

Law Department

Le droit français des
entreprises en difficulté

MARIE-JEANNE CAMPANA

LAW No. 96/7

EUI WORKING PAPERS

WP
Fa9
EUR



EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE



3 0001 0025 5565 6



© The Author(s). European University Institute.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper LAW No. 96/7

**Le droit français des
entreprises en difficulté**

MARIE-JEANNE CAMPANA

Agrégée des Facultés de droit



BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© Marie-Jeanne Campana
Printed in Italy in December 1996
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

INTRODUCTION¹

1. Pourquoi le législateur français a-t-il éprouvé le besoin de remplacer la loi du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté ? Pourtant cette loi avait été la première tentative en droit français pour établir un véritable droit des entreprises en difficultés destiné à venir se substituer au droit des faillites. Son idée maîtresse et nouvelle avait été de séparer l'homme de l'entreprise, c'est-à-dire d'envisager un traitement différent et séparé pour l'un et pour l'autre. Idée féconde qui est nécessairement le fondement de tout édifice législatif cohérent visant à assurer le traitement des entreprises en difficultés. Qu'implique cette idée ? le débiteur n'est plus désormais au centre de la procédure, non plus que le paiement de ses créanciers. On abandonne l'idée d'une procédure d'exécution collective par les créanciers pour faire émerger la notion d'entreprise avec l'ensemble des intérêts qui doivent être protégés, notamment l'intérêt des salariés et l'intérêt général. Malheureusement la loi de 1967 n'a appliqué que très imparfaitement cette idée et tout le monde s'accorde à dire aujourd'hui qu'elle a été un échec. Echec de ses deux principaux objectifs, assurer le paiement des créanciers, sauver les entreprises viables. Certes, il faut remarquer que depuis la loi de 1967 les conditions économiques ont beaucoup changé. Cette loi a été rédigée dans une période d'euphorie économique et s'est trouvée inadaptée aux sinistres majeurs qu'a connus notre économie occidentale à la suite du premier choc pétrolier. Elle envisageait surtout, dans sa logique, la défaillance de petites et moyennes entreprises, alors que des pans entiers de notre économie se sont effondrés, laissant des milliers de salariés sans emploi, provoquant des drames économiques, sociaux et humains. D'où l'idée non pas de réformer la loi de 1967, mais de l'abroger, de reconstruire, en s'inspirant d'ailleurs de certains modèles étrangers comme, notamment, le Bankruptcy Reform Act de 1978. De sorte que la réforme de 1985, précédée par celle de la loi du 1er mars 1984 qui s'est préoccupée de la prévention des difficultés des entreprises, a été considérée, malgré la reprise de l'idée de séparer l'homme de l'entreprise, non comme une évolution, mais comme une véritable révolution. Dès l'article 1er les priorités sont annoncées : *«Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de*

¹ Cet article est tiré d'une communication effectuée lors d'un séminaire organisé par l'Université internationale Menendez Pelayo (UIMP) sur 'La reforma del derecho concursal y la eficiencia economica' qui s'est tenu à Barcelone du 1er au 3 juillet 1996.

l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». Désormais il ne s'agit plus d'assurer le paiement des créanciers qui devient la dernière des préoccupations du législateur². Il s'agit avant tout et surtout de préserver l'entreprise dans la mesure du possible et de sauvegarder ainsi l'emploi qui a été incontestablement une préoccupation essentielle du législateur. Dans ce contexte il n'est pas étonnant que les droits des créanciers aient été quelque peu sacrifiés pour les besoins du redressement, et que ces partenaires pourtant nécessaires de l'entreprise se soient sentis, avec quelques raisons, dépouillés de leurs prérogatives et de leurs droits. Il est vrai que la loi, dans certaines de ses dispositions, ne les a pas spécialement ménagés.

2. Est-ce le caractère révolutionnaire de la loi de 1985 qui lui a donné sa fragilité législative ; est-ce parce que d'aucuns la considéraient par trop comme une loi de circonstances ? Le fait est qu'à la faveur d'un changement de majorité gouvernementale et sous la pression des créanciers, les banquiers très spécialement, une réforme de plusieurs de ses principales dispositions a eu lieu en 1994 afin, essentiellement, de revaloriser la situation des créanciers.

3. Nous allons procéder à l'examen de l'ensemble de ces dispositions ; mais une étude du droit français sur les entreprises en difficulté ne serait pas complète sans inclure ce qui a été la première partie de la réforme de ce domaine législatif, la prévention des difficultés des entreprises. La réforme de la loi du 13 juillet 1967 s'est déroulée, en effet, en trois étapes. La première s'est concrétisée par la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises. La seconde par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation des entreprises en difficulté. La troisième par une autre loi du 25 janvier 1985 qui a réformé le statut des mandataires de justice intervenant dans la procédure et qui ne sera pas examinée dans le cadre de cette étude.

Nous avons donc à l'heure actuelle dans notre droit français deux types de traitement des entreprises en difficulté : le traitement amiable (I) qui relève de la prévention, et le traitement judiciaire (II).

I.- LE TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

4. L'idée de prévenir les difficultés des entreprises en favorisant un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers n'est pas nouvelle dans la législation française³. Mais pour diverses raisons tenant à la fois à des difficultés

² Il faut observer d'ailleurs que le législateur n'utilise plus le terme « paiement » mais le terme « apurement » du passif. Et en maintes occasions, le passif sera effectivement apuré sans pour autant être payé.

³ Voir notamment le décret du 22 août 1848 créant un concordat amiable, la loi du 2 juillet 1919 créant le règlement transactionnel, le décret-loi du 31 août 1937 créant un nouveau règlement amiable homologué et l'ordonnance du 23 septembre 1967 créant une procédure de suspension provisoire des poursuites.

d'application et à l'hostilité d'une partie de la doctrine, les textes n'ont jamais eu le succès escompté par leurs auteurs.

5. La loi de 1984 a tenté de rénover la matière et est une première étape dans l'ensemble cohérent qu'elle forme avec la loi de 1985. Elle comporte deux séries de dispositions. Les unes sont consacrées au dépistage des difficultés des entreprises (A). Les autres à la négociation sur ces mêmes difficultés qui prendra la forme du règlement amiable (B).

A. Le dépistage des difficultés des entreprises

6. Ce dépistage a été conçu par le législateur comme passant par une meilleure information au sein de l'entreprise. Cette information comporte deux volets.

1°) Le premier volet du dépistage

7. Il relève d'avantage du droit des sociétés que du droit des entreprises en difficulté et consiste à obliger les chefs d'entreprise à procéder à une information meilleure et plus approfondie. Ces derniers doivent en effet, lorsque leur entreprise atteint une certaine taille⁴, tenir une **comptabilité prévisionnelle** qui va les obliger à se projeter dans l'avenir et à comprendre les conséquences, pour le futur, des choix économiques ou financiers qu'ils font dans le présent. La loi espère que de cette manière ils seront à même d'anticiper sur les difficultés et de prévenir celles-ci avant qu'elles ne deviennent irrémédiables.

2°) Le second volet du dépistage

8. Il concerne davantage le droit des entreprises en difficulté et consiste dans la mise en place d'un mécanisme d'**alerte**. L'alerte a essentiellement pour mission d'attirer l'attention des dirigeants sociaux sur les difficultés que peut connaître l'entreprise et de les amener à prendre les mesures qui s'imposent. Elle vise, comme le premier volet, à améliorer l'information afin de dépister le plus tôt possible les facteurs de difficulté dans l'entreprise.

Cette alerte peut être classée en alerte interne à l'entreprise et en alerte externe.

a) L'alerte interne à l'entreprise

L'alerte interne peut provenir de trois sources : soit le commissaire aux comptes, soit les associés, soit le comité d'entreprise.

9. En donnant aux **commissaires aux comptes** le pouvoir de déclencher un mécanisme d'alerte dans les personnes morales dans lesquelles ils sont en fonction, le législateur a souhaité développer leur rôle et élargir leur mission traditionnelle. Ils sont particulièrement bien placés pour avoir une connaissance

⁴ L'entreprise doit comporter plus de 300 salariés et réaliser un chiffre d'affaire hors taxe d'au moins 120 millions de francs.

suffisamment approfondie de la société et pour détecter les signes avant coureurs des difficultés.

10. Le déclenchement de l'alerte. L'alerte du commissaire aux comptes, qui est obligatoire pour lui, doit être déclenchée lorsque, à l'occasion de l'exercice de sa mission, le commissaire aux comptes relève « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »⁵. C'est l'utilisation de la notion de going concern bien connue des comptables. Mais l'origine comptable de ce concept n'implique pas pour autant que le commissaire aux comptes doive limiter son intervention aux seuls faits préoccupants révélés par la comptabilité de l'entreprise. Ils doivent examiner les faits qui peuvent apparaître soit dans la situation financière, comme par exemple une augmentation importante de besoin de fonds de roulement, soit dans l'exploitation elle-même, comme par exemple une baisse importante de l'activité, soit dans l'environnement économique et social, comme la défaillance d'un gros client ou un conflit social aiguë. Toutefois, le commissaire aux comptes n'a pas pour autant l'obligation de se livrer à des investigations spéciales qui dépasseraient l'exercice habituel de sa mission pour rechercher ces faits.

11. La procédure de l'alerte varie selon les personnes morales et comportera plus ou moins d'étapes en fonction de la complexité de leur organisation. Nous nous en tiendrons aux sociétés anonymes dont l'organisation est la plus sophistiquée pour décrire cette procédure.

Dans la première étape le commissaire aux comptes va demander au Président du conseil d'administration des explications sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il relevés. Les dirigeants sociaux doivent répondre dans le délai de quinze jours par lettre recommandée avec avis de réception. Si la réponse est satisfaisante l'alerte en restera à ce stade. Mais si la réponse ne convient pas au commissaire aux comptes, il va passer au deuxième stade.

Le commissaire aux comptes va inviter les dirigeants sociaux à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur ces faits préoccupants qu'il a relevés. Le commissaire aux comptes devra assister à cette réunion. Ici la confidentialité devient beaucoup plus restreinte, surtout depuis la loi de 1994. En effet, le procès-verbal de la réunion du conseil est diffusé non seulement aux commissaires aux comptes, mais également au comité d'entreprise; c'est dire que les représentants du personnel sont au courant. Mais de plus, depuis la loi du 10 juin 1994 l'alerte n'est plus interne à l'entreprise. En effet, le commissaire aux comptes doit porter à la connaissance du président du tribunal de commerce, ou de grande instance s'il est compétent, l'existence de l'alerte. Alerte qui ne s'arrête pas à ce stade si la délibération n'a pas eu lieu ou si malgré la délibération la continuité d'exploitation reste compromise.

⁵ Article 230-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, ajouté par la loi du 1er mars 1984.

Le commissaire aux comptes va alors établir un rapport spécial qui sera soumis à la prochaine assemblée des associés ou que le commissaire aux comptes convoquera lui-même en cas d'urgence. Ici la confidentialité est très réduite puisque désormais tous les actionnaires vont avoir connaissance des problèmes de l'entreprise. De plus, depuis 1994, si à l'issue de la réunion de l'assemblée, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal et lui en communique les résultats⁶.

12. L'alerte a été également donnée en 1984 aux **associés**, mais avec une portée moins grande que celle du commissaire aux comptes. Le législateur a prévu que, dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, les associés peuvent deux fois par exercice poser par écrit des questions aux dirigeants sociaux sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse des dirigeants est communiquée aux commissaires aux comptes⁷. Cette alerte est certes moins importante, dans sa portée, que celle du commissaire aux comptes, mais elle pourrait avoir le mérite d'éveiller l'attention de ces derniers.

13. L'alerte a également été donnée, au sein de l'entreprise, et de manière très novatrice, au **comité d'entreprise**. Ceci participe de la volonté du législateur d'associer plus étroitement les salariés au fonctionnement et à la surveillance de l'entreprise, ce qui est particulièrement manifeste depuis les lois du 28 octobre 1982, dites lois Auroux.

14. Le **déclenchement de l'alerte** va se faire sur des critères différents de ceux des commissaires aux comptes. Lorsque le comité d'entreprise constate l'existence de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise⁸ il peut déclencher l'alerte. La différence des termes employés pour le commissaire aux comptes implique que les deux alertes peuvent ne pas recouper la même situation. Des faits préoccupants pour le comité d'entreprise pourraient être, par exemple, l'existence d'un plan de licenciement collectif⁹. Le comité d'entreprise puisera son information dans les documents comptables qui lui sont fournis dans le cadre de ses prérogatives définies par l'article L. 432-4 du Code du travail, et dans les relations qu'il aura avec le commissaire aux comptes en cas d'alerte de ce dernier.

15. La **procédure de l'alerte** est moins élaborée que celle prévue pour le commissaire aux comptes. Le comité d'entreprise pose des questions aux

⁶ Article 230-1, alinéa 4, de la loi du 24 juillet 1966, réformé par la loi du 10 juin 1994.

⁷ Article 64-1 et 226-1 de la loi du 24 juillet 1966, ajoutés par la loi du 1er mars 1984. En ce qui concerne les sociétés anonymes, les actionnaires doivent représenter au moins un dixième du capital social pour déclencher l'alerte.

⁸ Article L. 432-5 du Code du travail.

⁹ Trib. gr. inst. de Paris, 1er déc. 1987 ; Quot. jur. 2 juill. 1988, n. 76, p. 13 ; *Adde*, Brunet et Germain, L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes ... : Rev. sociétés 1985, n. 59, p. 39.

dirigeants sociaux sur les faits qui le préoccupent, questions qui seront à l'ordre du jour du prochain comité d'entreprise. Si aucune réponse n'est donnée à la demande d'explication, ou si elle ne satisfait le comité, ce dernier établira un rapport. Ce rapport peut conclure soit à l'opportunité de saisir de ses conclusions l'organe chargé de l'administration ou celui chargé de la surveillance, soit simplement à l'information de son contenu destinée aux associés ou aux membres du groupement. Ce qui comporte des conséquences très différentes. La saisine du conseil d'administration ou du conseil de surveillance oblige ce dernier à inscrire la question à l'ordre du jour de la prochaine réunion, et à délibérer en apportant une réponse motivée aux questions posées. Tandis qu'en cas de simple information la procédure d'alerte est moins efficace. Ce sont les dirigeants qui seront chargés de soumettre le rapport du comité d'entreprise aux associés, mais rien ne les oblige à réunir une assemblée chargée de délibérer sur le rapport du comité.

b) L'alerte externe à l'entreprise

16. Cette alerte, qui consiste essentiellement en une convocation du chef d'entreprise, est le fait du président du tribunal de commerce ou de grande instance, selon que le groupement est commercial ou civil. Elle a été prévue en 1984 de manière assez légère et peu praticable. Mais partant de cette possibilité, une pratique s'est développée, en marge de la loi, spécialement dans les tribunaux de commerce des villes importantes comme Paris, Lyon ou Marseille, l'initiative de certains magistrats consulaires, pour établir un système de prévention tendant à nouer un dialogue entre le tribunal et le chef d'entreprise en difficulté. C'est cette pratique que le législateur de 1994 a pour partie légalisée, conférant au président du tribunal beaucoup plus de pouvoir que n'en avait prévu la loi de 1984.

17. **Le déclenchement de l'alerte** a été très étendu et assoupli par la loi du 10 juin 1994. Alors qu'en 1984 la loi ne donnait au président du tribunal le pouvoir que de convoquer les dirigeants des petites entreprises, c'est-à-dire celles qui n'étaient pas astreintes à tenir une comptabilité prévisionnelle¹⁰, aujourd'hui ce pouvoir a été étendu à toutes les sociétés commerciales, tous les groupements d'intérêt économique et tous les commerçants et artisans, quelle que soit la taille de l'entreprise, à la condition qu'ils se trouvent dans une certaine situation.

L'article 34 de la loi du 1er mars 1984 modifié en 1994 dispose que le président du tribunal peut convoquer les dirigeants sociaux dès lors qu'il résulte de tout acte, document ou procédure que l'entreprise qu'ils dirigent connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. On peut remarquer que le critère est large et souple et pourra concerner une entreprise à laquelle est adressée une assignation en paiement, ou qui vient de perdre un

¹⁰ Voir *supra*, n.7 et la note n.3.

procès important au cours duquel elle a été condamnée à une somme manifestement trop importante, ou la publication de privilèges en nombre inquiétant. Mais la vertu du système –et peut-être sa faiblesse– réside dans le fait que le rôle du président n'est absolument pas contentieux. Il est simplement gracieux et repose sur la bonne volonté du dirigeant pour déférer à la convocation du président. Car aucune sanction ne peut être prise contre le chef d'entreprise qui ne répond pas, sauf la crainte qu'il pourrait avoir éventuellement pour l'avenir de son entreprise et le sien propre au cas où la situation viendrait à s'aggraver.

18. L'objet de la convocation réside en une entrevue entre le président du tribunal et le chef d'entreprise au cours de laquelle ils vont envisager ensemble les mesures à prendre pour faire face aux difficultés¹¹. Lorsque le magistrat est juge au tribunal de commerce il pourra utiliser son expérience professionnelle des affaires pour donner des conseils avisés tant sur la plan économique que sur la plan juridique¹². On est éloigné ici du rôle classique des magistrats ; d'une part l'entretien est strictement amiable et volontariste, et par ailleurs les conseils donnés ne sont pas que juridiques. De sorte qu'il émerge de ces fonctions attribuées au juge par la loi de 1984, et plus tard par la loi de 1985, une véritable magistrature économique.

Mais la loi de 1994 a quelque peu atténué le volontarisme de ce système en renforçant de manière très sensible les pouvoirs du président du tribunal. Celui-ci, en effet, peut obtenir, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, à l'issue de l'entretien ou en l'absence d'entretien, communication par les commissaires aux comptes, les administrations publiques en particulier le Trésor public, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les représentants du personnel ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires (à la Banque de France en particulier), tous renseignements lui permettant d'acquérir une information exacte sur la situation économique et financière de l'entreprise. C'est dire qu'aucun de ces organismes ne peut opposer au président le secret professionnel. Par ces investigations dans des entreprises qu'il a quelques raisons de considérer en difficulté le président du tribunal acquiert un pouvoir et une autorité morale auprès des chefs d'entreprise extrêmement importants, ce qui diminue un peu le caractère amiable et volontariste que pouvait revêtir cette intervention de l'autorité judiciaire.

¹¹ L'article 33 de la loi du 1er mars 1984 a créé les groupements de prévention agréés qui n'ont pas eu, en pratique le succès escompté. L'adhésion à ce groupement est facultative pour les chefs d'entreprise. S'ils adhèrent, ils s'engagent à fournir au groupement toute information comptable et financière sur son entreprise, le groupement étant naturellement astreint à respecter le secret. En échange le groupement, après analyse de ces documents, si des difficultés sont mises en évidence, va pouvoir proposer au chef d'entreprise l'assistance d'un expert chargé d'une analyse plus approfondie de la gestion sociale, et éventuellement, assister le débiteur dans l'hypothèse où il a été convoqué par le président du tribunal.

¹² Les magistrats consulaires, c'est-à-dire les membres des tribunaux de commerce, sont, en France, des commerçants ou des dirigeants sociaux qui sont élus à ces fonctions.

19. Informé comme il l'est le président du tribunal peut, la loi de 1994 ayant consacré cette pratique, nommer sur des critères particulièrement flous et indéterminés, un **mandataire « ad hoc »** dont la mission et le rôle restent à la discrétion du président du tribunal. Ce mandataire sera probablement chargé d'aider le dirigeant dans sa gestion et de trouver avec lui les meilleures solutions pour sortir de l'impasse. Mais on n'est alors plus très loin des solutions négociées.

B. La négociation sur les difficultés : le règlement amiable

20. L'idée ici va être de réunir le débiteur avec ses principaux créanciers afin de trouver, en commun, une solution contractuelle aux problèmes que connaît l'entreprise, idée qui n'est pas nouvelle, on l'a vu¹³. Mais le juge ne sera pas absent de cette procédure et son rôle, renforcé en 1994, sera même essentiel. Nous allons envisager le déclenchement du règlement amiable (1°), puis son déroulement (2°) et ses effets (3°).

1°) Le déclenchement du règlement amiable.

21. Le règlement amiable a été conçu par la législateur comme un mécanisme purement volontariste car il appartient au seul chef d'entreprise de le déclencher. On aurait pu concevoir une intervention des créanciers. Mais l'idée a été de laisser au chef d'entreprise et à lui seul l'appréciation de l'opportunité de recourir à un règlement amiable pour régler ses difficultés. Néanmoins, ce caractère volontaire ne dispense pas le dirigeant de recourir au magistrat qui, ici encore, agira davantage dans sa fonction gracieuse que dans sa fonction juridictionnelle. Mais le stade de la négociation strictement privée est dépassé et on peut considérer qu'on est déjà à un stade précontentieux¹⁴.

Il n'y a pas de lien théorique entre la procédure d'alerte et le règlement amiable. Rien ne peut forcer le chef d'entreprise à demander le règlement amiable après une procédure d'alerte quelle qu'elle soit. Néanmoins en pratique cette demande interviendra soit à la suite de l'alerte des commissaires aux comptes ou des associés, soit à la suite de l'alerte du président du tribunal. Toutefois la demande de règlement amiable doit répondre à certaines exigences.

22. **La demande** qui est adressée au président du tribunal de commerce ou de grande instance selon le cas, doit émaner du représentant légal de toute entreprises commerciale et artisanale, ainsi que de toute autre entreprise ayant une activité économique. Ce qui regroupe tous les artisans et commerçants ainsi que toutes les personnes morales, sociétés, coopératives, groupements d'intérêt économique ou associations. Cette demande est soumise à certaines conditions. L'article 35 de la loi du 1er mars 1984 précise que le règlement amiable ne peut

¹³ Voir *supra*, n. 4 et note n. 2.

¹⁴ M. Jeantin, *Droit commercial, Instruments de paiement ... Entreprises en difficultés*, Dalloz 4ème éd. 1995, n. 475.

être sollicité que si l'entreprise éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. La formule est plus large depuis 1994 car, auparavant, seules les entreprises qui tenaient une comptabilité prévisionnelle pouvaient avoir accès au règlement amiable. Mais, comme en 1984, la formule de l'article 35 exclut radicalement du bénéfice du règlement amiable toute entreprise qui se trouverait en état de cessation des paiements, c'est-à-dire qui ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible, car seule l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires pourrait être ouverte en application de la loi du 25 janvier 1985.

La forme de la demande est plus précise depuis 1994. Le chef d'entreprise doit agir par voie de requête et fournir au président du tribunal un certain nombre de renseignements. Il doit, en particulier, ainsi que l'exige l'article 35, alinéa 2, exposer les difficultés financières que rencontre l'entreprise et les moyens qu'il envisage pour y faire face. Ceci implique qu'il ait pensé à un plan dans lequel il indiquera éventuellement les mesures de restructuration qui lui semblent nécessaires et les délais de paiement ou remises de dettes dont il aurait besoin. Il convient de souligner que le règlement amiable n'est pas uniquement une simple demande de moratoire. Il a été conçu par le législateur comme un mécanisme de prévention et une solution négociée pour résoudre les problèmes des entreprises en difficulté.

Avec sa demande le chef d'entreprise doit fournir un certain nombre de documents comptables qui vont permettre au magistrat d'apprécier le bien fondé de la demande et de vérifier si l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements.

23. Lorsqu'il est saisi d'une demande de règlement amiable le rôle du président est déterminant. Son pouvoir d'investigation est très étendu. Outre les organismes prévus en cas d'alerte¹⁵, il pourra convoquer le chef d'entreprise pour des renseignements complémentaires, et trouver des informations auprès des établissements de crédit du débiteur. Surtout, aux termes de l'article 35, alinéa 3, il a la possibilité de se faire communiquer par des tiers tous renseignements qu'il estime utiles. Ces tiers ne peuvent se retrancher derrière le secret professionnel pour ne pas répondre au président. Mais en revanche, s'ils ne répondent pas aucune sanction ne pourra leur être imposée car nous ne sommes pas dans le cadre d'une procédure contentieuse.

De plus, l'article 35, alinéa 3, permet au président, s'il l'estime utile, d'ordonner une expertise sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise. Soit d'audit dont le but sera de déterminer si les difficultés que connaît l'entreprise peuvent trouver une solution dans un plan de redressement.

¹⁵ Voir *supra*, n. 18.

24. Une fois ainsi informé, le président va prendre une **décision**. Soit, hypothèse malheureusement rare en pratique, il estime que les difficultés de l'entreprise peuvent se régler plus facilement sans qu'il y ait lieu de recourir à un règlement amiable. Il déboute alors le chef d'entreprise de sa demande et lui indique la solution la mieux adaptée. Soit, hypothèse malheureusement plus fréquente en pratique, il constate que l'entreprise est en état de cessation des paiements, que l'heure du règlement amiable est passée, et qu'il est temps d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire. Soit, hypothèse intermédiaire, il constate que l'entreprise peut être admise au règlement amiable. Il va alors nommer un conciliateur dont il déterminera la mission qui aura pour objet de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers¹⁶. Depuis la loi de 1994 la mission du conciliateur est enfermée dans le délai de trois mois, prolongée d'un mois à la demande exclusive de celui-ci. Le conciliateur n'a pour mission ni de gérer l'entreprise en difficulté, ni de négocier directement avec les partenaires de l'entreprise. C'est au chef d'entreprise à le faire. Le conciliateur est simplement chargé de faciliter cette négociation, de la favoriser, sans être pour autant considéré comme une partie à l'accord. Le conciliateur tient ses renseignements du président, et de ce qu'il pourra connaître au cours de la négociation, mais il n'a aucun pouvoir d'investigation propre. Il est naturellement astreint au secret professionnel.

2°) Le déroulement du règlement amiable

25. Le règlement amiable va réunir à la table des négociations le débiteur et ses principaux créanciers, car aucun créancier n'est obligé de participer à la négociation. Ne se retrouveront, en pratique, que les créanciers les plus importants, traditionnellement les banques, le Trésor public, la sécurité sociale et les principaux fournisseurs de l'entreprise. S'agissant d'un contrat, malgré l'intervention du président du tribunal, les parties gardent leur totale liberté de négociation. L'accord se formera par la rencontre des libres consentements, et sera, en tous points soumis aux règles de droit classique des obligations, tant en ce qui concerne sa formation, qu'en ce qui concerne son exécution. Dans la mesure où des restructurations importantes pourront être décidées, le chef d'entreprise devra consulter les salariés par l'intermédiaire du comité d'entreprise ou des délégués du personnel.

26. Pour faciliter la conclusion de l'accord la loi de 1994, dans une innovation très remarquable, a prévu la possibilité pour le président du tribunal d'ordonner la **suspension des poursuites** pendant la durée de la négociation¹⁷. Si le conciliateur estime que cette suspension est de nature à faciliter la conclusion de l'accord de règlement amiable, il saisit à cette fin le président qui, avant de la prononcer, devra recueillir l'avis des principaux créanciers. La durée de cette

¹⁶ Article 36, alinéa 1er, de la loi du 1er mars 1984.

¹⁷ Article 36, alinéa 3, de la loi du 1er mars 1994, modifié par la loi du 10 juin 1994.

suspension sera nécessairement limitée à la durée de la mission du conciliateur. Cette suspension des poursuites va, comme dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, concerner toutes les actions en justice de la part de tous les créanciers, même non partie à l'accord, tendant soit à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, soit à la résolution d'un contrat pour non paiement d'une somme d'argent, dès lors que la créance a une origine antérieure à l'ordonnance de suspension provisoire des poursuites. La suspension provisoire des poursuites paralyse aussi les voies d'exécution sur les meubles et les immeubles du débiteur par les créanciers concernés. Par voie de conséquence logique, l'ordonnance suspend, au profit des créanciers visés, tous les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits. De plus, le débiteur a l'interdiction de payer en tout ou partie les créances nées antérieurement à la décision.

27. L'accord dont le contenu est variable et qui comprend généralement des délais de paiement, parfois des remises, parfois aussi des mesures de restructuration financière ou sociales, doit, depuis la réforme de 1994, être soumis à l'**homologation du Président du tribunal**. Homologation qui certes, atténue le caractère contractuel de l'accord, sans le lui ôter, et dont l'utilité et la signification sont quelque peu problématiques¹⁸.

3°) Effets du règlement amiable

28. Les effets essentiels du règlement amiable sont bien ceux d'un contrat classique, dont les dispositions lient les parties, et qui doit être respecté par elles. Toutefois, la loi a attaché à l'accord une conséquence légale. En effet, tous les créanciers qui ont participé à l'accord doivent suspendre leur poursuites contre le débiteur pendant toute la durée du plan¹⁹. Les poursuites visées sont toutes les actions visant au paiement d'une somme d'argent tant sur les meubles que les immeubles. Il convient de souligner que cette mesure ne vise que les créanciers qui ont participé au règlement amiable, les autres pouvant continuer à poursuivre le débiteur, ce qui est une faiblesse du règlement amiable. Pour essayer d'atténuer ce point faible, le législateur de 1994 a donné au président du tribunal le pouvoir d'accorder au débiteur, pour les autres créances, des délais de paiement prévus à l'article 1244-1 du Code civil, c'est-à-dire dans la limite de deux ans.

29. Le règlement amiable peut connaître un échec. Les raisons peuvent en être multiples. Soit parce que la négociation a échoué du fait des exigences du débiteur et de l'opposition d'un créancier important, soit parce que l'accord ayant été passé, le créancier est dans l'incapacité de le respecter. Des **sanctions** ont alors été prévues par le législateur. En 1984 la seule sanction envisagée avait été l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire lorsque le débiteur

¹⁸ Il semble que cette homologation ait été demandée par les banques, qui ont beaucoup œuvré à la réforme de 1994, afin d'éviter par la suite des actions en responsabilité pour soutien abusif.

¹⁹ Article 36, alinéa 8, de la loi du 1er mars 1984.

n'exécutait pas ses engagements financiers. Mais elle a été jugée sévère et dissuasive pour le chef d'entreprise, surtout s'il est caution de son entreprise. Le législateur de 1994 a sensiblement modifié ces sanctions. D'une part il n'est plus fait de distinction entre les engagements financiers et les autres. Désormais la sanction s'appliquera quel que soit l'engagement non exécuté. Elle consiste pour le tribunal à prononcer la résolution de l'accord et, naturellement, la déchéance de tout délai de paiement accordé par les créanciers. De plus une procédure de redressement judiciaire « peut être ouverte »²⁰. Elle est donc laissée à l'appréciation du tribunal et n'a plus le caractère automatique qu'elle avait en 1984.

30. En conclusion de cette partie consacrée à la législation française sur la prévention des difficultés des entreprises, on peut s'interroger sur son efficacité pratique. Il est certain que c'est en raison de l'échec relatif des mécanismes d'alerte mis en place par la loi de 1984 que le législateur est intervenu de nouveau. S'il est vrai que l'information au sein de l'entreprise est mieux assurée et que les dirigeants ont, davantage que par le passé, l'occasion d'avoir leur attention attirée par les difficultés de leur entreprise, il n'en reste pas moins vrai que les moyens mis à leur disposition, et en particulier le règlement amiable, n'a pas été très utilisé. Cette dernière institution n'a pas été à la hauteur des résultats qu'en attendaient les auteurs de la loi. La raison principale en est que les chefs d'entreprise éprouvent encore une grande réticence à se rendre au tribunal de commerce ou de grande instance pour régler un problème dans une phase amiable. Pour les chefs d'entreprise le tribunal reste encore le lieu de la sanction. De sorte que lorsqu'ils se décident enfin à utiliser cette solution, la plus part du temps il est trop tard, leur entreprise est déjà en état de cessation des paiements, et seule la procédure judiciaire peut être utilisée. De plus, bien que la loi ait prévu la confidentialité du règlement amiable, celle-ci reste théorique, surtout dans des villes de petite ou moyenne importance ; de sorte que les dirigeants sociaux craignent, non sans quelques raisons, que la crainte inspirée à leurs partenaires économiques et financiers par la révélation de leurs difficultés, n'aggrave leur situation. De sorte que c'est souvent vers un traitement judiciaire des difficultés des entreprises que l'on va le plus souvent.

II. - LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

31. Les mécanismes de prévention occupant une place réduite en pratique, c'est la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires qui est l'essentiel du droit des entreprises en difficultés. Ce droit a subi de grandes mutations, dont la dernière date de la loi du 10 juin 1994.

²⁰ Article 5 de la loi du 25 janvier 1985.

Compte tenu de la place de cette chronique, il ne sera pas possible d'exposer en détails une loi aussi complexe et importante. Nous nous bornerons à insister sur ses grandes orientations pour faire comprendre son économie et ses finalités. Nous allons donc dans un premier temps étudier les objectifs principaux de la loi (A), puis voir quels ont été les apports de la loi de 1994 (B).

A. Les principaux objectifs de la loi du 25 janvier 1985

32. Ainsi que nous avons eu l'occasion de le souligner²¹, l'article 1er de la loi, pour la première fois dans la législation française, a énuméré un certain nombre d'objectifs. Cet article dispose que la procédure de redressement et de liquidation judiciaires est organisée dans un triple but : sauvegarder l'entreprise (1°), maintenir l'activité et l'emploi (2°) et apurer le passif (3°).

Avant d'examiner ces trois objectifs et les moyens mis en oeuvre par le législateur pour les remplir, il convient de poser la question de la hiérarchie ou de l'équivalence des finalités. Question qui s'est posée aux interprètes dès la parution de la loi. La doctrine dans la grande majorité²² et les tribunaux²³ qui ont eu à connaître de la question ont conclu par l'existence d'une hiérarchie entre ces buts, le sauvetage de l'entreprise étant la préoccupation majeure, le législateur lui ayant donné la prééminence, le désintéressement des créanciers passant au dernier rang des préoccupations du législatives.

1° La sauvegarde de l'entreprise

33. La sauvegarde de l'entreprise se manifeste à tous les instants de la procédure, et particulièrement dans trois circonstances. Elle se manifeste d'abord dans l'organisation de la procédure elle-même (a), puis dans le sort qui a été réservé au chef d'entreprise (b), enfin et surtout dans le choix de la solution qui décidera du sort de cette entreprise (c).

34. a) Le sauvetage de l'entreprise va se traduire par une **organisation de la procédure** autour de l'entreprise et non des créanciers. C'est en quelque sorte l'entreprise qui va imprimer son « rythme » à la procédure. L'une des innovations essentielles de la loi de 1985 a été d'instaurer une procédure unique de traitement des difficultés de l'entreprise pour éviter au juge de prendre parti prématurément sur la solution à envisager. Procédure unique qui n'empêche pas le juge de décider dès le jugement d'ouverture de prononcer une liquidation judiciaire lorsqu'il est évident qu'aucune solution de redressement ne peut être envisagée, comme cela lui est possible depuis la réforme de 1994²⁴. Cette procédure unique permet également de mettre en oeuvre l'idée que pour prendre la solution la plus

²¹ Voir *supra*, n. 1.

²² Voir en particulier J.-Cl. May, La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires, Les Petites Affiches, 25 novembre 1987, p. 18 et s.

²³ Voir, par exemple, Versailles, 10 juillet 1986 : Bull. Joly, 1986, 846.

²⁴ Voir article 1er, alinéa 3 de la loi, ajouté en 1994.

appropriée, il faut voir fonctionner l'entreprise. D'où la décision d'ouvrir la procédure par une période d'observation, sauf en cas de liquidation judiciaire immédiate lorsqu'il est évident pour le tribunal que tout temps supplémentaire ne ferait qu'aggraver une situation irrémédiablement compromise. Cette période, qui peut durer de vingt mois maximum à huit mois maximum selon la taille de l'entreprise, est destinée à permettre à l'administrateur judiciaire, s'il en a été nommé un, de dresser le bilan économique, social et financier de l'entreprise et de proposer ainsi au magistrat la solution qui lui paraît la mieux adaptée compte tenu de ses observations. Cette période va donc permettre d'analyser la situation, de négocier avec le débiteur ou d'éventuels repreneurs, puis de décider. Pour permettre le financement de cette période, le législateur a octroyé aux créanciers qui participent à la procédure et dont le droit naît après le jugement d'ouverture, un véritable privilège de premier rang par rapport aux créanciers antérieurs, excepté le superprivilège des salariés²⁵.

35. Comme les entreprises sont de tailles différentes, la loi prévoit deux régimes du point de vue procédural : une procédure ordinaire et une procédure dite simplifiée. La procédure ordinaire est largement réglemantée par le législateur et s'applique aux entreprises d'une certaine importance, c'est-à-dire qui emploient plus de cinquante salariés et dont le chiffre d'affaires hors taxes est supérieur à vingt millions de Francs à la date de la clôture du dernier exercice. Elle implique la présence obligatoire d'un administrateur judiciaire. La procédure simplifiée qui se caractérise par un allègement et une simplification des règles de procédure, et par une compétence juridictionnelle différente, s'applique aux entreprises qui emploient moins de cinquante salariés et dont le chiffre d'affaire hors taxes est inférieur à vingt millions de Francs à la date de clôture du dernier exercice²⁶. La présence de l'administrateur est simplement facultative. Toutefois la portée de la distinction entre les deux procédures est réduite. L'article 138 de la loi permet en effet au tribunal saisi d'une procédure simplifiée d'appliquer les règles de la procédure ordinaire s'il estime qu'elles sont de nature à favoriser le redressement de l'entreprise.

Cette période peut être fondamentale pour l'avenir de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle, en attendant la solution la mieux appropriée, le patrimoine de l'entreprise va être en quelque sorte mis en attente, en ce sens que si l'activité courante continue il ne saurait y avoir des actes importants de gestion qui sont effectués. L'heure n'est pas à entreprendre ; l'heure est au bilan. Les créanciers antérieurs à la procédure ne pourront recevoir aucun paiement, le débiteur n'aura plus sa totale liberté d'action et l'administrateur ne saurait entreprendre des actes

²⁵ Article 40 de la loi.

²⁶ Articles 2 de la loi du 27 janvier 1985 et 1er du décret n. 85-1387 du 27 décembre 1985.

étrangers à la gestion courante ou consentir des droits réels sur le patrimoine de l'entreprise sans être autorisé par le juge-commissaire²⁷.

36. b) Le sort du chef d'entreprise pendant cette période d'observation, est également fonction des nécessités de l'entreprise. Les exigences du sauvetage et d'une gestion moderne ont également amené le législateur à modifier les règles relatives aux pouvoirs laissés au débiteur. Avant 1985 le dessaisissement du chef d'entreprise variait selon la procédure adoptée. Si l'entreprise était en règlement judiciaire, le débiteur était laissé à la tête de ses affaires mais assisté par le syndic qui devait intervenir à ses côtés pour les actes de gestion importants et toute action en justice. Si l'entreprise était en liquidation des biens, le débiteur ne pouvait plus intervenir, seul le syndic ayant alors la possibilité de le faire. Aujourd'hui c'est au tribunal à décider des degrés du dessaisissement. Le débiteur pourra soit être laissé à la tête de son entreprise, avec une simple surveillance par l'administrateur, soit être assisté par cet administrateur, soit, si les besoins de la gestion le requièrent et si l'attitude du dirigeant a présenté un danger pour son entreprise, être remplacé par l'administrer. En procédure simplifiée, lorsqu'aucun administrateur n'a été nommé, le débiteur continue de diriger son entreprise et doit simplement obtenir l'autorisation du juge-commissaire pour certains actes importants de gestion. Cette souplesse laissée au tribunal enlève toute sa rigueur à la norme juridique car, dans ce domaine de droit économique, il convient de trouver la solution la mieux adaptée aux besoins du redressement de l'entreprise. Lorsqu'il n'y a plus d'espoirs de redressement, c'est-à-dire en cas de liquidation judiciaire, le débiteur, comme par le passé, sera représenté par le mandataire liquidateur et ne pourra plus faire aucun acte dans l'entreprise.

37. Le sort de l'entreprise n'est plus laissé essentiellement entre les mains des créanciers. Désormais, c'est le tribunal et lui seul, qui décidera de la solution la mieux adaptée. Certes, le fait qu'il décide seul n'implique pas que sa décision soit arbitraire. Le tribunal sera guidé dans son choix par les propositions que lui aura faites l'administrateur à la fin de la période d'observation. Ce dernier, en préparant son rapport et en essayant de dégager la solution la mieux adaptée aux nécessités du sauvetage de l'entreprise, aura entendu les divers partenaires économiques et sociaux, aura entendu le débiteur lui-même et aura recueilli les différentes offres émanant de tiers ou d'associés tendant au maintien de l'activité de l'entreprise²⁸. Cette solution sera donc, en principe, négociée entre les différents partenaires.

Le tribunal se trouvera devant une alternative : soit prononcer la liquidation judiciaire, soit décider du redressement. La première solution sera adoptée lorsqu'aucune possibilité de redressement n'a pu être envisagée. C'est

²⁷ Le juge-commissaire est un magistrat du tribunal chargé plus spécialement de surveiller la procédure, de donner des autorisations à l'administrateur ou au débiteur et de procéder à l'admission des créances.

²⁸ Article 21 de la loi du 25 janvier 1985.

malheureusement la plus fréquente en pratique et elle n'a pas été fondamentalement bouleversée par le législateur de 1985. Seules quelques règles permettent une procédure plus rapide et une meilleure réalisation des biens du débiteur. En revanche, lorsqu'il existe quelques chances de redressement, lorsque l'entreprise est viable, les apports de la loi nouvelle sont extrêmement importants. Le tribunal ordonnera un plan de redressement. Il convient d'observer que la conception que s'est faite le législateur français de la sauvegarde de l'entreprise n'est pas une conception figée qui consisterait à maintenir l'entreprise en l'état. Le redressement pourra passer par une restructuration juridique ou sociale, par l'abandon de certaines branches d'activité, ou par des fermetures partielles²⁹. De sorte que cette procédure, dans laquelle les critères d'ordre économique l'emportent sur ceux d'ordre juridique, est beaucoup moins juridique que par le passé. Mais elle est beaucoup plus judiciaire, le rôle du tribunal ayant été renforcé et étant désormais déterminant.

Le plan de redressement de l'entreprise peut prendre deux formes : soit la forme d'un plan de continuation, soit celle d'un plan de cession de l'entreprise.

38. Le plan de continuation a généralement le mérite de permettre au débiteur de continuer son activité. Mais ce n'est pas la préoccupation majeure du législateur. Il s'agit de sauvegarder une entreprise avec les modifications et les adaptations que cela requiert. De sorte que si la forme de l'entreprise est sociale le tribunal peut subordonner l'octroi du plan à la décision de remplacement des dirigeants sociaux prise par les associés, ce qui manifeste bien que dans cette loi l'idée de séparer l'homme de l'entreprise a été pleinement appliquée. Si le tribunal n'a pas les moyens de prendre lui-même cette décision, le législateur lui a toutefois donné les moyens de la favoriser. En effet, aux termes de l'article 23, alinéa 2 de la loi, l'administrateur peut solliciter du tribunal qu'il prononce l'incessibilité des droits sociaux des dirigeants. Le tribunal pourra décider que les droits de vote attachés aux parts frappées d'incessibilité seront exercés par un mandataire de justice désigné à cet effet. Le but est clair : si l'administrateur a l'intention de proposer une augmentation de capital qui sera souscrite par des tiers étrangers à la société, il ne faut pas que les dirigeants qui détiennent la majorité dans la société puissent s'opposer à cette entrée de nouveaux associés. D'ailleurs, pour éviter toute entrave en ce sens le législateur prévoit que les clauses d'agrément prévues aux statuts sont réputées non écrites³⁰. De plus, si la mesure d'incessibilité ne suffit pas, l'administrateur a également la possibilité de demander au tribunal de prononcer la cession forcée des droits sociaux détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non³¹. Ainsi sera favorisé le changement de contrôle de l'entreprise dans le cadre d'un plan de continuation.

²⁹ M. Jeantin, *op. cit.*, n. 558.

³⁰ Article 22, alinéa 4, de la loi de 1985.

³¹ Article 23, alinéa 2, de la loi de 1985.

39. Contenu du plan. Ce plan, dont le tribunal fixe la durée, va être assez directif. Il va comporter un certain nombre de mesures obligatoires pour le chef d'entreprise mais également opposables aux tiers puisqu'aux termes de l'article 64 de la loi « le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous ». Il pourra, par exemple, prévoir l'arrêt de certaines activités, la cession partielle d'une ou plusieurs branches d'activité et des contrats qui l'accompagnent ou, plus rarement, l'adjonction d'autres, le licenciement d'une partie du personnel et l'octroi de délais de paiements imposés aux créanciers. Certaines modifications des statuts pourront également être demandées par le tribunal. Mais la loi n'a pas donné aux autorités judiciaires le pouvoir de procéder elles-mêmes à ces transformations sociales. Les associés doivent voter ces modifications de statuts et s'ils les refusent ils prennent la responsabilité de rendre le plan caduc. Quant au débiteur, il n'a pas nécessairement toute liberté pour agir. D'abord, il est surveillé par un commissaire à l'exécution du plan qui est chargé, comme son nom l'indique, de veiller à la bonne application du plan. Ensuite, il doit naturellement en respecter les termes, tant sur le plan social que sur le plan financier. Au cas où il n'exécuterait pas ses engagements dans les délais fixés par le plan, le tribunal pourra d'office, à la demande d'un créancier ou du commissaire à l'exécution du plan, prononcer la résolution du plan et l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire³². Enfin, le tribunal peut décider de l'inaliénabilité temporaire de certains biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise³³, ce qui évitera que le débiteur ne brade certains biens importants, au préjudice du redressement de l'entreprise.

40. Le plan de cession, autre mode de redressement de l'entreprise, a été une solution très privilégiée par la loi de 1985. Dès l'ouverture de la procédure l'entreprise est à vendre puisque les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur leurs offres de reprise³⁴. La cession a pour finalité « 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 »³⁵, formule qui n'est pas sans rappeler celle de l'article 1er de la loi et qui, comme dans cet article, comporte une hiérarchie³⁶. Des termes utilisés par le législateur on comprend la finalité poursuivie par le législateur. Il ne s'agit pas de maintenir l'entreprise telle qu'elle pouvait exister à l'ouverture de la procédure, mais plutôt d'assurer le maintien d'activités autonomes et rentables et des emplois qui y sont attachés. Ce qui explique que la cession puisse être soit totale soit partielle. En ce cas le plan de cession pourra être combiné, pour les branches d'activités non cédées, soit avec un plan de continuation, soit avec une liquidation judiciaire.

³² Article 80 de la loi de 1985.

³³ Article 70 de la loi de 1985.

³⁴ Article 21, alinéa 1er, de la loi de 1985.

³⁵ Article 81 de la loi de 1985.

³⁶ Voir *supra*, n. 32.

41. L'objet même de la cession est révélateur de cette conception. Il s'agit, bien entendu, de l'ensemble des actifs de l'entreprise attachés à cette branche d'activité. Mais, dans une innovation très remarquée, le législateur de 1985 a prévu que le plan pouvait ordonner la cession forcée des contrats, le contrat étant désormais considéré non comme un lien de droit entre deux ou plusieurs parties, mais comme un élément économique nécessaire à la poursuite de l'activité. Cette innovation mérite que l'on s'y arrête quelques instants car elle est très révélatrice de la volonté du législateur de sauvegarder les entreprises en difficulté. Le tribunal peut en effet, au prix d'importantes dérogations au droit des contrats, forcer le repreneur à reprendre les contrats qui lui paraissent essentiels pour la poursuite de l'activité, et forcer le cocontractant à changer de partenaire, c'est-à-dire à traiter avec le repreneur alors qu'il avait traité avec originellement avec le débiteur. Le contrat devra être exécuté aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure. Le tribunal ne peut en modifier ni l'objet, ni le prix, ni la durée, ni les conditions. Toutefois, pour favoriser le repreneur, le législateur a autorisé le tribunal à imposer des délais de paiement au cocontractant si ces délais sont nécessaires pour assurer le maintien de l'activité³⁷. Ce transfert a lieu de plein droit dès le prononcé du plan et est d'ordre public en ce sens que toute disposition destinée à empêcher ce transfert sera réputée non écrite. Si l'on ajoute que l'éventail des contrats qui peuvent être ainsi judiciairement cédés est très large et que le tribunal jouit d'un souverain pouvoir d'appréciation, on réalisera l'ampleur de la réforme et combien le législateur a tenté de se donner les moyens de ses fins au mépris du principe de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire des contrats.

Le contrat de travail, quant à lui, répond au droit commun du droit du travail. En ce sens que pour les contrats maintenus il est fait application de l'article L.122-12 du Code du travail qui permet au salarié de maintenir tous les avantages acquis et de n'avoir pas d'interruption dans son contrat en cas de transfert de l'entreprise. Mais c'est le repreneur qui, dans ses offres de reprise, détermine le niveau et les perspectives d'emploi, et indique donc le nombre de salariés qu'il entend reprendre, car le législateur ne lui impose pas la reprise des contrats de travail. C'est s'interroger sur les obligations du repreneur.

42. Les obligations du repreneur ont été conçues par le législateur de 1985 avec quelques lacunes qui ont facilité grandement la situation des repreneurs, de sorte que certains abus se sont révélés en pratique, entraînant la reprise à bon compte d'entreprises en difficulté pour le plus grand profit des repreneurs mais sans que l'entreprise et ses salariés ne soient spécialement protégés³⁸. D'où la réaction du législateur de 1994.

³⁷ La loi du 10 juin 1994 a prévu, sous la pression des établissements de crédit, une exception, dans des conditions d'application particulières, en faveur du crédit-bailleur.

³⁸ F. Derrida, A propos des plans de cession de l'entreprise : dévoiement ... : D. 1992, chron. 301 ; F. Pérochon, Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise ; D. 1990, chron. 252.

L'obligation essentielle du repreneur consiste à exécuter personnellement l'ensemble des obligations qu'il a souscrites lors du dépôt des offres. En particulier il doit payer le prix de cession convenu, selon les modalités déterminées par le plan. Une fois ce prix payé, la mission du commissaire à l'exécution du plan prend fin et les créanciers qui ont des inscriptions sur les biens cédés ne peuvent plus poursuivre le repreneur. Le paiement complet du prix entraîne donc purge des inscriptions. Ce paiement peut être garanti conventionnellement, dans la mesure où le cessionnaire a pu s'engager, dans le plan, à fournir certaines sûretés. Mais la loi a garanti l'exécution de cette obligation par l'indisponibilité des biens cédés. En effet, aux termes de l'article 89, alinéa 1er de la loi, les biens cédés, à l'exception des stocks, sont frappés d'indisponibilité tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé. Indisponibilité qui interdit non seulement la vente, mais également la location-gérance, ou la constitution de sûretés et qui est lourdement sanctionnée par la nullité absolue. Le législateur a voulu ainsi éviter que le repreneur ne se livre à un dépeçage trop rapide de l'entreprise, selon des exemples antérieurs restés célèbres en pratique. De plus, le législateur de 1994 a ajouté, comme en cas de plan de continuation, une inaliénabilité d'origine judiciaire³⁹. Le tribunal, pour un temps qu'il détermine, peut rendre tout ou partie des biens cédés inaliénables, ce qu'il fera s'il craint que le repreneur ne se livre à une spéculation sur les biens cédés, sans grand souci de la sauvegarde de l'entreprise.

Dans le même ordre d'idées, la loi de 1994 a ajouté une obligation pour le cessionnaire. Celle de prévoir, dans l'offre de reprise, outre les indications dont la liste figure à l'article 83⁴⁰, les « prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession »⁴¹; ceci permettra de donner au tribunal une idée des intentions du repreneur sur le patrimoine de l'entreprise qu'il acquiert, et liera ce dernier par un engagement qu'il aura pris dans le cadre du plan. La loi de 1994 a ajouté également une obligation, qui complète l'ensemble, consistant pour le cessionnaire à rendre des comptes au commissaire à l'exécution du plan de l'application des dispositions du plan de cession à l'issue de chaque exercice. De plus, la loi de 1994 a accentué les sanctions.

43. Le législateur de 1985 a conçu, à l'origine, les **sanctions** des obligations du repreneur de manière assez légère. Seul le non paiement du prix était sanctionné, non par la résolution du plan de cession, mais par la nomination d'un mandataire « *ad hoc* » par le tribunal qui déterminait la mission. La formule

³⁹ Voir *supra*, n. 39.

⁴⁰ En 1985 le législateur a fait obligation au repreneur d'indiquer dans ses offres de reprise :

1° des prévisions d'activité et de financement ;

2° le prix de cession et ses modalités de règlement ;

3° la date de réalisation de la cession ;

4° le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée ;

5° les garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre.

⁴¹ Article 83, alinéa 1er, 6° nouveau.

législative, trop vague, a suscité des interrogations. Le tribunal pourra éventuellement lui donner pour tâche d'assister le cessionnaire afin qu'il trouve une solution pour payer le prix. Mais si des délais de paiement peuvent éventuellement être octroyés au repreneur dans le cadre d'une révision du plan, le tribunal n'a plus, depuis 1994, la possibilité de modifier le montant du prix⁴².

Afin de renforcer l'efficacité du plan de cession et de le « moraliser », ainsi qu'il a été dit au cours des travaux préparatoires, le législateur de 1994 a ajouté une sanction générale. Outre cette sanction spécifique au non paiement du prix, et qui est demeurée, le législateur a prévu que si le cessionnaire n'exécute pas ses obligations, quelle qu'en soit la nature, la résolution du plan peut être prononcée par le tribunal. Ce qui règle le problème de la sanction des engagements sociaux du repreneur lequel faisait, dans ce domaine sensible, des promesses lui permettant souvent d'obtenir la cession de l'entreprise, et qu'il s'empressait de ne pas respecter une fois le prix payé. Ce qui allait directement à l'encontre du deuxième objectif du législateur, le maintien de l'emploi.

2°) Le maintien de l'activité et de l'emploi.

44. On serait tenté d'écrire le maintien de l'activité pour l'emploi, tant la préoccupation sociale du législateur a été importante, on l'a dit. Désormais les salariés ne sont pas seulement des créanciers de salaires, ils sont également des créanciers d'emploi.

Le législateur a poursuivi deux objectifs. Il a d'abord voulu éviter que l'ouverture de la procédure soit l'occasion de licenciements massifs. En ce sens on peut dire que l'emploi est devenu un intérêt juridique spécialement protégé⁴³. Pour ce faire le législateur a décidé d'une part, que les contrats de travail se continuent de plein droit malgré l'ouverture de la procédure. Si des licenciements doivent intervenir au cours de la période d'observation ils ne pourront avoir lieu que par voie judiciaire. Ni le débiteur, ni l'administrateur ne peuvent en décider seuls. C'est le juge-commissaire qui devra les autoriser s'ils présentent un « caractère urgent, inévitable et indispensable »⁴⁴. La formule de la loi est révélatrice de sa volonté de limiter le plus possible les licenciements pendant toute la période d'observation. D'autre part la loi incite le tribunal à choisir la solution de continuation de l'entreprise la plus favorable à l'emploi. Le juge devra apprécier, parmi les propositions qui lui sont faites celle qui permettra le mieux d'assurer durablement le maintien du meilleur niveau d'emploi. C'est dire que les juges ne doivent pas seulement raisonner à court terme mais en intégrant les meilleures possibilités de l'entreprise dans l'avenir, sans forcément se laisser attirer par des solutions séduisantes pour le présent mais avec peu de chances pour le futur.

⁴² Article 68 de la loi de 1985.

⁴³ M. Jeantin, *op. cit.*, n. 560.

⁴⁴ Article 45 de la loi.

45. Le deuxième objectif poursuivi par le législateur a été de faire des salariés de véritables partenaires de l'entreprise en difficulté, au même titre que les apporteurs de capitaux ou que les créanciers afin de mieux préserver l'emploi. Pour ce faire, le législateur, plus que jamais dans le passé, a étroitement associé les institutions représentatives du personnel au déroulement de la procédure. Ces institutions représentatives sont le comité d'entreprise dans les entreprises comptant plus de 50 salariés et les délégués du personnel dans celles qui emploient entre 11 et 50 salariés. De plus, et pour la première fois dans le droit des procédures collectives un représentant des salariés est élu par les membres du personnel pour représenter les intérêts financiers des salariés, malgré la présence du représentant des créanciers. Cette participation des représentants du personnel vise à prendre en considération, à tous les stades importants de la procédure, la dimension sociale de l'entreprise. Sans entrer dans les détails d'une réglementation abondante et dispersée nous insisterons sur deux types de mesures. Les unes permettent l'information et la consultation des institutions représentatives du personnel, les autres leur permettent de contester des décisions en leur octroyant des voies de recours.

46. L'information et la consultation des institutions représentatives du personnel a plusieurs sources. Elle peut être le fait du débiteur qui, avant même l'ouverture de la procédure, consulte celles-ci lorsqu'il envisage de déclarer la cessation de ses paiements et de solliciter du tribunal l'ouverture d'une procédure. Elle peut être le fait de l'administrateur judiciaire lorsqu'il les consulte sur le bilan économique et social et le projet de plan qu'il a élaborés au cours de la période d'observation ou sur les propositions de règlement du passif. Elle peut être le fait du juge-commissaire ou du tribunal lorsque ces derniers prennent les décisions les plus importantes sur le sort de la procédure. Ainsi, par exemple, lorsqu'est envisagé le remplacement des dirigeants sociaux ou l'incessibilité de leurs droits sociaux, la cession totale ou partielle de l'activité, le redressement de l'entreprise ou sa liquidation. De même lorsque le tribunal, à titre exceptionnel, autorise le cessionnaire à aliéner un bien important alors que le prix de cession n'a pas été intégralement payé⁴⁵. Cette consultation par le tribunal transforme les représentants des institutions représentatives du personnel en véritables parties à la procédure collective leur permettant d'exercer des voies de recours.

47. Les voies de recours en matière de procédure collectives ont toujours été très étroites, et la jurisprudence antérieure à 1985 se montrait très restrictive en ce qui concerne l'intervention des institutions représentatives du personnel. La loi de 1985 a comblé cette lacune en donnant très expressément au représentant du personnel la possibilité de former appel de certaines décisions intervenues au

⁴⁵ Cf. *supra*, n. 42.

cours de la procédure collective⁴⁶. Certes, le droit d'appel n'est pas général et ne peut s'appliquer qu'aux seules décisions visées par l'article 171. Il s'agit essentiellement des décisions statuant sur la liquidation judiciaire, des décisions arrêtant ou rejetant le plan de continuation et de celles qui modifient ce plan. Mais il est plus important que celui que peuvent avoir les créanciers qui ont été très défavorisés par la procédure.

3°) L'apurement du passif

48. Le paiement des créanciers, finalité traditionnelle des procédures collectives, n'est plus le souci du législateur de 1985. Le redressement de l'entreprise a largement supplanté cet objectif classique⁴⁷. Le changement de vocabulaire est significatif à cet égard. Apurer n'est pas payer. Et l'idée d'un règlement partiel des créances a été consacré par le législateur. Le législateur a préféré la continuation de l'entreprise assurée par le sacrifice des créanciers. Sans doute espère-t-on qu'à terme le sacrifice permettant la sauvegarde de l'entreprise sera payant dans la mesure où ils auront conservé un fournisseur ou un client. Encore faut-il que cet espoir se réalise !

Le sacrifice des créanciers est, contrairement au passé, uniformément réparti en ce sens qu'il touchera aussi bien les créanciers garantis que les simples chirographaires. Sacrifice qui s'est opéré sur deux plans ; d'abord en ce qui concerne leur participation à la procédure, ensuite en ce qui concerne le paiement de leur créance.

49. La participation des créanciers à la procédure était, certes, souvent le fait de quelques créancier important. Mais sur le plan légal, ils étaient encore maîtres de la procédure, en ce sens qu'ils décidaient du sort de l'entreprise. C'est eux qui, réunis en une assemblée concordataire, votaient le concordat qui était déterminant pour la continuation de l'entreprise. Si les créanciers refusaient le concordat la liquidation des biens était la seule solution possible. La manifestation de leur place dans la procédure se traduisait par l'existence d'une masse des créanciers, représentée par le syndic et qui avait la personnalité morale.

Aujourd'hui la masse a disparu. Les créanciers ne sont plus, à aucun moment de la procédure, réunis en une assemblée qui a un pouvoir délibérant. Certes, ils ont un mandataire de justice qui est le représentant des créanciers chargé de représenter leurs droits. Mais ce dernier ne prend aucune décision pouvant peser sur le sort de l'entreprise. Il est informé, parfois consulté, mais à aucun moment son avis est déterminant. C'est désormais le tribunal et lui seul qui décidera du devenir de l'entreprise avec des objectifs tout autres que la préservation des droits des créanciers⁴⁸. C'est bien le signe que la sauvegarde

⁴⁶ Article 171-2° et 3° de la loi.

⁴⁷ M.-J. Campana, La situation des créanciers, in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, t.1, Sirey 1986, p. 17.

⁴⁸ Cf. *supra*, n. 37.

des entreprises n'est plus une question d'ordre privé, dont la solution est laissée aux créanciers, mais un problème d'ordre public économique qui ne peut laisser l'Etat indifférent⁴⁹.

50. Le paiement des créanciers n'est plus un élément pris en considération pour décider de la solution de la procédure. Si en cas de liquidation judiciaire il est évident que très peu de créanciers retrouveront le remboursement partiel de leur créances, les privilèges d'organismes publics comme le Trésor ou la Sécurité sociale absorbant le peu d'actif restant, leur situation ne sera pas nécessairement meilleure en cas de plan de redressement.

Si un **plan de continuation** est décidé, le tribunal a, en matière d'apurement du passif, un rôle déterminant. Certes, il n'a pas la possibilité d'alléger le passif en décidant de remises de dettes. Celles-ci doivent être volontaires de la part des créanciers. Mais il peut leur imposer des délais de paiement dont il fixe souverainement la durée qui peut être supérieure à celle du plan, quel que soit l'avis des intéressés⁵⁰. Ce qui peut aboutir indirectement à une réduction de créances, la dépréciation monétaire aidant. Délais uniformes qui vont s'imposer à tous, même à ceux munis d'un privilège spécial, sauf aux créances résultant d'un contrat de travail. Une exception est cependant prévue dans l'hypothèse où le débiteur vend un bien grevé d'inscription. En ce cas, les créanciers inscrits seront payés immédiatement sur le produit de la vente après règlement des créances superprivilégiées⁵¹. Mais l'alinéa 2 de l'article 78 précise que le dividende versé aux créanciers devra être réduit en fonction du paiement anticipé qu'ils reçoivent.

De plus, le tribunal peut, s'il l'estime nécessaire, imposer au créancier une substitution de sûreté afin de libérer un bien, à condition que la nouvelle sûreté présente des « avantages équivalents »⁵², ce qui posera quelques problèmes pratiques. Mesure qui, une fois encore, fait peu de cas de la force obligatoire du lien contractuel⁵³. On doit ajouter à cet ensemble de mesures la possibilité pour le tribunal de prononcer l'inaliénabilité temporaire de certains biens⁵⁴, ce qui empêchera les créanciers munis de garanties sur ce bien de le saisir et le faire vendre.

51. En cas de plan de cession totale de l'entreprise, le sacrifice financier des créanciers a été plus important encore. Les créanciers seront payés sur le prix de cession selon leur rang car, si le cessionnaire acquiert les actifs il n'y a pas, en principe, transfert du passif. Or, ce prix de cession est trop souvent, en pratique, très insuffisant pour payer les créanciers de la procédure elle-même, ceux dont le droit naît après le jugement d'ouverture et auxquels la loi a donné un privilège de

⁴⁹ M.-J. Campana, L'Etat et les entreprises en difficulté, in La société civile, PUF 1989.

⁵⁰ Article 74 de la loi.

⁵¹ Article 78 de la loi.

⁵² Article 78, alinéa 3, de la loi.

⁵³ Voir également *supra*, n. 41.

⁵⁴ Voir *supra*, n. 39.

premier rang par rapport aux créanciers antérieurs à la procédure et qui peut être dépassé uniquement par le superprivilège des salariés⁵⁵. En effet, la hiérarchie des objectifs du plan de cession met au premier plan le redressement de l'entreprise, même si le paiement des créanciers est dérisoire⁵⁶. De plus, ces créanciers devront se contenter de ce paiement car, dans une innovation très remarquée, le législateur de 1985 a arrêté définitivement les poursuites individuelles contre le débiteur après la clôture de la liquidation judiciaire et après la cession totale de l'entreprise⁵⁷. Ce qui veut dire que même si le débiteur retrouve une meilleure santé économique par la suite, il sera définitivement déchargé de son passif antérieur. Mesure qui n'a pas manqué de choquer gravement les créanciers. Le législateur a fort heureusement exclu les hypothèses de fraude à l'égard des créanciers et de condamnation à la faillite personnelle qui permettent aux créanciers de retrouver leur droit de poursuite individuelle contre le débiteur après la clôture de la procédure.

En ce qui concerne les créanciers munis de sûretés, la loi de 1985 avait, dans le désir de privilégier ce mode de redressement, prévu des règles qui leur étaient très défavorables. D'une part, lorsque se trouve dans l'entreprise cédée des biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix de cession est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence⁵⁸. Ce qui ne veut pas dire que ce soit nécessairement un avantage pour les créanciers visés car tout dépend du résultat financier de la cession. D'autre part, le droit de suite de ces créanciers est maintenu, mais uniquement jusqu'à complet paiement du prix par le cessionnaire. A partir de ce paiement les créanciers ne peuvent plus poursuivre le repreneur car le paiement du prix de cession emporte purge des inscriptions. Ce qui est un avantage important de leur sûreté que les créanciers garantis perdent. Une seule exception était prévue pour le nantissement du matériel et de l'outillage dont la charge était transmise au repreneur.

Le législateur de 1994, considérant sans doute que la situation faite aux créanciers touchait à l'immoralité, a réformé la loi de 1994 de manière importante sur ce point.

B. Les apports de la loi du 10 juin 1994.

52. Dès le vote de la loi de 1985, la Garde des Sceaux de l'époque, M. Badinter avait indiqué que le texte serait réexaminé après le bilan de quelques années d'application. Le contexte politique n'a pas permis de tenir ce calendrier, mais plusieurs propositions de réforme ont été élaborées par divers organismes

⁵⁵ Voir *supra*, n. 34.

⁵⁶ Voir *supra*, n. 32 et 40.

⁵⁷ Article 169 de la loi.

⁵⁸ Article 93, alinéa 1er, de la loi.

professionnels. De cet ensemble, deux projets ont émergés dans lesquels la loi de 1994 a trouvé son inspiration. L'un a été établi par le C.N.P.F.⁵⁹ et l'A.F.B.⁶⁰ et publié en 1992. L'autre a été élaboré par un groupe de travail constitué par le Ministère de la Justice⁶¹. L'ensemble de ces projets n'ont pas eu l'ambition de remplacer la loi de 1985. Mais tous avait pour objectif de revaloriser la situation des créanciers. C'est dire que le sacrifice que leur avait imposé la loi de 1985 avait été mal ressenti par la pratique. La loi du 10 juin 1994, qui a également réformé la loi du 1er mars 1984⁶², a été complétée par un décret d'application du 21 octobre 1994. Elle comporte trois principes directeurs, l'amélioration du sort des créanciers (1°) et de la procédure (3°), la moralisation des plans de redressement (2°).

1°) L'amélioration du sort des créanciers

53. C'est incontestablement le point fort de la réforme. Des études⁶³, à la veille de la réforme, avaient calculé un taux global de recouvrement de l'ordre de 28 pour cent, avec des disparités importantes entre les créanciers puisque le passif privilégié est recouvré à hauteur de 60 pour cent environ, le passif chirographaire restant désespérément autour de 5 pour cent. Or, ce passif représente essentiellement le crédit fournisseur, très utilisé dans l'économie française.

54. Pour améliorer la situation des créanciers, le législateur a d'abord tenté de revaloriser leur rôle dans la procédure. Il a réorganisé une vieille institution, celle des contrôleurs⁶⁴, qui donne aux créanciers la possibilité de suivre de près la procédure, d'obtenir des informations sur son déroulement -notamment ils sont consultés et informés sur le rapport de l'administrateur⁶⁵- et même de prendre des initiatives pour demander au tribunal la cessation de l'activité et la liquidation judiciaire ou le remplacement des mandataires de justice. Toutefois, il n'ont toujours aucun pouvoir de décision sur les actes concernant le devenir de l'entreprise.

55. L'amélioration de la situation des créanciers s'est également traduite sur le plan financier. Mais ce sont surtout les créanciers munis de garanties qui ont vu leurs droits renforcés, ce qui aggrave la situation des chirographaires. Le privilège donné aux créanciers postérieurs à la procédure, dit privilège de

⁵⁹ Conseil national du patronat français

⁶⁰ Association française des banques. Voir à ce propos, J.-L. Courtier, *Les Petites Affiches*, 25 janvier 1993, n. 11, p. 7.

⁶¹ Voir *Les Petites Affiches*, 18, 21 et 23 février 1994, n. 21, 22 et 25 ; F. Derrida, *Très brefs propos sur la réforme de la « faillite »* : D. 1993, chr. 321.

⁶² Voir, en particulier, la prévention par l'alerte du président du tribunal, *supra*, n. 18.

⁶³ Statistiques établies en octobre 1993 par la S.F.A.C. et publiées dans le rapport présenté à l'Assemblée Nationale (Rapport A.N., n. 727, p. 40).

⁶⁴ Article 15 de la loi.

⁶⁵ Article 13 de la loi.

l'article 40⁶⁶, a été atténué en cas de liquidation judiciaire au profit des créanciers antérieurs à la procédure munis de sûretés immobilières ou mobilières spéciales avec droit de rétention⁶⁷. La situation des créanciers munis d'une clause de réserve de propriété a été très renforcée puisqu'ils pourront désormais revendiquer dans la procédure des biens même fongibles, donc non identifiés. Mais la mesure la plus lourde de conséquences sur le plan pratique est d'obliger désormais l'administrateur, pendant la période d'observation, à payer comptant les créanciers dont le contrat est poursuivi, à moins qu'ils n'octroient des délais de paiement à l'entreprise en difficulté. De plus, en cas de vente d'un bien grevé d'inscription pendant la période d'observation, le juge-commissaire peut ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien⁶⁸, et ce, malgré le principe absolu d'interdiction de payer les créanciers antérieurs pendant cette période⁶⁹.

Enfin, en cas de cession de l'entreprise, la situation des créanciers munis de garanties a été très améliorée par rapport à la situation passée⁷⁰. En effet, désormais va être transmise au cessionnaire non seulement la charge du nantissement portant sur le matériel et l'outillage mais de l'ensemble des sûretés mobilières et immobilières à la condition qu'elles garantissent le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre de financer le bien sur lequel porte la sûreté en cause. Certes le cessionnaire ne sera pas tenu de payer les échéances antérieures au plan de cession non payées par le débiteur, mais il devra prendre en charge les échéances future. La purge des inscriptions devient donc une situation beaucoup plus exceptionnelle qu'auparavant.

L'ensemble de ces mesures serviront sans doute à rassurer le crédit, mais elles auront une logique liquidative incontestable dans la mesure où l'entreprise en difficulté se trouve être moins bien traitée que l'entreprise *in bonis* notamment pendant la période d'observation.

2°) La moralisation des plans de redressement

56. Elle était nécessaire en raison, en particulier de certains abus observés en pratique à l'occasion de la cession d'entreprises en difficulté⁷¹ ou à l'occasion de certains plans de continuation dans lesquels le débiteur, parfois de moralité douteuse, pouvait continuer ses affaires face à des créanciers qui ne tiraient aucun profit de cette poursuite d'activité et qui pouvaient avoir été mis eux-mêmes en difficulté. C'est ainsi que le législateur de 1994 a alourdi les obligations du cessionnaire, a mieux réglementé les offres de cession et a

⁶⁶ Voir *supra*, n. 34 ; F. Derrida, le financement de l'entreprise : Rev. Trim. Dr. Com. n. spécial, 1986, p. 61 ; M. Cabrillac, L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application : Banq. 1986, 115 ; M.-J. Campana, Les droits des créanciers « article 40 » de la loi du 25 janvier 1985 : Rev. Dr. Bancaire 1991, 81.

⁶⁷ Article 40, alinéa 2.

⁶⁸ Article 34, alinéa 1er.

⁶⁹ Article 33, alinéa 1er.

⁷⁰ Voir *supra*, n. 51.

⁷¹ F. Derrida, *préc. supra*, note 37 ; F. Pérochon, *préc. supra*, note 37.

sanctionné plus efficacement l'ensemble des engagements pris⁷². Quant au plan de continuation il comporte désormais une durée maximale de dix ans, mais qui ne vise pas -et on peut le regretter- l'apurement du passif⁷³ ; de plus, aucune franchise de paiement des annuités ne peut excéder un an, et l'inexécution des engagements du débiteur, quels qu'ils soient, sera sanctionné par la résolution du plan suivie de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

3°) L'amélioration de la procédure

57. Elle se traduit essentiellement par la possibilité désormais donnée au tribunal de prononcer la liquidation judiciaire dès l'ouverture de la procédure, la période d'observation n'étant plus une étape obligatoire⁷⁴. Décision sage car en pratique certaines entreprises arrivent dans un état financier et économique tel qu'il est inutile d'engager des frais de procédure pour l'observer fonctionner ; surtout depuis que la loi de 1985 a étendu la procédure aux entreprises artisanales. De plus, certaines règles relatives à la déclaration de créances ont été aménagées. Enfin, les conditions de la revendication ont été grandement simplifiées et aménagées dans un sens plus favorable au revendiquant.

CONCLUSION

58. En conclusion à cette présentation synthétique du droit français des procédures collectives on peut tenter de faire un bilan pratique de ces onze années d'application des textes relatifs aux entreprises en difficulté.

La prévention, on l'a vu⁷⁵, n'a pas eu les résultats escomptés par le législateur, du moins telle qu'elle avait été réglementée en 1984, avant la réforme de 1994. La rigidité des mentalités, le refus compréhensible de reconnaître l'échec de la part d'un débiteur qui voit parfois s'écrouler toute une vie de labeur, l'intervention du tribunal qui même agissant dans le cadre d'une sorte de mission conciliatrice reste, aux yeux du justiciable, toujours emprunt de sa fonction juridictionnelle et sanctionnatrice, les imperfections de la procédure d'alerte, sont sans doute en partie à l'origine de cet échec. La réforme de 1994 est trop récente pour porter un jugement sur elle. On peut espérer que le rôle assigné au président du tribunal soit compris et entre dans l'horizon du chef d'entreprise comme un moyen possible pour résoudre des difficultés passagères.

Pour ce qui est du redressement judiciaire, si l'on doit approuver sans réserve l'objectif du législateur de sauvegarder l'entreprise, il est évident que cela ne saurait être à n'importe quel. Or, le sacrifice imposé aux créanciers a été jugé, par les praticiens essentiellement, comme excessif compte tenu des résultats obtenus depuis la mise en application de la loi. Les chiffres sont, à cet égard

⁷² Voir *supra*, n. 42 et 43.

⁷³ Voir *supra*, n. 50, et article 74, alinéa 2, de la loi.

⁷⁴ Voir *supra*, n. 34.

⁷⁵ Voir *supra*, n. 30.

accablants et éloquents. Le nombre des procédures collectives a considérablement augmenté depuis dix ans⁷⁶. Ce qui a entraîné la disparition d'un tissu industriel et social, des pertes d'emploi considérables⁷⁷ et le dépeuplement de régions entières. Toutefois ces chiffres appellent trois remarques.

59. La première est qu'ils doivent être nuancés. D'abord, le champ d'application de la loi a été élargi par rapport au passé. La procédure s'applique aux artisans et depuis 1988 aux agriculteurs. Ensuite, ils doivent être confrontés à d'autres chiffres comme les créations d'entreprise et les liquidations non judiciaires. Or, on constate que, dans le même temps, 278 950 entreprises ont été créées en 1989, 273 420 en 1990 et 240 832 en 1991⁷⁸ ; en outre, les procédures collectives ne représentent que le sixième des arrêts d'activité⁷⁹. C'est donc davantage l'image d'une économie en crise que d'une crise d'un droit des entreprises en difficulté⁸⁰.

60. Le seconde est qu'ils doivent être affinés. Le nombre des liquidations judiciaires prononcées est, en effet, plus révélateur de l'inefficacité d'une législation qui a eu pour ambition de sauvegarder les entreprises. Les statistiques relatives à l'issue de la procédure démontrent que, malheureusement, plus de 92 pour cent des procédures se terminent par une liquidation judiciaire. De sorte que moins de 10 pour cent des plans réussissent⁸¹. Ce constat d'échec doit toutefois être également nuancé. Beaucoup trop d'entreprises arrivent totalement exsangues à la procédure. Trop d'entre elles ont été créées sur des fonds d'aide à la création d'entreprises octroyés à des chômeurs qui par manque de fonds propres, manque de préparation ou manque de compétences suffisantes n'ont pu mener à bien leur projet.

61. La troisième est qu'il est « naïf et dangereux » d'espérer arrêter le nombre des défaillances d'entreprise par une loi⁸². Ces défaillances trouvent leurs causes dans des phénomènes économiques et sociaux qui dépassent le droit en général. La loi, une fois la cessation des paiements constatée, s'assigne simplement une fonction, fait un choix entre des équilibres à protéger, choix qui

⁷⁶ D'après des statistiques établies par l'INSEE :

1985 (à la veille de la réforme) : 26 425

1986 : 27 806

1987 : 30 766

1988 : 35 052

1989 : 40 042

1990 : 46 170

1991 : 53 252

1992 : 57 796

1993 : environ 70 000.

⁷⁷ 270 000 en 1992 d'après les statistiques de l'INSEE.

⁷⁸ *Les échos*, 16 mai 1992.

⁷⁹ Réponse ministérielle, 9 avril 1992 : J.O. Sénat, 9 avril 1992, p. 865.

⁸⁰ F. Terré, *Droit des faillites ou faillite du droit ?* : Rev. Jurispr. Com. 1991, 1.

⁸¹ Voir le tableau reproduit en annexe.

⁸² A. Lyon-Caen, *Les orientations générales de la réforme* : Ann. Univ. Toulouse, t. 34, p. 1 ; M.-J. Campana, *L'amélioration du sort des créanciers*, Les Petites Affiches, 8 décembre 1993, n. 147, p. 10.

dépend d'un contexte politique et économique. Il est frappant, à cet égard de constater que la loi de 1994, choisissant un autre équilibre que celui de la loi de 1985, a pu être votée à la faveur d'un changement de régime politique.

Si la fonction de la loi de 1985 a été de sauver les entreprises en difficulté, on peut alors affirmer qu'elle n'a pas été une réussite. Ce souhait, on l'a vu, est rarement réalisé pour diverses raisons qui tiennent moins à l'imperfection législative qu'au déclenchement tardif des procédures, au dysfonctionnement des mécanismes préventifs, à l'état de délabrement financier de certaines petites et moyennes entreprises. Ce qui a amené à s'interroger sur une autre fonction de ce droit qui répondrait moins au souci d'assurer une survie des entreprises qu'à la préoccupation plus profonde de la restructuration de l'économie dans un contexte concurrentiel⁸³. Le surendettement d'un débiteur constituerait, dans une économie de marché, un facteur de concentration. Concentration qui peut se réaliser soit par l'application du droit des sociétés, soit, en cas de défaillance du débiteur, par la technique du plan de continuation, puisque l'entreprise peut être reprise de l'intérieur par des tiers étrangers au débiteur, soit par la cession qui permettra la restructuration de l'entreprise dans un cadre plus vaste au prix de sa perte d'autonomie.

Mais la fonction concurrentielle du droit des entreprises en difficulté, peut être d'inspiration plus libérale que celle de la loi de 1985. Elle peut viser d'avantage, dans la conception d'une concurrence plus dure, à l'élimination des entreprises défaillantes. De sorte que l'entreprise serait soit préservée par la prévention -il est symptomatique, à cet égard que la loi de 1994 ait renforcé les mécanismes de prévention⁸⁴- soit éliminée, la cessation des paiements devenant l'antichambre de la liquidation. De fait, beaucoup de mécanismes liquidatifs ont été mis en place par le législateur de 1994. La faveur faite aux créanciers munis de garanties, et en particulier aux revendiquants, l'atténuation de droit préférentiel accordé aux créanciers qui ont aidé au financement de la période d'observation, les nouvelles charges imposées aux repreneurs peut faire craindre que la liquidation ne soit préférée ou s'impose. Mais cela ne se fera-t-il pas au détriment de l'équilibre social et de l'emploi ?

⁸³ J. Pagès et M. Jeantin, L'incertitude des fonctions assignées au droit de la faillite, in *Droit des faillites et restructuration du capital*, P.U.G., 1982, p. 17 et sv. ; M. Jeantin, *op. cit.*, n. 548 et sv.

⁸⁴ Voir *supra*, n. 20 et sv.

Tableau des redressement et liquidations judiciaires pour l'année 1989

TABLEAU I. — Les solutions du redressement judiciaire selon la catégorie juridique de l'entreprise. Année 1989

Catégorie juridique de l'entreprise	Solutions du redressement judiciaire			
	Nombre total des liquidations judiciaires et des plans	Répartition en p. 100		
		Total	Liquidation	Plans
<i>Total</i>	17 617	100	93,5	6,5
Dont : Artisans personnes physiques	2 135	100	93,3	6,7
Commerçants personnes physiques	4 020	100	92,5	7,5
S.A.R.L.	8 500	100	95,3	4,7
S.A.	1 048	100	79,7	20,3

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (voir *Infostat* n° 18, encadré 2).
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce.

* *Infostat*, janvier 1991, n° 19, statistiques élaborées par J.P. Haël, A. Hamon et B. Muñoz-Pérez.

TABLEAU II. — Les plans arrêtés selon la catégorie juridique de l'entreprise. Année 1989 *

Catégorie juridique de l'entreprise	Nombre de plans	Répartition par types de plans (p. 100)		
		Total	Continuation	Cession
<i>Total</i>	1 143	100	60,1	39,9
Dont : Artisans personnes physiques	143	100	91,6	8,4
Commerçants personnes physiques	301	100	76,7	23,3
S.A.R.L.	397	100	47,6	52,4
S.A.	213	100	29,6	70,4

Champ : échantillon de 80 tribunaux de commerce (voir *Infostat* n° 18, encadré 2).
Source : répertoire général civil des tribunaux de commerce.

* *Infostat*, janvier 1991, n° 19. J.P. Haël, A. Hamon et B. Muñoz-Pérez.



EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge
– depending on the availability of stocks – from:

The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

Please use order form overleaf

Publications of the European University Institute

To The Publications Officer
 European University Institute
 Badia Fiesolana
 I-50016 San Domenico di Fiesole (FI) – Italy
 Telefax No: +39/55/4685 636
 E-mail: publish@datacomm.iue.it

From Name
 Address.....

- Please send me a complete list of EUI Working Papers
- Please send me a complete list of EUI book publications
- Please send me the EUI brochure Academic Year 1997/98

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author
Title:
No, Author
Title:
No, Author
Title:
No, Author
Title:

Date

Signature



Working Papers in Law

LAW No. 90/1

David NELKEN
The Truth about Law's Truth *

LAW No. 90/2

Antonio CASSESE/Andrew
CLAPHAM/Joseph H. H.
WEILER
1992 – What are our Rights?
Agenda for a Human Rights
Action Plan *

LAW No. 90/3

Sophie PAPAETHYMIU
On a “Constructivist
Epistemology of Law”

LAW No. 90/4

Joachim WÜRMEILING
Legislativer Trilog im Institutio-
nellen Dreieck der Europäischen
Gemeinschaft. Das Verfahren der
Zusammenarbeit nach Artikel
149 Absatz 2 EWGV. *

LAW No. 90/5

Renaud DEHOUSSE
Représentation territoriale et
représentation institutionnelle:
réflexions sur la réforme du Sénat
belge à la lumière des expériences
étrangères

LAW No. 90/6

J. KORTE (ed.)/
A. E. KELLERMANN/
W. M. LEVELT-OVERMARS/
F. H. M. POSSEN
Primus Inter Pares: The European
Court and National Courts.
The Follow-up by National Courts
of Preliminary Rulings *

ex Art. 177 of the Treaty of
Rome: A Report on the Situation
in the Netherlands

LAW No. 90/7

Reiner GRUNDMANN
Luhmann Conservative, Luhmann
Progressive

LAW No. 90/8

Bruno DE WITTE
The Integrated Mediterranean
Programmes in the Context of
Community Regional Policy *

LAW No. 90/9

Anne-Laurence FAROUX
Le Ministère de la Culture en
France: Création et organisation

LAW No. 91/10

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 1
Christian JOERGES
*The Juridification of Product
Safety Policy* *

LAW No. 91/11

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 2
Gert BRÜGGEMEIER/
Hans-W. MICKLITZ
*Product Safety Legislation
in France and in the United
Kingdom* *

*out of print

LAW No. 91/12

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 3

Gert BRÜGGEMEIER/

Josef FALKE/Christian JOERGES
*Product Safety Legislation in the
Federal Republic of Germany and
in the United States **

LAW No. 91/13

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 4

Josef FALKE/Christian JOERGES
*"Traditional" Harmonisation
Policy, European Consumer Pro-
tection Programmes and the New
Approach **

LAW No. 91/14

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 5

Christian JOERGES/

Hans-W. MICKLITZ
*Internal Market and Product
Safety Policy **

LAW No. 91/15

Christian JOERGES
Markt ohne Staat? Die
Wirtschaftsverfassung der Ge-
meinschaft und die Renaissance
der regulativen Politik *

LAW No. 91/16

Erk Volkmar HEYEN
Systemic Interference and Social
Segmentation of Scientific Legal
Discourse: Some Theoretical
Perspectives and Empirical
Results in the Field of Continental
Administrative Law *

LAW No. 91/17

Andrea SCHULZ
Verfassungsrechtliche Grundlagen
der auswärtigen Kulturpolitik *

LAW No. 91/18

Hans-W. MICKLITZ
Internal Legal Instruments for the
Regulation and Control of the
Production and Use of Chemicals
and Pesticides *

LAW No. 91/19

Hans Ulrich Jessurun
d'OLIVEIRA
Class Actions in Relation to
Cross-Border Pollution.
A Dutch Perspective *

LAW No. 91/20

Luis María DíEZ-PICAZO/
Marie-Claire PONTTHOREAU
The Constitutional Protection of
Social Rights: Some Comparative
Remarks *

* * *

LAW No. 92/21

Aidan O'NEILL/Jason COPPEL
The European Court of Justice
Taking Rights Seriously?

LAW No. 92/22
Massimo LA TORRE
Linguaggio giuridico e realtà sociale. Note sulla critica realistica del concetto di diritto soggettivo

LAW No. 92/23
Renaud DEHOUSSE
Integration v. Regulation?
Social Regulation in the European Community *

LAW No. 92/24
José Engrácia ANTUNES
Le Groupe de Sociétés.
La crise du modèle légal classique de la Société Anonyme

LAW No. 92/25
Christian JOERGES
Geschichte als Nicht-Geschichte:
Unterschiede und
Ungleichzeitigkeiten zwischen
Friedrich Kessler und der
deutschen Rechtswissenschaft

History as Non-History:
Divergences and Time Lag
between Friedrich Kessler and
German Jurisprudence

LAW No. 92/26
Michael KING/Catherine KRATZ
La Notion d'Intérêt de l'Enfant en
Droit: Vecteur de Coopération ou
d'Interférence?

LAW 92/27
Massimo LA TORRE
A National-Socialist Jurist on
Crime and Punishment - Karl
Larenz and the So-Called
'Deutsche Rechtserneuerung'

LAW No 92/28
Diarmuid ROSSA PHELAN
The Application of United States
and European Community
Domestic Trade Laws to the
Imports of Nonmarket Economy
GATT Contracting Parties - A
Time for Change

LAW No. 92/29
Susanne KALSS
Das Höchststimmrecht als
Instrument zur Wahrung des
Aktionärsinflusses

LAW No. 92/30
Massimo LA TORRE
Diritto, potere, dominio
Argomenti per una teoria non
prescrittivistica del diritto

LAW No. 92/31
Renaud DEHOUSSE/Christian
JOERGES/Giandomenico
MAJONE/Francis SNYDER
In collaboration with Michelle
EVERSON
Europe After 1992
New Regulatory Strategies *

LAW No. 92/32
Renaud DEHOUSSE
Does Subsidiarity Really Matter?*

LAW No. 92/33
Diarmuid ROSSA PHELAN
"It's God we Ought to Crucify"

LAW No. 93/1
Massimo LA TORRE
Reglas, instituciones, transforma-
ciones. Consideraciones sobre el
paradigma "Evolución del
derecho"

*out of print

LAW No. 93/2
Francis SNYDER
European Community Law and
International Economic Relations:
The Saga of Thai Manioc *

LAW No 93/3
Aidan O'NEILL
The Government of Judges
The Impact of the European
Court of Justice on the
Constitutional Order of the
United Kingdom *

LAW No. 93/4
Francis SNYDER
Law and Anthropology:
A Review *

LAW No. 93/5
Francis SNYDER
Soft Law and Institutional Practice
in the European Community *

LAW No. 93/6
Jason COPPEL
Individual Enforcement of
Community Law: The Future of
the *Francovich* Remedy *

LAW No. 93/7
Massimo LA TORRE
Nostalgia for the Homogeneous
Community: Karl Larenz and the
National Socialist Theory of
Contract

LAW No. 93/8
Heike GEHRKE
The Implementation of the EC
Milk Quota Regulations in British,
French and German Law

LAW No. 94/1
Yota KRAVARITOU/Sally
SHELDON (eds.)
Abortion: Challenges to the Status
Quo

LAW No. 94/2
Sally SHELDON
The British Abortion Act (1967) -
A Permissive Reform?

LAW No. 94/3
Renaud DEHOUSSE
Comparing National and EC Law:
The Problem of the Level of
Analysis *

LAW No. 94/4
A Regulatory Framework for
Foodstuffs in the Internal Market.
Report on the Conference (6-7
May 1993) organised by Francis
SNYDER *

LAW No. 94/5
Christian JOERGES
Rationalization Processes in
Contract Law and the Law of
Product Safety: Observations on
the Impact of European
Integration on Private Law

Rationalisierungsprozesse im
Vertragsrecht und im Recht der
Produktsicherheit: Beobachtungen
zu den Folgen der Europäischen
Integration für das Privatrecht

LAW No. 94/6
Francis SNYDER
Integrità e frontiere del diritto
europeo: riflessioni sulla base
della politica agricola comune *

* * *

*out of print

LAW No. 94/7
Thomas ROETHE
EG-Ausschußwesen und
Risikoregulierung: Ein Problem
von Handlungsstruktur und
Rationalität

LAW No. 94/8
Hanne PETERSEN
On Women and Legal Forms

LAW No. 94/9
Martine SPENSKY
Mary Wollstonecraft, William
Thompson: deux voix/voies vers
l'égalité, 1792-1825

LAW No. 94/10
Luis María DíEZ-PICAZO
Sources of Law in Spain:
An Outline

LAW No. 94/11
Francis SNYDER
'Out on the Weekend': Reflections
on European Union Law in
Context *

LAW No. 94/12
Jonathan GOLUB
Rethinking the Role of National
Courts in European Integration:
A Political Study of British
Judicial Discretion

* * *

LAW No. 95/1
Christian JOERGES
Das Recht im Prozeß der
europäischen Integration
- Ein Plädoyer für die Beachtung
des Rechts durch die
Politikwissenschaft

LAW No. 95/2
Karl-Heinz LADEUR
Social Risks, Welfare Rights and
the Paradigm of Proceduralisation
- The combining of the institu-
tions of the liberal constitutional
state and the social state

LAW No. 95/3
Francis SNYDER
The Taxonomy of Law in EC
Agricultural Policy: A Case Study
of the Dairy Sector

LAW No. 95/4
Francis SNYDER
Interinstitutional Agreements:
Forms and Constitutional
Limitations *

LAW No. 95/5
Massimo LA TORRE
Democracy and Tensions -
Representation, Majority
Principle, Fundamental Rights

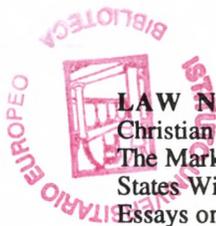
LAW No. 95/6
Karl-Heinz LADEUR
Post-Modern Constitutional
Theory - A Prospect for the Self-
Organizing Society

LAW No. 95/7
Massimo LA TORRE
Rules, Institutions, Transforma-
tions. Considerations on the
"Evolution of Law" Paradigm

* * *

LAW No 96/1
Silvana SCIARRA
Verso una costituzionalizzazione
dei diritti sociali fondamentali
nell'Unione europea

*out of print



LAW No. 96/2
Christian JOERGES
The Market Without the State?
States Without a Market? Two
Essays on the Law of the
European Economy

LAW No. 96/3
Massimo LA TORRE
Significato, azioni, giudizi di
valore

LAW No. 96/4
Marie-Bénédicte DEMBOUR
Harmonization and the Construc-
tion of Europe: Variations away
from a Musical Theme

LAW No. 96/5
Karl-Heinz LADEUR
Proceduralization and its Use in
Post-Modern Legal Theory

LAW No. 96/6
Silvana SCIARRA
How 'Global' is Labour Law? The
Perspective of Social Rights in the
European Union

LAW No. 96/7
Marie-Jeanne CAMPANA
Le droit français des entreprises
en difficulté

*out of print

