

Droit des entreprises en difficulté

Leçon 1 : Introduction au droit des entreprises en difficulté

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN

Table des matières

Présentation générale du cours.....	p. 3
Introduction.....	p. 4
Section 1. L'évolution historique du droit des faillites.....	p. 7
§1. L'évolution jusqu'à la réforme de 1967.....	p. 7
A. Le droit des faillites jusqu'au Code de commerce.....	p. 7
B. Le Code de commerce.....	p. 7
C. L'évolution postérieure au Code de commerce.....	p. 8
§2. Les traits généraux de la réforme de 1967.....	p. 9
A. Les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens.....	p. 9
B. La procédure de suspension provisoire des poursuites.....	p. 10
1. C'est tout d'abord une procédure d'exception.....	p. 11
2. C'est une procédure de nature économique.....	p. 11
3. C'est une procédure peu collective.....	p. 11
Section 2. La consécration progressive d'un droit des entreprises en difficulté.....	p. 12
§1. Les réformes des lois n° 84-148 du 1er mars 1984 et n° 85-98 du 25 janvier 1985.....	p. 12
A. La politique de prévention et de règlement amiable des difficultés.....	p. 12
B. Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires.....	p. 13
1. L'objectif économique du redressement.....	p. 14
2. Le caractère judiciaire de la procédure.....	p. 15
3. Déramatisation et humanisation de la procédure.....	p. 15
§2. L'adoption de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994.....	p. 16
§3. Le droit postérieur à la loi du 10 juin 1994.....	p. 17
A. La codification (Code de commerce 2000).....	p. 17
B. L'apparition d'un droit « spécial ».....	p. 18
C. La construction d'un droit européen de l'insolvabilité.....	p. 19
D. Les projets de réforme du Code de commerce.....	p. 21
1. Projet abandonné.....	p. 21
2. Loi sur la sauvegarde.....	p. 21
§4. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.....	p. 21
A. Domaine d'application.....	p. 23
B. Diversification des procédures.....	p. 23
1. La primauté des techniques de sauvetage.....	p. 23
2. Dans le cas où ces procédures ne sont pas envisageables ou échouent, la liquidation judiciaire doit être ouverte.....	p. 24
C. Adoucissement des sanctions.....	p. 24
D. La modification des rôles.....	p. 25
§5. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.....	p. 25
A. Fondements de l'ordonnance.....	p. 26
B. Elaboration de l'ordonnance du 18 décembre 2008.....	p. 26
C. Ampleur de la réforme.....	p. 27
§6. Réformes entreprises de 2010 à 2020.....	p. 28
§7. Le dispositif de lutte contre les conséquences économiques de la crise sanitaire.....	p. 30
A. Les ordonnances suscitées par la crise sanitaire (Covid 19).....	p. 30
B. Le dispositif de sortie de crise.....	p. 31
§8. La réforme du Livre VI du Code de commerce par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 et le décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021.....	p. 31
A. Principes généraux.....	p. 32
B. Entrée en vigueur.....	p. 32

C. Structure.....	p. 33
§9. La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.....	p. 33
§10. Les réformes à venir ?.....	p. 34

Présentation générale du cours

Ce cours présente les principes essentiels du droit des entreprises en difficulté, souvent intitulé « procédures collectives » ou autrefois « droit des faillites ».

Le cours est construit en deux parties :

- **La première** porte sur la situation des entreprises qui connaissent des difficultés financières, mais qui peuvent les résoudre sans recourir à la contrainte judiciaire. Sont alors exposées les techniques de prévention : information économique et procédures d'alerte ainsi que les procédés de règlement non contentieux des défaillances d'entreprises : mandat *ad hoc* et procédure de conciliation.
- **Dans une seconde partie**, sont envisagées les procédures judiciaires de sauvegarde, de redressement et de liquidation. Sont successivement exposées les règles relatives à l'ouverture de la procédure, la période d'observation, au sort de l'entreprise et à celui des dirigeants.

La compréhension et l'assimilation de ce cours est facilitée par de nombreux supports pédagogiques :

- tableaux descriptifs du déroulement des procédures,
- statistiques,
- indication des textes les plus importants,
- reproduction des décisions essentielles rendues par la Cour de cassation dans ce domaine,
- nombreux liens sur internet et, notamment, sur les défaillances de certaines entreprises.

La connaissance de cette matière, relevant du droit privé économique est essentielle :

- **d'un point de vue économique** : le nombre des procédures collectives est extrêmement important puisqu'en 1969, avaient été dénombrées à peine 10 632 procédures alors qu'en 1999, ce chiffre est passé à 41 339 procédures. A partir de 2008, en raison de la crise économique, il a dépassé le nombre de 60 000 entreprises par an (V. C. Delattre, *Rev. proc. coll.* 2009, Commentaires 138, p. 19), avec un pic de 63 703 procédures en 2013.

Un tassement et même un reflux de leur nombre avait été constaté cependant depuis 2015. Ont été enregistrées en 2018, 54 627 défaillances (55 175 en 2017, communiqué Altarès 24 janv. 2019 ; Banque de France : fin juin 2018 : 52 559 procédures sur 12 mois) de l'ordre de 55 000 par an (63 081 en 2015). La survenance de la pandémie de Covid 19 a confirmé cette tendance car les entreprises fragiles ont été maintenues en survie grâce à l'aide massive de l'Etat. Le nombre des défaillances d'entreprises repart cependant à la hausse depuis que les mesures d'urgence ont pris fin. En 2021, les chiffres des défaillances étaient encore rassurants : 28 371 procédures ont été dénombrées (soit un recul de 11,8 % par rapport à 2020, soit 729 jugements de sauvegarde, 6 500 de redressement judiciaire et 21 138 de liquidation judiciaire). Mais, en 2022, ont été enregistrées 42 514 défaillances qui se sont terminées par des liquidations judiciaires dans 73,6 % des cas. A la fin de l'année 2024, le total des défaillances cumulé sur les 12 derniers mois a été de 65 175 procédures et le chiffre de 67 000 sera atteint en 2025, soit plus de 200 000 emplois perdus .

Il en résulte que le redressement et la liquidation judiciaires constituent l'essentiel du contentieux commercial. En outre, la défaillance des entreprises a des conséquences économiques, financières et sociales très graves.

En savoir plus : Statistiques européennes

Selon l'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil en date du 22 novembre 2016 (qui a été adoptée le 20 juin 2019), en Europe, la moitié de l'ensemble des entreprises ne passe pas le cap des cinq ans et l'on estime à 200 000 le nombre des entreprises qui tombent en faillite chaque année, soit 600 par jour ce qui représente une perte de 1,7 millions d'emplois directs par an (proposition de Directive, n° 2016/0359).

- **d'un point de vue juridique** : Cette discipline suppose la connaissance de toutes les autres : droit des contrats, des sûretés, responsabilités civile et pénale, droit du travail, de l'environnement, fiscalité ... et y apporte tantôt des dérogations, tantôt des enrichissements dont il est indispensable de saisir la mesure.

Introduction

Le « *droit des entreprises en difficulté* » regroupe l'ensemble **des dispositions qui régissent les défaillances d'entreprises**.

Cette dénomination est récente et se substitue à celle plus connue et plus traditionnelle de « *droit des faillites* » ou de « *droit des procédures collectives* » qui puise, au contraire, ses origines dans le droit romain le plus ancien.

Cette évolution de la terminologie révèle, en réalité, un profond bouleversement de cette matière qui primitivement constituait le droit du règlement des dettes d'un commerçant et qui, aujourd'hui, est devenu un droit économique destiné à régler les difficultés des entreprises en état de cessation des paiements ou simplement, qui rencontrent des difficultés financières.

Le droit des faillites, qui a toujours existé en droit français, s'est construit par opposition à **la déconfiture civile**. En effet, lorsqu'un commerçant ne paie pas ses dettes, est mise en place une procédure judiciaire de règlement collectif et égalitaire des créanciers. **Au contraire, en droit civil**, si un particulier ne paie pas son créancier, celui-ci peut exercer des poursuites en paiement, voire des procédures civiles d'exécution, mais « *le paiement demeure le prix de la course* ». A la faillite, procédure organisée, s'oppose donc la déconfiture civile, système de poursuite individuelle laissée à la diligence de chaque créancier.

Cette opposition tranchée entre les deux systèmes a progressivement été édulcorée.

- D'une part, le droit des faillites a vu son domaine s'étendre progressivement des commerçants aux artisans, puis aux agriculteurs, aux professionnels indépendants et également à toutes les personnes morales de droit privé, ce qui a pour conséquence d'y soumettre des personnes non-commerçantes.
- D'autre part et à l'inverse, le droit civil s'est doté d'une procédure de traitement du surendettement des particuliers qui, à certains égards, permet un échelonnement organisé des dettes du débiteur (loi sur le surendettement des particuliers insérée dans la Code de la consommation). En outre, il a été créé une procédure de « *faillite civile* » sous le nom de procédure de rétablissement personnel (en cas d'insolvabilité, qui permet un effacement total des dettes pour les familles les plus endettées).

Le droit contemporain des faillites se caractérise aujourd'hui par la volonté de venir en aide aux entreprises qui connaissent des difficultés pour assurer le paiement de leurs dettes.

C'est donc l'émergence **d'un droit de l'entreprise en difficulté** que consacrent les textes les plus récents et, notamment, la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises et la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative principalement au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

Ce mouvement est confirmé par les textes postérieurs relatifs à la matière : loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté ainsi que par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 ayant pour objet d'améliorer la prévention des difficultés et les procédures collectives. Il en est de même de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant réforme du Livre VI du Code de commerce dont l'orientation essentielle demeure la sauvegarde des entreprises viables.

Des textes plus généraux comportent aussi des dispositions intéressant la matière. C'est le cas de la **loi, dite Macron, n° 2015-990** du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et de la **loi n° 2019-486 dite PACTE** du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises laquelle favorise le rebond du débiteur et précise la situation de certains créanciers, publics, notamment.

Dispositif provisoire. Afin de lutter contre les conséquences de l'arrêt, puis du ralentissement de l'activité économique, par suite de l'épidémie de Covid 19, le législateur a dû prendre des mesures provisoires d'adaptation du droit des entreprises en difficulté : **ordonnances n° 2020-341 du 27 mars 2020 et n° 2020-596 du 20 mai 2020**. Elles seront évoquées au fur et à mesure des questions qu'elles concernent.

Cependant, bien que « l'entreprise » soit au centre de ce dispositif législatif, il n'en est donné aucune définition légale. C'est une notion concrète qui est prise en considération par les textes dont il résulte que l'entreprise est appréhendée comme un ensemble global constitué par des moyens humains et matériels tendant à l'exercice d'une activité économique.

Le droit des entreprises en difficulté présente une très grande **importance pratique** pour des raisons diverses, à la fois économiques et juridiques.

D'un point de vue **économique**, le nombre des procédures collectives est extrêmement important et près de 2/3 des entreprises sont mises immédiatement en liquidation. Tous les secteurs économiques sont touchés ainsi que le montrent les défaillances de compagnies aériennes (Aiglazur) ou de voyagistes (Tomas Cook) ou encore de supermarchés (Rallye, Auchan..).

En savoir plus : Statistiques 2024 : 65 175 procédures soit une hausse globale de 16,7 % par rapport à 2023

- 95 % des procédures n'ont pas de salariés ;
- 5 510 entreprises en procédures collectives ont un chiffre d'affaires nul ;
- 70 % des procédures sont des liquidations judiciaires directes ;
- les procédures de sauvegarde représentent 2,8 % du total ;
- 27,9 % de redressements judiciaires :
- 17 596 entreprises ont un chiffre d'affaires entre 1 € et 1 million d'euros ;
- 192 458 emplois ont été concernés par l'ouverture d'une procédure collective en 2024 ;
- Près de 90 % des entreprises concernées emploient moins de 10 salariés.

Source : Observatoire des données économiques du CNAJMJ

Au-delà de ce nombre important de défaillances constatées judiciairement, il faut tenir compte des entreprises qui, sans avoir cessé leurs paiements, connaissent des difficultés financières.

C'est tout un tissu industriel qui disparaît dans certains secteurs économiques avec son cortège de licenciements et de dépeuplement de certaines régions. Les exemples ne manquent pas, qu'il s'agisse des « faillites » dans le secteur de l'industrie houillère et métallurgique (il suffit d'évoquer la liquidation judiciaire de Metaleurop), de l'industrie textile, des chantiers navals ou, plus récemment, des défaillances d'entreprises dans le domaine de l'immobilier, de l'aéronautique (Airliberté en France, American Airlines aux U.S.A.), de la santé (Orpéa) ou encore des faillites bancaires (Pallas Stern, Lehman Brothers).

L'importance économique de la défaillance des entreprises qui s'est traduite aussi par la **perte de plus de 200 000 emplois par an** (174 000 en 2007 ; 278 934 en 2011 ; 251 399 en 2013, 192 363 emplois menacés en 2024) et par l'immobilisation de sommes très importantes dans le cadre des procédures, explique l'importance prise par cette matière et le fait que l'Etat cherche à réguler le fonctionnement des procédures collectives, comme en témoignent l'ordonnance du 15 septembre 2021 et le plan de sortie de crise. La survenance de l'épidémie de Covid 19 a confirmé cette tendance, l'Etat ayant apporté un soutien financier massif aux entreprises à l'arrêt.

Remarque

En 2020 : 32 184 procédures : nombre au plus bas depuis trente ans (soit équivalent à 1987) : baisse nette dans les secteurs du bâtiment, du commerce (sauf maroquinerie, articles de voyage) ; sinistralité en hausse dans les agences de voyage ou les services administratifs de bureau), en hausse également dans les entreprises de transformation et de conservation de la viande de boucherie ainsi que de fabrication de bière. Pas de hausse dans le secteur de la restauration.

Mais en 2023, les secteurs de la construction (promotion immobilière, entreprises du bâtiment), de l'habillement, de la restauration font état d'un fort taux de défaillances. Il en est de même en 2024 pour la construction et le commerce.

Mais, en outre, ce sont des **raisons juridiques** qui fondent l'intérêt de cette matière. En effet, le contentieux des entreprises en difficulté est devenu le plus important quantitativement du droit commercial et, qualitativement,

c'est à l'occasion de l'ouverture d'une procédure que se posent des questions extrêmement complexes d'un point de vue juridique qui sont au carrefour d'autres disciplines : droit civil, procédure civile, droit des contrats, de l'environnement, droit pénal... Une procédure donne souvent lieu à une réflexion sur des questions relevant normalement du droit commun. Le droit des procédures collectives enrichit le droit commun, mais également, le déforme, particulièrement lorsqu'il s'agit de traiter du droit des garanties.

Raisons de l'importance pratique du droit des entreprises en difficulté :

Raisons économiques	Raisons juridiques
Modification du tissu industriel.	Contentieux le plus important quantitativement du droit commercial.
Augmentation des pertes d'emploi.	Touche à toutes les disciplines (droit civil, des contrats, pénal...).
Immobilisation de sommes importantes dans le cadre de procédures.	Enrichit le droit commun.

L'importance, tant économique que juridique, des entreprises en difficulté justifie qu'à titre introductif soit rappelée l'évolution historique de cette matière, appelée "Droit des faillites" jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle et montré comment le droit positif consacre progressivement un droit des entreprises en difficulté et, au delà, un véritable droit de la défaillance économique.

Section 1. L'évolution historique du droit des faillites

Le droit des faillites a des origines fortes anciennes puisqu'elles remontent au droit romain et que le code du commerce lui a consacré des dispositions importantes. Mais jusqu'à la loi du 13 juillet 1967, ce droit est demeuré essentiellement un droit du paiement. Il s'agissait d'organiser le règlement des dettes d'un commerçant. Depuis ce texte, une rupture a été marquée avec le passé car, sans le dire expressément, la réforme du 13 juillet 1967 a montré la nécessité d'envisager « *le droit des faillites* » non plus seulement comme un droit du paiement, mais comme un véritable droit de l'entreprise. C'est donc à ce moment que l'on peut situer une grande étape dans l'évolution historique de la matière.

§1. L'évolution jusqu'à la réforme de 1967

Cette période peut être divisée en trois étapes :

- jusqu'au Code de commerce
- avec le Code de commerce
- après le Code de commerce.

A. Le droit des faillites jusqu'au Code de commerce

Le droit romain connaissait déjà une procédure, appelée la « *venditio bonorum* », qui organisait une vente collective des biens du débiteur pour payer ses créanciers. Cette procédure est à l'origine de notre actuelle liquidation judiciaire. Elle a connu une évolution car, à l'origine dans le droit romain primitif, le créancier pouvait s'emparer de la personne de son débiteur, voire l'exécuter, alors que dans le droit romain classique, la « *venditio bonorum* » ne permet une exécution que sur les biens. Ceux-ci sont vendus et le produit de la liquidation est réparti entre les créanciers. Il s'agit d'une procédure d'exécution collective.

Le Moyen Age, le droit de la faillite conserve ce caractère de règlement collectif des dettes, mais il est diversifié selon que la procédure est ouverte dans un pays de coutumes ou dans un pays de droit écrit. Dans ce dernier, en effet, pendant longtemps a été maintenue la procédure romaine alors que, dans les pays de coutumes, est organisé, surtout dans les foires, un système de règlement collectif des dettes du débiteur qui pouvait être prononcé par le tribunal des foires. Ces tribunaux des foires sont les ancêtres de nos tribunaux de commerce et les ventes collectives que permettait la rigueur des foires sont également la source d'inspiration de la liquidation des biens. Le Moyen Age connaîtra des procédures assez répressives puisque le banqueroutier, celui dont le banc est rompu, pouvait en raison de sa malhonnêteté, être exposé au pilori ou au carcan, voire à la peine capitale.

C'est l'ordonnance de 1673 adoptée par Colbert qui va réglementer d'une manière plus rigoureuse les procédures collectives en distinguant les défenses et lettres de répit, les cessions de biens et les faillites et banqueroutes. L'ordonnance de Colbert comportant douze titres, en avait consacré trois à cette matière, montrant l'intérêt que lui portait le pouvoir royal désireux d'organiser les sanctions applicables aux commerçants faillis.

A cette époque, le droit des faillites est à la fois une procédure de règlement collectif et égalitaire des dettes et un procédé de sanction du débiteur défaillant, voire malhonnête.

B. Le Code de commerce

Le Code de commerce de 1807 a consacré le livre III aux « *faillites et règlements judiciaires, réhabilitations et banqueroutes et autres infractions en matière de faillite* ». Ces dispositions sont très sévères à l'égard

du débiteur qui n'a pas payé ses dettes et elles sont inspirées par la volonté de Bonaparte de moraliser les comportements des commerçants.

Pour l'essentiel, le Code de commerce réserve la procédure de faillite aux seuls commerçants et prévoit qu'elle est de la compétence des tribunaux de commerce. La faillite entraîne la vente forcée des biens du débiteur et le règlement de ses créanciers au marc le franc, c'est-à-dire au prorata de leurs créances. La faillite présente un aspect répressif très marqué car l'infraction de banqueroute simple ou frauduleuse s'applique dans des hypothèses extrêmement nombreuses.

La faillite poursuit donc une double fonction d'élimination du commerçant qui a trahi la confiance de ses pairs et de sanction de celui-ci.

C. L'évolution postérieure au Code de commerce

Après l'adoption du [Code de commerce](#), le droit des faillites va connaître une succession de réformes marquées tantôt par une volonté d'assouplissement de règles trop rigoureuses, tantôt par le désir de sanctionner le débiteur ou les dirigeants de sociétés.

La loi sur la faillite du 28 mai 1838 est empreinte du libéralisme du XIX^{ème} siècle et a été substituée au livre III du Code de commerce avec comme fondement de diminuer les sanctions applicables aux commerçants et d'accélérer la procédure de règlement des dettes. Bien que plus souple que le Code de commerce, cette loi ne consacre qu'une seule procédure se traduisant par la vente des biens du débiteur pour payer ses créanciers. Cette loi subsistera assez longtemps puisque, sous réserve de quelques interventions ponctuelles, c'est une loi du 4 mars 1889 qui la modifiera.

La loi du 4 mars 1889 est extrêmement importante car elle va créer, à côté de la faillite, une procédure plus souple : la liquidation judiciaire. Celle-ci a pour but de ne pas sanctionner le débiteur lorsqu'il n'est pas fautif. **Désormais, le droit français connaîtra deux techniques différentes de règlement des dettes : la liquidation judiciaire qui est une mesure de faveur pour les commerçants malheureux et de bonne foi, et la faillite qui conduit à la vente des biens du débiteur représenté par le syndic pour payer les créanciers.**

Dès lors, c'est en fonction du comportement du débiteur que se prononcera le tribunal. Il déclare la faillite en cas de faute et la liquidation judiciaire, s'il n'est pas fautif. Dans cette dernière hypothèse, le débiteur peut bénéficier d'un concordat.

Remarque

Qu'il s'agisse de la loi du 28 mai 1838 ou du 4 mars 1889, le souci est d'adoucir les procédures collectives. C'est une préoccupation inverse qui animera la période suivante.

En effet, **les décrets du 8 août 1935 et l'ordonnance du 23 septembre 1958** sont guidés par le double souci de clarifier les procédures et de les moraliser en punissant les dirigeants de sociétés malhonnêtes.

Les décrets-lois du 8 août 1935 ont été incorporés au code de commerce et ont permis une accélération de la procédure. En outre, ils ont créé un super-privilege au profit des ouvriers et commis du commerçant en faillite (à l'origine de l'actuel super-privilege des salariés). Mais surtout, ces décrets ont prévu qu'il serait possible de déclarer la faillite d'une société commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, aurait fait des actes de commerce dans son intérêt personnel. Ce texte extrêmement important permet donc d'ouvrir une procédure collective à l'encontre des dirigeants de sociétés alors qu'ils étaient, jusqu'à cette date, hors d'atteinte en raison du principe de la séparation des patrimoines.

Ce dispositif a été complété par une **loi du 16 novembre 1940** qui permet, dans les sociétés anonymes, de condamner le président du conseil d'administration ou les administrateurs à combler tout ou partie du passif social sur leur patrimoine propre. Ces deux actions en ouverture de la procédure et en comblement de

l'insuffisance d'actif sont longtemps demeurées dans notre droit positif. Elles étaient régies par les articles 180 et 182 de la loi du 25 janvier 1985 et manifestaient l'intention de sanctionner les dirigeants de sociétés qui sont à l'origine de la défaillance de l'entreprise. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, ne subsiste que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Les décrets du 20 mai 1955 et l'ordonnance du 23 septembre 1958 ont complété le système. Le premier décret relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation a abrogé toutes les dispositions antérieures et, notamment, le livre 3 du Code de commerce. Le second est relatif aux professions de syndics et d'administrateurs judiciaires (voir bibliographie). Ce décret du 20 mai 1955 constitue une sorte de Code de la faillite et maintient d'une manière très claire la distinction entre la faillite et le règlement judiciaire. La faillite est, en effet, une mesure d'élimination appliquée aux commerçants cessant leurs paiements et qui ne méritent pas d'échapper aux déchéances attachées à la procédure. Le règlement judiciaire, au contraire, peut se terminer par **un concordat** qui est de nature à permettre au commerçant de continuer son activité.

Remarque

A noter que dans l'esprit du texte, c'est le règlement judiciaire qui est le principe et la faillite l'exception puisqu'elle entraîne tout un cortège de déchéances et, notamment, la privation de droits civiques et politiques.

Cependant, un tel système a été critiqué car **il repose sur la faute commise par le commerçant**. Si le débiteur est fautif le tribunal doit prononcer la faillite, s'il n'est pas fautif, il peut ouvrir un règlement judiciaire. Or, ce critère fondé sur la faute est antiéconomique car, même si le débiteur est fautif, son affaire peut être saine et peut être redressée alors que, même s'il n'a pas commis de faute, il peut se trouver à la tête d'une entreprise qui doit disparaître.

L'insuffisance du critère de choix entre les deux procédures et le caractère dépassé du décret de 1955 qui ne s'appliquait pas aux personnes morales, va conduire à une réforme importante en 1967.

§2. Les traits généraux de la réforme de 1967

La réforme de 1967 a été réalisée par l'institution de trois procédures :

- **le règlement judiciaire et la liquidation des biens** régis par la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 ;
- **la suspension provisoire des poursuites** créée par l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967.

Ce corpus législatif marque une évolution très importante de la matière car, sous l'influence des idées du Doyen Roger Houin, il est bâti sur la **distinction du sort de l'homme et du sort de l'entreprise**.

En d'autres termes, le critère de distinction entre les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens n'est plus la faute, mais la possibilité de présenter un concordat sérieux.

Quant à la suspension provisoire des poursuites, pour la première fois, elle institue une procédure préventive permettant de sauver l'entreprise qui n'a pas encore cessé ses paiements. Il faut rappeler brièvement les traits généraux de chacune de ces procédures car ils expliquent les raisons de la réforme entreprise en 1985.

A. Les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens

L'idée directrice de la loi du 13 juillet 1967 est « **d'éliminer les entreprises économiquement condamnées sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité** ».

Dès lors, la loi prévoit des dispositions qui s'appliquent à l'entreprise et des dispositions qui concernent les dirigeants.

1- S'agissant de l'entreprise, la loi du 13 juillet 1967 distingue donc le règlement judiciaire et la liquidation des biens, mais le critère de choix entre les deux procédures n'est plus la faute commise mais un critère économique : la possibilité de présenter un concordat sérieux.

Si l'entreprise peut présenter un tel concordat, le tribunal devra déclarer **un règlement judiciaire**. Le débiteur est alors assisté par un syndic pour l'administration de ses biens et il peut établir des propositions de règlement de ses dettes afin que les créanciers votent un concordat. Le concordat est une sorte de contrat entre les créanciers et le débiteur, un moratoire permettant un apurement progressif du passif et ayant pour but de remettre le débiteur à la tête de son patrimoine.

Si le débiteur ne peut pas présenter un concordat sérieux, c'est-à-dire une solution de sauvetage, le tribunal déclare **la liquidation des biens** et les créanciers groupés au sein de la masse sont en état d'union. En d'autres termes, le débiteur est représenté par le syndic. Il est totalement dessaisi de la gestion de son affaire. Ses biens sont vendus par autorité de justice et le règlement des dettes est fait progressivement au prorata des créances en tenant compte de l'ordre des sûretés.

L'apport de la loi du 13 juillet 1967 s'agissant du choix de la procédure :

	Règlement judiciaire	Liquidation des biens
Critère de choix de nature économique	Concordat sérieux	Concordat non sérieux
Pouvoir du débiteur	Assisté par un syndic (aide)	Représenté par un syndic (dessaisissement)

2- S'agissant du dirigeant, en principe, qu'il soit débiteur ou dirigeant de société, il ne subit pas de sanction particulière du seul fait que l'entreprise est en liquidation ou fait l'objet d'un règlement judiciaire. Mais il est susceptible d'être frappé de sanctions s'il a commis des fautes.

Il peut s'agir de **sanctions civiles** : **la plus grave est la faillite personnelle**, c'est-à-dire une sanction se traduisant à la fois par l'interdiction de gérer toute entreprise commerciale ou artisanale, mais également par la privation du droit de vote et l'interdiction d'exercer une fonction élective. Désormais, le terme de « faillite » ne désigne plus le sort du patrimoine, mais le sort du dirigeant. C'est une mesure purement civile et c'est toujours le cas en droit positif. Le tribunal peut aussi se contenter du diminutif de la faillite personnelle et prononcer simplement une **interdiction de gérer toute entreprise** commerciale ou autre.

Mais le débiteur s'expose aussi à des **sanctions pénales** dans la mesure où la loi a conservé le délit de banqueroute et la distinction entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse.

Cette réglementation du règlement judiciaire et de la liquidation des biens se substitue aux anciennes procédures du décret de 1955. En outre, est instituée une procédure préventive : la suspension provisoire des poursuites.

B. La procédure de suspension provisoire des poursuites

Cette procédure, créée par l'ordonnance du 23 septembre 1967, s'applique à des entreprises en situation financière difficile, mais non irrémédiablement compromise dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et qui pourrait être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers.

Cette procédure est donc une procédure qui ne s'applique qu'à certaines entreprises qui ont une nature économique et dont le but est de présenter un plan de redressement.

1. C'est tout d'abord une procédure d'exception

Elle suppose que :

- l'entreprise se trouve dans une situation difficile mais n'a pas cessé ses paiements,
- l'entreprise est susceptible de se redresser dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers,
- l'entreprise est importante puisque sa disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale.

2. C'est une procédure de nature économique

En effet, le tribunal qui ouvre une procédure de suspension des poursuites prévoit une **période d'observation** destinée à permettre au débiteur de préparer un plan de redressement. Le jugement d'ouverture arrête les poursuites de la part des créanciers et cela pendant 3 mois.

A l'issue de la période d'observation, le débiteur présente un plan de redressement.

Ce plan est ensuite arrêté par le tribunal si l'entreprise peut être sauvée et il comprend deux parties : le redressement économique et financier de l'entreprise et le paiement des dettes des créanciers.

Si le tribunal constate que l'entreprise est en cessation des paiements, il rejette le plan et peut, éventuellement, prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens. Mais s'il approuve le plan, celui-ci devient opposable à tous les créanciers.

Ce dispositif, de toute évidence, a inspiré les législateurs de 1985 puisque le redressement judiciaire est fondé aussi sur la présentation d'un plan de redressement.

3. C'est une procédure peu collective

En effet, alors que dans le règlement judiciaire ou la liquidation des biens les créanciers sont groupés en une masse datée de la personnalité morale et représentée par un syndic, lorsqu'une entreprise est soumise à une suspension provisoire des poursuites, il n'existe **aucune organisation collective des créanciers**. En outre, ceux-ci ne votent pas le plan, alors qu'ils votent le concordat dans le règlement judiciaire, et ils ne sont jamais réunis en assemblée. Enfin, le principe n'est plus celui de l'égalité car des créanciers peuvent accorder des délais de paiement suffisants.

Ce texte porte en germes les idées directrices de la loi du 25 janvier 1985.

Section 2. La consécration progressive d'un droit des entreprises en difficulté

La réforme de 1967, bien qu'inspirée par le souci de distinguer le sort de l'homme du sort de l'entreprise, n'avait pas encore situé l'entreprise au centre de ses préoccupations. Au contraire, les réformes ultérieures vont bâtir un véritable droit de l'entreprise en difficulté.

Cette réforme s'est faite en plusieurs étapes. Une multitude de textes se sont succédés depuis 1967 toujours dans le souci d'améliorer la législation pour sauver les entreprises en difficulté et, à défaut, pour hâter leur disparition afin de permettre une réinstallation du débiteur.

Dans cette multiplicité des interventions législatives, on peut dégager quatre grandes périodes:

1- Tout d'abord, les lois n° [84-148](#) du 1^{er} mars 1984 et n° [85-98](#) du 25 janvier 1985 ont fait table rase du passé et ont posé le socle d'un droit nouveau. Mais ensuite, à leur tour, elles ont été réformées par la loi n° [94-475](#) du 10 juin 1994 et l'ensemble de ces textes a été codifié dans le **Code de commerce au livre VI** par une ordonnance de l'an 2000.

2- La confortation d'une politique de sauvetage. Mais depuis, toute la matière a été repensée par la loi n° [2005-845](#) du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui est rentrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Ce texte essentiel a placé la sauvegarde des entreprises au centre de la politique législative. Il a été complété par plusieurs décrets, le plus important étant celui du 28 décembre 2006 (n° [2005-1677](#)). Cette loi, à son tour, a été réformée par l'ordonnance n° [2008-1345](#) du 18 décembre 2008 et par son décret d'application n° [2009-160](#) du 12 février 2009. Ce droit est entré en vigueur le 15 février 2009. De nouveau, ce dispositif a été modifié par des textes plus spécifiques en 2010, puis en 2014 par l'ordonnance du 12 mars 2014 et son décret d'application. Ensuite, différentes précisions ont été apportées au coup par coup, par des textes qui se succèdent à une carence accélérée.

3- La réponse aux conséquences de la crise sanitaire. C'est ensuite la crise sanitaire qui a conduit à l'adoption de mesures provisoires pour éviter les dépôts de bilan, puis et pour aider les entreprises à sortir de la crise. La mise en place très rapide d'une réponse aux conséquences économiques de la crise sanitaire s'est traduite par diverses innovations dont certaines ont été pérennisées.

4 - L'harmonisation européenne. Enfin, la réforme des sûretés et la nécessité de transposer la directive "Restructuration préventive et insolvabilité" ont conduit à une réforme importante du Livre VI du Code de commerce par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021. Ce texte a été lui-même modifié par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'entreprise individuelle pour être adapté à la défaillance de l'entrepreneur personne physique.

§1. Les réformes des lois n° 84-148 du 1er mars 1984 et n° 85-98 du 25 janvier 1985

Ces textes sont d'une importance majeure. Ils constituent le socle de la réglementation actuelle.

- La loi n° [84-148](#) du 1^{er} mars 1984 introduit dans notre droit un système de prévention des difficultés des entreprises et de règlement non judiciaire de ces difficultés.
- La loi n° [85-98](#) du 25 janvier 1985 crée une procédure unique de redressement judiciaire destinée à présenter un plan de redressement de l'entreprise pour sauvegarder l'activité et maintenir les emplois.

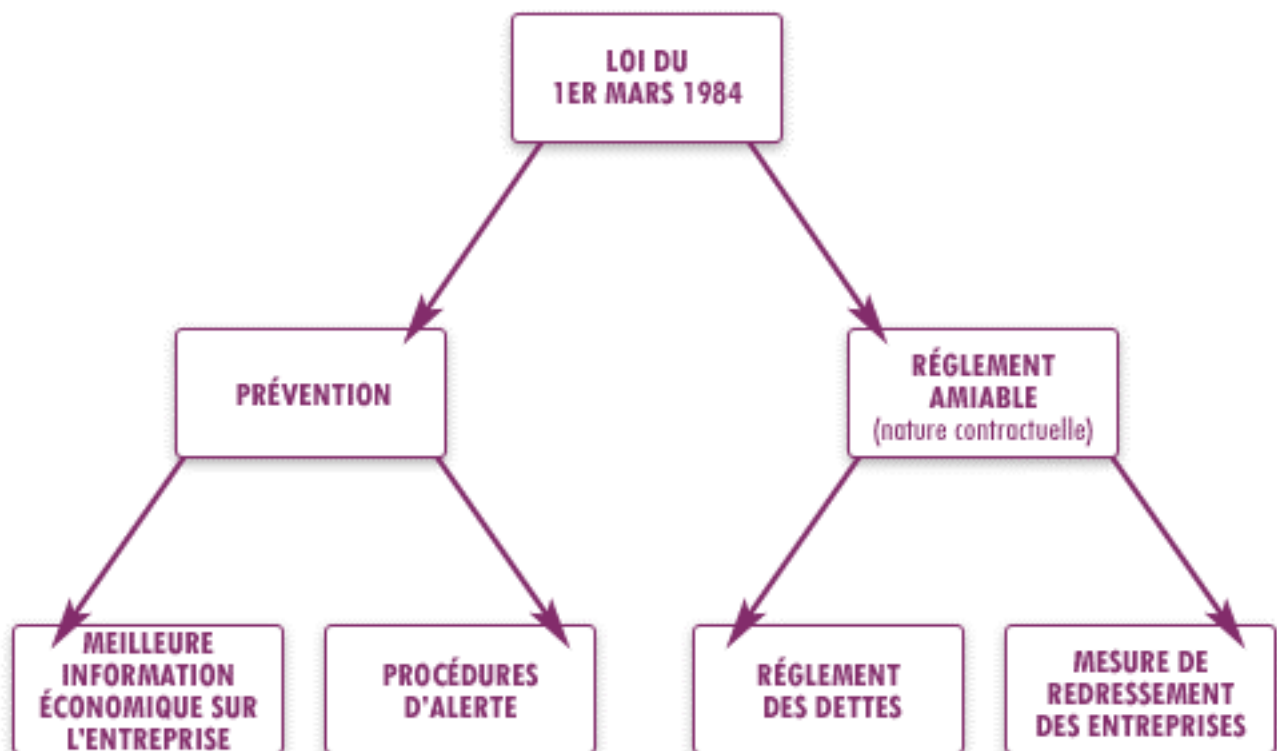
A. La politique de prévention et de règlement amiable des difficultés

1- L'objectif de prévention est le fondement de tout le système mis en place en 1984. Le législateur considère qu'il vaut mieux prévenir que guérir et, pour ce faire, éviter les défaillances et la cessation des paiements.

Les moyens pour parvenir à un tel résultat, ainsi que cela sera ultérieurement développé, tiennent pour l'essentiel à une meilleure **information** économique sur l'entreprise par une augmentation des obligations comptables et par de meilleures techniques de renseignement commercial, mais aussi à l'institution de procédures **d'alerte** déclenchées par différents organes : commissaire aux comptes, comité d'entreprise, président du tribunal de commerce...

2- À côté de la prévention est institué un règlement amiable des difficultés.

Plutôt que de recourir à l'autorité judiciaire pour ouvrir une procédure collective de paiement, le débiteur peut se rapprocher de ses principaux créanciers et conclure avec eux un accord amiable, appelé règlement amiable, par lequel est organisé un règlement collectif des dettes et sont prévues des mesures de redressement de l'entreprise. Cette procédure, bien qu'elle se déroule sous l'autorité du président du tribunal, n'est pas une procédure judiciaire, elle demeure fondamentalement contractuelle.



Prévention et règlement amiable issus de la loi du 1er mars 1984. Source : UNJF

B. Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires

Ce sont les deux grandes lois du 25 janvier 1985 qui vont, l'une, régir le redressement et la liquidation judiciaire et, l'autre, le statut des administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic

d'entreprise. Ces textes ont été complétés par une loi du 31 décembre 1988 qui a étendu les procédures aux agriculteurs.

Cette réforme globale a pour but de parvenir au redressement de l'entreprise en difficulté. Tout son objectif réside dans la volonté de sauvegarder l'entreprise et les emplois qui y sont attachés. A partir de ce moment, le « *droit des faillites* » devient réellement un droit de l'entreprise et une composante essentielle du droit économique (v. A. Lyon-Caen, *Les orientations générales de la réforme*, Annales Université Sciences sociales de Toulouse, t. XXXIV, 1986, p. 13).

Trois idées directrices animent le texte :

- c'est une loi économique,
- c'est une loi qui accroît le pouvoir judiciaire,
- c'est une loi qui tente de dédramatiser la procédure collective.

1. L'objectif économique du redressement

L'article 1^{er}, devenu l'article [620-1](#) du Code de commerce, énonce clairement : « ***qu'il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif*** ».

L'objectif est clair : le redressement judiciaire a pour but de sauver l'entreprise en difficulté. « *La nouvelle procédure de redressement judiciaire est indexée sur l'entreprise. Celle-ci en constitue l'épicentre. Il y a là moins une innovation que l'achèvement d'une évolution ...* » (A. Lyon-caen, op. cit., p. 16).

Par quels moyens ? Grâce à deux outils nouveaux ou du moins inspirés de l'ordonnance de 1967 : la période d'observation et le plan de redressement.

La période d'observation	Elle a pour objet d'analyser la situation de l'entreprise en difficulté, de trouver les causes de ses difficultés et de bâtir une solution de redressement. Pendant toute cette période, postérieure au jugement d'ouverture, l'entreprise est à l'abri des poursuites de ses créanciers et ceux-ci doivent déclarer leurs créances à la procédure afin qu'elles soient reconnues et portées sur l'état du passif.
Le plan de redressement	C'est une technique permettant à la fois de sauvegarder l'entreprise et les emplois qui y sont attachés et de payer les créanciers. Le plan de redressement, à l'époque, peut prendre deux formes principales : • le plan de continuation par lequel, en principe, le dirigeant ou le débiteur est à la tête de ses affaires mais où les dettes sont payées selon des délais fixés par le tribunal moyennant des mesures de redressement économique ; • le plan de cession qui est un procédé de redressement par transmission de l'entreprise à un repreneur. Si ces deux procédés ne peuvent pas être retenus, la seule issue est de déclarer

la liquidation judiciaire de l'entreprise. La procédure revêt alors le caractère d'une faillite habituelle. Un liquidateur est chargé de vendre les actifs mobiliers et immobiliers de l'entreprise afin de payer les créanciers selon l'ordre existant entre eux en appliquant, pour l'essentiel, les principes du droit civil gouvernant les sûretés.

2. Le caractère judiciaire de la procédure

Le système mis en place en 1985 marque un recul sensible du pouvoir des créanciers dans la procédure collective et, au contraire, l'accentuation du pouvoir judiciaire.

Le tribunal	Il est omniprésent dans la procédure collective et ses pouvoirs sont remarquables : • il ouvre la procédure, • il nomme les organes, • il autorise les actes graves, • et surtout, il arrête le plan de sauvegarde ou de redressement et déclare la liquidation judiciaire.
Le juge-commissaire	Un juge du tribunal, le juge-commissaire est doté également de prérogatives importantes dans le redressement judiciaire pour accélérer la procédure ou pour favoriser l'adoption du plan. En outre, dans la liquidation, il autorise les actes les plus graves, et notamment les ventes de gré à gré.
Le ministère public	Enfin, le ministère public voit son rôle constamment accru puisqu'il peut autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance, exercer des voies de recours, demander le remplacement des mandataires de justice.

Cette organisation consomme le déclin des créanciers qui ne définissent plus la solution applicable à l'entreprise dans la mesure où ils ne votent pas de concordat.

3. Dé dramatisation et humanisation de la procédure

Le législateur de 1985 a voulu humaniser la procédure collective, c'est pourquoi :

Les salariés	Les salariés sont associés à toutes les étapes de la procédure par le biais de leurs institutions représentatives et grâce à la désignation d'un représentant des salariés.
---------------------	---

Le chef d'entreprise	Le chef d'entreprise n'est plus systématiquement dessaisi de la gestion de son entreprise dans le redressement judiciaire, alors qu'il l'est dans la liquidation. Dans le redressement, il peut, en principe, être simplement assisté par l'administrateur judiciaire, voire n'être que surveillé par un mandataire de justice. En outre, les sanctions qui lui sont applicables sont plus souples. Elles n'ont jamais un caractère automatique puisque le tribunal n'est pas contraint de déclarer la faillite personnelle et que l'action en comblement de l'insuffisance d'actif suppose que soit prouvés la faute du dirigeant et le lien entre la faute commise et l'insuffisance de l'actif de l'entreprise. La loi de 1985 marque donc une volonté très nette de diminuer l'aspect infamant de la faillite car certains débiteurs ne sont pas malhonnêtes et ne méritent pas de sanctions particulières.
Le repreneur	C'est enfin le repreneur, ce personnage un peu mythique, qui est désormais inséré dans la procédure collective puisque la loi de 1985, pour la première fois, organise le plan de cession de l'entreprise et impose un certain nombre d'obligations au repreneur. Ce sont d'ailleurs ces obligations qui vont être accentuées par la loi du 10 juin 1994.

§2. L'adoption de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994

Malgré sa volonté de sauver les entreprises en difficulté, la loi du 25 janvier 1985 n'a pas totalement réussi puisqu'il s'avère que, comme par le passé, près de 90 % des entreprises font l'objet d'une liquidation judiciaire. Il n'en demeure pas moins que le texte est un bon moyen pour les entreprises qui disposent d'actifs et de savoir-faire de parvenir à une solution de sauvetage. Mais, cet objectif de redressement a souvent entraîné une réduction excessive des prérogatives des créanciers.

C'est pourquoi le législateur a souhaité gommer les aspects trop rugueux de la loi de 1985 tout en continuant la politique de prévention entamée par la loi du 1^{er} mars 1984. Ceci explique la réforme entreprise le 10 juin 1994. Cette loi n° 94-475 a pour objet d'améliorer le dispositif de prévention car les procédures mises en place en 1984 et, en particulier, le règlement amiable, intervenaient trop tard et comportaient des dispositions insuffisantes et, d'autre part, la loi simplifie et accélère les procédures de redressement et de liquidation judiciaire tout en renforçant les droits des créanciers et en moralisant les procédures.

Le dispositif de prévention	En ce qui concerne le dispositif de prévention , la loi du 10 juin 1994 a accéléré la procédure d'alerte en réduisant les délais et a accru les pouvoirs du président du tribunal en lui permettant d'ordonner la suspension des poursuites pour favoriser un règlement amiable. En outre, ce règlement a été rendu plus facile car il est désormais ouvert à un plus grand nombre de personnes et d'entreprises.
La procédure de redressement et de liquidation judiciaire	S'agissant de la procédure de redressement et de liquidation judiciaire , son architecture générale n'a pas été modifiée et le législateur a déclaré ne pas vouloir changer de logique. Cependant, la loi favorise certains créanciers en leur permettant d'être payés avant les créanciers postérieurs dans la liquidation judiciaire et en permettant aux revendiquants d'exercer plus facilement leur droit de propriété. En d'autres termes, le législateur de 1994 a accru les prérogatives des créanciers titulaires de sûretés ou de droits de propriété. En outre, elle a moralisé la procédure collective en augmentant les obligations pesant sur les repreneurs d'entreprise et, notamment, en leur imposant de payer les prêts permettant le financement des actifs. Ces textes sont désormais codifiés dans le Code de commerce aux articles L. 611-1 et suivants .

Mais cette réforme, à son tour, est apparue insuffisante car, si la balance a trop penché du côté de l'entreprise dans la loi de 1985, elle a trop penché du côté des créanciers dans la loi 1994. C'est pourquoi, une nouvelle réforme a été adoptée avec la loi du 26 juillet 2005.

Les apports de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 s'agissant du droit des entreprises en difficultés :

	Modifications procédurales	Poids des acteurs
Dispositif de prévention	Accélération de la procédure d'alerte	Augmentation des pouvoirs du président
Procédure de redressement et de liquidation judiciaire	Moralisation de la procédure	Augmentation des prérogatives des créanciers titulaires de sûretés et de droits de propriété

§3. Le droit postérieur à la loi du 10 juin 1994

Postérieurement à la loi du 10 juin 1994, les dispositions de la loi du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 ont été codifiées dans le Code de commerce.

En outre des dispositions particulières à certaines entreprises ont été adoptées sous l'influence du droit européen notamment.

A. La codification (Code de commerce 2000)

L'ordonnance du 18 septembre 2000 consacre le livre VI du Code de commerce aux « difficultés des entreprises ». Ce livre a été alors divisé en deux titres :

- le titre I intitulé : « **De la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises** »,
- le titre II qui traite « **Du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises** ».

Désormais, l'ensemble des dispositions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire figure dans un seul chapitre. La présentation de la matière y gagne en cohérence. En revanche, le décret du 27 décembre 1985 n'a jamais été codifié.

En principe la codification a été faite « à droit constant ». En réalité, certaines dispositions ont été modifiées dans un souci d'harmonisation ou de cohérence des textes (v. sur cette question, Le numéro spécial de *droit et patrimoine*, août 2001 : « La codification du code de commerce » et spécialement, l'article du professeur F. Pérochon sur le Livre VI).

La deuxième loi du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et experts en diagnostic d'entreprises a été codifiée dans le livre VIII intitulé « De quelques professions réglementées » qui a été modifié par une loi du 3 janvier 2003 qui a également porté ratification du Code de commerce.

B. L'apparition d'un droit « spécial »

Depuis 1994, certaines entreprises connaissent un régime particulier de traitement de leurs difficultés sous l'impulsion du droit européen afin de protéger les particuliers (v. C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Lextenso 2018).

Il s'agit des **établissements de crédit** dont la défaillance est régie par la loi du 25 juin 1999, insérée aux [articles L. 613-27 et s. du Code monétaire et financier](#).

Le CMF, pour l'essentiel, organise, dans le souci de protéger les dépositaires de fonds, des mesures préventives (normes prudentielles) spécifiques aux établissements de crédit.

Il subordonne aussi l'ouverture d'une procédure collective à un avis de l'Autorité de contrôle prudentiel. La procédure présente donc un caractère en partie administratif. En outre, les procédures du code de commerce, en principe applicables, sont adoptées aux organismes financiers. Le CMF retient, pour ce faire, une notion particulière de cessation des paiements. La procédure est ouverte à l'encontre des établissements de crédit « *qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements immédiatement ou à terme rapproché* ». L'Autorité de contrôle prudentiel peut, lorsqu'un administrateur ou un liquidateur a été nommé, saisir le tribunal judiciaire afin que soit ordonnée la cession des actions détenues par un ou plusieurs dirigeants (v. Ch. Lèquevaques, *La défaillance des banques*, Economica 2001).

Est prévu enfin un fonds de garantie destiné à indemniser les déposants.

Un droit spécial aux **entreprises d'assurance** a été également élaboré. Outre des mesures préventives particulières, a été instituée une liquidation spéciale visant à remplir de leurs droits les assurés et bénéficiaires de contrats qui ne peut être ouverte qu'à la demande de l'Autorité de contrôle prudentiel. Peut ensuite être ouverte une procédure judiciaire. La procédure est donc mixte : à la fois administrative et judiciaire. Une directive du Conseil de l'Union européenne du 19 mars 2001 prévoyant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurances a été transposée par l'ordonnance du 7 juin 2004 et instaure un système de ségrégation des actifs en faveur des assurés (v. C. Saint-Alary-Houin, op. cit., n° 64 et références citées).

Des dispositions particulières s'appliquent aussi aux dépositaires centraux de titres et autres établissements financiers ainsi qu'aux opérations sur titres et aux contrats de garantie financière.

Enfin bien qu'il ne s'agisse pas d'entreprises, **les copropriétés en difficulté** connaissent un régime de traitement particulier très inspiré de la loi de 1985, depuis une loi du 21 juillet 1994, insérée dans la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété et modifiée par la loi de mobilisation pour le logement du 25 mars 2009 et par la loi ALUR du 24 mars 2014. Ces textes ont notamment institué une procédure d'alerte et un dispositif de traitement des difficultés des copropriétés : paiement des charges, désignation d'un mandataire *ad hoc*,

administration provisoire, administration provisoire renforcée... Ils ont été modifiés par la loi n° [2024-322](#) du 9 avril 2024 sur la rénovation de l'habitat dégradé qui a notamment facilité le recours à un mandataire *ad hoc* et amélioré l'administration provisoire (*Dictionnaire permanent* « *Gestion immobilière* », Bulletin n° 578-1, n° spécial, « Dégradation des copropriétés : prévenir et traiter »).

C. La construction d'un droit européen de l'insolvabilité

1- L'uniformisation du droit substantiel des faillites paraissant difficilement envisageable, les institutions européennes ont entrepris, dans un premier temps, de régler les conflits de lois générés par les faillites européennes, c'est-à-dire par la défaillance d'entreprises qui développent leur activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres de l'UE. Après une longue gestation, a été adopté le règlement n° 1346 du 31 mai 2000. Ce texte n'est rentré en vigueur que le 31 mai 2002 et il a été précisé par une circulaire du 15 décembre 2006. Pour l'essentiel, il admet la compétence, pour ouvrir une procédure d'insolvabilité, du tribunal dans le ressort duquel l'entreprise a « *le centre de ses intérêts principaux* ». La décision d'ouverture produit effet dans les autres pays européens en raison du principe de l'universalité de la faillite et de la reconnaissance mutuelle des décisions ce qui permet de régler les conflits de juridictions, mais également les conflits de lois car le tribunal saisi applique sa propre loi.

Ce règlement qui a donné lieu à un contentieux important a été modifié par un nouveau règlement européen en 2015 qui en a étendu le champ d'application et rendu la procédure plus efficace. Ce texte est applicable depuis le 26 juin 2017 ([Règlement UE n° 2015/848](#), 20 mai 2015, *Rev. proc. coll.* juill. 2015, n° 86, p. 30, obs. Menjucq et Mastrullo).

2- Plus récemment, après une Recommandation de la Commission européenne "Nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises" (COM (2012) 742), une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, en date du 22 novembre 2016, a été adoptée pour établir des règles de fond communes aux législations des différents Etats. Cette directive du 20 juin 2019 ([Directive UE n° 2019/1023](#), JOUE 26 juin 2019) est relative " aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes". Elle laisse plusieurs options aux Etats pour adapter leurs droits de l'insolvabilité. La loi PACTE du 22 mai 2019 a prévu qu'elle devrait être transposée en France dans les 24 mois suivants sa publication.

Il en résulte que les Etats membres se sont dotés de mesures de traitement préventif et amiable des difficultés ainsi que de procédés de nature à favoriser le rebond du débiteur.

La directive vise, par une convergence accrue des procédures d'insolvabilité et de restructuration, à garantir aussi une plus grande sécurité juridique aux investisseurs transfrontaliers et à encourager une restructuration en temps utile des entreprises viables en difficulté financière.

Cette transposition n'a conduit qu'à une modification secondaire du droit français très en avance sur les autres pays européens en matière de prévention.

En revanche, d'autres aspects du traitement des difficultés des entreprises ont été revus profondément et, notamment, la place des créanciers dans les procédures judiciaires ou encore le rôle des professionnels. Ont été, notamment, mis en place des classes de parties affectées dont le rôle est de voter le plan de sauvegarde ou de redressement.

En savoir plus : Bibliographie

- Sur la proposition de directive :
 - T. Bonneau, « Le mécanisme dit du *cross-class cram-down* », *RPC* mars-avr. 2020, 11 p. 28 ;
 - O. Buisine, « Prévention des difficultés des entreprises : évolutions et prospective », *RPC* juill. 2018, *Etudes* 16, p. 17 ;
 - R. Dammann et M. Boche-Robinet, « Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe », *D.* 2017, p. 1254 ; Comp. J.-E. Degenhardt, « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016

visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? L'harmonisation des poires et des pommes », *BJE* mars 2017, n° 114h2, p. 153 ;

- L.-C. Henry, « La directive relative aux restructurations préventives... et la seconde chance de l'entrepreneur », *BJE* mars-avr. 2019, 116t8, p. 9 ;
- M. Houssin, « Le test du respect des intérêts des créanciers ou "*best interest test*" », *RPC* juill. août 2018, Etudes 19, p. 30 ;
- T. Monteran,
 - « L'Europe à l'écoute de la prévention française », *Journ. sociétés* n° 154, juill. 2017 ;
 - « Reconnaissance européenne de l'efficacité de la prévention à la française », *Gaz. Pal.* 27 juin 2017, n° 298a2, p. 36 ;
- P. Perochon, E. Delzant, M. Bosche-Robinet et D. Caramalli, « Améliorer les restructurations d'entreprises : approche comparée des droits et meilleures pratiques en France et en Allemagne », *BJE* juill. août 2019, n° 117 c3, p. 55 ;
- C. Saint-Alary-Houin, « Les procédures de prévention des difficultés des entreprises : la vision du droit français », *LPA* 30 mars 2018, n° 65, p. 16 ;
- C. Thevenot, « Quelques observations sur l'avènement des classes de créanciers », *RPC* juill. août 2018, Dossier 18, p. 78.
- Sur la directive :
 - J. Baron, P. Ehret et R. Damant, « Le droit allemand de l'insolvabilité : un modèle pour la transposition de la directive restructurations préventives en droit français ? », Table-ronde animée par M. Menjucq, *RPC* janv.-févr. 2020, n° 1, p. 73 ;
 - O. Buisine, « De quelques propositions relatives à la transposition de la directive Restructurations préventives et à la réforme du droit des sûretés », *RPC* juill.-août 2019, Etudes n° 12, p. 8 ;
 - O. Buisine et V. Rousseau, « L'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance », *RPC* mars-avr. 2020, 10, p. 23 ;
 - L.-C. Henry, « La directive relative aux restructurations préventives...et la seconde chance de l'entrepreneur », *BJE* mars-avr. 2019, 116t8, p. 9 ;
 - E. Inacio, « Le sort des praticiens français de l'insolvabilité face à la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs », *RPC* janv.-fév. 2019, Etudes 2, p. 16 ;
 - P. Roussel-Galle, « Elle est arrivée ! », *Rev. proc. coll.* juill. août 2019, Repère n° 4 ; Premiers regards sur la directive relative aux cadres de restructuration préventifs et à la seconde chance, *Rev. proc. coll.* mai-juin 2019, Dossier n° 10, p. 60.

Une harmonisation des règles de fond des procédures collectives est ainsi mise en place bien qu'un droit commun de l'insolvabilité ait déjà été élaboré sur certains points particuliers. Il en est ainsi des directives sur la **protection des travailleurs** visant à leur donner un droit de vote en cas de restructuration (98/59/CE ; 2009/38/CE), à mettre en place des institutions de garantie du paiement des créances impayées (2008/94/UE) ou à protéger les salariés en cas de transfert d'entreprises (2001/23/CE). De même, des directives concernent la **protection des actionnaires** en leur accordant un droit préférentiel de souscription lors d'une augmentation de capital (2012/30/UE).

3- 3^{ème} proposition de directive : la directive de 2019 va être complétée prochainement. Une proposition de troisième directive Insolvabilité a été adoptée le 7 décembre 2022 qui obligera le droit français à s'adapter à de nouvelles mesures concernant, par exemple, le *prepack* cession ou les nullités de la période suspecte (voir « Nouvelle directive sur l'insolvabilité : beaucoup de bruit pour rien ? », Dossier Dir. D. Fasquelle, *BJE* 201c7, sept. 2023, p. 48 ; « La proposition de directive d'harmonisation de certains aspects du droit de l'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* mai-juin dossier 2, p. 71).

La proposition de directive relevait que la moitié de l'ensemble des entreprises européennes ne dépasse pas le cap des cinq ans et que le nombre des entreprises qui tombent en faillite chaque année est de l'ordre de 200 000 soit 600 par jour, ce qui représente une perte de 1,7 million d'emplois directs par an. Dans un cas sur quatre ce sont des insolvabilités "transfrontières". Le taux de recouvrement des créances apparaît très variable d'un pays à l'autre (30 % en Roumanie ; 90 % en Belgique, par exemple). La durée des procédures est longue: 2 à 4 ans. Le droit de l'insolvabilité est considéré comme l'un des principaux goulets d'étranglement empêchant l'intégration des marchés de capitaux dans la zone euro (Rapport des 5 présidents, 22 juin 2015, p. 10).

D. Les projets de réforme du Code de commerce

1. Projet abandonné

En liaison avec la réforme des tribunaux de commerce, il avait été envisagé de repenser l'organisation de la prévention, du règlement amiable et des procédures collectives. Le législateur entendait, en effet, introduire la mixité (magistrats professionnels/juges consulaires) dans les tribunaux de commerce et faire relever le contentieux des procédures collectives des nouvelles chambres mixtes.

Le Conseil des ministres avait adopté le projet de réforme de la juridiction consulaire au mois de juillet de l'an 2000, mais avec le changement de majorité le projet de réformer les tribunaux de commerce a été abandonné.

Est restée la volonté d'amender les dispositions sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises.

Le projet de réforme élaboré en 1998 se proposait de conduire une réforme des procédures autour de 5 axes :

- rénovation de leur cadre juridique,
- amélioration de leur transparence,
- accélération de la distribution des fonds,
- traitement nouveau des petites procédures,
- encouragement du traitement amiable.

S'agissant de la loi de 1985, ce qui retiendra particulièrement l'attention c'est la possibilité qui serait offerte aux débiteurs d'ouvrir un redressement judiciaire à titre préventif, et l'institution d'une procédure de liquidation accélérée lorsque l'entreprise n'a que de faibles actifs.

2. Loi sur la sauvegarde

La réforme adoptée en 2005, à la suite d'un projet de loi Perben, retient certains de ces axes : il vise, notamment, l'amélioration de la prévention et remplace le règlement amiable par une possibilité de conciliation. Il prévoit aussi l'institution d'une procédure de liquidation simplifiée.

Mais la loi va beaucoup plus loin et crée une nouvelle technique de sauvetage : la procédure de sauvegarde qui permet à l'entreprise en difficulté, mais qui n'a pas cessé ses paiements de demander au tribunal l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, très proche du redressement judiciaire, qui lui permet de négocier un plan de sauvegarde avec ses créanciers. Ce projet a été examiné en Conseil d'État, puis en Conseil des ministres le 12 mai 2004 (*Actualité législative Dalloz* 2004, p. 1436). Comportant 197 articles, il est, sur certains points, assez éloigné de l'avant-projet qui avait circulé, étant plus nettement inspiré de la procédure américaine du « *chapter eleven* » du *Federal Bankruptcy Code*. Il a été examiné à l'Assemblée nationale en février et mars 2005. Adopté le 7 mars 2005 sur déclaration d'urgence, il a été étudié au Sénat en juin 2005 et définitivement promulgué le 26 juillet 2005, le recours formé contre certaines dispositions ayant été rejeté par le Conseil constitutionnel, par [décision n° 2005-522](#) du 22 juillet 2005. La loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

§4. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

Fondements du texte

La loi n° [2005-845](#) du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises modifie, de manière sensible, le droit positif sans, toutefois, abandonner la philosophie de la loi du 25 janvier 1985. Bien au contraire, dès les premières lignes de l'exposé des motifs, le projet de loi énonce que « *la sauvegarde des entreprises est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent* ». Il ne s'agit donc pas, du moins officiellement, de revenir à une conception purement patrimoniale de la matière en la réduisant à des procédures d'exécution, telles que les comportait l'ancien « droit des faillites ».

Ainsi qu'il est dit immédiatement : « *l'objectif de la sauvegarde de l'entreprise est crucial* ».

Pourquoi alors une telle réforme ?

Le ministre de la Justice, porteur du texte à l'époque, M. Dominique Perben, s'en explique dans l'exposé des motifs.

Ce droit, estime-t-il, serait devenu inadapté à notre économie parce que, adopté en 1984 et 1985, il « *trouvait sa place dans un principe d'économie dirigée, caractérisé par les nationalisations et l'interventionnisme de l'État dans la vie des entreprises* » et « *se traduisait par un considérable amoindrissement des droits des créanciers, au profit de la recherche à tout prix du sauvetage de la plus grande part des entreprises en difficulté, et par une attention insuffisante portée aux objectifs et au déroulement de la liquidation judiciaire* ».

Ce sont ces « défauts » que le projet se propose de corriger en diversifiant les procédures pour les adapter aux difficultés des entreprises et en repensant la place respective du débiteur et des créanciers dans la procédure, mais aussi celle du tribunal de commerce et du ministère public.

Principes directeurs

La loi est présentée par ses auteurs comme étant un texte novateur, libéral et pragmatique.

Novateur, dans la mesure où l'anticipation est conçue comme la condition du redressement puisque l'entreprise peut se placer sous la protection du tribunal avant toute cessation des paiements.

Libéral, car c'est au chef d'entreprise de choisir entre la voie préventive, lui offrant le choix entre le mandat *ad hoc* et la conciliation, ou la voie judiciaire lui permettant d'opter pour la sauvegarde s'il n'est pas en état de cessation des paiements ou le redressement judiciaire, en cas contraire. Libéral, aussi, dans la mesure où les sanctions qui frappent le chef d'entreprise sont considérablement allégées.

Pragmatique, parce que le projet est animé par une logique économique : celle de la continuation de l'exploitation, soit au travers des solutions amiables (mandat *ad hoc* et conciliation), soit au travers des solutions judiciaires : plans de sauvegarde et de redressement. Mais, en cas d'échec de la continuation, il n'y a pas d'autre alternative que la liquidation judiciaire. La cession de l'entreprise en difficulté n'est plus considérée fondamentalement comme une mesure de redressement.

L'essentiel de la réforme tient à l'extension du champ d'application des procédures collectives, à la diversification des procédures, à l'adoucissement des sanctions applicables au chef d'entreprise et à une « redistribution des rôles » au sein de la procédure.

A. Domaine d'application

La loi, en premier lieu, étend le domaine du droit des entreprises en difficulté qui, concernant jusque-là, les commerçants, les personnes immatriculées au répertoire des métiers, les agriculteurs et les personnes morales de droit privé, s'applique désormais aussi à :

« toute autre personne physique exerçant ou ayant exercé une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ». Les professionnels libéraux rentrent ainsi dans le champ d'application des procédures judiciaires, comme contractuelles.

B. Diversification des procédures

1. La primauté des techniques de sauvetage

L'objectif de sauvegarde, énonce l'exposé des motifs, « doit être poursuivi par des moyens diversifiés, sans porter d'atteintes excessives aux autres entreprises que sont les créanciers », et il faut « établir une distinction

claire fondée sur l'objectif des différentes procédures ». **La première ligne directrice de la loi est donc de diversifier et de clarifier les procédures de traitement des difficultés tout en protégeant les créanciers.**

Dans la recherche d'une solution de sauvetage permettant la continuation de l'exploitation, le législateur estime que le « *débiteur est le mieux à même d'apprécier la procédure la mieux adaptée à sa situation* » et qu'il convient de le « *responsabiliser* ». Il lui appartient donc de choisir entre la voie préventive ou la voie judiciaire.

Le débiteur - et lui seul - a la faculté de demander le bénéfice d'une **procédure de conciliation** lorsque l'entreprise éprouve une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible, mais aussi lorsqu'elle se trouve en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours. Il a également la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure judiciaire : **la sauvegarde**, dès lors que, sans être en cessation des paiements, il « *justifie de difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements* » (C. com., art. [L. 620-1](#)). Cette procédure de sauvegarde est, en effet, conçue comme un redressement judiciaire préventif puisqu'elle permet, à partir de difficultés prévisibles, de prendre des mesures utiles pour l'entreprise, avant même que la trésorerie ne soit affectée. Le résultat est que le débiteur peut choisir la conciliation alors qu'il a cessé de payer ses créanciers ou la procédure judiciaire, plus protectrice de l'entreprise, et plus contraignante pour les créanciers, alors qu'il continue à les régler de leurs créances. Cela suppose qu'il soit en mesure de faire ce choix et qu'il veuille le faire alors que de nombreux chefs d'entreprise cachent l'état de cessation des paiements ! Mais, en toute hypothèse, l'issue de la procédure est une solution de continuation qui prend la forme d'un accord amiable ou d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

2. Dans le cas où ces procédures ne sont pas envisageables ou échouent, la liquidation judiciaire doit être ouverte

Elle connaît alors une grande diversification. Elle peut être immédiate ou prononcée à l'issue de la période d'observation, normale ou simplifiée, dans le but d'une accélération des opérations de liquidation lorsque l'entreprise ne possède pas d'actifs immobiliers et emploie peu de salariés. Elle peut se traduire par une cession globale des actifs organisée dans le cadre d'un plan arrêté par le tribunal ou par des ventes de biens isolés, le choix s'effectuant en fonction de la meilleure rentabilité attendue de la vente, mais aussi du maintien de l'activité et de l'emploi.

C. Adoucissement des sanctions

Ce premier choix de la primauté de la sauvegarde en appelle un autre : « *dès lors que la réforme diversifie les procédures de traitement des difficultés que le chef d'entreprise peut engager, elle modifie profondément le régime juridique de sa responsabilité* ».

La fonction de chef d'entreprise est donc revalorisée. En toute hypothèse, la procédure, d'une part, ne peut plus être ouverte à titre de sanction, d'autre part, la responsabilité de ceux qui courent le risque de créer une entreprise est allégée et enfin la reprise des poursuites est limitée.

Exemple

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut plus être engagée pendant la durée du plan de sauvegarde ou de redressement. Seul l'échec du plan, constaté par un jugement de résolution, permet l'exercice de l'action, ou encore le prononcé de la liquidation judiciaire.

En outre, la procédure collective ne peut être ouverte contre un dirigeant à titre de sanction et l'obligation aux dettes sociales ne s'applique qu'aux dirigeants dont la société fait l'objet d'une liquidation judiciaire.

Enfin, le régime des actions est modifié dans un sens partiellement favorable aux dirigeants car la loi supprime la saisine d'office du tribunal. Le déclenchement des sanctions est de la compétence du mandataire judiciaire, du liquidateur et du ministère public.

La loi du 26 janvier 2005 assouplit aussi la sanction de la **faillite personnelle** qui, si elle entraîne toujours l'interdiction de gérer, n'est plus assortie d'interdictions et de déchéances, ce qui s'inscrit dans la tendance générale de ne plus admettre de sanctions automatiques. Le tribunal peut prononcer, mais uniquement s'il l'estime utile, une incapacité d'exercer une fonction publique élective qui prendra effet de plein droit à compter de la notification qui est faite à l'intéressé par le ministère public.

Le prononcé de la sanction est désormais enfermé dans un **délai de prescription de cinq ans à dater du jugement d'ouverture**. La durée de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer ne pourra plus être **supérieure à quinze ans**. Enfin, le jugement de clôture pour extinction du passif entraîne relevé de toutes interdictions, déchéances et incapacités d'exercer une fonction publique élective, et en cas de clôture pour insuffisance d'actif, l'interdiction de gérer ne permet plus la reprise des poursuites individuelles.

D. La modification des rôles

La réforme a une approche différente de la place que doivent avoir les institutions judiciaires dans la procédure. Elle marque un recul du rôle du tribunal de commerce et de l'interventionnisme judiciaire alors que, dans le même temps, elle accroît la présence du ministère public dans toutes les procédures contractuelles comme judiciaires.

Certes, le **tribunal de commerce** est consacré comme organe protecteur des entreprises qui peuvent se placer sous main de justice sans être encore en état de cessation des paiements. Mais, corrélativement, le texte étant d'inspiration libérale, il joue un rôle moins actif. Cela se traduit par la suppression de nombreux cas de saisine d'office jugés contraires au principe de la neutralité et de l'impartialité du juge.

A l'inverse le **ministère public voit ses prérogatives accrues**. Le ministère public présent dans les procédures depuis 1981 n'a cessé de voir son rôle augmenter. Il peut toujours mettre en œuvre certaines actions : ouverture de la procédure, remplacement des organes, actions en nullité de la période suspecte, actions contre les dirigeants. Mais, en outre, il devra désormais être présent dans les procédures non contentieuses lorsque est bâti un accord amiable, à la suite d'une procédure de conciliation. Il en sera de même en cas d'ouverture de la procédure de sauvegarde et lors de l'arrêt du plan de sauvegarde ou de redressement. Il devient, par conséquent, le garant de la moralité des opérations. En outre, il peut exercer très largement des voies de recours : il a désormais la faculté d'interjeter appel des jugements qui statuent sur les sanctions civiles, même s'il est partie jointe. Il peut également faire appel des jugements ouvrant la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, mais son appel n'est plus suspensif.

§5. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

A peine en vigueur depuis trois ans, la loi de sauvegarde a été, à son tour, améliorée par l'ordonnance n° [2008-1345](#) du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et par son décret

d'application du 12 février 2009. Ces textes sont rentrés en vigueur le 15 février 2009 et s'appliquent aux procédures ouvertes après cette date sous réserve de quelques textes d'application immédiate ou au premier janvier 2009.

C'est le Président de la République, Nicolas Sarkozy, qui a lancé la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté, le 6 septembre 2007, lors de l'inauguration de l'exposition sur le bicentenaire du Code de Commerce au Tribunal de Commerce de Paris : « *Il faut aller plus loin, a-t-il dit, avec beaucoup plus d'audace en matière de prévention des difficultés* » en renforçant, notamment, l'attractivité de la procédure de sauvegarde. C'est ainsi qu'a été initiée la quatrième grande réforme depuis la loi du 13 juillet 1967, du droit des entreprises en difficulté dont il faut retracer les fondements, la technique d'élaboration et le contenu.

A. Fondements de l'ordonnance

Pourquoi une telle précipitation ? Y avait-il urgence à réformer un droit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006 ? Vieux d'à peine trois ans ? La réponse est affirmative pour plusieurs raisons :

1- D'une part, la procédure de sauvegarde instituée par la loi du 26 juillet 2005 a été un relatif échec, au moins statistiquement (Ph. Haël, B. Munoz-Perez et C. Moreau, *Premier bilan statistique de l'application de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 par les tribunaux de commerce*, Centre d'études et Recherches du Ministère de la justice, juin 2008) : en 2006 : 507 entreprises y ont eu recours et 520 en 2007, environ 700 en 2008, alors que, dans le même temps, ont été déposées plus de 50 000 demandes d'ouverture de procédures de redressements et de liquidations judiciaires. Elle ne représente qu'un pour cent des demandes. Or, le nombre des procédures collectives est reparti, à ce moment-là, à la hausse. L'augmentation est de l'ordre de 5 % en 2007, de 10 % en 2008 dépassant les 60 000 procédures en 2009. C'est la conséquence de la crise financière internationale (*subprimes*), des fluctuations du prix du pétrole, et de manière générale, de la très mauvaise situation économique de la France, à cette période.

Il fallait donc faciliter le recours à la procédure de sauvegarde qui permet de placer l'entreprise sous la protection de la justice avant qu'elle ne soit en état de cessation des paiements. Procédure d'anticipation et de prévention, la sauvegarde est efficace si elle est déclenchée de manière précoce. L'adoption d'un plan de sauvegarde permet la restructuration de la dette et une réorganisation de l'entreprise. Des exemples très médiatisés comme la sauvegarde du groupe Eurotunnel, de Libération, mais aussi d'autres entreprises de taille moyenne l'ont montré. Le premier axe de la réforme est donc « *de rendre la procédure de sauvegarde plus accessible et plus attractive* ». C'est son aspect essentiel. Il est complété par une amélioration de la procédure de conciliation « *sans porter atteinte au caractère amiable et confidentiel de cette procédure qui en fait la spécificité* ».

2- D'autre part, la préparation de la loi du 26 juillet 2005 a été chaotique. La procédure de sauvegarde a été introduite « par raccroc », en cours d'élaboration du texte et sa place au sein des procédures manquait de clarté. Procédure autonome ou « redressement judiciaire anticipé » ? Le choix n'était pas clair. Pareillement, la possibilité d'une cession d'entreprise en redressement judiciaire a été ajoutée au cours des débats laissant planer de nombreuses incertitudes sur la réalité de son maintien (v. C. Saint-alary-houin, « Le projet de loi de sauvegarde des entreprises, continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Dr. & patr.* janv. 2005, p. 42). Quant à la liquidation simplifiée, elle s'avérait, malgré son nom, très délicate à mettre en œuvre. Il convenait donc d'approfondir le travail accompli à la lumière de trois ans d'expérience.

3- En outre, depuis la loi du 25 juillet 2005, d'autres textes entretenant des liens étroits avec le droit des entreprises en difficulté ont été adoptés sans aucun souci d'articulation. Qu'il s'agisse de l'introduction de la fiducie dans le code civil par la loi du 19 février 2007 ou de l'admission étonnante d'un gage sans dépossession comportant un droit de rétention par la loi du 4 août 2008, il fallait déterminer leur efficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective.

B. Elaboration de l'ordonnance du 18 décembre 2008

1- Dès le premier trimestre de l'année 2008, un **avant-projet d'ordonnance**, élaboré par la Chancellerie, réformant la récente loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises dont certaines insuffisances avaient été dénoncées par le rapport d'information, présenté à l'Assemblée Nationale, par M. Xavier de Roux (Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises déposé à l'Assemblée Nationale par M. Xavier de Roux, 31 janv. 2007, n° 3651). circule et est soumis à l'examen d'universitaires et de praticiens spécialisés dans les procédures collectives (Avant-projet d'ordonnance « portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté » ; G. Teboul, « La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance », *Gaz. pal.* 8 avr. 2008, p. 3 ; Ph. Roussel-Galle, « L'Avant-projet d'ordonnance », *JCP E*, 2008, act. 250 ; A-S Texier, *La modernisation du droit des entreprises en difficulté prend forme*, n° 123).

2- Afin de légiférer rapidement dans un contexte économique très difficile et générateur de nombreuses défaillances, le Gouvernement demande à être **habilité à réformer par voie d'ordonnance**. Saisi de la loi d'habilitation, le Sénat en modifie le périmètre dans un double sens, pour permettre au gouvernement d'étendre le champ d'application des procédures aux artisans dispensés d'immatriculation au répertoire des métiers et afin d'appliquer à la procédure de sauvegarde les remises des pénalités et des frais de poursuite prévues en cas de redressement et de liquidation judiciaires (*D.* 2008, p. 1187, obs. A. Liénhard). En revanche, le Sénat estime inopportun de modifier le régime de la fiducie dans cette ordonnance si ce n'est pour l'articuler avec celui des procédures collectives. C'est pourquoi les modifications envisagées seront introduites dans le Code civil par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui, par ailleurs, donne au Gouvernement six mois, à partir de son entrée en vigueur, pour déposer l'ordonnance de réforme du droit des entreprises en difficulté. La Chancellerie a tenu compte des remarques adressées à l'avant-projet qui avait circulé avant de présenter le projet d'ordonnance au Conseil d'Etat et au Conseil des ministres lesquels lui ont apporté quelques retouches parfois importantes. Le texte de l'ordonnance est donc le fruit d'une réelle concertation (V. Par exemple, les opinions émises au colloque organisé à Toulouse par le Centre de droit des affaires et réunies par M-H Monserie-Bon et C. Saint-Alary-Houin, « La loi de sauvegarde des entreprises : nécessité et intérêts d'une réforme annoncée », *D.* 2008, p. 941 ; T. Monteran, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. pal.* 24 janv. 2008, p. 3 ; Rapport de la CCIP, présenté par A. Outin-Adam ET C. Alexandre-Caselli, *D.* 2008, n° 23, p. 1541).

3- L'**ordonnance n° 2008-1345**, adoptée le 18 décembre 2008, est **entrée en vigueur le 15 février 2009** à l'exception de l'article 16 permettant au président du tribunal de remplacer le juge-commissaire empêché ou ayant cessé ses fonctions applicable dès le 1^{er} janvier 2009. En principe, l'ordonnance ne concerne pas les procédures en cours sous réserve des articles 16, 133 (abrogeant l'obligation aux dettes sociales) et 135, modifiant la faillite personnelle. En outre, les dispositions du cinquième alinéa de l'article 63 permettant d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire en cas d'échec du plan de sauvegarde, sont applicables aux plans de sauvegarde en cours d'exécution au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance toujours en raison de leur intérêt immédiat. L'article 173 de l'ordonnance précise aussi que la sanction de l'obligation aux dettes qui est supprimée ne peut plus être prononcée à partir du 15 février 2009, mais que les actions déjà engagées à cette date se poursuivent.

C. Ampleur de la réforme

L'atteinte d'objectifs aussi divers explique l'ampleur de la réforme. L'ordonnance comporte, en effet, 174 articles et se déroule en deux titres :

Le premier réunit les dispositions modifiant le Code de commerce et comporte huit chapitres modifiant les différentes procédures :

- I- Amélioration du *mandat ad hoc* et de la conciliation (art. 2 à 11)
- II- Attractivité de la sauvegarde (art. 12 à 74)
- III- Aménagement du redressement judiciaire (art. 75 à 90)
- IV- Amélioration de la liquidation judiciaire (art. 91 à 128)
- V- Des responsabilités et des sanctions (art. 129 à 145)
- VI- Dispositions procédurales (art. 146 à 159)
- VII- Dispositions relatives aux administrateurs et mandataires judiciaires (art. 160 à 162)

VIII- Dispositions communes (art. 163 à 166)

Le second titre comportant des « Dispositions diverses et finales » est divisé en deux chapitres, l'un sur les dispositions modifiant d'autres codes et l'autre réunissant celles qui sont relatives à l'Outre-mer. Le nouveau texte reprend donc la réforme réalisée en 2005 et la pousse à son terme d'autant que son décret d'application n° 2009-160 du 12 février 2009 comportant plus de cent cinquante articles apporte de nombreuses précisions au déroulement des procédures.

- *En la forme*, l'ordonnance améliore très sensiblement la rédaction des textes antérieurs. Certains articles sont entièrement réécrits pour couper court aux contentieux naissants, d'autres sont complétés ou ajoutés.
- *Au fond*, l'ordonnance n° [2008-1345](#) du 18 décembre 2008 s'inscrit clairement dans la lignée des réformes précédentes en ne changeant pas les objectifs antérieurs. Bien au contraire, elle renforce sensiblement les procédures de sauvetage de l'entreprise en se gardant de tout dogmatisme. Animée d'un souci de pragmatisme, elle facilite le passage d'une procédure à l'autre et accélère la liquidation judiciaire lorsque celle-ci est inévitable. L'ordonnance du 18 décembre 2008 conduit ainsi le droit des entreprises en difficulté à maturité en recherchant l'efficacité économique des solutions, la clarté des textes et la cohérence des législations. Comme l'indiquent ses auteurs, « *il ne s'agit pas d'un simple toilettage du livre VI du Code de commerce. En effet, les modifications apportées sont nombreuses et tendent à lever les entraves à une mise en œuvre optimale des principes directeurs de la loi de sauvegarde* ». La réforme a été d'ailleurs reçue de manière positive par la doctrine.

§6. Réformes entreprises de 2010 à 2020

- Le Livre VI du Code de commerce a été partiellement modifié depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 par plusieurs textes :

- d'une part, la **loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière** a créé une procédure de sauvegarde financière accélérée dont l'objet est de permettre l'adoption sous la forme d'un plan de sauvegarde d'un accord de conciliation qui n'a pas été signé par tous les établissements de crédit. Ce texte a également facilité l'adoption du plan de sauvegarde en facilitant le traitement du passif.

Exemple

Conversion des créances en capital.

- D'autre part, l'**ordonnance du 9 décembre 2010** a adapté les dispositions du Livre VI du code de commerce à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Ce texte prévoit, notamment, dans les articles [L. 680-1](#) à [L. 680-7](#) que les procédures de prévention et de traitement doivent, en pareil cas, s'appliquer "patrimoine par patrimoine", c'est-à-dire qu'il faut limiter l'effet réel de la procédure au patrimoine affecté à l'entreprise en difficulté (v. C. Saint-Alary-Houin, « EIRL et procédures collectives », *Dr. & patr.* avr. 2011, p. 63). Malgré l'importance de ces deux textes, il s'agit de mesures particulières qui ne bouleversent pas l'économie générale du Livre VI sur les "Difficultés des entreprises".

- Une **loi n° 12-1246 du 12 mars 2012** a également été adoptée à la suite de l'affaire Petroplus afin de permettre de prendre des mesures conservatoires sur des biens appartenant à des tiers (dirigeants, sociétés-mère) dans l'attente de retenir leur responsabilité ou de leur étendre la procédure et la **loi de simplification du droit du 22 mars 2012** a précisé le traitement des passifs obligataires.

- Plus récemment, l'**ordonnance n° [2014-32](#) du 12 mars 2014** portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives a de nouveau modifié le système pour renforcer les droits des créanciers. L'ordonnance qui comporte 117 articles est le fruit d'un compromis entre des approches divergentes des ministères de la Justice et de l'Economie.

Elle est rentrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014, le lendemain de la publication de son décret d'application n° [2014-736](#) du 30 juin 2014, dans un contexte de crise économique.

C'est un texte de circonstance qui se propose, à la fois de renforcer la prévention des difficultés en amont, et d'améliorer les procédures judiciaires en aval. Pour ce faire, l'ordonnance modifie non seulement le code de commerce, mais aussi le code civil, le code général des impôts, le code rural et le code du travail. Parmi les innovations qu'elle comporte, et qui seront appréhendées au fur et à mesure de l'avancement de cet enseignement, sont à noter, en particulier, l'institution de deux nouvelles procédures : **la procédure de sauvegarde accélérée**, d'une part, qui peut être ouverte lorsqu'une entreprise bénéficie d'un accord de

conciliation qui réunit l'assentiment d'une grande partie de ses créanciers mais qui se heurte au refus de l'un ou de plusieurs d'entre eux, et **la procédure de rétablissement professionnel**, d'autre part, dont l'objectif est de permettre le rebond du débiteur personne physique par un effacement des dettes.

- Les dernières retouches importantes ont été apportées par la **loi Macron du 6 août 2015** pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Ce texte, entré en vigueur le 8 août 2015, a prévu la spécialisation de certains tribunaux de commerce pour connaître des difficultés des entreprises les plus importantes. Il a également modifié le statut des professionnels en instituant des administrateurs et mandataires judiciaires salariés et en prévoyant une concurrence de ces professionnels avec les commissaires-priseurs et huissiers de justice pour les petites liquidations. Mais surtout, la loi Macron prévoit la possibilité, dans des conditions étroites, d'imposer aux associés majoritaires une augmentation de capital ou de les exclure moyennant une indemnisation s'ils refusent de voter un plan de sauvegarde ou de redressement permettant la reprise interne de l'entreprise. Cette faculté de dilution ou de cession forcée des titres marque une évolution importante de la matière. Le législateur souhaite que les associés prennent une part active dans le redressement de l'entreprise et que la charge de celle-ci ne repose pas exclusivement sur les créanciers.

- La **loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^{ème} siècle** a aussi modifié certains textes pour faciliter le mandat *ad hoc* et la conciliation et pour réparer certaines maladroites concernant les procédures collectives et le rétablissement professionnel (v. Ph. Pétel, *JCP* déc. 2016, 1341 ; P. Cagnoli, *APC* déc. 2016, alerte 267). La loi ratifie aussi les quatre ordonnances ayant concerné la matière : du 12 mars 2014 et du 26 septembre 2014 qui la complétaient, n° 2015- 1287 du 15 octobre 2015 portant fusion des commissions d'inscription et de discipline des professions d'administrateur et mandataire judiciaire et enfin l'ordonnance n° 2016-727 du 2 juin 2016 concernant la désignation des huissiers de justice dans certaines procédures de liquidation.

- Par ailleurs, la **réforme des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016** n'est pas dépourvue d'effets sur le droit des entreprises en difficulté (V.-P. Cagnoli, L. Fin-Langer, F. Petit, J. Vallansan, « Réforme du droit des contrats-Incidences en droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2016, alerte 15 ; J.-J. Ansault, « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE* 2017, n° 2, p. 148 ; Astrup, Cumiere, Gicquel, Soogrim et de Villalonga, « La boîte à outils du Code civil au service des techniciens des entreprises en difficulté », *RPC* mai 2017, focus 19). Elle peut, notamment, avoir une incidence sur le déroulement de la conciliation et sur la procédure de sauvegarde.

- L'**ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 relatives aux procédures européennes d'insolvabilité**. Il faut ajouter à toutes ces réformes l'insertion dans un Titre IX du Livre VI du code de commerce des dispositions particulières aux procédures d'insolvabilité relevant du **règlement (UE) n° 2015-848** du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité. Elles régissent les "faillites européennes" en réglant les conflits de lois qui peuvent en résulter, mais elles annoncent aussi un effort d'harmonisation du droit substantiel qui résulte notamment de la Directive précitée du 20 juin 2019.

- La **loi n° 2019-486 dite PACTE du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises** comporte également diverses dispositions intéressant les procédures de traitement des entreprises en difficulté. Pour l'essentiel, cette loi améliore la situation du chef d'entreprise en favorisant son "rebond" en cas de liquidation judiciaire : le recours au rétablissement professionnel est facilité ; la mention de la liquidation au casier judiciaire est supprimée ; le débiteur qui a fait l'objet d'une procédure collective peut devenir juge-commissaire. Dans le redressement judiciaire, le débiteur peut proposer le nom d'un administrateur judiciaire au tribunal et la rémunération du dirigeant n'est pas systématiquement diminuée par le juge-commissaire. Mais surtout le texte habilite le Gouvernement, par voie d'ordonnances, d'une part à transposer la Directive "Restructuration" et , d'autre part, à modifier le droit des sûretés pour l'articuler avec le droit des procédures collectives. En application de la loi PACTE, l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 et son décret d'application n° 2021-1218 du 23 septembre 2021 apportent des modifications substantielles au Livre VI du Code de commerce.

- S. Benilsi, « Vers une clause de neutralisation des clauses de solidarité inversée dans les plans de cession », *BJE* nov.-déc. 2018, p. 618 ;
- A. Diesbecq, « Loi PACTE : une occasion manquée pour les personnes physiques en liquidation judiciaire », *RPC* sept.-oct. 2018, Etudes 23, p. 7 ; « Loi Pacte et procédures collectives », Dossier n° 23, *Rev. proc. coll.* juill.-août 2019, p. 27 ;
- M. Lebreton, « Oraison funèbre du commissaire aux comptes : le gouvernement pactisera-t-il au détriment de la détection précoce des difficultés des entreprises ? », *BJE* nov.-déc 2018, n° 116m0, p. 460 ;
- F. Macorig-Venier, « Loi PACTE : Débiteur "manche 1", créanciers "manche 2"? ou l'équilibre enfin ? », *BJE* juill.-août 2019, p. 1, n° 117a4 ;
- M.-H. Monsérié-Bon, « Le projet de loi PACTE, une avancée pour le droit des entreprises en difficulté ? », *BJE* sept.-oct. 2018, n° 116g4, p. 338 ;
- F. Pérochon, « Vents mauvais contre la prévention », *BJE* nov. 2018, 116k6, p. 409 ;
- P. Roussel-Galle, « Principales innovations intéressant le droit des entreprises en difficulté dans le projet de loi PACTE », *RPC* juill. 2018, Etudes 15, p. 14 et Quelques petites nouveautés dans le projet de loi PACTE », *RPC* nov.-déc. 2018, Repère 6, p. 1.

§7. Le dispositif de lutte contre les conséquences économiques de la crise sanitaire

La crise sanitaire a conduit le gouvernement à adopter des mesures provisoires pour aider les entreprises à faire face à l'arrêt de l'activité (A) et des mesures temporaires pour les accompagner dans la sortie de crise (B).

A. Les ordonnances suscitées par la crise sanitaire (Covid 19)

La nécessité de faire face aux conséquences économiques de l'épidémie de COVID 19 a conduit à l'adoption de trois ordonnances :

La première vise à aménager et à proroger les délais qui pouvaient courir durant la période d'état d'urgence sanitaire (Ord. n° [2020-306](#) du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et l'adaptation des procédures pendant cette même période, JORF n° 0074 du 26 mars 2020)

La deuxième a pour objet de favoriser les solutions de prévention des difficultés afin d'éviter notamment une multiplication des ouvertures de redressements ou de liquidations judiciaires. Leur survenance a été également freinée par les aides financières accordées aux entreprises (Ord. n° [2020-341](#) du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale, JORF n° 0076 du 28 mars 2020).

Il convenait, en troisième lieu, de soutenir les solutions de maintien de l'activité économique en édictant des mesures facilitant l'adoption de plans de sauvegarde, de redressement et de cession des entreprises (Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19, JORF n° 0124 du 21 mai 2020 texte n° 8).

La durée de ces dispositions était variable mais certaines ont été prorogées jusqu'à la fin de l'année 2021 (C. Houin-Bressand, « La pérennisation des mesures Covid », *Rev. proc. coll.* janv. 2022, Dossier 9, p. 50). Elles seront examinées au fur et à mesure de l'exposé des règles qu'elles affectent.

En savoir plus : Bibliographie

- « État d'urgence sanitaire : les adaptations du droit des entreprises en difficulté », Direction scientifique et Avant-propos F. Macorig-Venier et J. Théron, *BJE* mai-juin 2020, 117c7, p. 54 ;
- O. Buisine, « Présentation de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 d'adaptation du droit des entreprises en difficulté », *RPC* mai-juin 2020, Etudes 15, p. 9, spéc. 17 à 34 ;
- Table-ronde, « L'adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises à l'urgence sanitaire », *RPC* mai-juin 2020, p. 67 ;
- Dossier : « Dispositions COVID : Quelles mesures pérenniser ? », CDA/AJDE, *BJE* janv. 2021, p. 55.

B. Le dispositif de sortie de crise

Dans la ligne de ces ordonnances prenant des dispositions provisoires, le législateur et le gouvernement ont mis en place des mesures d'accompagnement des entreprises pour sortir de la crise sanitaire. Ce dispositif de sortie de crise repose sur une procédure de redressement judiciaire simplifié et, plus généralement, sur un plan d'action ayant pour objet de « détecter de manière anticipée les fragilités financières » des entreprises, de les orienter vers « le meilleur dispositif » et de « proposer à chaque entreprise une solution adaptée à sa situation » (V. Entretien *RPC* n° 3, juill. 2021, p. 44). Une circulaire interministérielle du 6 août 2021 explicite les modalités d'accompagnement de ces entreprises. Tout ce dispositif qui se traduit aussi par la création de "comités de sortie de crise" fait une place essentielle à la prévention de la cessation des paiements et à la détection précoce des difficultés.

En savoir plus : Bibliographie

- B. Ghandour, « Du rapport Richelme au plan d'action pour les entreprises: quelle réforme pour la détection des difficultés ? », *Rev. proc. coll.* juill. 2021, Etudes 13, p. 9 ;
- F.-X. Lucas, « L'instauration d'un redressement judiciaire simplifié », *LEDEN* juin 2021, p. 1 ;
- « Les enjeux et les risques de la sortie de crise pour les entreprises », table ronde, Dir. M. Menjucq et autres, *Rev. proc. coll.* juill. 2021, p. 44.

§8. La réforme du Livre VI du Code de commerce par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 et le décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021

L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du Code de commerce, précisée par un décret d'application n° 2021-2018 du 23 septembre 2021, a été prise sur le fondement des articles 60-14° et 196 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 (loi PACTE) habilitant le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances pour

- d'une part, « Simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du Code de commerce » et,
- d'autre part, rendre compatibles les dispositions des livres IV, VI et VIII du Code de commerce avec le droit de l'Union européenne.

Elle transpose en droit français la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes (directive dite « restructuration et insolvabilité »). Cette transposition qui aurait dû avoir

lieu avant le 17 juillet 2020 a pu être retardée de quatre mois en application de l'article 14 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence sanitaire afin de faire face à l'épidémie de Covid 19.

A. Principes généraux

L'ordonnance a pour objet, d'une part, d'améliorer la lisibilité des droits des créanciers titulaires de sûretés en procédure collective et d'assurer, notamment, l'efficacité des sûretés : cession de créance et cession de sommes d'argent à titre de garantie consacrées par l'ordonnance portant modification du code civil tout en préservant un équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs et des garants. Le classement des créances garanties est clarifié en liquidation judiciaire. Le privilège de « *post money* », en sauvegarde et redressement judiciaire, introduit par l'ordonnance du 20 mai 2020 est pérennisé.

Il s'agit, d'autre part, de mettre en place une procédure de restructuration préventive « *dont l'économie dépend d'une meilleure prise en compte des droits des créanciers et de leur rang* » (rapport Président Rép.) et d'atteindre un équilibre entre les droits des différentes parties prenantes. Les créanciers, répartis en classes sont appelés à voter sur le projet de plan de restructuration, mais en cas de divergences entre les classes, « *la réforme assure aux créanciers garantis une réelle sécurité juridique qui résulte du respect de ces garanties* » (rapport Président Rép.).

Le coeur de la transposition de la directive tient, en effet, à la constitution de « classes de parties affectées », inspirée du droit allemand, s'appliquant quelle que soit la taille de l'entreprise en procédure de sauvegarde accélérée et, sous certaines conditions de seuils ou d'initiative du débiteur, en cas de procédure de sauvegarde non accélérée et en redressement judiciaire. Ces classes de créanciers et de détenteurs du capital qui remplacent les comités de créanciers, établissements de crédit et des fournisseurs, sont composées au moins des créanciers titulaires de sûretés réelles et d'autres créanciers - et le cas échéant, de détenteurs de capital -. Elles sont appelées à voter le plan de restructuration. Une plus grande place est ainsi laissée à la négociation entre l'entreprise et ses créanciers. En cas de vote négatif d'une ou plusieurs classes, le tribunal peut néanmoins arrêter le plan. Le Gouvernement espère que les accords de restructuration ainsi conclus seront plus équilibrés et respectueux des intérêts des parties prenantes et donc plus efficaces à long terme ce qui devrait rendre le droit français plus attractif.

Le rapport insiste sur cette volonté d'améliorer l'attractivité du droit français, par la transposition de la directive, mais tout en conservant « *les atouts forts du droit français des entreprises en difficulté et la diversité des outils mis à la disposition des praticiens et des entreprises* ». La législation française est, en effet dotée de techniques de prévention efficaces: mandat ad hoc, conciliation, règlement amiable agricole qui n'ont pas été modifiées mais simplement améliorées pour permettre une détection plus précoce des difficultés.

La réforme, a précisé le porte-parole du gouvernement, « *respecte les équilibres essentiels entre les différents intérêts en cause, notamment ceux des salariés. Elle ne remet pas davantage en cause la finalité des procédures collectives françaises: assurer le maintien de l'activité de l'entreprise, protéger les emplois et assurer le désintéressement des créanciers* ».

B. Entrée en vigueur

L'ordonnance - comme son décret d'application - rentre en vigueur le 1^{er} octobre 2021 mais ne s'applique pas aux procédures en cours qui demeurent régies par le droit antérieur (art. 73,I). Il faudra donc appliquer les deux corps de règles pendant un certain temps ce qui ne facilitera pas la tâche des praticiens et ce qui empêchera, en principe, de faire bénéficier du nouveau dispositif de restructuration préventive les entreprises déjà soumises à une procédure. Cependant, il y est dérogé pour faciliter le financement de la modification d'un plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal dans le cadre d'une procédure ouverte avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° [2020-596](#) du 20 mai 2020. Dans ce cas, « *les dispositions de l'article L. 626-26 du Code de commerce, dans sa rédaction résultant de l'article 36 de la présente ordonnance, sont applicables sans que le privilège prévu par ces dispositions n'affecte les droits des créanciers mentionnés aux 9° à 11° de l'article L. 643-8 du Code de commerce* » (dans sa rédaction issue de l'ordonnance). En d'autres

termes, en cas de modification d'un plan, il sera possible de garantir par le privilège de « *post money* » le remboursement des apports en trésorerie que fait un créancier au soutien du plan modifié. Par exception, l'article 27 qui vise le privilège des producteurs agricoles pour les sommes dues par leurs acheteurs n'est rentré en vigueur que le 1^{er} janvier 2022, soit à la même date que la réforme des sûretés.

C. Structure

L'ordonnance comporte 74 articles mais nombre d'entre eux sont une simple mise à jour des textes pour remplacer, notamment, le « comité d'entreprise » et les « délégués du personnel » par le « comité social et économique » (art. 2, 4, 6- I et II, 10, 12, 14 -I et II, 17, 24, 30- I et II, 36, 39, 40, 42, 44, 46, 47, 51- I, II, III, 53, 56- I, II, III, 58, 66, 68, 69) ou « les comités de créanciers » par les « classes de parties affectées » (art. 11, 17, 39).

L'ordonnance suit le plan du Livre VI du code de commerce. Son titre I est organisé en six chapitres correspondant à chaque titre modifié du Livre VI . Il est complété par un chapitre VII relatif aux procédures d'insolvabilité européenne. Le Titre II est consacré aux dispositions diverses et finales, c'est à dire, pour l'essentiel, aux règles d'application de l'ordonnance dans l'espace, à Wallis-et-Futuna, et dans le temps. Le titre 1^{er} du décret qui modifie les dispositions réglementaires du code de commerce comporte pareillement sept chapitres et est organisé de la même manière que l'ordonnance dont il fait application ce qui en facilitera la mise en oeuvre.

En savoir plus : Bibliographie

- N. Borga et J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *D.* 2021, p. 1773 ;
- C. Favre-Rochex, « Une nouvelle réforme du Livre VI du code de commerce ! », *BJE* sept-oct. 2021, 200 g9, p. 27 ;
- R. Dammann et T. Bos, « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *D.* 2021, p. 1931 ;
- F.-X. Lucas, « Transposition de la directive Insolvabilité », *LEDEN* oct. 2021, p. 1 ;
- O. Buisine et V. Rousseau, « L'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance : commentaire du titre IV de la directive Restructurations préventives », *Rev. proc. coll.* mars 2020, *Etudes* 10, spéc. n° 41 s. ;
- M. Menjucq, « Ordonnance transposant la directive 2019/1023 : une harmonisation a minima », *Rev. proc. coll.* sept-oct. 2021, *Repère* n° 5 ;
- « Ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du Livre VI du code de commerce : premiers éclairages », Dossier Dir. M.-H. Monsérié-Bon, *BJE* nov.-déc. 2021, n° 200i7, p. 33 ;
- « Les procédures collectives après les ordonnances du 15 septembre 2021 », Dossier 5, *Rev. proc. coll.* nov.-déc. 2021.

§9. La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante

La tendance du législateur contemporain est de favoriser la création d'entreprises en limitant le risque encouru. L'insaisissabilité de la résidence principale, la création d'un statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée vont dans ce sens. La loi du 14 février 2022, complétée par plusieurs décrets, est plus radicale: elle consacre définitivement la séparation des patrimoines, professionnel et personnel pour les entrepreneurs individuels exerçant une activité commerciale, agricole, libérale ou artisanale, abandonnant la théorie de l'unité du patrimoine d'Aubry et Rau (M. Menjucq, « La loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante : la

deuxième mort d'Aubry et Rau », *RPC* fév. 2022, repère, p. 1). Ce changement a des répercussions sur le traitement des difficultés d'un entrepreneur individuel puisque désormais, depuis le 15 mai 2022, tous les entrepreneurs bénéficient de cette séparation patrimoniale. En principe, la procédure collective ne concerne que le patrimoine professionnel composé des droits, biens et sûretés utiles à l'activité de l'entreprise. Mais, les articles L. 681-1 et suivants du Code de commerce instaurent un système particulier : le tribunal de commerce ou le tribunal judiciaire (au sens du Livre VI du code de commerce: le tribunal de commerce est compétent pour la défaillance des entreprises commerciales et artisanales et le tribunal judiciaire pour les autres) détermine la procédure applicable. Si seul le patrimoine personnel est endetté, il saisit la commission de surendettement. Si les dettes sont exclusivement professionnelles, il demeure compétent.

Lorsque les deux patrimoines sont endettés, il faut distinguer: lorsque l'entrepreneur a respecté la séparation des patrimoines, la commission de surendettement connaît des dettes personnelles et le tribunal du Livre VI des dettes professionnelles. Au contraire, s'il y a eu une confusion des patrimoines, le tribunal du Livre VI est compétent pour l'ensemble des dettes. Cette juridiction joue donc un rôle -clé.

Au résultat de cette loi du 14 février 2022, le droit des entreprises en difficulté ne s'applique, en principe, qu'aux entrepreneurs individuels pour leurs dettes professionnelles.

En savoir plus : Bibliographie

- F. Pérochon, « Professionnels indépendants en difficulté : premiers regards sur la loi du 14 février 2022 », *BJE* mars 2022, n° BJE200n8 ;
- O. Buisine, « De l'entrepreneur en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2022, p. 11 ;
- Table ronde, « Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel issu de la loi 2022-172 du 14 février 2022 », *Rev. proc. coll.* juin 2022, p. 61 ;
- M.- H. Monsérié-Bon,
 - « Entrepreneur individuel : le patrimoine professionnel pour tous est lancé ! », *BJE* mai 2022, n° BJE200p5 ;
 - « Décret du 14 juin 2022 relatif au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel : dernière pierre du nouveau statut de l'entrepreneur individuel », *BJE* juill. 2022, n° BJE200r5, p. 4 ;
- B. Saintourens, « Conditions d'ouverture de la procédure collective de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022 », *RPC* juill. 2022, com. 62, p. 27.

§10. Les réformes à venir ?

La simplification du Livre VI : Le ministre de la Justice et la ministre déléguée chargée du Commerce, de l'Artisanat, des Petites et Moyennes entreprises et de l'Économie sociale et solidaire, ont installé le 27 mai 2025 un groupe de travail sur la simplification du droit des entreprises en difficulté.

Ce groupe de travail, composé de 11 experts, a pour mission de bâtir un droit plus clair et modernisé en le rendant plus accessible, d'en renforcer l'efficacité et la compétitivité sur le plan international. Aujourd'hui, le droit des entreprises en difficulté est jugé d'une trop grande complexité : il existe 13 procédures amiables et collectives, dont l'application est source d'insécurité juridique pour les justiciables comme pour les professionnels du droit.

Ce constat a été renouvelé récemment par le comité des États généraux de la justice en 2022 et dans les conclusions du groupe de travail du Conseil d'État consacré à la simplification du droit des entreprises en difficulté. Dans une étude du 20 juin 2024, le Conseil d'État a préconisé une réduction de l'éventail des procédures, une réorganisation des dispositions dans le Code de commerce et la création de procédures simplifiées applicables aux petites et moyennes entreprises. C'est dans ce sens que doit travailler la commission mise en place (V. M. Menjucq, X. Clémence, F. Desprat, F. Tulier Polge et M. Peslier, « Faut-il simplifier le droit des entreprises en difficulté ? », *Rev. proc. coll.* 2025, sept.-oct., table-ronde n° 3, p. 44).

- L'intégration de la directive Insolvency 3.

Lorsqu'elle sera adoptée définitivement, cette directive conduira à modifier certains textes du Livre VI du Code de commerce sur le « prepack-session » et les nullités de la période suspecte, notamment.

Au terme de cette évolution historique, le droit des difficultés des entreprises est contenu, pour l'essentiel, dans le livre VI du Code de commerce qui comporte désormais neuf titres, au lieu de deux à l'origine. Les textes n'ont pas été réécrits, ni le contenu du livre repensé en profondeur mais des développements ont été déplacés pour faire de la procédure de sauvegarde, la procédure judiciaire de référence.

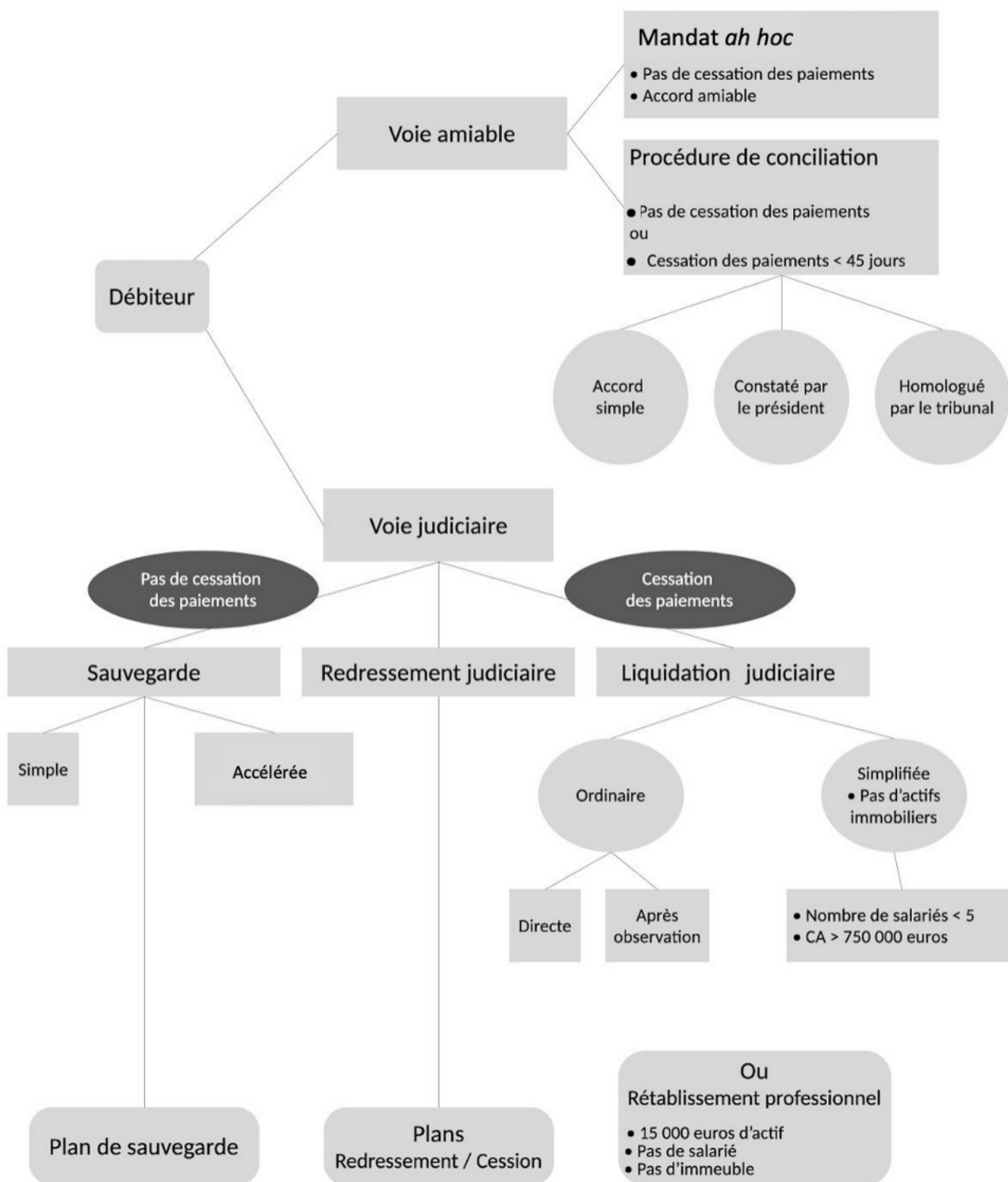
Le critère majeur de ventilation des procédures n'est plus la cessation des paiements puisque la conciliation peut être ouverte que l'entreprise n'ait pas cessé de payer ses créanciers ou qu'elle soit en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours. Il n'est donc plus possible de distinguer le règlement des difficultés avant et après la cessation des paiements.

Qu'est-ce qui distingue alors les modes de traitement des difficultés ? c'est le degré d'intervention du juge.

Dans le mandat *ad hoc* et la procédure de conciliation, le président du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire, n'a pas de pouvoir de coercition. Ces techniques demeurent consensuelles.

En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, la situation des dirigeants et des créanciers est, au contraire, bouleversée. Des contraintes fortes sont imposées aux uns et aux autres.

Le seul critère de répartition des techniques de traitement de la défaillance des entreprises a trait, désormais, au point de savoir si elles ont ou non un caractère fondamentalement judiciaire ou plus exactement si elles s'appuient sur la contrainte. C'est pourquoi il convient de distinguer le traitement non judiciaire (leçons 2 et 3) et le traitement judiciaire des difficultés des entreprises (leçons 4 à 9).



Source : UNJF