



HAL
open science

Le rôle de la volonté et le droit des entreprises en difficulté

Lisa Goustiaux

► **To cite this version:**

Lisa Goustiaux. Le rôle de la volonté et le droit des entreprises en difficulté. Droit. 2020. dumas-03365722

HAL Id: dumas-03365722

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03365722>

Submitted on 11 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

MEMOIRE

Le rôle de la volonté et le droit des entreprises en difficulté

Par **Lisa Goustiaux**, Master II Droit des Affaires – Droit des PME PMI (Promotion 2019 / 2020)

Sous la Direction de **Monsieur Emmanuel Brocard**, Professeur à l'Université Reims Champagne-Ardenne et Directeur du Master II Droit des Affaires – Droit des PME PMI



**UNIVERSITÉ
DE REIMS
CHAMPAGNE-ARDENNE**

**FACULTE DE DROIT ET
SCIENCES POLITIQUES
57 rue Pierre Tattinger
51100 REIMS**

En la mémoire de Gabriel.

Remerciements

« *C'est dans l'effort que l'on trouve la satisfaction et non dans la réussite. Un plein effort est une véritable victoire.* » (Mahatma Gandhi). Et quelle victoire d'arriver au bout de ce long chemin, ô combien tumultueux mais ô combien enrichissant, que sont les études de droit. Ce mémoire marque, avec un pincement au cœur, l'achèvement de cinq années et l'aboutissement de tout l'investissement, le dévouement et l'implication que celles-ci ont nécessité. Les études ne sont pas un chemin facile à emprunter. Parsemé de doutes, de remises en question, de découragement, le bout du chemin paraît lointain et inatteignable. Toutefois, cette expérience permet de faire des rencontres, toutes plus marquantes les unes que les autres, qui permettent de retrouver son orientation dans les moments d'égarément, d'avancer plus vite, plus loin, et de trouver, non plus son chemin, mais sa véritable voie. Ces quelques lignes seront insuffisantes pour adresser mes remerciements et toute mon affection à tous ceux que cette expérience m'a permis de rencontrer, toutefois, dans un souci de synthétisation, il me faudra être brève.

Je tiens, tout d'abord, à exprimer ma profonde et immense reconnaissance à mon directeur de mémoire et de Master, M. Emmanuel Brocard qui a fait preuve de disponibilité, de patience, et qui m'a prodigué, au cours de ces deux dernières années, des conseils précieux tant sur le plan universitaire, que sur le plan professionnel. Ses encouragements dans les moments de désarroi (il pourra attester du fait qu'il y en a eu un certain nombre) et la confiance qu'il a su m'accorder ont été de grandes sources de motivation. Véritable mentor pour moi, je tiens à le remercier sincèrement et chaleureusement.

J'adresse, ensuite, ma plus grande gratitude à tous mes compagnons de route, mes juristes presque accomplis que sont mes amis. Je tiens à remercier personnellement Vanille, Julie, Seda, Marie, Ophélie, Lucie, Maxime, Mathilde, Alexandre qui ont toujours été présents dans les bons comme dans les mauvais moments, qui ont su me donner confiance en moi et qui ont été d'un soutien infaillible, notamment, au cours de cette ultime année qui ne fût pas aisée. Merci pour tous ces moments studieux passés avec vous (et surtout pour les autres qui l'ont moins été). Je dois beaucoup à chacun d'entre vous.

Je tiens à remercier les membres du cabinet Boileau-Avocats Conseils, dans lequel j'évolue depuis maintenant un an, pour le temps précieux qu'ils ont su m'accorder dans le cadre de ma formation, pour leurs conseils avisés, pour leur patience, pour leurs encouragements tout au long de cette année et la bienveillance dont ils ont fait preuve à mon égard.

Je tiens à remercier ma famille, et plus particulièrement mes parents, sans qui je n'aurais jamais pu aller au bout de ce chemin. Merci à vous pour les valeurs que vous m'avez inculquées, pour m'avoir donné le goût du travail, d'avoir toujours cru en moi et en mes ambitions. Je vous dois énormément et serai toujours digne de vous.

Enfin, un grand merci à l'ensemble du corps universitaire de l'URCA grâce à qui j'ai pu bénéficier d'une formation de qualité.

Liste des principales abréviations

<i>Act. proc. coll.</i>	Lettre d'actualité des procédures collectives
AGUO	Assemblée générale unique des obligataires
Al.	Alinéa
Art.	Article
<i>Art. cit.</i>	Article précité
<i>BJE</i>	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
<i>BJS</i>	Bulletin Joly Sociétés
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin civil de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CCSF	Commission des chefs de services financiers et des représentants des organismes de Sécurité sociale et de l'assurance-chômage
<i>CDE</i>	Cahier de droit de l'entreprise
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ. 1	Première chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Consid.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Contre (thèse opposée)
C. rur.	Code rural
CSE	Comité social et économique
<i>D.</i>	Dalloz
Dir. euro.	Directive européenne
Doss.	Dossier
<i>Dr. sociétés</i>	Revue Droit des sociétés
Ed.	Edition
F-S	Formation section
Gaz. pal.	Gazette du palais
H.s	Hors série
I	Internet (site de la Cour de cassation)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous

<i>JCP E</i>	La Semaine Juridique – Entreprise
<i>JCP G</i>	La Semaine Juridique – Générale
<i>JCP S</i>	La Semaine Juridique - Social
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>LEDC</i>	L’Essentiel du droit des contrats
<i>LEDEN</i>	L’Essentiel du droit des entreprises en difficulté
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Mél.	Mélanges
n°	Numéro
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance
p.	Page (s)
P B	Publié au bulletin
PUF	Presses Universitaires de France
R	Rapport (publication au)
<i>RDBF</i>	Revue de Droit Bancaire et Financier
<i>Rép. dr. com.</i>	Répertoire de droit commercial
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l’arbitrage
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives civiles et commerciales
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJSP</i>	Revue des juristes de Sciences Po
<i>RLDA</i>	Revue Le Lamy droit des affaires
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivants
SFA	Sauvegarde Financière Accélérée
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécialement
ss.	Sous
<i>Supra</i>	Ci-dessus
Trib. com.	Tribunal de commerce
V°.	Voir

Sommaire

Introduction.....	10
Première Partie : Le rôle de la volonté dans le traitement amiable des difficultés	13
Chapitre 1. L'élaboration et la conclusion de l'accord amiable.....	15
Chapitre 2. Le régime de l'accord amiable à l'occasion de sa formalisation et de son exécution.....	28
Partie Deux : Le rôle de la volonté dans le traitement judiciaire des difficultés	36
Chapitre 1. L'élaboration et l'adoption du plan	38
Chapitre 2. L'arrêté et l'exécution du plan	51

Introduction

1. « Comme un organisme vivant, l'entreprise naît, vit et peut être le siège de désordres divers, dont les plus graves sont susceptibles de provoquer sa disparition »¹. Tel un antidote, le droit des entreprises en difficulté, dans sa version contemporaine, tend à guérir le débiteur de tous ses maux afin d'échapper à ce triste sort.
2. Berceau du « droit des faillites », le droit romain a fait naître un véritable « droit du paiement »². Dans sa conception originelle, le droit des entreprises en difficulté était un droit dont l'aspect sanctionnateur fut le trait le plus saillant³. Sur le modèle de la « *venditio bonorum* »⁴, les premières procédures permettaient aux créanciers de procéder, dès le Moyen-Âge, à la vente collective des biens de leur débiteur. De surcroît, elles avaient pour objectif de réprimer le débiteur insolvable. Déclaré « *infâme* »⁵ en droit romain, il a, par la suite, fait l'objet de sanctions personnelles et pénales systématiques, « *tout failli (étant) un criminel* »⁶ à cette époque. Le paiement des créanciers étant sa finalité première, l'ancien droit avait conféré à ceux-ci, dès l'ordonnance Colbert, un « *rôle moteur* »⁷ dans les procédures collectives. A ce titre, une procédure avait été instituée permettant à ces derniers de conclure avec le débiteur un accord collectif appelé « *concordat* » qui avait pour objet d'organiser l'apurement du passif. C'est dire donc que les prémices du traitement amiable contemporain des difficultés remontent à loin, ce qui peut sembler assez curieux lorsqu'on sait que la première procédure amiable contemporaine a été consacrée dans les années 1980.
3. Suite à l'avènement du Code de commerce en droit français, il s'ensuit une grande période de sévérité à l'encontre du débiteur et de ses potentiels dirigeants. Puis, s'ouvre une période plus libérale qui a eu pour effet d'assouplir les sanctions et de créer la procédure de liquidation judiciaire. Si aujourd'hui elle est l'héritière de l'ancienne procédure de faillite et est donc peu attrayante, à cette époque, elle était une procédure souple réservée aux débiteurs non fautifs.
4. Dans les années 1950, elle est remplacée par la procédure de règlement judiciaire, ancêtre du redressement judiciaire actuel. A cette époque, le débiteur insolvable avait le choix entre cette dernière et la procédure de faillite et faisait de nouveau l'objet de sanctions accrues conduisant, de manière certaine, l'entreprise à sa perte. La répression était telle que les sanctions avaient été étendues au conjoint du failli⁸.
5. La réforme opérée par la suite en 1967⁹ marque l'émergence du droit contemporain des entreprises en difficulté. Opérant une véritable rupture avec le droit antérieur, elle a instauré les prémices de la dissociation entre l'homme et l'entreprise, ô combien fondamentale aujourd'hui. Traditionnellement associés à tous les stades de la procédure collective, les créanciers se voient reconnaître de moins en moins de prérogatives en ce qu'ils se trouvent être réunis au sein d'une masse, altérant considérablement l'expression de leur volonté.
6. Ne produisant pas les effets escomptés et se soldant par un véritable échec, la loi de 1967 fut supplantée par les lois de 1984 et de 1985¹⁰, dont la dernière est une loi d'égalité en ce qu'elle opère une véritable distinction entre l'homme et l'entreprise. Ces lois ont introduit les trois objectifs par lesquels le législateur est aujourd'hui guidé que sont la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et des emplois et l'apurement du passif¹¹.

¹ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2018, p. 19, n°1.

² C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., LGDJ, 2018, p. 22, n° 13.

³ P.M Le Corre, « 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 2007, n° 202, p. 3.

⁴ Il s'agissait d'une voie d'exécution collective portant sur les biens du failli en droit romain.

⁵ L'infamie était un blâme moral et social.

⁶ P. Delebecque, M. Germain, G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* : Tome 2, Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives, 17^e éd., LGDJ, 2004, p. 805, n° 2792.

⁷ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 20, n°2.

⁸ Alors qu'avant, seule la conjointe du failli était sanctionnée.

⁹ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

¹⁰ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention amiable et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises

¹¹ Ces objectifs ont été consacrés pour la première fois par l'article 1^{er} de la Loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 à propos de la procédure de redressement judiciaire. L'énumération de ces objectifs est importante en ce qu'elle établit une véritable hiérarchie entre eux, du plus important au moins important.

Animé par une véritable intention libérale, il a d'abord institué une procédure de traitement amiable des difficultés qui n'est autre que le règlement amiable et qui a par la suite été enrichi.

7. Puis, il a entrepris un véritable changement de paradigme en faisant de la sanction du débiteur insolvable et de ses dirigeants l'exception. A cette époque donc, ce dernier pouvait se diriger vers un traitement amiable de ses difficultés ou devait solliciter l'ouverture d'une procédure collective¹², la cessation des paiements étant le critère de choix.
8. Opérant une véritable (r)évolution, la réforme intervenue en 2005¹³ reste la plus marquante de ces vingt dernières années. En plus d'étendre le domaine d'application de ce droit à l'ensemble des professionnels¹⁴, le législateur a intégré dans notre droit, de manière tout à fait révolutionnaire et avant-gardiste, une procédure de traitement judiciaire des difficultés en l'absence de cessation des paiements qui n'est autre que la sauvegarde. De surcroît, il a initié le processus de contractualisation du traitement judiciaire des difficultés, jusqu'ici réservé au traitement amiable, par l'introduction des comités de créanciers, favorisant ainsi un traitement négocié.
9. Au fil des réformes, le débiteur ainsi que ses partenaires, parmi lesquels surtout les créanciers qui, jusqu'en 2005 furent sacrifiés, ont recouvert des droits ainsi que des prérogatives leur conférant un rôle actif au sein des différentes procédures. C'est ainsi que, petit à petit, a émergé le traitement négocié des difficultés aboutissant à une contractualisation du droit des entreprises en difficulté dans le cadre duquel s'exprime la volonté.
10. La volonté, dans son sens courant, est la « *faculté de déterminer soi-même vis-à-vis d'une décision à prendre, d'une action* »¹⁵. Non définie en tant que telle juridiquement, la volonté, en matière contractuelle, est créatrice de droits et d'obligations qu'elle peut par la suite modifier, transmettre ou éteindre¹⁶.
11. Mais d'où vient cette volonté ? Sous l'influence de philosophes du XVIIIe siècle¹⁷, est née au XIXe siècle la théorie de l'autonomie de la volonté selon laquelle la volonté de l'homme est souveraine et autonome, la seule limite à son expression étant l'ordre public et les bonnes mœurs. Objet de nombreuses critiques et largement réfutée par d'imminents juristes¹⁸, cette théorie est en déclin du fait, notamment, de la multiplication des règles d'ordre public mais aussi des nombreuses atteintes à la liberté contractuelle perpétrées par certains mécanismes tels que la cession forcée des contrats, à titre d'exemple. Éminemment dérogoratoire et exorbitant de droit commun, le droit des entreprises en difficulté contribue largement au déclin de cette théorie.
12. Le droit des entreprises en difficulté comprend les procédures amiables et les procédures judiciaires de traitement des difficultés. Les règles de droit commun n'ayant pas vocation à régir des situations particulières, elles sont inadaptées au sauvetage du débiteur en difficulté. Les voies d'exécution individuelles ne permettent également pas de satisfaire aux trois objectifs poursuivis. C'est ainsi que des dispositions spéciales, qui sont indispensables, existent en droit aux fins d'organiser individuellement ou collectivement un traitement négocié des difficultés dont l'objectif premier est la sauvegarde du débiteur.
13. L'évolution du droit français des entreprises en difficulté témoigne de l'ouverture du législateur aux pratiques des pays étrangers qui privilégient la négociation tant en phase amiable à l'instar de la Russie par exemple¹⁹ qu'en phase judiciaire, à l'image de l'Angleterre dont le droit prévoit l'adoption d'un plan de restructuration à l'amiable dans le cadre d'une procédure volontaire qui se déroule sans l'intervention du juge²⁰. Le droit allemand, lui-même inspiré du droit américain, semble avoir grandement influencé le droit français en matière de prise en compte de la volonté du débiteur et de ses

¹² Parmi lesquelles se trouvaient le redressement judiciaire et la liquidation judiciaires telles qu'on les connaît aujourd'hui.

¹³ Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises.

¹⁴ Initialement, elles étaient réservées aux commerçants.

¹⁵ Définition du dictionnaire Hachette.

¹⁶ C. civ. art. 1101.

¹⁷ Emmanuel Kant (1724 – 1804).

¹⁸ J. Ghestin, G. Loiseau et Y-M. Serinet, *Traité de droit civil : La formation du contrat, Tome 1, Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013., p. 159, n° 199 s.

¹⁹ F. Levy, « Comparaison de la loi russe et de la loi française en matière de faillite », *Rev. proc. coll.* 2005, n°4, p. 314.

²⁰ D. Marks, « Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne », *LPA* juin 2005, n° 119, p. 7 ; O. Morel, « La procédure d'Administration outre-manche », *BJE* janv. 2012, n° 1, p. 65.

partenaires, ce qui se vérifiera très prochainement avec la transposition de la directive (UE) du 20 juin 2019²¹ initiée par la loi Pacte²² qui aura pour objet de renforcer le processus de contractualisation de la matière par l'introduction dans notre droit, notamment, des classes de créanciers.

14. A ce jour, toujours animé par une véritable intention libérale, le législateur français semble considérer que la négociation constitue la clef de voûte d'un traitement curatif et efficace. En effet, selon le dicton « *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* », il apparaît que la restructuration voulue soit davantage susceptible d'aboutir à la sauvegarde du débiteur que la restructuration imposée.
15. Si René Descartes a pu dire que « (...) *la volonté est tellement libre de sa nature qu'elle ne peut jamais être contrainte* »²³, il s'avère, toutefois, qu'en droit des entreprises en difficulté, la volonté, pourtant au cœur de chacune des procédures, se trouve être souvent malmenée. Malgré ses nombreuses réformes, son caractère impératif demeure et il est, parfois, de nature à opérer une influence sur la volonté, voire à la contraindre afin de satisfaire à l'objectif qu'il poursuit.
16. La sauvegarde du débiteur constituant un objectif d'intérêt supérieur, le législateur et les praticiens ont su redoubler d'ingéniosité et de créativité pour faire en sorte que le débiteur lui-même ainsi que tous ses partenaires œuvrent en ce sens, et même les plus réfractaires. Face à une telle influence, l'expression de la volonté des parties n'est pas toujours le reflet de ce qu'elles souhaitent réellement, leur volonté étant, à bien des égards, orientée voire, de manière assez paradoxale, imposée.
17. Au vu du contexte sanitaire actuel, le traitement des difficultés des entreprises est, plus que jamais, un sujet d'actualité à l'échelle mondiale. Cependant, non seulement, il s'agira, dans le cadre de cette analyse, de s'en tenir à l'étude de l'impact de la volonté en droit français des entreprises en difficulté, mais, en plus, cette étude n'aura pas vocation à faire l'écueil des dispositions récemment entrées en vigueur afin d'adapter le droit des entreprises en difficulté au contexte sanitaire actuel, seule l'adaptation des délais sera évoquée.
18. L'intérêt du sujet consiste, d'une part, à démontrer que nonobstant son caractère impératif, le droit des entreprises en difficulté, est propice à l'expression de la volonté, et, d'autre part, à mettre en exergue l'apparition d'un nouveau concept de la volonté non encore appréhendé par le droit, à savoir une volonté qui ne serait, au fond, pas véritablement voulue parce qu'instrumentalisée au service de la restructuration.

Au travers de l'analyse proposée, il sera opportun de répondre à la problématique suivante :

Confrontée au caractère impératif et dérogatoire du droit des entreprises en difficulté, dans quelles mesures la volonté joue-t-elle un rôle actif dans le traitement des difficultés ?

Ainsi, il s'agira d'envisager le rôle de la volonté dans le traitement amiable des difficultés (**Partie 1**), puis, le rôle de la volonté dans le traitement judiciaire des difficultés (**Partie 2**).

²¹ Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 dite « Restructuration et insolvabilité ».

²² Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

²³ René Descartes, *Traité des passions de l'âme*, 1649.

Première Partie : Le rôle de la volonté dans le traitement amiable des difficultés

19. **Propos liminaires.** Le législateur, depuis 1985, et plus particulièrement depuis la réforme opérée en 2005²⁴, est animé par une intention libérale visant à promouvoir l'anticipation et la prévention des difficultés. A cette fin, il a mis un point d'honneur à rénover les procédures amiables existantes qui constituent, en droit positif, un outil efficace pour la restructuration des entreprises grâce à leur souplesse et à leur confidentialité. A la différence des procédures informatives que sont les procédures d'alerte²⁵, ces procédures amiables ont pour finalité commune de concourir à la sauvegarde de l'entreprise par la recherche d'un accord amiable, aussi appelé *concordat*²⁶, entre le débiteur et ses principaux créanciers dont l'objectif est de mettre un terme aux difficultés rencontrées²⁷. En droit positif, il est possible de trouver parmi elles le mandat *ad hoc* et la conciliation dont il est opportun de rapprocher le règlement amiable agricole²⁸, procédure réservée aux agriculteurs.
20. Le mandat *ad hoc* est une procédure d'origine prétorienne. Très usité notamment par le tribunal de commerce de Paris dans les années 1990 pour faire face à la crise de l'immobilier, il permet au président du tribunal de nommer un mandataire dont la mission consiste à résoudre une problématique de toute nature. Il a été consacré implicitement par la loi du 10 juin 1994²⁹ avant de faire son entrée dans le Code de commerce, en 2005, à l'article L. 611-3. Aujourd'hui comme hier, le mandat *ad hoc* demeure « une procédure informelle ne faisant pas l'objet d'un encadrement législatif »³⁰. En effet, le Code de commerce se borne uniquement à le reconnaître et non à l'encadrer. Il s'agit d'une véritable technique de prévention dans la mesure où son ouverture ne peut être sollicitée, en principe, qu'en l'absence d'état de cessation des paiements du débiteur³¹. Le mandat *ad hoc* est un processus purement contractuel qui se veut souple et simple³², gage de son efficacité.
21. La conciliation, elle, aussi connue, dans sa conception originelle, sous la dénomination « règlement amiable »³³, a été totalement rénovée en 2005 et est désormais régie par les articles L. 611-4 et suivants du Code de commerce. Suite à une extension de la procédure de règlement amiable aux agriculteurs par la loi du 30 décembre 1988³⁴, est né, avec quelques particularités, le règlement amiable agricole régi par les articles L. 351-1 et suivants du Code rural. Le rapprochement entre la conciliation et le règlement amiable agricole est tel³⁵ que ne seront évoquées que les spécificités de ce dernier, l'analyse de la conciliation valant, en l'absence de précision, également pour celui-ci.

La conciliation, n'est plus une simple technique de prévention³⁶, dès lors qu'elle bénéficie désormais aux débiteurs en cessation des paiements depuis moins de 45 jours. Désormais, il s'agit plutôt d'une procédure frontière³⁷ permettant le traitement, en profondeur, de difficultés avérées ou prévisibles. Cette procédure permet également au président du tribunal de nommer un conciliateur dont la mission consistera, comme pour le mandataire *ad hoc*, à trouver une solution pour

²⁴ Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises.

²⁵ Pour une étude complète, v. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 46 s. ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 107 s. ; A. Lienhard, *Procédures collectives 2019-2020*, 8^e éd., Delmas, § 14.11 à 14.33.

²⁶ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 64, § 92 : pour désigner un accord global c'est-à-dire qui concerne tous les créanciers.

²⁷ T. Montéran, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. Pal.* 2005, n° 251, p. 8.

²⁸ C. Lebel, « Le règlement amiable agricole réformé par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *Rev. proc. coll.*, mars 2014, dossier, art. 25., p. 71 ; P. Rubellin, « Bref plaidoyer pour l'abrogation du règlement amiable agricole », *BJE* juill. 2017, n° 114, p. 245.

²⁹ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises : art. 4 de la loi réformant l'art. 35 de la loi du 1^{er} mars 1984.

³⁰ Dossier de presse du garde ses Sceaux, 12 mai 2004.

³¹ La loi n'exige pas expressément l'absence de cessation des paiements, toutefois, par prudence, la doctrine majoritaire préconise une telle absence : v. en ce sens, M-H Monsérié-Bon, V° *Entreprises en difficulté*, « Mandat *ad hoc* – Conciliation », *Rép. dr. com.* 2012, n° 17.

³² Ch. Gavalda, « Le règlement amiable », in *Le souci d'éviter la faillite des entreprises*, *RJ com.* 1986, n° spéc., p. 88.

³³ Le règlement amiable a été introduit par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention amiable et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

³⁴ Loi n° 88-1202 du 30 déc. 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social.

³⁵ P. Rubellin, « Bref plaidoyer pour l'abrogation du règlement amiable agricole », *BJE* juill. 2017, n° 4, p. 245.

³⁶ M-H Monsérié-Bon, V° *Entreprises en difficulté*, « Mandat *ad hoc* - Conciliation », op. cit., n° 40. *Contra* Ph. Roussel Galle, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 2006, n° 138, p. 10.

³⁷ Y. Chaput, « Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives », *JCP G* 2005, n° 46, doct. 184, §23 : ce qualificatif est utilisé pour mettre en avant le fait que l'état de cessation des paiements n'est plus le critère de référence en matière de distinction des procédures amiables et judiciaires.

surmonter une difficulté qui devra, cependant, nécessairement être d'ordre juridique, économique ou financière³⁸ conformément à l'article L. 611-4 du Code de commerce³⁹. Bien que la conciliation fasse l'objet d'un encadrement plus rigoureux, cela ne lui retire pour autant pas son caractère contractuel et souple qui sont à l'origine de son succès, succès en pleine expansion depuis l'élargissement de son champ d'application⁴⁰.

22. Ces deux mécanismes, en plus de tendre à la même finalité, peuvent être utilisés soit de manière autonome, soit en amont d'une procédure semi-collective⁴¹ ou collective⁴². Bien que l'une soit plus encadrée que l'autre par la loi, elles ont cette particularité d'être des procédures contractuelles au sein desquelles les parties vont pouvoir librement exprimer leur volonté avec, toutefois, une dimension judiciaire⁴³ dès lors qu'elles ne peuvent être ouvertes que par décision de justice. Le contrôle judiciaire mis en place dans ce cadre ne constitue cependant qu'un garde-fou ayant pour objectif de limiter les abus. A ce titre, il est, en effet, opportun de préciser que les tiers intervenants que sont le mandataire *ad hoc*, le conciliateur ou encore le président du tribunal ne disposent d'aucun pouvoir coercitif⁴⁴. En outre, les parties, que sont le débiteur et les principaux créanciers⁴⁵, disposent de la pleine maîtrise de la procédure dès lors que cette dernière tend à la conclusion d'un accord amiable devant nécessairement, pour produire tous ses effets utiles, correspondre à l'expression de leur volonté.
23. L'intérêt consiste, ici, à démontrer que les procédures amiables, parce qu'elles sont contractuelles, sont propices à l'expression de la volonté des parties. Toutefois, elles constituent également un moyen de parvenir à une fin qu'est la restructuration du débiteur en difficulté. En outre, la volonté des parties sera, à bien des égards, influencée voire imposée, de sorte qu'il est d'ores et déjà possible d'identifier l'apparition d'un nouveau concept de la volonté, encore méconnu par le droit.

Il reste que la volonté des parties à l'accord joue un rôle déterminant dans chacune des phases de la procédure amiable c'est-à-dire tant lors de l'élaboration et la conclusion de l'accord amiable (**Chapitre 1**) que lors de sa formalisation et de son exécution (**Chapitre 2**), et ce même en dépit du fait que la procédure se déroule dans un cadre juridictionnel.

³⁸ Pour une étude complète du régime, Cf. *infra* n°34 s.

³⁹ C. rur. Art. L. 351-1 : les difficultés doivent être financières pour le que l'agriculteur puisse bénéficier d'un règlement agricole.

⁴⁰ Quant aux personnes concernées Cf *infra* n°23 et quant aux difficultés concernées Cf *infra* n°40.

⁴¹ La conciliation est d'ailleurs une condition de validité nécessaire à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée.

⁴² C. rur. art. L. 351-2. : Le règlement amiable agricole est un préalable obligatoire à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires.

⁴³ Aspects soulignés par M-H. Monsérié-Bon, V° *Entreprises en difficulté*, « Mandat *ad hoc* – Conciliation », *op. cit.*, n°40 ; O. Buisine, « Prévention des difficultés des entreprises : évolutions et prospective », *Rev. proc. coll.* Juill. 2018, n° 4, étude 16, §1.

⁴⁴ Une nuance pourra être apportée pour le président du tribunal bien que les mesures qu'il est susceptible de pouvoir imposer restent très marginales en phase amiable.

⁴⁵ En effet, il convient de souligner que le mandataire *ad hoc*, le conciliateur ou encore le Président du tribunal ne sont aucunement parties à l'accord.

Chapitre 1. L'élaboration et la conclusion de l'accord amiable

24. S'il est loisible aux parties d'exprimer leur volonté à l'occasion de l'élaboration et de la conclusion de l'accord amiable (**Section 1**), il semble toutefois qu'elles soient influencées par certains dispositifs incitatifs, leur volonté faisant alors l'objet, à bien des égards, d'une instrumentalisation au service de la restructuration de l'entreprise (**Section 2**).

Section 1. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de l'élaboration et de la conclusion de l'accord amiable

25. Si, au fil des réformes, la faculté pour les parties de manifester leur volonté a été étendue, c'est précisément parce que les procédures amiables font l'objet d'un véritable processus de contractualisation (§I), leur permettant ainsi d'en fixer le cadre (§2).

§1. La manifestation croissante de la volonté initiée par la contractualisation des procédures amiables

L'initiative des procédures amiables, à l'image des relations contractuelles de droit commun, est empreinte de liberté contractuelle dès lors que ces dernières constituent des procédures « à caractère volontariste »⁴⁶ (A). Dans le même sens, parce qu'elles tendent à aboutir à la conclusion d'un accord amiable, ces procédures se déroulent selon un véritable processus contractuel (B).

A. Des procédures volontaristes empreintes de liberté contractuelle

Les procédures amiables sont dites volontaristes⁴⁷ en ce que leur initiative constitue le monopole du débiteur (1) mais aussi parce que les partenaires de ce dernier disposent d'une totale liberté de participer ou non à la restructuration entreprise par lui (2).

1. *Le monopole du débiteur dans l'initiative de la procédure*

26. A titre liminaire, il est opportun de préciser qui est le « débiteur » pouvant, conformément aux articles L. 611-3 et L. 611-4 du Code de commerce, solliciter l'ouverture de ces procédures amiables.

Concernant le mandat *ad hoc*, à défaut de réglementation spécifique et en vertu de l'adage « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », il semble qu'il puisse bénéficier à toutes les personnes éligibles aux procédures collectives⁴⁸. S'agissant de la conciliation, depuis 2005, son champ d'application a été élargi puisque désormais elle tend à s'appliquer à toutes les personnes⁴⁹, physiques⁵⁰ ou morales, exerçant une activité commerciale, artisanale, ainsi qu'aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité indépendante⁵¹.

27. A la lecture des articles L. 611-3 et L. 611-6 du Code de commerce, le débiteur est le seul à pouvoir solliciter, par voie de requête auprès du président du tribunal judiciaire ou de commerce selon la qualité de l'intéressé, l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation. En ce sens, l'initiative lui est donc exclusivement réservée⁵².

⁴⁶ En ce sens : F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 69, n° 102 : évoquant « la philosophie volontariste » de la loi de sauvegarde s'étant propagée aux procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation.

⁴⁷ Ph. Roussel Galle, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », art. cit. p. 10.

⁴⁸ P-M Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz, 2019-2020, p. 245, n° 123-111.

⁴⁹ Exception faite des personnes physiques ou morales de droit privé exerçant une activité agricole qui relèvent du règlement amiable conformément à l'art. L. 611-5 al. 2 C.com.

⁵⁰ Y compris les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée.

⁵¹ Y compris les professionnels libéraux, ce qui est une grande nouveauté puisqu'ils étaient laissés pour compte avant 2005.

⁵² La solution est différente en matière de règlement amiable puisque les créanciers ont l'obligation d'en solliciter l'ouverture s'ils souhaitent assigner le débiteur en redressement ou liquidation judiciaires.

Contrairement à celle de la procédure collective⁵³, l'ouverture de procédure amiable constitue un droit⁵⁴ et non une obligation. La consécration d'un tel monopole semble devoir être accueillie favorablement. En effet, il serait inconcevable qu'un accord pérenne puisse intervenir entre les parties alors même que le « débiteur »⁵⁵ ne l'a pas souhaité. L'accord amiable serait voué à l'échec avant même qu'il ne voit le jour.

Avant 2005, le mandat *ad hoc* n'était pas réglementé. Certains considéraient qu'il était loisible au président du tribunal de s'auto-saisir⁵⁶. Désormais, l'article L. 611-3 du Code de commerce met expressément fin à cette controverse. De même, contrairement à ce que prévoyaient les travaux préparatoires de la loi de sauvegarde⁵⁷, la saisine n'appartient ni aux salariés, ni aux créanciers. Cela se justifie assez aisément puisqu'en plus d'être contraire à l'esprit volontariste de la loi de 2005, cela aurait fait peser sur la tête du débiteur, telle une épée de Damoclès, un risque que soit ouverte à son encontre une procédure amiable en l'absence de cessation des paiements.

La liberté dont dispose le débiteur dans l'initiative de ces procédures est à rapprocher du principe de liberté contractuelle institué par l'article 1102 du Code civil selon lequel « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* ». En outre, nul ne saurait imposer au débiteur de conclure un contrat visant à résoudre ses difficultés, pas même le tribunal. L'institution d'un tel monopole au bénéfice du débiteur témoigne de la volonté du législateur de favoriser la restructuration de l'entreprise par un « *traitement négocié* » plutôt que par des « *solutions imposées* »⁵⁸.

28. Cependant, la seule volonté du débiteur de se soumettre à une procédure amiable ne suffit pas puisque le président doit autoriser l'ouverture de la procédure. Déjà à ce stade, une coloration judiciaire est donnée à cette dernière. En pratique, il semblerait qu'il soit en mesure d'apprécier l'opportunité de l'ouverture de la procédure de conciliation⁵⁹. Il devra notamment rechercher si les conditions posées par les articles L. 611-4 et suivants du Code de commerce sont satisfaites, étant précisé que ses pouvoirs d'investigation ont largement été restreints depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008⁶⁰.

La demande d'ouverture, s'agissant de la conciliation, pourra donc être déclarée irrecevable si l'état de cessation des paiements est supérieur à 45 jours, ou bien rejetée si une des conditions légales fait défaut. Dans tous les autres cas, elle sera acceptée. Quant au mandat *ad hoc*, dès lors qu'il ne fait l'objet d'aucune réglementation, il semblerait que le président n'ait pas de raison de rejeter la demande, sauf à caractériser une cessation des paiements⁶¹ ou à ce qu'elle soit incohérente.

Une fois la procédure ouverte, les partenaires du débiteur sont, tout comme lui, libres de participer ou non à la restructuration de l'entreprise qu'il a initiée (2).

2. La libre participation des partenaires à la restructuration de l'entreprise

29. Les partenaires du débiteur sont des acteurs indispensables à la restructuration de l'entreprise dès lors que, sans effort de leur part, le plus souvent financier, la procédure serait vouée à l'échec.

⁵³ Dès lors qu'elle doit intervenir dans un délai de 45 jours à compter de la cessation des paiements, la sauvegarde étant exclue.

⁵⁴ En ce sens, P-M Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., p. 286, n° 141.321 : l'auteur met en avant le fait que le chef d'entreprise ne saurait être sanctionné pour ne pas avoir procédé à l'ouverture d'une telle procédure ; *Contra V. Martineau-Bourguinaud*, « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll. janv. 2014*, n° 1, doss. 5 : démontrant que le recours à la conciliation constitue dans certains cas une obligation.

⁵⁵ Il convient de préciser que cette dénomination est critiquée : V° notamment P-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., p. 245, n°123-112 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 198, n° 351 : l'auteur préconise un retour de l'expression « représentant de l'entreprise » car « plus moderne même si elle était moins juridique » ; *Contra F. Pérochon*, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 72, n° 114.

⁵⁶ En ce sens F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 69, n°102 ; T. Montéran, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », art. cit., p. 8, sp. p.9, *Contra B. Soinne*, *Traité des procédures collectives*, 3^e éd., LexisNexis, n°104.

⁵⁷ Débat AN, séance du 2 mars 2005, JOAN du 3 mars 2005, p. 1590, amendement n° 455 ; Débat Sénat, séance du 29 juin, JO Sénat, 30 juin, p. 4774, amendement n° 217.

⁵⁸ M. Koel, *La négociation en droit des entreprises en difficulté*, ss. la dir. de B. Thuillier, Thèse, Paris X, 2019.

⁵⁹ En ce sens, F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 80, n° 135 et 136 ; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 200, n° 354 ; *Contra V. Martineau-Bourguinaud*, « La conciliation : droit ou obligation ? », art. cit.

⁶⁰ Avant cette ordonnance, le président du tribunal pouvait demander la nomination d'un expert pour établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur afin d'écartier toute demande fantaisiste. Désormais, il ne pourra, pour rendre sa décision, se référer qu'aux informations contenues dans la requête et dans les documents fournis en annexe. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, il peut cependant nommer un expert une fois la procédure ouverte, ce qui revêt un intérêt moindre.

⁶¹ En pratique, certains tribunaux de commerce acceptent l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* alors même que le débiteur se trouve en cessation des paiements.

Indépendamment de la qualité de ceux qui participent à la restructuration de l'entreprise⁶² et de la force de persuasion dont fera preuve le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur pour les y inciter⁶³, leur participation sera toujours volontaire et librement consentie. En effet, les procédures amiables étant de véritables procédures contractuelles, il serait inconcevable que des sacrifices leur soient imposés en dépit de leur consentement, et ce en violation du principe de liberté contractuelle.

30. Même si certains dispositifs particuliers existent pour les y encourager⁶⁴, conduisant ainsi à s'interroger sur la nature même de leur volonté, il n'en demeure pas moins vrai que les partenaires du débiteur sont libres de ne pas participer ou de participer à la sauvegarde de l'entreprise, et ce dans les proportions qu'ils souhaitent indépendamment des efforts consentis par les autres.

En ce sens, la jurisprudence a, à de nombreuses reprises, réaffirmé un tel principe. La cour d'appel de Versailles a notamment soutenu, dans un arrêt, qu'il était impossible « *d'imposer à un fournisseur de maintenir une avance financière, un tel niveau de contrainte n'étant pas conforme aux intentions du législateur et détournant de sa finalité une procédure de traitement des difficultés des entreprises qui a été conçue comme une procédure contractuelle dans laquelle la solution se dégage peu à peu d'une discussion entre partenaires invités à la table des négociations* »⁶⁵. De même, la Cour de cassation a, sous l'empire des textes anciens, rappelé que le créancier est libre de s'engager pour une partie de ses créances seulement⁶⁶. Récemment, la Cour de cassation a rappelé que « *un créancier appelé à négocier dans le cadre d'une procédure de mandat ad hoc n'est pas tenu d'accepter les propositions du mandataire ad hoc* »⁶⁷.

En outre, il apparaît que les procédures amiables sont de véritables procédures volontaristes, ceci s'expliquant notamment par le fait qu'elles sont destinées à la conclusion d'un accord dit « *amiable* » (B).

B. Des procédures destinées à la conclusion d'un accord amiable

31. La recherche de l'accord amiable passe nécessairement, comme souvent en matière contractuelle, par une phase de négociation placée sous l'égide d'un tiers intervenant qui n'est autre que le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur (1). Une fois conclu, l'accord, fruit de l'expression de chaque volonté prise isolément, puis des volontés prises dans leur globalité, revêt une certaine nature, objet de nombreuses controverses (2).

1. *Un accord négocié sous l'égide d'un tiers intervenant*

32. Le mandataire *ad hoc*, comme le conciliateur, se voit confier une mission de médiation⁶⁸. Pour la mener à bien, une phase de négociation s'impose afin que les parties puissent s'accorder en connaissance de cause sur les efforts qu'elles sont prêtes à réaliser. Cette période de négociation constitue une véritable phase précontractuelle soumise, par principe, au droit commun des contrats. Toutefois, le droit des entreprises en difficulté, étant un droit spécial et pragmatique, la jurisprudence, puis le législateur ont dégagé certains principes ayant vocation à régir cette phase. En outre, il est opportun d'analyser l'articulation entre droit commun et droit spécial durant celle-ci, ce qui permettra de mettre en exergue l'absence d'impact de la réforme opérée en 2016 en matière contractuelle⁶⁹ sur le droit des entreprises en difficulté.

⁶² Sur la qualité des partenaires parties à l'accord Cf. *infra* n°38 et 39.

⁶³ Sur les missions et pouvoir du conciliateur Cf. *infra* n°41 et 42.

⁶⁴ Sur ce point, Cf. *infra* n°44 s. et n°53 s.

⁶⁵ CA Versailles, 13 ch., 19 oct. 2006, n°06/01788, *Sté Robo Distribution et a c/ Sté Fortis Banque France*.

⁶⁶ Cass. com., 13 oct. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 235 ; *RJDA* déc. 1998, n° 1374, p. 1031 ; *RTD com.* 1999, p.185, obs. F. Marcorig-Venier ; *D.* 1998.185, obs.

A. Lienhard : ce qui vaut sous l'empire des textes nouveaux.

⁶⁷ Cass. com., 22 sept. 2015, n° 14-17.377, *Serano c/ SA Crédit du Nord, Act. proc. coll.* oct. 2015, n°17, rep. 263, B. Saintourens ; *JCP E* mars 2016, n°11, comm. n° 1151, p. 21, obs. T. Stefania ; *Rev. proc. coll.* déc. 2015, comm. n° 174, p. 23, obs. C. Delattre, *BJE* nov. 2015, n° 6, p. 360, obs. T. Favario, *LEDEN* nov. 2015, n°10, p. 2, obs. M. Fort.

⁶⁸ T. Montéran, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *art. cit.*, sp. p. 8.

⁶⁹ Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

33. L'obligation de confidentialité. La confidentialité est « *le socle fondateur des procédures de prévention* »⁷⁰. Elle permet au débiteur d'optimiser les chances de réussite de la procédure en se préservant contre toute action intentée par les partenaires de ce dernier, conduisant ainsi à l'aggravation de ses difficultés. A ce titre, lors de l'ouverture de ces procédures, le jugement ne fait l'objet d'aucune publication, le CSE n'a pas à être informé⁷¹ et le ministère public l'est seulement en conciliation⁷². Cette obligation doit nécessairement s'articuler avec l'impératif de transparence résidant dans le devoir d'information⁷³ qui est également fondamental à l'instauration d'un lien de confiance entre les parties à l'accord⁷⁴ ainsi qu'à la recherche de cet accord. Le principe de confidentialité ne saurait être synonyme d'opacité⁷⁵.

Suite à une codification à droit constant⁷⁶, l'obligation de confidentialité a été introduite en droit commun des contrats à l'article 1112-2 du Code civil. En droit des entreprises en difficulté, au vu des enjeux financiers en cause, l'obligation de confidentialité, dont le respect était déjà exigé par la jurisprudence⁷⁷, a été consacrée en 2005. Cette obligation incombe « *à toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance* »⁷⁸. A l'évidence, elle incombe en premier lieu au conciliateur et au mandataire *ad hoc*, bien que cela ait dû faire l'objet d'un rappel⁷⁹, mais aussi aux magistrats, avocats, experts, bien que ceux-ci soient également tenus par le secret professionnel. Aussi, toutes les personnes appelées à la procédure seront tenues par cette obligation, ce qui sous-entend que même celles qui décident de ne pas y participer ne devront en aucun cas révéler son existence.

Cet article a fait l'objet d'une application extensive par la jurisprudence qui retient que cette obligation incombe notamment à la presse⁸⁰, sauf si les informations contribuent à l'information légitime du public⁸¹, ainsi qu'au CSE⁸² qui ne peut arguer de l'information-consultation prévue par le Code du travail pour en obtenir communication.

Bien que la jurisprudence adopte une compréhension extensive du texte, ce qui d'ailleurs paraît devoir être largement salué, certains auteurs soulignent les insuffisances de ce dernier quant à son champ d'application et à la sanction prévue⁸³ qui est peu dissuasive⁸⁴. Or, si la confidentialité, à l'origine de l'attractivité des procédures amiables, est défaillante, il se pourrait alors que les acteurs du monde des affaires se détournent de celles-ci, et ce de manière très regrettable. Peut-être alors faudrait-il se tourner vers le secret des affaires, nouvellement consacré par le législateur.

34. Le secret des affaires. Longtemps confondu avec la confidentialité, le secret des affaires est une notion qui n'a jamais fait l'objet d'une définition légale. Anciennement régi par des dispositions éparses, il fait aujourd'hui son entrée dans le Code de commerce à l'article L. 151-1⁸⁵ suite à la transposition d'une directive européenne⁸⁶.

⁷⁰ J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. pal.* mai 2011, n° 132, p.7.

⁷¹ C. com. Art. L. 611-3 al. 3 et L. 611-6 al. 4 dans leur version issue de la L. n°2016-1547 du 18 nov. 2018 ; sur ce point V° C. Gailhbaud, « Ouverture du mandat *ad hoc* et de la conciliation : faut-il associer les salariés ? », *Rev. proc. coll.*, 2014, doss. 7, p. 1.

⁷² Ce qui a fortement été critiqué s'agissant du mandat *ad hoc*, précisément parce que le ministère public a tout intérêt à s'assurer qu'il y a bien absence de cessation des paiements.

⁷³ C. civ. art. 1112-1.

⁷⁴ Pour une analyse détaillée, V° H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE* mai 2012, n° 87, p. 183.

⁷⁵ CA Paun 2^e ch., 15 juill. 2010, n° 08/03319, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. n° 168, Ch. Delattre.

⁷⁶ Sur ce point V° notamment Cass. com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ.* IV, n°208 ; *D.*1979.55, note J. Schmidt ; Cass. com., 3 juin 1996, n° 84-16.971, *Bull. civ.* IV, n° 110 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2006, n° 05-12.193, *Bull. civ.* I, n° 360, *RTD com.* 2007.79, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁷⁷ CA Paris, 14^e ch., 2 avr. 1999, n° 1998/19517, SA Gan Incendit Accidents c/ Société cible financière, *BJS* 1999, n° 11, p. 1084, obs. A. Couret.

⁷⁸ C. com. Art. L. 611-15.

⁷⁹ Cass. com., 22 sept. 2015, n° 14-17.377, Serano c/ SA Crédit du Nord, *Act. proc. coll.* oct. 2015, n°17, rep. 263, B. Saintourens ; *JCP E* mars 2016, n°11, comm. n° 1151, p. 21, obs. T. Stefania ; *Rev. proc. coll.* déc. 2015, comm. n° 174, p. 23, obs. C. Delattre, *BJE* nov. 2015, n° 6, p. 360, obs. T. Favario, *LEDEN* nov. 2015, n°10, p. 2, obs. M. Fort.

⁸⁰ Cass. com., 15 déc. 2015, n°14-11.500, *Act. proc. coll.* fév. 2016, comm. n°14, Y. Chaput ; *D.*2016, p. 5, note A. Lienhard ; *Rev. proc. coll.* janv. 2016, n° 1, comm. 1, note C. Delattre ; Cass. com., 13 fév. 2019, n°17-18.049, *JCP* avr. 2019, n°343, p. 594, Ph. Roussel Galle, *LEDEN* avr. 2019, n°4, p. 2, J. Cavelier.

⁸¹ CA Paris, 1-2^e ch., 6 juin 2019, n°18/03063, *LEDEN*, n°7, p. 1, F-X. Lucas.

⁸² Cass. soc., 9 oct. 2019, n°18-15.305, *LEDEN* déc. 2019, n°11, p. 2, G. Dedessus Le Moustier ; *BJS* déc. 2019, n°12, p. 37, G. Auzero.

⁸³ Notamment en ce sens V° C. Delattre, « La confidentialité de l'article L. 611-15 du Code de commerce : vers une nécessaire modification du dispositif légal ? », *Rev. proc. coll.* janv. 2016, n°1, comm. 1.

⁸⁴ C. Gaudin, avis n° 337, Doc. Sénat, au nom de la commission des affaires économiques, p. 68 : la réparation du manquement se fait sur le terrain de la responsabilité civile, en outre, c'est le principe de la réparation intégrale qui s'applique.

⁸⁵ Introduit par L. n° 2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires.

⁸⁶ Dir. euro. n° 2016-943, 8 juin 2016 sur la protection du savoir-faire et des informations commerciales non divulguées, contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite.

Cet article vise à protéger les informations secrètes des entreprises recouvrant une valeur commerciale et faisant l'objet de mesures de protection raisonnables contre toute obtention, utilisation et divulgation non autorisées. Son champ d'application est donc large et la sanction du manquement est très dissuasive⁸⁷.

Bien que la doctrine et les juges restent encore silencieux à l'égard de l'application de cette disposition aux procédures amiables, il semble que les informations visées par la confidentialité dans le cadre de telles procédures pourraient également être couvertes par le secret des affaires, l'intérêt étant qu'il s'impose à tous ceux qui en auraient connaissance. Toutefois, le Code de commerce prévoit des cas dans lesquels le secret des affaires est écarté. Il n'est, notamment, pas opposable à la presse en vertu de l'article L. 151-8 de ce Code, ce qui n'est pas conforme à la position jurisprudentielle actuelle. De surcroît, en vertu de l'adage « *specialia generalibus derogant* », il pourrait sembler que l'article L. 611-15 du Code de commerce ait toujours vocation à s'appliquer dans la mesure où il s'agit d'une disposition spéciale, contrairement à l'article L. 151-1 du même Code. Reste donc à attendre que la jurisprudence s'approprie ce texte et prenne position sur son articulation avec les textes spéciaux, tel l'article L. 611-15. En tout état de cause, il semblerait que la consécration du secret des affaires n'ait pas un grand impact en droit des entreprises en difficulté, à la différence d'autres domaines⁸⁸.

- 35. La bonne foi.** Désormais évoqué à plusieurs reprises au sein du Code civil, le principe de bonne foi régit expressément la phase précontractuelle⁸⁹. Si cette consécration peut être saluée, il semble qu'elle n'opère aucune modification au sein du droit des entreprises en difficulté. Pour cause, comme le souligne très justement un auteur, « *nul n'imagine sérieusement qu'un accord pérenne puisse intervenir en méconnaissance d'un tel principe* »⁹⁰. A l'instar du droit commun des contrats, l'entrée en négociation ne crée pas une obligation de contracter⁹¹, chacun étant libre de rompre les négociations⁹² sauf comportement abusif⁹³.

Ces négociations ne se soldent pas toujours par un échec. En effet, elles peuvent s'avérer être fructueuses et aboutir à la conclusion d'un accord amiable dont la nature fait l'objet d'une controverse doctrinale (2).

2. La nature controversée de l'accord issu de l'expression de la volonté

- 36.** La majeure partie de la doctrine s'accorde à dire que l'accord a une nature contractuelle⁹⁴, l'article L. 611-7 du Code de commerce apportant un indice en ce sens par l'utilisation de la locution accord « *amiable* ». L'accord apparaît de manière incontestable comme « *un contrat de droit privé dont la formation et l'exécution relève du droit commun des contrats* »⁹⁵, l'homologation ou la constatation n'y changeant rien⁹⁶.

Si un certain consensus existe donc sur la nature contractuelle de l'accord, un débat persiste sur la qualification de ce contrat : collectif pour les uns⁹⁷, personnel pour les autres⁹⁸. La question n'a rien de théorique dès lors que, de cette qualification, dépendra le régime applicable à ce dernier.

Les efforts qui vont être consentis par les différents partenaires au bénéfice du débiteur le seront, dans un premier temps, de manière individuelle. Puis, dans un deuxième temps, l'ensemble des mesures octroyées sera intégré dans un accord

⁸⁷ C. com. art. L 152-6.

⁸⁸ Comme le droit commun des contrats, la propriété intellectuelle ou encore le droit de la distribution.

⁸⁹ C. civ. art. 1112 : résultant d'une codification à droit constant.

⁹⁰ J-J. Ansault, « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE* mars 2017, n° 2, p. 148.

⁹¹ Cass. com., 15 déc. 2015, n°14-11.500, *Act. proc. coll.* fév. 2016, comm. n°14, Y. Chaput ; *D.*2016, p. 5, note A. Lienhard ; *Rev. proc. coll.* janv. 2016, n° 1, comm. 1, note C. Delattre ; Cass. com., 13 fév. 2019, n°17-18.049, *JCP* avr. 2019, n°343, p. 594, Ph. Roussel Galle, *LEDEN* avr. 2019, n°4, p. 2, J. Cavelier

⁹² Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949, *Manoukian*, *RTD civ.* 2004. 80, obs. Mestre et Fages.

⁹³ Cass. com., 20 mars 1972, *JCP G* 1973 II, 17543, note J. Schmidt

⁹⁴ En ce sens v° F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 95, n° 175, P-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 324, n° 144.091.

⁹⁵ F-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, Droit fondamental, PUF, 2^e éd, Droit fondamental, 2016, n°34.

⁹⁶ Sur ce point, *Cf. infra* n°67 à 69.

⁹⁷ C. Saint-Alary-Houin, « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169, sp. p. 174 ; *Contra* A. Rouast, *Essai sur la notion juridique du contrat collectif en droit des obligations*, Thèse, Lyon, 1909, n° 21 ; G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 81.

⁹⁸ A. Triclin, G. Ferreira, « Nature juridique du règlement amiable », *JCP E* 1998, n° 13, p. 513 ; F. Marcorig-Venier, « Règlement amiable. Accord amiable. », *RTD com.* 1998, p 923.

qui devra être adopté à l'unanimité, ce qui là encore atteste du rôle que joue la volonté de chaque partie⁹⁹. Les partisans du contrat collectif mettent en exergue l'interdépendance qui existe entre les engagements pris par chacun. Il est vrai que ce que consent l'un dépend nécessairement de ce que vont consentir les autres. Toutefois, comme le soulignent à juste titre les partisans de l'autre thèse, les engagements qui vont être pris par les différents partenaires le sont dans le prolongement de relations contractuelles préexistantes qui vont être modifiées par ceux-ci¹⁰⁰.

De plus, il semble que, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats¹⁰¹, l'accord amiable ne produise d'effet qu'à l'encontre de ceux qui l'ont conclu.

Dans le même sens, le contrat collectif est un acte juridique par lequel se manifestent les volontés d'un ensemble de personnes unies par une communauté d'intérêts¹⁰². Or, les partenaires du débiteur ne répondent pas à cette définition. Pour cause, l'unanimité étant requise, il est courant que les tiers intervenants doivent souvent redoubler d'effort pour mettre fin à un blocage, les créanciers minoritaires et majoritaires ayant des intérêts divergents.

En outre, bien qu'il semble que l'accord amiable constitue davantage une somme d'accords individuels, cette controverse existe toujours. Si la contractualisation des procédures est propice à l'expression de la volonté des parties, il semble qu'elle se manifeste notamment à l'occasion de la fixation du cadre de la procédure (§2).

§2. La manifestation de la volonté à l'occasion de la fixation du cadre des procédures amiables

37. Le débiteur est libre de fixer la durée des procédures (A), mais également de déterminer le périmètre des discussions (B).

A. La libre fixation de la durée

38. En l'absence de réglementation, la durée du mandat *ad hoc* est libre, ce qui contribue à la souplesse de cette procédure. En pratique, au sein de la demande, le débiteur indiquera, en considération de la mission qui sera attribuée au mandataire *ad hoc*, la durée pour laquelle il souhaite que ce dernier soit nommé. La durée sera définitivement fixée par le président du tribunal. Le mandat *ad hoc* ne doit pas avoir vocation à durer éternellement, toutefois il a l'avantage d'être souple et de s'adapter à toute mission qui pourra être plus ou moins longue selon son objet.

39. La conciliation, elle, en application de l'article L. 611-6 du Code de commerce, est enfermée dans un délai ne pouvant excéder quatre mois. Ce délai pourra faire l'objet d'une prorogation d'un mois maximum sur demande exclusive du conciliateur. En outre, la conciliation ne peut durer que cinq mois tout au plus¹⁰³, étant précisé que ce délai fait l'objet d'une prorogation en raison du contexte sanitaire actuel¹⁰⁴. En deçà de ce délai, le débiteur pourra proposer celui qui est le mieux adapté par rapport à la mission confiée au conciliateur.

Dans la pratique, en l'absence de cessation des paiements, le mandat *ad hoc* se trouve être « l'*antichambre* »¹⁰⁵ de la conciliation. Il permet, en effet, de préparer l'acte en amont dans un temps non limité. Une fois que les parties parviennent à un consensus, elles migrent vers la procédure de conciliation offrant plus de sécurité, tant pour le débiteur, que pour les créanciers lorsque l'accord est constaté et davantage lorsqu'il est homologué.

En outre, il apparaît que la souplesse de ces procédures permette aux parties de faire du sur-mesure, ce sont là « *les charmes de la voie contractuelle* »¹⁰⁶ qui opèrent, permettant ainsi au débiteur de fixer librement le périmètre des discussions (B).

⁹⁹ Précisément parce que si une seule refuse, il y a blocage, ce qui confère un poids politique considérable aux créanciers qui sont pourtant minoritaires.

¹⁰⁰ M-H Monsérié-Bon, V° Entreprises en difficulté, « Mandat *ad hoc* – Conciliation », *op. cit.*, n° 107.

¹⁰¹ C. civ. art. 1103.

¹⁰² Définition de l'acte juridique collectif : V° Collectif, G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 9^e éd., 2018.

¹⁰³ Le règlement amiable, lui, n'est pas encadré dans un délai conformément à l'art. L. 351-4 du C. rur.

¹⁰⁴ Ord. n° 2020-341 du 27 mars 2020, art. 1 II : prorogation de trois mois à compter de la fin de la crise sanitaire soit jusqu'au 24 août 2020.

¹⁰⁵ H. Poujade et S. Vigreux, « Le montage des plans », in *Le traitement des créances : pratique et actualités*, BJE janv. 2017, n°1, p. 78.

¹⁰⁶ C. Saint-Alary-Houin, « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies », *Rev. proc. coll.*, 2007, n°1, p. 13.

B. La libre fixation du périmètre des discussions

40. Le périmètre des discussions comprend tant le choix des cocontractants (1), que le choix de mesures curatives (2).

1. *Le libre choix des cocontractants*

41. Dans la mesure où tout type de difficultés peut justifier l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc*, le choix du cocontractant est totalement libre. En outre, le débiteur pourra contracter, en fonction des difficultés rencontrées, avec ses créanciers tels que ses banques, ses fournisseurs ou son bailleur par exemple, mais aussi ses associés.
42. En conciliation, conformément à l'article L. 611-7 du Code de commerce relatif à la mission du conciliateur, devront obligatoirement être appelés à la procédure les principaux créanciers¹⁰⁷ et, si le débiteur le souhaite, ses cocontractants habituels¹⁰⁸. Si la lettre du texte semble assez rigide, en pratique, le conciliateur appelle qui il veut à la conciliation précisément parce que cela ne servirait à rien d'appeler aux négociations un créancier dont il sait qu'il n'obtiendra rien. D'ailleurs, puisque l'accord amiable ne semble pas constituer un accord collectif, il est loisible au conciliateur de n'appeler qu'un seul créancier, lorsqu'il est le seul cocontractant du débiteur¹⁰⁹.

Concernant l'appel des principaux créanciers, le texte n'opérant aucune distinction, rien ne s'oppose à ce que les créanciers publics s'invitent à la table des négociations et notamment les créanciers sociaux et/ou fiscaux¹¹⁰. Ceux-ci peuvent, conformément à l'article L. 611-7 al. 3 du Code de commerce, consentir des remises sur les impôts directs et des remises d'intérêts concernant les impôts indirects. Aussi, ils peuvent accorder des délais de paiement. Toutefois, en pratique, ceux-ci ne sont jamais conviés. Le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur saisissent, le plus souvent, la CCSF¹¹¹ lorsque la sauvegarde de l'entreprise requiert un étalement voire un allègement des dettes fiscales ou sociales. Les efforts qui seront consentis par cet organisme feront l'objet d'un accord distinct de l'accord amiable, les créanciers publics se mélangent rarement, si ce n'est pour ainsi dire jamais, aux créanciers privés.

Enfin, si la conciliation est le prélude d'une sauvegarde financière accélérée¹¹², seuls les créanciers financiers seront appelés.

Si le choix des créanciers est, avec quelques tempéraments, libre, celui des mesures curatives l'est également (2).

2. *Le libre choix des mesures curatives*

43. Le choix des mesures dépend intrinsèquement du type de difficultés rencontré par le débiteur ainsi que du caractère autonome ou préalable de la procédure amiable. D'ordre juridique, elles pourront, par exemple, se traduire par une difficulté résultant d'une modification dans les modalités d'exécution d'un contrat de nature à le rendre peu soutenable pour le débiteur. D'ordre économique, elles pourront, par exemple, résider dans une baisse d'activité¹¹³, entraînant une baisse de résultat ne permettant pas au débiteur de faire face à ses charges d'exploitation. D'ordre financier, elles pourront, par exemple, prendre leur source dans l'absence de trésorerie ou encore résulter de délais clients trop longs, faisant ainsi augmenter de manière significative le besoin en fonds de roulement auquel le débiteur ne saurait faire face. En mandat *ad hoc*, les difficultés pourront par exemple découler d'un conflit entre associés entraînant le blocage de l'activité. Face à ces difficultés, le mandataire *ad hoc* et le conciliateur vont se voir attribuer une mission permettant de trouver un antidote pour mettre un terme à celles-ci.

Diverses solutions pourront donc être proposées par eux, une distinction s'imposant entre les solutions traditionnelles et une solution nouvelle.

¹⁰⁷ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 86, n° 155.

¹⁰⁸ C. com. art. L. 611-7 : la locution « le cas échéant » indique qu'il s'agit d'une simple faculté.

¹⁰⁹ Ce qui est souvent le cas dans le cadre des contrats de franchise ou de concession dans lesquels sont insérés des clauses exclusives d'approvisionnement.

¹¹⁰ Pour une analyse complète V° C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p.64, n° 208 et s. ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 124, n° 244 et s.

¹¹¹ Commission des chefs de services financiers et des représentants des organismes de Sécurité sociale et de l'assurance-chômage.

¹¹² Sur la sauvegarde financière accélérée, *Cf. infra* n°55 et 56.

¹¹³ Ce qui, dans le cadre du contexte sanitaire actuel, touche nécessairement un très grand nombre d'entreprises.

44. Solutions traditionnelles. En considération des difficultés rencontrées, le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur pourront accompagner le débiteur dans l'obtention de délais de paiement ou de moratoires, de remises de dettes, ou encore de reports d'échéance afin de contribuer à l'étalement voire l'apurement du passif. Aussi, ils pourront l'assister dans l'obtention de nouveaux financements ou dans la négociation d'un « *stand style* »¹¹⁴. De même, pourront être envisagées des opérations de capital. La liste n'est pas exhaustive, mais c'est dire donc que ces procédures offrent un large panel de solutions permettant au débiteur de restructurer économiquement et financièrement l'entreprise et de s'extraire d'une situation inconfortable, étant précisé que rien ne saurait être imposé aux partenaires, exception faites des délais de grâce¹¹⁵. Une autre solution nouvellement consacrée doit également être évoquée, il s'agit du *prepack* cession.

45. Le *prepack* cession, solution novatrice. Inspiré du droit anglo-saxon¹¹⁶ et introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014¹¹⁷, le *prepack* cession¹¹⁸ constitue une solution novatrice et pragmatique. Nouvel atout de la conciliation, il consiste, conformément à l'article L. 611-7 du Code de commerce, à organiser une cession totale ou partielle, c'est-à-dire d'une branche autonome d'activité¹¹⁹. Il s'agit là d'une cession des actifs du débiteur en difficulté qui ne peut être organisée, à l'évidence, qu'à sa demande dès lors que la conciliation est une procédure volontaire¹²⁰. Cette mission ne saurait être confiée dès l'ouverture de la procédure au conciliateur dans la mesure où l'avis des principaux créanciers est requis, ce qui témoigne de l'association de ces derniers au processus de cession¹²¹.

L'intérêt du *prepack* cession, outre son caractère confidentiel, est qu'il permet de préparer, en amont, dans un cadre purement conventionnel, la cession qui sera mise en œuvre dans le cadre d'une procédure judiciaire. En outre, à la différence d'une cession judiciaire, celle organisée en phase amiable ne sera pas imposée au débiteur. Il y aura donc un véritable échange des consentements sur la chose et sur le prix entre le cédant et le cessionnaire. En cela, la cession constitue un véritable contrat de vente, fruit de l'expression des volontés.

Une coloration judiciaire sera ensuite donnée au contrat lorsque les parties migreront vers une procédure collective pour que la cession produise ses effets. Il s'agit d'une véritable protection du cédant et de ses créanciers. Les garanties relatives à la formation¹²² et à l'exécution¹²³ du contrat seront inapplicables afin que la vente ne puisse être remise en cause par le cessionnaire. Un autre avantage du *prepack* cession réside dans sa rapidité. Il est des situations dans lesquelles l'activité est résiduelle¹²⁴ et les perspectives de sauvegarde semblent minces. Dotée d'actifs revêtant une valeur significative tels un brevet, une marque ou encore un droit au bail¹²⁵, l'entreprise pourra néanmoins faire l'objet d'une cession et ce dès la phase amiable, ce qui constitue une avancée notable. La rapidité du processus est renforcée par l'absence d'obligation pour le tribunal de susciter des offres concurrentes¹²⁶, limitant ainsi les hypothèses de rétractation des potentiels cessionnaires.

Le *prepack* cession semble devoir être accueilli favorablement du fait des avantages qu'il offre. Néanmoins, il convient de souligner qu'une cession de droit commun pourrait parfaitement être mise en œuvre dans le cadre d'une conciliation¹²⁷. Toutefois, il semble que, par prudence, le conciliateur n'accepte cette mission qu'en l'absence de cessation des paiements du débiteur¹²⁸.

¹¹⁴ Il s'agit d'un engagement consistant, pour les partenaires de l'entreprise, de refuser le paiement de leur(s) créance(s) pendant tout le temps des négociations.

¹¹⁵ Sur ce point, Cf. *infra* n°54.

¹¹⁶ P. Omar, « L'évolution du redressement depuis l'an 2000 au Royaume-Uni », *Rev. proc. coll.* janv. 2016, étude n°4, p. 17.

¹¹⁷ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹¹⁸ Pour une analyse approfondie, C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 204, n°358.

¹¹⁹ Il ne s'agit pas, contrairement aux idées reçues, d'une cession isolée d'actifs.

¹²⁰ Ph. Roussel Galle et P. Le Marchand, « La prévention du mandat *ad hoc* et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « *prepack* » cession », *CDE* janv. 2015, n°1, doss. 2.

¹²¹ Ce qui peut sembler curieux au regard des principes applicables en droit des contrats en vertu desquels le contrat constitue, pour les tiers, un fait juridique qui s'impose à eux et auquel leur consentement n'est aucunement requis.

¹²² Les vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence.

¹²³ Les garanties légales de la vente que sont la garantie des vices cachés et la garantie d'éviction.

¹²⁴ Du fait de la conjoncture économique, la période que nous traversons actuellement étant un bon exemple ou du secteur d'activité.

¹²⁵ Etant précisé que leur caractère *intuitu personae* ne fait pas obstacle à la cession, celle-ci pouvant être imposée aux cocontractants réfractaires dès lors que le contrat est en cours et qu'il est utile à la poursuite de l'activité.

¹²⁶ Lorsque le tribunal aura un doute, il pourra susciter de telles offres. Toutefois, cela aura pour effet d'allonger la durée de la procédure, le *prepack* cession perdant alors tout son intérêt.

¹²⁷ M. Petitjean, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'ordonnance du 12 mars 2014 », *LPA* avr. 2014, n°78, p. 6.

¹²⁸ Afin que sa responsabilité professionnelle ne soit pas engagée.

Enfin, il est opportun de mettre en exergue le fait qu'un *prepack* cession semble pouvoir être mis en œuvre dans le cadre d'un mandat *ad hoc* puisque l'article L. 642-2 du Code de commerce envisage la réception d'offres par le mandataire *ad hoc*¹²⁹. Là encore, il apparaît qu'une cession de droit commun pourra également être privilégiée.

46. S'il a pu être démontré que la volonté des parties à l'accord joue un rôle déterminant dans l'élaboration et la conclusion de l'accord amiable dans le cadre des procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation, il est opportun de mettre en exergue l'instrumentalisation de la volonté de ces dernières dans le cadre de la conciliation uniquement (**Section 2**), le mandat *ad hoc* étant le seul mécanisme propice à l'expression de la « véritable » volonté des parties.

Section 2. L'instrumentalisation de la volonté des parties à l'occasion de l'élaboration de la conclusion de l'accord amiable

47. Des mesures incitatives et des dispositifs dissuasifs ont été mis en place dont la finalité consiste à orienter la volonté des parties (§1), et à l'encadrer (§2). Il en résulte alors une véritable instrumentalisation de la volonté des parties au service de la restructuration.

§1. Une volonté orientée par des mesures incitatives

Les mesures incitatives mises en place ont vocation à orienter la volonté du débiteur (A), mais aussi celle de ses partenaire (B).

A. L'orientation de la volonté du débiteur

48. De nombreux dispositifs ont été mis en place pour inciter le débiteur. Deux retiendront l'attention dans le cadre de cette analyse¹³⁰ que sont la maîtrise de la procédure (1) ainsi que la maîtrise partielle du coût de cette dernière (2).

1. *La maîtrise de la procédure par le débiteur*

49. Tout d'abord, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008¹³¹, le débiteur a la faculté de proposer le nom du conciliateur¹³² ainsi que celui du mandataire *ad hoc*¹³³. En pratique, le débiteur va se rapprocher d'un tiers intervenant¹³⁴ pour solliciter son aide. La demande sera ensuite adressée au président du tribunal, lequel disposera d'un pouvoir souverain. Toutefois, en pratique, son rôle se limitera uniquement à apprécier la qualité de la personne proposée par le débiteur afin de s'assurer de l'absence d'incompatibilité quant à l'exercice de telles fonctions conformément à l'article L. 611-13 du Code de commerce. En dehors de ce cas, il semble que le président du tribunal ait intérêt à approuver le choix du débiteur qui aura choisi une personne habilitée en qui il a confiance. Ce dernier imposera rarement la personne du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur, étant précisé que s'il le faisait, le débiteur pourrait le récuser¹³⁵ ou bien interjeter appel de la décision. Le choix de la personne du mandataire *ad hoc* et du conciliateur par le débiteur incite ce dernier à s'orienter vers une procédure amiable et renforce les chances de réussite de la procédure amiable¹³⁶.

50. Ensuite, le débiteur conserve la maîtrise de la procédure en ce qu'il détermine, en concertation avec le tiers intervenant, la mission qui sera attribuée à ce dernier. Sa mission consistera pour l'essentiel à favoriser la conclusion d'un accord entre les parties mais également à proposer toute mesure favorisant la sauvegarde de l'entreprise, le maintien des emplois et l'apurement du passif. Le président du tribunal, là encore, disposera d'un pouvoir souverain d'appréciation pour la fixer définitivement. Cependant, si la demande qui lui est soumise lui paraît cohérente, il aura peu de raison d'en modifier

¹²⁹ Sur ce point, V° F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 67, n°99.

¹³⁰ Sur les autres mesures incitatives, V° C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 206 et s., n° 362 et s.

¹³¹ Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

¹³² C. com. art. L. 611-6.

¹³³ C. com. art. L. 611-3.

¹³⁴ Qui peut être un mandataire judiciaire, un administrateur ou encore un avocat.

¹³⁵ C. com. art. L. 611-6 al. 4.

¹³⁶ M-H Monsérié-Bon, V° Entreprises en difficulté, « Mandat *ad hoc* – Conciliation », *op. cit.*, n°66 ; Ph. Roussel Galle, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *art. cit.*, p. 10.

la teneur. Aussi, lorsque la conciliation est mise en échec du fait de la résistance de certains créanciers, le débiteur pourra solliciter du conciliateur qu'il prépare une procédure de sauvegarde accélérée, celle-ci ne pouvant lui être imposée.

51. Enfin, le tiers intervenant ne disposant pas d'un pouvoir de représentation, le débiteur reste à la tête de ses affaires, et à ce titre, il peut d'ailleurs décider de mettre fin à la mission du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur¹³⁷. Au-delà de ces considérations, il semble que la maîtrise partielle du coût de la procédure influence également la volonté du débiteur en faveur des procédures amiables (2).

2. La maîtrise partielle du coût de la procédure par le débiteur

52. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, conformément à l'article L. 611-14 du Code de commerce, la rémunération du mandataire *ad hoc* et du conciliateur est fixée, au moment de la désignation de ce dernier, par le président du tribunal après avoir recueilli l'accord du débiteur. Etendu au mandat *ad hoc*, ce principe témoigne de la volonté du législateur d'associer le débiteur au déroulement de la procédure. Le contrôle effectué par le président du tribunal permet de limiter les abus. D'ailleurs, depuis 2014, la rémunération des tiers intervenants ne saurait être fixée par rapport au montant des abandons de créance obtenus, ni faire l'objet d'un forfait pour ouverture du dossier, ceci dans le but d'éviter que ces frais ne conduisent les débiteurs à la faillite qu'il cherche à éviter à tout prix.

Ainsi, l'attractivité de ces dispositifs semblent être de nature à orienter la volonté du débiteur. Les partenaires de ce dernier n'échappent pas, eux non plus, à une telle influence (B).

B. L'orientation de la volonté des partenaires

53. Deux dispositifs principaux influencent le consentement des partenaires. Il s'agit du privilège de conciliation, aussi appelé privilège de *new money* (1) ainsi que du principe d'irresponsabilité des créanciers prêteurs (2).

1. Le privilège de conciliation et ses effets

54. Consacré par l'article L. 611-11 du Code de commerce, le privilège de conciliation¹³⁸ confère, à tous les créanciers qui ont, dans le cadre d'une conciliation ayant donné lieu à homologation, réalisé un nouvel apport en trésorerie, bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, une préférence de paiement opposable à tous les créanciers dans le cadre d'une procédure collective subséquente. Ce dispositif concerne notamment les banques mais aussi les associés qui réalisent un apport en compte courant d'associé¹³⁹.

Depuis qu'il a été enrichi en 2014¹⁴⁰, ce privilège constitue un atout efficace pour convaincre les partenaires de consentir un effort en faveur de la restructuration de l'entreprise. Toutefois, il s'avère être plus « *théorique que pratique* »¹⁴¹ notamment parce que, d'une part, l'homologation constitue un préalable obligatoire¹⁴², ce qui remet en cause le caractère confidentiel de la conciliation, et d'autre part, parce que le super privilège des salaires et le privilège des frais de justice sont souvent de nature à absorber la totalité du disponible dans le cadre d'une liquidation judiciaire¹⁴³.

Outre le privilège de conciliation, il semble que ce soit surtout l'avènement du principe d'irresponsabilité des créanciers prêteurs qui opère un véritable impact sur la volonté de ces derniers (2).

¹³⁷ C. com. R. 611-37.

¹³⁸ F. Marcorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises », *RDBF* 2006, n°2, doss. 2. 60 ; P.-M. Le Corre, « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal.* Sept. 2005, p. 50 ; C. Saint-Alary-Houin, « La procédure de conciliation », *art. cit.*, p. 169.

¹³⁹ Et non lorsqu'ils réalisent une perte en capital telle qu'une augmentation de capital dès lors qu'ils n'ont pas vocation à être remboursés.

¹⁴⁰ Sur ce point, V° C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, pp. 220 et 221, n° 386 et 387.

¹⁴¹ Trib. com. Paris, 5 déc. 2011, *LEDEN* fév. 2012, n°024, note N. Borga.

¹⁴² N. Laurent et O. Assant, « Bilan de l'efficacité du privilège de « new money » instauré par la loi de sauvegarde du 26 juill. 2005 », *JCP G juin* 2008, I, 157.

¹⁴³ Sur le véritable intérêt du privilège de conciliation, *Cf. infra* n° 83.

2. Le principe d'irresponsabilité des créanciers prêteurs¹⁴⁴

55. L'article L. 650-1 du Code de commerce exonère de toute responsabilité, dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective, les créanciers à raison des concours consentis, sauf exception¹⁴⁵ telle que la fraude¹⁴⁶ par exemple. Ce principe a été introduit par l'ordonnance du 18 décembre 2008 dans le but de mettre fin à une solution inscrite en jurisprudence consistant à engager systématiquement la responsabilité du créancier prêteur pour soutien abusif¹⁴⁷.

Comme le souligne le Conseil constitutionnel¹⁴⁸, il ne s'agit pas d'une exonération totale des prêteurs ayant pour effet de créer une rupture d'égalité entre les créanciers, mais bien d'un aménagement de leur responsabilité permettant de « lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises ». Ainsi, plus que le privilège de conciliation, il semble que le principe d'irresponsabilité influence davantage la volonté des prêteurs, quels qu'ils soient, à financer sans crainte la restructuration du débiteur en difficulté.

Orientée de la sorte, la volonté des parties est également encadrée (§2).

§2. Une volonté encadrée par des dispositifs dissuasifs

56. Certains dispositifs tels que les délais de grâce (A) ainsi que l'ouverture d'une procédure collective ou semi-collective (B) constituent des armes massives au service de la négociation de l'accord amiable impactant de manière significative la volonté des parties.

A. La menace résidant dans l'imposition de délais de grâce

57. L'article L. 611-7 du Code de commerce tel que modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014 prévoit que le débiteur, s'il fait l'objet d'une mise en demeure ou d'une poursuite par un créancier durant la procédure de conciliation, peut demander au juge de faire application de l'article 1345-3 du Code civil relatif aux délais de grâce. Depuis 2014, ces délais peuvent être sollicités pour faire échec à des mises en demeure ou à des poursuites antérieures à l'ouverture de la conciliation¹⁴⁹. La suspension des poursuites est imposée aux créanciers de manière individuelle¹⁵⁰, ce qui n'était pas le cas avant la loi de sauvegarde, annihilant ainsi le caractère confidentiel de la procédure¹⁵¹. Cette suspension prononcée par le juge est efficace en ce qu'elle ne saurait être contestée par voie d'appel¹⁵². Enfin, de tels délais semblent pouvoir être imposés à n'importe quel créancier¹⁵³, bien qu'il existe une controverse à ce sujet¹⁵⁴.

Cette suspension, profitant au débiteur ainsi qu'à ses garants¹⁵⁵, personnes physiques et/ou personnes morales, caution ou garant autonome¹⁵⁶, constitue une sorte de sanction prononcée à l'encontre des créanciers récalcitrants qui ne pourront obtenir paiement des créances hors accord. Outre le fait que cette faculté offerte au débiteur illustre, là encore, la maîtrise qu'il a de la procédure, elle permet également d'inciter ses créanciers, voire de les contraindre, à participer à l'accord qui, bien souvent, pourra s'avérer être moins contraignant que les délais imposés, étant précisé qu'ils ne peuvent excéder deux ans.

¹⁴⁴ Pour une étude plus complète, V° notamment F. Marcorig-Venier, « Le soutien bancaire du débiteur : privilège et principe de non-responsabilité », *BJE* nov. 2019, n°06, p. 67.

¹⁴⁵ V° C.com. art. L. 651-1 pour les cas de fraude.

¹⁴⁶ Précision sur la notion de fraude : Cass. com., 13 déc. 2017, n° 16-21.498, *Gaz. Pal.* avr. 2018, n° 15, p. 77, J. Lasserre Capdeville.

¹⁴⁷ En ce sens, Cass. com., 14 jan. 2004, n° 02-15.541, *Rev. arb.* 2004.594, note Ancel : à propos d'un franchiseur ; Cass. com., 10 déc. 2003, B. 199, *JCP E* 2004, II, 252, note Legeais, *D.* 2004.136, obs. X. Delpech ; *BJS* 2004.491, obs. F-X. Lucas : à propos de la MSA.

¹⁴⁸ Cons. Const., 22 juill. 2005, n° 2005-522, JO 27 juill. 2005, p. 1222 ; A. Reygrobellet, « Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde », *LPA* fév. 2006, p. 58 ; R. Routier, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 1478.

¹⁴⁹ Trib. com. Nantes, 22 avr. 2014, n° 2014/004629, *LEDEN* juill. 2014, n° 7, p. 2, obs. P. Cesbron Lavau.

¹⁵⁰ En matière de règlement amiable, la suspension est générale.

¹⁵¹ M-H Monsérié-Bon, V° Entreprises en difficulté, « Mandat *ad hoc* – Conciliation », *op. cit.*, n° 97.

¹⁵² CA Aix-en-Provence, 10 oct. 2013, n° 2013/336, *LEDEN* nov. 2013, n° 10, p. 1, F-X. Lucas ; *RTD com.* 2013. 805, obs. F. Marcorig-Venier.

¹⁵³ Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-15.525, *D.* 1998.429, obs. F. Derrida ; *JCP E* 1998. 1795, note P. Serlooten ; *RTD com.* 1998. 918, obs. F. Marcorig-Venier.

¹⁵⁴ En ce sens V° F. Marcorig-Venier, « Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », *RTD com.* 2005, p. 829 ; *Contra* F. Pérochon, « Entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 92, n°168 : excluant les créanciers publics.

¹⁵⁵ C. com. art. L. 611-10-2.

¹⁵⁶ Ce qui est totalement exorbitant de droit commun : le garant autonome ne saurait opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

En outre, si l'imposition de délais de grâce constitue une menace pouvant influencer la volonté des créanciers, il semble que l'ouverture d'une procédure collective ou semi-collective ait le même effet sur eux ainsi que sur le débiteur (B).

B. La menace résidant dans l'ouverture d'une procédure collective ou semi-collective

58. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée dite « *semi-collective* » constitue une « *arme de dissuasion* »¹⁵⁷ au service des négociations dans le cadre de la procédure de conciliation¹⁵⁸. Suite à la crise économique de 2008, le législateur a dû s'adapter rapidement aux difficultés rencontrées par les holdings dans le cadre des montages « *leverage buy out* ». Dans le cadre d'une opération d'acquisition d'une société cible, ce type de montage permet à une holding de rembourser, avec les bénéfices de sa filiale, l'emprunt qu'elle aura souscrit pour l'acquérir. Avant cette crise, les montages étaient « *tendus* » c'est-à-dire que la totalité des bénéfices de la filiale étaient affectés au remboursement de la dette sénior. Les LBO sont des montages financiers très risqués puisque la rentabilité de la filiale est essentielle. Or, face à la crise, ils n'ont pu subsister. La sauvegarde financière accélérée a donc été imaginée par le législateur pour répondre à leurs difficultés et a été introduite par loi du 22 octobre 2010¹⁵⁹ aux articles L. 628-1 à L. 628-7¹⁶⁰ du Code de commerce.

D'inspiration américaine, la SFA, est « *un simple mécanisme de cram down* »¹⁶¹ permettant de forcer, parmi les créanciers financiers, par un vote à la majorité des deux tiers du montant des créances, la main des récalcitrants. Cette procédure est ouverte sur demande du débiteur qui doit justifier d'une part de l'élaboration d'un projet de plan assurant la pérennité de l'entreprise et, d'autre part, du soutien de la majorité des créanciers. Permettant une restructuration « *éclair* »¹⁶² en un mois, cette procédure est restée lettre morte en raison des seuils beaucoup trop élevés qui avaient été fixés par décret¹⁶³, excluant ainsi les PME de son bénéfice.

59. Initialement restrictive, cette procédure a été étendue à tous les créanciers¹⁶⁴ donnant ainsi naissance à la procédure de sauvegarde accélérée en 2014, tel un phénomène des poupées russes. D'une durée de trois mois, elle a la même finalité. L'avantage de ces deux procédures est qu'elles permettent d'imposer une discipline collective. Nonobstant un abaissement des seuils en 2014¹⁶⁵, ces procédures sont peu usitées en pratique. Elles sont, à ce jour, surtout efficaces pour exercer une pression sur le consentement des créanciers minoritaires qui ne souhaitent pas se voir imposer une discipline collective qui leur serait défavorable.

60. Outre ce recours, le conciliateur peut également brandir la menace de l'ouverture d'une procédure collective afin de convaincre les créanciers de réviser leur position. En effet, il est mis fin à la procédure de conciliation en cas d'ouverture d'une procédure collective¹⁶⁶, étant précisé que le conciliateur dispose d'une arme supplémentaire qui est la procédure de sauvegarde¹⁶⁷. En outre, si les créanciers réfractaires persistent, une procédure de sauvegarde de droit commun pourra être ouverte à l'encontre du débiteur¹⁶⁸ alors même qu'il n'est pas en cessation des paiements. En cela, elle constitue une « *bombe atomique : arme de dissuasion, à n'utiliser que pour exploser les créanciers rebelles* »¹⁶⁹ qui doivent comprendre qu'il en va de leur intérêt de négocier en amont.

¹⁵⁷ R. Dammann et S. Schneider, « La sauvegarde financière accélérée. Analyse et perspective d'avenir », *D.* 2011, p. 1429.

¹⁵⁸ N. Nef Naf, « La sauvegarde financière accélérée, l'art délicat du blitzkrieg judiciaire », *LPA* janv. 2017, n°9, p. 6.

¹⁵⁹ Loi n° 2010-1249 relative à la régulation bancaire et financière.

¹⁶⁰ C. com. art. L.628-1 à L. 628-10 pour la numérotation actuelle.

¹⁶¹ F-X. Lucas et R. Dammann, « Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014 », *BJE* mai 2014, n°3, p. 143.

¹⁶² F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 466, n°1085.

¹⁶³ C. com. D. 628-2-1 ancien : un des trois seuils devait être dépassé : 150 salariés ou chiffre d'affaires supérieur à 25 millions d'euros ou total de bilan supérieur à 10 millions d'euros.

¹⁶⁴ A l'exception des salariés et des créanciers alimentaires.

¹⁶⁵ C. com. D. 628-3 : un des trois seuils suivants : 20 salariés ou chiffre d'affaires supérieur à 3 millions d'euros ou total de bilan supérieur à 1,5 million d'euros.

¹⁶⁶ C. com. art. L. 611-12.

¹⁶⁷ En cas d'absence de cessation des paiements, le conciliateur pourra également faire pression.

¹⁶⁸ A la condition qu'il l'a sollicité.

¹⁶⁹ P-M. Le Corre, « L'objectivisation des conditions d'ouverture de la sauvegarde », *BJE* mai 2012, n°3, p. 142.

61. De la même façon, lorsque le conciliateur a pour mission d'organiser la cession dans le cadre de la conciliation¹⁷⁰ et que les créanciers ou le débiteur font blocage, l'ouverture d'une procédure collective constituera un moyen de pression efficace¹⁷¹ dès lors que dans ce cadre, écartée du processus de négociation, la cession pourra être imposée¹⁷².

C'est ainsi que la volonté des parties apparaît largement instrumentalisée et ce, au service du droit des entreprises en difficulté dont la finalité est la sauvegarde de l'entreprise, le maintien des emplois et l'apurement du passif.

62. S'il existe une véritable articulation, dans le cadre de l'élaboration et la conclusion de l'accord amiable, entre d'un côté le caractère contractuel de la matière, permettant aux parties d'exprimer leur volonté, et de l'autre, son caractère impératif, ayant pour effet de l'orienter voire de l'imposer ; le constat est sensiblement le même dans le cadre de la formalisation et de l'exécution dudit accord (**Chapitre 2**).

¹⁷⁰ Qu'il s'agisse d'une cession de droit commun ou d'un *prepack* cession.

¹⁷¹ Sur ce point, V° notamment C. Gorins, « Evolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective », *BJE* mai 2015, n° 03, p. 185.

¹⁷² Sur la cession de l'entreprise en procédure collective V° notamment, F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. cit.* p. 553, n° 1231 ; M-L. Coquelet, « Le plan de cession : faut-il déjà réformer », *Rev. proc. coll.* fév. 2008, p. 128 ; G. Couturier, « Le plan de cession, instrument de restructuration... », *BJS* 2008, p. 142.

Chapitre 2. Le régime de l'accord amiable à l'occasion de sa formalisation et de son exécution

63. A l'occasion de la formalisation et de l'exécution de l'accord amiable, les parties vont, là encore, être en mesure d'exprimer leur volonté (**Section 1**). Toutefois, à bien des égards, leur volonté sera influencée par certains dispositifs, de sorte qu'il sera possible d'identifier une véritable instrumentalisation de celle-ci au service de la restructuration (**Section 2**).

Section 1. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de la formalisation et de l'exécution de l'accord amiable

64. A la suite de l'adoption de l'accord amiable, les parties pourront choisir de procéder ou non à sa formalisation, à ce titre, elles seules pourront décider de la nature que celui-ci aura (§1). Une fois l'accord prêt à être mis en œuvre, la volonté des parties jouera de nouveau un rôle durant la phase d'exécution (§2).

§1. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de la formalisation¹⁷³ de l'accord amiable

65. La formalisation de l'accord amiable est facultative (A). Toutefois, si les parties décident d'y procéder, l'intervention des instances judiciaires n'a pas pour effet de purger l'accord de ses vices qui demeure contractuel (B).

A. Le caractère facultatif de la formalisation de l'accord amiable

66. L'article L. 611-8 du Code de commerce prévoit que l'accord amiable né de la conciliation peut faire l'objet d'une constatation, aussi appelée « *petite homologation* »¹⁷⁴ ainsi que « *procédure de droit commun* »¹⁷⁵, ou d'une « *grande* »¹⁷⁶ homologation, celles-ci devant être sollicitées avant la fin de la procédure dès lors qu'elles y mettent un terme¹⁷⁷.
67. L'accord homologué, en plus d'avoir autorité de la chose jugée, produit des effets avantageux¹⁷⁸ au bénéfice des parties. La décision d'homologation est prise suite à un contrôle judiciaire approfondi opéré par le tribunal¹⁷⁹ réuni collégalement sur demande du débiteur uniquement. Après avoir dûment appelé et réuni les organes de la procédure, les parties à l'accord ainsi que les représentants du CSE en chambre du conseil¹⁸⁰, le tribunal homologuera l'accord si trois conditions sont cumulativement satisfaites¹⁸¹. La procédure d'homologation, lorsqu'elle aboutit, confère à ce dernier une dimension judiciaire et procédurale¹⁸² lui faisant perdre son caractère confidentiel.
68. La procédure de constatation, elle, constitue une deuxième voie introduite suite à de vives critiques relative à l'institution d'une procédure d'homologation obligatoire¹⁸³ impliquant nécessairement la levée de la confidentialité. La constatation est opérée par le président du tribunal qui se livrera à un contrôle purement formel. Il s'assurera de la réalité de l'accord et de l'absence de cessation des paiements¹⁸⁴. La constatation permet à l'accord amiable de revêtir la formule exécutoire tout en restant totalement confidentiel puisqu'elle ne donne pas lieu à publication.

¹⁷³ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 217, n° 379 : expression utilisée l'auteure pour désigner la constatation et l'homologation de l'accord amiable.

¹⁷⁴ B. Thuillier, « Accords ni constatés ni homologués, remise en cause des accords », *Rev. proc. coll.* janv. 2014, n° 1, doss. 2.

¹⁷⁵ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 97, n° 179.

¹⁷⁶ B. Thuillier, « Accords ni constatés ni homologués, remise en cause des accords », art. cit.

¹⁷⁷ Ce choix existe depuis 2005 pour la conciliation et depuis 2014 pour le règlement amiable agricole (C. rur. art. 351-6).

¹⁷⁸ Sur ce point, Cf *infra* n°80 à 84.

¹⁷⁹ Ou le président en matière agricole.

¹⁸⁰ Il s'agit du « huis clos commercial », ce qui permet de préserver la confidentialité de la procédure dans le cas où l'homologation serait rejetée.

¹⁸¹ C. com. art. L. 611-8 II que sont l'absence de cessation des paiements, la pérennité de l'activité de l'entreprise et le respect des intérêts des autres créanciers.

¹⁸² C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 219, n° 382.

¹⁸³ F. Marcorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* déc. 2005, n°4, p. 352, spéc. p. 354.

¹⁸⁴ Le contrôle de cette absence sera opéré sur la base d'une simple déclaration sur l'honneur.

69. La formalisation de l'accord ne constitue pas une condition de validité de celui-ci¹⁸⁵, un certain nombre d'indices allant en ce sens. Notamment, l'accord issu d'un mandat *ad hoc* produit tous ses effets malgré l'absence de formalisation. Aussi, en cas de rejet de décision de l'homologation, l'accord s'impose néanmoins aux parties sans que le tribunal ne puisse en modifier la teneur. Ainsi, cela contribue à mettre en exergue la nature contractuelle de l'accord. L'autorité judiciaire ne s'imisce aucunement dans cette relation contractuelle, son intervention permet simplement de la renforcer ou de la sécuriser.

Par conséquent, il sera loisible aux parties de s'orienter vers la constatation, pour plus de discrétion, ou bien vers l'homologation, pour plus de sécurité. Elles pourront également décider de ne faire ni constater, ni homologuer leur accord¹⁸⁶. En réalité, cette dernière hypothèse est rare¹⁸⁷. En effet, les créanciers feront de l'homologation ou à tout le moins de la constatation, une condition suspensive de la conclusion de l'accord amiable.

70. Il apparaît donc que les parties sont libres de procéder ou non à la formalisation de leur accord, ce qui témoigne, là encore, de la volonté du législateur de leur laisser la maîtrise la procédure. Si toutefois elles décident d'y procéder, il n'en demeure pas moins que leur accord reste un contrat qui conserve toutes ses qualités ainsi que ses défauts, la formalisation n'étant donc pas de nature à le purger de ses vices (B).

B. L'inefficacité de la formalisation face aux vices de l'accord amiable

71. L'accord amiable, même formalisé, conserve sa nature contractuelle. Par conséquent, il demeure soumis aux conditions de validité de droit commun relative à la formation du contrat¹⁸⁸. En outre, l'accord amiable encourt la nullité sur le fondement de l'erreur¹⁸⁹, du dol¹⁹⁰ ou de la violence¹⁹¹, et ce même en présence d'un tiers intervenant, aucune spécificité n'existant en matière de droit des entreprises en difficulté¹⁹².

72. L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit à l'article 1143 du Code civil le vice d'abus de dépendance d'origine prétorienne¹⁹³. Si certains auteurs considèrent que cette disposition est inapplicable aux abandons octroyés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement¹⁹⁴, il semble qu'il le soit aux engagements consentis dans le cadre du mandat *ad hoc* ou de la conciliation¹⁹⁵.

L'abus de dépendance est caractérisé lorsqu'une des parties profite, de manière abusive, d'un avantage manifestement excessif consenti par son cocontractant qui se trouve dans un état de dépendance. Cette dépendance devra être directement issue de la relation entre les parties¹⁹⁶ c'est-à-dire qu'elle doit être appréciée à l'aune de la relation contractuelle. A la lecture du Rapport au président de la République¹⁹⁷, l'abus doit être apprécié de manière objective. Autrement dit, aucune attitude particulière ne doit être démontrée. Concrètement, dans le cadre d'une procédure amiable, il semble que le créancier fournisseur, qui aura comme seul client important le débiteur en difficulté, se trouvera nécessairement dans un état de dépendance vis-à-vis de ce dernier¹⁹⁸. Toutefois, encore faut-il que l'abus soit caractérisé.

¹⁸⁵ F. Marcorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », *art. cit.*, spéc. p. 357.

¹⁸⁶ B. Thuillier, « Accords ni constatés ni homologués, remise en cause des accords », *art. cit.* : l'auteur met en exergue le fait que ce choix serait très « téméraire » au vu des avantages dont elles se privent.

¹⁸⁷ M. Menjuq, F. Gentin, C. Basse, C. Thenevot et D. Lencou « Le secret des affaires et la confidentialité des procédures - Table ronde », *Rev. proc. coll. janv.* 2015, n°1, p. 1 : elle résulte, le plus souvent, d'un refus du tribunal d'homologuer l'accord une condition faisant défaut.

¹⁸⁸ F. Pérochon, « Suivi et résolution des accords amiables », *BJE nov.* 2012, n° 6, p. 409.

¹⁸⁹ C. civ. art. 1136.

¹⁹⁰ C. civ. art. 1137.

¹⁹¹ C. civ. 1142.

¹⁹² Sur les vices du consentement, V° Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10^e éd., 2018, LGDJ, Droit civil, p.

¹⁹³ Cass. req., 27 avr. 1887 : S. 1887, I, 372 ; Cass. civ. I, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, n° 169 ; Cass. civ. I, 2 avr. 2002, n° 00-12.932 : *Bull. civ.* I, n° 108.

¹⁹⁴ Ph. Dupichot, E. Merly, M. Sénéchal et F. Kopf, « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *BJE sept.* 2016, n°5, p. 352, §10.

¹⁹⁵ En ce sens, Ph. Dupichot, E. Merly, M. Sénéchal et F. Kopf, « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *art. cit.* ; S. Zinty, « Le vice d'abus de dépendance dans le traitement amiable des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll. nov.* 2019, n° 6, étude 21.

¹⁹⁶ G. Chantepie et M. Latina, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.* 2018, p. 309.

¹⁹⁷ Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, 10 fév. 2016.

¹⁹⁸ Dans un souci de synthèse, les autres hypothèses de dépendance ne seront pas évoquées, toutefois, sur la dépendance du débiteur vis-à-vis des établissements de crédits par exemple, V° notamment T. Favario, « La responsabilité des créanciers pour les concours consentis », *Rev. proc. coll. janv.* 2020, doss. 6, p.1.

Le fournisseur pourra, par exemple, accepter des remises de dettes par peur de perdre son plus gros client. Les avantages consentis seront, au vu des circonstances, souvent considérés comme étant manifestement excessifs, notamment lorsqu'est analysée la contrepartie de cet avantage. En effet, le fournisseur ne reçoit rien en échange des sacrifices consentis. Peut-être la contrepartie devrait-elle être recherchée dans l'absence d'ouverture d'une procédure collective, toutefois, celle-ci a été qualifiée de « *contrepartie indirecte* » aux engagements consentis par ce créancier¹⁹⁹. Aussi, le fait d'éviter au débiteur en difficulté la faillite pourrait être analysée en une contrepartie offerte au fournisseur. Toutefois, ce dernier n'a aucune garantie que l'accord, dont l'objectif consiste à sauvegarder l'entreprise, aboutisse à ce résultat.

73. En tout état de cause, bien que l'abus de dépendance semble pouvoir être caractérisé, il convient de garder à l'esprit qu'en matière de droit des entreprises en difficulté, les enjeux sont tels qu'il semble être justifié qu'une approche subjective soit favorisée²⁰⁰. Par souci de pragmatisme, la nullité, bien qu'elle soit relative, devra être prononcée avec parcimonie, l'accord ne pouvant être annihilé trop aisément.

Ainsi, si la volonté des parties joue un rôle dans le cadre de la formalisation de l'accord, que ce soit pour y procéder ou non, et/ou pour défendre leurs intérêts, tel est aussi le cas à l'occasion de l'exécution de ce dernier (§2).

§2. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de l'exécution de l'accord amiable

74. Une fois l'accord amiable prêt à être mis en œuvre, les parties devront l'exécuter en respectant les termes. Toutefois, leur volonté jouera un rôle en cas de modification (A), ainsi qu'en cas d'inexécution (B).

A. La modification de l'accord amiable

75. Si en droit commun des contrats la seule volonté des parties suffit pour modifier un accord, la question se pose lorsqu'il comporte une dimension judiciaire. L'accord homologué, ou à tout le moins constaté, en vertu de sa nature en partie contractuelle, ne saurait être figé. Il reste que l'obligation de soumettre au juge toute renégociation constitue solution impraticable²⁰¹.

Pour cette raison, la doctrine préconise que les parties écartent son intervention pour certaines modifications non substantielles²⁰², ce qui signifie, *a contrario*, que l'intervention du juge demeure maintenue s'agissant des modifications significatives. Pour les premières, le professeur Le Cannu considère qu'elles pourront intervenir par simples accords bilatéraux, dès lors que l'accord amiable n'est qu'une somme de ceux-ci.

Toutefois, lorsqu'elles sont substantielles ou que des clauses d'indivisibilité ont été insérées, la modification nécessitera l'accord de tous les signataires²⁰³. Dans un souci de simplification, il est également recommandé aux parties de prévoir expressément l'intervention de certaines d'entre elles uniquement pour tel ou tel type de modifications²⁰⁴. La renégociation ne doit, toutefois, pas constituer une opportunité de fraude, auquel cas l'accord ne produira plus les effets attachés à la formalisation²⁰⁵.

76. En cas de changement de circonstances, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, rendant plus onéreuse son exécution pour une partie qui n'en avait pas accepté le risque, celle-ci pourra en solliciter une renégociation²⁰⁶. En cas d'échec ou de refus de son cocontractant, tout en continuant d'exécuter ses obligations, elle pourra saisir le juge en résolution ou en modification du contrat²⁰⁷.

¹⁹⁹ Cass. com., 5 juill. 2017, n°15-22.220, Dr. sociétés déc. 2017, n°12, p. 13, obs. R. Mortier.

²⁰⁰ S. Zinty, « Le vice d'abus de dépendance dans le traitement amiable des entreprises en difficulté », *art. cit.* : l'auteur préconise que l'abus de dépendance ne soit caractérisé qu'en cas de comportement fautif de la part de l'auteur de cet abus.

²⁰¹ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 100, n° 186.

²⁰² M. Jeantin et P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté*, Dalloz, Précis, 7^e éd., 2007, n°140.

²⁰³ Selon les partisans de la thèse selon laquelle l'accord amiable est un contrat collectif, il est requis quel que soit le type de modifications.

²⁰⁴ Etant précisé que cela serait dangereux pour les autres signataires.

²⁰⁵ Les modifications substantielles ne produiront que les effets d'un simple contrat, l'ouverture d'une nouvelle procédure étant nécessaire pour qu'elles puissent faire l'objet d'une constatation ou d'une homologation.

²⁰⁶ Ce qui, suite au bouleversement du contexte sanitaire et économique par le Covid-19, risque fortement d'être sollicité.

²⁰⁷ C. civ. art. 1195.

Comme le soulignent plusieurs auteurs²⁰⁸, la mise en œuvre de l'adaptation du contrat pour imprévision nécessite plusieurs étapes ce qui implique un coût, une perte de temps ainsi qu'une atteinte à la confidentialité. En outre, bien que l'article 1195 du Code civil semble constituer une nouvelle voie en faveur de la renégociation du contrat, il n'apparaît toutefois pas adapté aux impératifs de la restructuration dont l'ennemi premier est le temps.

77. Toutefois, face au refus de la théorie de la révision pour imprévision²⁰⁹, la pratique a mis au point des clauses de *hardship* permettant d'aménager les conditions de l'adaptation du contrat dans le temps²¹⁰. Outil juridiquement efficace, il est toujours usité en pratique dès lors que le régime de l'imprévision est supplétif de volonté.
78. En outre, si les parties ont à leur disposition différents dispositifs qu'elles sont libres de choisir pour procéder à la modification de l'accord amiable, le constat est le même en cas d'inexécution de l'accord amiable (B).

B. L'inexécution de l'accord amiable

79. L'inexécution, en pratique, résulte bien souvent de l'apparition de nouvelles difficultés rencontrées par le débiteur. Dans un tel cas, et en l'absence de stipulations contractuelles spécifiques, les parties auront deux options. L'accord amiable étant avant tout un contrat, les parties pourront, dans un premier temps, tenter d'obtenir son exécution forcée. Dans un deuxième temps, conformément à l'article L. 611-10-3 du Code de commerce, les parties peuvent saisir le président du tribunal ou le tribunal, selon que l'accord aura été constaté ou homologué²¹¹, afin que ce dernier prononce la résolution de l'accord.
80. Les parties les plus précautionneuses pourront avoir inséré une clause résolutoire grâce à laquelle elles obtiendront la résolution de plein droit de l'accord²¹², cette dernière ne relevant pas de la compétence exclusive des instances judiciaires. En considération des enjeux financiers en cause, les parties semblent avoir intérêt à tout mettre en œuvre pour que l'accord soit exécuté, ce qui pourra notamment passer par la désignation d'un commissaire à l'exécution de l'accord²¹³. Pour cause, les effets de la résolution, récemment précisés à l'égard des sûretés consenties dans le cadre de l'accord, sont dommageables pour les créanciers. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt fortement critiqué rendu en 2019²¹⁴, a posé le principe selon lequel la résolution de l'accord amiable entraîne sa disparition de manière rétroactive. Si les créanciers retrouvent l'intégralité de leurs créances, déduction faite des paiements partiels, et de leurs sûretés, ils ne conservent, toutefois, pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues en garantie des créances renégociées.

Si sur le plan de la rigueur juridique cette solution semble être acceptable en raison du caractère accessoire de ces garanties, sur le plan pratique, elle est très critiquable. D'une part, elle est contraire à leur finalité dès lors qu'elles ont précisément vocation à s'appliquer en cas d'inexécution. D'autre part, elle laisse planer une grande incertitude sur la sécurisation des financements, ce qui peut être de nature à dissuader, de manière tout à fait regrettable, certains créanciers de participer à la restructuration du débiteur en difficulté.

²⁰⁸ I. Rohard-Messenger, « Réforme des contrats et droit des entreprises en difficulté », *JCP E* juin 2018, n°23, p. 1328 ; G. Astrup, M. Crumière, M. Gicquel, A. Soogrim et A. de Vilallonga, « La boîte à outils du Code civil au service des techniciens du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll. mai* 2017, n°3, p. 19.

²⁰⁹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, F. Chenédé, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9^e éd., p. 130 : avant l'introduction de ce mécanisme dans le Code civil.

²¹⁰ Pour une analyse des clauses de *hardship*, V° notamment A. Kirillov, « Les clauses de *hardship* en droit prospectif à l'épreuve de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *LPA* sept. 2011, n° 190, p. 5.

²¹¹ Afin de respecter le parallélisme des formes, ce qui est fortement critiquable dès lors que la résolution, dont les conséquences sont graves, aura les mêmes effets que l'accord ait été constaté ou homologué, en ce sens V° Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP E* janv. 2009, n°3, p. 1049.

²¹² Cass. com., 27 sept. 2017, n° 16-20.977, *BJE* janv. 2018, n°1, p. 19, B. Thuillier : la solution, rendue sous l'empire des textes anciens, est transposable en droit positif.

²¹³ Sur ce point, Cf *infra* n°95.

²¹⁴ Cass. com., 25 sept. 2019, n°18-15.655, *Gaz. pal.* oct. 2019, n°36, p. 31 ; *LEDEN* nov. 2019, n°10, p.1, F-X. Lucas ; *BJE* nov. 2019, n°6, p.1 ; F. Pérochon ; C. Berleaud ; *Gaz. pal.* nov. 2019, n°38, p. 25, M-P. Dumont ; *LEDC* nov. 2019, n° 10, p. 2, N. Leblond ; *Defrénois* déc. 2019, n°49, p. 36 ; *LPA* déc. 2019, n°257, p. 18, P. Urbain ; *BJE* janv. 2020, n°1, p. 12, H. Bourbouloux ; *Gaz. pal.*, n° 2, p. 52, G. Cesare Giorgini ; *D. nov.* 2019, n°38, p. 2100, obs. R. Dammann et A. Alle.

Si, toutefois, les sûretés sont consenties en vue de garantir l'exécution de l'accord lui-même²¹⁵, alors son anéantissement n'a, fort heureusement, pas pour effet de les remettre en cause²¹⁶, à l'instar des garanties consenties en vue de garantir l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement²¹⁷.

En outre, si un choix est laissé aux parties et notamment aux créanciers en cas d'inexécution de l'accord, il leur est plutôt recommandé de privilégier l'exécution forcée dans le cadre de laquelle ils pourront actionner toutes leurs garanties.

- 81.** Ainsi, s'il a pu être démontré que les parties ont la faculté d'exprimer librement leur volonté dans le cadre de la formalisation et de l'exécution de l'accord, il n'en demeure pas moins que leurs choix sont, dans certains cas, fortement influencés, de sorte qu'il existe, durant ces phases, une véritable instrumentalisation de leur volonté au service de la restructuration (**Section 2**).

Section 2. L'instrumentalisation de la volonté des parties à l'occasion de la formalisation et de l'exécution de l'accord amiable

- 82.** Les parties sont fortement incitées à procéder à la formalisation de leur accord amiable de par les effets qu'elle produit (§1). Dans le même sens, elles sont encouragées à faire désigner un mandataire à l'exécution de l'accord amiable, de sorte que, sous couvert de cette mission, cela permet aux organes de la procédure d'effectuer un contrôle, et ce même après la clôture de la procédure (§2).

§1. Les effets incitatifs de la formalisation de l'accord amiable

- 83.** Si pendant longtemps les parties étaient fortement incitées à procéder à l'homologation de leur accord amiable, aujourd'hui, les rapprochements entre celle-ci et la constatation sont tels qu'elles produisent toutes deux des effets de nature à inciter les parties à recourir à la conciliation (**A**). Cependant, l'accord homologué continue de produire certains effets spécifiques susceptibles d'influencer le choix des parties (**B**).

A. Le rapprochement de l'accord constaté et de l'accord homologué et leurs effets incitatifs

- 84.** Outre le fait que le conciliateur puisse, depuis peu, être nommé comme mandataire à l'exécution de l'accord²¹⁸, un rapprochement entre l'accord constaté et l'accord homologué a été opéré par l'ordonnance du 18 décembre 2008²¹⁹. Conformément à l'article L. 611-10-1 du Code de commerce, les poursuites des créanciers parties à l'accord, quelles qu'elles soient, sont suspendues. En vertu du principe de bonne foi, cette suspension semble aller de soi. En effet, un créancier partie à l'accord ne saurait, par exemple, consentir des délais pour certaines créances et dans le même temps en réclamer le paiement. Par ailleurs, en vertu de l'effet relatif des contrats, des poursuites pourront être engagées par des créanciers, parties ou non à l'accord, pour des créances non visées par ce dernier. Toutefois, le débiteur pourra solliciter des délais de paiement²²⁰, ce qui semble être indispensable à la bonne exécution de l'accord amiable. En contrepartie, le débiteur sera tenu de respecter les termes de ce dernier. En tant que telle, cette mesure n'est pas incitative²²¹, c'est sa combinaison avec les autres effets qui l'est.
- 85.** Le rapprochement le plus notoire concerne la situation des garants du débiteur. Avant 2008, l'article L. 611-10 ancien du Code de commerce précisait uniquement, s'agissant de l'accord homologué, que les cautions et les garants autonomes, personnes physiques ou personnes morales²²², bénéficiaient des mesures de ce dernier.

²¹⁵ C'est le droit commun qui s'applique ici.

²¹⁶ L. C. Henry, « Anéantissement de l'accord de conciliation par l'ouverture d'un redressement judiciaire : le sort de la caution dirigeante », *Rev. sociétés* déc. 2019, n°12, p. 779.

²¹⁷ Sur ce point, *Cf. infra* n°195.

²¹⁸ Sur ce point, *Cf. infra* n° 85.

²¹⁹ F. Marcorig-Venier, « Réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret 2009-160 du 12 février 2009 », *RTD com* juin 2009, n°2, p. 436, spéc. p. 444.

²²⁰ C. civ. art. 1343-5.

²²¹ Dès lors qu'en procédure collective, la discipline collective est de rigueur.

²²² Puisque le texte ne faisait pas la distinction.

A contrario, si l'accord était simplement constaté, ce sont les règles de droit commun qui trouvaient à s'appliquer. En outre, là où le garant autonome ne pouvait se prévaloir des mesures de l'accord, la caution, elle, était en mesure de le faire²²³, c'est ce qu'avait jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 5 mai 2004²²⁴, opérant une véritable rupture avec sa jurisprudence antérieure²²⁵.

Il est, en effet, opportun de préciser que telle n'a pas toujours été la position des hauts magistrats qui avaient pu considérer que les remises consenties par les créanciers étaient induites par le caractère impératif de la procédure leur ôtant tout caractère contractuel de sorte que les cautions ne pouvaient s'en prévaloir. Une telle solution a eu pour effet d'annihiler l'intérêt de la remise consentie dans la mesure où la caution, n'ayant pas vocation à contribuer définitivement à la dette, se retournait contre le débiteur en difficulté au titre de son recours personnel ou subrogatoire. Fort heureusement donc, cette solution n'est pas restée immuable, redonnant ainsi de l'attrait aux procédures amiables.

En 2008, le législateur a remédié au « *bug législatif* »²²⁶, en alignant les effets de l'accord constaté sur ceux de l'accord homologué et en étendant la protection aux personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie²²⁷. Désormais, que l'accord soit homologué ou constaté, toutes les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle²²⁸ seront protégées, étant précisé que ces termes désignent toutes les opérations ayant un effet de sûreté même si elles ne sont pas nommées comme telles²²⁹.

En pratique, ce sont les dirigeants sociaux qui, le plus souvent, se portent garants de l'entreprise en difficulté. Il s'agit donc d'une mesure incitative forte en faveur de la conciliation dans laquelle ils seront protégés. Le régime applicable aux sûretés est éminemment dérogoire de droit commun²³⁰, il s'agit d'une instrumentalisation des sûretés au service du traitement amiable. L'accord homologué, lui, produit des effets spécifiques d'autant plus incitatifs en théorie **(B)**.

B. Les effets incitatifs propres à l'accord homologué

- 86.** L'homologation de l'accord revêt trois avantages. Le plus notoire est celui résidant dans la protection contre les nullités de la période suspecte en cas d'ouverture d'une procédure collective. Conformément à l'article L. 631-8 du Code de commerce, en cas d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires, le tribunal a la possibilité de reporter la date de cessation des paiements du débiteur jusqu'à dix-huit mois avant le jugement d'ouverture. Toutefois, lorsque l'accord a été homologué, la date ne saurait être reportée au-delà de celle de l'homologation de l'accord²³¹, ce qui constitue une protection notable pour les créanciers au regard des nullités de la période suspecte. Il a été précisé que cet effet ne saurait être attaché à la seule ordonnance d'ouverture de la conciliation. En outre, la décision ouvrant la procédure de conciliation n'a pas, en cas d'échec, autorité de la chose jugée et n'empêche pas le report de la date de cessation des paiements²³². C'est là donc tout l'intérêt de procéder à l'homologation.

²²³ En ce sens, V° C. Leguevaques, Ph. Roussel Galle, S. Gorias, G. Bremond, H. Gendrot, P. Saigne, R. Valliot, « Le mandat *ad hoc* et la conciliation : l'efficacité renforcée ? », *LPA* sept. 2006, n°189, p.11.

²²⁴ Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873, *Bull. civ.* IV, n° 84, *Act. proc. coll.* nov. 2004, n°132, *obs.* J. Vallasan ; *Defrénois* 2004, n°8, note D. Gilibira ; *RTD civ.* 2004, p. 534, *obs.* P. Crocq, *RTD com.* 2004, p. 590, n°1, M. Marcorig-Venier ; *D.* déc. 2004, n°44, p. 3220, *obs.* A. Lienhard : considérant qu'il était déloyal pour un créancier de consentir une remise de dette au débiteur dans le cadre d'un règlement amiable tout en exigeant de sa caution le paiement intégral.

²²⁵ Cass. com., 17 novembre 1992, *Bull. civ.* IV n°355, *RTD com.* juin 1993, n°2, p. 379 *obs.* A. Martin Serf ; *D.* janv. 1993, n°4, p. 41, *obs.* D. Vidal : cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques en ce qu'il reniait l'essence même du cautionnement, à savoir son caractère accessoire.

²²⁶ P. Crocq, « L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* mars 2009, n°13, p. 1313 : vocable utilisé par l'auteur pour désigner l'oubli du législateur en 2005.

²²⁷ C. com. art. L. 611-10-2.

²²⁸ En ce compris la fiducie-sûreté qui venait de faire son apparition.

²²⁹ Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II Commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP G* fév. 2009, n° 6, *doctr.* 110 : cela concerne par exemple le porte fort d'exécution ou encore la délégation imparfaite.

²³⁰ En ce qui concerne la garantie autonome.

²³¹ Sauf cas de fraude.

²³² Cass. com., 14 mai 2002, n° 98-22.446, *Bull. civ.*, IV, n° 87, *JCP E* 2002, p. 131, note F. Vinckel ; Cass. com., 5 mai 2004, *D.* 2004, p. 1594, note A. Lienhard, *RTD com.* 2004, p. 590, F. Marcorig-Venier ; Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18.509, *LEDEN* juill. 2013, n°7, p. 2, F-X. Lucas.

87. Ensuite, tous les créanciers qui auront réalisé un apport dans ce cadre bénéficieront d'un privilège de paiement opposable *erga omnes*²³³. Il convient de préciser que si une mention fait défaut dans le jugement d'homologation, une régularisation peut être opérée²³⁴, ce qui semble être satisfaisant. Outre le fait que ce privilège semble être parfois peu efficace, il confère une protection particulièrement accrue à ses titulaires à qui aucun délai ni aucune remise ne pourront être imposés dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ultérieure que ce soit par le tribunal ou par les comités de créanciers. Cette « *sanctuarisation du privilège de conciliation* »²³⁵ par la loi permet de redonner de l'attrait à la procédure d'homologation.

Aussi, la jurisprudence entretient cette efficacité en retenant le maintien de ce privilège et ce, même en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement²³⁶. Ce sont là, semble-t-il, les véritables intérêts du privilège de *new money*²³⁷.

88. Enfin, lorsque l'accord est homologué, le débiteur bénéficie de la levée de plein droit de l'interdiction d'émettre des chèques, en vertu de l'article L. 611-10-2 al. 2. Si la formalisation de l'accord amiable produit des effets opérant une influence sur la volonté des parties, il en va de même s'agissant de l'institutionnalisation du mandataire à l'exécution de l'accord amiable (§2).

§2. L'institutionnalisation du mandataire à l'exécution de l'accord amiable

89. Initialement laissé pour compte par le législateur, la pratique a, pendant longtemps, eu recours aux clauses de rendez-vous afin d'assurer le suivi de l'exécution de l'accord. Depuis l'ordonnance de 2014²³⁸, que l'accord soit constaté ou homologué, le tribunal peut, à la demande du débiteur, désigner le conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de cet accord pendant toute la durée de celui-ci²³⁹.

L'intérêt de lui confier une telle mission est qu'en cas d'apparition de nouvelles difficultés empêchant le débiteur de respecter les termes de l'accord, le président ou le tribunal en seront immédiatement informés. Il s'agit là d'une « *nouvelle casquette légale* »²⁴⁰ du mandataire dont la mission consistera à veiller à la bonne exécution de l'accord.

Selon certains auteurs²⁴¹, il s'agit d'une judiciarisation inutile d'un outil contractuel qui fonctionnait avec efficacité. Pour d'autres, il s'agit d'une réponse à la nécessité de sécuriser l'intervention des professionnels²⁴².

Au-delà de ces considérations, il semble que l'institutionnalisation du commissaire à l'exécution de l'accord permette, avant tout, d'encadrer strictement sa rémunération au même titre que l'est celle du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur, ce qui n'était pas le cas auparavant. Aussi, il semble que les créanciers aient plutôt intérêt à ce qu'il en soit désigné un car si ce dernier ne dispose que d'une mission de surveillance, sa présence peut être de nature à opérer une certaine pression sur le débiteur qui ne sera pas tenté de ne pas respecter les termes de l'accord, et permettra d'être informé en temps réel de ses difficultés, ce qui intéressent nécessairement les créanciers.

²³³ Sur les conditions de l'apport, Cf. *supra* n°51.

²³⁴ CA Rennes, 1^{er} déc. 2015, n°14/01667, LEDEN fév. 2016, n°2, p.1, F-X. Lucas.

²³⁵ P. Pétel, « Les dispositions relatives aux entreprises en difficulté de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. A propos de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *JCP G* 2016, p. 1341.

²³⁶ CA Paris, 7 oct. 2017, n°16/200078.

²³⁷ Sur ce point, V° *supra* n° 52.

²³⁸ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

²³⁹ Etant précisé que les modalités de rémunérations sont les mêmes que pour celles du mandataire *ad hoc* et du conciliateur.

²⁴⁰ P-M. Le Corre, « L'ordonnance n° 2014-326 et la prévention », *Gaz. pal. avr.* 2014, n° 98.

²⁴¹ En ce sens, V° M. Menjucq, « Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté. Table Ronde », *Rev. proc. coll.* mai 2014, n° 3, entretien 2.

²⁴² G. Couturier, « Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté. Table Ronde », *art. cit.* : expliquant que les administrateurs ne sont couverts par leur assurance responsabilité professionnelle que pour les missions déterminées par la loi.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

90. A ce jour, le recours aux procédures amiables demeure toujours en retrait par rapport aux procédures judiciaires, ce qui risque de s'intensifier avec le contexte sanitaire actuel même si le Gouvernement les a adaptées par l'ordonnance du 27 mars 2020²⁴³. Sans doute, les mentalités ont grand mal à évoluer. Les débiteurs, malgré certaines difficultés, persistent toujours à croire en un lendemain meilleur sans solliciter aucune mesure de restructuration, croyance erronée qui les conduit, bien souvent, à des situations catastrophiques.

Aussi, bon nombre de chefs d'entreprise ne sont pas suffisamment sensibilisés à la gestion d'une entreprise. Depuis quelques années, le législateur tend à favoriser la création d'entreprises en la simplifiant, la loi Pacte constituant la dernière illustration en la matière. Absence de capital minimum, dématérialisation des démarches, faible coût de constitution, tous ces facteurs qui résultent de décisions purement politiques tendent à inciter à la création d'entreprise. Toutefois, la gestion d'une telle entité requiert certaines aptitudes dont les chefs d'entreprise ne disposent pas toujours. Un accompagnement par des professionnels assermentés s'impose donc mais, parce qu'il représente un coût²⁴⁴, notamment, pour les TPE/PME, il n'est pas systématique. Est-ce le rôle de la loi de sensibiliser les futurs dirigeants, entrepreneurs, associés ? Il ne semble pas. Toutefois, certains dispositifs qui existaient auparavant étaient de nature à rendre moins accessible la création d'entreprise de sorte que les personnes les moins aguerries renonçaient plus facilement. En cela, il est regrettable que les seuils de l'audit légal obligatoire aient été augmentés dès lors que les commissaires aux comptes jouent un rôle important en matière de prévention et d'anticipation des difficultés.

91. Peut-être alors sera-t-il possible de compter sur la transposition de la directive (UE) du 20 juin 2019²⁴⁵ pour simplifier le droit français des entreprises en difficulté, ô combien évolué en comparaison à d'autres pays, et pour placer le traitement amiable, et plus spécifiquement la conciliation, au cœur du processus de restructuration²⁴⁶. Cette directive impose à chacun des Etats de prévoir une procédure se trouvant en dehors de l'insolvabilité, qui doit être ouverte en l'absence de cessation des paiements, qui doit entraîner la suspension des poursuites, permettre la tenue de négociations informelles avec les créanciers et faciliter l'adoption des plans de restructuration. Si cette description évoque, de prime abord, la procédure de sauvegarde, il semble que c'est vers la conciliation qu'il faille se tourner. A ce titre, un auteur préconise de supprimer le distinguo existant entre la sauvegarde et le redressement judiciaire, fortement critiqué aujourd'hui car contribuant à l'illisibilité du droit. Ce dernier prêche pour un aménagement significatif de la procédure de conciliation et la création d'une seule et unique procédure collective dite de « *sauvetage judiciaire* »²⁴⁷. Il reste qu'en matière amiable, la transposition de la directive n'opèrera pas une grande révolution en matière de prévention dès lors que le droit français des entreprises en difficulté répond globalement aux exigences posées par cette dernière²⁴⁸. A ce titre, il convient de souligner que la France est, il faut le dire, « *championne de la prévention* »²⁴⁹.

92. Pour en revenir au droit positif, contrairement aux apparences, les procédures amiables, bien qu'elles soient, en vertu de leur nature contractuelle, propices à l'expression de la volonté, ont un caractère impératif face auquel la volonté ne saurait s'imposer. A contrario, les procédures judiciaires, célèbres pour leur rigidité et leur régime défavorable, laissent place, dans une certaine mesure, à l'expression de la volonté qui joue un rôle significatif (**Partie 2**).

²⁴³ 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.

²⁴⁴ L'économie de ce coût est attractive dans une perspective de court terme. Toutefois, à long terme, une mauvaise gestion peut conduire l'entreprise à périliter de sorte que cette économie peut, dans certains cas, se révéler être contre-productive et exempte d'intérêt.

²⁴⁵ Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 dite « Restructuration et insolvabilité ».

²⁴⁶ Davantage que ce qu'elle ne l'est déjà. Pour rappel, la procédure de conciliation peut être ouverte en l'absence ou en présence d'une cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours et elle est un préalable obligatoire à l'ouverture d'une procédure collective agricole, d'une procédure semi-collective, ou encore d'une procédure de surendettement.

²⁴⁷ P-M. Le Corre, « La conciliation homologable, outil pour la directive « Restructurations ? », *Gaz. pal.* oct. 2019, n° 35, p. 41.

²⁴⁸ O. Buisine et V. Rousseau, « Directive (UE) 2019/1023 - 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, n° 2, étude 10.

²⁴⁹ F. Pérochon, E. Delzant, M. Boché-Robinet et D. Caramalli, « Améliorer les restructurations d'entreprises : approche comparée des droits et meilleures pratiques en France et en Allemagne », *BJE* juill. 2019, n°4, p.55.

Partie Deux : Le rôle de la volonté dans le traitement judiciaire des difficultés

94. **Propos liminaires.** Le traitement judiciaire des difficultés renvoie, en droit positif, aux procédures imposant une véritable discipline collective aux créanciers. Elles ont vocation à se substituer aux procédures d'exécution individuelles dans le but de mettre en place un traitement collectif des difficultés d'un débiteur ainsi qu'un règlement collectif de tous ses créanciers²⁵⁰.
95. Le droit des procédures collectives, à l'origine, était un droit sanctionnateur et infamant pour le débiteur ainsi que pour son dirigeant²⁵¹. La finalité originelle de telles procédures était le règlement des créanciers, bien que cet objectif n'ait pas été atteint²⁵². En bref, ce droit était inadapté au redressement de l'entreprise. Toutefois, au fil des réformes, un changement de paradigme a été opéré. Déjà en 1985, préoccupé par le devenir des entreprises plus que par le règlement des créanciers et par la culpabilité du dirigeant, le législateur a placé la sauvegarde de l'entreprise en première ligne des objectifs à atteindre.
96. Afin d'y parvenir, il a procédé à la refonte de deux procédures déjà existantes en sacrifiant notamment les créanciers « sur l'autel du redressement »²⁵³. Ces procédures sont le redressement judiciaire²⁵⁴ régi par les articles L. 631-1 et suivants du Code de commerce ainsi que la liquidation judiciaire²⁵⁵ réglementée par les articles L. 640-1 et suivants de ce même Code. Elles ont pour point commun de bénéficier à un débiteur dont les difficultés se traduisent par une insuffisance de trésorerie. Toutefois, là où la première suppose que ce dernier soit en mesure de poursuivre son activité, la deuxième, elle, est destinée à mettre fin à son exploitation²⁵⁶ lorsque la situation semble irrémédiablement compromise et qu'aucune perspective de redressement ne soit envisageable.
97. Les réformes entreprises avant 2005 se sont soldées par un échec. Bien qu'animé par une intention libérale, le législateur n'a pas su inciter le débiteur à anticiper ses difficultés dans le cadre des procédures collectives. En outre, la révélation trop tardive de celles-ci par les dirigeants a causé la perte de nombreuses entreprises.
98. Afin de remédier à cela, une procédure de sauvegarde a été introduite en 2005, opérant une véritable révolution en la matière. Elle a pour objet le traitement collectif des difficultés qu'un débiteur n'est pas en mesure de surmonter sans pour autant être en cessation des paiements²⁵⁷.
99. Qualifiée par la majeure partie de la doctrine de « *redressement anticipé* »²⁵⁸, la sauvegarde constitue une procédure plus avantageuse pour le débiteur en difficulté propice à l'expression de sa volonté. Elle contribue au rééquilibrage du pouvoir des acteurs des procédures collectives en ce qu'elle confère un rôle accru au débiteur ainsi qu'aux créanciers²⁵⁹ marquant alors leur « *come back* »²⁶⁰ et amorçant le processus de contractualisation des plans²⁶¹.

²⁵⁰ A l'exclusion de la sauvegarde.

²⁵¹ Cela est toujours vrai aujourd'hui, mais la présomption a été renversée de sorte que ce droit est sanctionnateur par exception.

²⁵² Sur ce point, V° C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 34, n° 37.

²⁵³ En ce sens, V° M.-J. Campana, « La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire », *LPA* avr. 1994, n°47 ; M. Cabrillac et Ph. Pétel, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G* fév. 1997 ; T. Dorleac, « Le banquier et la nouvelle loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », *LPA* sept. 2006, n° 190, p. 7 : à propos de la loi de 1985 ; S. Gorias, « Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi dite de sauvegarde », *LPA* fév. 2006, n°35, p. 96 ; Ph. Roussel Galle, « Les entreprises en difficulté : terre de conflits », *Gaz. pal.* juin 2008, n°178, p. 60 ; P.-M. Le Corre, « *Droit et pratique des procédures collectives* », op. cit., p. 32, n° 042.511 : l'auteur énumère la perte de tous les avantages bénéficiant aux créanciers jusqu'en 1985.

²⁵⁴ Nomenclature identique à celle qui lui était attribuée sous l'empire des textes anciens.

²⁵⁵ Qui correspond à la procédure de liquidation de biens sous l'empire des textes anciens.

²⁵⁶ Soit de manière immédiate, soit de manière différée si une cession totale ou partielle est envisageable.

²⁵⁷ Cette procédure n'est pas si novatrice que cela puisque par la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, le législateur avait introduit une procédure de suspension, supprimée en 1985.

²⁵⁸ V° notamment P.-M. Le Corre et T. Montéran, « Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : présentation », *Gaz. pal.* sept. 2005, n° 244, p.2 ; J.-P. Legros, « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Dr. sociétés* oct. 2005, n°10, étude 9 ; P. Morvan, « Redressement et liquidation judiciaires – Des paiements effectués pendant la période suspecte », *JCP S* sept. 2005, n°14, p. 1212 ; Y. Chaput, « Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives », art. cit.

²⁵⁹ Leur rôle a connu un enrichissement au fil des différentes réformes postérieures.

²⁶⁰ M. Béhar-Touchais, « Les plans de sauvegarde et de continuation », *Rev. proc. coll.* déc. 2005, n°4, p. 363, spéc. p. 364.

²⁶¹ M.-L. Coquelet, « Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? », *Rev. proc. coll.* mai 2012, n°3, doss. 15.

Depuis 2005, peuvent bénéficier d'une procédure collective²⁶² toutes les personnes physiques, quelle que soit leur activité, en ce compris les professionnels libéraux soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que toutes les personnes morales de droit privé.

L'avènement de la procédure de sauvegarde²⁶³ a malmené le critère de la cessation des paiements qui, naguère, constituait la frontière entre procédures amiables et procédures collectives. La cessation des paiements correspond à l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible²⁶⁴. Si à ce jour elle n'est plus le critère de prédilection, son ancienneté sera néanmoins déterminante quant au choix de la procédure.

100. Une fois l'ouverture de cette dernière prononcée par le tribunal, commence à courir une période d'observation²⁶⁵ dont la durée est de six mois sans pouvoir excéder dix-huit mois²⁶⁶. Cette phase, plus souple en sauvegarde qu'en redressement judiciaire, permet de dresser un état des lieux de la situation du débiteur, de déterminer si son activité lui permettra de faire face à ses charges d'exploitation et d'envisager les solutions pour l'avenir, ce qui passe, notamment, par l'élaboration d'un plan de continuation ou de cession.

101. Véritable contrat judiciaire, l'élaboration du plan mobilise les parties. En principe, les mesures qu'il intègre sont consenties par les partenaires de leur plein gré au profit du débiteur, bien que certains dispositifs existent pour les y contraindre. Toutefois, l'arsenal législatif dont dispose le tribunal à cette fin est mince. C'est l'une des raisons pour lesquelles la volonté parvient à faire sa place au sein des procédures collectives.

102. Au fil des réformes, le législateur a entrepris une déjudiciarisation ainsi qu'une contractualisation du droit des entreprises en difficulté et en particulier des procédures collectives. L'intérêt consiste donc à démontrer que la nature judiciaire de ces dernières ainsi que le caractère impératif de la matière ne constituent pas un frein à l'expression de la volonté. Néanmoins, si les parties peuvent l'exprimer, il n'en demeure pas moins qu'elle est, à bien des égards, influencée voire imposée, ce qui permettra, encore une fois, de mettre en exergue l'apparition d'un nouveau concept de la volonté, non appréhendé par le droit.

103. La présente étude se limitera à l'analyse des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire dès lors que la volonté des parties et notamment celle du débiteur²⁶⁷ ne joue un rôle que très marginal au sein de la procédure de liquidation judiciaire. Aussi, dans un souci de synthèse, seront évincées les différentes procédures de rétablissement personnel ou professionnel²⁶⁸.

104. Si la volonté a un rôle prépondérant dans la phase d'élaboration et d'adoption du plan (**Chapitre 1**), il en va de même lors de l'arrêté et de l'exécution de ce dernier (**Chapitre 2**).

²⁶² C. com art. L. 620-2, L. 631-2, L. 640-2.

²⁶³ Ainsi que la rénovation de la procédure de conciliation.

²⁶⁴ C. com. art. L. 631-1 : il s'agit d'une notion juridique et non comptable dans la mesure où les seuls éléments comptables ne permettent pas déterminer la présence ou l'absence de la cessation des paiements.

²⁶⁵ Sauf pour la procédure de liquidation judiciaire qui lorsqu'elle est sollicitée est prononcée soit immédiatement soit après la poursuite provisoire de l'activité lorsqu'une cession est envisageable.

²⁶⁶ Ce délai est prorogé d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire, Ord. n° 2020-341 du 27 mars 2020 art. 2 II 1°

²⁶⁷ Par principe, le débiteur est dessaisi de tous ses droits, toutefois, il conserve certains droits propres, sur ce point V° notamment S. Le Normand, « Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes », *JCP E* mai 2012, n°22, p. 1337 ; J. Théron, « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll. janv.* 2013, n°1, doss. 3.

²⁶⁸ Sur ce point V°. notamment C. Saint-Alary-Houin, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 927, n°1410.

Chapitre 1. L'élaboration et l'adoption du plan

105. Les parties, à l'occasion de l'élaboration et de l'adoption du plan, jouent un rôle actif, de sorte que, en principe, ce dernier reflète leur volonté (**Section 1**). Toutefois, objet d'une instrumentalisation au service de la restructuration, cette dernière se trouve, parfois, être orientée voire imposée durant cette phase (**Section 2**).

Section 1. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de l'élaboration et de l'adoption du plan

106. La manifestation croissante de la volonté dans le cadre des procédures collectives résulte de la contractualisation de ces dernières (§1). Cependant, confrontée à l'objectif de restructuration, la volonté des parties est mise à rude épreuve (§2).

§1. La manifestation croissante de la volonté initiée par la contractualisation des procédures collectives

107. Au fil des différentes réformes, les parties se sont vues offrir la possibilité d'exprimer leur volonté à l'occasion de l'ouverture de la procédure (**A**), ainsi que lors de l'aménagement de celle-ci (**B**).

A. L'expression de la volonté à l'occasion de l'ouverture de la procédure

108. Là où le redressement judiciaire est une procédure curative, la sauvegarde, elle, est une procédure préventive. En outre, l'ouverture de la première constitue une véritable obligation quand celle de la deuxième est un droit. Il incombe, en effet, au débiteur en difficulté de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements²⁶⁹, sauf s'il a demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation²⁷⁰. A défaut, il encourt une sanction de nature commerciale résidant dans l'interdiction de gérer²⁷¹. Il conviendra, toutefois, de caractériser l'intention frauduleuse du débiteur de taire cet état de cessation des paiements²⁷². L'impérativité de cette disposition se trouve être renforcée par les différentes sanctions encourues par le représentant du débiteur en difficulté²⁷³, ce qui peut, potentiellement, opérer une influence sur sa volonté. En dépit de la négligence du débiteur, le tribunal peut également être saisi par le ministère public ou par un créancier, et ce quelle que soit la nature de sa créance. Il s'agit d'une première illustration de l'association des créanciers au processus de restructuration. Une fois demandée, l'ouverture de la procédure est prononcée par jugement rendu par le tribunal. Le jugement d'ouverture aura, notamment, pour objet de fixer la date de cessation des paiements puis fera l'objet d'une publicité au BODACC.

109. Si l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est donc susceptible d'être imposée au débiteur en difficulté, l'ouverture de la procédure de sauvegarde, elle, relève de sa seule initiative. A l'instar des procédures amiables, la sauvegarde est une procédure purement volontariste. Ce monopole du débiteur en la matière a été renforcé par le célèbre arrêt *Cœur de défense* rendu par la chambre commerciale²⁷⁴. Par cette décision, elle a retenu que seules les conditions d'ouverture de la sauvegarde, que sont l'absence de cessation des paiements et la présence de difficultés insurmontables²⁷⁵, suffisent à justifier son ouverture. En outre, sauf cas de fraude²⁷⁶, l'opportunité de cette demande ne saurait être recherchée.

²⁶⁹ Ce délai est prorogé de trois mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire, Ord. n° 2020-431 du 27 mars 2020, art. 1.

²⁷⁰ C. com. art. L. 631-4.

²⁷¹ Avant la réforme opérée en 1985, la sanction résidait dans le prononcé de la faillite personnelle du dirigeant. La différence fondamentale avec l'interdiction de gérer est que là où la faillite personnelle permettait aux créanciers de se faire payer sur le patrimoine du dirigeant, l'interdiction de gérer, elle, ne le permet pas.

²⁷² Cet élément intentionnel est un ajout issu de la loi « Macron » n° 2015-990 du 6 août 2015 qui permet de restreindre le champ d'application de la sanction.

²⁷³ C. com. art. L. 651-1 s.

²⁷⁴ Cass. com., 8 mars 2011, n°10-13.988 (FS-P-B-R-I), *LEDEN* avr. 2011, n°4, p. 1, S. Gorias et C. Thenevot ; *LPA* mars 2011, n°5, p. 6, G. Teboul ; *Gaz. pal. avr.* 2011, n°92, p. 7, F. Reille ; *Gaz. pal.* mars 2011, n°83, p. 27, C. Berlaud ; *Rev. sociétés* juill. 2011, n°7-8, p. 404, B. Grelon ; *D.* mars 2011, p. 919, P.-M. Le Corre ; *RTD com.* août 2011, p. 420, J.-L. Vallens.

²⁷⁵ Etant précisé qu'en 2008, le législateur a supprimé le lien de causalité entre la difficulté et l'imminence de la cessation des paiements ce qui a permis d'élargir le champ d'application de la sauvegarde.

²⁷⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 8, 12 sept. 2017, n° 17/08723, *Rev. proc. coll.* janv. 2018, n°1, comm. 21, B. Saintourens.

110. Selon la qualité du débiteur, la demande sera adressée au tribunal judiciaire ou au tribunal de commerce²⁷⁷, étant précisé que depuis 2015²⁷⁸, des juridictions spécialisées ont vu le jour et sont exclusivement compétentes pour les procédures collectives importantes²⁷⁹.

Si depuis quelques années il est admis en sauvegarde que le débiteur puisse proposer au tribunal le nom d'un professionnel²⁸⁰, il s'agit d'une nouveauté récemment introduite par la loi Pacte²⁸¹ en matière de redressement judiciaire. Cela marque d'une part, la volonté du législateur d'atténuer le caractère discriminatoire du droit des entreprises en difficulté en faveur de la sauvegarde²⁸², et d'autre part, le rapprochement entre le traitement amiable et le traitement judiciaire des difficultés. L'instauration d'une logique contractuelle au sein d'une procédure initialement impérative témoigne de la volonté du législateur de libéraliser le droit des procédures collectives.

111. Si les parties peuvent, avec une intensité variable, exprimer leur volonté à l'occasion de l'ouverture de la procédure, il en va de même lors de son aménagement (B).

B. L'expression de la volonté à l'occasion de l'aménagement de la procédure

112. Depuis 1985, le législateur s'évertue à impliquer les créanciers dans l'élaboration et l'adoption du plan entraînant la création de différents modes de répartition de ceux-ci. Initialement réunis au sein d'assemblées concordataires²⁸³, les créanciers ont pris part à l'élaboration du plan de manière individuelle, chacun pouvant alors, dans une certaine mesure, exprimer sa volonté²⁸⁴.

113. Inspirés du droit Nord-Américain, les comités de créanciers ont fait leur entrée en droit français lors de la réforme opérée en 2005. Véritablement élitistes²⁸⁵, certains en sont exclus, c'est notamment le cas des créanciers publics. La loi a institué deux comités de créanciers²⁸⁶ que sont celui des établissements de crédit²⁸⁷ et celui des principaux fournisseurs. À côté de ceux-ci, existe l'AGUO²⁸⁸. Comparable à un véritable comité²⁸⁹, elle réunit l'ensemble des obligataires du débiteur lorsqu'ils existent en une assemblée unique et mondiale.

114. La constitution des comités est obligatoire lorsque d'une part, les comptes du débiteur sont établis par un expert-comptable ou certifiés par un commissaire aux comptes, et d'autre part, lorsque le débiteur emploie plus de cent-cinquante salariés ou réalise un chiffre d'affaires supérieur à vingt millions d'euros. Le niveau élevé des seuils combiné à l'augmentation des seuils de l'audit légal obligatoire par la loi Pacte²⁹⁰ entraînent un recul des procédures avec constitution obligatoire de comités, ce qui est fort regrettable.

Lorsqu'elle s'impose, toutefois, les établissements de crédit et assimilés et les fournisseurs dont les créances représentent plus de 3% du montant total des créances fournisseurs sont membres de droit. Autrement dit, ils n'ont d'autre choix que d'y prendre part²⁹¹ et le débiteur est contraint de respecter cette répartition. Les autres fournisseurs, eux, sont libres d'en

²⁷⁷ Sur la compétence matérielle, V° art. L. 621-2 du Code de commerce, sur la compétence territoriale V° art. 42 s. du Code de procédure civile et R. 600-1 du Code de commerce.

²⁷⁸ Loi 2015-990 du 6 août 2015 dite « loi Macron ».

²⁷⁹ C'est-à-dire celles qui concernent des débiteurs qui emploient plus de 150 salariés, l'objectif étant que les juridictions qui traitent de telles procédures soient habituées à la technicité du droit des entreprises en difficulté.

²⁸⁰ Il s'agit de l'administrateur et/ou du mandataire judiciaire.

²⁸¹ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

²⁸² Il s'agit d'un retour en arrière puisque jusqu'à présent, le législateur avait tout mis en œuvre pour inciter le débiteur à recourir à la sauvegarde.

²⁸³ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

²⁸⁴ Sur l'objet de la consultation, Cf. *infra* n° 119 et 120.

²⁸⁵ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 397, n° 911.

²⁸⁶ C. com. art. L. 626-9.

²⁸⁷ En font les établissements de crédit et assimilés ainsi que tous les titulaires d'une créance acquise auprès d'un établissement de crédit ou d'un fournisseur par le mécanisme d'une cession Dailly par exemple.

²⁸⁸ Assemblée générale unique des obligataires.

²⁸⁹ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 401, n° 919.

²⁹⁰ Sur ce point, V° J.-M. Moulin, « La réforme du commissariat aux comptes par les lois Pactes et Soilihi », *Gaz. pal.* sept. 2019, n°32, p. 63.

²⁹¹ G. Jazottes, « La situation générale des créanciers dans la préparation du plan », *Rev. proc. coll.* mai 2015, n°3, doss. 38.

être membres ou non, étant précisé qu'en pratique, ils y renoncent souvent dès lors qu'il n'est pas avantageux pour un créancier minoritaire de prendre part aux comités²⁹².

115.La consultation individuelle demeurant la procédure de droit commun, elle reste applicable à tous les autres créanciers non concernés. Toutefois, le débiteur²⁹³ peut décider, de procéder à la constitution de comités, et ce même dans les procédures où elle ne s'impose pas²⁹⁴. D'ailleurs, il est possible d'imaginer qu'un seul comité soit constitué, ce qui procède d'une véritable liberté résultant de la contractualisation de la procédure.

116.L'avantage de recourir aux procédures avec comités est que le débiteur aura toute la latitude d'adapter le plan aux véritables besoins de l'entreprise. En l'absence des comités, le plan ne saurait excéder une certaine durée²⁹⁵, le versement du premier dividende doit nécessairement intervenir dans un délai d'un an à compter de son homologation²⁹⁶ et il doit respecter une certaine progressivité²⁹⁷. Non soumis à toutes ces exigences dans le cadre des procédures avec comités²⁹⁸, le plan est fait sur-mesure.

Fortement critiqués quant à leurs critères de répartition²⁹⁹ qui sont à l'origine de blocages, les comités de créanciers seront à l'avenir remplacés par les classes de créanciers³⁰⁰, et ce sous l'influence du droit européen³⁰¹.

117.Ainsi, si la contractualisation des procédures collectives est propice à l'expression de la volonté, cette dernière, confrontée à l'objectif de restructuration, semble être mise à rude épreuve (§2).

§2. La volonté à l'épreuve de l'objectif de restructuration

118.L'association des créanciers au processus de restructuration commence dès l'adoption du plan qui fait l'objet d'une négociation entre les parties. En outre, si cette phase est propice à l'expression de la volonté, certaines limites sont à souligner (A). Toutefois, l'espoir que soit un jour redonnée de la vigueur à la volonté ne semble pas être une utopie dès lors qu'interviendra d'ici peu un renforcement de celle-ci (B).

A. L'expression de la volonté et ses limites à l'occasion de l'adoption négociée³⁰² du plan

119.Deux modes de consultation des créanciers coexistent en droit positif. Il est donc opportun d'analyser l'impact de la volonté au sein de chacun d'entre eux (2) après avoir évoqué le renforcement des prérogatives des créanciers par la mise à bas du monopole du débiteur en matière de proposition de plan (1).

1. La fin du monopole du débiteur en matière de proposition de plan

120.Une fois la procédure collective ouverte, la période d'observation va permettre à l'administrateur de dresser, dans un premier temps, un bilan économique et social. Selon le type de procédure, un projet de plan sera ensuite établi par ce dernier³⁰³ ou par le débiteur avec son concours³⁰⁴. Les propositions sont ensuite être adressées à tous les créanciers antérieurs ainsi qu'aux créanciers postérieurs dont la créance n'est pas née pour les besoins de la procédure³⁰⁵.

²⁹² Sur ce point, Cf. *infra* n°120.

²⁹³ Ou l'administrateur judiciaire en redressement judiciaire.

²⁹⁴ Il convient de préciser que les créanciers sont libres d'accepter ou de refuser.

²⁹⁵ C. com. art. L. 626-12 : dix ans en droit commun et quinze ans en matière agricole et ce y compris pour les personnes morales depuis la loi Pacte. Conformément à l'art. 1 de l'ordonnance 2020-341 du 27 mars 2020, le plan pourra, sous certaines conditions, être prorogé d'un an.

²⁹⁶ C. com. art. L. 626-18.

²⁹⁷ C. com. art. L. 626-18 : 5% à compter de la troisième année.

²⁹⁸ C. com. art. L. 626-30-2 al. 2.

²⁹⁹ Les créanciers sont répartis en fonction de leur qualité et non en fonction de la nature de leurs créances, ceci favorisant les conflits d'intérêt au sein d'un même comité.

³⁰⁰ Art. 196 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

³⁰¹ Sur ce point Cf. *infra* n° 124.

³⁰² F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 394, n°904.

³⁰³ Dans le cadre du redressement judiciaire.

³⁰⁴ Dans le cadre de la sauvegarde

³⁰⁵ Etant précisé que seules les créances qui auront été préalablement déclarées et qui seront impactées par le plan seront concernées.

121. En 2008, les créanciers membres des comités se sont vus reconnaître la possibilité de soumettre des propositions en vue d'élaborer le plan³⁰⁶, il s'agissait là du premier renforcement de leurs droits. Cependant, les propositions étaient transmises au débiteur sur décision de l'administrateur judiciaire, ce qui en limitait fortement la portée.

Par l'ordonnance de 2014, il est permis à ces mêmes créanciers d'élaborer un projet de plan alternatif³⁰⁷ et de le soumettre au vote des comités et de l'AGUO. S'il est adopté, il sera susceptible d'être arrêté par le tribunal dans le cas où il satisfera à plusieurs exigences³⁰⁸.

Il s'agit là d'une véritable avancée en matière de droit des procédures collectives en ce qu'elle fait des créanciers des acteurs directs de celles-ci. Paradoxalement, si le débiteur est le seul à pouvoir initier une procédure de sauvegarde, il perd, dans ce cadre, le monopole de la détermination de la solution de sauvetage³⁰⁹, ce qui est susceptible de l'en détourner³¹⁰. Inévitablement, cette nouvelle prérogative opère une influence sur le débiteur qui, s'il souhaite que son plan soit adopté, doit revoir à la hausse la prise en considération de l'intérêt de ses créanciers.

Il convient également de souligner qu'en redressement judiciaire, les créanciers disposeront de plus de droits que le débiteur en matière d'élaboration de plan. Opérant un rééquilibrage des prérogatives en faveur des créanciers, cette ordonnance introduit une véritable disparité entre les procédures de droit commun et celles avec comités.

122. Les créanciers disposent donc, au demeurant, d'un rôle déterminant dans l'élaboration ce qui se vérifie, avec quelques tempéraments, lors de son adoption dans le cadre des processus de consultation (2).

2. *L'impact de la volonté au sein des processus de consultation*

123. La consultation individuelle. La consultation, organisée par le mandataire judiciaire, est obligatoire à peine de nullité du plan. La loi impose un formalisme strict³¹¹ dont le non-respect a pour conséquence de ne pas faire courir le délai de réponse³¹². La consultation porte, en principe, sur des délais de paiement, des remises de dettes ou encore des conversions de créances en capital³¹³. Une fois la proposition adressée en bonne et due forme, les créanciers disposent, en principe, d'un délai de trente jours pour se positionner.

Trois cas de figure sont à envisager. Soit ils acceptent, dans ce cas, leur volonté est respectée, étant précisé que la décision d'un créancier n'engage que lui³¹⁴. Soit ils refusent, auquel cas des délais uniformes de paiement seront susceptibles de leur être imposés par le tribunal³¹⁵, une atteinte à leur volonté étant perpétrée. Soit ils ne répondent pas, dans ce cas, le silence vaudra, en principe, acceptation s'agissant des délais de paiement et refus pour les remises de dettes.

En pratique, des « plans à options » sont adressés aux créanciers qui mentionnent, bien souvent, l'option retenue en cas de silence, de sorte que même des remises pourront leur être imposées. Toutefois, la clause du projet de plan le prévoyant devra être expresse, celle-ci étant soumise à l'appréciation souveraine des juges³¹⁶.

³⁰⁶ C. com. art. L. 626-30-2.

³⁰⁷ C. com. art. L. 626-30-2.

³⁰⁸ Sur ce point, Cf. *infra* n° 162 et 166.

³⁰⁹ F. Reille et F. Legrand, « Le sort des créanciers. Plus de droits et une meilleure sécurité juridique », *CDE* janv. 2015, n°5, doss. 5.

³¹⁰ M-H. Monsérié Bon, « La situation des associés après l'ordonnances du 12 mars 2014 », *BJE* mai 2014, n°3, p. 180, F. Pérochon, « L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers tenus de déclarer », *BJE* mai 2014, n°3, p. 133.

³¹¹ C. com. art. R. 626-7.

³¹² Cass. com., 14 nov. 2019, n°18-20.408 (FS-P+B+I), *Gaz. pal. nov.* 2019, p. 41, p. 36, C. Berlaud ; *Dalloz actualité* 5 déc. 2019, obs. X. Delpech ; *Act. proc. coll.* janv. 2020, n°2, repère 1, G. Jazottes ; *LEDEN* janv. 2020, n°1, p. 4, K. Lafaurie ; *JCP E* fév. 2020, n°6, p. 1047, S. Zinti ; *Dr. sociétés* mars 2020, n°3, comm. 42, J-P. Legros.

³¹³ C. com. art. L. 626-5.

³¹⁴ En effet, les créanciers ne sont pas liés entre eux, de sorte que la volonté de chacun a réellement un impact.

³¹⁵ C. com. art. L. 626-18 sauf pour les salariés et les créanciers titulaires d'un privilège de conciliation qui sont payés hors plan. A contrario, aucune remise ne pourra leur être imposée, en cela la volonté joue partiellement un rôle.

³¹⁶ Pour une illustration d'une décision retenant l'ambiguïté de la clause, Cass. com., 15 déc. 2015, n°14-20.588, *Gaz. pal. avr.* 2016, n°14, p. 64, C. Lebel ; *BJE* mars 2016, n°2, p. 95, H. Poujade.

En outre, l' « *acceptation forcée des propositions...*, à seule fin d'alléger de manière indirecte le passif de l'entreprise et permettre à celle-ci de poursuivre son activité plus facilement »³¹⁷, a pour effet de rendre la consultation inutile dès lors que la volonté des créanciers n'est prise en compte que lorsqu'elle est conforme à l'objectif de restructuration.

124. La consultation des comités. Dans les six mois à compter du jugement d'ouverture, les comités de créanciers doivent se prononcer sur la totalité des mesures du plan³¹⁸. En application du principe « *pas d'intérêt, pas de vote* »³¹⁹, seuls les créanciers dont la créance est affectée par le plan y prennent part³²⁰. Chaque comité se prononce à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote, ce qui signifie que l'abstentionnisme³²¹, fort heureusement³²², ne produit aucun effet. Lorsque le plan est adopté par les comités, l'AGUO se prononce à son tour dans les mêmes conditions³²³. Un tel processus, s'il permet d'associer les créanciers à la restructuration du débiteur, semble critiquable à plusieurs égards.

Tout d'abord, le choix du législateur en faveur d'un vote à la majorité des deux tiers n'est pas anodin. Renforcée par la prise en considération des situations de subordination ayant pour effet de réduire le poids politique des créanciers minoritaires³²⁴, cette règle de la majorité permet aux majoritaires de leur imposer des mesures contre leur gré³²⁵. Bien que conforme à la finalité de la loi, ce mécanisme de « *cram-down intracomité* »³²⁶ aboutit à l'expropriation, pour cause d'utilité privée, du créancier minoritaire et favorise les abus de majorité³²⁷.

De toute évidence, cette prééminence de la volonté des majoritaires semble être renforcée par la limitation des voies de recours contre le plan³²⁸. Comme l'ont illustré les affaires *Thomson-Technicolor*³²⁹ et *CGG*³³⁰, il ne peut en tant que tel être contesté, seules ses conditions d'adoption peuvent l'être³³¹. Préoccupée par la sauvegarde de l'entreprise, la chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé avec pragmatisme que l'irrégularité ayant affecté les modalités du vote de certains obligataires ne saurait entraîner la nullité du plan dès lors qu'elles n'ont eu « *aucune influence sur le résultat du vote* »³³². Une telle solution doit être saluée en ce qu'elle fait échec aux recours dilatoires.

Enfin, la composition des comités de créanciers et de l'AGUO pose véritablement problème. En effet, des divergences d'intérêts sont perceptibles au sein de ceux-ci³³³ au point qu'elles peuvent conduire à des blocages. Courants au sein de l'assemblée, elle réunit des obligataires dont les intérêts sont antagonistes tels des porteurs d'obligations bénéficiant de garanties et d'autres de titres super-subordonnés³³⁴. Or, lorsque les juniors disposent d'une minorité de blocage suffisante pour faire échec au plan, le passage à la consultation individuelle s'impose dès lors qu'aucun mécanisme de forçage

³¹⁷ F. Derrida, P. Gode, J-P. Sortais, avec la collaboration de A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, 3^e éd., 1991.

³¹⁸ Dans la procédure de consultation de droit commun, les créanciers ne se prononcent que sur le règlement des dettes. Les comités participent donc au processus de contractualisation du plan.

³¹⁹ P-M. Le Corre, « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.* avr. 2010, n°14, p. 839.

³²⁰ Principe d'origine prétorienne Cass. com., 21 février 2012, n°11-11.693, Affaire Thomson-Technicolor, *BJE* mars 2012, n°2, p. 78, R. Dammann et G. Poder ; *BJS* mai 2012, n°5, p. 426, N. Borga, consacré par le législateur C. com. art. L. 626-30-2.

³²¹ Qui est une forme de volonté.

³²² La finalité de la loi étant la sauvegarde de l'entreprise, la prise en compte de l'abstentionnisme aurait un effet contreproductif puisque susceptible de faire échec à l'adoption du plan.

³²³ C. com. art. L. 626-31 : elle ne peut qu'adopter ou rejeter le plan mais pas en modifier la teneur.

³²⁴ F-X. Lucas, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.*, mars 2013, art. 19, p. 73.

³²⁵ Même des conversions de créance en capital, ce qui confère aux majoritaires un pouvoir totalement exorbitant de droit commun.

³²⁶ P. Dubois, J. Gumpelson, D. Chazeau et S. Lemseffer, « Du comité à la classe de créanciers : modalités de vote et décision des créanciers seniors en France et aux Etats-Unis », in « La restructuration financière d'un groupe en difficulté dans un contexte international : le droit en action- International Insolvency Institute et France Amériques », *BJE* juill. 2018, n°4, p. 296.

³²⁷ Sur ce point, R. Damman et M. Robinet, « Les comités des créanciers dans la loi de sauvegarde », *RLDA* mars 2006, n°3, p. 67.

³²⁸ Pour approfondir, R. Dammann et M. Guernonprez, « Les recours contre l'organisation et les décisions des comités et assemblées de créanciers en France », *BJE* juill. 2018, n°4, p. 300.

³²⁹ Cass. com., 21 février 2012, n°11-11.693, *BJE* mars 2012, n°2, p. 78, R. Dammann et G. Poder ; *BJS* mai 2012, n°5, p. 426, N. Borga ; *Dr. sociétés* sept. 2012, n°9, p. 536, obs. L.C. Henry ; *Rev. sociétés* juill. 2012, n°7, p. 450, obs. B. Grelon ; *D.* mars 2012, n°10, p. 606, A. Lienhard.

³³⁰ Cass. com., 26 février 2020, n°18-19.737, *LEDEN* avr. 2020, n°4, p. 5, N. Borga : il ressort de cet arrêt que la contestation d'un abus de majorité n'est pas ouverte au créancier membre de l'AGUO.

³³¹ C. com. art. L. 626-34-1 la contestation ne peut être formulée par un créancier qu'à l'encontre de la décision du comité ou de l'assemblée auquel il appartient, ce qui réduit largement la portée du recours.

³³² Affaire *Thomson-Technicolor*.

³³³ En raison de l'absence de prise en considération de la nature des créances.

³³⁴ Ce qui était le cas dans l'affaire *CGG* puisqu'étaient en cause des obligations dites « *high yield* » et des obligations convertibles en actions (OCEANES).

n'existe au demeurant³³⁵. L'absence de prise en compte des accords de subordination extrinsèques³³⁶ renforce leur droit de véto qui est bien souvent disproportionné à leurs intérêts³³⁷.

125. Il résulte de tout ce qui précède une véritable hiérarchisation des volontés. Si cela est conforme à la finalité de la loi, il en découle, toutefois, une véritable atteinte à l'expression de la volonté de ceux qui ne sont ni aptes, ni enclins à redresser l'entreprise. Un tel constat soulève une interrogation quant à la nature du plan en ce que rien ne saurait être imposé aux parties contre leur gré dans le cadre d'un contrat. *A contrario*, lorsque leur poids politique leur permet de faire valoir leurs intérêts, leur volonté consistant à faire échec à l'adoption du plan produit, dans ce cas, tous ses effets, altérant considérablement les perspectives de redressement du débiteur.

126. Ainsi, l'équilibre entre la volonté et l'objectif de restructuration n'est pas évident à trouver. Si la volonté de certains créanciers subit quelques atteintes, il semble que le passage des comités aux classes de créanciers puisse remédier à cela, opérant un véritablement renforcement de la volonté (B).

B. Vers un renforcement de l'expression de la volonté

127. Les comités de créanciers présentent de nombreux défauts³³⁸ parmi lesquels leur mode de répartition est le plus critiquable. Non adaptée aux financements complexes, comme l'a récemment illustré l'affaire *Rallye*³³⁹, la répartition selon la qualité des créanciers est à l'origine de nombreux abus et blocages.

128. La directive du 20 juin 2019³⁴⁰, dont l'objectif consiste à harmoniser le droit de l'insolvabilité à l'échelle européenne, entend poser un cadre à la négociation et à l'adoption du plan. Initiée par la loi Pacte, sa transposition opérera une véritable révolution en droit français au travers du remplacement des comités de créanciers par les classes de créanciers³⁴¹.

Il est, en effet, précisé en son article 9§4 que « *les parties affectées (devront) être réparties dans des classes distinctes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante* ». Autrement dit, à l'image de certains droits étrangers³⁴², les créanciers seront répartis selon leur rang de privilège et leur degré de subordination. Plus que les créanciers, ce sont « *les parties affectées* » qui prendront part à l'élaboration et à l'adoption du plan, ce qui semble inclure, par exemple, de manière totalement novatrice, les salariés³⁴³.

Opérant une véritable homogénéisation des classes, ce mode de répartition imposera que soient instituées, au minimum, une classe de créanciers chirographaires et une de créanciers garantis par des sûretés réelles. La création de classes intermédiaires sera possible quand l'intérêt d'un créancier ne sera pas reflété par son rang. Une telle répartition permettra d'éviter les abus par la mise en œuvre d'un *cramdown* interne³⁴⁴. Nonobstant le renforcement de la volonté des parties au sein de chaque classe, il reste que ce mécanisme semble être insuffisant pour éviter les hypothèses de blocage. Toutefois, c'était sans compter sur l'introduction du *cross-class cram-down*³⁴⁵.

³³⁵ Ce qui n'incite pas les créanciers récalcitrants à être conciliants dès lors que les délais qu'ils se verront imposer dans le cadre de la procédure de droit commun seront moins longs.

³³⁶ C'est-à-dire en dehors du groupement-même, par exemple entre l'un des comités et l'AGUO.

³³⁷ P. Dubois, J. Gumpelson, D. Chazeau et S. Lemseffer, « Du comité à la classe de créanciers : modalités de vote et décision des créanciers seniors en France et aux Etats-Unis », *art. cit.*

³³⁸ Sur ce point par exemple, F. Pérochon, E. Delzant, M. Boché-Robinet et D. Caramalli, « Améliorer les restructurations... », *art. cit.*

³³⁹ Il s'agit du groupe Casino à l'encontre duquel a été ouvert une procédure de sauvegarde.

³⁴⁰ Directive n° 2019/1023 dite « Restructuration et insolvabilité ».

³⁴¹ Pour une analyse approfondie de la directive, V° L. Sautonie-Laguioni, « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité », *JCP E* fév. 2020, n°9, doss. p. 1075 ; C. Houin-Bressand, « Directive sur la restructuration et l'insolvabilité », *RDBF* nov. 2019, n°6, comm. 205.

³⁴² J.-L. Vallens, « Les classes de créanciers, approche de droit comparé », *Rev. proc. coll.* mai 2019, n°3, doss. 17.

³⁴³ E. Fabries-Lecea, M. Laroche, et a. « L'impact de la directive Restructuration et insolvabilité sur les parties prenantes » in « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité. Quel contenu pour quelle transposition en droit français », *JCP E* fév. 2020, n°9, p. 1077 : ce qui s'inscrit, selon eux, dans un mouvement d'une plus grande participation des salariés à la marche générale de l'entreprise.

³⁴⁴ Pour une analyse approfondie des modalités de répartition, V° R. Dammann et A. Alle, « Directive « restructuration et insolvabilité » : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.* oct. 2019, n°37, p. 2047.

³⁴⁵ C'est-à-dire un mécanisme d'application forcée interclasse sur ce point, *Cf. infra* n° 171 et 175.

Les PME, elles, auront la liberté de ne procéder à la création d'une seule classe, ce qui n'est pas satisfaisant³⁴⁶. En cas de rejet, le débiteur pourra faire arrêter un plan. Si une telle solution permet de préserver les chances de redressement de ce dernier, elle interroge tout de même sur l'utilité de la consultation des créanciers. L'intérêt semble, toutefois, résider dans la faculté de proposer un plan concurrent, ce à quoi ils ne sont pas en mesure de procéder actuellement, sauf si le débiteur opte pour la constitution d'un comité, ce qui est rare en pratique.

Portant un coup d'arrêt à la procédure de consultation individuelle, toutes les procédures collectives seront concernées par la mise en place des classes de créanciers, ce qui semble être satisfaisant bien que cela ne fasse pas l'unanimité³⁴⁷. Cette généralisation, en plus d'augmenter les chances d'adoption du plan³⁴⁸ et donc, *in fine*, celles de redressement du débiteur, constituera l'aboutissement du processus de contractualisation du plan, initié par la loi de 2005, qui sera systématiquement négocié, et ce quelle que soit la taille de l'entreprise.

Si un certain nombre de questions reste en suspens sur le fonctionnement de ces classes³⁴⁹, il n'en demeure pas moins que leur transposition constituera une véritable avancée en droit français des entreprises en difficulté. Bien que susceptible d'être altérée dans le cadre des procédures bénéficiant à une PME, la volonté des créanciers ne le sera pas davantage que ce qu'elle ne l'est actuellement dans le cadre de la consultation individuelle. En outre, la volonté connaîtra d'ici peu un nouveau regain.

129. Toutefois, la volonté des parties, au cours du processus d'élaboration et d'adoption du plan, se trouve parfois être influencée de sorte qu'il en résulte une véritable instrumentalisation au service de la restructuration (**Section 2**).

Section 2. L'instrumentalisation de la volonté des parties à l'occasion de l'élaboration et de l'adoption du plan

130. Si la volonté se trouve être orientée par des mesures légales incitatives (§1), elle est aussi encadrée par des mesures légales impératives (§2).

§1. Une volonté orientée par des mesures légales incitatives

131. Le choix de la procédure par le débiteur est orienté par la discrimination positive opérée en faveur de la sauvegarde (**A**), tandis que la volonté des créanciers consistant à participer activement à sa restructuration semble être influencée par la nature même de la procédure ainsi que son régime (**B**).

A. L'orientation de la volonté du débiteur par la discrimination positive³⁵⁰ en faveur de la sauvegarde

132. A l'instar de la procédure de redressement judiciaire, la sauvegarde a une nature collective. Toutefois, là où la première s'impose, la deuxième est purement volontaire³⁵¹. Pour inciter le débiteur à y recourir, plusieurs dispositifs légaux ont été introduits.

133. Tout d'abord, le chef d'entreprise reste à la tête de ses affaires, éventuellement assisté d'un administrateur judiciaire qui n'aura qu'une mission d'assistance et de surveillance³⁵². A ce titre, sa rémunération est maintenue et il participe activement à l'élaboration du plan.

³⁴⁶ Une telle solution présente les mêmes limites que celles posées par les comités de créanciers actuels.

³⁴⁷ En ce sens, D. Robine in « Améliorer les restructurations d'entreprises : approche comparée des droits et meilleures pratiques en France et en Allemagne », *art. cit.* : l'auteur préconise l'instauration de seuils en raison du coût de la procédure.

³⁴⁸ Dès lors que le vote à la majorité des deux tiers sera maintenu.

³⁴⁹ G. Teboul, « La réforme en cours du droit des entreprises en difficulté : souplesse ou rigidité », *LPA* mars 2020, n°60, p. 7.

³⁵⁰ P-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde », *D.* sept. 2005, n°33, p. 2297.

³⁵¹ Sur ce point, Cf. *supra* n°.

³⁵² En redressement judiciaire, l'administrateur a une mission de représentation de sorte qu'il en résulte un dessaisissement du débiteur.

134. Ensuite, si le législateur a instauré une protection identique, en sauvegarde et en redressement judiciaire, pendant la période d'observation, des personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie par la suspension des actions à leur encontre, cette protection demeure en sauvegarde pendant toute la durée du plan³⁵³, dérogeant ainsi au régime de droit commun de certaines sûretés. Une telle mesure tend à inciter le dirigeant du débiteur à recourir à la sauvegarde en lui conférant une protection dès lors que, bien souvent, il s'en est porté caution. *A contrario*, les personnes morales, elles, ne sauraient se prévaloir du plan de sorte qu'il est assez aisé de contourner cette disposition, ce que certaines banques, tel que le Crédit Lyonnais, s'évertuent à faire dans le cadre de montages LBO notamment. Ainsi, les actions en paiement introduites à l'encontre de ces garants personne morale sont recevables à la condition que les conditions de mise en œuvre de la sûreté visée soient réunies, l'ouverture d'une procédure collective étant insuffisante à rendre exigible la créance garantie.
135. Dans le même sens, le débiteur en sauvegarde échappe au jeu des nullités de la période suspecte³⁵⁴ ce qui est protecteur pour lui, puisque les actes, telle la constitution d'une sûreté au profit d'un créancier antérieur par exemple, qui encourent la nullité en redressement judiciaire, seront maintenus en sauvegarde.
136. Enfin, les mécanismes de cession forcée de l'entreprise et des titres des associés ainsi que d'éviction des dirigeants, parce que contraires à l'esprit de la loi de 2005, sont écartés en sauvegarde³⁵⁵, et ce même s'ils sont essentiels pour sa réussite. En cela, « *la sauvegarde (est) une mise à l'épreuve du débiteur sans risque lui garantissant le maintien à la tête de ses affaires* »³⁵⁶. En outre, le législateur a instauré une véritable discrimination positive en faveur de la sauvegarde.
137. Toutefois, il a récemment affiché une volonté de la combattre³⁵⁷. Par la loi Pacte, outre le fait qu'il a donné la possibilité au débiteur se trouvant en redressement de choisir son administrateur judiciaire, il a étendu le principe du maintien de la rémunération du débiteur personne physique et des dirigeants du débiteur personne morale au redressement judiciaire. De surcroît, un alignement du sort des cautions personnes physiques en sauvegarde et en redressement semble être envisagé dans le cadre de la réforme très prochaine des sûretés³⁵⁸. Enfin, bien que cela ne soit pas une nouveauté, il apparaît que la volonté du débiteur sera nécessairement orientée par la nature des difficultés qu'il rencontre. Or, si elles sont d'ordre social, il ne sollicitera pas l'ouverture d'une sauvegarde dès lors que les licenciements, dans ce cadre, restent soumis à la procédure de droit commun.
138. Si la volonté du débiteur demeure malgré tout orientée, celle des créanciers l'est également **(B)**.

B. L'orientation de la volonté des créanciers par la nature et le régime de la procédure

139. En 1992, la Cour de cassation a rendu un arrêt très intéressant à propos de l'opposabilité des mesures du plan à la caution³⁵⁹. Plus que le fond, c'est bien l'argumentation de cet arrêt qui doit, ici, retenir l'attention.

Retenant l'inopposabilité des remises à la caution, la Cour de cassation a notamment énoncé que « *malgré leur caractère volontaire, ces réductions de créances participent de la nature judiciaire des dispositions du plan arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise* ». Implicitement, elle reconnaît que la volonté des créanciers de participer au redressement de l'entreprise procède de la nature judiciaire de la procédure.

Elle considère, en effet, que tous les sacrifices consentis par les créanciers, remises et délais confondus, épousent la nature judiciaire conférée au plan, et ce qu'ils le soient de manière spontanée ou pas. Bien que la jurisprudence ait, par la suite, opéré un revirement de jurisprudence sur ce point³⁶⁰, elle n'a pas remis en cause cet argument.

³⁵³ C. com. art. L. 626-11.

³⁵⁴ Sur ce point V° F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 669, n° 1460.

³⁵⁵ Pour une analyse complète, V° E. Brocard, « La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté », *Rev. sociétés* avr. 2015, n°4, p. 217.

³⁵⁶ J.-J. Fraimout, « Ordonnance du 18 décembre 2008 – La réforme des plans de sauvegarde et de redressement », *Rev. proc. coll.* janv. 2009, n°1, doss. 11.

³⁵⁷ P.-M. Le Corre, « L'incidence de la loi PACTE sur le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. pal.* juill. 2019, n°25, p.35 ; Ph. Roussel Galle, « La loi Pacte apporte quelques modifications au droit des entreprises en difficulté mais nous en promet de plus importantes », *Rev. sociétés* sept. 2019, n°9, p. 551.

³⁵⁸ En ce sens, M.-P. Dumont, « Quel avenir pour la caution du débiteur en procédure collective », *BJE* mai 2019, n°3, p. 10.

³⁵⁹ Cass. com., 17 novembre 1992, Bull. civ. n°355, n° 89-14.997, *RTD com.* juin 1993, n°2, p. 379 obs. A. Martin-Serf ; *D.* janv. 1993, n°4, p. 41, obs. D. Vidal.

³⁶⁰ Sur ce point, Cf. *supra* n°81.

140. N'ayant, hélas, jamais été saisie de la question de la nature de cette volonté, il est tout de même possible d'opérer le constat suivant. Depuis 1985, outre sa nature, le régime de la procédure participe à l'orientation de la volonté des créanciers, de sorte que les mesures consenties par eux ne procèdent pas uniquement de leurs vœux. Dans le cadre de la procédure de consultation individuelle, par exemple, si les délais soumis à leur approbation sont moins contraignants que ceux qui pourront leur être imposés par le tribunal, alors ils les accepteront nécessairement.

Par ailleurs, dans le cadre des plans à options³⁶¹, qu'ils acceptent ou demeurent silencieux, cela produira les mêmes effets alors même que dans le deuxième cas, ils n'auront pas manifesté leur volonté. Cela semble être de nature à les inciter à prendre position en faveur des mesures soumises à leur agrément, même si, en pratique, bon nombre de créanciers ne sont pas diligents. A l'inverse, dans le cadre des comités de créanciers, les créanciers récalcitrants, eux, ne sont pas incités à accepter les mesures dès lors qu'en cas de blocage, ils savent pertinemment que le passage à la consultation individuelle s'imposera et que dans ce cadre, les mesures qui pourront leur être imposées seront nécessairement moins contraignantes. Combinée à l'introduction du mécanisme de *cross-class cram-down*, la suppression imminente de la procédure de consultation individuelle apparaît, sur ce point, opportune.

141. Orientée de la sorte, la volonté est également encadrée par des mesures légales impératives (§2).

§2. Une volonté encadrée par des mesures légales impératives

142. Il est des dispositifs à l'encontre desquels la volonté ne saurait aller. Il s'agit, notamment, de la soumission obligatoire à la discipline collective (A) ainsi que des dispositifs de lutte contre l'obstruction de certains partenaires du débiteur (B).

A. La soumission obligatoire à la discipline collective

143. Le droit civil offre aux créanciers impayés des voies d'exécution individuelles dans le cadre desquelles le paiement se fait « *au prix de la course* ». Inadaptées à l'objectif de restructuration, le législateur a mis en place une discipline collective à laquelle doivent se conformer, en principe, tous les créanciers, quel que soit leur rang, et ce dans le but de favoriser la sauvegarde du débiteur. Impliquant un traitement égalitaire des créanciers, la discipline collective repose sur un corpus de règles éminemment exorbitant de droit commun. Toutefois, les exceptions sont telles que l'existence même du principe d'égalité interroge de nombreux auteurs à ce jour³⁶².

144. En tout premier lieu, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure sont tous tenus, à l'exception des salariés et des créanciers alimentaires³⁶³, de déclarer leurs créances³⁶⁴ dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC³⁶⁵, étant précisé qu'au vu du contexte sanitaire actuel, celui-ci fait l'objet d'une prorogation³⁶⁶. A défaut, leur créance sera inopposable à la procédure collective, les créanciers ne pourront prétendre à aucun dividende du plan³⁶⁷.

145. Ensuite, le débiteur a interdiction de payer toutes les créances dont le fait générateur est antérieur à l'ouverture de la procédure collective ainsi que toutes les créances postérieures qui ne sont pas utiles à la procédure³⁶⁸. Ce principe a vocation à préserver l'actif du débiteur. En ne payant plus ses dettes, la trésorerie qu'il va dégager pourra être affectée au paiement de ses charges courantes, ceci lui permettant ainsi de poursuivre son activité.

³⁶¹ Sur ce point, Cf. *supra* n° 119.

³⁶² M-P. Dumont et C. Lisanti, « Que reste-il du principe d'égalité dans les procédures collectives ? », Actes de colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier le 20 juin 2019, *BJE* nov. 2019, n°6, p.43 s.

³⁶³ Dont la dispense a fait l'objet d'une (re)précision formulée par Cass. com., 13 juin 2019, n°17-24.587, *Gaz. pal.* oct. 2019, n°35, p. 66, A-S. Siew-Guillemain ; *Dalloz actualité*, 26 juin 2019, *obs.* A. Lienhard ; *Rev. sociétés* sept. 2019, n°9, p. 555, *obs.* F. Reille.

³⁶⁴ Etant précisé que la procédure de déclaration a été assouplie par l'ordonnance de 2014.

³⁶⁵ C. com. art. L. 622-24 et L. 631-15.

³⁶⁶ Ord. n° 2020-341, art. 2 : le délai sera prolongé d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire.

³⁶⁷ Sur les effets de la déclaration irrégulière à l'égard de la caution, Cass. com., 22 janvier 2020, n°18-19.526, *Rev. sociétés* mars 2020, n°3, p. 193, *obs.* F. Reille ; *LEDEN* mars 2020, n°3, p. 3, K. Lafaurie, p. 6, M. Mignot, *LEDC* mars 2020, n°3, p. 2, N. Leblond ; *Gaz. pal.* févr. 2020, n°7, p. 39 ; M-P. Dumont.

³⁶⁸ C. com. art. L. 622-7 : depuis 2005, les créances postérieures non utiles à la procédure ne bénéficient plus du privilège de la procédure.

Il existe, toutefois, un certain nombre d'exceptions³⁶⁹ au bénéfice, notamment, de créanciers privilégiés tels les créanciers gagistes, rétenteurs³⁷⁰ ou les crédit bailleurs mais uniquement lorsqu'il en va de l'intérêt du débiteur.

146. Ces créanciers contraints par le principe de l'interdiction des paiements sont également soumis au principe de la suspension³⁷¹ et de l'interdiction des poursuites et des voies d'exécution à compter de la publication du jugement d'ouverture. Sont concernées toutes les actions en paiement, telle l'action en garantie pour un exemple récent³⁷², ou en résolution pour défaut de paiement. Conformément à l'article L. 622-28 du Code de commerce, toutes les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garanti pourront se prévaloir de ce principe pendant toute la durée de la procédure de sauvegarde et pendant la période d'observation s'agissant du redressement judiciaire. Le seul moyen offert aux créanciers pour préserver leurs droits est le recours à des mesures conservatoires sur le patrimoine de ces garants³⁷³, ce qu'ils sollicitent rarement par peur de devoir assumer définitivement le coût de constitution de la sûreté judiciaire dont le caractère est particulièrement onéreux. Sous certaines conditions, les instances en cours pourront reprendre leur cours mais ne pourront avoir pour objet que le constat de la créance et la fixation de son montant. Les procédures de saisie en cours, elles, seront, sauf exception, anéanties.

147. Le jugement d'ouverture aura également pour effet d'interdire l'inscription de toute sûreté sur le patrimoine du débiteur ainsi que la publication de décision ou d'acte constitutif ou translatif de droit réel, le but étant, là encore, de préserver la consistance du patrimoine du débiteur. Tout principe ayant ses exceptions, ne seront pas concernés les créanciers titulaires d'une réserve de propriété, d'un droit de rétention isolé ou encore du privilège du vendeur de fonds de commerce.

148. Enfin, il convient aussi d'évoquer la règle de l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels³⁷⁴ qui concerne uniquement les encours à moins d'un an³⁷⁵, sauf lorsque la procédure est ouverte à l'encontre de la caution³⁷⁶, ainsi que celle du maintien du terme³⁷⁷ qui a pour effet de réputer non écrite toute clause prévoyant la déchéance du terme par l'ouverture d'une procédure collective³⁷⁸.

149. Bien qu'il existe certaines exceptions, les sûretés sont, pour la plupart, rendues inefficaces par toutes ces règles impératives. Très récemment, d'ailleurs, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler le caractère d'ordre public de ces dernières et leur primauté sur les celles relatives aux sûretés à propos d'un nantissement sur compte bancaire, « *ruinant (ainsi) l'efficacité* » de ce dernier face à une telle procédure³⁷⁹.

150. Toutes ces règles ont pour effet de circonscrire la volonté des parties dans un cadre très restreint. Dans le même sens, des dispositifs exorbitants de droit commun existent en redressement judiciaire pour lutter contre l'obstruction de certains partenaires du débiteur, ce qui entrave nécessairement la volonté de ces derniers **(B)**.

³⁶⁹ Sur les exceptions V°. notamment F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 275, n°600 s.

³⁷⁰ N. Borga, « Le sort des propriétaires de biens », in « Que reste-t-il du principe d'égalité des créanciers dans les procédures collectives ? », Actes de colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier le 20 juin 2019, *BJE* nov. 2019, n°6, p. 57.

³⁷¹ Pour celles qui seraient en cours au moment de l'ouverture de la procédure.

³⁷² Cass. com., 29 mai 2019, n°16-26.989, *RDBF* sept. 2019, comm. 172, C. Houin-Bressand.

³⁷³ Cass. com., 2 juin 2015, n°14-10.673, *BJE* sept. 2015, n°5, p. 284, N. Borga : le créancier sera tenu d'assigner le garant en vue d'obtenir contre lui un titre exécutoire, ce qui semble impossible en vertu du principe de suspension de poursuites. En pratique, le créancier agira dans le délai d'un mois afin d'obtenir un titre exécutoire contre sa caution mais demandera au tribunal de surseoir à statuer jusqu'à la fin de la période d'observation. Si cette solution a pour principale qualité d'être pragmatique, elle est véritablement *contra legem* en ce que la suspension ne concerne pas seulement l'instance mais bien l'instance mais bien l'action en elle-même de sorte que celle-ci devrait être irrecevable.

³⁷⁴ C. com. art. L. 622-28.

³⁷⁵ Ce qui en limite fortement la portée. Sont notamment concernés les crédits fournisseurs.

³⁷⁶ Cass. com. 16 novembre 2010, *BJE* mars 2011, p. 37, n° 31, S. Bréna.

³⁷⁷ C. com. art. L. 622-29 : en sont exclus, toutefois, les associés dont le montant non libéré de leur apport deviendra exigible par l'effet de l'ouverture de la procédure conformément à l'article L. 624-20 du Code de commerce.

³⁷⁸ C'est l'administrateur judiciaire qui décidera ensuite d'opter pour la poursuite des différents contrats s'ils sont essentiels pour la poursuite de l'activité ce qui est notamment le cas du contrat de bail par exemple.

³⁷⁹ Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-21.647, *Act. proc. coll.* mars 2020, n° 5, rep. 61, N. Borga ; *JCP G* avr. 2020, n°14, p. 423, J-D. Pellier ; *JCP E* mars 2020, n°12, p. 1119, C. Favre-Rochex ; *Gaz. pal.* mars 2020, n°13, p. 28, M-P. Dumont ; *LEDEN* mars 2020, n°3, p.2, L. Andreu : un établissement bancaire qui avait accordé au débiteur en difficulté un prêt dont les échéances ont été régulièrement payées avant l'ouverture d'un redressement judiciaire ne saurait bloquer les fonds figurant au crédit du compte nanti, et ce quand bien même une clause organiserait ce blocage en cas d'ouverture d'une procédure collective au bénéfice de son débiteur, laquelle d'ailleurs est invalide. Une telle solution consacre la primauté, notamment, des règles exorbitantes de droit commun que sont la poursuite des contrats en cours, l'interdiction des paiements et le maintien du terme.

B. Les dispositifs exorbitants de droit commun face à l'obstruction de certains partenaires

151. Comme l'illustre parfaitement la situation des créanciers minoritaires membres des comités³⁸⁰, l'intérêt des partenaires est souvent sacrifié pour servir celui de l'entreprise en difficulté. De cela, l'associé ou l'actionnaire ne saurait y échapper³⁸¹, en théorie en tout cas.

152. La restructuration du débiteur personne morale impose parfois, lorsque l'endettement est très lourd³⁸², une modification du capital pouvant aboutir à une prise de contrôle par de nouveaux associés dénommée « *reprise interne* ». Si pendant longtemps les associés et les actionnaires ont eu les moyens de s'y opposer, tel n'est plus le cas depuis 2014, faisant ainsi peser sur eux un véritable devoir de restructurer l'entreprise en difficulté³⁸³. La reprise interne peut être imposée en redressement judiciaire, là où elle doit nécessairement être consentie en sauvegarde. Pour ce faire, le législateur a introduit en droit français des outils juridiques permettant au tribunal de lutter, dans le cadre d'un redressement judiciaire, contre l'obstruction illégitime des associés/actionnaires qui disposeraient d'une majorité ou d'une minorité de blocage.

Ces dispositifs peuvent aboutir à une dilution forcée de leur participation **(1)** voire à une cession forcée de leurs titres **(2)**.

1. *Le mécanisme de dilution forcée*

153. Marquant le début d'une lutte contre l'inertie blâmable des associés/actionnaires, l'ordonnance du 12 mars 2014 a introduit un dispositif³⁸⁴ permettant de contraindre, parmi eux, ceux qui font blocage au vote d'une augmentation de capital dans l'unique dessein de préserver leurs propres intérêts et ce, au détriment de la société. Permettant une reconstitution forcée du capital³⁸⁵ par l'attribution de leur droit de vote à un mandataire *ad hoc* chargé de voter à leur place en faveur de la modification, ce dispositif a une portée limitée résultant de ses conditions strictes de mise en œuvre³⁸⁶. S'inscrivant dans la même ligne, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, issu de la loi du 6 août 2015, est venu renforcer ce dispositif dont la mise en œuvre nécessite uniquement la démonstration du refus des associés/actionnaires de voter en faveur de l'augmentation. Ainsi, des tiers qui se sont engagés à exécuter le plan vont pouvoir entrer au capital, entraînant ainsi une dilution de leur participation sans leur consentement. Toutefois, ce dispositif n'est, hélas, applicable que dans les entreprises de grande envergure³⁸⁷.

154. En outre, bien que ces deux dispositifs soient limités, il est dans bien des cas où les actionnaires/associés ne pourront plus s'opposer illégitimement à la modification du capital qui apparaît essentielle à la sauvegarde de l'entreprise. Outre une dilution, un nouveau dispositif permet d'imposer l'exclusion pure et simple des associés/actionnaires **(2)**.

2. *Le mécanisme de cession forcée*

155. Précautionneux, le législateur s'est, dans un premier, astreint à légitimer uniquement l'éviction de l'associé dirigeant, de fait ou de droit, dont le maintien serait nuisible à la restructuration de la société³⁸⁸. C'est bien la fonction de dirigeant qui est visée par ce dispositif³⁸⁹, étant précisé qu'elle s'apprécie au jour où le tribunal statue³⁹⁰. La seule condition de mise en œuvre de ce dispositif tient au fait que la reprise interne doit être une condition fondamentale pour la réussite du plan. Validé par le Conseil constitutionnel³⁹¹, ce dispositif, bien qu'attentatoire aux libertés fondamentales, a été déclaré conforme à la Constitution car il est, d'une part, justifié par un intérêt supérieur, et d'autre part, encadré par des garanties

³⁸⁰ Sur ce point, *Cf. supra* n° 120 à 122.

³⁸¹ A. Cerati, « Droit de vote de l'associé : des atteintes mesurées », *LPA* juill. 2018, n°152, p.16.

³⁸² Comme c'est le cas dans par exemple au sein des montages LBO.

³⁸³ F-X. Lucas, « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté », *Gaz. pal.* juin 2016, n° h.s 2, p. 50.

³⁸⁴ C. com. art. L. 631-9-1.

³⁸⁵ Qui constitue le prérequis de l'adoption du projet de plan.

³⁸⁶ Sur ce point, E. Brocard, « La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté », *art. cit.*

³⁸⁷ Sur ce point, *Cf. infra* n°152.

³⁸⁸ C. com. art. L. 631-19-1.

³⁸⁹ Et non celle d'associé/actionnaire.

³⁹⁰ Cass. com., 9 février 2010, n° 09-10.800, *Rev. sociétés* avr. 2010, n°2, p. 95, *obs.* A. Lienhard ; *ibid* p. 194, *obs.* P. Roussel Galle.

³⁹¹ Décision n° 2015-486 QPC du 7 octobre 2015.

procédurales telles que la présence du ministère public³⁹², garant de l'ordre public économique et social, ou encore la fixation du prix à dire d'expert³⁹³.

156. Dans un deuxième temps, la loi du 6 août 2015 a introduit, dans le Code de commerce, le texte le plus long et le plus complexe du livre IV³⁹⁴ qui n'est autre que l'article L. 631-19-2³⁹⁵. Manquant d'audace³⁹⁶, le législateur a étendu le dispositif d'éviction à l'associé/actionnaire qui, jusqu'à présent en était exonéré, au prix d'un luxe de précautions réduisant, presque à néant, ses chances de mise en œuvre.

Le plan de redressement par reprise interne, pour être imposé aux associés/actionnaires récalcitrants, devra concerner une entreprise³⁹⁷ d'au moins cent cinquante salariés³⁹⁸ et dont la disparition causerait un trouble grave à l'économie nationale ou régionale ou au bassin d'emploi considéré. De surcroît, toute tentative de cession externe devra avoir été mise en échec. En pratique, il est difficilement imaginable qu'un tiers soit hostile au rachat d'actifs dans le cadre d'une cession judiciaire mais soit enclin à reprendre les rênes de l'entreprise dans le cadre d'une reprise interne, sauf à considérer que la charge de sûretés transférée dans le cadre de la première soit dissuasive. Enfin, les associés ou les actionnaires devront avoir refusé la modification du capital permettant la reprise interne par un repreneur. Autrement dit, cette dernière ne pourra être mise en œuvre que de manière largement subsidiaire et marginale, uniquement si elle apparaît être la seule solution sérieuse permettant d'éviter la liquidation.

157. Comparée à la cession judiciaire³⁹⁹, qui est également un mode de restructuration aboutissant à l'expropriation du débiteur en difficulté pour cause d'utilité privée, la reprise interne fait l'objet d'un encadrement déconcertant. Là où le législateur n'accorde que très peu de garanties au débiteur en difficulté exproprié, il semble en donner plus qu'il n'en faut à l'actionnaire/associé qui se trouve être dans une situation analogue. Dans le cadre de la cession judiciaire, en effet, le prix est fixé par le cessionnaire et non à dire d'expert, la garantie tenant à la détermination d'un prix objectif n'est donc pas de mise. Également, dans le cadre d'une telle cession d'actifs, le parquet dispose seulement d'un pouvoir de contrôle sur le déroulement de la procédure et non de l'initiative de cette dernière. Une telle différence de traitement semble pouvoir être expliquée par le fait que les textes relatifs à ces dispositifs ont été introduits à des époques différentes⁴⁰⁰. En outre, si le mécanisme de la cession judiciaire avait été consacré récemment, il se pourrait que le texte ne passe pas avec brio le contrôle de constitutionnalité. Pour autant, rien ne justifie, à l'heure actuelle, un tel traitement différencié qui aboutit à une hiérarchisation des différents droits de propriété, ce qui est contraire à l'esprit de la loi.

158. Éminemment exorbitant de droit commun, ce mécanisme d'exclusion porte atteinte à trois droits fondamentaux que sont le droit de propriété, la liberté contractuelle et la liberté d'association à laquelle il faut relier *l'affectio societatis*. Pourtant, le Conseil constitutionnel, sensible à l'encadrement strict du dispositif, l'a déclaré conforme à la Constitution considérant que la survie de l'entreprise en péril est un objectif présentant un intérêt supérieur⁴⁰¹.

³⁹² A qui l'initiative appartient exclusivement.

³⁹³ Il semble que ce soit « l'expert » (qu'il convient plutôt de dénommer « tiers estimateur ») de l'article 1843-4 du Code civil qui soit visé dès lors que dans le cadre de l'article 1592, en cas de blocage, la vente n'aboutit pas.

³⁹⁴ P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., p. 1521, n° 531.621.

³⁹⁵ Sur le dispositif V°. aussi, G. Blanc, « Le dispositif de la loi Macron relatif aux entreprises de plus de cent cinquante salariés », *D.* déc. 2015, n° 42, p. 2460. ; S. Farhi, « La conversion de créances en titres de capital lors d'une procédure collective », *Rev. proc. coll.* n°1, janv. 2019, étude 3.

³⁹⁶ R. Dammann et F.-X. Lucas, « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *BJS* oct. 2015, n° 10, p. 521.

³⁹⁷ Sauf lorsqu'elle exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire.

³⁹⁸ Ou qui regroupe plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins 150 salariés

³⁹⁹ Sur ce point V. F. Pérochon, « *Entreprises en difficulté* », op. cit., p. 553 et s. : dans un souci de synthétisation, le régime de la cession judiciaire n'est pas évoqué, mais il convient de préciser que la volonté du cédant et des créanciers n'est pas de nature à opérer un quelconque impact sur le principe même de la cession et de ses conséquences. La volonté du cessionnaire, elle, joue un rôle actif. Toutefois, tous les choix qu'il fera quant au périmètre de la cession, à son prix et aux garanties consenties seront nécessairement influencés par les exigences du tribunal dont l'acceptation de l'offre dépendra de la satisfaction de plusieurs critères parmi lesquels, notamment, le niveau et les perspectives d'emploi ou encore les garanties de paiement du prix et de l'exécution du plan de cession.

⁴⁰⁰ La cession judiciaire a été introduite dès 1985.

⁴⁰¹ Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, JO 7 août, p. 13537, spéc. consid. n°142 et s. ; *AJDA* sept. 2015, n° 28, p. 1570.

159. Ce dispositif inédit, audacieux en théorie, n'a rien de spectaculaire en pratique. Il ne peut intervenir que dans le cadre de situations bien particulières dont la rareté est évidente, là où les membres des comités de créanciers sont couramment expropriés de leur créance sans aucune indemnité et aucun pouvoir de contestation⁴⁰². Pourtant, rien ne justifie une telle discrimination⁴⁰³.

Au contraire, plus que les créanciers, il semble que ce soit, en premier lieu, les associés/actionnaires qui doivent se sentir concernés par la restructuration de l'entreprise. L'associé, parce qu'il est tenu d'un devoir de contribuer aux pertes, se doit nécessairement d'y participer. L'actionnaire, lui, bien qu'il ne soit qu'un simple bailleur de fonds, à la différence de l'associé animé d'un véritable *affectio societatis*⁴⁰⁴, est plus intimement lié à la société qu'un simple créancier de part, notamment, sa participation au capital.

Comment justifier qu'il soit exigé un sacrifice des créanciers lorsqu'aucun effort n'est demandé aux associés ou aux actionnaires ? La question demeure toujours aujourd'hui et la réponse tenant à la préservation des libertés fondamentales de ces derniers n'est pas satisfaisante. Leur droit de propriété n'est, en d'aucune façon, plus sacré que celui des créanciers.

160. Un tel encadrement témoigne de la volonté du législateur de ne pas vouloir imposer trop aisément des opérations de capital, très certainement parce qu'il estime que ce n'est pas la solution la plus appropriée dans un contexte où règne une terrible hostilité qui pourrait conduire à d'autres difficultés initiées par des conflits d'ordre social ou sociétaire. Modifiant un tant soit peu le rapport de force existant entre les créanciers et les associés ou actionnaires, la satisfaction offerte par ce dispositif n'a pour autant pas atteint son paroxysme. Ainsi, il faut espérer qu'il soit réformé et étendu aux associés ou actionnaires dans les mêmes conditions que le prévoit l'article L. 631-19-1 du Code de commerce pour le dirigeant. Peut-être est-il possible d'espérer un changement suite à l'introduction, en droit français, des classes de créanciers⁴⁰⁵. A l'instar de son homologue allemand, le législateur français pourrait créer une classe dans laquelle seraient réunis les associés et/ou actionnaires et à qui il serait possible, grâce au mécanisme de *cross-class-cram-down*, d'imposer un plan de redressement par reprise interne dès lors que ce dernier recevrait une certaine approbation.

161. C'est ainsi que la volonté des parties apparaît largement instrumentalisée dans le cadre de l'élaboration et de l'adoption du plan. Ainsi, s'il existe une véritable articulation, dans le cadre de l'élaboration et l'adoption du plan, entre d'un côté le caractère contractuel de la matière, permettant aux parties d'exprimer leur volonté, et de l'autre, son caractère impératif, ayant pour effet de l'orienter voire de l'imposer ; le constat est sensiblement le même dans le cadre de l'arrêté et de l'exécution de ce dernier (**Chapitre 2**).

⁴⁰² Sur ce point, Cf. supra n° : a contrario, les associés/actionnaires peuvent contester la décision du tribunal.

⁴⁰³ En ce sens, R. Dammann et F-X. Lucas, « Le nouveau dispositif... », art. cit., I. Parachkévova, « L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS* oct. 2015, n° 10, p. 529.

⁴⁰⁴ Sur ce point, F-X. Lucas, « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », *RDBF* juill. 2002, n°4, étude 100035.

⁴⁰⁵ Sur ce point, R. Dammann et A. Alle, « La fin annoncée de la protection de l'actionnaire en sauvegarde », *BJS* oct. 2019, n° 10, p. 1.

Chapitre 2. L'arrêté et l'exécution du plan

163. Si la volonté des parties, à l'épreuve du contrôle judiciaire opéré dans le cadre de l'arrêté du plan, demeure plus ou moins préservée (**Section 1**), elle semble également pouvoir s'exprimer dans le cadre de l'exécution du plan (**Section 2**).

Section 1. La volonté à l'épreuve du contrôle judiciaire opéré dans le cadre de l'arrêté du plan

164. Une fois le plan adopté, quel qu'ait été son mode d'élaboration, il doit obligatoirement être soumis à l'appréciation du tribunal qui doit rendre une décision. Il reste qu'en l'état actuel du droit, son office demeure très encadré, et ce particulièrement depuis l'introduction des comités de créanciers en droit français qui a opéré une véritable déjudiciarisation du plan et qui favorise la préservation de la volonté des parties, et ce même lorsqu'elle se trouve être en contradiction avec l'objectif de restructuration (§1). Cependant, très prochainement, ses pouvoirs seront renforcés par l'introduction en droit français du mécanisme du *cross-class cram-down* conférant au tribunal un véritable pouvoir de contrainte hostile à la volonté des parties récalcitrantes (§2).

§1. L'encadrement de l'office du tribunal respectueux de la volonté des parties

165. En matière d'arrêté de plan, bien que le tribunal dispose d'un pouvoir limité, son contrôle permet néanmoins de conférer certaines garanties aux parties, qui diffèrent selon qu'il s'agit d'une procédure hors comités de créanciers (**A**) ou en présence de ceux-ci (**B**).

A. Le rôle et la compétence du tribunal dans les procédures hors comités de créanciers

166. La décision d'arrêter le plan n'appartient qu'au tribunal⁴⁰⁶ dont le juge-commissaire est exclu de sa formation⁴⁰⁷. Toutefois, si dans le cadre d'un redressement judiciaire le plan prévoit des licenciements pour motif économique, le CSE ainsi que l'autorité administrative compétente doivent préalablement être consultés⁴⁰⁸.

Aussi, doivent être toujours appelés et/ou entendus au préalable, notamment, le débiteur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs de la procédure⁴⁰⁹ ou encore le ministère public dont l'avis doit être recueilli⁴¹⁰ lorsque certains seuils sont atteints.

167. Le tribunal peut adopter le plan ou bien le rejeter. En cela, sa compétence semble être liée dès lors qu'il ne dispose d'aucun pouvoir lui permettant d'apporter des modifications au plan, à la hausse en tout cas. En effet, il ne saurait imposer aucunes autres charges ni aux créanciers, ni au potentiel cessionnaire, ni aux associés/actionnaires en sauvegarde⁴¹¹, que celles qu'ils ont consenties, à l'exception des délais de paiement. A ce titre, il semble assez curieux que dans le cadre de la technique des « plans à options », les créanciers non diligents puissent se faire imposer des remises de dette, là où le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir en la matière. Toutefois, cette remise non consentie doit être analysée en une sanction de la négligence du créancier non consciencieux.

Si le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir pour revoir à la hausse les engagements des parties, rien ne lui interdit toutefois, d'en réduire la teneur, son rôle ne se limitant pas à une simple constatation. Il s'agit d'une véritable garantie pour les parties et notamment les créanciers qui se seraient sentis contraints d'accepter certaines propositions qui apparaissent, pourtant, difficilement soutenables.

⁴⁰⁶ C. com. art. L. 626-9, transposable au redressement judiciaire.

⁴⁰⁷ Toutefois, sa seule présence n'est pas de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité, en ce sens, Cass. com., 19 fév. 2013, n°11-28.256, *Procédures* mai 2013, n°5, comm. 157, B. Rolland ; *Gaz. pal.* mai 2013, n°124, N. Fricero.

⁴⁰⁸ C. com. art. L. 631-17 dans le cadre de la période d'observation et art. L. 631-19 lors de l'arrêt du plan.

⁴⁰⁹ Le tribunal peut, en effet, lors du jugement d'ouverture, nommer cinq contrôleurs de la procédure parmi les créanciers.

⁴¹⁰ Cass. com., 6 déc. 2008, n° 07-17.130, *Act. proc. coll.* fév. 2009, n°3, comm. 57, P. Cagnoli.

⁴¹¹ En théorie, les pouvoirs du tribunal en matière de redressement judiciaire sont plus étendus grâce aux mécanismes de dilution et de cession forcée. Toutefois, en pratique, ceux-ci sont d'application rare, de sorte qu'il serait possible d'étendre ce constat à cette procédure même si sur le plan de la rigueur juridique cela serait erroné.

En cela, le tribunal joue un rôle d'arbitre et dispose d'un pouvoir modérateur, destiné à protéger les créanciers acceptants, c'est-à-dire ceux qui participent à la restructuration du débiteur, quand d'autres s'y refusent, illégitimement parfois, lesquels peuvent se voir imposer des délais uniformes de paiement. Là encore, il est possible de percevoir, dans une toute autre mesure, certes mais tout de même, une hiérarchisation dans la protection des différentes volontés selon qu'elles sont favorables ou non à la restructuration.

168. Le tribunal, lorsqu'il doit prendre sa décision, dispose d'un pouvoir souverain. Il se réfère surtout à un critère que constitue la « *possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée* »⁴¹². En d'autres termes, le plan ne peut être arrêté que s'il présente toutes les garanties nécessaires et favorables à la survie de l'entreprise⁴¹³. Sur ce point, le droit positif ne déroge pas au droit antérieur⁴¹⁴. Le plan est apprécié à la lumière des perspectives de maintien de l'activité grâce aux documents prévisionnels qui sont fournis au tribunal⁴¹⁵, mais aussi des ressources, non hypothétiques⁴¹⁶, dont dispose le débiteur ou encore des garanties d'exécution consenties par lui ou un tiers, telles une fiducie-sûreté⁴¹⁷ par exemple. S'agissant du plan de redressement, il doit nécessairement présenter des possibilités sérieuses de règlement du passif⁴¹⁸, même si la loi ne l'exige plus expressément⁴¹⁹.

Si le tribunal considère que le plan présente des garanties suffisantes, il procédera à son arrêté et en fixera souverainement la durée sans qu'elle ne puisse excéder les durées maximales légalement prévues⁴²⁰. Il pourra également nommer un commissaire à l'exécution du plan⁴²¹ qui sera chargé de veiller à la bonne exécution de celui-ci, sa mission se limitant à une simple surveillance ainsi qu'à la répartition des dividendes du plan.

169. Il convient de préciser que si aucun plan ne parvient à être arrêté, la sauvegarde pourra, à la demande du débiteur, être convertie en redressement judiciaire, et ce alors même qu'il ne se trouverait pas, à cet instant, en cessation des paiements⁴²² mais qu'il se trouverait être menacé par l'imminence de cet état. S'agissant de la procédure de redressement judiciaire, elle devra, si aucune cession ou reprise interne n'est envisageable, être convertie en liquidation judiciaire.

170. Malgré tout ce qui précède, il n'en demeure pas moins que les pouvoirs du tribunal restent très limités, de sorte que la volonté des parties s'en trouve préservée, ce qui est également le cas dans le cadre des procédures avec comités, et ce au détriment du débiteur en difficulté **(B)**.

B. Le rôle et la compétence du tribunal dans les procédures avec comités de créanciers

171. Dans le cadre des procédures avec comités de créanciers, le tribunal procède à l'arrêté du plan dans des conditions sensiblement similaires à celles évoquées ci-avant. Toutefois, la mise en place de ces comités a totalement bouleversé le mode d'adoption du plan qui est, dans ce cadre, à la fois contractuel et judiciaire⁴²³.

172. Au sein de ces procédures, les pouvoirs du tribunal sont davantage limités dès lors qu'il ne saurait ni modifier les mesures du plan, ni en réduire leur portée⁴²⁴. En cela sa compétence semble être réellement liée, ce qui témoigne de la nature contractuelle du plan, fruit d'une véritable négociation.

⁴¹² C. com. art. L. 626-1 et L. 631-19 par renvoi à l'art. L. 626-1.

⁴¹³ Cass. com., 18 mars 2014, n° 13-10.859, *BJS* juin 2014, p. 410, *obs.* J-F. Barbière ; *Gaz. pal.* oct. 2014, n° 280, p. 35, C. Lebel : s'agissant d'un plan de redressement judiciaire ; CA Bordeaux, 25 juin 2008, *JCP E* nov. 2008, p. 29, *obs.* J. Vallansan ; TC Bordeaux, 19 déc. 2013, n° 2012/2310, *Rev. proc. coll.* 2014, chron. 1, n°12, B. Saintourens.

⁴¹⁴ Cass. com., 21 nov. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 440, n° 21, B. Soinne.

⁴¹⁵ Etant précisé que si les prévisions sont irréalistes, le plan sera rejeté, en ce sens, Cass. com., 21 fév. 2006, n°04-18.785.

⁴¹⁶ CA Colmar, 1^{er} ch., 27 mai 2008, *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 2, *obs.* J-J. Fraimout.

⁴¹⁷ V° sur ce point, P-M. Le Corre, « La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement », *D.* mars 2009, n°13, p. 882.

⁴¹⁸ Cass. com., 17 nov. 2015, n° 14-19.504, *Act. proc. coll.* janv. 2016, comm. n° 1, note O. Staes ; *BJS* fév. 2016, n°2 p. 112, *obs.* N. Pelletier, *JCP E* avr. 2016, n°14, p. 1198, P. Pétel ; *Rev. proc. coll.* mars 2016, n°2, comm. 32, P. Cagnoli.

⁴¹⁹ En ce sens, P-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives, op. cit.*, n° 532-131, p. 1530.

⁴²⁰ C. com. art. L. 626-12.

⁴²¹ C. com. L. 626-25.

⁴²² C. com. art. L. 622-10 ; P. Roussel Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », *LPA* déc. 2014, n°257, p. 3.

⁴²³ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 952, p. 415.

⁴²⁴ C. com. art. L. 626-31.

Toutefois, le tribunal a, en présence des comités de créanciers, un rôle de garant plus accru. Pour cause, la loi lui assigne expressément la mission de s'assurer, préalablement à l'arrêté du plan, « *que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* »⁴²⁵. Il s'agit, avant tout, de préserver les créanciers minoritaires qui ont pu se faire imposer, contre leur gré, un abandon de leur(s) créance(s) et/ou une conversion de créance en capital. Si ces mesures apparaissent disproportionnées à leurs capacités contributives, alors le tribunal a le pouvoir de rejeter le plan sur ce fondement, limitant ainsi les abus perpétrés par les créanciers majoritaires en vertu de leur pouvoir exorbitant de droit commun⁴²⁶. Il s'agit également, pour le tribunal, de s'assurer que les intérêts des créanciers hors comités sont suffisamment préservés.

173. Opérant une véritable homologation du plan⁴²⁷, le tribunal apparaît comme étant le garant des intérêts de ceux dont les droits sont susceptibles d'être bafoués de manière abusive, ce qui permet d'atténuer le caractère choquant du mécanisme d'expropriation pour cause d'utilité privée mis en œuvre par les créanciers minoritaires.

174. Dans le cadre du redressement judiciaire, le tribunal dispose d'outils juridiques permettant la dilution voire l'exclusion des associés et/ou actionnaires récalcitrants⁴²⁸. Toutefois, leurs conditions de mise en œuvre sont tellement strictes que son pouvoir en devient, pour ainsi dire, illusoire, renforçant ainsi la vigueur de la volonté des parties.

175. Dans le même sens, enfin, en cas de blocage au sein des comités et/ou de l'AGUO, le tribunal ne saurait forcer l'adoption du plan soumis à leur vote, et ce même si ce blocage est abusif. La seule prérogative qui lui appartient consiste à imposer un passage à la procédure de consultation individuelle⁴²⁹. Si certains y voient une possibilité pour « *le tribunal (de) passer outre l'opposition des créanciers et imposer aux forceps un plan de continuation* »⁴³⁰, il n'en demeure pas moins que les chances de sauvegarde de l'entreprise et de maintien de l'activité s'en trouveront considérablement réduites, ce qui, au demeurant, n'est pas satisfaisant. Si aucune solution n'aboutit, la sauvegarde pourra être convertie en redressement judiciaire contre le gré du débiteur, et ce même s'il ne se trouve pas en cessation des paiements. Le redressement, lui, si aucune cession ou reprise interne n'est envisageable, devra nécessairement être converti en liquidation judiciaire.

176. Ainsi, l'encadrement de l'office du tribunal permet de préserver de manière optimale la volonté des parties traduite dans le plan. Toutefois, lorsqu'elle est contraire à l'objectif de restructuration en ne permettant pas l'adoption d'un plan, le tribunal devrait se voir offrir la possibilité de l'imposer, c'est ce que permettra la future extension de l'office du juge par l'introduction du mécanisme de *cross-class cram-down* (§2).

§2. Vers une extension de l'office du tribunal néfaste à la volonté des parties

177. Dans plusieurs pays étrangers, il existe un mécanisme de *cross-class cram-down* (A) qui, d'ici peu sera introduit en droit français (B).

A. Présentation du mécanisme de *cross-class cram-down*⁴³¹

178. En l'état actuel du droit, l'adoption d'un plan sans l'accord des obligataires est impossible, et ce même s'ils sont subordonnés aux créanciers des autres comités⁴³², dès lors qu'il n'existe, au demeurant, aucun mécanisme permettant de leur imposer.

⁴²⁵ C. com. art. L. 626-31.

⁴²⁶ Pouvoir non reconnu au tribunal, ce qui semble être particulièrement « curieux », en ce sens, S. Pelletier et X. Verroust-Valliot, « Comités de créanciers : la loi de la majorité peut-elle vraiment imposer des conversions de créances aux minoritaires ? », *Rev. proc. coll.* mai 2017, n°3, étude 10.

⁴²⁷ En ce sens, F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 950, p. 414.

⁴²⁸ Sur ce point, *Cf. supra* n° 149 à 153.

⁴²⁹ C. com. art. L. 626-34.

⁴³⁰ F-X. Lucas, « L'apport de la nouvelle loi et sa philosophie », *LPA* mars 2006, n° 54, p. 8.

⁴³¹ Officiellement traduit par « application forcée interclasse ».

⁴³² Sur ce point, *Cf. supra* n°.

179. En droit américain et allemand, le juge a la possibilité d'imposer un plan qui n'aurait pas reçu l'approbation de l'ensemble des classes de créanciers à la condition qu'au moins une d'entre elles aient voté en sa faveur et que ce dernier soit considéré comme étant « *juste et équitable* » pour ceux qui ne l'auraient pas approuvé soit en leur permettant de recevoir un paiement, soit en ne permettant pas aux créanciers d'un rang inférieur d'être désintéressés⁴³³.

180. Ce mécanisme appelé *cross-class cram-down*, intéressant dans la pratique en ce qu'il permet de réduire le poids politique des créanciers juniors dont les intérêts sont, le plus souvent, antagonistes à ceux des créanciers seniors ainsi qu'à l'objectif de restructuration, sera introduit en droit français d'ici peu (B).

B. L'introduction du mécanisme de *cross-class cram-down* en droit français

181. Après moult critiques du processus de consultation et d'adoption du plan en droit français, le législateur européen semble être l'initiateur de la réformation tant attendue de ce dernier. Par la directive (UE) du 20 juin 2019⁴³⁴, outre l'introduction des classes de créanciers, il impose aux Etats membres la transposition du mécanisme de l'application forcée interclasse⁴³⁵. En maintenant une intervention limitée de l'autorité judiciaire, il lui confère un rôle important en cas d'absence de consensus sur le plan entre les différents créanciers réunis en classes.

182. A la lecture de l'article 11 de la directive, il semble que les conditions de mise en œuvre du mécanisme de l'application forcée interclasse ressemblent étrangement⁴³⁶ à celles qui existent en droit allemand et américain⁴³⁷. En l'occurrence, le plan devra être approuvé par la majorité des classes de créanciers parmi lesquelles une au moins devra réunir des créanciers garantis ou de rang supérieur à celui des créanciers chirographaires, et à défaut il devra recevoir l'approbation d'une classe au moins autre que celle des détenteurs de capital et celle des *out of the money*, c'est-à-dire ceux qui, dans le cadre d'une liquidation judiciaire « *sèche* » ne recevraient rien. De surcroît, le législateur européen laisse, de manière regrettable⁴³⁸, libres les Etats membres d'imposer le respect de la règle de la priorité absolue.

183. La réactivité du législateur français fut consternante puisque, par la loi Pacte, il a d'ores et déjà initié le processus de transposition de ce dispositif⁴³⁹ en autorisant le Gouvernement à légiférer, par voie d'ordonnance, dont le texte devrait intervenir courant 2021. Si à ce jour, la manière dont le mécanisme va être transposé est encore inconnue, il y a de fortes chances que le Gouvernement se réfère au droit allemand qui, sur ce point, a une longueur d'avance⁴⁴⁰ sur le droit français.

184. En tout état de cause, grâce à l'intervention du juge, et sous réserve du respect de certaines garanties qui semblent, à la lecture de la directive, plutôt souples, les créanciers juniors, dont l'accord est nécessaire, ne disposeront plus d'un droit de veto injustifié. Dans l'intérêt du débiteur, les créanciers seniors qui œuvrent en faveur de la restructuration de ce dernier, pourront, avec l'aide du tribunal, imposer un plan respectueux de leur séniorité aux créanciers juniors qui ne pourront plus faire blocage.

185. A l'inverse, si la règle de la priorité absolue est retenue par le droit français⁴⁴¹, les créanciers juniors, eux, ne pourront illégitimement imposer un plan aux créanciers seniors dans l'unique dessein de servir leurs intérêts dès lors que l'ordre de subordination des créances devra être respecté.

⁴³³ Il s'agit de la règle de l'*absolute priority rule*, sur ce point, P. Dubois, J. Gumpelson, D. Chazeau et S. Lemseffer, « Du comité à la classe de créanciers : modalités de vote et décision des créanciers seniors en France et aux Etats-Unis », *art. cit.*

⁴³⁴ Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 dite « Restructuration et insolvabilité ».

⁴³⁵ Directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 dite « Restructuration et insolvabilité » : art. 11.

⁴³⁶ En réalité, cela n'est pas étrange dès lors que le droit allemand, lui-même inspiré du droit américain, a servi de modèle au législateur européen pour donner vie à cette directive.

⁴³⁷ Sur ce point, V° M-H. Monsérié-Bon, G. Cesare Giorgini, N. Partouche et J. Cavelier, « Les cadre de restructuration préventive : nouveau défi », in « La direction du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité. Quel contenu pour quelle transposition en droit français », *JCP E* fév. 2020, n°9, p. 1076.

⁴³⁸ En effet, c'est cette règle qui permet aux seniors d'imposer, grâce à l'intervention du juge, un plan respectueux de leurs intérêts aux juniors mais qui empêchent ces derniers de faire de même.

⁴³⁹ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises : art. 196 I 2°.

⁴⁴⁰ F. Pérochon, E. Delzant, M. Boché-Robinet et D. Caramalli, « Améliorer les restructurations d'entreprises : approche comparée des droits et meilleures pratiques en France et en Allemagne », *art. cit.*

⁴⁴¹ Ce qui semble être indispensable pour une efficacité optimale et cohérente du dispositif.

186. La transposition de ce dispositif appelle à deux constats. D'une part, ce mécanisme contribuera au renforcement du processus de hiérarchisation des volontés⁴⁴², en ce que celle des créanciers seniors primera toujours sur celle des créanciers juniors. D'autre part, il sera de nature à influencer le vote des créanciers récalcitrants qui auront tout intérêt à participer aux négociations du plan afin qu'il ne leur soit pas imposé contre leur gré, opérant ainsi une véritable instrumentalisation de leur volonté au service de la restructuration. Il semble que cette atteinte à la volonté soit nécessaire et justifiée par un intérêt supérieur qui n'est autre que la sauvegarde de l'entreprise.

187. La volonté des parties, si elle est plus ou moins préservée dans le cadre de l'arrêté du plan, semble aussi pouvoir s'exprimer dans le cadre de son exécution (**Section 2**).

Section 2. Le régime de l'exécution du plan

188. La volonté des parties semble, dans le cadre de l'exécution du plan, retrouver presque toute sa force (§1), ce qui doit être nuancé lorsque surviennent certains événements qui sont de nature à en affecter l'exécution (§2).

§1. La volonté dans le cadre de l'exécution du plan

189. Le plan, comme tout contrat, a force obligatoire à ceci près qu'il est, en vertu de sa nature judiciaire, opposable *erga omnes*, là où un simple contrat n'a qu'un effet relatif⁴⁴³. S'il s'impose à tous⁴⁴⁴, il n'est, en revanche, pas opposable par tous puisqu'en redressement judiciaire⁴⁴⁵, nul ne saurait s'en prévaloir, et en sauvegarde, à l'exception des personnes morales, seuls les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie le peuvent⁴⁴⁶.

190. L'arrêté du plan marque la fin de la période d'observation⁴⁴⁷ à compter de laquelle le droit commun reprend son cours. Ainsi, il est mis fin aux règles exorbitantes de droit commun de sorte que le débiteur recouvre tous ses pouvoirs⁴⁴⁸ et peut ainsi gérer son entreprise comme bon lui semble dans le respect du plan, toutefois. « *Maître de ses biens* »⁴⁴⁹, le débiteur peut librement disposer de ceux-ci⁴⁵⁰, sauf si le tribunal en a décidé autrement lors de l'arrêté du plan⁴⁵¹, et de leur prix de cession, sauf s'ils sont grevés⁴⁵². De surcroît, le débiteur se verra, dans certains cas, octroyer plus de droits que ceux dont il disposait avant l'ouverture de la procédure. A ce titre, il pourra, en effet, être autorisé à émettre de nouveau des chèques⁴⁵³.

191. Libéré, le débiteur ne le sera pas véritablement. En effet, dès l'arrêté du plan, il devra désintéresser l'AGS au titre du super-privilege de salaires. Il devra également procéder au règlement des créances garanties par le privilege de conciliation ou encore des créances d'un faible montant qui n'auraient fait l'objet d'aucune remise ou d'aucun délai expressément acceptés par leurs titulaires. Aussi, il devra procéder au versement des dividendes du plan de manière consciencieuse dans les conditions fixées par la loi et/ou retenues par le tribunal⁴⁵⁴, faute de quoi il s'exposera, sinon à une résolution du plan ou à son exécution forcée⁴⁵⁵, à des sanctions pénales.

⁴⁴² Sur ce point, Cf. *infra* n°121.

⁴⁴³ Même lorsque le plan est voté par les comités, les propositions acceptées par chacun s'imposent à tous.

⁴⁴⁴ C. com. art. L. 626-11 applicable à la sauvegarde et au redressement judiciaire et art. L. 626-31 pour le plan issu des comités.

⁴⁴⁵ C. com. art. L. 631-20.

⁴⁴⁶ C. com. art. L. 626-11.

⁴⁴⁷ C. com. art. L. 626-1 et L. 631-1.

⁴⁴⁸ Mais il sera tout de même placé sous la surveillance d'un commissaire à l'exécution du plan qui effectuera un contrôle a posteriori des actes qu'il aura effectués.

⁴⁴⁹ Récemment rappelé par Cass. com., 25 sept. 2019, n° 17-25.744, *JCP E* fév. 2020, n° 6, p. 1048.

⁴⁵⁰ Cass. com. 21 fév. 2006, n° 04-10.187, *D.* mars 2006, n° 10, p. 719, *obs.* A. Lienhard, *JCP E* avr. 2006, n°14-15, p. 670, M. Cabrillac ; *LPA* avr. 2006, n° 84, p. 18, C. Lebel ; *Gaz. pal.* mai 2006, n° 124, p. 32, D. Voinot ; *RTD com.* juin 2006, n° 2, p. 482, *obs.* J-L. Vallens.

⁴⁵¹ C. com. art. L. 626-14 : le tribunal peut rendre inaliénable les biens qu'il estime indispensables à la poursuite de l'activité.

⁴⁵² C. com. L. 626-22, sur la répartition du prix de vente selon les rangs de privilèges, V° F. Pérochon, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 443, n° 1023 s.

⁴⁵³ C. com. art. L. 626-13.

⁴⁵⁴ Selon que le plan a été ou non élaboré en présence des comités de créanciers, le plan se trouve ou non soumis à certaines règles impératives quant à l'apurement du passif notamment.

⁴⁵⁵ Sur ce point, Cf. *infra* n°193.

Dans le même sens, il sera mis fin au gel du passif de sorte que le débiteur devra payer à l'échéance toutes les dettes intervenues postérieurement à l'arrêté du plan, à défaut de quoi il pourra faire l'objet de poursuites.

Les créanciers dont les créances ne sont pas affectées par le plan recouvreront leur droit de poursuite, à l'exception des créanciers forclos dont la créance est inopposable à la procédure collective jusqu'à sa clôture⁴⁵⁶. Les autres créanciers, eux, devront nécessairement se conformer aux dispositions du plan.

192. Le débiteur ainsi que ses partenaires, le cas échéant, devront nécessairement répondre de leurs engagements. En outre, l'arrêté du plan ne signifie pas clôture de la procédure qui demeure jusqu'au terme fixé par le tribunal. Exorbitante de droit commun, la phase d'exécution laisse, tout de même, plus libre cours à la volonté des parties par rapport à la phase d'élaboration. Toutefois, l'exécution du plan est parfois affectée par certains événements (§2).

§2. La volonté face aux événements affectant l'exécution du plan

193. L'exécution du plan se trouve parfois être affectée par sa modification (A) ainsi que par son inexécution (B).

A. L'expression de la volonté dans le cadre de la modification du plan

194. Le plan, bien qu'il soit arrêté par le tribunal, n'est pas immuable. Au contraire, dans l'intérêt du débiteur, il est opportun qu'il puisse s'adapter à de potentiels changements circonstances.

195. Le tribunal a, sous certaines conditions⁴⁵⁷, le pouvoir de modifier le plan lorsque le débiteur lui en fait la demande. Réservée à ce dernier jusqu'en 2014, la saisine appartient désormais au commissaire à l'exécution du plan lorsque sa modification est favorable aux créanciers, mettant ainsi fin à son monopole. Dans le même sens, il est opportun de préciser que, dans le cadre du contexte sanitaire actuel, le commissaire à l'exécution du plan sera également compétent pour solliciter, par voie de requête, jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire⁴⁵⁸, la prorogation du plan d'une durée équivalente à celle de cette période voire d'un an maximum⁴⁵⁹. Le ministère public pourra également saisir le tribunal d'une telle requête. En ce domaine donc, le tribunal ne saurait procéder à la modification du plan seul.

S'agissant de la modification relative à la teneur du plan, toutefois, la saisine du tribunal semble s'imposer uniquement lorsque la modification envisagée est substantielle. Un certain nombre d'auteurs s'accordent à dire *qu'a contrario*, la modification relève du seul chef du débiteur⁴⁶⁰. Dans le même sens, le pouvoir de modification appartenant au tribunal disparaît lorsque le plan a été voté par les comités de créanciers, et ce quand bien même la modification serait substantielle⁴⁶¹. Dans ce cadre donc, la modification devra nécessairement être votée par les comités, ce qui témoigne, là encore, de la contractualisation du plan.⁴⁶²

A la lecture du texte, la modification du plan est substantielle lorsqu'elle concerne les « *objectifs ou les moyens du plan* ». Les objectifs visés sont bien évidemment ceux qui guident le législateur depuis 1985, à savoir, la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et l'apurement du passif. S'agissant des moyens, il s'agit de toutes les mesures qui sont prises pour satisfaire à ces objectifs.

⁴⁵⁶ Toutefois, le débiteur sera susceptible d'être actionné par le garant de ce créancier, et ce assez rapidement dans le cadre d'un redressement judiciaire, quelle que soit la qualité du garant, ou d'une sauvegarde lorsque le garant est une personne morale.

⁴⁵⁷ C. com. art. L. 626-26 : Différentes garanties sont énoncées, notamment, le commissaire à l'exécution du plan doit rendre un rapport, le ministère public doit avoir rendu un avis et que les différents acteurs et organes de la procédure aient été appelés.

⁴⁵⁸ Ord. n°2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire, art. 1 : la cessation de l'état d'urgence sanitaire est fixée au 23 juin 2020 inclus.

⁴⁵⁹ 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, art. 1^{er}.

⁴⁶⁰ En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 693, n° 1046 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit., p. 448, n° 1037, H. Poujade, *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté* : Thèse, Toulouse 1, 2014, n° 431 ; N. Borga, « La modification du plan », *CDE* juill. 2016, n°4, doss. 3.

⁴⁶¹ C. com. art. L. 626-31.

⁴⁶² Tel un contrat, le plan est la loi des parties au sein de laquelle le juge ne saurait s'immiscer.

A ce titre, les modifications peuvent porter sur les conditions d'apurement du passif⁴⁶³ lorsque le débiteur rencontre quelques difficultés, ou qu'au contraire, il a perçu une importante somme d'argent inattendue⁴⁶⁴. Dans ce cas, l'avis des créanciers est requis, étant précisé que l'aménagement du passif obéit aux règles habituelles en matière d'élaboration du plan⁴⁶⁵.

Ainsi, le tribunal qui impose une remise à un créancier sans son accord exprès commet un excès de pouvoir⁴⁶⁶. Les délais de paiement, eux, semblent pouvoir être imposés toutefois⁴⁶⁷. Est également considérée comme étant une modification substantielle la levée de l'inaliénabilité. Toutefois, lorsque le tribunal l'a autorisée par jugement modificatif, le débiteur n'est pas tenu d'obtenir une nouvelle décision modificative en vue de la substitution d'un nouvel acquéreur⁴⁶⁸.

Prudente, la jurisprudence, pour éviter les abus, exige que la modification du plan soit nécessaire à « *sa survie* »⁴⁶⁹ et qu'elle soit justifiée par un motif grave non imputable au débiteur⁴⁷⁰.

196. Ainsi, sur le modèle de l'élaboration du plan, les conditions de sa modification sont propices à l'expression de la volonté des parties, et ce davantage dans le cadre des procédures avec comités de créanciers. Selon un parallélisme des formes évident⁴⁷¹, le tribunal joue là encore un rôle de garant et n'autorisera la modification que si elle est conforme et nécessaire au respect des objectifs poursuivis. Si la décision de modification est publiée dans les mêmes conditions que le jugement d'ouverture, elle a cette particularité de pouvoir faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi⁴⁷². Le plan qui en résulte n'en est pas un nouveau toutefois⁴⁷³, c'est en tout cas la position adoptée par la Cour de cassation qui considère que « *le jugement qui a modifié le plan de redressement fait corps avec le jugement arrêtant ce plan* »⁴⁷⁴.

197. S'il est loisible aux parties d'exprimer leur volonté dans le cadre de la modification du plan, il en va différemment en cas d'inexécution de ce dernier **(B)**.

B. Le retrait de la volonté dans le cadre de l'inexécution du plan

198. Il est des situations dans lesquelles la résolution du plan s'impose tandis qu'elle n'est que facultative dans d'autres. Dans tous les cas, c'est le tribunal de la procédure collective qui est compétent pour la prononcer⁴⁷⁵, dès lors qu'elle ne saurait intervenir de plein droit⁴⁷⁶. Il doit être saisi par un créancier quelconque⁴⁷⁷, le ministère public ou le commissaire à l'exécution du plan par voie de requête⁴⁷⁸. Le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu selon que le débiteur se trouve ou non en cessation des paiements.

199. Si le débiteur a failli à ses obligations⁴⁷⁹ sans être en cessation des paiements, alors le tribunal dispose d'une grande liberté lui permettant soit de forcer l'exécution du plan soit d'en prononcer la résolution, étant précisé que dans ce dernier cas, l'ouverture d'une liquidation judiciaire ne saurait être fondée à défaut de cessation des paiements⁴⁸⁰.

⁴⁶³ CA Versailles, 15 nov. 2007, n° 07/04816, *BJS* avr. 2008, p. 316, F-X. Lucas : le débiteur sollicitait une réduction de certaines créances contre un paiement plus rapide ; CA Aix-en-Provence, 16 déc. 2006, n° 05/1449, *JCP E*, avr. 2007, n° 16, p. 1497, note A. Cerati-Gauthier.

⁴⁶⁴ Gain ou héritage.

⁴⁶⁵ Sur ce point, *Cf. supra* n° 120.

⁴⁶⁶ Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-28.986, *BJE* juill. 2014, n° 4, p. 235, C. de Lejarte-Moukoko ; *Gaz. pal.* avr. 2014, n° 100, C. Berlaud ; *Gaz. pal.* oct. 2014, n° 280, p. 36, C. Lebel.

⁴⁶⁷ En ce sens, N. Borga, « La modification du plan », *art. cit.*

⁴⁶⁸ Cass. com., 2 mars 2010, n° 09-14.425, *Rev. proc. coll.* juill. 2010, n° 4, comm. 166, J-J. Fraimout.

⁴⁶⁹ H. Poujade, *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté* : Thèse, Toulouse 1, 2014, n° 425.

⁴⁷⁰ En cela, les magistrats semblent faire application des conditions de mise en œuvre du mécanisme de l'imprévision.

⁴⁷¹ Avec la procédure d'élaboration du plan.

⁴⁷² C. com. art. L. 661-1.

⁴⁷³ En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 694, n° 1050.

⁴⁷⁴ Cass. Soc., 3 avr. 1991, *LPA* 1994, n° 20, p. 13, F. Derrida

⁴⁷⁵ C. com. art. L. 626-27 applicable au redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L. 631-19.

⁴⁷⁶ Cass. com., 15 février 2005, n° 03-12.095, *RJDA* juin 2005, n° 733.

⁴⁷⁷ C'est-à-dire soumis ou non au plan, en ce sens, F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 451, n° 1048.

⁴⁷⁸ C. com. art. R. 626-48.

⁴⁷⁹ Etant précisé qu'il s'agit désormais de tous ses engagements et non uniquement de ses engagements financiers.

⁴⁸⁰ Cass. com., 22 février 2007, n° 15-14.458 ; Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-17.130, *Act. proc. coll.* 2009, n° 38, P. Cagnoli ; *D.* janv. 2009, n° 2, p. 94, A. Lienhard ; pour un rappel récent de la solution V°. Cass. com., 8 janv. 2020, n° 18-16.296, *RTD com.* mai 2020, p. 181, *obs.* C. Saint-Alary-Houin.

Si le débiteur exécute ses engagements mais se trouve être en cessation des paiements au cours de la procédure, alors le tribunal n'aura d'autre choix que de prononcer la résolution du plan et d'ouvrir subséquemment à son encontre une nouvelle procédure et ce, sans consentement. S'il bénéficiait d'une sauvegarde, le tribunal disposera d'une liberté dans le choix de la procédure subséquente, à savoir un redressement judiciaire ou une liquidation judiciaire⁴⁸¹ si la situation est irrémédiablement compromise. L'intérêt du redressement judiciaire est qu'une cession totale de l'entreprise pourra être mise en œuvre voire même imposée, là où seule la cession partielle est permise en sauvegarde lorsqu'elle est consentie.

En pratique, c'est la liquidation judiciaire qui est le plus souvent ouverte. Si le débiteur bénéficiait d'un redressement judiciaire, en vertu de la maxime « *redressement sur redressement ne vaut* », une liquidation judiciaire sera nécessairement ouverte à son encontre. Tous les créanciers qui étaient soumis au plan deviendront, dans le cadre de la nouvelle procédure, des créanciers antérieurs et seront, dans un souci de simplification, dispensés de déclarer leurs créances admises dans la précédente procédure.

200. La résolution du plan ne pourra être prononcée par le tribunal qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public sous peine de nullité du jugement la prononçant⁴⁸².

201. La résolution du plan n'a d'effet que pour l'avenir, de sorte que tous les actes ayant trouvé leur utilité ne seront pas remis en cause. Elle entraîne la déchéance des délais de paiement accordés ainsi que des remises de paiement, de sorte que les créanciers recouvrent leurs créances avec leurs accessoires diminuées des dividendes qui auraient déjà été versés. Les tiers garants qui auront été actionnés par les créanciers pourront exercer leur voie de recours à l'encontre du débiteur si et seulement si il est *in bonis*⁴⁸³. S'il éprouve des difficultés à faire face à son passif, il pourra toujours solliciter l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation, mais cela est rare en pratique puisque la cessation des paiements est, bien souvent, caractérisée.

202. Enfin, non abordée par la loi, subsiste une interrogation quant au sort des garanties à l'exécution du plan en cas de résolution de celui-ci. Par un arrêt rendu en date du 8 juillet 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation a apporté une réponse⁴⁸⁴. Se posait la question du maintien de la caution donnée pour garantir l'exécution du plan restait de men cas de résolution du plan et ouverture d'une nouvelle procédure. La Haute juridiction considère, sans dénaturer la portée de son engagement, que la caution s'était engagée à payer une annuité du plan en cas de défaillance de l'entreprise, ce à quoi elle est donc tenue en cas de résolution de ce dernier. Conforme aux principes du cautionnement, cette solution a le mérite d'être pragmatique en ce qu'elle est protectrice des intérêts des créanciers. Bien évidemment, elle ne se limite pas au cautionnement et peut être étendue à l'ensemble des autres garanties⁴⁸⁵.

203. Ainsi, face à l'inexécution du plan, outre la possibilité pour les créanciers de saisir le tribunal, la volonté des parties ne saurait produire un quelconque effet, ce qui semble relever de l'évidence.

⁴⁸¹ Il s'agit d'une nouveauté depuis 2008 puisqu'auparavant, seule la mise en liquidation pure et simple était prévue.

⁴⁸² Cass. com., 3 mai 2011, n°10-14.558, *BJE* nov. 2011, p. 330, n° 157, C. de Lajarte ; *D.* mai 2011, n°19, p. 1278, *obs.* A. Lienhard.

⁴⁸³ Ce qui signifie *a contrario* que si une nouvelle procédure à son encontre, ils devront procéder à la déclaration de leur créance.

⁴⁸⁴ Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-13.274, *JCP E* déc. 2008, n°50, p. 2493, P. Simler ; *D.* sept. 2008, n°29, p. 1991.

⁴⁸⁵ CA Lyon, 3^e. ch. Civ., 2 mars 2010, n°09/03669, *Rev. proc. coll.* nov. 2010, n° 6, comm. 238, J-J. Fraimout.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

- 204.** En 2017, les procédures de sauvegardes ne représentaient que 2% du total des demandes d'ouverture en France⁴⁸⁶, contre 37% pour le redressement judiciaire et 52% pour la liquidation judiciaire. C'est dire donc que la sauvegarde demeure une procédure en marge. Dans le contexte sanitaire actuel, il est fort à parier que cela n'ira pas en s'améliorant, un grand nombre d'entreprises étant vouées à déposer le bilan, et ce en dépit des « aides » mises en place par l'Etat.
- 205.** La sauvegarde, d'un point de vue purement théorique, est une belle procédure en ce qu'elle est très prometteuse. Toutefois, en pratique, à l'instar du constat dressé à l'encontre des procédures amiables, les mentalités restent ancrées et les mesures incitatives mises en place par le législateur ne suffisent pas à les faire évoluer vers l'anticipation des difficultés. Souvent assimilée au redressement judiciaire, la procédure de sauvegarde emporte exactement les mêmes conséquences financières pour l'entreprise. Inscription de la mention « sauvegarde » sur l'extrait K-bis pendant une durée de cinq ans, baisse de la cotation entraînant des difficultés à obtenir une assurance-crédit, tous ces éléments sont de nature à inciter les débiteurs en difficulté à attendre le pire, c'est-à-dire l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire voire une liquidation judiciaire, ou le meilleur, c'est-à-dire un regain d'activité ou encore un afflux de trésorerie inespéré⁴⁸⁷.
- 206.** Peut-être sera-t-il possible de s'attendre à une réformation des procédures collectives qui nécessiteraient plus de lisibilité. Si les pays étrangers ont beaucoup à apprendre du système français de prévention des difficultés, il semble que le droit français, lui, doive s'inspirer des systèmes étrangers de traitement judiciaire des difficultés tel celui de l'Allemagne par exemple, plus en avance sur certains points. C'est déjà ce qu'a entrepris le législateur français en initiant la transposition de la directive européenne du 20 juin 2019. Reste à voir de quelle manière elle prendra vie en droit français.
- 207.** Il reste que contrairement à la représentation qu'il est possible d'en avoir, le traitement judiciaire des difficultés, bien qu'impératif, laisse une place à l'expression de la volonté. Le processus de contractualisation des procédures collectives permet, en effet, aux parties de faire valoir, si ce n'est pleinement, au moins en partie, leur volonté. Le rôle qui lui est attribué, accru déjà à ce jour, sera nécessairement renforcé par l'introduction très prochaine des classes de créanciers en droit français dès lors qu'elles seront généralisées à toutes les procédures judiciaires, mettant ainsi fin à la différence de traitement entre les PME et les grandes entreprises.
- 208.** Adaptées aux objectifs poursuivis et destinées à servir un intérêt supérieur, qu'est la restructuration, les procédures collectives mettent, et demain bien plus encore, à rude l'épreuve la volonté. Orientée, parfois même paradoxalement imposée, un nouveau concept de cette dernière semble être né et interroge grandement sur la manière dont il peut être juridiquement appréhendé. Différent de la volonté envisagée par le Code civil, ce nouveau concept pourrait être de nature à remettre en cause la nature du plan. Adopté au terme d'un processus contractualisé, le plan, non voulu par certains, peut-il être qualifié de contrat ? La question n'est pas si théorique que cela en pratique puisque la qualification retenue commandera le régime qui lui est applicable.
- 209.** De nombreuses questions restent en suspens à ce jour. Encore une fois, il est mis en exergue le caractère dérogoire du droit des entreprises en difficulté en ce que, en plus de disposer d'un corpus de règles qui lui est propre, il mobilise des concepts *ad hoc*.

⁴⁸⁶ Rapport du Ministère de la Justice, « Les chiffres-clés de la justice en 2018 », réalisé par le service de l'expertise et de la modernisation, ss. la dir. de la Statistique et des Etudes, disponible sur le site justice.gouv.fr.

⁴⁸⁷ Ce qui, il faut le dire, est rare en pratique, les difficultés rencontrées allant rarement en s'améliorant.

BIBLIOGRAPHIE

Traité et manuels :

- Delebecque (P), Germain (M), Ripert (G) et Roblot (R), *Traité de droit commercial* : Tome 2, Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives, 17^e éd., LGDJ, 2004, 1324 p.
- Derrida (F), Gode (P), Sortais (J-P), avec la collaboration de A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, 3^e éd., 1991, 676 p.
- Ghestin (J), Loiseau (G) et Serinet (Y-M), *Traité de droit civil : La formation du contrat, Tome 1, Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013., 1532 p.
- Jeantin (M) et Le Cannu (P), *Entreprises en difficulté*, Dalloz, Précis, 7^e éd., 2007, 888 p.
- Le Corre (P-M), *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz, 2019-2020, 3272 p.
- Lienhard (A), *Procédures collectives 2019-2020*, 8^e éd., Delmas, 672 p.
- Lucas (F-X), Manuel de droit de la faillite, 2^e éd., Droit fondamental, PUF, 2016, 300 p.
- Malaurie (Ph), Aynès (L), Stoffel-Munck (Ph), *Droit des obligations*, 10^e éd., 2018, LGDJ, Droit civil, 912 p.
- Pérochon (F), *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2018, 880 p.
- Saint-Alary-Houin (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., LGDJ, 2018, 1064 p.
- Soinne (B), Menjucq (M), Saintourens (B), *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., LexisNexis, 1995, 2832 p.
- Terré (F), Simler (Ph) et Lequette (Y), Chenédé (F), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9^e éd., 2036 p.

Thèses :

- Koel (M), *La négociation en droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de B. Thuillier, Thèse, Paris X, 2019, 640 p.
- Poujade (H), *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Thèse, Toulouse 1, 2014.
- Rouast (A), *Essai sur la notion juridique du contrat collectif en droit des obligations*, Thèse, Lyon, 1909, 434 p.

Encyclopédies, dictionnaires :

- Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique publié sous la direction de G. Cornu*, 12^e éd., PUF, 2018, 1092 p.
- Monsérié-Bon (M-H), *Entreprises en difficulté, « Mandat ad hoc – Conciliation »*, *Rép. dr. com., D.* 2012.
- Saint-Alary-Houin (C) et Houin-Bressand (C), JCI Commercial, Fasc. 2630, Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de redressement, 2018.
- Thuillier (B), JCI Commercial, Fasc. 2030, Procédure de conciliation et concordat amiable, 2016.
- Vincke (F), JCI Commercial, Fasc. 2600, Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : formation, Fasc. 2610, Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de sauvegarde : exécution, 2016.

Articles :

- Ansault (J-J)
 - « Réforme du droit des contrats et procédures collectives », *BJE* mars 2017, n° 2, p. 148.
- Assant (O) et Laurent (N)
 - « Bilan de l'efficacité du privilège de « new money » instauré par la loi de sauvegarde du 26 juill. 2005 », *JCP G juin* 2008, I, 157.
- Astrup (G), Crumière (M), Gicquel (M), Soogrim (A) et De Vilallonga (A)
 - « La boîte à outils du Code civil au service des techniciens du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll. mai* 2017, n°3, p. 19.
- Badillet (J)
 - « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. pal.* mai 2011, n° 132, p.7.
- Béhar-Touchais (M)
 - « Les plans de sauvegarde et de continuation », *Rev. proc. coll. déc.* 2005, n°4, p. 363, *spéc.* p. 364.
- Blanc (G)
 - « Le dispositif de la loi Macron relatif aux entreprises de plus de cent cinquante salariés », *D.* déc. 2015, n° 42, p. 2460.
- Bourbouloux (H)
 - « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE* mai 2012, n° 87, p. 183
- Borga (N)
 - « La modification du plan », *CDE* juill. 2016, n°4, doss. 3 ;
 - « Le sort des propriétaires de biens », in « Que reste-t-il du principe d'égalité des créanciers dans les procédures collectives ? », Actes de colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier le 20 juin 2019, *BJE* nov. 2019, n°6, p. 57.
- Brocard (E)
 - « La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté », *Rev. sociétés* avr. 2015, n°4, p. 217.
- Buisine (O)
 - « Prévention des difficultés des entreprises : évolutions et prospective », *Rev. proc. coll.* Juill. 2018, n° 4, étude 16.
- Buisine (O) et Rousseau (V)
 - « Directive (UE) 2019/1023 - 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, n° 2, étude 10.
- Cabrillac (M) et Pétel (Ph)
 - « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G* fév. 1997.
- Campana (M-J)
 - « La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire », *LPA* avr. 1994, n°47.
- Cerati (A)
 - « Droit de vote de l'associé : des atteintes mesurées », *LPA* juill. 2018, n°152, p.16.

- Chantepie (G) et Latina (M)
 - « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *D.* 2018, p. 309.
- Chaput (Y)
 - « Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives », *JCP G* 2005, n° 46, doct. 184.
- Coquelet (M-L)
 - « Le plan de cession : faut-il déjà réformer », *Rev. proc. coll.* fév. 2008, p. 128 ;
 - « Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ? », *Rev. proc. coll.* mai 2012, n°3, doss. 15.
- Couturier (G)
 - « Le plan de cession, instrument de restructuration... », *BJS* 2008, p. 142.
- Crocq (P)
 - « L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* mars 2009, n°13, p. 1313.
- Dammann (R) et Alle (A)
 - « Directive « restructuration et insolvabilité » : l'introduction des classes de créanciers en droit français », *D.* oct. 2019, n°37, p. 2047 ;
 - « La fin annoncée de la protection de l'actionnaire en sauvegarde », *BJS* oct. 2019, n° 10, p. 1.
- Dammann (R) et Guermonprez (M)
 - « Les recours contre l'organisation et les décisions des comités et assemblées de créanciers en France », *BJE* juill. 2018, n°4, p. 300.
- Dammann (R) et Lucas (F-X)
 - « Le nouveau dispositif de dilution ou d'éviction de l'associé qui ne finance pas le plan de redressement de la société », *BJS* oct. 2015, n° 10, p. 521.
- Dammann (R) et Robinet (M)
 - « Les comités des créanciers dans la loi de sauvegarde », *RLDA* mars 2006, n°3, p. 67.
- Dammann (R) et Schneider (S)
 - « La sauvegarde financière accélérée. Analyse et perspective d'avenir », *D.* 2011, p. 1429.
- Delattre (C)
 - « La confidentialité de l'article L. 611-15 du Code de commerce : vers une nécessaire modification du dispositif légal ? », *Rev. proc. coll.* janv. 2016, n°1, comm. 1.
- Dorleac (T)
 - « Le banquier et la nouvelle loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », *LPA* sept. 2006, n° 190, p. 7.
- Dumont (M-P)
 - « Quel avenir pour la caution du débiteur en procédure collective », *BJE* mai 2019, n°3, p. 10.
- Dumont (M-P) et Lisanti (C)
 - « Que reste-il du principe d'égalité dans les procédures collectives ? », Actes de colloque organisé à la Faculté de droit de Montpellier le 20 juin 2019, *BJE* nov. 2019, n°6, p.43 s.
- Dupichot (Ph), Merly (E), Sénéchal (M) et Kopf (F)
 - « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *BJE* sept. 2016, n°5, p. 352.

- Fraimout (J-J)
 - « Ordonnance du 18 décembre 2008 – La réforme des plans de sauvegarde et de redressement », *Rev. proc. coll.* janv. 2009, n°1, doss. 11.
- Fubois (P), Gumpelson (J), Chazeau (D) et Lemseffer (S)
 - « Du comité à la classe de créanciers : modalités de vote et décision des créanciers seniors en France et aux Etats-Unis », in « La restructuration financière d'un groupe en difficulté dans un contexte international : le droit en action- International Insolvency Institute et France Amériques », *BJE* juill. 2018, n°4, p. 296 ;
- Favario (T)
 - « La responsabilité des créanciers pour les concours consentis », *Rev. proc. coll.* janv 2020, doss. 6, p.1.
- Fabries-Lecea (E), Laroche (M), Lisanti (C), Mastrullo (T) et Robine (D)
 - « L'impact de la directive Restructuration et insolvabilité sur les parties prenantes » in « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité. Quel contenu pour quelle transposition en droit français », *JCP E* fév. 2020, n°9, p. 1077.
- Farhi (S)
 - « La conversion de créances en titres de capital lors d'une procédure collective », *Rev. proc. coll.* n°1, janv. 2019, étude 3.
- Gailhbaud (C)
 - « Ouverture du mandat *ad hoc* et de la conciliation : faut-il associer les salariés ? », *Rev. proc. coll.*, 2014, doss. 7, p. 1.
- Gavalda (Ch)
 - « Le règlement amiable », in *Le souci d'éviter la faillite des entreprises*, *RJ com.* 1986, n° spéc., p. 88.
- Gorias (S)
 - « Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi dite de sauvegarde », *LPA* fév. 2006, n°35, p. 96.
- Gorins (C)
 - « Evolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective », *BJE* mai 2015, n° 03, p. 185.
- Henry (L.C)
 - « Anéantissement de l'accord de conciliation par l'ouverture d'un redressement judiciaire : le sort de la caution dirigeante », *Rev. société déc.* 2019, n°12, p. 779.
- Houin-Bressand (C)
 - « Directive sur la restructuration et l'insolvabilité », *RDBF* nov. 2019, n°6, comm. 205.
- Jazottes (G)
 - « La situation générale des créanciers dans la préparation du plan », *Rev. proc. coll.* mai 2015, n°3, doss. 38.
- Kirillov (A)
 - « Les clauses de *hardship* en droit prospectif à l'épreuve de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *LPA* sept. 2011, n° 190, p. 5.
- Lebel (C)
 - « Le règlement amiable agricole réformé par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *Rev. proc. coll.*, mars 2014, dossier, art. 25., p. 71.

- Le Corre (P-M)
 - « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal.* Sept. 2005, p. 50 ;
 - « 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 2007, n° 202, p. 3 ;
 - « La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement », *D.* mars 2009, n°13, p. 882 ;
 - « Porteurs de titres super-subordonnés et élaboration des plans de sauvegarde ou de redressement avec comités », *D.* avr. 2010, n°14, p. 839 ;
 - « L'objectivisation des conditions d'ouverture de la sauvegarde », *BJE* mai 2012, n°3, p. 142 ;
 - « L'incidence de la loi PACTE sur le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. pal.* juill. 2019, n°25, p.35 ;
 - « La conciliation homologable, outil pour la directive « Restructurations ? », *Gaz. pal.* oct. 2019, n° 35, p. 41.
- Le Corre (P-M) et Montéran (T)
 - « Premiers regards sur la loi de sauvegarde, *D.* sept. 2005, n°33, p. 2297 ;
 - « Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : présentation », *Gaz.pal.* sept. 2005, n° 244, p.2.
- Legevaques (C), Roussel Galle (Ph), Gorias (S), Bremond (G), Gendrot (H), Saigne (P) et Vaillot (R)
 - « Le mandat *ad hoc* et la conciliation : l'efficacité renforcée ? », *LPA* sept. 2006, n°189, p.11.
- Legros (J-P)
 - « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Dr. sociétés* oct. 2005, n°10, étude 9.
- Le Normand (S)
 - « Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes », *JCP E* mai 2012, n°22, p. 1337.
- Levy (F)
 - « Comparaison de la loi russe et de la loi française en matière de faillite », *Rev. proc. coll.* 2005, n°4, p. 314.
- Lucas (F-X)
 - « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur », *RDBF* juill. 2002, n°4, étude 100035 ;
 - « L'apport de la nouvelle loi et sa philosophie », *LPA* mars 2006, n° 54, p. 8 ;
 - « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.*, mars 2013, art. 19, p. 73 ;
 - « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté », *Gaz. pal.* juin 2016, n° h.s 2, p. 50.
- Lucas (F-X) et Dammann (R)
 - « Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014 », *BJE* mai 2014, n°3, p. 14.
- Marcorig-Venier (F)
 - « Règlement amiable. Accord amiable. », *RTD com.* 1998, p 923 ;
 - « Réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret 2009-160 du 12 février 2009 », *RTD com* juin 2009, n°2, p. 436, spéc. p. 444 ;
 - « Le soutien bancaire du débiteur : privilège et principe de non-responsabilité », *BJE* nov. 2019, n°06, p. 67.
- Marcorig-Venier (F) et Saint-Alary-Houin (C)
 - « Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », *RTD com.* 2005, p. 829 ;
 - « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* déc. 2005, n°4, p. 352, spéc. p. 354 ;
 - « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises », *RDBF* 2006, n°2, doss. 2.

- Marks (D)
 - « Les procédures d’insolvabilité en Grande-Bretagne », *LPA* juin 2005, n° 119, p. 7 ; O. Morel, « La procédure d’Administration outre-manche », *BJE* janv. 2012, n° 1, p. 65.
- Martineau-Bourgninaud (V)
 - « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll. janv. 2014*, n° 1, doss. 5.
- Menjucq (M)
 - « Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté. Table Ronde », *Rev. proc. coll. mai 2014*, n° 3, entretien 2.
- Menjucq (M), Gentin (F), Basse (C), Thenevot (C) et Lencou (D)
 - « Le secret des affaires et la confidentialité des procédures - Table ronde », *Rev. proc. coll. janv. 2015*, n°1, p. 1.
- Monsèrié-Bon (M-H)
 - « La situation des associés après l’ordonnances du 12 mars 2014 », *BJE* mai 214, n°3, p. 180.
- Monsèrié-Bon (M-H), Cesare Giogini (G), Partouche (N) et Cavelier (J)
 - « Les cadre de restructuration préventive : nouveau défi », in « La direction du 20 juin 2019 sur la restructuration et l’insolvabilité. Quel contenu pour quelle transposition en droit français », *JCP E* fév. 2020, n°9, p. 1076.
- Montéran (T)
 - « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. Pal.* 2005, n° 251, p. 8.
- Morvan (P)
 - « Redressement et liquidation judiciaires – Des paiements effectués pendant la période suspecte », *JCP S* sept. 2005, n°14, p. 1212.
- Moulin (J-M)
 - « La réforme du commissariat aux comptes par les lois Pactes et Soilihi », *Gaz. pal.* sept. 2019, n°32, p. 63.
- Nef Naf (N)
 - « La sauvegarde financière accélérée, l’art délicat du blitzkrieg judiciaire », *LPA* janv. 2017, n°9, p. 6.
- Omar (P)
 - « L’évolution du redressement depuis l’an 2000 au Royaume-Uni », *Rev. proc. coll. janv. 2016*, étude n°4, p. 17.
- Parachékova (I)
 - « L’augmentation de capital forcée dans la loi Macron », *BJS* oct. 2015, n° 10, p. 529.
- Pelletier (S) et Verroust-Valliot (X)
 - « Comités de créanciers : la loi de la majorité peut-elle vraiment imposer des conversions de créances aux minoritaires ? », *Rev. proc. coll. mai 2017*, n°3, étude 10.
- Pérochon (F)
 - « Suivi et résolution des accords amiables », *BJE* nov. 2012, n° 6, p. 409 ;
 - « L’ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers tenus de déclarer », *BJE* mai 2014, n°3, p. 133.
- Pérochon (F), Delzant (E), Boché-Robinet (M), Caramalli (D) et Robine (D)
 - « Améliorer les restructurations d’entreprises : approche comparée des droits et meilleures pratiques en France et en Allemagne », *BJE* juill. 2019, n°4, p.55.
- Pétel (Ph)

- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », *JCP E* janv. 2009, n°3, p. 1049.
- Petitjean (M)
 - « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'ordonnance du 12 mars 2014 », *LPA* avr. 2014, n°78, p. 6.
- Poujade (H) et Vigreux (S)
 - « Le montage des plans », in *Le traitement des créances : pratique et actualités*, *BJE* janv. 2017, n°1, p. 78.
- Reille (F) et Legrand (F)
 - « Le sort des créanciers. Plus de droits et une meilleure sécurité juridique », *CDE* janv. 2015, n°5, doss. 5.
- Reygrobellet (A)
 - « Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde », *LPA* fév. 2006, p. 58.
- Rohard-Messenger (I)
 - « Réforme des contrats et droit des entreprises en difficulté », *JCP E* juin 2018, n°23, p. 1328.
- Roussel Galle (Ph)
 - « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 2006, n° 138, p. 10 ;
 - « Les entreprises en difficulté : terre de conflits », *Gaz. pal.* juin 2008, n°178, p. 60 ;
 - « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », *LPA* déc. 2014, n°257, p. 3 ;
 - « La loi Pacte apporte quelques modifications au droit des entreprises en difficulté mais nous en promet de plus importantes », *Rev. sociétés* sept. 2019, n°9, p. 551.
- Roussel Galle (Ph) et Le Marchand (P)
 - « La prévention du mandat *ad hoc* et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « prepack » cession », *CDE* janv. 2015, n°1, doss. 2.
- Routier (R)
 - « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 1478.
- Rubellin (P)
 - « Bref plaidoyer pour l'abrogation du règlement amiable agricole », *BJE* juill. 2017, n° 114, p. 245.
- Saint-Alary-Houin (C)
 - « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 169 ;
 - « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies », *Rev. proc. coll.*, 2007, n°1, p. 13.
- Sautonie-Laguioni
 - « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité », *JCP E* fév. 2020, n°9, doss. p. 1075.
- Téboul (G)
 - « La réforme en cours du droit des entreprises en difficulté : souplesse ou rigidité », *LPA* mars 2020, n°60, p. 7.
- Théron (J)
 - « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll. janv.* 2013, n°1, doss. 3.
- Thuillier (B)
 - « Accords ni constatés ni homologués, remise en cause des accords », *Rev. proc. coll. janv.* 2014, n° 1, doss. 2.

- Triclin (A) et Ferreira (G)
 - « Nature juridique du règlement amiable », *JCP E* 1998, n° 13, p. 513.
- Vallens (J-L)
 - « Les classes de créanciers, approche de droit comparé », *Rev. proc. coll.* mai 2019, n°3, doss. 17.
- Zinty (S)
 - « Le vice d'abus de dépendance dans le traitement amiable des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* nov. 2019, n° 6, étude 21.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Accord amiable, **22 et s.**

- apport en trésorerie, 85

- clauses, 73, 75

- Voir Conciliation

- conclusion, 29 et s.

- confidentialité, 31, 32

- constaté, 66, **81 et s.**

- créanciers, 27, 39

- délais de grâce, 42, **55**

- homologué, 34, 65, **81 et s.**,

- imprévision, **73 et s.**

- inexécution, **76 et s.**

- irresponsabilité, 53

- mesures, 41

- modification, 72

- nature, 34

- négociations, 27, 30

- poursuites, 82

- sûretés, 83

- vices, 68 et s.

Accord amiable homologué, **82 et s.**

- *Voir* Accord amiable

- caution, 83

- conditions, **65**

- *new money*, **52**, 85

- nouvel apport, 52

- nullité période suspecte, 84

- report cessation des paiements, 84

Accords de subordination, 122 et s.

Actionnaires ;

- dilution, **151**

- éviction, **153 et s.**

Administrateur judiciaire, 118 et s.

- choix de la personne, 135

- mission, 118, 135

AGS, 189

Alerte, 17

Arrêt du cours des intérêts, 146

Associés ;

- dilution, **151**

- éviction, **153 et s.**

B

Besoins de la procédure, 118

Bilan économique et social, 118

C

Capital ;

- augmentation, 151
- conversion de créances, 121, 170
- modification, 150, 152

CCSF, **40**

Cessation des paiements ;

- absence (mandat *ad hoc*) 18, (SV) 96,
- ancienneté, 97
- actif disponible, 97
- conciliation, 19, 65
- passif exigible, 97
- report, 84

Cession judiciaire;

- actifs, 43
- imposée, 59
- partielle, 197
- préparation en amont, **43** (*prepack cession*)
- totale, 197

CGG, 122

Chambre du conseil, 66

Cœur de défense, 107

Comités de créanciers, **110 et s.**

- blocages, 122, 125
- composition, **111** et s., 122
- *cram-down*, 122
- conditions de constitution, 112
- consultation, 122
- prérogatives, 119

Conciliateur; **48 et s.**

- missions, **42**, 43, 48
- rémunération, 50

Conciliation, **19 et s.**

- accord Voir Accord amiable
- coût, 50
- durée, 37
- initiative, 25
- liberté contractuelle, 24 et s.
- ouverture, 26
- partenaires, 27
- périmètre, **40 et s.**
- privilège de, 52
- SFA, **56**

Consultation individuelle, 113, **121**

Créances antérieures, 143

Créances postérieures, 143

CSE , 31, 65, 166

D

Délai de déclaration, **142**

Délais de paiement;

- accord amiable, 40, **42**, 82
- cautions et garants, **132**, 137, 144
- consultation, 121 s.
- nature, 137 et s.
Discipline collective, 57, **141 et s.**
Dividendes, 189
Dol , 69

E

Egalité des créanciers, 141
Erreur, 69
Etablissements de crédit, 111 et s.
Etat d'urgence, 193

G

Gage (droit de rétention), 145
Garants personne morale, 142
Gel du passif, 189

H

Homologation ;
- accord amiable, 34, 65, **81 et s.**,
- plan voté par comités, 171

I

Interdiction d'émettre des chèques, 86
Interdiction de gérer, 106
Interdiction des paiements, 143
Interdiction des poursuites, 144
Interdiction des voies d'exécution, 144

J

Jugement d'ouverture, **106**, 142

L

Leverage buy out, **56**, 132
Licenciements, 135, 164

M

Maître de ses biens, 188
Mandat *ad hoc*; **18 et s.**
- durée, 36
- initiative, 24
- mesures, 42 et 43

- ouverture, 26
 - périmètre, **39 et s.**
 - partenaires, 27
 - Mandataire à l'exécution de l'accord, 82, **87**
 - Mandataire *ad hoc*, 27, **30** et s., 39 et s.
 - Mandataire judiciaire;
 - consultation des créanciers, 121 et s.
 - rôle dans l'arrêté du plan, 164
 - Mesures conservatoires, 144
 - Ministère public;
 - avis obligatoire, 164, 199
 - conciliation, 31
 - inexécution du plan, 196
 - mandat *ad hoc*, 31
 - modification du plan, 193
 - ouverture RJ, 106
 - Modification du plan, **192 et s.**
-

N

- New money, **52**, 85
 - Nullités de la période suspecte, 133
-

P

- Période d'observation, **98** ;
 - achèvement, 188
 - bilan économique et social, 118
 - durée, 98
 - prorogation, 98
 - sûretés (SV / RJ), 132
- Plan cession, 98
- Plan de continuation, 98, **117 et s.**
- Plan de redressement;
 - adoption, 118 et s.
 - éviction des associés, 154
 - éviction des dirigeants, 153
 - inexécution, 196
 - modification, 192 et s.
 - nature, 99, 187
 - préparation, 118 et s.
 - reprise interne, **154 et s.**
 - résolution, **196 et s.**
- Plan de sauvegarde ;
 - adoption, 118 et s.
 - inexécution, 196
 - modification, 192 et s.
 - nature, 99
 - préparation, 118 et s.
 - résolution, **196 et s.**
- Préférence de paiement, 52
- Prepack* cession, 43
- Privilège de la procédure, 143
- Prix de la course, 141
- Procédure collective;

- compétence du tribunal, **164 et s.**, 196
 - déclaration de créance, 142
 - discipline collective, 141, **142 et s.**
 - inopposabilité de la créance, 142
 - menace, 56 et s.
 - migration vers, 43
 - objectifs, **6**, 193
 - ouverture, 25
 - préférence de paiement, 52
 - projet de plan, 118
 - semi-collective, 56
- Publicité, 106

R

- Redressement judiciaire, **93 et s.**;
- absence de cessation des paiements, 167
 - comités de créanciers, **110 et s.**
 - conversion SV en RJ, 173
 - conversion RJ en LJ, 173
 - dessaisissement du débiteur, 131
 - nature, 106
 - ouverture, **106 et s.**
 - période d'observation, 98
 - rôle du tribunal, **169 et s.**
- Règlement amiable agricole, **17 et s.**
- Reprise interne, **150 et s.**

S

- Saisies, 144
- Sanction commerciale, 106
- Sanctions patrimoniales,
- dilution, 152
 - éviction, 153 et s.
 - exécution forcée, 189
 - expropriation, 122, 155, 171
- Sanctions pénales, 189
- Sauvegarde; **93 et s.**
- assistance, 131
 - cœur de défense, 107
 - consécration, 97
 - comités de créanciers, **110 et s.**
 - discrimination positive, 108, **130 et s.**
 - licenciements, 135
 - nature, 106
 - ouverture, 97 et s., 107
 - période d'observation, 98
 - redressement anticipé, 97
- Sauvegarde accélérée, **57**
- Secret;
- des affaires, **32**
 - professionnel, 31
- SFA, 40, **56**
- Situation irrémédiablement compromise, 94, 197

Subordination, 122, 126, 183
Subsidaire;
- AGS, 135
- reprise interne (154)

T

Thomson-Technicolor, 122

V

Vente;
- V. cession
- adjudication, 155
- de droit commun, 155
- levée d'inaliénabilité, 193
Vices du consentement , 43, **70 et s.**

TABLE DES MATIERES

Remerciements	5
Liste des principales abréviations	6
Sommaire	9
Introduction	10
Première Partie : Le rôle de la volonté dans le traitement amiable des difficultés	13
Chapitre 1. L'élaboration et la conclusion de l'accord amiable.....	15
Section 1. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de l'élaboration et de la conclusion de l'accord amiable	15
§1. La manifestation croissante de la volonté initiée par la contractualisation des procédures amiables	15
A. Des procédures volontaristes empreintes de liberté contractuelle.....	15
1. Le monopole du débiteur dans l'initiative de la procédure	15
2. La libre participation des partenaires à la restructuration de l'entreprise	16
B. Des procédures destinées à la conclusion d'un accord amiable	17
1. Un accord négocié sous l'égide d'un tiers intervenant.....	17
2. La nature controversée de l'accord issu de l'expression de la volonté	19
§2. La manifestation de la volonté à l'occasion de la fixation du cadre des procédures amiables	20
A. La libre fixation de la durée.....	20
B. La libre fixation du périmètre des discussions.....	21
1. Le libre choix des cocontractants	21
2. Le libre choix des mesures curatives.....	21
Section 2. L'instrumentalisation de la volonté des parties à l'occasion de l'élaboration de la conclusion de l'accord amiable	23
§1. Une volonté orientée par des mesures incitatives	23
A. L'orientation de la volonté du débiteur	23
1. La maîtrise de la procédure par le débiteur	23
2. La maîtrise partielle du coût de la procédure par le débiteur	24
B. L'orientation de la volonté des partenaires.....	24
1. Le privilège de conciliation et ses effets	24
2. Le principe d'irresponsabilité des créanciers prêteurs	25
§2. Une volonté encadrée par des dispositifs dissuasifs.....	25
A. La menace résidant dans l'imposition de délais de grâce.....	25
B. La menace résidant dans l'ouverture d'une procédure collective ou semi-collective	26
Chapitre 2. Le régime de l'accord amiable à l'occasion de sa formalisation et de son exécution.....	28
Section 1. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de la formalisation et de l'exécution de l'accord amiable	28
§1. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de la formalisation de l'accord amiable.....	28
A. Le caractère facultatif de la formalisation de l'accord amiable.....	28
B. L'inefficacité de la formalisation face aux vices de l'accord amiable	29
§2. L'expression de la volonté des parties à l'occasion de l'exécution de l'accord amiable	30

A.	La modification de l'accord amiable	30
B.	L'inexécution de l'accord amiable	31
Section 2.	L'instrumentalisation de la volonté des parties à l'occasion de la formalisation et de l'exécution de l'accord amiable	32
§1.	Les effets incitatifs de la formalisation de l'accord amiable	32
A.	Le rapprochement de l'accord constaté et de l'accord homologué et leurs effets incitatifs.....	32
B.	Les effets incitatifs propres à l'accord homologué.....	33
§2.	L'institutionnalisation du mandataire à l'exécution de l'accord amiable	34
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	35
Partie Deux : Le rôle de la volonté dans le traitement judiciaire des difficultés	36
Chapitre 1.	L'élaboration et l'adoption du plan	38
Section 1.	L'expression de la volonté des parties à l'occasion de l'élaboration et de l'adoption du plan	38
§1.	La manifestation croissante de la volonté initiée par la contractualisation des procédures collectives	38
A.	L'expression de la volonté à l'occasion de l'ouverture de la procédure	38
B.	L'expression de la volonté à l'occasion de l'aménagement de la procédure.....	39
§2.	La volonté à l'épreuve de l'objectif de restructuration	40
A.	L'expression de la volonté et ses limites à l'occasion de l'adoption négociée du plan	40
1.	La fin du monopole du débiteur en matière de proposition de plan.....	40
2.	L'impact de la volonté au sein des processus de consultation	41
B.	Vers un renforcement de l'expression de la volonté.....	43
Section 2.	L'instrumentalisation de la volonté des parties à l'occasion de l'élaboration et de l'adoption du plan.....	44
§1.	Une volonté orientée par des mesures légales incitatives	44
A.	L'orientation de la volonté du débiteur par la discrimination positive en faveur de la sauvegarde	44
B.	L'orientation de la volonté des créanciers par la nature et le régime de la procédure.....	45
§2.	Une volonté encadrée par des mesures légales impératives	46
A.	La soumission obligatoire à la discipline collective	46
B.	Les dispositifs exorbitants de droit commun face à l'obstruction de certains partenaires	48
1.	Le mécanisme de dilution forcée.....	48
2.	Le mécanisme de cession forcée	48
Chapitre 2.	L'arrêté et l'exécution du plan	51
Section 1.	La volonté à l'épreuve du contrôle judiciaire opéré dans le cadre de l'arrêté du plan.....	51
§1.	L'encadrement de l'office du tribunal respectueux de la volonté des parties	51
A.	Le rôle et la compétence du tribunal dans les procédures hors comités de créanciers.....	51
B.	Le rôle et la compétence du tribunal dans les procédures avec comités de créanciers.....	52
§2.	Vers une extension de l'office du tribunal néfaste à la volonté des parties	53
A.	Présentation du mécanisme de <i>cross-class cram-down</i>	53
B.	L'introduction du mécanisme de <i>cross-class cram-down</i> en droit français	54
Section 2.	Le régime de l'exécution du plan.....	55
§1.	La volonté dans le cadre de l'exécution du plan	55
§2.	La volonté face aux événements affectant l'exécution du plan.....	56
A.	L'expression de la volonté dans le cadre de la modification du plan.....	56

B. Le retrait de la volonté dans le cadre de l'inexécution du plan	57
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	59
BIBLIOGRAPHIE.....	60
INDEX ALPHABETIQUE	68
TABLE DES MATIERES.....	74