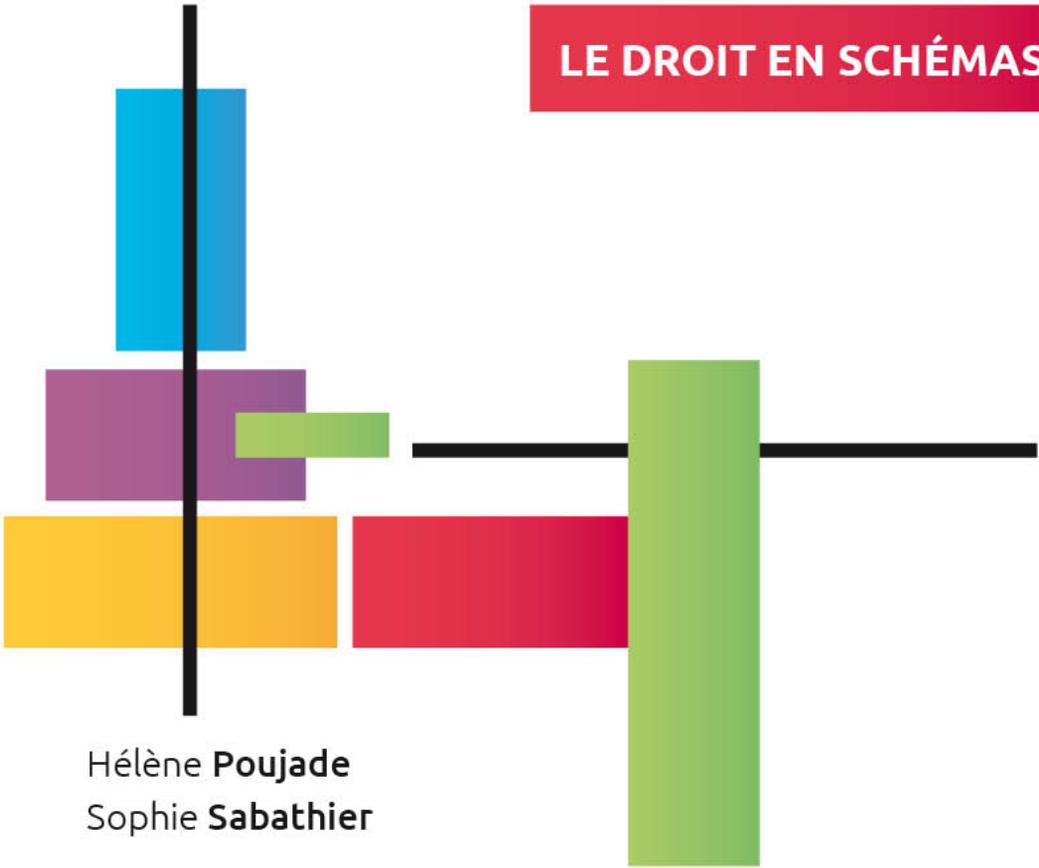


LE DROIT EN SCHÉMAS



Hélène **Poujade**
Sophie **Sabathier**

Le droit des entreprises en difficulté en schémas

ellipses

Thème 1

L'approche historique du droit des entreprises en difficulté

Chapitre 1. Du « droit des faillites » au « droit des entreprises en difficulté »

Le droit des entreprises en difficulté regroupe l'ensemble des dispositions qui régissent les défaillances d'entreprises. Cette discipline procède d'une lente évolution. L'expression même de « droit des entreprises en difficulté » est récente. Elle se substitue à celle plus classique de « droit des procédures collectives » et, plus loin encore, à celle de « droit des faillites ». Or, derrière cette évolution terminologique, un réel bouleversement des finalités légales peut être décelé. Autrefois sanctionnatrice des commerçants défaillants ayant trahi la confiance de leurs pairs, principalement orientée vers le désintéressement de ses créanciers, cette discipline s'est parée d'une tout autre ambition. Elle est dorénavant centrée sur l'entreprise qu'elle entreprend de redresser en traitant au plus tôt ses difficultés.

Section 1. Du « droit des faillites » au « droit des procédures collectives »

§ 1. Le droit des faillites

Les origines du droit des faillites sont anciennes puisqu'elles remontent au droit romain, avant que le Code de commerce de 1807 lui consacre un corps de règles. Jusqu'à la loi du 13 juillet 1967, ce droit est demeuré essentiellement un droit du règlement des dettes impayées. À ceci s'ajoute également la volonté d'éliminer celui qui, désigné en tant que débiteur ou failli, a manqué à sa parole en n'honorant pas le paiement de ses dettes.

A. Avant le Code de commerce de 1807

1. Le droit romain

Il est permis d'identifier les prémices de la matière dans la Loi des Douze Tables (490 B.C.) qui autorisait le créancier à emmener chez lui le débiteur condamné pour lui mettre des chaînes, avant de décider, après 15 jours d'enfermement, de l'exposer pendant deux mois, puis, soit de le réduire en esclavage, soit de le tuer. Mais l'origine la plus lointaine d'une exécution collective des biens du débiteur défaillant dans l'objectif de paiement des créanciers remonte au droit romain, et à la procédure de *Venditio bonorum*. Cette procédure d'exécution collective était également marquée par un caractère sanctionnateur puisqu'elle permettait également d'éliminer le débiteur frappé d'infamie.

2. Le Moyen Âge

Le droit des faillites continue de prospérer au gré des foires et de la mise en place des tribunaux de foires, qui sont les ancêtres de nos tribunaux de commerce. À cette époque,

le débiteur était sévèrement sanctionné : celui dont le banc était solennellement rompu devant l'assemblée des marchands (et dont procède la dénomination de la banqueroute : *banca rotta*), pouvait être éliminé de la vie des affaires et, en outre, subir la peine capitale en raison de sa malhonnêteté.

3. L'ordonnance de 1673 sur le commerce

L'Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands, également connu sous le nom de **Code Savary**, marque la première tentative de codification en matière de droit commercial. En son sein, vont être consacrées 3 de ses 12 titres aux procédures collectives ce qui marque l'intérêt porté à la réglementation de cette matière. Ce texte a permis d'uniformiser les règles applicables à la faillite sur tout le territoire français en prenant en compte le phénomène de sédentarisation des commerçants. À cette occasion, Colbert voulait lutter contre le « désordre » du commerce et la « confusion » des registres, tout en distinguant les **banqueroutes** frauduleuses des **faillites** involontaires. Elles sont toutes deux consacrées au Titre XI dudit Code.

B. La rigueur du Code de commerce de 1807

Le Code de commerce de 1807 a consacré son Livre III aux « faillites et règlements judiciaires, réhabilitations et banqueroutes et autres infractions en matière de faillite ». Il est marqué par une très grande sévérité à l'encontre du débiteur qui n'a pas payé ses dettes et témoigne en cela de l'extrême défiance de Napoléon à l'endroit des commerçants. Par ce corps de règles, il s'agissait de **moraliser le commerce** en sanctionnant et éliminant du commerce à l'issue d'une **procédure de faillite unique**. Pour réduire les risques de collusion entre les créanciers et le failli, ce dernier est exproprié de ses biens dès l'ouverture de la procédure et est placé en détention, avant d'être confronté à ses créanciers qui décideront des suites à donner à cette procédure. Ils peuvent décider d'un **concordat** ou, à défaut, d'un **contrat d'union** qui conduira à liquider l'affaire du commerçant et à régler les créanciers au marc le franc, c'est-à-dire *au prorata* de leurs créances, grâce au produit obtenu par la vente forcée des biens du débiteur. À défaut de concordat ou de contrat d'union, ou face au refus du tribunal de l'homologuer, l'infraction de **banqueroute** simple ou frauduleuse s'applique. En cas de **banqueroute simple**, le failli est jugé par un tribunal correctionnel et risque une peine de prison comprise entre un mois et deux ans ; tandis qu'en cas de **banqueroute** frauduleuse, le prévenu relevant d'une Cour d'assises est exposé à l'emprisonnement voire aux travaux forcés.

C. La période ayant suivi l'adoption du Code de commerce

Ce système, conçu de manière trop rigide, fut ensuite réformé par une **loi sur les faillites du 28 mai 1938** afin de diminuer les sanctions applicables aux commerçants et d'accélérer la procédure de règlement des dettes en ouvrant la possibilité de la **clôturer pour insuffisance d'actif** lorsqu'il est avéré que les actifs sont insuffisants pour parvenir

à un concordat. Face à la sévérité des précédentes règles, le traitement des difficultés s'était en effet organisé en marge du code afin d'éviter ses lourdeurs ainsi que ses coûts. Il s'agissait donc d'insuffler davantage de souplesse dans la réglementation afin de ne pas être tenté de la contourner.

Ce premier aménagement fut complété par l'importante Loi du 4 mars 1889 qui, à côté de la **faillite** qui perdure, va créer une procédure plus souple : le **liquidation judiciaire**. Cette loi modifie l'esprit qui animait jusqu'alors le droit des faillites, puisque le sort du **commerçant fautif ou malhonnête**, soumis à la faillite, devra être distingué du **failli « malheureux et de bonne foi »**, qui sera soumis à la liquidation, alors conçue comme une mesure de faveur. Cette procédure tend à l'adoption d'un **concordat simple** (permettant de sauver le commerce) ou d'un **concordat par abandon d'actif** (permettant au débiteur de bénéficier d'une remise de dettes par l'abandon de ses biens) en remplacement de l'ancienne procédure pour insuffisance d'actif.

Les textes suivants, qu'il s'agisse des **décrets-lois du 8 août 1935** ou de l'**ordonnance du 23 septembre 1958**, sont marqués par un certain retour à la sévérité à l'égard des dirigeants de sociétés malhonnêtes.

Il faut attendre deux importants **décrets du 20 mai 1955** pour que la matière soit profondément réformée. Dans un souci de clarification, ces textes distinguent plus nettement deux procédures : d'une part, le **la faillite**, qui reste une mesure d'élimination des commerçants indignes, entraînant leur liquidation ainsi que de nombreuses déchéances, et qui devient une **mesure d'exception** ; d'autre part, le **règlement judiciaire** qui se substitue à la liquidation judiciaire et devient la **procédure de droit commun** applicable aux commerçants dont le comportement ne justifie pas l'ouverture d'une procédure de faillite. Ce règlement judiciaire devient le droit pour tout commerçant de chercher à obtenir un concordat lui permettant de redresser son entreprise.

Toutefois, ce système a été critiqué. Car, pour répartir les procédures, il met en place un **critère antiéconomique** qui lie le sort de l'entreprise au comportement du commerçant, là où la viabilité de l'entreprise lui est indifférente. C'est ainsi qu'une entreprise saine, susceptible d'être redressée, pouvait toutefois disparaître en raison du comportement du débiteur. Par ailleurs, le domaine d'application du texte s'est révélé trop étroit.

§ 2. Le droit des procédures collectives

Les orientations portées par la **loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et la banqueroute**, adoptée dans une période de croissance économique, marquent une rupture avec le passé en faisant évoluer le « droit des faillites », droit du paiement, vers le **droit des procédures collectives**, droit de l'entreprise.

Sous l'inspiration des travaux de la doctrine, elle procède en outre à un renouvellement des conceptions en optant pour un **nouveau critère de répartition des procédures**,

non plus en fonction du comportement du débiteur, mais **en fonction de la viabilité de l'entreprise** : soit l'entreprise est viable et **le règlement judiciaire** pourra être emprunté ; soit l'entreprise n'est pas viable et, dès lors, **la liquidation des biens** sera son issue. Ayant distingué le sort de l'homme de celui de son entreprise, la clef de répartition entre ces deux procédures repose désormais sur un **critère économique** : la faculté pour le débiteur de présenter ou non un concordat sérieux, c'est-à-dire la faculté de parvenir à un accord auprès de ses créanciers sur des remises de dettes ou des délais de paiement.

Créée par **l'ordonnance du 23 septembre 1967**, s'y ajoute **la procédure de suspension provisoire des poursuites** qui s'adresse 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.

Même si le véritable changement de cap n'interviendra que plus tard, il faut comprendre que l'amorce du passage du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté est contenue en germes dans ces textes de 1967.

Section 2. Du « droit des procédures collectives » au « droit des entreprises en difficulté »

Le droit contemporain des faillites se caractérise aujourd'hui par l'émergence d'un droit de l'entreprise en difficulté, marqué par la volonté de venir en aide aux entreprises qui connaissent des difficultés. Ce changement de cap législatif n'a jamais été remis en cause depuis lors.

§ 1. L'émergence du droit des entreprises en difficulté

A. Les textes originaux

Ce changement de perspectives résulte principalement de 3 textes :

- La **Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises** qui introduit, pour la première fois, un système de détection précoce des difficultés (meilleure information économique, comptable et commerciale – institution des procédures d'alerte), ainsi qu'une procédure de règlement non judiciaire de ces difficultés : le règlement amiable ;
- La **Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire** qui introduit une procédure unique de redressement judiciaire qui s'ouvre sur une période d'observation qui a pour objet d'analyser la situation de l'entreprise en difficulté tout en la plaçant à l'abri des poursuites de ses créanciers. À son issue, un *plan de continuation* ou un *plan de cession* de l'entreprise pourra être arrêté par le tribunal. À défaut, la liquidation judiciaire sera prononcée ;

- Le même jour, la **Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985** parachève l'édifice en réformant la profession de syndic afin de la scinder en différentes professions : administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et experts en diagnostic d'entreprises.

Au sein de cet ensemble législatif, la **Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire** affirmait très clairement le changement des finalités assignées à ces deux procédures collectives (redressement/liquidation judiciaires), dès son article 1^{er} qui disposait : « 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 ».

Or, malgré les espoirs placés dans cette loi, elle n'est pas parvenue à son objectif puisqu'il s'avère que, comme le par le passé, 90% des entreprises continuaient à faire l'objet d'une liquidation judiciaire.

B. Les correctifs apportés par la loi du 10 juin 1994

Il fallut cependant attendre la **loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises** pour que des correctifs y soient apportés, principalement dans trois directions.

- Elle a d'abord **renforcé le dispositif de prévention**. S'agissant des mécanismes d'alerte, elle a élargi les pouvoirs du président du tribunal en lui permettant de convoquer un cercle plus large de personnes lorsqu'apparaissent des difficultés « de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Cette loi consacre, pour la première fois dans la législation, la possibilité pour le président du tribunal de désigner un mandataire *ad hoc* ; elle modifie le régime et les conditions du règlement amiable des difficultés des entreprises qui permet au président du tribunal de prononcer la suspension des poursuites dès son ouverture et à l'égard de l'ensemble des créanciers antérieurs.
- Ayant relevé l'insuffisante efficacité des procédures mises en place en 1984 et 1985, et constaté leurs « effets pervers » résidant en particulier dans le maintien artificiel de l'activité du débiteur au cours de la période d'observation, la loi de 1994 simplifie et accélère les procédures, en autorisant notamment **le prononcé immédiat de la liquidation judiciaire**, sans que soit imposée une période d'observation préalable, lorsque celle-ci ne présente pas d'intérêt compte tenu de l'état financier du débiteur.
- Enfin, cette loi est marquée par **un souci de moralisation des procédures** qui se traduit notamment par un accroissement des obligations du repreneur, ceci afin de lutter contre les pratiques conduisant parfois à un véritable « dépeçage » des entreprises. Par ailleurs, cette loi vise à restaurer les droits des créanciers antérieurs titulaires de sûretés ou de droits de propriété qui avaient vu leurs droits fortement réduits par la loi du 25 janvier 1985. Le législateur a ainsi cherché à rétablir la confiance des prêteurs.

Malgré les rééquilibrages et correctifs opérés, ce texte s'est également rapidement révélé imparfait. Une réforme de plus grande ampleur s'imposait. Une telle idée était déjà portée en germe dans une réflexion de 1998 sur la rénovation de la justice commerciale,

mais elle fut sans cesse reportée, pour n'aboutir, en définitive, qu'avec l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises.

C. La codification de la discipline

Entre-temps, les dispositions applicables (1984, 1985, 1994) ont été codifiées par l'ordonnance du 18 septembre 2000 dans le Livre VI du Code de commerce intitulé « Des difficultés des entreprises ». S'y ajoute un Livre VIII intitulé « De quelques professions réglementées » qui codifie les textes issus de la deuxième loi du 25 janvier 1985, celle qui était relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires et experts en diagnostic d'entreprises.

§ 2. La consécration du droit des entreprises en difficulté : la loi de sauvegarde et les réformes ultérieures

A. La loi n° 2005-845 de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005

Sans remettre en cause les objectifs fondamentaux de la loi du 25 janvier 1985, à savoir la sauvegarde des entreprises et des emplois, un meilleur équilibre des parties et des intérêts en présence est recherché, afin d'agir au plus tôt, sans que pour autant les droits des créanciers ne soient totalement lésés.

1. L'architecture des procédures

Cette loi, largement inspirée du droit américain, et plus exactement du « *Chapter eleven* » du *US Bankruptcy code*, va conduire à **repenser l'architecture des procédures en déconnectant le traitement amiable et judiciaire du critère de la cessation des paiements** qui agissait jusqu'alors comme une ligne de partage de ces procédures. Elle consacre au **Livre VI du Code de commerce intitulé « Des difficultés des entreprises »** :

- non seulement, une procédure amiable : **la conciliation** (dont l'ancêtre est le règlement amiable de 1984), qui devient compatible, dans une certaine mesure, avec un état de cessation des paiements naissant, c'est-à-dire datant de moins de 45 jours ;
- mais également une nouvelle procédure judiciaire, mais d'inspiration préventive : **la procédure de sauvegarde**.

Elle introduit également une disposition propre au **mandat *ad hoc*** et, à l'opposé, crée une **procédure de liquidation judiciaire simplifiée**.

Or, en diversifiant les procédures, cette loi présentée comme libérale, va mettre à la disposition des chefs d'entreprise une véritable « **boîte à outils** » (Voir *infra* : *Thème 2 : L'approche pratique du droit des entreprises en difficulté*). Ce phénomène a d'ailleurs été accentué par les réformes ultérieures, notamment en 2010 et 2014, par la création

de variantes à la procédure de sauvegarde, avant que la récente ordonnance de 2021 ne les fusionne.

2. L'éligibilité aux procédures

De plus, cette loi étend le champ d'application du droit des entreprises en difficulté aux professions indépendantes, y compris les professions libérales, soumises à un statut réglementé. Viendra ensuite le tour des EIRL (entrepreneur individuel à responsabilité limitée) en 2010, dont le statut ne pourra plus être adopté à compter du 15 mai 2022 en application de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022.

3. L'élaboration des plans

En marge du processus historique, hérité de la loi de 1985, cette loi introduit une nouvelle manière de construire les plans de continuation en recourant à des comités (comité des établissements de crédit et comité des principaux fournisseurs) qui permettront d'adopter plus facilement le projet de plan à l'appui de la loi de la majorité qui se joue au sein de chacun d'eux.

4. L'adoucissement des sanctions

Afin d'inciter les chefs d'entreprise à solliciter au plus tôt la protection de la justice, il importait de modifier le régime de leur responsabilité. Ceci explique que non seulement une procédure collective ne puisse plus être ouverte à titre de sanction et qu'en outre le régime de leur responsabilité, comme des sanctions, ait été repensé (Voir *infra*: *Thème 17: Les sanctions*).

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

Ce texte vise une nouvelle fois à remédier aux diverses imperfections que la pratique comme la doctrine ont mises en évidence. Il s'agit aussi et surtout de renforcer l'attractivité et l'accessibilité de la procédure de sauvegarde auprès des chefs d'entreprise, car, malgré le succès de certains dossiers médiatisés (Eurotunnel, Libération), les statistiques restaient décevantes. Pour ce faire, **les conditions d'éligibilité sont assouplies** puisqu'il reviendra alors au chef d'entreprise de se prévaloir de « difficultés insurmontables » sans avoir à démontrer que ces difficultés « sont de nature à mener à la cessation des paiements ». Par ailleurs, **les règles de composition des comités de créanciers** ont été révisées afin d'en élargir le périmètre, tout en créant une troisième entité : l'assemblée unique des obligataires, de même que les règles de fonctionnement de ces comités ont été allégées.