dans notre société rendent indispensable une certaine adéquation entre le droit et l'économie[2019]. C'est pourquoi le droit de la faillite s'est mû en droit

[2017] BOURGNINAUD (V.) et SAINTOURENS (B.), « Cessation des paiements et groupe de sociétés », *Actu. Proc. Coll.*, 2018-10, n° 138.
[2018] V. MACORIG-VENIER (F.) (dir.), *Le Droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* (dir.), IFR Actes du colloque n°30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Univ. Toulouse 1 capitole.
[2019] PAILLUSSEAU (J.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe », *D.*, 2003, p. 260.

des entreprises en difficulté, droit économique. Ce faisant, il s'est émancipé de ses fondements moraux, mais sécrète un nouvel ordre dont le respect en assure la légitimité. Cet ordre découle de son autorité sur les moyens empruntés pour répondre aux impératifs économiques. Le fonctionnement de ce droit, malgré son illogisme, ne dévoile-t-il pas que le droit est soumis à un ordre autre que le sien : celui de l'économie et de son perpétuel mouvement ?

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I- MANUELS, DICTIONNAIRES, OUVRAGES GENERAUX ET TRAITES

A.

ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2e éd., 1993.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKES (E.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 36e éd. 2023.

B.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Précis Domat, 19e éd., 2021.

BLAISE (J.-B.), DESGORCES (R.), *Droit des affaires*, LGDJ, coll. Manuel, 11e éd., 2021.

BRAUDO (S.), *Dictionnaire juridique*, https://www.dictionnaire-juridique.com/serge-braudo.php.

C.

CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2023*, LexisNexis, coll. objectif droit, 14e éd., 2022.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, coll. Grands arrêts, tome 2, 13e éd., 2015.

CHAGNY (M.) (dir.), BERLEMONT (J.), *Le Lamy droit économique. Concurrence, relations commerciales, distribution, consommation*, Wolters Kluwer France, coll. Lamy expert, 2022.

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2e éd., 2018.

CHARVERIAT (A.), COURET (A.), SEBIRE (M.-E.), ZABALA (B.), *Mémento Pratique, Sociétés commerciales*, Ed. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 53e éd., 2022.

CHARVERIAT (A.), COURET (A.), GILBERT (F.), *Mémento Pratique. Groupes de sociétés*, Ed. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 2019-2020.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, PUF, 14e éd., 2022.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 35e éd., 2022.

D.

DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, coll. Manuel, 9e éd., 2021.

DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd., 1991.

DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis, 2018.

DELVOLVE (P.), *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2021.

DICTIONNAIRE LAROUSSE DE LA LANGUE FRANCAISE, https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue.

DICTIONNAIRE LE ROBERT, https://www.lerobert.com/

DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, commentaire des art 1100 à 1386-1 du code civ*., Dalloz, 2016.

F.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, tome 1 Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis, 6e éd., 2021.

G.

GIORGINI (C.-G.), *Cours de droit des entreprises en difficulté*, Gualino, Amphi LMD, 3e éd., 2020.

GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 30e éd., 2022-2023.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficulté*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 9e éd., 2003.

I.

ISAMBERT (F.-A.), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, tome 14, 1829.

J.

JACQUEMONT (A.), BORGA (N.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Manuel, 12e éd., 2022.

JEANTIN (M.), *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Dalloz, 1995.

L.

LE CANNU (P.) et ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, coll. Précis, 9e éd., 2022.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, coll. Dalloz action, 11e éd., 2021-2022.

LIENHARD (A.), PISONI (P.), *Code des procédures collectives*, Dalloz, 20e éd., 2022.

LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 9e éd., 2020-2021.

LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, PUF, coll. Droit fondamental, 3e éd., 2021.

LUCAS de LEYSSAC (C.) et PARLEANI (G.), *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis,1e éd., 2002.

M.

MAINGUY (D.), DEPINCE (M.), CAYOT (M.), *Droit de la concurrence*, LexisNexis, coll. Manuel, 3e éd., 2019.

MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 10e éd., 2018.

MENJUCQ (M.), SAINTOURENS (B.), SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, LexisNexis, coll. Traité, 3e éd., 2021.

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E.), GROSSI (I.), VIGNAL (N.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), WATHELET (J.), *Droit commercial*, Tome 2, LGDJ, coll. Manuel, 31e éd., 2021.

N.

NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, LGDJ, coll. Précis Domat, 8e éd., 2021.

O.

OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Précis, 1e éd., 1999.

P.

PEROCHON (F.), avec le concours de LAROCHE (M.), REILLE (F.), FAVARIO (Th.), DONNETTE (A.), *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Manuel, 11e éd., 2022.

PETEL (Ph.), *Procédures collectives*, Dalloz, coll. Cours, 10e éd., 2021.

PONTIER-NURIT (L.), *Les groupes de sociétés*, Ellipses, 1998.

R.

RODIERE (R.), OPPETIT (B.), *Droit commercial*, Dalloz, 8e éd., 1978.

S.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), et HOUIN-BRESSAND (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 13e éd., 2022.

SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 7e éd., 2016.

SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, Litec, 2e éd., 1995.

SZRAMKIEWICZ (R.) et DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3e éd., 2019.

T.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 13e éd., 2022.

TERRE (F.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 14e éd., 2022.

V.

VALLANSAN (J.), CAGNOLI (P.) et FIN-LANGER (L.), *Difficultés des entreprises : commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, LexisNexis, 6e éd., 2012.

VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique, selon le Traité de droit des affaires de RIPERT et ROBLOT*, Tome 1, LGDJ, 21e éd., 2020.

VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2007.

II- OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES

A.

AIT AHMED (L.), *Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen*, sous la dir. de HEUZE (V.), thèse Univ. Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2021.

ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Seuil et La République des Idées, 2005.

ANDRE (Th.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives*, sous la dir. de JEANTIN (M.), thèse Université Paris X Nanterre, 1991.

ANDRE-VINCENT (Ph.), *Les révolutions et le droit*, Paris, LGDJ., Bibl. philosophie du droit, vol. XVIII, 1974.

ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préface de HAGELSTEEN (M.-D.), Litec, Bibl. droit. de l'entr., tome 51, 2003.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question. À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, vol. 1, 2006.

AYNES (L.), *La cession de contrat*, Economica, 1983.

AZEVEDO (R.), *Le caractère collectif des procédures collectives*, préface de LUCAS (F.-X.), LGDJ, Bibl. droit entr. diff., tome 20, 2020.

B.

BARRAUD (B.), *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, Bibl. phil. du droit, 2017.

BLAZY (R.), Préface MORIN (P.), *La faillite, Eléments d'analyse économique*, Economica, 2000.

BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.) (dir.), *L'efficacité économique en droit,* Economica, 2010.

BOURGUINAT (H.), *La tyrannie des marchés. Essai sur l'économie virtuelle*, Economica, 1995.

BOY (L.), *Droit économique*, Paris, L'Hermès, 2002.

BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, thèse sous la dir. de PORACCHIA (D.), PUAM, 2006.

C.

CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, préface LE BARS (T.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 368, 2002.

CANIVET (G.), FRISON-ROCHE (M.-A.), KLEIN (M.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2005.

CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, PUAM, 2002.

CHAPUT (Y.) (dir.), *L'apurement des dettes. Solution au surendettement*, LexisNexis, coll. Le Droit des affaires, 1998.

CHESNAIS (F.), *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1994.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, LGDJ, 2014.

CLAM (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 1997.

COT (J.-M.) et de LA LAURENCIE (J.-P.), Le contrôle français des concentrations, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2e éd., 2003.

COUTU (M.), *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Québec, LGDJ, coll. Presses universitaires de Laval, 1995.

COUTU (M.) et ROCHER (G.) (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, LGDJ, coll. Droit et société, 2006.

D.

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2007, réimpression de l'édition de 1952, préface ATIAS (C.).

DEFFAINS (B.) (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éd. Cujas, 2002.

DELATTRE (C.), *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, préface de LE MESLE (L.), Joly éd., Pratique des affaires, 2018.

DEMEYERE (D.), *Personnalité morale et droit des entreprises en difficulté*, sous la dir. de LE NABASQUE (H.), thèse Paris X Nanterre, 2005.

DEZALAY (Y.), *Marchands de droit : l'expansion du modèle américain et la construction d'un ordre juridique transnational*, Paris, Fayard, 1992.

DIALLO (Y.), *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, L'Harmattan, 2019.

F.

FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, coll. Les voies du droit, 2004.

FREUND (J.), *Etudes sur Max Weber*, Genève, Paris, Librairie Droz, 1990.

FRISON ROCHE (M.-A.), BONFILS (Ph.), *Les grandes questions du droit économique*, PUF, coll. Quadrige, 2005.

G.

GADRAT (M.), *Restructurations et droit social*, sous la dir. de AUZERO (G.), thèse Univ. Bordeaux, 2014.

GHANDOUR (R.), *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. VOINOT (D.), LGDJ, Bibl. droit de l'entr. Diff., tome 14, 2018.

GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, préf. GHOZI (A.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 316, 1999.

H.

HABERMAS (J.), *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997.

HANNOUN (C.), *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. LYON-CAEN (A.), LGDJ, 1991.

HAURIOU (M.), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen Centre de philosophie politique et juridique, Bibl. phil. politique et juridique, 1986.

J.

JOUFFIN (E.), *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, préface GAVALDA (C.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 307, 1998.

JOSSERAND (L.), *De l'abus des droits*, Paris, 1905.

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, Ed. CNRS, 1928.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, Réimpression de la 2ème édition de 1939, préface DEROUSSIN (D.).

L.

LAFAURIE (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, Préface de WICKER (G.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 595, 2020.

LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. MUIR WATT (H.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 419, 2004.

LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, Préface de SAINTOURENS (B.), PUAM, tome 1, 2004.

M.

MACCORMICK (N.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1996.

MAGRAS VERGEZ (C.), *La constance des stigmates de la faillite, de l'antiquité à nos jours*, préf. de GALLINATO-CONTINO (B.), LGDJ, Bibl. droit entr. diff., tome 18, 2019.

MARAIS (B. du),

- *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, 2006.
- *Agences de notation, immobilier et contrats publics. Contribution sur l'attractivité économique du droit,* La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, *2007*

MARIS (B.), *Antimanuel d'économie*, Ed. Bréal, Paris, 2003.

MASSON (A.), BOUTHINON-DUMAS (H.), BEAUFORT (V. de), JENNY (F.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, coll. Droit, management et stratégies, 2013.

MATTEI (U.), *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, Univ. of Michigan Press., 1997.

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, préf. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Litec, 1994.

MORVAN (P.), *Restructurations en droit social*, LexisNexis, coll. Droit et professionnel, 5e éd., 2020.

O.

OLIVIER (D.), *La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, thèse Paris 2, 1972.

OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF, 1998.

P.

PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.

PALLARD (R.), *L'exception de nécessité en droit civil*, préface SAVATIER (R.), LGDJ, 1949.

PELLETIER (N.), *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préface de LUCAS (F.-X.), Bibl. droit entr. Diff., tome 1, LGDJ, 2013.

PERRU (E.), *L'impayé*, préface de GOUBEAUX (G.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 438, 2005.

PICOD (N.), *La remise de dette en droit privé*, préface de SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Dalloz, Nouvelle bibl. de thèses, 2013.

R.

REILLE (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. PETEL (Ph.), Litec, Bibl. droit. entr., tome 74, 2006.

RIPERT (G.), *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2e éd., 1951.

RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, préf. CHAMPAUD (C.), LGDJ, Bibl. droit privé, tome 459, 2007.

ROBE (J.-Ph.), *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2015.

ROBE (J.-Ph.), *L'entreprise et le droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999.

S.

SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préface de MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), Litec, Bibl. droit de l'entr., 2002.

SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008.

SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. GARNIER (G.), présentation DIATKINE (D.), Flammarion, tome II, 1991.

STANKIEWICZ MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté. Vers un rapprochement des droits ?*, sous la dir. de VALLENS (J.-L.), thèse Université du Strasbourg, soutenue le 26 mars 2011.

T.

TERRE (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.

THIBERGE (M.), *L'entreprise au regard du droit des entreprises en difficulté*, sous la dir. de VALLANSAN (J.), thèse Caen, 2010.

V.

VALLENS (J.-L.), et GIORGINI (C.-G.), *Etude comparative des procédures d'insolvabilité*, Vol. 18, Société de législation comparée, 2015.

VASSEUR (M.), *Le droit de la réforme des structures et des économies régionales*, Paris, LGDJ, 1959.

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe « fraus omnia corrumpit »*, Librairie Dalloz II, rue Soufflot, II, Paris (Ve), 1956.

W.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. AMIEL-DONAT (J.), LGDJ, Bibl. droit. privé, 1997.

III- ARTICLES, ACTES DE COLLOQUE, CONTRIBUTIONS A DES OUVRAGES COLLECTIFS, ETUDES

A.

ALLIX (N.), « Les recours du ministère public partie jointe en droit des entreprises en difficulté », *JCP E,* n° 45, 11 nov. 2021, 1478.

ANCEL (P.), « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Dr. et patr*., 1998, p. 88.

ANCEL (P.), « Imprévision – Droit français après la réforme », *Rép. droit civil*, mai 2018, 67.

ANDREU (L.) et LELOUP-THOMAS (V.), « L'efficacité des sûretés réelles des créanciers publics », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2019, doss. 34.

ANSAULT (J.-J.), « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE*, mars 2017, p. 148.

ARBELLOT (F.), « La notion de « réserves de crédit » en droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, 2012, 1102.

ARBELLOT (F.), « L'action d'office du ministère public prévu à l'article 423 du Code de procédure civile », *JCP G*, 2014, 698.

ARCELIN (L.), « L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence », *RLC,* n° 1, 1 nov. 2005, p. 153.

ARCELIN-LECUYER (L.),

- « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique », *JCP E,* n°11, 13 mars 2014, 1124.
- « La notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence », *J.-Cl. concur. conso.*, Fasc. 35, 1, 2014.
- « Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé (à propos de l'affaire "Cœur-Défense"), *D.*, 2011, p. 1441.

ARNAUD (D.), « Le nouveau rôle du parquet en matière commercial », Regard croisé de deux magistrats du ministère public sur l'évolution du rôle du parquet en matière commercial, Ministère de la justice — SG/DICOM, 23 sept. 2014.

AUBERT (F.), « Les finalités des procédures collectives », *in Prospectives du droit économique, Dialogue avec Michel Jeantin*, 1999, p. 367.

AUZERO (G.),

- « De quelques difficultés des relations mère-fille », *SSL*, 2011, n° 1519.
- « Les co-employeurs », *in* LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergents du droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 43.
- « La nature juridique du lien de co-emploi », *SSL*, n° 1600, 7 oct. 2013.
- « Coemploi : caractérisation et effets », *BJS*, avr. 2022, n° 04, p. 15.
- « Le coemploi bouge encore ! », *SSL*, n° 1936, 11 janv. 2021.

AYNES (L.), « Crise économique et rapports de droit privé », *in Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique. Cinquième journée René Savatier*, oct. 1995, PUF, 1997, p. 60.

B.

BADILLET (J.), « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.*, 11-12 mai 2011, p. 7 s.

BAILLY (P.),

- « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. pal.*, n° 313, nov. 2008, p. 3.
- « Les objectifs du droit des procédures collectives en matière d'emploi », *RLDA*, 2012, n° 75, p. 56.

BARBIERI (J.-F.), « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *LPA*, 25 oct. 1996, p. 9.

BARBOU DES PLACES (S.), « Chronique Droit de l'asile et de l'immigration – « L'instrumentalisation des migrants », la « menace hybride » et la multiplication des dérogations au droit commun de l'asile », *RTD eur.*, 2022, p. 251.

BARTHELEMY (J.), « Nos petites entreprises au seuil du XXIe siècle – quelles réponses juridiques aux défis socio-économiques. Regards prospectifs croisés : quelles pistes pour de nouvelles solutions ? » (Table ronde), *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2003, p. 40.

BAUER (D.), « Le droit allemand en matière d'insolvabilité », *LPA*, 15 mars 1995, p. 18.

BERMOND de VAULX (J.-M.), « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. sociétés*, 1990. 221 s., n° 7.

BERNARD (E.), MAUNAND (P.) et MORELLI (N.), « Le choix du dirigeant : la diversité des instruments », *Rev. proc. coll*., Juill./août 2016, doss. 23.

BERTHELOT (G.), « La notion de cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E*, 2008, 2232.

BERTIER-LESTRADE (B. de), « La bonne foi dans la réforme française des contrats », *in* LE GALLOU (C.) et MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST (A.), *Le contrat dans tous ses Etats*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Actes de colloques de l'IFR/41, 2019, p. 141-160.

BESSE (A.) et MORELLI (N.), « Introduction à la « sauvegarde bouclier » du SPV », *CDE*, n° 4, juill. 2011, doss. 24.

BEYNEIX (I.), HEBERT (S.), « La prise en compte de l'entrepreneuriat par le droit », *RTD com*., 2012, p. 671.

BLAISE (H.), « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté », *Dr. soc*., 1986, p. 449.

BLAISE (J.-B.) et JENNY (F.), « Le droit de la concurrence, les années récentes, bilan et synthèse », *RIDE*, 1995, p. 91.

BLANC (G.), « Les frontières de l'entreprise en droit commercial », *D.*, 1999, chr., p. 415-418

BORGA (N.),

- « S'adapter dans la durée : nouveau Credo du droit des entreprises en difficulté ? », *Rev. proc. coll.*, 2021, n° 1, p. 11.
- « L'entreprise en difficulté et la révision du contrat pour imprévision », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 137, n° 3.

BONFILS (Ph.), « La légitimité en droit pénal », *Les Cahiers Portalis*, n° 7, 2020/1, p. 57.

BOURASSIN (M.), « La spécialisation du droit des sûretés personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs », *RID comp*. 2014, n° 2, p. 444.

BOURGETTE (P.), DONNEDIEU de VABRES-TANIE (L.), MONTET (C.), VENAYRE (F.), « Stratégie et droit de la concurrence : une enquête auprès de grandes entreprises françaises », *Rev. conc. conso*., n° 144, janv.-févr. 2006, p. 6.

BOURGNINAUD (V.) et SAINTOURENS (B.), « Cessation des paiements et groupe de sociétés », *APC*, 2018-10, n° 138.

BOY (L.),

- « L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ? », *in* BOY (L.), RACINER (J-B.), SIIRAIAINEN (F.) (coord.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 335.
- « Régulation et sécurité juridique », *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 333.
- « Les formes de traitement juridictionnel du contentieux économique », *in* PIROVANO (A.) (dir.), *Changement social et droit négocié*, Economica, 1988, p. 39.

BOY (L.) et PIROVANO (A.), « Cession et partition de l'entreprise », *RIDE*., 1995, p. 283 et s.

BOYER (A.), « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », *Gaz. Pal*., avr. 2010, p. 8.

BRIERE de L'ISLE (G.), « Le maintien par voie d'autorité du rapport contractuel arrivée à son expiration », *in La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 301.

BUCHBERGER (M.), « Avances de trésorerie, avances en compte courant et cessation des paiements », *BJE*, 2011, p. 286.

BURDEAU (G.), « Légalité », *Encyclopédie Universalis*, https://www.universalis.fr/encyclopedie/legalite/

C.

CABRILLAC (M.), « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », *in* Trav. de l'Association Henri Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, T. XXII, 1970, p. 152.

CAFFIN-MOI (M.), « Le co-emploi dans les groupes : une théorie de plus en plus… théorique », *Gaz. pal*., n° 23, juin 2018, p. 60.

CAGNOLI (P.) et FIN-LANGER (L.), « Les créanciers publics face aux procédures collectives – La notion de créancier public », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2019, doss. 27.

CAGNOLI (P.), FIN-LANGER (L.), PETIT (F.), VALLANSAN (J.), « Réforme du droit des contrats. Incidences en droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll*., n° 3, mai 2016, alerte 15.

CAMBON (B.) et GOUBARD (P.) et LEGRAND (V.), « Le traitement des difficultés, un outil de rebond du débiteur », *Rev. proc. coll*., n°4, juill. 2017, doss. 8.

CAMPANA (M.-J.) et HAEL (J.-Ph.), « Les effets anticoncurrentiels du maintien sélectif des contrats et des biens », *RIDE*, 1995, p. 253.

CANET (P.), « La rétablissement professionnel », *Rev. proc. coll*., 2014, doss. 13, art. 23, p. 65.

CANIVET (G.), « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 23.

CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », *in* PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* RIDC, p. 99.

CAVALIER (J.), « Vers une régulation de la théorie du co-emploi ? », *LEDEN*, n° 1, janv. 2014, p. 7.

CAVET (S.),

- « Cœur Défense : et la Cour de cassation créa le droit du débiteur en difficulté », *RLDA*, nº 60, 1er mai 2011.
- « Affaire Cœur Défense : un arrêt en trompe l'œil », *RLDA*, n° 49, 1er mai 2010.

CAVIGLIOLI (C.) et LE GUEUT (T.), « L'instrumentalisation de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », *in Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entr., LexisNexis, p. 11.

CERLES (A.), « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *in Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR*, Banque Editeur, 2000, p. 39 et s.

CESARO (J.-F.), « Le coemploi », *RJS*, 2013, p. 3.

CHAMPALAUNE (C.), « Un nouveau droit des entreprises en difficulté. Propos introductifs », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2014, doss. 27, n° 15.

CHAMPAUD (C.),

- « La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé », *RJC*, 1976, p. 253.
- « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, Chron., XXIV.
- « Rapport de synthèse », *in* DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et CHAMPAUD (C.), *Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence : actes de la journée d'étude du 14 décembre 1991*, Ecole des hautes études commerciales du Nord, 1993, p. 139.
- « Groupe de sociétés. Liquidation. Relations société mère et filiale. Confusion des patrimoines (non). Extension de la procédure collective (non) », *RTD com.*, 2005. 541

CHAPUT (Y.),

- « Règlement amiable et cessation des paiements », *in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, Sirey, n° spéc. 1986.
- « Eléments tenant à une organisation juridique et judiciaire du placement » *RIDE*, 1995, p. 205.
- « Crise du droit des affaires et/ou révolution économique du droit », *in* CHAPUT (Y.) (dir.), *Le droit au service de l'économie*, Publications de la Sorbonne, Coll. droit économique n° 2, 2002, p. 13.

CHATELIER (Q.), « Coemploi sociétaire et fictivité : vers une clarification ? », *BJT*, juill. 2021, n° 07-08, p. 7.

CHAZAL (J.-P.), « G. Ripert et le déclin du contrat », *Rev. contrats*, 1 avr. 2004, n° 2 p. 244.

CHAZEAU (D.), « L'appréciation du caractère insurmontable des difficultés du débiteur de l'article L. 620-1 du Code de commerce à l'aune du nouvel article 1195 du Code civil », *LPA*, n° 57, 20 mars 2018, p. 7.

CHEROT (J.-Y.), « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », in *Le juge administratif et le contentieux économique*, AJDA, 9-2000, p. 687.

CHEVALLIER (J.), « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ? », *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 559.

COQUELET (M.-L.), « Associés -Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective » *Rev, proc, coll*., n°6, nov. 2010, doss. 6.

COPPENS (Ph.) « La sécurité juridique comme expression de la normativité », *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 153.

COUPET (C.), « L'adjonction d'un patrimoine complémentaire par un mécanisme de responsabilité : la responsabilité des stés mères du groupe », *in Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe* ?, Actu. droit de l'entreprise, LexisNexis, p. 63.

COURET (A.), « Synthèse et réflexions sur le droit de la défaillance économique », *RPC*, n° 1, janv. 2011, doss. 14, n° 34.

COURET (A.) et DONDERO (B.), « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *JCP E*, n° 11, 17 mars 2011, 1215.

COURTIER (R.) et LAURENT (N.), « Analyse de l'opération Audiodistribution : premier pre-pack à la française », *CDE*, sept.-oct. 2009, p. 20.

COUTU (M.), « Légitimité et constitution. Les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et Société*, n°56-57, p. 233.

CROCQ (P.),

- « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.*, 2006. 1306, n° 7.
- « Sûreté et proportionnalité », *in Mél. Simler*, 2006, p. 291.
- « La réserve de propriété », *JCP*, 2006, n° 20, étude 6, n° 18.

CUISINIER (V.), « Les groupes et la responsabilité de la société mère », *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2013, doss. 54.

D.

DAMMANN (R.),

- « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *D.*, 2021, p. 1931.
- « Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives », *D.*, 2012, p. 2212.
- « Groupes de sociétés : le co-emploi toujours en embuscade », *BJE*, sept. 2016, n° 05, p. 305.

DAMMANN (R.), GERNAY (L. de), « L'épilogue de l'affaire Cœur Défense : quels enseignements en tirer ? », *BJS*, n° 4, avr. 2012, p. 329.

DAMMANN (R.), MALAVIELLE (K.), « Le vaccin contre l'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde dans les financements structurés », *D.*, 2021, p. 532.

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.),

- « Sauvegarde financière express : Vers une consécration législative du « *prepack* à la française ? », *D.*, 2010, pt. 2005.
- « Cœur Défense, une sauvegarde qui renaît de ses cendres », *BJE*, 2011, n° 2, p. 97.

DAMMANN (R.), ROBINET (M.), « La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? », *BJS*, déc. 2009, n° 12, p. 1116.

DAMMANN et SCHNEIDER, « La sauvegarde financière accélérée – analyse et perspectives d'avenir », *D.*, 2011, p. 1429.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (G.),

- « La caractérisation d'une situation de coemploi et ses effets sur l'appréciation de la cause économique des licenciements », *LEDEN*, n° 3, mars 2011, p. 6.
- « La condamnation de l'instrumentalisation du droit des faillites en fraude des droits de l'AGS », *LEDEN*, n° 2, fév. 2012, p. 7.
- « Précisions sur les critères d'identification d'une situation de coemploi au sein d'un groupe de sociétés », *LEDEN*, nov. 2013, n° 10, p. 7

DEGENHARDT (J.-E.), « Sauvegarde accélérée en cessation des paiements : des faveurs injustifiées pour les garants personnes physiques ? », *BJE*, 2015, p. 60.

DEHARVENG (J.), « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un événement et non plus une issue du cours des procédures », *D. affaires*, 2006, chron. p. 1047.

DELATTRE (Ch.),

- « La notion d'actif disponible au sens de L.621-1 (devenu L. 631-1) du Code de commerce », *Rev. proc. coll.*, 2007, p. 109.
- « L'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaire », *Rev. proc. coll.*, 2009, étude 11, n° 24.
- « Prévention : amélioration de la conciliation », *Rev. proc. coll.*, 2009, p. 37, n° 1.
- « La procédure de réhabilitation des articles L.653-11 et R. 653-4 », *Rev. proc. coll.*, 2011-4, étude. 19.
- « Le ministère public et le contradictoire dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.*, 2011/5, étude. 24.
- « Cassation pour absence d'avis obligatoire du ministère public », *LEDEN*, juin 2011, p. 5.
- « La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de ses responsabilités ? », *Rev. proc. coll.*, 2012, alerte 25.
- « Les procédures collectives : dix ans après – Rôle du ministère public : le rôle croissant du ministère public », *CDE*, 2014, étude. 32.
- « Le ministère public : un acteur incontournable dans le cadre du traitement des entreprises en difficulté », *BJE*, nov./déc. 2016, n° 113y7, p. 390.
- « Le renouveau du rôle du ministère public », *Rev. proc. coll.*, 2017/4, doss. 3.
- « Le contrôle de la conciliation par le ministère public et le lien entre prévention et sanction », *Rev. proc. coll*, n° 2, mars 2018, étude 3.
- « Annulation d'un jugement d'ouverture d'une sauvegarde pour fraude », *BJE*, mai 2018, n° 3, p. 187.
- « Annulation d'une sauvegarde pour non-respect des critères légaux et absence du ministère public dont la présence est obligatoire », *JCP E*, n° 28, 12 juill. 2018, 1375.

- « La levée de la confidentialité : pour quoi faire ? (ou la levée des tabous) », *Rev. proc. coll*., n° 6, nov. 2018, ét. 26.
- « Quand le ministère public est le rempart à l'instrumentalisation et au dévoiement de la prévention », *Rev. proc. coll*., n°4, juill. 2022, alerte 16.

DELATTRE (Ch.) et ETIENNE-MARTIN (E.), « Prévention : le mandat ad hoc et la conciliation plus efficaces et plus accessibles », *Rev. proc. coll*., 2014, doss. 15, n° 5.

DELEBECQUE (Ph.), « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », *BJE*, mai 2016, p. 209.

DELPECH (X.), « Pas de conversion d'un redressement en liquidation judiciaire sans avis du ministère public », *D. actu*., 8 juill. 2014.

DEMEYERE (D.), « Appréciation des conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une filiale : le rappel à l'ordre de la Cour de cassation », *Gaz. Pal*., n° 250, 6 sept. 2012, p. 5.

DESCAMPS (O.), « Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit », *in* BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.) (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica 2010, p. 23.

DEDESSUS LE MOUSTIER (G.), « Covid-19 et cession de l'entreprise en liquidation judiciaire : facilitons le maintien des emplois ! », *LEDEN*, juin 2020, n° 6, p. 5.

DERRIDA (F.),

- « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? », *in Mélanges J. Derrupé*, Litec, 1991, p. 29.
- « Ouverture du redressement judiciaire et rupture des contrats de travail », *D.*, 2000, p. 6.

DEZALAY (Y.), « Des justices du marché au marché international de la justice », *Justices*, n° 1, 1995, p. 121.

DIDIER (P.), « Une définition de l'entreprise », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 84

DIENER (P.), « Droit des affaires ou droit de l'affairisme » *in Droit des affaires. Éthique et déontologie.* Actes du colloque organisé à Pointe-à-Pitre (Guadeloupe), L'Hermès, 1994, p. 33.

DIESBECQ (A.), « La prise de risque confrontée au traitement des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal*., 20 déc. 2014, n° 354, p. 10.

DIZEL (M.), « L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif revue par la Loi Sapin II », *La Veille permanente*, Édition législative, 16 déc. 2016.

DOMENGET-MORIN (C.) et POUSSET (B.), « Imprévision et sauvegarde. De nombreuses interactions à prévoir entre l'imprévision et le droit des entreprises en difficulté », *JCP G*, n° 16, 18 avr. 2016, doctr. 481.

DONDERO (B.),

- « La non-assistance à salarié en danger économique n'est pas encore sanctionnée », *D.*, 2010, p. 1129.
- « L'instrumentalisation du droit des sociétés : les sociétés publiques locales », *D.*, 2012, p. 2408.
- « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E*, n° 46, 15 nov. 2012, p. 1671.

DONNIER (J.-P.), « La légitimité en droit civil : une notion insaisissable ? », *Les Cahiers Portalis*, n°7, 2020/1, p. 41.

DRUMMEN (J.-B), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits — Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. pal.*, n° 178, juin 2008, p. 84.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Le débiteur », *in* MACORIG-VENIER (F.) (dir.), *Le Droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* (dir.), IFR Actes du colloque n°30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Univ. Toulouse 1 capitole, p. 91.

DUMONT-LEFRAND (M-P.) et LISANTI (C.), « Vers une unité patrimoniale du groupe de sociétés en difficulté ? », *in Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?*, Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entreprise, LexisNexis, mars 2018.

DUONG (L.), « La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable », *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 210.

F.

FALZOI (A.), « Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives », *LPA*, 17 sept. 2004, n° 187, p. 3.

FARGE (M.) et GOUT (O.), « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, n° 58, 1er mars 2009.

FARGES (B.), « Cœur Défense contre Canal de Craponne ? », *RTD civ*., 2011, 351.

FARJAT (G.),

- « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003/3, t. XVII, p. 511 à 531.
- « Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique », *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Droit Economie international, Larcier, 2008, p. 65.

FASQUELLE (D.), « L'incidence des difficultés des entreprises sur l'application des règles de la concurrence », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, coll. Etudes, 2006, p. 160.

FAVARIO (F.),

- « La faute de gestion au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce », *Rev. proc. coll*., 2011, étude 15.
- « La responsabilité de l'associé : "concept émergent" du droit des entreprises », *BJE*, 2013, n° 1-2, p. 39.
- « Du sens de l'adverbe « sciemment », *BJE*., sept. 2016 n° 05, p. 338.
- « Les bornes temporelles de l'action en extension précisées », *BJE*, mars-avril 2019, n° 2, p. 18.

FAVENNEC-HERY (F.), « Contrat de travail et droit des entreprises en difficulté », *SSL*, 1995, n° 753, p. 2 à 5.

FAVRE-ROCHEX (C.), « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme des sûretés dans les procédures collectives », *D.* 2021, p. 190.

FERRARI (B.), « Dessaisissement et droit des sociétés », *in* HENRY (L-C.) (dir.), *Procédures collectives et droit des sociétés*, L'Harmattan, 2018.

FIN-LANGER (L.),

- « La rupture pour motif économique », *Le Droit Ouvrier*, août 2017, n° 829, p. 469.
- « La situation des salariés », in *Guide pratique des procédures collectives*, LexisNexis, 2018, n° 960.

FONTAINE (L.), « Obéissances et désobéissances légitimes au droit », *in Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 255.

FRAIMOUT (J-J.), « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Rev. proc. coll*., 2014-2, doss. 19.

FREITAG (M.) (entretien avec), « Les savoirs scientifiques entre transcendance et instrumentalisation », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 20, n°1, 1996, p. 176.

FRICERO (N.),

- « Le rôle du ministère public en matière économique et financière », *CDE*, n° 5, sept. 2015, doss. 23.
- « Tierce-opposition », n°5, *Répertoire de procédure civile* — Septembre 2020.

FRIEDEL (G.), « À propos de la notion d'entreprise… », *in Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 97.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et TERRE (F.), « Présentation », in *Sociologie du droit économique*, L'Année sociologique, 1999, vol. 49, n° 2, pp. 281-290.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillite**s** », *D*., 1994 p.17.
- « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, T. 1, p. 24.
- « Peut-on établir des analogies opératoires entre droit de la concurrence et droit boursier », *Rev. conc. conso*., juill.-août 1999, p. 10.
- « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *LPA*, 19 mai 2005, p. 15.

G.

GALOKHO (C.), « Les entreprises en difficulté, la crise du coronavirus et le droit de aides d'État », *RLC*, n° 102, 1e févr. 2021.

GAURIAU (B.), « Le co-employeur », *Dr. soc*., 2012, p. 995.

GEA (F.), « Groupes de sociétés et responsabilité. Les implicites et les non-dits de l'arrêt Flodor », *RDT*, 2010, p. 230.

GERBAY (N.), « La saisine d'office en ouverture de redressement judiciaire est inconstitutionnelle ! », *JCP G*, 14 janv. 2013, 50.

GHERARI (H.), « Protectionnisme : le retour ? », *Rev. UE*, 2012, 315.

GIJSBERS (C.), « La révision du prix », *RDC*, 2017, 564.

GORINS (Ch.), « Évolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective », *BJE*, mai 2015, 185.

GOUJON-BETHAN (Th.), « Les moyens propres du créancier formant tierce opposition au jugement d'ouverture de la sauvegarde : une exigence rigoureuse », *Gaz. Pal*, 13 oct. 2020, n° 35, p. 71.

GRELON (B.),

- « L'affaire Thomson : la loi à l'épreuve de la finance », *Rev. sociétés*, juin 2010, p. 244
- « Prévention et cessation des paiements », in *Mélanges D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 422
- « La loi de sauvegarde prise à la lettre : à propos de l'arrêt Cœur Défense », *Rev. sociétés*., 2011 p. 404.
- « L'arrêt Technicolor : entre rigueur et impuissance », *Rev. sociétés*, 2011, p. 239.

H.

HAEGEMAN (K.), « L'influence de la loi anti-Trust Américaine sur le droit de la concurrence européen : "L'exception de la société en difficulté" », *Gaz. Pal*., 2000, p. 1238-1241.

HAERI (K.), JAVAUX (B.), « L'action de groupe : entre incertitudes procédurales et instrumentalisation », *Dr. et patr.*, n° 243, 1 janv. 2015, p. 42.

HAGE (J.), « Law and coherence », *Ratio Juris*, 2004, n° 1, p. 87.

HENRY (L.-C.), « Détachement du patrimoine de l'entrepreneur », *in* MACORIG-VENIER (F.) (dir.), *Le Droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, IFR Actes du colloque n°30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Univ. Toulouse 1 capitole, p. 37.

HENRY (L.-C.) et CARBONI (C.-H.), « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », *Rev. proc. coll*., n°4, Juill. 2016, doss. 24.

HENRY (M.), « Entreprise en difficultés et sauvegarde de l'emploi », *Dr. ouv*., 2007, p. 170

HOONAKKER (Ph.), « Le paiement forcé des créances publiques confronté aux procédures collectives », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2019, doss. 30.

HOUIN (R.),

- « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *in Liber amicorum, baron Louis Frédéricq*, 1965, p. 609.
- « Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives », *in Travaux de la quatrième journée d'études juridiques, Jean Dabin, Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Bruylant, 1969, p. 119.

HOUIN-BRESSAND (C.), « Les causes de l'extension », *in Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Actu. droit de l'entr., LexisNexis, p. 23.

HOULETTE (E.), « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E*, 2005, 1514.

HOUTMAN (A.), « Entreprises en difficulté et règles communautaires en matière d'aides d'État », *RIDE*, 1995, p. 331 et s.

I.

IDOT (L.),

- « Entreprises en difficulté et concurrence, la position du droit communautaire », *RIDE*, 1995, spéc. p. 3166.
- « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », *RTD eur*., 1998, n° 3.
- « La notion d'entreprise », *Rev. soc*., 2001-2, p. 191.
- « La notion d'entreprise révélateur de l'ordre concurrentiel », *in L'ordre concurrentiel, Mél. en l'honneur de PIROVANO* (A.), éd. Frison-Roche, 2003, p. 253.
- « Reprise d'entreprises en difficulté et droit de la concurrence », *Rev. proc. coll*., n° 6, nov. 2015, dossier 57.

J.

JACQUEMONT (A.), « Procédure de conciliation et concordat », *J-CL. Com.*, fasc. 2030, 2006, n° 11.

JANUEL (P.), « Rapport annuel du ministère public : avancées et difficultés du parquet », *D. actu.*, 24 sept. 2021.

JEAMMAUD (A.), « Fraus omnia corrumpit », *D.*, 1997, p. 19.

JEAMMAUD (A.), KIRAT (Th.) et VILLEVAL (M.-C.), « Les règles juridiques, l'entreprise et son institution : au croisement de l'économie et du droit », *RIDE*, 1996, n° 1, p. 99.

JESTAZ (Ph.), « Rapport de synthèse », *in* Trav. de l'Association Henri Capitant, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Lille, 1997, tome 1, LGDJ, p. 186.

JUDE (J.-M.), « Des institutions compétentes pour garantir les salaires dans les procédures collectives transfrontalières », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 210.

K.

KAMINSKI (D.), DIGNEFFE (F.), ADAM (Ch.), CAUCHIE (J.-F.), DEVRESSE (M.-S.), FRANCIS (V.), « L'instrumentalisation dans les pratiques pénales : construction et déconstruction d'un concept », *Rev. Sociologie et sociétés*, vol. 33, n° 1, printemps 2001, p. 42.

KASSOUL (H.), « La norme et l'épreuve de la légitimité », *Droit et Philosophie*, Hors-Série n°1 : *Normativité et légitimité*, 2021. [http://droitphilosophie.com/article/lecture/la-norme-et-l-epreuve-de-legitimite-296]

KOVAR (R.), « Quand la Cour de justice invite à s'intéresser à nouveau aux notions d'entreprise et d'activité économique », *D.*, 2006, p. 919.

KUNTZ (O.), « De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation », *LPA*, n° sp., 8 fév. 2006, n° 28, p. 5 s.

L.

LABORDE (J.-P.), « Théorie du co-emploi : la porte (très) étroite », *BJS* n° 10, oct. 2016, p. 597.

LACABARATS (A.), « Le licenciement pour motif économique dans les groupes de sociétés », *JCP S.*, 2013, 1436.

LAFAURIE (K.), « Contrainte des créanciers dans le régime de crise de la conciliation : présent et avenir », *BJE*, juill. 2020, n° 4, p. 72.

LAGARDE (X.), « Mondialisation, restructurations et jurisprudence sociale », *JCP G*., 2001, n° 51 — 52, p. 2335.

LAITHIER (Y.-M.), « Le droit comparé et l'efficacité économique », *in* BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.) (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica 2010, p. 60.

LAJARTE (C. de), « Résolution d'un plan : cassation pour absence d'avis du ministère public » *BJE*, nov. 2011, n° 05, p. 330

LANGLOIS (Ph.),

- « Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire », *Dr. social*, 1987, p. 799.
- « Divorce du droit social et du droit du redressement judiciaire ? », *in Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz 1999, p. 421.

LAPORTE (C.), « Que reste-t-il des saisines d'office ? », *Rev proc coll*., nov. 2014, n° 6, alerte 25.

LAROCHE (M.), « Extension de procédure et compétence d'attribution des tribunaux : quelle règle spéciale doit prévaloir ? », *BJE*, mai 2020, n°117w0, p. 16.

LAROCHE (M.) et MERLY (E.), « Les créanciers publics face aux plans », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2019, doss. 33.

LASCOUMES (P.), « Les commissions techniques », *Rev. Actes*, nov. 1985, p. 55.

LATINA (M.) et LE CORRE (P.-M.), « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce », *IFPPC*, 2016, livre II, ch. 1, p. 55.

LAURENT (N.) et de MICHELE (J.), « Le point de vue du praticien sur dix principales mesures du projet de réforme de la sauvegarde », *JCP G*, 2008, I, n° 214.

LEBEL (Ch.),

- « Les mesures conservatoires dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. proc. coll.*, 2009-1, p. 52.

- « La consécration législative de la primauté du plan sur la cession de l'entreprise », *JCP E*, 2016, p. 1582.

LECAROZ (J.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2012, p. 2548.

LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROEHLICH (Ph.), LUCAS (F.-X.), « La loi de sauvegarde article par article », *LPA*, 9 fév. 2006, n° 29, p. 4.

LE CORRE (P.-M.),

- « Les difficultés pratiques de réalisation des actifs en liquidation », in « La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », *RLDA*, mai 2005, p. 61.
- « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 », *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*., 27 juill. 2007, p. 3.
- « La réforme du droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2009, n° 211.
- « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter », *Gaz. Pal*., n° 107, avr. 2010, p. 13.
- « La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l'égard de la sauvegarde », *D.*, 2011, p. 919.
- « Les délais de remboursement d'un plan supérieurs à dix ans », *Gaz. pal*., août 2012, p. 5.
- « L'imprévision versus ordonnance du 10 février 2016 et droit des entreprises en difficulté », *Lettre juridique* n° 666, Lexbase 1e sept. 2016.

LEGEAIS (D.), « Le prêt, opération de crédit de droit commun », *J.-Cl. com*., fasc. 355, n° 139.

LEMERCIER (K.) et MERCIER (F.),

- « Covid-19 : nouvelle adaptation des règles applicables aux entreprises en difficulté », *D. actu*., 4 déc. 2020.
- « Loi ASAP : prolongation des règles adaptant le droit des entreprises en difficulté à la Covid-19 », *D. actu*., 23 déc. 2020.
- « Entreprises en difficulté : la nouvelle réforme publiée ! », *D. actu*., 17 sept. 2021.

LIBCHABER (R.), « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *D.*, 2020, 1185.

LIENHARD (A.),

- « Affaire Métaleurop : cassation de l'arrêt d'extension de la procédure à la société mère », *D.*, 2005, 1225.
- « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.*, 2009, p.110.
- « Nouvelle réforme de la procédure de sauvegarde en vue », *D.*, 2010, p. 1864 et « Sauvegarde financière accélérée. Le projet devient réalité », *D.*, 2010, Actu. 2224.
- « Affaire "Cœur Défense" : spectaculaire cassation », *D.*, 2011, p. 919.

LOISEAU (G.), « Coemploi et groupes de sociétés », *JCP S.*, 2011. 1528

LOMBOIS (C.), « Rapport de synthèse », *in Droit de la crise : crise du droit ?*, PUF, 1997, p. 217.

LUCAS (F.-X.),

- « La réforme à la lumière de l'histoire du droit des procédures collectives », *in Entreprises en difficulté : nouvel essai. Moins de liquidations par plus de prévention. Mythe ou réalité ?*, Colloque Droit et commerce, Deauville 3-4 avr. 2004, RJ com., 2004, H.S., p.7.
- « La notion de passif exigible », *D.*, 2004. 2143.
- « Le plan de sauvegarde apprêté ou le *prepackaged plan* à la française », *CDE*, 2009, n° 5, doss. 28.
- « Éditorial. Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », *BJS*, mars 2010, n° 3, p. 211.
- « Cœur Défense : douche froide pour la procédure de sauvegarde », *LEDEN*, n°4, avr. 2010, p. 1.
- « Editorial », *BJS*, 2011, 281.
- « Les nouveaux risques, colloque Entreprise et patrimoine », *Gaz. Pal.*, 19 mai 2011, n° 139, p. 57.
- « Vade mecum de la réforme du livre VI », *LEDEN*, déc. 2013, comm. 182,

- « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, mars 2014, 111.
- « Recommandation européenne relative au traitement de l'insolvabilité », *EDED*, 2 Mai 2014 n° 5 p. 1.

LUCAS (F.-X.) et LECUYER (H.), « De la sauvegarde », *LPA*, n° sp., 8 fév. 2006, n° 28, p. 23.

LUCHEUX (J.-M.) (Table ronde), « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires », *Gaz. Pal*., 26 juin 2008, n° 178, p. 99.

LUCIANO (K.), « Confusion des patrimoines : extension de procédure pour opérations économiques injustifiées », *BJS*, mars 2019 n° 03, p. 43.

M.

MACCORMICK (N.), « Coherence in legal justification », in *Theory of legal science*, D. Reidel Publishing Company, 1984, p. 238.

MACORIG-VENIER (F.),

- « Défaut de mise en œuvre des mesures de prévention et faute de gestion », *RTD com.*, 2013, p. 334.
- « Le rétablissement professionnel », *Dr. et patr*., juill. 2014, p. 52.
- « L'anticipation des difficultés de l'entreprise. Modernité du droit français et approche comparatiste », *in* SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (dir.), *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ? Etat des lieux et projections*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, coll. Presse de l'Univ. des sciences sociales de Toulouse, LGDJ, 2008, p. 331.
- « Rapport introductif », *in* MACORIG-VENIER (F.) (dir.), *Le Droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* IFR Actes de colloques n° 30, Colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université Toulouse 1 capitole, p. 13.
- « La prévention des difficultés et l'état d'urgence sanitaire, Actes I et II », *RTD com.*, 2020. 447.

MAGGI-GERMAIN (N.), « La dualité contentieuse tribunal de commerce — conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprises », *LPA*, 1998, n° 96, p. 3

MALECKI (C.), « L'irrésistible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013 », *BJS*, 2013. 594

MARTIAL-BRAZ (N.), « La protection des données à caractère personnel de l'associé unique face à l'injonction de publication des comptes de la société », *Rev. Société*, 2020, p. 609.

MARTIN (R.),

- « Personne et sujet de droit », *RTD civ*., 1981, p. 785.
- « Loi économique et règle de droit », *D.*, 1990, p. 259.

MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.),

- « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.*, 2002. 245.
- « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, p. 1356.
- « Défaillance d'entreprise : le risque avéré » *in* NURIT-PONTIER (L.) et ROUSSEAU (S.) (dir.), *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique*, LGDJ, 2012, p. 350
- « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. Proc. Coll*., n° 1, janv. 2014, doss. 5.
- « Un immeuble vendu n'est pas un actif disponible tant que le prix n'est pas versé au débiteur ou pour son compte », *BJE*, juill. 2021, n° 04, p. 14.

MARTIN-SERF (A.),

- « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA*, 9 janv. 2002, n° 7, p. 31.
- « L'instrumentalisation du droit des sociétés », Conférence association Droit et commerce, 3 déc. 2001, *RJ com*., n° 3, mars 2002, p. 108.
- « Le pouvoir retrouvé des créanciers sur l'issue de la procédure ? », in Le droit des entreprises en difficulté de 1985 à 2025 une recherche de meilleurs équilibres, 44e colloque de l'association Droit et Commerce, 25 et 26 mars 2022, Deauville, *Gaz. Pal*., n° H.S., 28 juin 2022, p. 27.

MARTY (J.-P.), « De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles », *RLDA*, mars 2005, p. 21

MASSON (A.), « La place du droit de la concurrence dans les procédures collectives à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 6 février 2004 », *Con. Concurr. Conso.*, n° 10, oct. 2004, étude 14.

MASTRULLO (T.), « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll*., avr. 2008, étude 19.

MAZEAUD (D.),

- « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, p. 8.
- « Les cessions d'entreprise ou de partie d'entreprise depuis la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises », *Dr. soc.*, janv. 2006, p. 12.
- « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *in* BOLLE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.) (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica 2010, p. 71.

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*., mars 2008, p. 9.
- « Affaire *Heart of La Défense* : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll*., n° 3, mai 2010, étude 11.
- « 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*., n° 2, mars 2011, repère 2.
- « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté (Table ronde*) », Rev. bimestrielle Lexisnexis, J-Cl.*, mai-juin 2015, p. 99.
- « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, mai 2016, n° 3, p. 201.

MERCADAL (B.), « La notion d'entreprise », *in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derrupé*, Litec, 1991, p. 9.

MESTRE (J.),

- « L'ordre public dans les relations économiques », *in* REVET (Th.) (dir.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 38.
- « Au cœur de la défense… de la révision des contrats ! », *RLDC*, 2011/81, p. 3.

METEYE (Th.), « La place de l'AGS dans les procédures collectives », *Rev. Proc. coll*., 2008, n° 3, p. 11.

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.),

- « Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées », *D.*, 2006. 1282.
- « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr. et patr.*, nº 184, 1er sept. 2009.
- « La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde », *Dr. et Patr.*, nº 223, 1er mars 2013.
- « Mandat ad hoc et conciliation : un fragile équilibre à préserver », *BJE*, nov. 2015, n° 6, p. 345.
- « L'effet réel », *in* LE CORRE (P.-M.) (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 63.
- « Répartition des pouvoirs entre l'administrateur judiciaire et le débiteur », *Rép. Com.*, 2022, n° 50.

MONTALEMBERT (P.) et NIEDOLISTEK (L.), « L'exception de l'entreprise défaillante — Approche comparée », *JCP E.*, n° 8, 24 févr. 2005, 314.

MONTERAN (Th.),

- « La réforme de la prévention des difficultés », *D.*, 2009. 639.
- « La conciliation et la sauvegarde accélérée dans les ordonnances Covid-19 », *Gaz. Pal.*, 13 juill. 2020, n° 26, p. 68.

MORVAN (P.),

- « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 929.
- « Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp). Entre employeur et co-employeurs », *JCP S.*, 2010, p. 1407.
- « La mort du motif économique de licenciement tiré de la cessation d'activité d'une filiale dans un groupe », *BJS*, n° 3, mars 2011, p. 215.
- « L'identification du coemployeur », *JCP S.*, 2013, p. 1438.

MOUIAL BASSILANA (E.),

- « Plan de cession versus plan de continuation : la faveur discrète de la Cour de cassation envers la cession », *LEDEN*, déc. 2014, n° 11, p. 2.

- « Tierce opposition au plan de sauvegarde : l'exigence d'un motif propre au créancier opposant réaffirmée », *LEDEN*, mars 2016 n° 3, p. 5.
- « Où la théorie du coemploi semble définitivement neutralisée », *LPA*, n° 110, juin 2016, p. 13.
- « Approche de droit économique », V° Tendances du droit de l'entreprise en difficulté, *Rép. com.*, 2021, n° 53.
- « Reconstitution de l'actif du débiteur », *Rép. com.*, 2021, n° 73.
- « Entreprises en difficulté : avant-propos », *Rép. sociétés*, 2021, p. 17.

MUIR-WATT (H.),

- « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *in* « L'américanisation du droit », *ADP*, Dalloz, 2001, p. 29.
- « La modération des dommages en droit anglo-américain », *LPA*, 20 nov. 2002, p. 45.

N.

NAHMIAS (L.), « Groupes de sociétés et analyse du tissu productif : enjeux et premiers constats », (Dir. Des entreprises observatoire des entreprises), *Bulletin de la banque de France*, n° 159, mars 2007, p. 23.

NANTERME (A.) et PONCEBLANC (A.), « L'opportunité d'avoir caractérisé légalement la notion de cessation des paiements : une opportunité qui n'est pas sans risques », *Rev. Proc. coll.*, 1986, p. 33, n°4.

NEAU-LEDUC (Ch.), « Co-emploi et licenciement économique : le groupe de sociétés sous pression », *RDC*, 2011, n° 3, p. 901.

O.

OPPETIT (B.), « Droit et économie », *in Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 180.

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, Bruxelles, 1983, p. 1.

P.

PAGES (J.), « De l'irréductible et incontournable entreprise », *in Prospectives du droit économique, Dialogue avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 849-857.

PAGNERRE (Y.), « De la fictivité comme critère du coemploi, certes, mais pas que… », *RDT*, 2016, n° 3, p. 125.

PAILLUSSEAU (J.),

- « Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté ? », *RJC*, 1976, p. 259.
- « Les fondements du droit moderne des sociétés », *J-Cl*, I, n° 3148, 1984.
- « Les effets anticoncurrentiels de la dette », *RIDE*, 1995, p. 237.
- « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, 19 juin 1996, p. 17 s.
- « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.*, 1997, p. 97.
- « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, n° 24.
- « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2003, p. 260.
- « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.*, 2003, p. 2346.

PARACHKEVOVA (I.), « Conversion de la sauvegarde de la filiale en liquidation : l'autonomie patrimoniale prime toujours », *LEDEN*, n° 01, janv. 2018, p. 5.

PELLETIER (N.), « L'influence du groupe de sociétés sur les droits des salariés d'une filiale en difficulté », *BJS*, n° 09, sept. 2012, p. 631.

PERELMAN (Ch.), « Logique juridique – Nouvelle rhétorique », *D.*, 1979, n° 87.

PERES (C.), « La sanction de la fraude à la loi », *RDC*, 2009, n°4, p. 1317.

PEROCHON (F.) et PETEL (Ph.), « Les délais du plan de sauvegarde ou de redressement », *in Mélanges en l'honneur du professeur Paul Le Cannu,* LGDJ, 2014, n° 12.

PEROT-REBOUL (C.), « Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 17 févr. 2006, n° 35, p. 30.

PETEL (Ph.),

- « La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce », *Contr. Concur. Conso.*, 2005, p. 29.
- « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.*, 2006, p. 174.

- « La liberté de l'entreprise face à ses créanciers », *in* ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Entreprise et liberté (journées nationales),* Dalloz, T. X, 2008, Thèmes commentaires.
- « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP E,* 2008, chron. 1207, n° 2, p. 29.
- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E,* 2009, 1049.
- « Les nouveaux critères d'ouverture (aspects juridiques) », *Dr. et patr*., déc. 2009, n° 187, p. 5.
- « Le critère d'ouverture de la sauvegarde », *BJE,* 2012, p. 308.
- « Entreprises en difficulté : encore une réforme », *JCP E,* 2014. 1123, n° 19.

PEZ (T.), « L'ordre public économique », *Nouveaux cahiers du CC* n° 49, doss. l'entreprise, oct. 2015, p. 44.

PHILIPPART (P.), « Entrepreneuriat et droit : éléments pour une théorie de l'entrepreneuriat et du droit », projectis/proyectica/projectique, 2015/3 n° 15, p. 91.

PIMENTEL (C.-M.), « De l'obéissance à la reconnaissance : l'empreinte de la légitimité dans le droit », *in Droit et légitimité,* FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 3.

PIRONON (V.), « Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles – Les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 6 oct. 2011, n° 199, p. 3.

PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits, réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, chr. p. 67.

PODEUR (G.), « Accords de conciliation et plans de sauvegarde – Les restructurations de dettes au confluent du contractuel et du judiciaire », *D.*, 2017, étude 1430.

POLLAUD-DULIAN (F.), « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ*., 2001, p. 487.

POUJADE (H.),

- « La valeur du silence du créancier consulté sur une proposition alternative de dividendes », *BJE*, mars 2016, n° 02, p. 95.

- « Une « pincée d'éthique » dans la modification d'un plan de continuation », *BJE*, mars 2016, n° 2, p. 97.
- « Plan de redressement et manque de sérieux : conversion en liquidation judiciaire », *RTD Com.*, 2019 p. 493.
- « La réforme des plans de restructuration », *RTD Com.*, 2021, p. 929.

PUTMAN (E.), « Recherche sur les définitions dans les lois commerciales », *RRJ*, 1986, n° 4, p. 49.

Q.

QUENAUDON (R. de), « Responsabilité sociale des entreprises », *Rép. droit du travail*, oct. 2017.

R.

RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), « Propos introductif » *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Droit Economie international, Larcier, 2008, p. 15.

RADÉ (C.), « Les entreprises en difficulté ne sont pas de entreprises comme les autres (à propos de la décision n° 2013-299 QPC du 28 mars 2013) », *Lexbase hebdo*, éd. soc.

REBUT (D.), « Justice pénale et justice civile évolution, instrumentalisation, effets pervers... », *Pouvoirs*, vol. 128, n° 1, 2009, p. 49.

RECASSENS (G.), « Faut-il adopter un système pro-créanciers de défaillances ? Une revue de la littérature », *Finance Contrôle Stratégie*, Vol. 6, n° 1, mars 2003, p. 125.

REILLE (F.),

- « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de « cœur » », *Gaz. Pal.*, 2 avr. 2011, n° 92, p. 7.
- « Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel », *Rev. Proc. coll.*, 2014, doss. 13, art 22, p. 61.
- « L'indifférence des mobiles dans la décision de soumission à une procédure collective : confirmation et un peu plus », *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2018 n° 15, p. 58.
- « De la bonne conduite à suivre en cas d'assignation en ouverture d'une procédure collective », *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2018, n° 15, p. 59.

REIS (P.), « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in BOY (L.), RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.) (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 192.

REMERY (J.-P.), « Le refus jurisprudentiel de la prise en compte des mobiles du débiteur dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, n° 3, mai 2016, p. 194.

REMICHE (B.), « Droit économique, marché et intérêt général », *in Philosophie du droit et droit économique*, Éd. Frison-Roche, Paris, 1999, p. 82.

REYNES (B.), « Groupes de sociétés : la théorie du coemploi », *JCP*, 2012. 1292.

RIALS (S.), « L'office du juge », Droits, *Rev. franç. de théorie jur*., n° 9, 1989, p. 3.

RIFFARD (J.-F.), « Défiance ou collaboration : brèves réflexions (d'un ami des créanciers !) à propos de la prévention », *in Mélanges en l'honneur de J.-L. Vallens*, Joly, Lextenso éditions, 2017, p. 181.

RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D. Hebdo*., 1936, p. 57.

RIZZO (F.), « Quelques observations à propos d'interférences entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives », *Droit et Patr.*, n° 69, 1e mars 1999.

ROBINE (D.),

- « L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe de sociétés » *Rev. Sociétés*, 2005. 897.
- « L'art. 650-1 C. com, un cadeau empoisonné », *D.*, 2006. 69.

ROLAIN (M.), « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA*, déc. 2014, n° 251, p. 7.

ROLLAND (B.), « Responsabilité environnementale : qui va payer ? », *BJS*, 2008, p. 356.

RONTCHEVSKY (N.), « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJCA*, 2016, 112.

ROUSSEAU (D.), « La question de la légitimité du juge constitutionnel, auteur du droit », in *Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 101.

ROUSSEL GALLE (Ph.),

- « La procédure de sauvegarde. Quand et comment se mettre sous la protection de la justice », *JCP E*, 2006, chron. 2437, p. 1679, n° 34.

- « Les entreprises en difficulté : terre de conflits – Synthèse des intérêts contraires » (table ronde), *Gaz. Pal*., 26 juin 2008, n° 178, p. 99.
- « Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008 », *Rev. des sociétés*, 2009 p. 249, n° 8.
- « Mesures conservatoires », in « Réforme du droit des entreprises en difficulté », *Dict. perm. diff. entr*. n° sp. 302-1, mars 2009, p. 4163.
- « Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté », *BJS*, déc. 2009, n° 12, p. 1109.
- « La fraude et l'ouverture de la sauvegarde », *Rev. Sociétés*, 2011, p. 384.
- « Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ? », *Rev. proc. coll*., n° 3, mai 2012, doss. 17.
- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté version 2014 », *CDE*, 2015, doss. 1.
- « L'instrumentalisation du patrimoine et les procédures collectives : entre technique et détournement », *RJC*, n° 2, mars/avril 2015, p. 239.
- « Le rétablissement professionnel à l'épreuve de la cessation des paiements antérieure de plus de 45 jours », *Rev. Sociétés*, 2016, p. 551.
- « Entreprises et groupes de sociétés », *in* MACORIG-VENIER (F.) (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans. Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 65.
- « Ubérisation et difficultés de l'entreprise », *D.*, 2017, p. 380.
- « Coronavirus : nouvelle prolongation de dispositions en faveur des entreprises en difficulté », *DP diff. entr*., Veille permanente, 9 déc. 2020.
- « Propos introductifs : l'importance des équilibres mais quels équilibres ? », in *Le droit des entreprises en difficulté de 1985 à 2025 une recherche de meilleurs équilibres*, 44e colloque de l'association Droit et Commerce, 25 et 26 mars 2022, Deauville, *Gaz. Pal*., n° H.S., 28 juin 2022, p. 6.

ROSSI (P.), « Avant-Propos », *in* Doss. « Prévention et procédures collectives : nouvelle réforme ! », *BJE* n° 3, mai 2014, 170.

RUTH (J.) et VABRES (R.), « La déclaration au passif des créances publiques », *Rev. Proc. coll*., n° 4, juill. 2019, doss. 31.

S.

SACHS (T.), « Du bon usage de la fraude dans le droit du licenciement pour motif économique », *SSL*, nº 1542, 11 juin 2012.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- « Entreprises en difficulté et concurrence », *RIDE*, 2/1995. 167.
- « Morale et faillite », *in La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 159.
- « Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Cl. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 550.
- « Présentation générale de l'évolution de la situation des créanciers », in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté,* Actes du colloque sur la situation des créanciers après 10 ans d'application de la loi du 25 janvier 1985, Montchrestien, 1998, n° 19.
- « L'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. Proc. coll*,. 2008/2, p. 85 s., n°7.
- « La généralisation de la SFA ? », *Rev. Proc. coll*., janv-févr. 2014, art. 11, p. 105.

SAINTOURENS (B.),

- « Conditions d'ouverture de la sauvegarde : le recadrage de la cour d'appel de Paris », *JCP E*, 2010, p. 1475.
- « La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain », *Rev. proc. coll*., 2016, n° 1, doss. 6.
- « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », *BJE*, n°3, mai 2016, p. 203.
- « Invitation à demander une conciliation lors d'une demande d'ouverture d'une sauvegarde », *Rev. proc. coll*., 2017-2, comm. 17.
- « La procédure de traitement de sortie de crise : innovante et éphémère », *Rev. proc. coll.*, 2021-5, étude 14.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.),

- « Chronique de jurisprudence locale de droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. coll*., juill. 2015, n° 4, chron. 1.

- « La “déjudiciarisation” du droit des entreprises en difficulté », *in* MACORIG-VENIER (F.) (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?* Actes du colloque du CDA du 16 mars 2017, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 178.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.) et VERFAILLIE-TANGUY (V.), « Quelle(s) procédure(s) pour quel(s) débiteur(s) : des procédures amiables et collectives adaptées à la situation de chaque débiteur ? », in *Le droit des entreprises en difficulté de 1985 à 2025 une recherche de meilleurs équilibres*, 44e colloque de l'association Droit et Commerce, 25 et 26 mars 2022, Deauville, *Gaz. Pal*., n° H.S., 28 juin 2022, p. 10.

SAVATIER (J.),

- « Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *JCP E*, 1987, p. 616.
- « Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée », *in Mélanges Savatier*, 1961, p. 866.
- « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.*, 1961, chron. XXII, p. 117.
- « La cessation d'activité de l'entreprise motif économique de licenciement », *Dr. soc*., 2001, p. 413.

SCHILLER (S.), « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *RIDC*, Vol. 56, n° 3, 2004 p. 655-674.

SENECHAL (M.),

- « Le rétablissement professionnel par effacement de certaines dettes », *BJE*, mai-juin 2014, p. 196.
- « Sûretés et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre », *in Mél. Le Cannu*, 2014, p. 711.

SERLOOTEN (P.),

- « Remises des dettes par les créanciers publics : une libéralisation efficace ? », *Rev. Proc. coll*., 2009, étude 10.
- « La personnalisation de l'entreprise : réflexion à propos du rapport Grandguillaume », *BJS*, fév. 2014, n° 2, p. 126.

SOBCZAK (A.), « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. soc*., 2002, p. 806.

SOINNE (B.),

- « Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite », *D*., 1976, chron. 43, p. 254.
- « 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. 12.
- « Le droit des procédures collectives face à l'externalisation », *LPA*, 9 déc. 1998, p. 35.
- « Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives) », *D*., 2004, p. 1506, n° 1.

SPORTOUCH (J.-M.), « Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaires », *Dr. soc*., 1992, p. 787.

STAES (O.),

- « Rétractation du jugement de sauvegarde et paiement des intérêts contractuels », *BJE*, mars 2019, n° 2, p. 60.
- « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. — Organes. — Ministère public », *J.-Cl., com.* 2021, fasc. 2215.

STEFF (A.), « La philosophie des procédures de surendettement des particuliers : l'exemple américain », *Rev. Dr. banc. et financier*, n°3, mai 2012, doss. 25.

T.

TABOUROT-HYEST (C.), « Les avances en compte courant intra-groupe, crédit régulier ou artificiel ? », *BJS*, sept. 2011, n° 09, p. 706.

TAGLIARINO-VIGNAL (N.), « Théorie du coemploi : entre précision et imprécision ou comment donner et retenir ? », *BJE*, n° 2, mars 2016, p. 125.

TEBOUL (G.),

- « À propos de la cessation des paiements », *RJ com*., 1998, p. 169.
- « Le projet de loi de sauvegarde des entreprises du 26 janv. 2004 », *LPA*, 13 fév. 2004, p. 3.

- « La cessation des paiements : une définition sans avenir ? », *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2007, p. 2.
- « Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 2008, n° 1, p. 7.
- « La réforme du Père Noël : la prévention et la sauvegarde », *Gaz. Pal.*, 4-6 janv. 2009, p. 6.
- « Du nouveau sur les abandons de créances par les créanciers publics : le décret du 6 avr. 2009 », *LPA*, 20 avr. 2009, p. 6.
- « L'affaire « Cœur Défense » : du nouveau », *LPA*, n°48, 9 mars 2010, p. 12.
- « La confidentialité de la prévention : absolue ou à géométrie variable ? », *Gaz. Pal.*, 3 mars 2020, n° 09, p. 15.

TERRAY (J.), « La cautionnement : une institution en danger », *JCP G*, 1987, I, p. 3295.

THERON (J.),

- « De la « communauté d'intérêts » », *RTD civ.*, 2009, p. 19.
- « Le ministère public, jamais partie jointe au sein des procédures collectives », *Gaz. pal.*, 23 déc. 2014, n° 357, p. 35.
- « Coemploi et notions de droit des entreprises en difficultés », *BJT*, déc. 2021, n° 12, p. 29.

THERON (J.), BORGA (N.), BUISINE (O.), FALIH (D.), GRANEL (L.), « La prévention », *in* Dossier « Dispositions Covid : quelles mesures pérenniser ? », *BJE*, 2021, p. 57.

THERON (J.), DIESBECQ (A.) et ROBINE (D.), « Pour une prévention plus attractive et plus efficace », *in Prévention des difficultés des entreprises : efficacité des solutions en période de crise et perspectives à la veille des réformes*, 7es assises nationales de la prévention des difficultés des entreprises, *RJ com.*, 2020, p. 514.

THULLIER (B.),

- « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoir pour le juge », *D.*, 2006, p. 130.
- « Que reste-t-il du dessaisissement ? », *Rev. proc. coll.*, n° 3, mai 2012, doss. 14.

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

TRIAULAIRE (J-P.), « Le rôle du ministère public », *Rev. proc. coll*., 2006/2, p. 212.

TRICOT (D.), « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patrimoine*, 1996, p. 24.

TROCKELS (F.), « Le nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne », *Banque et droit*, juill-août 1999, p. 19.

TROPER (M.), « Droit ou légitimité », in *Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 363.

TRUCHY (H.), « Cours d'économie politique », *Rev. D'histoire économique et sociale*, Vol. 9, n° 1-4, 1921, p. 176.

U.

ULLRICH (H.), « La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste », », *in* BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.) (coor.), *Sécurité juridique et droit économique*, Droit Economie international, Larcier, 2007, p. 74.

V.

VALDMAN (D.), « Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises », *Gaz. Proc. coll.*, 2008/1, p. 14.

VALENTIN (V.), « Droit et légitimité. L'épreuve du consentement », in *Droit et légitimité*, FONTAINE (L.) (dir.), Bruylant, Droit et Justice, 2011, p. 341.

VALLANSAN (J.),

- « L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005 », *RLDA*, n° 80, 1er mars 2005.
- « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance) », *Rev. proc. coll*., mai 2012, doss. 13.
- « Libres propos sur l'application du droit des entreprises en difficulté aux groupes de sociétés », *in* SCHILLER (S.), MOULIN (J.-M.) et PICOD (Y.) (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 227.
- « Situations des créanciers – Arrêt des poursuites individuelles », *J.-Cl. Com*., fasc. 2355, 2016, n° 3.

- « Le rôle particulier du ministère public, droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ? », *in* MACORIG-VENIER (F.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans*, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 159.

VALLENS (J.-L.),

- « Droit de la faillite et droits de l'homme », *RTD Com.*, 1997, p. 567.
- « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés au droit des procédures collectives, *RLDA*, juill. 2006. 75.
- « Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.*, 2007 p. 669.
- « De la cessation des paiements à l'insolvabilité », *JCP*, 2008. I. 148.
- « La preuve de la cessation des paiements », *Rev. proc. coll.*, 2009, n°5, étude 25.
- « Un créancier peut contester l'ouverture d'une procédure de sauvegarde par la tierce opposition », *RTD com*. 2011, p. 420.
- « La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, n°01, janv. 2015, p. 9.

VAN ZUYLEN (J.), « Faute, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *Annales de Droit de Louvain : revue trimestrielle* 2011, V. 71, n° 3, p. 288.

VATIER (B.), « Les nouvelles fonctions du droit français », *Gaz. Pal.*, 28-30 juill. 1996, p. 24.

VERMEILLE (S.) et JAUFFRET (Th.), « Enfin un droit de la restructuration efficace ! », *LPA*, 28 août 2017, n° 171, p. 5.

VERNAC (S.), « Le droit du licenciement dans la procédure collective », *RDT* 2007, p. 434.

VINCENT (C.),

- « La faillite du plan de cession (ou les incidences du prepack cession) », *D.*, 2015. 577.
- « La qualité du débiteur dépourvu d'entreprise », *JCP E*, 9 juin 2016, p. 1340.

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.

VOGEL (L.), VOGEL (J.), « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ contrats*, 2020, p. 217.

VOINOT (D.),

- « Sanction pour manquement à la règle du dessaisissement », *Gaz. Pal*., 27 juin 2017, n° 24, p. 54.
- « Assignation abusive en redressement judiciaire : carton rouge pour l'ex-entraîneur de football de Lille ! », *BJE*, mai 2018, n° 03, p. 190.

VROEY (M. de), « Les libéralismes économiques et la crise », *in Revue française d'économie*, v. 24, n° 2, 2009. p. 3.

W.

WICKER (G.) et PAGNUCCO (J.-Ch.), « Personne morale », *Rép. droit civil*, V° Principe d'autonomie patrimoniale des personnes morales, n° 41, mai 2018.

WINCKLER (A.), « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *RLC*, 2009/20.

Z.

ZINTY (S.), « Retour sur la notion d'actif disponible – (à propos de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 février 2012) », *Rev. proc. coll*., n° 4, juill. 2012, étude 27.

IV- OBSERVATIONS, NOTES

A.

ANNICHIARICO (J.-V.), obs. ss. T. com. Paris, 16 avr. 1986, *Gaz. pal*., 1986, n° 1, somm. 221.

B.

BARBIERI (J.-F.), note ss. Cass. Soc., 25 nov, 2020, n° 18-13769, FP-PBRI, *BJS*, janv. 2021, n° BKS121q2.

BAUGARD (D.), note ss. Cass. Soc., 25 nov, 2020, n° 18-13769, *Dr. soc*., 2021, p. 367.

BELIER (G.), obs. ss. Soc., 30 sept. 1997, Bull. civ. V, n° 292 et 293, *Dr. soc*. 1997, p. 1103.

BONHOMME (R.), obs. Com., 5 févr. 2013, n°11-28194, *BJE*, 2013, n° 68, p. 136.

C.

CABRILLAC (M.), obs. ss. Com., 9 juill. 1996, n° 94-18.676, bull. civ., IV, n° 210, *JCP E*, 1997, I, 623.

CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.), obs. ss. Com., 12 oct. 1993, n° 91-17.128, bull. civ. IV, n° 333, *JCP E*, 1994, I, 348, n° 2.

CAGNOLI (P.), obs. ss. CA Grenoble, 9 janv. 2020, n° 19/02960, *APC*, 2020, alerte 74.

CALENDINI (C.), obs. ss. Com. 24 oct. 1995, n° 93-20.469, NP, *Rev. proc. coll*., 1996, p. 206, n° 12.

CAMPANA (M.-J.), note ss. T. com, Paris, 23 nov. 1992, aff. La Cinq, *BJS*, 1993, p. 255.

CERATI-GAUTHIER (A.), note ss. CA Paris, pôle 5, 8e ch., 25 oct. 2011, RG n° 11/16438, *BJE*, avr. 2012, comm. 169.

COQUELET (M.-L.), obs. ss. Cass. Com., 13 janv. 2009, n° 07-20.097, *Dr. sociétés*, 2009, comm. 66.

D.

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), note ss., CA Paris pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010, RG 09/22756, « Affaire Cœur Défense : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde », *Dalloz actu*., 1 mars 2010.

DEDEURWAERDER (G.), note ss. Com. 11 avr. 2018, n°16-24.275, *BJE*, 2018. 268.

DELATTRE (Ch.),

- Note ss. TGI Avesnes-sur-Helpe, 19 oct. 2006, n° 06/00460, URSSAF c/P. Carpentier, « L'instrumentalisation de l'assignation en redressement judiciaire : le spectre du dépôt de bilan », *Rev. Proc. coll*., n° 3, juill. 2008, comm. 97.
- Note ss. CA Douai, 2e ch., 16 sept 2008, *JCP E*, 2008, 2474.
- Note ss. CA Orléans, ch. com. éco. et fin., 9 oct. 2008, n° 08/000197: JurisData n° 2008-377126, *Rev. proc. coll*., 2009, comm. 144.
- Note ss. CA Metz, 1e ch. civ., 24 févr. 2009, n° 08/00197: JurisData n° 2009-003251, *Rev. proc. coll*., 2009, comm. 144.

- Note ss. CA Toulouse, 2e ch., 29 avr. 2009, n° 08/ 02103, *Rev. proc. coll*., 2009, comm. 144.
- Note ss. T. com. Valenciennes, 22 févr. 2010, *Rev. Proc coll*., 2010, n° 206, p. 17.
- Note ss. CA Rennes, 2e ch., 9 août 2011, n° 10/05370, « Le lien entre le traitement amiable et les sanctions », *Rev. Proc. Coll*., n° 6, nov. 2011, comm. 169.
- Note ss. CA Douai, ch. 2, sect. 2, 29 nov. 2012, n° 12/00803, *Rev. proc. coll*., 2013, comm. 171.
- Note ss. CA Douai, 4 déc. 2013, n° 12/05585, « L'absence de recours à une mesure de prévention peut-être une faute de gestion », *Rev. Proc. coll.*, 2014, comm. 148.
- Note ss. CA Rennes 16 sept. 2014, RG n° 12/08672, *JCP E*, 2015, 1275.
- Obs. ss. TGI Paris, 18 juin 2015, *LEDEN*, 9/2015. 4.
- Note ss. T. com. Saint-Quentin, 2e ch., 17 juill. 2015, RG n°2015002634-1, *Rev. proc. coll*. 2015, comm. 173.
- Obs. ss. T. com. Valenciennes, 27 juin 2016, RG n°2016/001321 ; T. com. Valenciennes, 4 juill. 2016, RG n°2015/00822 ; Besançon, 1re ch. Civ. et com., 4 mai 2016, RG n°15/02047, *JCP E*, 2016, 1417.
- Note ss. Cass. Com., 18 mai 2016, n° 14-16.895, « Le recours à un mandat ad hoc n'est toujours pas une parade à toute sanction éventuelle ultérieure », *Rev. proc. coll*., 2016, comm. 160.
- Note ss. T. com Valenciennes, 2e ch., 25 juill., 2016, RG n° 2016003724, *JCP E*, 2016, 1663.
- Note ss. T. com. Lille Métropole, 18 avr. 2017, RG n° 2016018560, *JCP E*, 2017, 1250.
- Note ss. Com., 28 juin 2017, n° 16-11.691, n° 957 F-D, *JCP E*, 2017, 1517.
- Note ss. CA Paris, pôle 5, ch. 8, 12 sept. 2017, n° 17/08723, *BJE*, 2018, p. 187.
- Note ss. Cass. Com., 17 juin 2020, n° 19-10.341, « Le dirigeant ne peut se prévaloir d'une mesure préventive pour tenter d'échapper à ses responsabilités », *Rev. Proc. coll*., n° 6, nov. 2020, comm. 141.

DERRIDA (F.),

- Obs. ss. CA Metz, 13 fév. 1990, *D.*, 1991, somm. 13.
- Note ss. Com., 6 mars 1990, n° 88-16.036, Bull. civ. IV, n° 67, *D.*, 1990. 311.
- Obs. ss. CA Paris, 23 juill. 1992, *D.*, 1992, chron. 301.
- Obs. ss. CA Paris, 14 déc. 1993, *D.*, 1996, somm. 5.

DONDERO (B.), note ss. Soc. 13 janv. 2010, n° 08-15.776, *D.*, 2010. 1129.

F.

FAGES (B.), obs. ss. Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13988, 10-13989 et 10-13990, *RTD civ*., 2011, p. 351.

FAVARIO (Th.),

- Note ss. Com. 19 févr. 2013, n°12-12.165, *BJE*, juill. 2013, p. 246.
- Note ss. Cass com 11 fév. 2014, n°13-12270, *BJE*, mai 2014, p. 148.
- Note ss. Cons. Const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC, JO 9 oct., p. 18829, *BJE*, 2015, 362.

FIN-LANGER (L.),

- Note ss. CA Reims, 14 mars 2011, n° 11/00313, Sarl Sodimédical, « Rejet d'une demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire en raison d'un détournement de cette procédure pour licencier les salariés à moindre coût », *Act. Proc. coll*., 5 mai 2011, n° 8, comm. 116.
- Note ss. Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25664, Bull. civ. IV, *BJS*, fév. 2019, n° 119k8, p. 40.
- Note ss. Cass. Soc., 8 juill. 2020, n° 18-26.140, « Recevabilité du contentieux de la cause réelle et sérieuse du licenciement notifié par le liquidateur et responsabilité pour insuffisance d'actifs du dirigeant », *Actu. Proc. coll*., n° 15, sept. 2020, alerte 206.

FRAIMOUT (J-J.),

- Note ss. CA Versailles, 13e ch., 18 nov. 2010, n°10/01433, *Rev. proc. coll*., 2011, comm. 41.
- Obs. ss. Com, 21 fév. 2012, n° 11-11693, *Rev. proc. coll*., 2012, comm. 82.
- obs. ss. Com., 26 janv. 2016, n° 14-11.298, *Rev. Proc. Coll.*, 2016, n° 83.

FRICERO (N.),

- obs. ss. Com., 1er oct. 2002, n° 99-21.143, *Act. proc. coll*., 2002-18, p. 1 et n° 240.
- Obs. ss. Cons. Const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, *Act. Proc. coll*., 2013-1, comm. 1.

FROUIN (J.-Y.), note ss. Cass. Soc., 28 janv. 2009, n° 07-45481, *RDT*, 2009, p. 233.

G.

GAIHLBAUD (C.), note ss. Cass. Soc., 25 nov, 2020, n° 18-13769, *BJE*, mars 2021, n° BJE118m6.

GOURDON (P.), note ss. Cass. Soc., 28 janv. 2009, n° 07-45481, *BJS*, juill. 2009, n° 135, p. 677.

H.

HENRY (L-C.),

- obs. ss. Com., 3 juill. 2012, n°11-18.026, Bull. civ. IV, n°146, *Rev. Sociétés* 2012. 527.

- obs. ss. Cass. Com., 29 sept. 2021, n° 19-26005, F-D, *BJE*, n° 6, nov. 2021, p. 7.

J.

JACOTOT (D.), obs. ss. Soc., 10 mars 2009, *Act. Proc. coll*., 2009-9, n° 136.

JAULT-SESEKE (F.), note ss. Soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, *RDT*, 2007, p. 543.

JAULT-SESEKE (F.) et ROBINE (D.), note ss. Com., 30 juin 2009, n° 08-11.902 : Bull. civ. IV, n° 88, *BJS*, 2009, 877.

L.

LAFAURIE (K.), note ss. Cass. Com., 16 juin 2021, n° 19-25.153, F-D, *Rev. Proc. coll*., n° 2, mars 2022, comm. 26.

LANGLOIS (Ph.), obs. ss. T. com. Versailles, 17 nov. 1986, *Rev. proc. coll*. 1987, n° 9, p. 33.

LAROCHE (M.), note ss. Cass. com., 11 mars 2020, n° 18-22960 et 18-22962, *BJE*, mai 2020, n° 117w0, p. 16.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), obs. ss. Com., 8 mars 2017, n°15-20.288, *Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, p. 64.

LAUNAY-GALLOT (I. de), note ss. Cass soc 5 avril 1995, n° 92-42.690 et 93-43.866, *D.* 1995, p. 397.

LEBEL (C.),

- Note ss. Lyon, 3e ch. Civ., 31 mai 2006, RG n°2006/02245, *Gaz. Proc. coll*., 2006/4, p. 5.
- Note ss. sur CA Montpellier, 1re ch., sect. 2, 2 oct. 2007, JurisData n° 2007-359412, « Nullité d'ordre public d'un acte de disposition réalisé sans autorisation préalable du juge-commissaire », *Rev. proc. coll*., n° 3, Juill. 2008, comm. 120.
- Note ss. T. com. Nanterre, 30 nov. 2009, aff. Thomson, *JCP E* 2009, Actu. 604.
- Note ss. CA Caen, 8 avr. 2010, *JCP E*, 2010, p. 1585.
- Note ss. Com. 15 févr. 2011, n° 10-13625, Bull. civ. IV, n°23, *JCP E*, 2011, 1280.
- Note ss. Com., 28 juin 2011, n° 10-19.463 P, *JCP E*, 2011, 1713.
- Note ss. Cass. Com., 13 sept. 2011, n° 10-24.126, « Acte de gestion courante : appréciation et condition de validité », *Rev. proc. coll*., n° 2, mars 2012, comm. 31.
- Note ss. Com. 4 nov. 2014 n° 13-21.703, 13-21.712, P IV, *Gaz. Pal*., 18 janv. 2015, n° 18, p. 23.

LE CORRE (P.-M.), note ss. CA Versailles, 13e ch., 14 avr. 2016, RG n°15/07606, *LXB hebdo*, 21 avr. 2016, n° 463.

LEGROS (J.-P.),

- Note ss. Cass. Com., 8 juillet 2003, n° 00-15.919 : Jurisdata n° 2003-019872, *Dr. Sociétés*, 2003, comm. 191.
- Note ss. Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-11.554, *Dr. sociétés*, 2005, comm. 174.
- Note ss. CA Montpellier, 2e ch., 24 juin 2008, *Dr. Sociétés*, 2009, n° 30.
- Note ss. CA Paris, pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010, n° 09/22756, *Dr. sociétés*, 2011, comm. 160.
- Obs. ss. CA Grenoble, 6 janv. 2011, *Dr. Sociétés*, 2011, p. 32, n° 178.
- Note ss. Cass. Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026, « Liquidation judiciaire », *Dr. Sociétés*, n°11, nov. 2012, comm. 189.
- Obs. ss. Com., 17 nov. 2015, n° 14-17.607, « Pas de pourvoi en cassation pour la partie défaillante avant l'expiration du délai pour former oppositions », *Dr. Sociétés*, n°1, janv. 2016, comm. 17.

LIENHARD (A.),

- Obs. ss. Com. 23 janv. 2001, n° 98-10.974, *D.*, 2001. 779.
- Note ss. Com. 24 mars 2004, n°01-10.927 : Bull. civ. IIV, n°60, p. 62, *D.* 2004. 1022.
- Obs. ss. Com 12 juill. 2005, n° 03-14.045, P IV, n° 174 ; *D.*, 2005. AJ 2071.

- Obs. ss., Cass. Com., 13 févr. 2007, n° 05-17.987, JurisData n° 2007-037545, *D*. 2007, p. 731.
- Obs. ss. Com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170 : Bull. civ. IV, n°65 ; *D.*, 2007. 872.
- Obs. ss. Com.6 juin 2007 n° 06-17.821 et n°06-20.820 : Bull. civ. IV, n°176 et n°177, *D.*, 2007. 1864.
- Obs. ss. Com., 18 déc. 2007 n° 06-16350, *D.*, 2008, p. 83.
- Obs. ss. Com. 18 mars 2008, n° 06-20.510 : Bull. civ. IV, n° 64 ; *D.*, 2008. 982.
- Obs. ss. Com., 16 déc. 2008, n° 07-17.130, P, n° 211, *D.*, 2009, p. 94.
- Note ss. T. com. Nanterre, 30 nov. 2009, *D.*, 2009, p. 29.
- Obs. ss. Com., 3 mai 2011, n° 10-14.558, P, n° 67, *D.*, 2011, actu. 1278**.**
- Obs. ss. Com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026, Bull. civ. IV, n° 146, *D.*, 2012. 1814.
- Obs. ss. Com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993 : Bull. civ. IV, n° 186, *D*. 2012. 2513.
- Obs. ss. Com., 14 janv. 2014, n° 12-29.807, Bull. civ. IV, n° 8, *D.*, 2014, p. 207.
- Note ss. Com. 15 déc. 2015, n° 14-11.500, P, n°1076, *D.*, 2016, actu 5.
- Obs. ss. Com., 26 janv. 2016, n° 14-11.298, *D.*, 2016, p. 308.
- Obs. ss. Com., 28 juin 2017, n° 16-10.591, *D.*, 2017. 1356.

LUCAS (F.-X.),

- Obs. ss. Com.6 juin 2007 n°06-17.821 et n°06-20.820 : Bull. civ. IV, n°176 et n° 177, *D.*, 2007. p. 570.
- Note ss. Com., 24 mars 2009, n°08-12.212, *BJS*, 2009, p. 691.
- Obs. ss. Soc. 13 janv. 2010, *LEDEN*, 2/2010, p. 1.
- Obs. ss. T.com. Valenciennes, 9 juill. 2012, n° 2012/0586, *LEDEN* 2012-8, p. 1.
- Obs. ss. Com., 5 mai 2015, n°14-11.381, *LEDEN*, 6/2015, n° 92, p. 2.
- Obs. ss. Com., 8 mars 2017, n°15-20.288, *LEDEN*, 2017, n° 4, p. 1.
- Obs. ss. Com., 28 juin 2017, n° 16-10.591, *D.*, 2017. 1948.
- Note ss. Caen, 2e ch. Civ. et com., 13 sept. 2018, RG n°6/03480, *LEDEN*, oct. 2018, n° 9, comm. 111y0.

LOKIEC (P.) et PORTA (J.), obs. ss. Cass. Soc., 28 sept. 2011, n° 10-12278, *D.*, 2012, p. 901.

M.

MACORIG-VENIER (F.),

- Note ss. CA Douai, ch. 2, sect. 2, 29 nov. 2012, n° 12/00803, *RTD com*., 2013, p. 334.
- Obs. ss. Com., 6 juin 2018, n° 16-23.996, *Rev. proc. Coll*., 2018, n° 5, p. 18.

MALAURIE-VIGNAL (M.), obs. ss. CA Paris, 30 oct. 2001, FIFA et CFO, *Contr., conc. conso*., 2001, n° 173.

MARTIN-SERF (A.), obs. ss. Cass. Com., 6 juin 2018, n° 16-23.996, *RTD com*., 2018, p. 1017.

MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), note ss. Cass. com., 24 mars 2021, n° 19-21424, F-D, *BJE*, n° 4, juill. 2021, p. 14.

MELIN (F.), note ss. Com., 29 nov. 2016, n°15-19.474, *BJS*, mai 2107, p. 341.

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.),

- Obs. ss. Com., 25 nov. 1997, n° 94-22.000, NP, *Rev., proc. coll*. 1999, 33, n° 1.
- Obs. ss. Cass. com., 26 oct. 1999 : *Dr. et patr.*, janv. 2000, p. 99.
- Obs. ss. Com. 18 mars 2008, n°06-20510 : Juris-Data n°2008-043251, *Dr. Et patr.*, 2008, 109.
- Obs. ss. Com 23 avr. 2013, n°12-17189 et n°12-18453, *Dict. perm. Diff. Entr., Bull*., mai 2013.
- Obs. ss. Cons. Const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC, JO 9 oct., p. 18829, *Act. Proc. coll.*, 2015/18, comm. 278.

MONTERAN (Th.), note ss. Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-16.895 : JurisData n° 2016-011556, *Gaz. Pal*., 18 oct. 2016, p. 68.

MORELLI (N.),

- Note ss. Cass. Soc., 28 sept. 2011, n° 10-12278, *BJS* janv. 2012, n° 001, p. 59.
- Note ss. Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-16.895 : JurisData n° 2016-011556, *Rev. sociétés,* 2016, p. 621.

MORTIER (R.), note ss. Com. 10 janv. 2012, n°11-10.018, *Dr. Sociétés*, 2012, n°7, p 13.

MOUIAL-BASSILANA (E.),

- Note ss. Com., 16 nov. 2010, n°09-71.278, *BJS*, mars 2011, n°112, p. 207.
- Obs. ss. Com., 3 juill. 2012, n°11-18.026, bull. civ. IV, n°146, *BJS*, 2018. 115.
- Obs. ss. Com., 26 janv. 2016, n° 14-11.298, *LEDEN* 3/2016. 5.
- Note ss. Com. 15 nov. 2017, n°16-19.690, *BJS*, févr. 2018, n°117h6, p. 115.
- Obs. ss. Com., 19 déc, 2018, n° 17-27.947, *BJS*, fév. 2019, p. 38.

P.

PAGNERRE (Y.), note ss. Cass. Soc., 25 nov, 2020, n° 18-13769, FP-PBRI, *JCP S*, 2021, 1019.

PARACHKEVOVA (I.), note ss. CA Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578, *LEDEN*, janv. 2012, p. 5, n° 6.

PELLETIER (N.),

- Note ss. Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18026, *BJE*, sept. 2012, p. 631.
- Note ss. Cass. Com., 17 nov. 2015, n° 14-19.504, n° 980, F-P, *BJS*, n° 2, 2016, p. 112.

PETEL (Ph.),

- Obs. ss. CA. Versailles, 4 avr. 1991 ; 17 déc. 1991, *RJDA* 1992, n° 187, *JCP E*, 1992. I. 166.
- Obs. ss. Com 24 mars 2006, n°01-10.927, *JCP E*, 2004, chron. 1292, n° 1.
- Obs. ss. Com. 18 mars 2008, n°06-20.510 : Bull. civ. IV, n°64, *JCP E*, 2008, p. 34.
- Obs. ss. Com., 30 juin 2009, n° 08-11.902, Bull. civ. IV, n° 88, *JCP E*, 2010, 1001.
- Obs. ss. Com., 26 janv. 2016, n° 14-11.298, *JCP E* 2016, 1198, n° 3.

PETIT (F.), obs. ss. T. com. Marseille, 14 sept. 2020, *APC*, 2020, n° 216.

PRIETO (C.), note ss. Cass. Com., 15 nov. 2011, n° 10-21.701, *BJS*, 2012, p. 395.

R.

REILLE (F.),

- Note ss. Com., 17 mai 2011, n°10-30.425, n°479, *Gaz. Pal.*, 7 oct. 2011, n°280, p. 20.
- Note ss. Com. 19 févr. 2013, n°12-12.165, *Gaz. Pal.*, 1e mai 2013, n°121, p. 16.
- Note ss. Com., 29 nov. 2016, n°15-19.474, *Gaz. Pal.*, 28 mars 2017, p. 57.
- Note ss. Com. 15 nov. 2017, n°16-19.690, *Gaz. Pal.* 17 avr. 2018, p. 58.
- Note ss. Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25664, Bull. civ. IV, *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2019, n° 350w6, p. 60.

ROLLAND (B.), obs. ss. Cass. Com., 24 juin 2014, n° 13-14.690, « Difficultés des entreprises : avis du ministère public en cas de conversion de procédure », *Procédures*, n° 8-9, août 2014, comm. 241.

ROUSSEL GALLE (Ph.),

- Note ss. Lyon, 3e ch. Civ., 31 mai 2006, RG n°2006/02245, *JCP E*, 2006. 379, p. 1509.

- Note ss. Com., 27 févr. 2007, n°06-10.170 : Bull. civ. IV, n° 65, *JCP E*, 2007. 1833, p. 28.
- Note ss. Com., 27 fév. 2007, n°06-10.170, *RJ com*, 2007, p. 365.
- Obs. ss. Com., 28 juin 2011, n° 10-19.463 P, *Rev. Proc. coll.*, 2012, n° 129.
- Note ss. Com., 14 janv. 2014, n°12-29.807, Bull. civ. IV, n° 8, *Rev. Soc.*, 2014. 197.
- Note ss. Com. 15 déc. 2015, n°14-11.500, P, *Rev. Sociétés*, 2016. 193.

ROUSILLE (M.), note ss. Cass. Com., 24 juin 2020, n° 19-14.098, P-B, *Gaz. Pal*., 29 sept. 2020, n° 388, p. 76.

S.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- Obs. ss. Soc., 10 mai 1999, n° 96-44.647, *RTD Com*. 1999.
- Obs. ss. Com., 14 janv. 2014, n°12-29.807, Bull. civ. IV, n°8, *Dr. et patr*., sept. 2014.

SAINTOURENS (B.),

- Note ss. Cass. Civ 1ère, 12 mars 2002, *BJS*, 2002, § 224, p. 1033.
- Obs. ss. Com., 27 févr. 2007, n°06-10.170 : Bull. civ. IV, n°65, *Rev. Proc. coll*., 2007, p. 222.
- Obs. Com., 26 juin 2007 n°06-20820 : Bull. civ. IV, n°177, *Rev. Proc. coll*., 2007, p. 222.
- Obs. ss. Com. 18 mars 2008, n°06-20510 : Juris-Data n°2008-043251, *Rev. Proc. coll*., 2008, n° 3, p. 40.
- Obs. ss. Com., 24 mars 2009, n°08-12.212, *Rev. proc. coll*., 2009, n° 5, p. 49.
- Obs. ss. Com., 12 mai 2009, n°08-13471, *Rev. Proc. coll*., 2009, comm. n° 104.
- Note ss. T. com. Nanterre, 30 nov. 2009, aff. Thomson, *Rev. Proc. coll*., 2010, n° 49.
- Note ss. Com., 17 mai 2011, n°10-30.425, n°479, *Rev. Proc. coll*., mars 2012, comm. 20, p. 51.
- Note ss. Com. 19 févr. 2013, n°12-12.165, *Rev. Proc. coll*., 2013, comm. 120.
- Obs. ss. Com., 29 nov. 2016, n°15-19.474, *Rev. proc. coll*., 2017, n° 2, p. 32.
- Note ss. CA Paris, pôle 5, ch. 8, 12 sept. 2017, n° 17/08723, *Rev. Proc. coll.*, Janv.-févr 2018, comm. 21.
- Note ss. Com. 15 nov. 2017, n°16-19.690, *Rev. Proc. Coll*., 2018, n° 2, p. 29.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), note ss. T. com. Bordeaux, 18 déc. 2013, RG n°2013G00044, *Rev. proc. coll*., 2015, chron. 1.

SELINSKY (V.), obs. ss. Cons. Concurr., déc. n° 87-D-27, 1 sept., 1987, Sables et graviers, *Rec. ADDC Lamy*, n° 285.

SOINNE (B.),

- Obs. ss. CA Rennes, 2e ch. 21 nov. 1989, *Rev. proc. coll*., 1991, 293.
- Obs. ss. Com. 10 juill. 1990, n° 88-18941, *Rev. proc. coll*., 1991, 289, n° 5.
- Obs. ss. Com. 12 juill. 1994, n° 92-17.458, NP, *Rev. Proc. coll.*, 1995, 145, n° 27.

SORTAIS (J.-P.),

- Note ss. Com., 17 mai 2011, n°10-30.425, n°479, *BJE*, sept/oct 2011, comm. 116, p. 273.
- Note ss. Com. 10 janv. 2012, n°11-10.018, *BJE*, 2012, 209.

STEFANIA (M.), note ss. Com. 15 déc. 2015, n°14-11.500, P, n°1076, *JCP E*, 2016, p. 1085.

T.

TAGLIARINO-VIGNAL (N.), note ss. Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29.809, *BJE*, n° 03, mai 2014, p. 148.

V.

VALLANSAN (J.),

- Note ss. Com., 26 juin 2007 n°06-20820 : Bull. civ. IV, n° 177, *JCP G*, 2007, II, 1147.
- Note ss. TGI Valenciennes, 23 sept. 2009, RG n° 08/03316, *Act. proc. coll*. 2009/16, n° 242.
- Note ss. Com. 4 nov. 2014 n° 13-21.703, 13-21.712, *Act. Proc. coll*., 2014, comm. 337.
- Obs. ss. Cass. Com., 27 sept. 2016, n° 14-29.278, *Act. Proc. Coll.*, 2016, comm. 213.
- Note ss. Com., 28 juin 2017, n° 16-11.691, n° 957 F-D, *Rev. proc. coll*., janv. 2018, comm. 3.

VALLENS (J.-L.),

- Note ss. CA Colmar, 12 sept. 1990, *RJ com*., 1990. 400.
- Obs. ss. Lyon, 3e ch. Civ., 31 mai 2006, RG n°2006/02245, *RTD com*., 2006 675, n° 12.
- Obs. ss. Com., 30 juin 2009, n° 08-11.902, bull. civ. IV, n° 88, *RTD com*. 2009. 625.

VASSEUR (M.), note ss. Cass. Com., 9 mai 1978 : JurisData n° 1978-799136, *D.*, 1979, p. 419.

VIATTE (M.), note ss. Cass. ch. mixte, 21 juill. 1978, n° 75-14.731, P, n° 5, *Gaz. pal*., 1978. II. 579.

W.

WAQUET (P.), note ss. Soc., 23 mai 2007, n° 05-45.114 et n° 06-40.233, RDT, 2007, p. 456.

V- TRAVAUX LEGISLATIFS, DECLARATIONS ET RAPPORTS PUBLICS, LIGNES DIRECTRICES, COMMUNICATIONS ET DECISIONS DE LA COMMISSION EUROPEENNE

Assemblée nationale,

- Déclaration de Robert Badinter, Garde des sceaux, JOAN, 9 avril 1984, p. 1285.
- PERBEN (D.), JOAN, 2005, p. 1492.
- VIDALIES (A.), JOAN CR, 2e séance, 3 mars 2005, p. 1641.
- Compte-rendu intégral, Séance du mercredi 28 janv. 2015, JORF, p. 467.

Banque Mondiale, *Rapport Doing Business 2020*.

Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ), *Rapp. d'évaluation, cycle d'évaluation 2022 (données 2020)*, Partie 1, Tableaux, graphiques et analyses, p. 58 et Partie 2 Fiches Pays, p. 52.

Conseil d'Etat,

- Rapport annuel pour 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit », La documentation Française, 2006.
- Rapport, « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, La documentation Française, 2006, p. 291 et s.

Cour de cassation,

- Rapport annuel, 2011, p. 365.

EXPOSE DES MOTIFS,

- Loi n° 67-563 du 13 juill. 1967, p. 1395.
- Projet de Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

- Projet de Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- Projet de Loi PACTE, p. 3.
- Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés et l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 sept. 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.
- Loi n° 2022-172 du 14 févr. 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.

GRIMALDI (M.) (présid.), Rapp. de la Commission de réforme des sûretés, 2005.

HYEST (J.-J.), Rapp. de la Commission des Lois, Sénat, n° 335, 2004-2005, t. 1.

PEBEREAU (M.) (présid.), Rapp. Le capitalisme français du XXIe siècle, Institut de l'entreprise, avril 1995.

Rapport au Président de la République,

- relatif à l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme des entreprises en difficulté, JO 18 déc. 2008, p. 28.
- sur l'ord. 2014-326 du 12 mars 2014.
- sur l'ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11févr. 2016, texte n° 25.
- sur l'ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020.

ROUX (X. de), Rapp. n° 2095, JORF, p. 202.

Sénat, « La sauvegarde des entreprises en difficulté », Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 132, juin 2004, p. 51.

Union européenne (Communauté européenne),

- Comm., décision n° 94/272, 13 avr. 1994, SCK-FNK : JOCE n° L 117, 7 mai 1994.
- Comm., décision, 9 juill. 1998, aff. IV/ M.308, Kali&Salz/MDK/truhand (II), pt 110 et s. : Bull. UE 7/8-1998, pt. 1.3.46.
- Comm., décision n° 2000/12/CE, 20 juill. 1999, Coupe du monde de football 1998.
- Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, 31 juill. 2014, 2014/C 249/04.
- Comm., Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19, 13 mars 2020.

- Comm., Aide d'État SA. 57 134 (2020/N), Groupe Renault, 29 avr. 2020.
- Comm., Aide d'État SA. 57 405 (2020/N), Groupe Novares, 26 mai 2020.

VIENOT (M.), Rapp. *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Association Française des Entreprises Privées/ Conseil National du patronat français, juill. 1995.

VI- ARTICLES DE PRESSE NON JURIDIQUE

ALTARES Cabinet, Défaillances et sauvegardes d'entreprises en France, 3e trimestre 2020, (Cabinet Altares) : « Les faillites des entreprises au plus bas depuis…1986 », Tribune du Parisien, oct. 2021.

CHEMIN (A.), « Les magistrats doivent être mieux formés aux affaires économiques », *Le Monde*, 18/4/1995, p. 7.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les nombres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abus

- de droit : 38 s.
- de position dominante : 560, 699 s.

Activité économique

- poursuite de l'activité : 224, 236, 282, 306
- critère de l'entreprise : v. Entreprise

Administrateur

- missions : 138, 183

AGS : 195 s., 522 s.

Aide d'Etat

- principe d'interdiction : 548
- exceptions : 549 s.

Analyse économique du droit : 61 s., 591 s.

Anticipation

- effets : 133 s.
- prévention des difficultés : 85, 96 s.

Autonomie des personnes morales

- effets : 329 s.
- exceptions : 334 s., 682
- dérogation : 705 s.
- principe de non-assistance : 331

Avances en compte courant : 323 s.

C

Cessation des paiements

- actif disponible : 320 s.
- passif exigible : 319
- réserves et moratoires : 322 s.

Cession forcée (actions parts sociales) : 95, 185 s., 188.

Classes de créanciers

- adoption du plan : 165 s.
- loi de la majorité : 430

Co-emploi : 519 s., 694 s.

Cœur Défense (affaire dite) : 282 s., 306, 308, 310 s., 354, 361, 465

Comité social et économique

- communication : 622
- consultation : 194, 499

Compétitivité du droit : 65, 75

Concurrence des droits : 57

Conciliation

- accord de conciliation : 159 s.
- conditions de difficulté : 149 s.

Concurrence

- atteintes : 531, 569 s.
- libre concurrence : 267, 290, 528 s., 538

Confidentialité : 154 s.

Contrats en cours

- principe de continuation : 403 s.
- résiliation : 407.

Conversion de procédure

- conversion sauvegarde en redressement judiciaire : 140, 180

Créanciers publics : 401, 435, 447.

Crédit anormal : 323 s.

D

Débiteur : 244, 247, 251 s.

Déclaration des créances : 175 s.

Délais de grâce : 97, 135 s.

Délais de paiement : 168, 198 s., 436

Détection des difficultés

- alerte : 87

Dettes

- effacement : 440 s.
- remise : 434 s.

Dessaisissement : 182 s.

Discipline collective : 156 s.

Droit des concentrations économiques

- contrôle des concentrations : 542
- exception de l'entreprise défaillante : 544 s.

Droit de vote

- suppression : 187

Droit économique

- méthode téléologique : 259 s.

E

Effet réel : 259 s.

Efficacité économique

- définition : 61

- exigence de la règle : 65 s.

- facteur de légitimité : 71 s.

- relativité : 586 s.

Entreprise

- définition, : 17, 18, 226
- identification : 557
- notion fonctionnelle : 225 s.
- unité d'entreprise : 699 s.

Extension de procédure

- conditions : 335 s.
- levée du voile social : 682 s.

F

Faillite personnelle : 208, 210

Faute de gestion

- absence de recours à la prévention : 93, 177
- insuffisance d'actif : 205, 674 s.

Fraude

- mécanisme : 360
- incompatibilité en redressement et liquidation : 370 s.
- réserve en sauvegarde : 361 s.

Force obligatoire du contrat

- conception économique : 409, 718
- violation : 356

G

Garants

- protection : 96 s., 414 s.

Gouvernement d'entreprise : 685

Groupe de sociétés

- définition : 21, 286
- unité économique : 22 s.

I

Immunité de sanction : 142, 349

Instrumentalisation

- caractères : 12
- objectivité des facteurs : 38

Interdiction de gérer : 209, 210

Intérêt général

- atteinte : 445, 450 s.
- objectif : 393
- sauvetage des entreprises : 84, 386

L

Légitimité

- crise de légitimité : 579 s.
- définition : 27

Licenciement économique

- autorisation judiciaire : 486
- motif économique : 484 s.
- procédure simplifiée : 494 s., 499 s.

Liquidation judiciaire

- liquidation judiciaire simplifiée : 121
- Clôture pour insuffisance d'actif : 120, 204.

M

Maintien des emplois

Mandat *ad hoc* : 133, 143, 148

Mécanisme d'application forcée interclasses : 167, 434.

Ministère public

- avis obligatoire : 643
- enquête préliminaire : 663

- droit d'information : 621
- recours : 626
- rôle : 603
- présence à l'audience : 637

Mobiles

- rejet : 349, 351 s.

O

Ordre public économique : 606 s.

P

Patrimoine

- entrepreneur individuel : 245

Plan de cession

- cession forcée des contrats : 422

Prepacked plan : 429 s.

Privilèges

- *new money*, *post money* : 166

Politique pro-débiteur : 77

R

Rebond : 102, 177 s.

Remplacement des dirigeants : 189

Reprise des poursuites

- principe de non reprise :120, 438
- exception : 204

Rétablissement personnel : 106

Rétablissement professionnel : 105 s., 119, 206

Responsabilité du fait d'autrui, (de la société mère du fait de la filiale) : 680 s.

Responsabilité pour insuffisance d'actif

- faute de gestion : 205, 674 s.

Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) : 688

Révision pour imprévision

- conditions : 718
- supplétivité : 721

S

Sauvegarde

- difficultés insurmontables : 282, 307
- sauvegarde accélérée : 160 s., 638

Sauvetage des entreprises : 80 s.

Sécurité juridique : 272 s.

Séparation de l'homme et de l'entreprise : 347 s.

Sodimédical (affaire dite) : 325 s., 351, 367, 514, 522

Sûretés

- définition : 411
- dérogation : 412 s.

T

Tierce opposition

- recevabilité : 465 s.
- bien-fondé : 469 s.

TABLE DES MATIERES

Liste des principales abréviations 7

Résumé de la thèse 11

SOMMAIRE 13

INTRODUCTION 15

§1- La notion d'instrumentalisation 15

§2- L'instrumentalisation et les contradictions du droit des entreprises en difficulté 20

§3- L'instrumentalisation et la légitimité du droit 25

§4- Démarche de l'étude 29

PREMIERE PARTIE. UN DROIT « INSTRUMENTALISABLE » 33

Titre 1. Un droit fondamentalement instrumental 35

Chapitre 1 – Un droit instrument d'une politique économique 37

Section 1 : Un droit animé par une logique économique 37

§1 – Un droit soumis à l'exigence d'efficacité économique 38

A- Le droit en soutien à l'économie 38

B- L'influence de la pensée économique 41

1°) L'effet de la concurrence des droits 42

2°) L'influence de l'analyse économique du droit 44

§2 - Un droit structuré par la recherche de l'efficacité économique 47

A- L'efficacité économique, moteur d'évolution 47

B- L'efficacité économique, facteur de légitimation 51

Section 2 : Un droit construit sur une politique pro-débiteur 53

§1 - L'incitation, un instrument de sauvetage des entreprises 54

A- La dimension économique du sauvetage de l'entreprise 54

1°) L'objectif premier du droit des entreprises en difficulté 55

2°) Le développement de la prévention 57

B- Une politique d'incitation au soutien des entreprises 59

1°) L'incitation pour prévenir la cessation des paiements 60

2°) L'incitation au financement du sauvetage de l'entreprise 65

§2- Le rebond, instrument de sauvetage de la personne physique 66

A- La dimension économique de la seconde chance de l'homme 67

1°) L'aspiration des mesures facilitant le rebond 67

2°) La seconde chance inscrite dans un discours économique 71

B- La politique du rebond 73

1°) Une libération de la dette 74

2°) Une relance d'activité 76

Conclusion du chapitre 78

Chapitre 2 – Un droit instrument des choix du débiteur 81

Section 1 : La volonté du débiteur au cœur des mesures préventives 82

§1 – Les effets de l'anticipation du débiteur 82

A- Les pouvoirs de gestion du débiteur au sein des procédures préventives 83

1°) Le cadre amiable transcendé par les pouvoirs du débiteur 83

2°) Le caractère judiciaire de la sauvegarde altéré par les pouvoirs du débiteur 85

B- Une protection contre la sanction 88

§2- La maîtrise du débiteur sur la gestion de ses difficultés 91

A- Le choix du mode de gestion des difficultés de l'entreprise. 91

1°) La condition de difficulté de l'entreprise. 91

2°) L'option entre la confidentialité et la discipline collective 95

B- L'avantage du débiteur lors des négociations 97

1°) La pression exercée sur les négociations de la conciliation 97

2°) La menace de la contrainte pour favoriser un consensus en sauvegarde 101

Section 2 : L'impact de la volonté du débiteur sur les procédures curatives 104

§1- L'acceptation par le débiteur de la contrainte des procédures curatives 105

A- Le lien entre le défaut d'anticipation et la maîtrise de la procédure. 105

1°) Le « choix » de ne pas anticiper les difficultés 105

2°) La perte de la maîtrise de l'ouverture de la procédure 107

B- L'atteinte au pouvoir du chef d'entreprise 109

1°) L'altération de la liberté de gestion du débiteur 110

2°) La neutralisation de l'influence des dirigeants 112

§2- L'aspiration du débiteur aux procédures de sauvetage de dernière chance 115

A- Une procédure au service du sauvetage de l'entreprise : le redressement judiciaire 115

1°) Des mesures de traitement des salariés renforcées 115

2°) Des solutions drastiques pour préserver l'activité 118

B- Une procédure au service du sauvetage de l'homme : la liquidation judiciaire 121

1°) L'incidence du comportement de l'homme sur le devenir de son patrimoine 121

2°) L'incidence du comportement de l'homme sur son devenir professionnel 125

Conclusion du chapitre 127

Conclusion du Titre 1 129

Titre 2. Des procédures collectives instrumentalisées 131

Chapitre 1 – Des procédures collectives affranchies de leur objet : l'entreprise 133

Section 1 : Le débiteur détaché de l'entreprise..... 134

§1 – L'entreprise, objet du droit des entreprises en difficulté..... 134

A- L'entreprise, organisation fondatrice du droit des entreprises en difficulté..... 135

B- L'activité économique, critère organique de l'entreprise 138

1°) L'entreprise délestée des éléments non nécessaires à sa survie ... 138

2°) L'entreprise recentrée sur son activité économique et les emplois..... 140

§2- Le débiteur sujet du droit des entreprises en difficulté 142

A- Le nécessaire support juridique de l'entreprise 143

1°) Une procédure qui s'applique à une personne juridique. 143

2°) Le débiteur appréhendé à l'ouverture de la procédure collective. 145

B- La potentielle absence de concordance entre le support juridique et l'entreprise 147

1°) Un droit du débiteur en difficulté 147

2°) Une incohérence entre l'objet économique et le sujet juridique .. 149

Section 2 : Un lien non restauré par le juge 151

§1- Le juge conduit à adopter un raisonnement téléologique..... 152

A- Un droit qui se prête à une analyse finaliste 152

1°) Des notions indéterminées dans la loi, vecteur d'interprétation du juge..... 152

2°) Les objectifs, guides d'interprétation 154

B- La fonction du juge du droit des entreprises en difficulté..... 157

1°) Privilégier l'efficacité économique de la règle..... 157

2°) Défendre les finalités du droit 160

§2- Le juge effacé de son rôle de gardien des finalités 162

A- Des conditions d'ouverture affranchies de leurs finalités 162

1°) Des difficultés sans rapport avec l'activité économique en sauvegarde 163

2°) Une cessation des paiements non imputée à l'entreprise en procédure curative 165

B- La cohérence d'un droit brisée : la quête d'efficacité émancipée de la finalité 167

Conclusion du chapitre 170

Chapitre 2 – Des procédures collectives détachées des intentions de leur sujet : le débiteur 173

Section 1 : La faculté des groupes de sociétés d'instrumentaliser les procédures collectives 173

§1- L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde 174

A- La sauvegarde, une procédure prédisposée à l'instrumentalisation . 174

1°) Des difficultés moins qualifiées, clés du succès de la sauvegarde 174

2°) Des difficultés insurmontables, une condition peu discriminante 177

B- La sauvegarde, une procédure au service du débiteur en difficulté .. 179

§2- L'instrumentalisation des procédures curatives 182

A- La manipulation de la cessation des paiements par les groupes 183

1°) L'appréciation de la cessation des paiements 183

2°) La manipulation par les avances en compte courant 188

B- L'autonomie patrimoniale au service de la rentabilité des groupes 190

1°) Une protection vectrice d'instrumentalisation 190

2°) La remise en cause de l'autonomie patrimoniale 192

Section 2 : Le rejet de l'intention du débiteur d'instrumentaliser les procédures 196

§1 - L'indifférence aux mobiles du débiteur 197

A- L'influence des mobiles : une préoccupation nouvelle ? 197

1°) Les mobiles : reflet de l'intention de l'homme..... 197

2°) De la séparation de l'homme et de l'entreprise au rejet des mobiles..... 199

B- La prise en compte des mobiles : une violation de la loi..... 201

1°) Une condition absente des textes..... 201

2°) L'affranchissement des contraintes contractuelles : un effet de la procédure..... 204

§2 - La fraude, insuffisante à appréhender l'instrumentalisation..... 206

A- La fraude : une tricherie sur les conditions d'ouverture de la procédure..... 207

B- La fraude incompatible avec l'obligation de déclarer la cessation des paiements ?..... 210

1°) La fraude à l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation . 210

2°) Un mécanisme jugé inadapté aux procédures curatives..... 212

Conclusion du chapitre..... 214

Conclusion du Titre 2..... 217

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE..... 219

SECONDE PARTIE. UNE LÉGITIMITÉ MENACÉE..... 221

Titre 1. Un recours illégitime au droit des entreprises en difficulté..... 223

Chapitre 1 – L'illégitimité des dérogations au lien d'obligation..... 225

Section 1 : Le lien d'obligation au service du traitement de l'entreprise..... 227

§1- La privation des moyens et garantie d'exécution de l'obligation..... 227

A- La conversion des droits afférents à l'exécution de l'obligation..... 227

1°) La modification du droit attaché à l'obligation : d'un droit de poursuite à l'obligation de déclarer sa créance..... 228

2°) L'obligation contractuelle bouleversée par le principe de continuation des contrats..... 231

B- L'aménagement des techniques de garantie de l'exécution de l'obligation : les sûretés..... 236

§2- L'aménagement de l'obligation et de ses conditions 241
A- L'atteinte à la liberté contractuelle 242
1°) La cession forcée des contrats 242
2°) La contrainte à la négociation 243
B- L'atteinte à la substance de l'obligation 247
1°) La révision des modalités de paiement 247
2°) L'absence de reprise des poursuites et l'effacement de dettes 250
Section 2 : L'illégitimité définitive des effets de la procédure collective 252
§1- Un basculement de logique injustifié 253
A- Le sacrifices des créanciers 253
B- Le bénéfice illégitime des effets de l'aménagement du lien d'obligation 256
§2- L'impossibilité pour le créancier de faire valoir l'illégitimité de l'application de la législation 258
A- Les conditions d'ouverture exceptionnelles de la tierce opposition aux créanciers 258
B- L'efficacité de la tierce opposition déjouée par l'instrumentalisation de la procédure 260
1°) L'instrumentalisation de la procédure, un motif de recevabilité de la tierce opposition ? 261
2°) Le caractère bien fondé de la tierce opposition face à l'instrumentalisation 264
Conclusion du chapitre 266
Chapitre 2 – L'illégitimité des répercussions sociales et économiques 267
Section 1 : L'atteinte au maintien de l'emploi par l'instrumentalisation des procédures collectives 268
§1- Le licenciement économique dans les entreprises en difficulté : l'équilibre entre le maintien de l'emploi et le sauvetage de l'activité de l'entreprise 268

A- Le caractère exceptionnel du licenciement dans la procédure collective, conséquence du principe du maintien de l'emploi 269

1°) Le maintien du droit commun en sauvegarde..... 269

2°) La soumission du prononcé des licenciements à une autorisation judiciaire 271

B- L'instauration d'un régime simplifié des licenciements économiques dérogatoires pour les entreprises en cessation des paiements 274

1°) L'autorisation judiciaire implicite des licenciements économiques 274

2°) L'accélération de la procédure de licenciement 277

§2- Un équilibre bouleversé par l'instrumentalisation des procédures collectives 279

A- Des licenciements au service de la rentabilité de l'entreprise et au détriment de l'emploi 279

1°) La reconnaissance automatique du motif économique des licenciements en procédure collective 279

2°) Un risque amplifié par l'absence de prise en compte des groupes 282

B- Les effets de l'instrumentalisation des procédures collectives..... 284

1°) L'atteinte aux droits des salariés 284

2°) Le coût des licenciements supporté par la collectivité 287

Section 2 : Le dérèglement du marché par l'instrumentalisation des procédures collectives 289

§1- Les procédures collectives, exception à la libre concurrence au service de la préservation du marché économique 290

A- Le droit des entreprises en difficulté face à la concurrence 290

1°) La liberté de la concurrence face au sauvetage de l'entreprise en difficulté..... 290

2°) Une finalité économique commune..... 294

B- La légitimité économique de la mise à l'écart des règles de concurrence par les procédures collectives 296

1°) L'exception de l'entreprise défaillante en droit des concentrations économiques 297

2°) Les aides d'États aux entreprises en difficulté 300

§2- La remise en cause de la légitimité économique du recours aux procédures collectives du fait de l'instrumentalisation 303

A- L'atteinte au marché par le refus de l'approche économique de l'entreprise 303

1°) Les répercussions économiques de l'absence de reconnaissance de l'entreprise 304

2°) Le décalage avec une approche concurrentielle 306

B- L'effet anticoncurrentiel de l'instrumentalisation des procédures collectives 308

Conclusion du chapitre 310

Conclusion du Titre 1 313

Titre 2. Réflexions sur les remèdes à l'illégitimité 315

Chapitre 1 – L'action du ministère public repensée 317

Section 1 : La légitimité des procédures collectives inscrite au sein de l'ordre public économique 317

§1- La crise de légitimité du droit des entreprises en difficulté 318

A- Une crise dévoilée par l'instrumentalisation 319

B- La relativité de l'efficacité économique 322

§2- Le garant de l'ordre public économique 326

A- Le rôle du ministère public au sein du droit des entreprises en difficulté 326

B- Le respect de l'ordre public économique, légitimité des procédures collectives 331

1°) Un encadrement de la recherche de l'efficacité économique : l'ordre public économique 331

2°) Un ordre pourvoyeur de sécurité juridique 334

Section 2 : Les moyens d'opposition du ministère public à l'instrumentalisation 336

§1- Des moyens d'action inefficaces face à l'instrumentalisation 337

A- Les obstacles à l'intervention spontanée du ministère public 337

1°) Le droit d'information du ministère public. 337

2°) Le droit d'action et de recours du ministère public 340

B- Les difficultés de l'intervention obligatoire du ministère public 344

1°) La présence obligatoire du ministère public à l'audience 344

2°) L'avis obligatoire du ministère public 347

§2 – La rationalisation du rôle du ministère public à l'ouverture de la procédure 350

A- La nouvelle forme de menace à l'ordre public économique 350

B- La procédure pour déceler une instrumentalisation 353

1°) La communication par le tribunal sur des critères objectifs : un groupe de sociétés 353

2°) L'enquête préliminaire requise par le ministère public 356

Conclusion du chapitre 358

Chapitre 2 – L'exigence d'une entreprise ou la restauration de l'objet de la législation 359

Section 1 – Une conclusion induisant une dérogation au principe de l'autonomie des personnes morales 359

§1 - Les difficultés à tirer les conséquences de l'existence d'un groupe de sociétés 360

A- Des mécanismes incapables de restituer sa légitimité au droit des entreprises en difficulté 360

1°) La responsabilité : une implication de l'entreprise *a posteriori* ... 360

2°) L'extension de procédure : des conditions strictes du levé du voile social 364

B- L'autonomie patrimoniale exclue des débats sur la responsabilisation des entreprises 366

§2- La logique dérogatoire du droit des entreprises en difficulté au soutien de la prise en compte de l'entreprise 368

A- Le caractère spécial du droit des entreprises en difficulté, un droit réservé à l'entreprise 369

1°) Une reconstitution de l'entreprise limitée avec la théorie du co-emploi 370

2°) Une reconstitution de l'entreprise par sa présence sur le marché. 372

B- La dérogation au principe de l'autonomie des personnes morales . 375

Section 2 – Une conclusion soutenue par l'existence du mécanisme de la révision pour imprévision 378

§1- Le mécanisme de la révision pour imprévision, un soutien en faveur du renforcement du caractère spécial du droit des entreprises en difficulté.... 378

A- Une aspiration commune : la prise en compte des besoins de l'économie 379

B- Un objet différent : sauver le contrat ou sauver l'entreprise 382

§2- L'influence de la révision pour imprévision sur l'ouverture des procédures collectives 384

A- Les conséquences de la restitution de son objet au droit des entreprises en difficulté 385

B- Une possibilité de refuser l'ouverture d'une procédure collective . 388

Conclusion du chapitre 392

Conclusion du Titre 2 395

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 397

CONCLUSION GÉNÉRALE 399

BIBLIOGRAPHIE GENERALE 403

INDEX ALPHABETIQUE 463

TABLE DES MATIERES..... 469