



LE DROIT EN SCHÉMAS

2<sup>e</sup> édition

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

# Le droit des entreprises en difficulté en schémas

À jour de la loi n°2023-973 du 23 octobre 2023  
relative à l'industrie verte  
et de la loi n°2023-1059  
du 20 novembre 2023

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, tout en étant 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.

## Frise retraçant les grandes étapes de l'évolution de la discipline

Changement terminologique



Changement des finalités légales

### sanction

- droit romain
- Loi 13 juillet 1967
- Ordonnance du 23 septembre 1967

### apurement

- Loi n°84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés
- Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire

### redressement

- Loi n° 2005-845 de sauvegarde des entreprises en difficulté
- Ordonnance du 12 mars 2014
- Ordonnance du 15 septembre 2021

## 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 ne lui consacre un corps de règles spécifiques. 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 ban 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, marquant 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'égard 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 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 **clôture 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 la loi du 4 mars 1889 qui, à côté de la **faillite** qui perdure, va créer une procédure plus souple : la **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'actifs.

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, 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 anti-économique** 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 de son dirigeant. 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 déjà 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. 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup>, elle 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.

- Cette loi 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, 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, non pertinente 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 n° 2000-912 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 loi du 25 janvier 1985 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

Tout en poursuivant les objectifs fondamentaux inscrits dans 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, tout en agissant au plus tôt, pour prévenir les difficultés.

#### 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**, en amont de la cessation des paiements.

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 l'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 peut plus être adopté à compter du 15 mai 2022 en application de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 (Voir *infra*: Thème 5: L'éligibilité quant aux personnes).

### 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 (Voir *infra*: Thème 13: L'issue des procédures – Les plans).

### 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, les règles de fonctionnement de ces comités ont été allégées.

## C. La loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

Rapidement, la crise financière qui a mis en péril de nombreuses entreprises, dont des LBO en difficulté, a rendu compte des insuffisances du système mis en place par le droit français. Ni la réforme de 2005, ni les ajustements apportés par l'ordonnance de 2008 ne l'avaient en effet doté de **la technique dite du « prepackaged plan »** qui avait pourtant fait ses preuves à l'étranger. Ce mécanisme consiste à articuler les procédures amiable et judiciaire en négociant **en amont** un plan de restructuration de la dette qui sera adopté, par la suite, dans le cadre d'une procédure collective dans un temps réduit. La loi de 2010 corrige cette lacune et ajoute à la diversification des procédures en instituant la **sauvegarde financière accélérée (SFA)**, variante de la procédure de sauvegarde de droit commun de 2005. Cette procédure, réservée à de grandes entreprises franchissant certains seuils, ne s'applique qu'aux créanciers financiers. Elle obéit à un déroulement accéléré puisque son ouverture repose sur l'hypothèse d'un accord ayant déjà été négocié en amont, dans le cadre d'une

procédure de conciliation. Faute d'être parvenu à adopter cet accord assurant la pérennité de l'entreprise dans un cadre amiable, cette procédure de SFA permet de l'adopter à la loi de la majorité au sein des comités financiers, en dépassant ainsi toute résistance ou blocage d'un ou plusieurs créanciers minoritaires. Cet enchevêtrement des procédures amiable et judiciaire explique d'ailleurs que cette procédure soit compatible avec un état de cessation des paiements de moins de 45 jours à l'instar de la conciliation sur laquelle l'ouverture de la SFA repose.

#### **D. La loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet**

Cette loi, dite loi « Pétroplus », est un texte de circonstances adopté à la suite d'une affaire dans laquelle une société filiale avait été privée de sa trésorerie. Elle répond à la nécessité d'introduire dans le droit des entreprises en difficulté des mesures permettant de faire obstacle à ce que des tiers – ici, une société-mère étrangère – prélèvent les actifs de l'entreprise défaillante, et organisent ainsi leur protection face au risque de voir leur responsabilité engagée, ou encore privent cette entreprise de toute possibilité de répondre à ses obligations environnementales.

#### **E. L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives**

Ce texte continue d'ajouter à la « boîte à outils » offerte au débiteur :

- d'une part, en élargissant la procédure de sauvegarde financière accélérée (2010) pour créer la **procédure de sauvegarde accélérée**. De la sorte, la sauvegarde de droit commun (2005) connaissait alors deux variantes : la procédure de sauvegarde accélérée (2014) et la procédure de sauvegarde financière accélérée (2010). Tel n'est plus le cas depuis que l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 les a fusionnées en une procédure de sauvegarde accélérée unique sous l'inspiration du droit européen ;
- d'autre part, par souci d'humanisme à l'égard du débiteur personne physique, ce texte de 2014 a créé une nouvelle procédure : **le rétablissement professionnel**, applicable aux débiteurs impécunieux afin de leur faire bénéficier d'un effacement de leurs dettes et de leur permettre de rebondir.

Ce texte apporte également d'importantes améliorations, qu'il s'agisse :

- à la suite notamment de l'affaire FRAM, d'introduire **la technique d'un « prepack-cession »** en mandat *ad hoc* ou en conciliation,
- de renforcer le privilège auquel peut donner lieu cette dernière procédure,
- de renforcer les droits des créanciers en leur permettant d'être à l'initiative d'un plan concurrent ou palliatif de celui du débiteur,
- là, où, dans le même temps, les associés ou actionnaires d'une société en difficulté voient leurs droits et pouvoirs contrariés.

Il est également à noter que, la même année, de très menues retouches ont été apportées au Livre VI par divers textes : Loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle ; Loi « Pinel » du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce

et aux très petites entreprises ; Loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire afin notamment de favoriser les offres de reprises par les salariés ; Ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 précisant que les seuils d'éligibilité à la procédure de sauvegarde accélérée sont alternatifs et non cumulatifs.

#### **F. La Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron »**

Ce texte a prévu la **spécialisation de certains tribunaux de commerce** pour connaître des difficultés des entreprises les plus importantes (Décret n° 2016-217 du 26 février 2016) en plus de **réformer le statut des professionnels** de la procédure.

Mais, surtout, cette loi prévoit, sous d'étroites conditions, la **possibilité d'imposer aux associés ou actionnaires majoritaires une augmentation de capital** sinon la **possibilité de les exclure** en cédant leurs titres moyennant une indemnisation s'ils refusent de voter un plan de sauvegarde ou de redressement qui assurerait la pérennité de l'entreprise. Sur le plan juridique, ceci marque assurément une évolution très importante de la matière par un **rééquilibrage des intérêts en présence**, afin que les créanciers ne soient plus les seuls à supporter la charge de la restructuration.

#### **G. La Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite de modernisation de la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle**

Cette loi comporte un chapitre III intitulé « Adapter le traitement des entreprises en difficulté » qui contient un certain nombre de modifications (qu'il s'agisse de protéger le sort des créanciers privilégiés de la conciliation ou de remanier les textes sur les modifications de capital ou les statuts dans les sociétés en difficulté) sans pour autant constituer un bouleversement de la matière.

#### **H. La Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Loi Sapin II**

Ce texte procède à quelques menues retouches et, pour l'essentiel, révisé la **responsabilité du dirigeant** en limitant son risque d'être poursuivi pour insuffisance d'actif (Voir *infra* : Thème 17 : Les sanctions).

#### **I. La Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « Loi Pacte »**

Cette loi comporte de nombreuses dispositions intéressant la matière :

- qu'il s'agisse notamment de clarifier le **sort des agriculteurs en difficulté**,
- de **faciliter le rebond du chef d'entreprise** en élargissant l'accès au rétablissement professionnel ou en supprimant au casier judiciaire la mention d'une liquidation judiciaire,
- voire, de **le réhabiliter au sein de la procédure de redressement judiciaire** en maintenant par principe sa rémunération, sinon en lui autorisant à proposer le nom d'un administrateur judiciaire, comme tel était déjà le cas dans les procédures amiables ou en sauvegarde.

Mais ce texte ne se limite pas à consacrer des dispositions nouvelles, **il habilite également le Gouvernement à procéder, par voie d'ordonnance**, à la transposition de la Directive « Restructuration » qui était encore en voie d'adoption (art. 196) et à réformer le droit des sûretés pour l'articuler avec le droit des procédures collectives (art. 60). C'est ainsi que, prises sur le fondement de cette double habilitation, **deux ordonnances ont été adoptées au 15 septembre 2021**.

- L'une, **n° 2021-1192**, vouée à « simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du Code de commerce, en particulier dans les différentes procédures collectives », conformément à l'habilitation portée par l'article 60 de la loi Pacte du 22 mai 2019.
- L'autre, **n° 2021-1193** portant modification du Code de commerce et appelée à transposer la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 **relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement** sur le fondement de l'habilitation de l'article 196 de la loi Pacte du 22 mai 2019.

C'est ce dernier texte, l'**ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021** qui constitue désormais **le droit positif**, dont les règles seront détaillées dans les thèmes suivants.

## **J. Loi n° 2022-172 du 14 février 2022 et l'entrepreneuriat individuel**

Afin d'élargir la protection de l'entrepreneur individuel – qu'il soit commerçant, artisan, agriculteurs et tous les autres professionnels indépendants, qu'ils relèvent ou non d'une profession réglementée, **la loi n° 2022-172 du 14 février 2022** en faveur de l'activité professionnelle indépendante, publiée au Journal officiel du 15 février 2022 met fin au statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), institué par la loi du 15 juin 2010. À compter du 15 février 2022, il n'est plus possible d'avoir recours au régime de l'EIRL en constituant un patrimoine affecté. En revanche, les personnes physiques déjà placées sous ce régime continueront à y être soumises. L'affectation à un patrimoine affecté déjà constitué ou le retrait d'éléments de celui-ci demeurent en effet possibles.

Désormais, un nouveau statut (art. L. 526-22 à L. 526-26 C. com.) offre une **protection de plein droit au patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel**, qui devient automatiquement insaisissable par les créanciers professionnels. La transmission du patrimoine professionnel est également facilitée (art. L. 526-22 à L. 526-26 C. com.). Ce nouveau statut entre en vigueur le 15 mai 2022. La distinction entre créances personnelles et créances professionnelles s'applique aux créances nées après cette même date.

Et au sein du Livre VI du Code de commerce, un titre est spécifiquement consacré aux dispositions applicables à l'entrepreneur individuel (**C. com., art. L. 681-1 à L. 681-4**). Ces nouvelles règles ne sont pas applicables aux procédures en cours le 15 mai 2022, seules étant concernées les procédures ouvertes après cette date.

## K. Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte

La Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte a créé un privilège pour les créances environnementales en liquidation judiciaire et modifie, en suivant, les articles L. 641-8 et L. 641-13 du Code de commerce (Voir *infra*: Thème 18: *Les entreprises en difficulté et le droit de l'environnement*).

## L. Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 et mise en place des tribunaux des affaires économiques

Tandis qu'en ce domaine, la compétence d'attribution est partagée entre le tribunal de commerce et le tribunal judiciaire, à titre expérimental, la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027 (art. 26 et 27), complétée par un décret du 3 juillet 2024, met en place une nouvelle juridiction, à titre expérimental: **les tribunaux des activités économiques**. Ces tribunaux expérimentaux ont vocation à **remplacer à terme les tribunaux de commerce et les formations spécialisées en procédure collective des tribunaux judiciaires**. L'objectif est ainsi de mesurer l'intérêt d'avoir un seul tribunal pour traiter l'ensemble des procédures amiables et collectives des professionnels dont l'activité rencontre des difficultés.

**Un arrêté du 5 juillet 2024** a désigné les 12 tribunaux de commerce qui sont devenus des tribunaux des activités économiques à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2025, **pendant une durée de quatre ans**. Ont été désignés pour TAE les tribunaux d'Avignon, Auxerre, Le Havre, Le Mans, Limoges, Lyon, Marseille, Nancy, Nanterre, Paris, Saint-Brieuc et Versailles. Ces 12 TAE absorbent certaines compétences des tribunaux judiciaires et deviennent seuls compétents pour traiter des procédures de sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire et procédures amiables de tous les professionnels quels que soient leur statut et leur activité.

Tout TAE est composé de juges consulaires issus des tribunaux de commerce, outre des juges exerçant la profession d'exploitant agricole nommés par le ministère de la Justice, choisis sur une liste établie par le Président de la Cour d'appel sur proposition de la chambre d'agriculture départementale, ainsi que de greffiers du tribunal de commerce. Cette nouvelle composition tend à élargir la compétence d'attribution vers d'autres justiciables que ceux classiquement admis devant les tribunaux de commerce dans le souci d'un traitement conforme aux attentes du droit européen.

La compétence des TAE est élargie à toutes les personnes, physiques ou morales relevant du livre VI du Code de commerce et confrontées à des difficultés. Ce qui étend le champ d'action de cette juridiction aux **sociétés civiles** (associations et sociétés civiles immobilières notamment) aux **exploitants agricoles** et aux **professionnels indépendants**. Restent seulement exclus les professions judiciaires: les avocats, les notaires, les commissaires de justice, les greffiers des TAE ou des tribunaux de commerce, les mandataires et administrateurs judiciaires (C. com., art. L. 722-6-1, al. 2). Or, comme ces professions ne peuvent pas exercer les fonctions de juge consulaire, elles ne seraient pas éligibles à ce dispositif (incompatibilité).

La compétence sera élargie aux **baux commerciaux** pour les actions découlant des procédures collectives ou présentant un lien avec la procédure collective. L'idée poursuivie est de parvenir à un « bloc de compétence », permettant en principe un traitement plus homogène et plus efficace des procédures. À défaut de lien de connexité, le tribunal judiciaire reste compétent.

### § 3. La préoccupation européenne

Si, dans un premier temps, les institutions européennes ont limité leurs investigations à la résolution des conflits de lois susceptibles d'intervenir au cas de faillites transfrontalières, elles n'ont ensuite pas hésité à faire force de proposition de manière plus substantielle, en tentant d'harmoniser les procédures entre les États membres (Voir *infra* : Thème 19 : Les faillites internationales).

#### A. Le règlement des conflits

Au moment où l'on s'intéressait à l'évolution du droit français des procédures collectives, au début des années 2000, le **droit de l'insolvabilité** devenait l'objet de préoccupations européennes. Comme il semblait vain, dans un premier temps, de penser à l'uniformisation des différentes règles intervenant en ce domaine au sein des différents États membres, les institutions européennes se sont d'abord concentrées sur le **règlement des conflits de lois** qu'occasionnent les faillites européennes, c'est-à-dire les défaillances que peut rencontrer une entreprise qui développe son activité sur plusieurs États membres de l'Union européenne. À cet effet, le **règlement du Conseil de l'Union européenne n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité**, entré en vigueur le 31 mai 2002, a instauré, pour la première fois, un système juridique cohérent destiné à régir les procédures de faillite concernant des entreprises de dimension transnationale.

- Il pose le principe de la compétence des juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le **centre des intérêts principaux du débiteur** pour l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, en reconnaissant au jugement d'un autre État membre la même autorité sur le territoire où il a été reconnu que sur le territoire sur lequel il a été rendu. La loi applicable est alors celle de l'État sur le territoire duquel la procédure a été ouverte.
- Toutefois, le texte offre la possibilité d'ouvrir une **procédure dite « secondaire »** sur le territoire d'un État membre qui n'est pas celui où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, ainsi qu'une procédure dite « territoriale », lorsque l'ouverture d'une procédure principale ne peut être ouverte en raison des dispositions de la loi de l'État membre.

Ce texte ayant donné lieu à un abondant contentieux, il sera par la suite réformé par le nouveau **Règlement insolvabilité (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015**, applicable depuis le 26 juin 2017. Ce texte qui est également centré sur la résolution des conflits de compétence et de lois dans les procédures transfrontalières d'insolvabilité, garantit également la reconnaissance des décisions en matière d'insolvabilité dans toute l'Union européenne. Une **ordonnance n° 2017-1519 portant adaptation du droit français des entreprises en difficulté au Règlement insolvabilité du 20 mai 2015** a été adoptée le 2 novembre 2017. Elle a conduit à intégrer dans un Titre IX du Livre VI du Code de commerce les dispositions



particulières aux procédures d'insolvabilité. Mais cet effort de construction de règles communes annonçait une autre ambition, celle visant à harmoniser le droit substantiel européen.

## **B. L'harmonisation des procédures**

Sur l'impulsion de la Commission européenne qui avait adopté une **Recommandation n° 2014/135 du 12 mars 2014 relative à une « nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises »**, un travail d'harmonisation *a minima* du droit européen des entreprises en difficulté fut lancé. Il s'agissait alors de donner une feuille de route assez précise aux 28 États membres pour qu'ils rapprochent leurs législations respectives en matière d'insolvabilité. S'en est suivie une **proposition de directive du Parlement européen et du Conseil** en date du 22 novembre 2016 qui, après avoir circulé devant les instances européennes, a été finalement adoptée en 2019.

Ce texte de droit dérivé : la **Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement**, laisse une marge de manœuvre aux États membres pour adapter leurs droits de l'insolvabilité. En France, la Loi Pacte du 22 mai 2019 avait déjà prévu qu'elle soit transposée dans les 24 mois suivant sa publication et, au plus tard, le 17 juillet 2021. Mais, en raison des bouleversements inhérents à la pandémie, ce délai d'habilitation a finalement été prolongé de quatre mois. C'est ainsi que l'ordonnance de transposition est intervenue au 15 septembre 2021.

## Chapitre 2. La consécration du droit des entreprises en difficulté en « droit de la crise »

Alors que, début 2020, la matière était déjà placée sous les feux croisés du droit interne et du droit européen, une crise sanitaire, devenue une crise économique sans précédent, frappait les entreprises. Nombre des textes adoptés dans l'urgence, à titre temporaire, ont finalement été pérennisés par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 et son décret d'application n° 2021-1218 du 23 septembre 2021.

### § 1. La législation de crise

#### A. La loi d'habilitation d'urgence

Le législateur s'est emparé de ce contexte en habilitant le Gouvernement à réformer par voie d'ordonnances afin de soutenir l'économie (Loi d'habilitation n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, art. 4 et 11).

#### B. Les ordonnances de réforme

C'est ainsi qu'en marge des nombreuses mesures intervenues très rapidement dans d'autres domaines (que ce soit en procédure pénale, en matière juridictionnelle, en matière de baux commerciaux, voire encore en matière de financement, ou en matière fiscale) et qui, pour la plupart, affectent indirectement la matière, c'est bien le droit des entreprises en difficulté qui devait être retouché pour offrir aux entreprises saisies par la crise des solutions qui allaient **leur permettre de garder le cap**. Pour ce faire, une série d'ordonnances est intervenue en 2020 afin d'adapter les règles relatives aux difficultés des entreprises aux conséquences de l'épidémie de covid-19. Mais si de nombreuses ordonnances ont été adoptées sur ce fondement, elles ne se ressemblent pas pour autant.

La première **ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020** avait un domaine restreint, puisqu'elle concernait essentiellement la modification des délais applicables aux entreprises en difficulté afin de cristalliser la situation des entreprises ou des exploitations agricoles au 12 mars 2020 pour apprécier l'état de la cessation des paiements et éviter que l'aggravation de la situation du débiteur ou de l'exploitant ne l'empêche de solliciter une procédure de conciliation ou de sauvegarde.

À l'inverse, la deuxième **ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020** comportait des dispositions touchant également au fond, à la substance des procédures, en les aménageant, mais aussi en introduisant des innovations qui, d'emblée, avaient été conçues pour durer et survivre à la crise.

C'est ainsi que contrairement à la première ordonnance de mars qui saisissait l'urgence de la crise et de ses conséquences immédiates, dans l'ordonnance de mai, il s'agissait certes d'améliorer le système en place, mais aussi d'intégrer certaines des mesures inspirées de la récente directive européenne du 20 juin 2019. Pour preuve, nombre des dispositions contenues dans cette ordonnance de la fin du mois de mai prévoyait une application soit jusqu'au 31 décembre 2020 inclus, soit, précisément, jusqu'à la transposition de la Directive Restructuration Insolvabilité, et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021.

Même si la situation économique restait encore incertaine, ce dispositif d'exception a, semble-t-il, produit les effets escomptés. Malgré la force de la crise économique et sanitaire, puisque le PIB de la France a chuté de 9 % en quelques mois, il était ainsi un paradoxe : le nombre de procédures collectives est toujours à la baisse. Début janvier 2020, sur les 32 184 défaillances d'entreprises rapportées en France, les tribunaux avaient prononcé 24 000 ouvertures de procédures collectives, soit le plus bas niveau de défaillances atteint depuis plus de 30 ans (www.altares.com).

Toutefois, malgré l'efficacité de ces dispositions d'exception, d'application temporaire, la prudence continuait de s'imposer. C'est ainsi qu'après les retouches apportées à la marge par la **loi n° 2020-734 du 17 juin 2020** relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (art. 38, 39 et 40), l'effort législatif ne s'est pas tari.

Après avoir introduit une troisième **ordonnance n° 2020-1443, le 25 novembre 2020** soucieuse de favoriser le recours des entreprises en difficulté à la procédure de conciliation, le législateur a souhaité soutenir l'efficacité des dispositifs mis en place et déjà largement empruntés par les praticiens.

### **C. La prolongation de certaines mesures d'urgence jusqu'au 31 décembre 2021**

Pour ce faire, une disposition de la **Loi d'accélération et de simplification de l'action publique du 7 décembre 2020**, dite loi ASAP, a prolongé jusqu'au **31 décembre 2021**, les articles 1 à 6 de l'ordonnance du 20 mai 2020, ce qui a permis d'allonger l'application de nombreuses dispositions jusqu'au 31 décembre 2021. Tel a notamment été le cas :

- **des** mesures permettant de sensibiliser rapidement les dirigeants sur la nécessité de réagir via **l'alerte des commissaires aux comptes** ;
- des mesures facilitant la mise en place d'une **conciliation** tout en renforçant ses effets ;
- des mesures élargissant l'accès à la **procédure de sauvegarde accélérée** comme à sa **variante financière** : la sauvegarde financière accélérée, mais également au **rétablissement professionnel** et à **liquidation judiciaire** simplifiée ;
- ainsi que les dispositions facilitant l'élaboration, le financement ainsi que la mise en œuvre des **plans de continuation**.

C'était sans compter, entre-temps, sur l'adoption au 15 septembre 2021 de l'ordonnance de transposition de la directive « Restructuration et Insolvabilité », laquelle a définitivement au Code de commerce certaines de ces mesures.

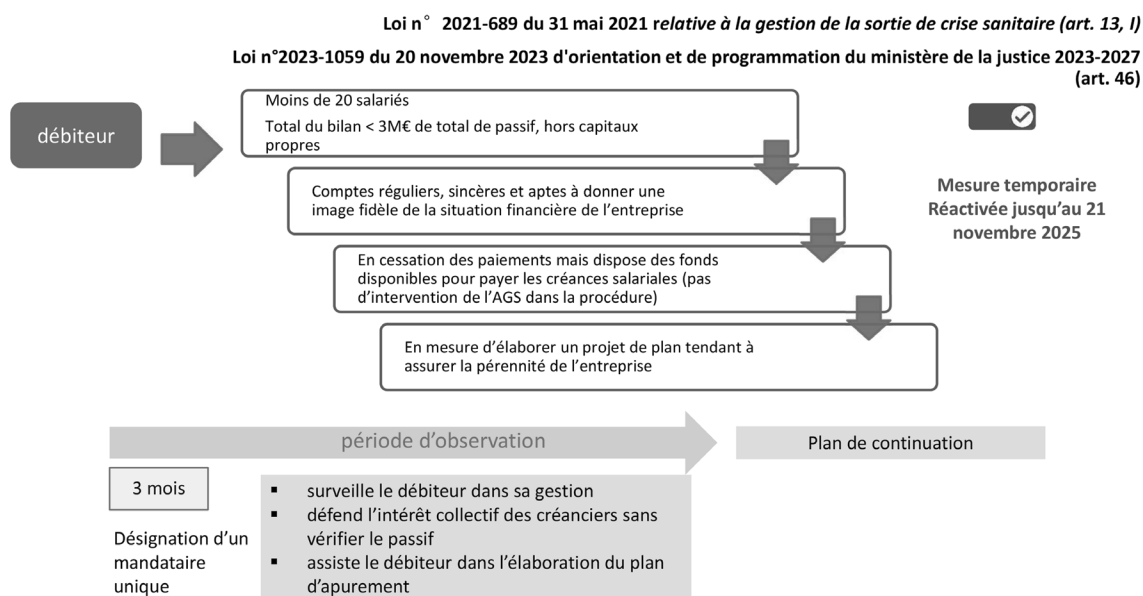
## **§ 2. La législation de sortie de crise**

### **A. La loi de sortie de crise et la procédure de traitement de sortie de crise**

Faisant suite à ces dispositions d'exception, d'adaptation au contexte de la crise sanitaire, le législateur a introduit une **nouvelle procédure** dite « **de traitement de sortie de crise** » à l'article 13, I, de la **loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire**. Il a cependant fallu attendre deux décrets du

16 octobre 2021 (décrets n° 2021-1354 et n° 2021-1355 du 16 octobre 2021) pour la mettre en œuvre. Ce d'autant que cette procédure, derrière laquelle se cache un **redressement judiciaire accéléré, simplifié**, a été conçue à titre temporaire, pour 2 ans et a expiré au 2 juin 2023. Toutefois, la Loi n° 2023-1059, du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027, en plus de mettre en place les TAE, **a réactivé ce dispositif jusqu'au 21 novembre 2025**. Même si le dispositif a peiné à rencontrer son public, il est devenu particulièrement utile pour restructurer les passifs des entreprises ayant souscrit des prêts garantis par l'État (PGE) en temps de crise et ayant rencontré des difficultés à en rembourser les échéances. Contrairement aux précédentes mesures adoptées en temps de crise, il s'agit ici de **traiter les difficultés** et non plus seulement de les prévenir. Elle vise en effet à permettre l'adoption, en un temps réduit à **3 mois**, de plans de nature à régler les difficultés causées ou aggravées par la crise sanitaire.

### La procédure de traitement de sortie de crise



### B. Le plan de sortie de crise

En suivant, toujours afin d'accompagner les entreprises pendant cette période de sortie de crise, le Gouvernement a présenté le 1<sup>er</sup> juin 2021 un **plan d'action** élaboré avec l'ensemble des partenaires de l'entreprise pour organiser une **détection et un accompagnement efficaces des entreprises en situation de fragilité**. Il s'agissait d'anticiper la période qui allait suivre puisqu'à compter du mois d'octobre 2021, les diverses mesures, aides, soutiens, alloués aux entreprises, ont progressivement diminué ou disparu. Dans le même temps, les entreprises ont commencé à rembourser les plans d'apurement des dettes fiscales et sociales ainsi que les mensualités de prêts garantis par l'État (PGE).

Ce plan d'action sur l'accompagnement de sortie de crise devait ainsi permettre d'apporter à chaque entreprise qui rencontrerait des difficultés au cours de cette période une solution adaptée à sa situation, quitte, notamment à emprunter la procédure « de sortie de crise » préalablement visée.

Un **comité national de sortie de crise**, réunissant des représentants des professions du chiffre et du droit, les institutions financières, les fédérations d'entreprises, les organismes consulaires ainsi que des représentants de l'État a été créé et s'est réuni fin juillet 2021 afin de détailler les engagements pour la mise en œuvre ce plan au niveau national et au niveau local (préconisation d'outils de détection des difficultés grâce, notamment, au partenariat « Signaux faibles » ; présentation des supports d'informations et de formation ; mise en place d'entretiens gratuits ; déploiement d'un accompagnement personnalisé ; anticipation et traitement de la détresse psychologique ; mais encore mise en place d'une aide au rebond en cas de cessation d'activité). Dans chaque département, un **conseiller départemental à la sortie de crise** avait été désigné afin d'accueillir et d'orienter les entreprises en situation de fragilité financière, sous la garantie d'une confidentialité stricte. Il avait vocation à proposer une solution adaptée à chaque entreprise en fonction de sa situation (dont, notamment, l'aménagement des dettes fiscales et sociales, prêt, services de la médiation, présentation du panel de procédures mises à la disposition des chefs d'entreprise).

Différentes mesures annoncées dans ce plan d'accompagnement des entreprises ont ensuite été précisées dans le cadre d'une circulaire du 6 août 2021, dont l'introduction d'une autre mesure temporaire, le « **mandat ad hoc de sortie de crise** » (Voir infra : Thème 4 : La prévention par le traitement amiable des difficultés).

## C. La pérennisation des mesures d'urgence

C'était sans compter sur les nombreux textes qui, intervenus pendant cette période de crise, allaient être définitivement inscrits dans le Code de commerce au gré de l'**ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021** portant modification du Livre VI du Code de commerce. Cette ordonnance, qui est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2021, transpose la **directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019**, dite « restructuration et insolvabilité ».

Y sont notamment consacrées les mesures intervenues afin de **faciliter le financement des plans** (par l'instauration d'un privilège dit de « post-money » au profit des apporteurs en trésorerie), comme leur modification, mais encore la **simplification des conditions d'accès aux procédures accélérées** (fusion des variantes de la procédure de sauvegarde au sein d'une procédure accélérée qu'elle désigne pour cadre de « restructuration préventive », au sens de la directive) comme à la **liquidation judiciaire simplifiée** ou au **rétablissement professionnel** afin de faciliter le rebond du débiteur.

Cette ordonnance traduit également différentes mesures annoncées en juin 2021 dans le cadre du plan d'action de sortie de crise à destination des entreprises en situation de fragilité, dont le **renforcement des dispositifs de détection et de prévention** des difficultés des entreprises et leur accompagnement (accélération du dispositif d'alerte des CAC et information plus précoce du tribunal, renforcement de l'attractivité de la procédure de conciliation...) en lien avec les préconisations

du rapport déposé en février 2021 par M. Georges Richelme. De la même manière, une meilleure transparence et maîtrise des coûts des procédures, voire encore l'amélioration du sort des garants dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire sont mises en place.

D'ailleurs, ce texte est complété par une **ordonnance n° 2021-1192**, adoptée le même jour, portant réforme du droit des sûretés, prise sur habilitation de l'article 60 (14°) de la loi PACTE. Cette ordonnance, qui comprend un volet relatif à l'articulation avec le droit des entreprises en difficulté, s'inscrit dans un triple objectif : – de simplification du droit des sûretés, – de renforcement de son efficacité – et de préservation de l'équilibre entre les intérêts en présence : créanciers, débiteurs et garants. Il s'agit d'améliorer la lisibilité des droits des créanciers titulaires de sûretés en procédure collective et d'assurer notamment l'efficacité des sûretés qui sont consacrées par l'ordonnance (la cession de créances et la cession de sommes d'argent) à titre de garantie.

Au-delà de ces préoccupations conjoncturelles, les apports de l'**ordonnance n° 2021-1193** sont nombreux. C'est ainsi, notamment, qu'elle renouvelle les modalités d'adoption des plans de continuation en substituant aux comités de créanciers appelés à la négociation, les classes de créanciers et, plus largement, **les classes « de parties affectées »**, afin d'englober les détenteurs de capital. Cette modification était un impératif de la directive afin qu'existe, au sein de l'Union, un socle commun de restructuration préventive, se caractérisant pour l'essentiel par la suspension des poursuites des créanciers, le vote du plan de restructuration par les classes de créanciers et par la possibilité d'une adoption forcée du plan malgré le vote négatif d'une classe (Voir *infra* : Thème 13 : Les issues des procédures : les plans).

Pour conclure sur ce point, cette ordonnance marque une avancée majeure en droit européen de l'insolvabilité, car la directive « Restructuration et insolvabilité » qu'elle transpose explore, pour la première fois, **un droit substantiel commun** et général là où jusqu'alors n'avaient été adoptées que des directives sectorielles (relatives aux difficultés des établissements de crédit ou des entreprises d'assurance, ou à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur), tandis que le règlement européen (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, modifié par le règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015, ne règle que les conflits de lois et de juridictions (Voir *infra* : Thème 19 : Les faillites internationales).

## **D. La réactivation de la procédure de traitement de sortie de crise**

Face à la hausse des défaillances intervenue en 2023 (avec 57 729 procédures ouvertes, soit une augmentation de 35,8 % par rapport à 2022, selon le cabinet Altares), la Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, a **réactivé la procédure de traitement de sortie de crise** (redressement judiciaire accéléré et simplifié) qui avait expiré depuis le 2 juin 2023 (Voir *supra* A.). Ce dispositif reste temporaire, mais son application est prolongée jusqu'au **21 novembre 2025**.

Thème 2

# **L'approche pratique du droit des entreprises en difficulté**





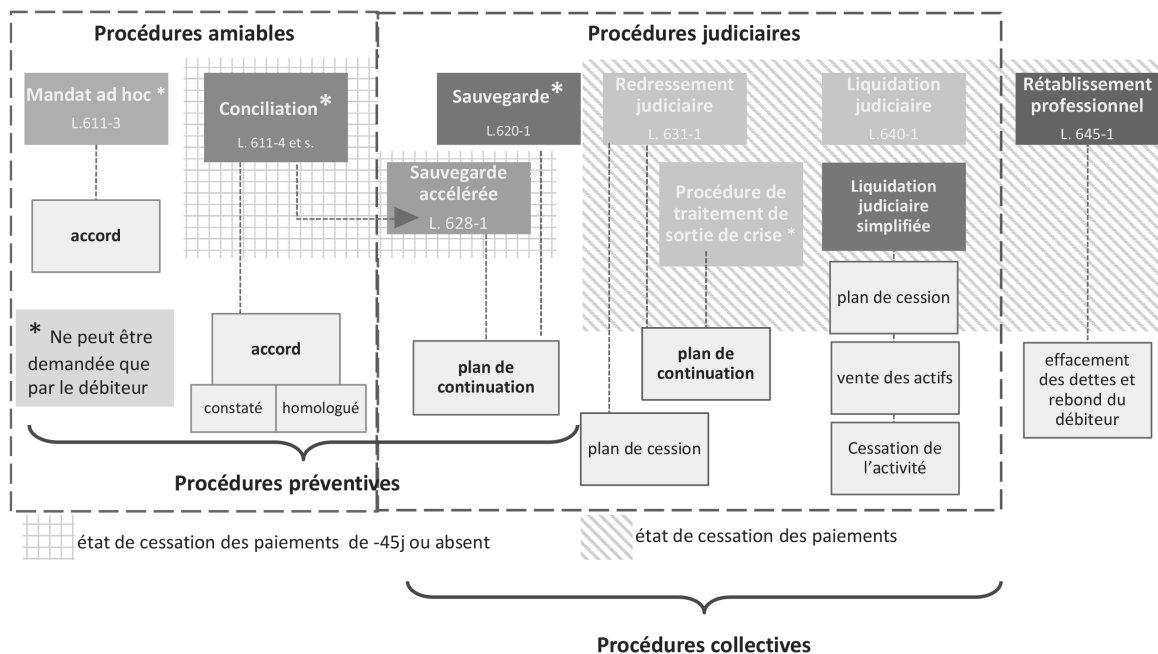
# Chapitre 1. Présentation analytique de « La boîte à outils » du Livre VI du Code de commerce

La « boîte à outils » mise à la disposition du chef d'entreprise en difficulté afin de prévenir sinon de traiter les difficultés fait l'objet du Livre VI du Code de commerce intitulé « Des difficultés des entreprises ». Suivant la structure du Code de commerce, apparaissent dans l'ordre : la mesure de **mandat ad hoc**, la **procédure de conciliation**, la **procédure de sauvegarde** (avec sa variante accélérée), la procédure de **redressement judiciaire**, la procédure de **liquidation judiciaire** (avec sa variante simplifiée) et, enfin, la procédure de **rétablissement professionnel**. S'y ajoute, à titre temporaire, la **procédure judiciaire « de traitement de sortie de crise »**, derrière laquelle se cache un redressement judiciaire accéléré.

C'est dire si cette « boîte à outils » est riche et perfectionnée ! Cet enrichissement, cette spécialisation des procédures procède de trois étapes successives.

L'architecture de ces procédures a d'abord été profondément repensée par la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005, avant que ne s'y ajoutent de nombreuses réformes, dont certaines ont été conçues afin de répondre à des hypothèses spécifiques, notamment en raison de la taille des entreprises comme de la nature financière de leur endettement, tandis que d'autres visent à faciliter le rebond du débiteur voire, plus récemment, à aider les entreprises à surmonter les difficultés dues à la crise sanitaire qui s'est doublée d'une crise économique sans précédent.

## La « boîte à outils » du Livre VI du Code de commerce



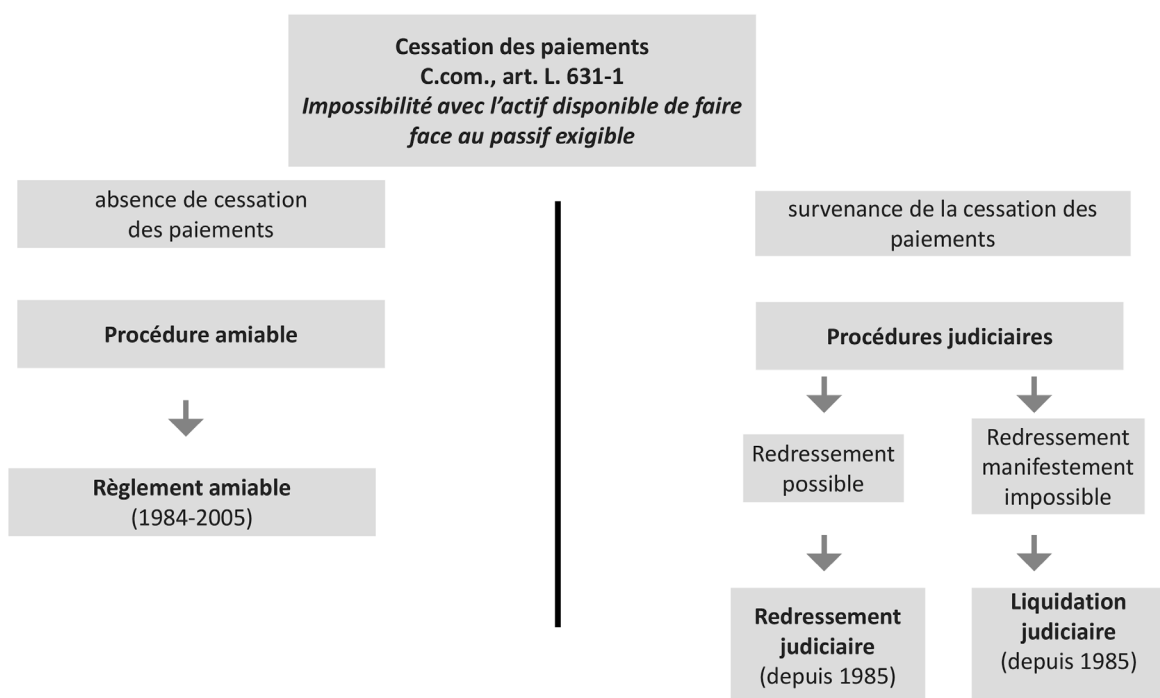
## Section 1. Une architecture repensée : la ventilation des procédures amiables et judiciaires

### § 1. Le critère unique de la cessation des paiements avant 2005

Pendant très longtemps, **le critère de la cessation des paiements**, c'est-à-dire l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible (C. com., art. L. 631-1), a été le seul critère de ventilation des **procédures amiables** et des **procédures judiciaires**.

Avant que cette cessation des paiements ne soit constatée, seule la voie du **règlement amiable** pouvait être empruntée.

Tandis qu'une fois cette cessation des paiements survenue, il convenait de basculer dans les procédures collectives de **redressement** et **liquidation judiciaires**.



### § 2. La déconnexion du critère de la cessation des paiements

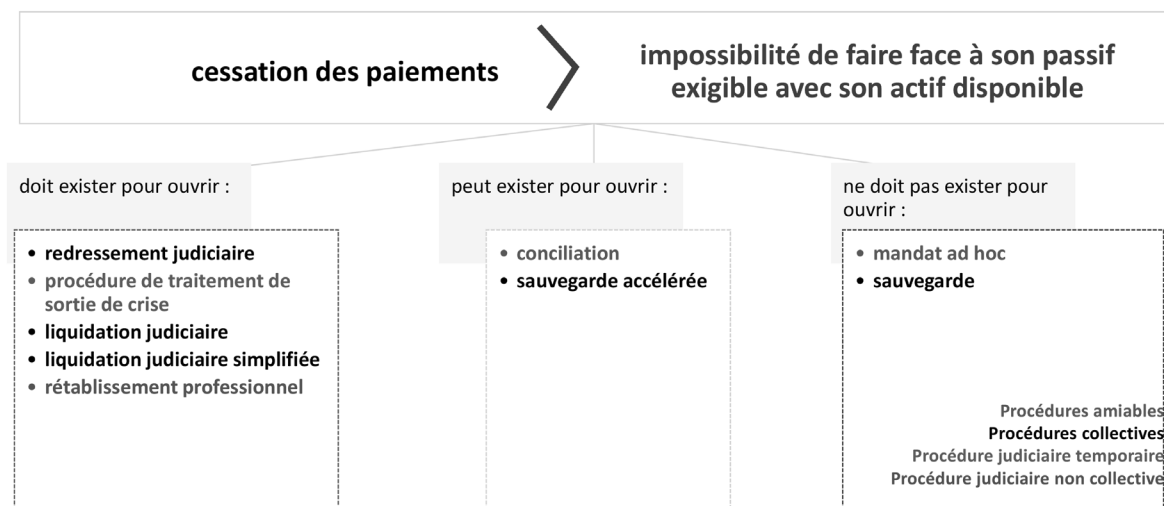
Il fallut en effet attendre la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005 pour que soit opérée une **véritable révolution** des champs respectifs du traitement préventif, d'une part, et du traitement judiciaire, d'autre part, de la défaillance des entreprises.

Depuis lors, et contrairement au règlement amiable (1984), le législateur a déconnecté le traitement extra-judiciaire de ce critère et a admis **qu'une procédure amiable puisse être sollicitée alors même que l'entreprise connaît d'un état de cessation des paiements naissant**, datant de **moins 45 jours : la procédure de conciliation** (C. com., art. L. 611-4). Bien évidemment, il sera plus confortable de solliciter l'ouverture d'une conciliation en l'absence de cessation des paiements, mais cette dernière ne constitue plus un obstacle infranchissable au traitement amiable des difficultés des entreprises.

Dans un mouvement inverse, le législateur français (fortement inspiré du *Chapter 11* inscrit dans le Code de la banqueroute américain) a, par souci d'anticipation, permis qu'un **traitement judiciaire, curatif, collectif**, des difficultés des entreprises puisse s'inscrire dès la phase de prévention en adoptant **la procédure de sauvegarde** (C. com., art. L. 620-1). Mieux, il a fait de l'absence de cessation des paiements, l'un des critères de son ouverture. Il suffira au débiteur de démontrer qu'il rencontre des « difficultés insurmontables » pour se prévaloir de cette procédure.

Au sortir de la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté de 2005 une nouvelle architecture de la matière est révélée à travers :

- d'une part, une procédure amiable, compatible avec une cessation des paiements de moins de 45 jours : **la conciliation**
- et d'autre part, une procédure collective, judiciaire, mais préventive, car strictement incompatible avec la cessation des paiements : **la procédure de sauvegarde**.



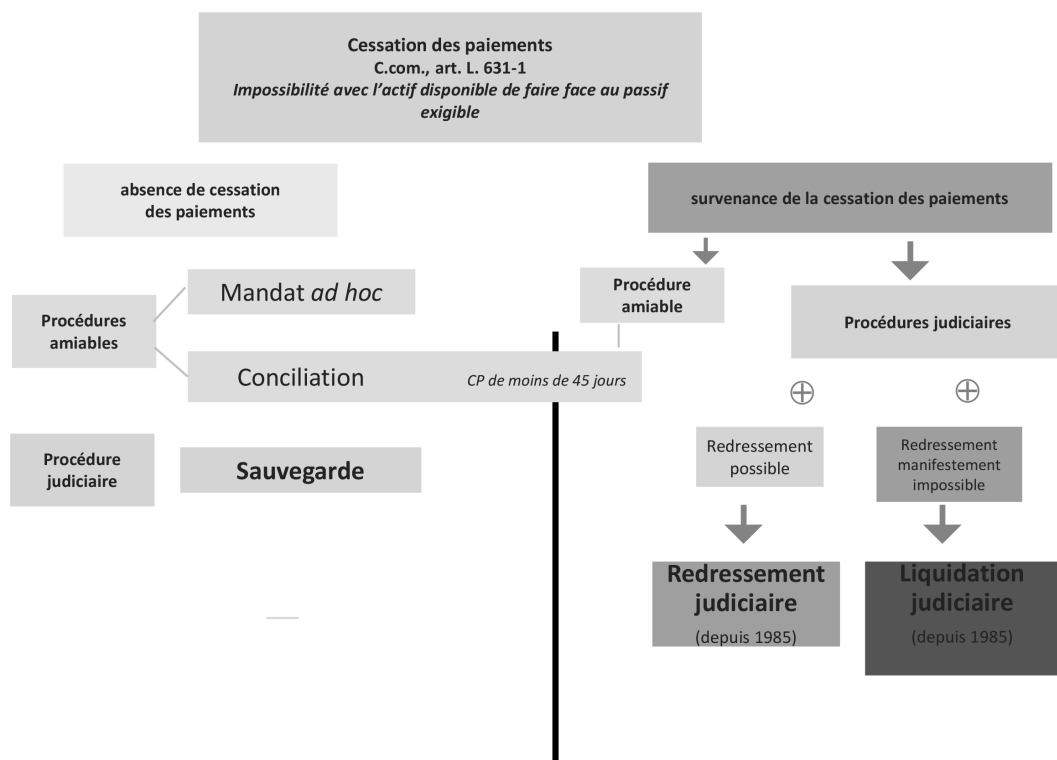
## Section 2. Une architecture renforcée : la permanence des procédures

### § 1. La consécration d'une pratique ancienne : la mesure de mandat *ad hoc*

La loi de 2005 a également consacré la mesure de **mandat *ad hoc*** qui, bien qu'issue de la pratique des juridictions consulaires et visée par la loi du 10 juin 1994, manquait encore d'une disposition légale propre. L'article L. 611-3 du Code de commerce lui est dorénavant dédié. D'ailleurs, le caractère elliptique de sa formulation et sa permanence dans le temps doivent être salués tant ils sont rares en cette matière.

### § 2. La reconduction du socle : le redressement et la liquidation judiciaires

Par-delà ces trois nouvelles consécration, la loi de 2005 a fait preuve d'une certaine constance **en reconduisant les procédures de redressement et de liquidation judiciaires**. Si toutes deux supposent que soit caractérisé un état de cessation des paiements, elles se distinguent cependant par le fait que la première oblige à démontrer qu'un redressement peut être espéré (C. com., art. L. 631-1), là où, pour la seconde, il est au contraire « manifestement impossible » (C. com., art. L. 640-1).



## Section 3. Une architecture diversifiée : la spécialisation des procédures

### § 1. Des procédures accélérées

Dès le prononcé du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire s'ouvre une **période dite « d'observation »** à l'occasion de laquelle la situation de l'entreprise sera analysée afin, le cas échéant, de bâtir un plan qui sera soumis à l'aval du tribunal à l'issue de celle-ci. Autrefois, cette période avait une durée de 18 mois harmonisée entre les procédures de sauvegarde et de redressement. Tel n'est plus le cas. Pour les procédures de sauvegarde ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2021, la période d'observation d'une durée maximale de six mois ne peut être renouvelée qu'une fois, pour une durée maximale de six mois, par décision spécialement motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public. Est ainsi supprimé le renouvellement exceptionnel à la requête du ministère public par décision motivée du tribunal. Cette faculté demeure toutefois en redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-7). La durée de la période d'observation réduite à **12 mois en sauvegarde** peut ainsi être portée à **18 mois en redressement** judiciaire afin de favoriser le sauvetage des entreprises dont la situation est particulièrement dégradée.

Sous cette réserve, ainsi qu'en **matière agricole**, il est d'ailleurs à noter que l'évolution légale va dans le sens d'un raccourcissement de cette durée afin de préserver la valeur de l'entreprise.

## La durée de la période d'observation

	Durée de la période d'observation	
Procédure	Régime antérieur	Régime en vigueur à compter du 1 <sup>er</sup> octobre 2021 (ord. du 15 sept. 2021)
Sauvegarde	<b>6 mois</b> + <b>6 mois</b> (renouvellement par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public) + <b>6 mois</b> (renouvellement exceptionnel à requête du ministère public)	<b>6 mois</b> + <b>6 mois</b> (renouvellement par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public) Suppression par l'ord. du 15 sept. 2021 du renouvellement de la période d'observation à la requête du ministère public Durée maximum : <b>12 mois</b>
Redressement	Durée maximum : <b>18 mois</b>	<b>6 mois + 6 mois + 6 mois :</b> Durée maximum : <b>18 mois</b>
Sauvegarde accélérée (2014)	3 mois non renouvelables Durée maximum : <b>3 mois</b>	2 mois + prolongation à la demande du débiteur ou de l'administrateur sans pouvoir excéder 4 mois Durée maximum : <b>4 mois</b>
Sauvegarde financière accélérée (2010-2021)	1 mois + 1 mois Durée maximum : <b>2 mois</b>	X
Redressement judiciaire accéléré, de sortie de crise	X	Durée maximum : <b>3 mois</b>

### A. Les procédures de sauvegarde accélérée

Il en est d'abord ainsi des variantes de la procédure de sauvegarde qui ont permis de consacrer les audaces des praticiens qui s'étaient rapidement acclimatés à la technique anglo-saxonne du *prepackaged plan*. En vertu de cette technique, l'accord qui, bien que préparé dans le cadre d'une procédure amiable (mandat *ad hoc* ou conciliation), a échoué à obtenir l'unanimité des créanciers, est rapidement adopté au cours d'une procédure judiciaire au sein de laquelle se joue la loi de la majorité.

C'est ainsi que la **procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA)**, limitée à **un mois renouvelable une fois** (2 mois maximum), fut d'abord introduite par la loi de régulation bancaire et financière de 2010, avant que la formule ne soit généralisée par en 2014 avec la **procédure de sauvegarde accélérée (PSA)** dont la durée a été limitée à **trois mois non renouvelables**.

De la sorte, **la procédure de sauvegarde** originelle (2005) est devenue la procédure de droit commun : le genre (C. com., art. L. 620-1), tandis que **la procédure de sauvegarde accélérée** (2014) en devenait une variante (C. com., art. L. 628-1), et **la procédure de sauvegarde financière accélérée** (2010), une sous-espèce (C. com., art. L. 628-9).

C'était sans compter sur la simplification opérée par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 qui fusionne **ces deux variantes en une procédure de sauvegarde accélérée unique** qui devient le « cadre de restructuration préventive » au sens de la directive qu'elle transpose. Sa durée est également corrigée et limitée à **deux mois**, le débiteur et l'administrateur pouvant en demander la prorogation, sans que la procédure de sauvegarde accélérée puisse excéder **quatre mois**.

## **B. La procédure de redressement accéléré**

La loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire* institue en son article 13 une **procédure dite de « traitement de sortie de crise »**. Cette procédure judiciaire simplifiée, derrière laquelle se cache un **redressement judiciaire accéléré**, a pour finalité de permettre l'adoption rapide de plans de nature à régler les difficultés causées ou aggravées par la crise sanitaire. Le débiteur qui s'en prévaut devra justifier être en mesure d'élaborer un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise dans le délai de **trois mois**.

## **§ 2. Des procédures de rebond**

### **A. Les variantes de la liquidation judiciaire**

#### **1. Les liquidations judiciaires simplifiées**

En 2008, le législateur a souhaité rendre plus effective **la liquidation judiciaire simplifiée** (C. com., art. L. 641-2, et L. 644-1 à L. 644-6) en créant deux versions : obligatoire et facultative. Son régime spécifique, visant la cession des actifs de sociétés de petites tailles **n'ayant aucun actif immobilier** dépendait alors du dépassement de seuils :

- **obligatoire** si la société réalisait un chiffre d'affaires HT  $\leq 300\,000$  € et avait employé un salarié au plus au cours des 6 mois précédant l'ouverture de la procédure.
- **facultative** si la société réalisait un chiffre d'affaires HT supérieur à 300 000 €, mais  $\leq 750\,000$  € et si le nombre de salariés était compris entre un et 5 au cours des 6 mois précédant l'ouverture de la procédure.

## 2. La disparition de la liquidation judiciaire simplifiée facultative

Toutefois, afin d'accroître l'efficacité de la liquidation judiciaire simplifiée, la Loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 (art. 57) a fait **disparaître sa version facultative**. Dans le même temps, elle a modifié la réglementation de la **liquidation judiciaire obligatoire** en reprenant les seuils en deçà desquels elle pouvait autrefois être prononcée à titre facultatif (C. com., art. L. 641-2). Le décret n° 2019-1208 du 21 nov. 2019 obligeait ainsi à recourir à la **liquidation judiciaire simplifiée** :

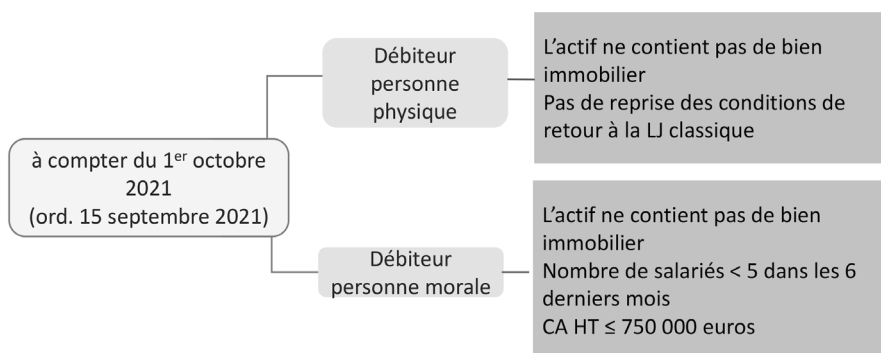
- lorsque l'entreprise en difficulté ne possède pas d'actif immobilier ;
- emploi au plus 5 salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure ;
- et réalise un chiffre d'affaires inférieur ou égal à 750 000 € HT.

## 3. La promotion de la liquidation judiciaire simplifiée

Pour faire face à la crise économique ayant suivi la crise sanitaire, l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 (art. 6) a ouvert **à toute personne physique dont le patrimoine ne comprend pas de bien immobilier, sans autre condition de seuil**. L'ordonnance précisait néanmoins que si le nombre de salariés du débiteur au cours des six mois précédant la procédure est supérieur à cinq, le tribunal peut décider, par un jugement spécialement motivé, de revenir à une liquidation judiciaire de droit commun.

Ce dispositif a été pérennisé (Ord. 15 sept. 2021, art. 52). Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2021, à l'égard des **personnes physiques**, seule la condition tenant à l'absence d'actif immobilier subsiste, indifféremment de l'effectif ou du chiffre d'affaires de l'entreprise (C. com., art. L. 641-2, al. 1<sup>er</sup>). D'ailleurs, l'hypothèse d'un retour à une liquidation judiciaire de droit commun en cas de dépassement des seuils n'est pas reprise. Pour les débiteurs personnes morales en revanche, les anciens critères demeurent.

### La liquidation judiciaire simplifiée : un accès facilité





## B. Le rétablissement professionnel

En marge de la procédure de sauvegarde accélérée, l'ordonnance du 12 mars 2014 avait également innové en créant la procédure de **rétablissement professionnel** (C. com., art. L. 645, al. 1<sup>er</sup>) s'adressant aux entrepreneurs individuels, personnes physiques, sans salarié et avec un actif inférieur à 5 000 euros. Largement inspiré du rétablissement personnel propre au surendettement des particuliers, le rétablissement professionnel offre au débiteur une **faculté de rebondir** rapidement en le faisant bénéficier d'un effacement des dettes, sans avoir à recourir à la liquidation judiciaire.

Afin de le dynamiser, la loi Pacte de 2019 en fait la procédure par défaut proposée par le tribunal à tout débiteur correspondant aux critères d'éligibilité, sous réserve de son accord. Depuis lors, il n'appartient plus au débiteur qui demande l'ouverture d'une liquidation judiciaire, d'en solliciter le bénéfice à titre subsidiaire. C'est au tribunal d'effectuer d'office l'examen de la situation du débiteur, en cas de demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-1) ou de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 626-27 et L. 631-20-1).

Afin de faciliter le rebond des débiteurs impactés par la crise économique, l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 (art. 6) a tenté d'accroître sa fréquence en relevant de 5 000 à **15 000 €** le montant maximal de la valeur de l'actif du débiteur dont celui-ci doit justifier pour être éligible à la procédure (C. com., art. L. 645-1). Ce rehaussement a été consacré par l'ordonnance du 15 septembre 2021. L'article L. 645-1 du Code de commerce dispose désormais que « **Les biens que la loi déclare insaisissables de droit (dont la résidence principale du débiteur) ne sont pas pris en compte pour déterminer la valeur de l'actif** » (art. 64).

### Le rétablissement professionnel : critères d'ouverture

La personne	L'activité	Les procédures
Une personne physique sans patrimoine affecté (exclusion des EIRL)	15000€ d'actifs max (biens insaisissables non compris) Pas de salarié dans les 6 derniers mois Pas de procédure prud'homale en cours Activité en cours ou arrêtée depuis moins de 1 an	Pas de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou de rétablissement professionnel dans les 5 ans qui précèdent