

N° 615

# SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2020-2021

---

---

Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 mai 2021

## RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur les outils juridiques de **prévention et de traitement des difficultés des entreprises à l'aune de la crise de la covid-19,***

Par MM. François BONHOMME et Thani MOHAMED SOILIH, I,

Sénateurs

---

(1) Cette commission est composée de : M. François-Noël Buffet, *président* ; Mmes Catherine Di Folco, Marie-Pierre de La Gontrie, MM. Christophe-André Frassa, Jérôme Durain, Marc-Philippe Daubresse, Philippe Bonnacarrère, Mme Nathalie Goulet, M. Alain Richard, Mmes Cécile Cukierman, Maryse Carrère, MM. Alain Marc, Guy Benarroche, *vice-présidents* ; M. André Reichardt, Mmes Laurence Harribey, Jacky Deromedi, Agnès Canayer, *secrétaires* ; Mme Éliane Assassi, MM. Philippe Bas, Arnaud de Belenet, Mmes Catherine Belhiti, Esther Benbassa, MM. François Bonhomme, Hussein Bourgi, Mme Valérie Boyer, M. Mathieu Darnaud, Mmes Françoise Dumont, Jacqueline Eustache-Brinio, M. Pierre Frogier, Mme Françoise Gatel, M. Loïc Hervé, Mme Muriel Jourda, MM. Patrick Kanner, Éric Kerrouche, Mikaele Kulimoetoke, Jean-Yves Leconte, Henri Leroy, Stéphane Le Rudulier, Mme Brigitte Lherbier, MM. Didier Marie, Hervé Marseille, Mme Marie Mercier, MM. Thani Mohamed Soilihi, Jean-Yves Roux, Jean-Pierre Sueur, Mmes Lana Tetuanui, Claudine Thomas, Dominique Vérien, M. Dany Wattebled.



## SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION .....	7
LISTE DES RECOMMANDATIONS.....	15
<b>PREMIÈRE PARTIE - MIEUX PRÉVENIR : CONSOLIDER LES OUTILS DE DÉTECTION ET DE TRAITEMENT PRÉCOCE DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES.....</b>	<b>21</b>
<b>I. LA PRÉVENTION DE L'INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES EN FRANCE : PANORAMA .....</b>	<b>21</b>
A. TYPOLOGIE DES OUTILS DE PRÉVENTION.....	21
1. <i>La détection des difficultés</i> .....	21
a) Comptabilité et analyse financière .....	21
b) L'exploitation des « signaux faibles » .....	24
c) Les outils d'autodétection informels .....	26
d) Les procédures d'alerte.....	27
2. <i>La prévention de l'aggravation des difficultés</i> .....	28
a) Le conseil et l'accompagnement .....	28
b) Les cadres extrajudiciaires de négociation avec les créanciers.....	28
c) Les mandats de justice.....	30
B. LES ACTEURS DE LA PRÉVENTION .....	31
1. <i>Une multitude d'acteurs</i> .....	31
2. <i>Le rôle des administrations de l'État</i> .....	32
a) Au niveau central .....	33
b) Au niveau déconcentré .....	33
3. <i>Le rôle des juridictions</i> .....	34
a) Les prérogatives du président du tribunal .....	34
b) Le rôle du greffe .....	35
c) Un rôle de prévention faiblement assumé par les tribunaux judiciaires, à la différence des tribunaux de commerce .....	35
d) Les auxiliaires de justice .....	36
<b>II. MIEUX STRUCTURER L'OFFRE EXISTANTE ET COMBLER SES FAILLES .....</b>	<b>36</b>
A. AMÉLIORER L'INFORMATION COMPTABLE ET FINANCIÈRE.....	36
1. <i>Les lacunes de l'information comptable et financière et l'impact des réformes récentes</i> .....	36
2. <i>Améliorer l'accès des dirigeants à la formation</i> .....	38
3. <i>Aider les chefs d'entreprise à s'entourer</i> .....	38
B. COORDONNER LES ACTEURS ET ORIENTER LES DOSSIERS LES PLUS DIFFICILES VERS LES TRIBUNAUX.....	39
1. <i>Un effort de coordination indispensable</i> .....	39
2. <i>Faciliter la circulation de l'information en abattant les cloisons entre administrations et juridictions</i> .....	41
3. <i>Vers un tribunal « hors les murs » ?</i> .....	43

---

C. RENFORCER L'ATTRACTIVITÉ DES PROCÉDURES AMIABLES.....	44
1. La suspension ciblée des poursuites en conciliation .....	45
2. Limiter le coût des procédures amiables.....	46
3. Élargir le vivier des mandataires de justice .....	47
<b>DEUXIÈME PARTIE - MIEUX TRAITER : RENFORCER L'EFFICACITÉ DE NOS PROCÉDURES COLLECTIVES.....</b>	<b>49</b>
<b>I. L'EFFICACITÉ CONTROVERSÉE DES PROCÉDURES COLLECTIVES FRANÇAISES .....</b>	<b>50</b>
A. LES ENJEUX ÉCONOMIQUES DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ .....	50
B. LES PROCÉDURES FRANÇAISES D'INSOLVABILITÉ LAISSENT-ELLES SURVIVRE DES ENTREPRISES « ZOMBIES » ?.....	52
C. QUELLE INCIDENCE DU DROIT FRANÇAIS DE L'INSOLVABILITÉ SUR L'ACCÈS AU CRÉDIT ? .....	55
D. LES PRINCIPES D'UNE RÉFORME .....	61
1. Clarifier les objectifs des procédures collectives et mieux les articuler avec d'autres politiques publiques.....	61
a) Ôter tout aspect répressif aux procédures collectives.....	61
b) Distinguer la protection des entreprises de celle des dirigeants et associés.....	61
c) La protection de l'emploi : un difficile arbitrage entre le court et le long terme...	62
2. Mieux prendre en compte les évolutions de l'économie et la diversité des entreprises .....	63
<b>II. RESTRUCTURER PLUS EFFICACEMENT .....</b>	<b>64</b>
A. MODERNISER LES CONDITIONS D'ADOPTION DES PLANS DE RESTRUCTURATION À L'OCCASION DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DU 20 JUIN 2019.....	65
1. Les procédures actuelles de restructuration judiciaire en droit français.....	65
a) Conditions d'élaboration et d'adoption du plan de continuation.....	66
(1) Le droit commun : la consultation individuelle des créanciers .....	66
(2) Le droit spécial : les comités de créanciers.....	67
b) Que se passe-t-il si le tribunal n'arrête pas de plan de continuation ? Le cas du plan de cession.....	69
2. La directive Restructuration et insolvabilité du 20 juin 2019 .....	70
3. Veiller à faire les choix de transposition les plus pertinents .....	73
a) Un champ d'application opportunément large .....	73
b) Un traitement différencié des grandes et petites entreprises .....	74
c) La constitution des classes de parties affectées .....	76
d) L'initiative partagée du projet de plan, en sauvegarde comme en redressement.....	76
e) Les conditions de l'application forcée interclasse .....	77
(1) Un pouvoir de blocage reconnu au débiteur, en sauvegarde comme en redressement judiciaire et quelle que soit la taille de l'entreprise.....	77
(2) Une règle de priorité absolue et une large dérogation .....	78
f) Les conséquences de l'échec de la procédure .....	79
B. AU-DELÀ DE LA DIRECTIVE.....	80
1. La question de la fusion des procédures de sauvegarde et de redressement.....	80
2. Comment traiter le cas d'entreprises manifestement insolvables quoique n'ayant pas cessé leurs paiements ? .....	81
3. La nécessaire réforme du plan de cession .....	84

<b>III. TRAITER PLUS EFFICACEMENT LES SITUATIONS IRRÉMÉDIABLEMENT COMPROMISES ET FAVORISER LE REBOND.....</b>	<b>86</b>
1. <i>Favoriser la poursuite de l'aventure entrepreneuriale .....</i>	<i>86</i>
a) Élargir les possibilités de reprise d'une entreprise par ses dirigeants, notamment dans les TPE-PME.....	86
b) Élargir les conditions d'accès à la procédure de rétablissement professionnel.....	90
2. <i>Protéger le patrimoine personnel des entrepreneurs.....</i>	<i>92</i>
a) Renforcer encore l'étanchéité entre le patrimoine de l'entrepreneur et celui de l'entreprise ?.....	93
(1) La protection de l'exploitant individuel : la soustraction d'une partie du patrimoine au gage commun des créanciers .....	93
(2) La protection des entrepreneurs ayant consenti une sûreté personnelle pour garantir les dettes de l'entreprise .....	94
b) Faciliter l'étalement ou l'effacement des dettes personnelles de l'entrepreneur ..	95
3. <i>Revoir le régime de la faillite et des interdictions professionnelles.....</i>	<i>98</i>
4. <i>Accélérer et faciliter les opérations de liquidation .....</i>	<i>99</i>
a) Ne plus faire supporter aux entrepreneurs les longueurs de la liquidation judiciaire.....	99
b) Faciliter la cession du fonds.....	101

**TROISIÈME PARTIE - MIEUX JUGER : CRÉER LA JURIDICTION ÉCONOMIQUE DU XXI<sup>E</sup> SIÈCLE.....105**

<b>I. L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE : UN ÉCLATEMENT DOMMAGEABLE DU CONTENTIEUX ENTRE DEUX JURIDICTIONS .....</b>	<b>105</b>
1. <i>Le partage des compétences entre le tribunal de commerce et le tribunal judiciaire.....</i>	<i>105</i>
2. <i>La « relative incohérence » de la compétence razione materiae du tribunal de commerce ...</i>	<i>108</i>
3. <i>L'attribution exclusive du contentieux des baux commerciaux au tribunal judiciaire, malgré sa nature économique .....</i>	<i>109</i>

**II. UNIFIER LE CONTENTIEUX POUR CRÉER UN VÉRITABLE TRIBUNAL DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES.....109**

<b>A. DONNER COMPÉTENCE EXCLUSIVE AU TRIBUNAL DE COMMERCE POUR PRÉVENIR ET TRAITER DES DIFFICULTÉS DE TOUTES LES ENTREPRISES.....</b>	<b>109</b>
1. <i>Faire évoluer l'organisation judiciaire pour créer une véritable justice économique.....</i>	<i>109</i>
2. <i>La nécessité de préserver les garanties actuelles bénéficiant aux agriculteurs et aux professions libérales .....</i>	<i>111</i>

**B. ATTRIBUER AU TRIBUNAL DE COMMERCE LE CONTENTIEUX DES BAUX COMMERCIAUX LORSQU'IL EST DE NATURE ÉCONOMIQUE..... 113**

**III. POURSUIVRE LA MODERNISATION DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.....114**

<b>A. FAIRE ÉVOLUER LE CORPS ÉLECTORAL DES JUGES CONSULAIRES ET L'ÉLIGIBILITÉ À CES FONCTIONS .....</b>	<b>114</b>
1. <i>La réforme récente du mode d'élection des juges consulaires .....</i>	<i>114</i>
2. <i>L'évolution nécessaire du corps électoral des juges consulaires et de l'éligibilité à ces fonctions .....</i>	<i>115</i>
3. <i>Mieux encadrer la participation des anciens juges au corps électoral .....</i>	<i>116</i>

B. RENFORCER LES GARANTIES ENTOURANT LE STATUT DES JUGES CONSULAIRES.....	116
1. <i>La création récente d'un « statut » de juge consulaire</i> .....	116
2. <i>Les évolutions nécessaires au renforcement des garanties entourant ce statut</i> .....	119
C. PARACHEVER LA SPÉCIALISATION DE CERTAINS TRIBUNAUX DE COMMERCE .....	120
D. ÉCARTER LA QUESTION DE L'ÉCHEVINAGE DE LA FUTURE JURIDICTION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES.....	123
<b>ANNEXE - TABLEAU DES PROCÉDURES DE PRÉVENTION ET DE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES PRÉVUES AU LIVRE VI DU CODE DE COMMERCE .....</b>	<b>125</b>
<b>EXAMEN EN COMMISSION.....</b>	<b>131</b>
<b>LISTE DES PERSONNES ENTENDUES .....</b>	<b>141</b>
<b>PROGRAMME DU DÉPLACEMENT À TOURCOING ET LILLE .....</b>	<b>145</b>

## INTRODUCTION

Le surgissement de l'épidémie de covid-19, pendant l'hiver 2020, et les mesures de police sévères prises par les autorités publiques pour en enrayer la progression, ont provoqué au niveau international **la plus grave crise économique depuis la Seconde guerre mondiale**.

**En France**, selon une première estimation de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), **le produit intérieur brut (PIB) a diminué de 8,3 % en 2020**, en raison d'une chute brutale de la consommation et de l'investissement, dans l'hexagone comme dans les outre-mers. Quoiqu'un rattrapage partiel soit vraisemblable, les perspectives pour l'année 2021 restent très incertaines, une troisième vague de contaminations ayant déferlé sur le pays au début du printemps, sans que la vaccination de la population progresse au même rythme. Certains secteurs d'activité ont souffert plus que d'autres : dans l'industrie, le secteur aéronautique et, à un moindre degré, le secteur automobile ; dans les services marchands, l'hôtellerie-restauration, les transports, ou encore certains services à la personne comme la coiffure<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir le résultat des enquêtes mensuelles de conjoncture réalisées par la Banque de France, consultable à l'adresse suivante : <https://www.banque-france.fr/economie/projections-macroeconomiques-france>.

### Le produit intérieur brut français et ses composantes, 2017-2020



Source : INSEE

**Cette crise d’une brutalité inouïe n’a pas entraîné une multiplication des défaillances d’entreprises, tout au contraire.** Selon la Banque de France, le nombre de défaillances<sup>1</sup> est passé de 52 000 environ en 2019 à 32 000 en 2020, soit une diminution de plus de 40 %. Le schéma ci-dessous permet de comparer le nombre hebdomadaire de défaillances pour chaque semaine de l’année, de 2019 à 2021.

### Nombre hebdomadaire de défaillances d’entreprises (2019-2021)



Source : Banque de France

<sup>1</sup> Une défaillance est ici entendue comme l’ouverture d’une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, qui suppose que le débiteur soit en état de cessation des paiements.

**Ce paradoxe apparent s'explique aisément : nos entreprises, depuis plus d'un an, sont maintenues sous « perfusion » financière.** Celles qui disposaient de lignes de crédit bancaire ou de facilités de caisse les ont massivement mobilisées, dès le mois de mars 2020. Surtout, les pouvoirs publics (État et collectivités territoriales) ont apporté aux entreprises un soutien financier considérable, plus ou moins différencié en fonction des secteurs, sous la forme de subventions, d'avances remboursables, de garanties d'emprunt (la Banque de France estimant à 132 milliards d'euros le montant des encours de crédit accordés aux entreprises grâce au dispositif des prêts garantis par l'État ou PGE), de report de charges fiscales et sociales, ou encore de la prise en charge par l'État et l'Unédic de l'indemnisation versée aux salariés en activité partielle. Pour la plupart, ces dispositifs d'aide publique se traduisent par **un surcroît de dettes**, qu'il leur faudra acquitter le moment venu.

**D'autres mesures, juridiques ou pratiques,** ont été prises pour prévenir ou retarder le dépôt de bilan des entreprises affectées, comme le « gel » de la situation des débiteurs pour l'appréciation de l'état de cessation des paiements<sup>1</sup>, ou encore l'instruction informelle donnée à l'administration fiscale et aux unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) de suspendre l'assignation d'entreprises débitrices en redressement ou en liquidation judiciaire.

Dans ces conditions, et sans même tenir compte des dettes contractées au titre du PGE, **l'assureur-crédit Coface évalue à 22 500 le nombre d'entreprises françaises « en sursis »**, qui auraient dû déposer le bilan en 2020 et ne l'ont pas fait, mais devraient y être conduites dès le retour à une activité normale<sup>2</sup>.

\*

\* \*

C'est dans ce contexte inédit et marqué par de fortes incertitudes que s'inscrit la démarche de la commission des lois qui, dès le mois d'**octobre 2020**, a créé en son sein une **mission d'information** afin de proposer une **évolution des règles juridiques actuelles relatives à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, ainsi qu'au rebond des entrepreneurs.**

---

<sup>1</sup> Article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale.

<sup>2</sup> « Défaillances en France : plus de 22 000 entreprises en suspens », *Les publications économiques de Coface*, 23 mars 2021. Les dettes contractées au titre du PGE ne sont pas prises en compte dans ce calcul, puisqu'elles ne sont généralement remboursables qu'à compter de 2022. Voir aussi une précédente étude intitulée « The Business Insolvency Paradox in Europe : Miracle and Mirage », mars 2021.

## **Deux dangers opposés guettent aujourd'hui l'économie française<sup>1</sup>.**

D'une part, la crise sanitaire pourrait se traduire, à mesure que les aides publiques diminueront, par **la défaillance et la disparition de nombreuses entreprises viables**, confrontées à de graves problèmes de liquidité alors qu'elles dégagent, à moyen et long terme, des bénéfices suffisants pour couvrir leurs besoins de financement. C'est là, sans doute, le principal danger auquel nous sommes aujourd'hui confrontés.

D'autre part, on ne peut ignorer **le risque de voir se multiplier les entreprises « zombies »**, insuffisamment rentables pour faire face à une dette trop lourde, en même temps qu'aux attentes de rémunération des détenteurs de capital. Cela résulte d'abord du fait que des entreprises qui étaient déjà en difficulté avant la crise sanitaire ont bénéficié de mesures de soutien public indifférenciées, et ont ainsi été maintenues artificiellement en vie. Mais même parmi les entreprises qui étaient en bonne santé avant la crise, beaucoup pourraient avoir des difficultés à s'en remettre, car elles devront consacrer une part accrue de leurs bénéfices à rembourser les dettes accumulées, au détriment des investissements et de la productivité à long terme.

**Pour faire face à ce double danger, à côté des mesures de soutien financier, l'ensemble des procédures judiciaires ou extrajudiciaires de traitement de l'insolvabilité (ou du risque d'insolvabilité) des entreprises jouent un rôle déterminant.**

Ces procédures, en effet, ont d'abord pour objet de **restructurer le passif des entreprises en difficulté**, afin que le remboursement de leurs dettes ne les conduise pas à la ruine, à plus ou moins long terme. Cela peut passer par un accord amiable de rééchelonnement ou de remise de dettes avec un ou plusieurs créanciers, en dehors de tout cadre judiciaire ou avec l'intervention d'un mandataire de justice, ou encore par une procédure contentieuse aboutissant à l'arrêt d'un plan de restructuration. Simultanément, ces mêmes entreprises sont conduites à **réorganiser leur structure productive** afin que les difficultés passées ne se reproduisent pas.

Toutefois, certaines entreprises sont confrontées à de telles difficultés qu'aucune restructuration ne peut les sauver : en cas de poursuite d'activité, elles continueraient inévitablement à accumuler les dettes. Dans ce cas, il est préférable que leurs actifs soient réalloués à des entreprises plus performantes, dans le but de préserver le potentiel de croissance du pays et le niveau d'emploi. C'est pourquoi les procédures d'insolvabilité doivent également avoir pour objet d'opérer **un tri entre les entreprises viables et non viables**. Elles participent ainsi à la « destruction

---

<sup>1</sup> À ce sujet, voir le récent rapport du Conseil national de productivité, Les effets de la crise covid-19 sur la productivité et la compétitivité, janvier 2021, consultable à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr>.

créatrice », dont le rôle dans la croissance économique n'est plus à démontrer<sup>1</sup>.

\* \*  
\*

### **Le droit français des entreprises en difficulté comporte ses forces et ses faiblesses.**

Parmi ses forces, il faut mentionner **la variété des instruments de prévention de l'insolvabilité**, qui visent à détecter et à traiter de manière aussi précoce que possible les difficultés de trésorerie des entreprises : outils de détection, cotation du risque, procédures d'alerte, cadres de négociation amiable, mandats de justice et procédures judiciaires, *etc.* Toutefois, **les statistiques souvent mises en avant pour démontrer l'efficacité de ces outils doivent être prises avec précaution** : le taux de réussite d'un dispositif de médiation, par exemple, ou encore la proportion des procédures de conciliation ou de sauvegarde qui se concluent par l'adoption d'un accord amiable ou l'arrêt d'un plan de continuation, par exemple, ne disent rien sur la viabilité à moyen terme des entreprises concernées. De fait, beaucoup d'entre elles rechutent. En outre, comme nous le verrons, **les procédures préventives restent difficilement accessibles aux petites et moyennes entreprises.**

L'existence de **juridictions spécialisées**, composées de magistrats non professionnels issus du monde de l'entreprise, doit également être comptée parmi nos atouts. Dans le cadre des procédures collectives, le raisonnement judiciaire repose sur des notions économiques autant que juridiques, ce qui exige une grande familiarité avec la vie des affaires. Les tribunaux de commerce ont également fait la preuve de leur réactivité et de leur capacité d'adaptation au plus fort de la crise sanitaire<sup>2</sup>.

Parmi les faiblesses du droit français, en revanche, beaucoup déplorent **un biais en faveur de la préservation de l'activité d'entreprises non viables, au détriment non seulement des intérêts des créanciers, mais aussi de la croissance et de l'emploi à long terme.** Il appartenait à la mission d'information de vérifier cette appréciation et, le cas échéant, d'en tirer les conséquences.

---

<sup>1</sup> Voir Ph. Aghion, C. Antonin et S. Bunel, *Le Pouvoir de la destruction créatrice. Innovation, croissance et avenir du capitalisme*, Paris, Odile Jacob, 2020.

<sup>2</sup> Voir le rapport d'information n° 608 (2019-2020) Covid-19 : deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire fait, au nom de la commission des lois, par MM. Philippe Bas, François-Noël Buffet, Pierre-Yves Collombat, Mmes Nathalie Delattre, Jacqueline Eustache-Brinio, Françoise Gatel, MM. Loïc Hervé, Patrick Kanner, Alain Richard, Jean-Pierre Sueur et Dany Wattebled, 29 avril 2020, p. 51-52. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr>.

Au terme de ses travaux, la mission d'information formule **54 propositions** afin que le droit français puisse :

- **mieux prévenir les difficultés des entreprises**, en structurant davantage l'offre existante et en comblant les failles ;

- **mieux les traiter**, en favorisant des mécanismes de restructuration ou de cessation d'activité plus favorables au rebond de l'activité économique ;

- et **mieux les juger**, grâce à l'unification du contentieux des entreprises en difficulté devant des juridictions commerciales modernisées.

\* \*  
\*

La mission d'est d'abord attachée à examiner les mécanismes de **prévention** des difficultés des entreprises.

Sous ce terme ambigu, on range généralement **l'ensemble des dispositifs visant à identifier les entreprises qui traversent des difficultés, à les accompagner et à améliorer leur situation économique et financière, avant qu'elles ne deviennent insolvables**. C'est dire que la « *prévention* » intervient à des étapes très différentes dans le développement des difficultés des entreprises, depuis leurs premiers signes avant-coureurs jusqu'à la veille du dépôt de bilan<sup>1</sup>. **La frontière entre la prévention et le traitement de l'insolvabilité reste d'ailleurs poreuse**, celle-ci devant être définie comme une probabilité de défaillance, qui s'apprécie à la lumière de critères tels que le rapport entre le montant de l'actif et du passif ou encore la capacité à payer ses dettes à mesure qu'elles deviennent exigibles, mais qui ne saurait être identifiée avec l'un ou l'autre de ces critères. On exclura ici du champ de la prévention la procédure judiciaire de sauvegarde, qui ne peut certes être ouverte qu'avant la cessation des paiements de l'entreprise débitrice, mais qui suppose que ses difficultés aient déjà atteint un tel degré de gravité qu'il faut interrompre le cours normal de l'exécution des contrats, organiser une négociation avec les créanciers sous le contrôle d'un tribunal et placer l'avenir de l'entreprise entre les mains de celui-ci. Comme on le verra, la sauvegarde doit plutôt être analysée conjointement avec les autres procédures collectives.

---

<sup>1</sup> Comme le souligne le professeur François-Xavier Lucas, la prévention des difficultés devrait plutôt être entendue, au sens strict, comme « tout ce qui, dans notre droit, vise à améliorer la gestion des entreprises pour éviter que les difficultés ne surviennent, qu'il s'agisse de renforcer les fonds propres des sociétés, d'améliorer l'accès de l'entrepreneur à l'information comptable et financière (...), d'imposer un raccourcissement des délais de paiement et d'une manière générale de favoriser toute évolution législative ou réglementaire améliorant l'environnement dans lequel évolue l'entreprise » (Manuel de droit de la faillite, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2016, p. 33).

**La prévention ainsi entendue mérite évidemment d'être encouragée.** Dans le meilleur des cas, elle évite aux entreprises qui rencontrent des difficultés de voir celles-ci s'aggraver au point de connaître une crise de liquidité. À défaut, elle évite à des entreprises viables, mais dont la trésorerie ne permet pas d'honorer les dettes exigibles, de se trouver acculées au dépôt de bilan ou d'entrer dans une spirale de l'endettement qui compromettrait leur avenir. Elle permet ainsi de préserver des activités et des emplois à court, moyen et long terme.

**La France dispose d'un large panel d'outils de prévention. Le principal enjeu, que la crise actuelle n'a fait qu'accentuer, est de coordonner cette offre et de l'orienter davantage vers les petites et moyennes entreprises,** dont beaucoup sont aujourd'hui en difficulté, alors même qu'elles représentent près de la moitié de l'emploi salarié dans le secteur marchand<sup>1</sup>.

Dans un deuxième temps, la mission d'information s'est penchée sur les **procédures judiciaires de traitement de l'insolvabilité des entreprises**, dites aussi **procédures collectives**. Au-delà de leur objectif traditionnel, qui est d'assurer un traitement équitable des créanciers de l'entreprise insolvable, leur fonction économique est considérable : afin de maximiser le niveau global de la production, des revenus et de l'emploi, ces procédures doivent, d'une part, opérer une sélection efficace entre les entreprises viables et non viables, d'autre part, faciliter le financement des entreprises en offrant des garanties suffisantes aux apporteurs de fonds. Or, de ce double point de vue, **l'efficacité économique des procédures collectives françaises est contestable et contestée.**

La mission s'est ainsi attachée à mettre en exergue les pistes qui peuvent être explorées pour **renforcer l'efficacité de la restructuration judiciaire** des entreprises en difficulté. La directive européenne *Restructuration et insolvabilité* du 20 juin 2019 offre, à cet égard, des perspectives nouvelles, et devra faire l'objet d'une transposition réfléchie et cohérente ; nous examinerons à cette aune les principaux choix de transposition du Gouvernement, tels qu'ils ressortent d'un avant-projet d'ordonnance et de décret récemment soumis à consultation.

La mission a également estimé que des **améliorations** pouvaient être apportées **au traitement des situations irrémédiablement compromises** afin notamment de **faciliter le rebond des entrepreneurs** après une défaillance. Le droit français souffre, à cet égard, de lacunes et, plus encore, d'incohérences. D'un côté, des efforts ont été faits – quoique encore

---

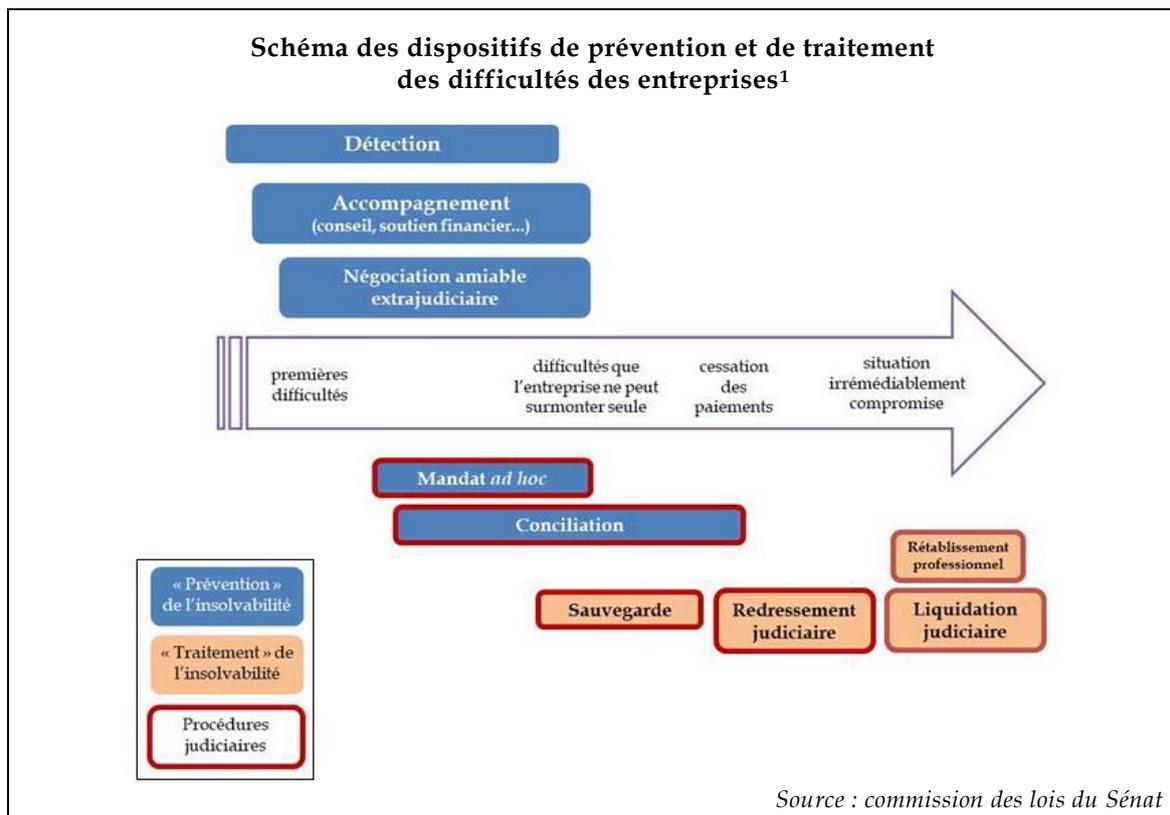
<sup>1</sup> Selon l'INSEE, les petites et moyennes entreprises (PME), compris comme celles qui occupent moins de 250 personnes et ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros, représentaient 49 % de l'emploi salarié dans le secteur marchand non agricole et non financier en 2017, soit 6,328 millions d'emplois. Il faut y ajouter 2,435 emplois non-salariés (entrepreneurs individuels, gérants majoritaires de sociétés à responsabilité limitée).

insuffisants – pour empêcher que la disparition d’une entreprise ne se traduise par la ruine de son ou ses dirigeants ; d’un autre côté, nos procédures collectives conservent à certains égards une coloration répressive qui n’a, le plus souvent, aucune justification.

En dernier lieu, la mission d’information s’est intéressée à **l’organisation judiciaire** actuelle.

Afin de **mettre fin à l’éclatement actuel du contentieux**, elle préconise, d’une part, de donner compétence exclusive au tribunal de commerce pour connaître des procédures de traitement des difficultés de toutes les entreprises, quels que soient leur secteur d’activité et leur forme juridique, d’autre part, d’élargir la compétence de ce tribunal à certains contentieux annexes. Ainsi naîtrait la **juridiction économique unifiée** que le Sénat, aux côtés de nombreux acteurs, appellent de leurs vœux depuis plusieurs années.

Dans le même temps, **la modernisation de la justice commerciale doit être poursuivie**, qu’il s’agisse des modalités d’élection des juges consulaires, du statut de ces derniers ou de la spécialisation de certains tribunaux sur les contentieux aux plus forts enjeux.



<sup>1</sup> Les encadrés bleus correspondent aux dispositifs de « prévention » au sens du présent rapport (dispositifs extrajudiciaires et mandats de justice). Les encadrés orange correspondent aux procédures judiciaires de « traitement » de l’insolvabilité (procédures collectives), qu’elles aient une visée de restructuration ou de liquidation. On trouvera en annexe du présent rapport un tableau présentant de manière détaillée les différentes procédures prévues au livre VI du code de commerce.

## LISTE DES RECOMMANDATIONS

<b>1<sup>E</sup> PARTIE - MIEUX PRÉVENIR : CONSOLIDER LES OUTILS DE PRÉVENTION ET DE TRAITEMENT PRÉCOCE DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES</b>	
<b>Améliorer l'information comptable et financière</b>	
1	Ériger en mission prioritaire des réseaux consulaires la promotion et le développement de la formation continue à la gestion d'entreprise.
2	Définir un socle de prestations d'expertise comptable (dépôt des comptes annuels, établissement d'un plan de financement) ouvrant droit à un soutien financier des pouvoirs publics, sous conditions d'éligibilité.
3	Réorienter les missions des centres et associations de gestion agréés vers le soutien à la gestion financière prévisionnelle.
<b>Coordonner les acteurs et orienter les dossiers les plus difficiles vers les tribunaux</b>	
4	Créer une plateforme d'information destinée aux entreprises en difficulté, recensant l'ensemble des outils et interlocuteurs disponibles dans chaque département.
5	Encourager la conclusion de contrats départementaux de prévention pour coordonner l'intervention des acteurs locaux.
6	Imposer aux créanciers publics d'informer le débiteur de l'existence des procédures amiables et collectives de traitement des difficultés des entreprises à l'occasion de tout impayé. Imposer aux établissements de crédit et établissements financiers une obligation similaire en cas d'incident.
7	Autoriser la communication au président du tribunal des informations utiles à l'exercice de sa mission de prévention avant la convocation du dirigeant.
8	Imposer à l'administration fiscale et aux organismes de sécurité sociale de transmettre au greffe du tribunal compétent la liste des entreprises présentant un retard de plus de trois mois dans le paiement de leurs impôts et cotisations.
9	Mettre en place un système d'information commun aux administrations et juridictions pour la détection des « <i>signaux faibles</i> ».
10	Autoriser les juges à tenir les entretiens de prévention en dehors des locaux du tribunal.

<b>Renforcer l'attractivité des procédures amiables</b>	
11	Pérenniser la faculté pour le président du tribunal de suspendre les poursuites de certains créanciers et de reporter le paiement des sommes dues pour la durée de la procédure de conciliation.
12	Fixer une grille tarifaire indicative pour la rémunération des mandataires <i>ad hoc</i> et conciliateurs.
13	Développer les dispositifs de prise en charge des frais liés aux procédures amiables pour les PME, sous forme d'assurance ou d'aide publique.
14	En cas de besoin, développer le vivier des mandataires <i>ad hoc</i> et conciliateurs, en recourant notamment aux professionnels du droit et du chiffre ou aux chambres consulaires.
<b>2<sup>E</sup> PARTIE - MIEUX TRAITER : RENFORCER L'EFFICACITÉ DE NOS PROCÉDURES COLLECTIVES</b>	
<b>Mieux évaluer la législation et assurer sa cohérence</b>	
15	Doter les pouvoirs publics des outils statistiques nécessaires pour mesurer l'efficacité de nos procédures collectives. En particulier, constituer les bases de données nécessaires au calcul du taux de réussite des plans de sauvegarde et de redressement sur une longue durée.
16	Améliorer l'information statistique sur le recours aux sûretés personnelles et réelles pour garantir les prêts aux entreprises.
17	Veiller à la cohérence entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté. Empêcher la démultiplication des atteintes à la discipline des créanciers en procédure collective.
<b>Restructurer plus efficacement</b>	
<b>Bien transposer la directive <i>Restructuration et insolvabilité</i></b>	
18	Confirmer le choix du Gouvernement de modifier les conditions d'adoption du plan de restructuration dans l'ensemble des procédures de sauvegarde comme en procédure de redressement judiciaire.
19	Prévoir expressément que les détenteurs de capital d'une PME peuvent apporter une contribution non monétaire à la restructuration, par exemple en mettant à profit leur expérience, leur réputation ou leurs contacts professionnels.
20	Revoir la procédure de restructuration applicable aux PME (sans classes distinctes de parties affectées) pour la rendre conforme à la directive.

21	Ouvrir une voie de recours rapide spécifique à l'encontre de la décision de répartition en classes des parties affectées.
22	Confirmer le choix d'attribuer à la fois au débiteur et aux créanciers l'initiative du projet de plan. Néanmoins, en procédure de sauvegarde, réserver cette initiative au débiteur pendant une durée de quatre mois.
23	Réserver aux PME la faculté, pour le débiteur, de s'opposer à la mise en œuvre du mécanisme d'« application forcée interclasse » en procédure de sauvegarde. Supprimer ce pouvoir de blocage en procédure de redressement.
24	Préciser les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à la règle de « priorité absolue », en réservant un traitement particulier aux exploitants personnes physiques ou associés de TPE-PME.
25	Réserver aux PME ayant opté pour le système des « classes de parties affectées » la faculté de reprendre la procédure suivant les règles de droit commun, en vue de l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement.
Aller au-delà de la directive	
26	Envisager la fusion des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire (tout en conservant des prérogatives particulières et temporaires au débiteur s'il n'est pas en cessation des paiements à l'ouverture de la procédure).
27	Tenir compte de l'obsolescence du critère de la cessation des paiements : - en permettant au ministère public de requérir l'ouverture d'une procédure de restructuration judiciaire s'il résulte d'un faisceau d'indices que l'entreprise est insolvable ; - en facilitant l'annulation d'actes de gestion inconsidérés antérieurs à la cessation des paiements.
28	Imposer des garde-fous pour éviter les cessions à vil prix d'entreprises en procédure collective.

<b>Traiter plus efficacement les situations irrémédiablement compromises et faciliter le rebond</b>	
Favoriser la poursuite de l'aventure entrepreneuriale	
29	Autoriser la reprise d'une entreprise en difficulté par l'exploitant personne physique, les dirigeants de la personne morale ou leurs proches, si leur offre correspond au meilleur intérêt des créanciers, et en prenant en compte la contribution personnelle des dirigeants de PME à la viabilité de leur entreprise.
30	Étendre le bénéfice de la procédure de rétablissement professionnel sans liquidation aux personnes morales, afin de mettre fin à une différence de traitement entre petits entrepreneurs exploitant personnellement ou sous forme sociétaire.
Protéger le patrimoine personnel des entrepreneurs	
31	À l'occasion de la prochaine réforme du droit des sûretés, étendre aux autres sûretés personnelles le formalisme exigé pour la validité du cautionnement consenti par une personne physique, ainsi que les autres protections aujourd'hui prévues par le code de la consommation.
32	Étendre à la procédure de redressement judiciaire la protection dont bénéficient les garants personnes physiques en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde.
33	Prendre en compte l'ensemble des dettes contractées par une personne physique, y compris pour les besoins de son activité professionnelle, pour l'appréciation du droit à l'ouverture d'une procédure de surendettement.
34	En cas de besoin, mieux orienter les dirigeants d'entreprise en difficulté vers les procédures de surendettement.
Revoir le régime de la faillite et des interdictions professionnelles	
35	Réserver au ministère public, gardien de l'ordre public économique, la faculté de saisir le tribunal aux fins de prononcer la faillite personnelle d'un dirigeant ou une interdiction professionnelle.
Accélérer et faciliter les opérations de liquidation	
36	Rétablir le débiteur personne physique dans ses droits professionnels dans un délai maximal de trois ans suivant l'ouverture d'une procédure de liquidation, et geler à cette date l'actif liquidable.
37	Dans le cas où la cession d'un ou plusieurs fonds paraît envisageable quoique l'activité de l'entreprise ait cessé, permettre au juge-commissaire de renvoyer l'affaire devant le tribunal aux fins d'adoption d'un plan de cession.

<b>3<sup>E</sup> PARTIE - MIEUX JUGER : CRÉER LA JURIDICTION ÉCONOMIQUE DU XXI<sup>E</sup> SIÈCLE</b>	
<b>Unifier le contentieux pour créer un véritable tribunal des affaires économiques</b>	
Confier la prévention et le traitement des difficultés des entreprises à une seule juridiction	
38	Confier au tribunal de commerce une compétence exclusive sur l'ensemble des mesures et procédures relevant du livre VI du code de commerce, quel que soit le statut du débiteur.
39	Renommer le tribunal de commerce « tribunal des affaires économiques », pour mettre en cohérence sa dénomination avec sa compétence étendue.
40	Maintenir les règles propres aux exploitants agricoles et aux professions libérales, y compris réglementées, en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises.
41	Former les juges consulaires aux spécificités des nouveaux ressortissants du « tribunal des affaires économiques ».
Élargir les compétences de la juridiction commerciale à de nouveaux contentieux	
42	Attribuer au tribunal de commerce le contentieux des baux commerciaux pour tout litige relatif au bail du débiteur dans une procédure collective.
43	Attribuer également au tribunal de commerce le contentieux des baux commerciaux, des baux professionnels et des conventions d'occupation précaires lorsque les deux parties relèvent de sa compétence ordinaire.
<b>Continuer de moderniser la juridiction commerciale</b>	
Faire évoluer les modalités d'élection des juges consulaires	
44	Élargir le corps électoral des juges consulaires et l'éligibilité à ces fonctions aux agriculteurs et personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris réglementée, pour prendre en compte l'extension de compétence de la juridiction.
45	Tirer les conséquences sur le régime des incompatibilités applicable aux juges consulaires de l'extension de l'éligibilité aux professions judiciaires réglementées.
46	Mieux encadrer la participation des anciens juges du tribunal au corps électoral des juges consulaires.

---

Renforcer les garanties entourant le statut des juges consulaires	
47	Limiter le nombre de mandats de juge consulaire à cinq dans le même tribunal, qu'ils soient successifs ou non.
48	Encourager les premiers présidents de cour d'appel à se saisir pleinement de leurs prérogatives en matière disciplinaire pour assurer le bon fonctionnement des juridictions commerciales.
49	Instaurer une obligation de formation pour les présidents de tribunaux de commerce à leur prise de fonctions.
Parachever la spécialisation de certains tribunaux de commerce	
50	Aligner la compétence des tribunaux de commerce spécialisés (TCS) en procédures collectives sur les seuils prévus pour la constitution obligatoire de classes de parties affectées.
51	Réévaluer la répartition des TCS sur le territoire et, le cas échéant, la faire évoluer.
52	Envisager l'extension outre-mer des tribunaux de commerce spécialisés en matière de procédure collective.
Écarter la question de l'échevinage	
53	Écarter toute évolution générale vers l'échevinage de la future juridiction des affaires économiques.
54	En cas de réflexion sur l'échevinage, la circonscrire aux tribunaux de commerce spécialisés, après une expérimentation.

## PREMIÈRE PARTIE

### MIEUX PRÉVENIR : CONSOLIDER LES OUTILS DE DÉTECTION ET DE TRAITEMENT PRÉCOCE DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

La prévention de l'insolvabilité des entreprises repose sur un ensemble de dispositifs de détection et de traitement précoce des difficultés, particulièrement diversifié dans notre pays, et qui fait appel à un grand nombre d'acteurs. Il importe de prendre une vue d'ensemble sur ce paysage foisonnant, avant d'envisager d'éventuelles améliorations.

#### I. LA PRÉVENTION DE L'INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES EN FRANCE : PANORAMA

##### A. TYPOLOGIE DES OUTILS DE PRÉVENTION

###### 1. La détection des difficultés

###### a) *Comptabilité et analyse financière*

La source la plus directe d'informations sur la situation financière d'une entreprise est sa **comptabilité**.

Toutes les entreprises sont assujetties à des **obligations comptables** qui sont d'abord dictées par des raisons fiscales (calculer l'assiette des impôts et taxes dus et permettre à l'administration fiscale d'exercer son contrôle) ou par l'impératif de protection des investisseurs (informer ces derniers sur la rentabilité et la solvabilité de l'entreprise). Ces obligations varient en fonction du statut des entreprises (commercial, artisanal, associatif, libéral...), de leur régime fiscal (qui dépend lui-même, notamment, de la nature et de l'importance de leur activité) et du fait qu'elles font ou non appel public à l'épargne. En France, une place prépondérante est accordée à la comptabilité patrimoniale ou d'engagement (qui décrit la consistance et l'évolution de l'actif et du passif), plutôt qu'à la comptabilité de caisse ou de trésorerie (qui décrit les recettes et les dépenses).

### Les obligations comptables des commerçants

En principe, toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit :

- procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise (qu'ils modifient le montant ou la consistance de l'actif ou du passif : achats, ventes, emprunts, dépréciations d'actifs...);

- contrôler par inventaire, au moins une fois par an, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs de son patrimoine ;

- établir des **comptes annuels** à la clôture de chaque exercice, comprenant le **bilan** (description des éléments d'actif et de passif), le **compte de résultat** (description des produits et des charges de l'exercice, faisant apparaître, après déduction des amortissements, dépréciations et provisions, le bénéfice ou la perte de l'exercice) et l'**annexe** (qui complète le bilan et le compte de résultat en indiquant notamment les méthodes comptables utilisées).

Ces obligations ont été progressivement allégées pour les petites et moyennes entreprises, qui peuvent opter pour un **régime comptable simplifié** (consistant à enregistrer les créances et les dettes à la clôture de l'exercice) et sont, pour les plus petites d'entre elles, dispensées d'établir l'annexe. Quant à celles qui bénéficient du régime fiscal de la micro-entreprise, elles peuvent se contenter de l'enregistrement chronologique et non modifiable des recettes et des achats (**comptabilité allégée**).

En outre, les dirigeants des sociétés commerciales (sauf, depuis peu, celles qui répondent à la définition des petites entreprises<sup>1</sup>) doivent inclure dans l'annexe des comptes annuels un **rapport de gestion** exposant la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible et les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi. Le contenu de ce rapport est plus strictement encadré pour les sociétés autorisées à faire appel public à l'épargne (les sociétés anonymes notamment) et, plus encore, les sociétés cotées.

Enfin, les plus grandes sociétés commerciales (celles qui comptent plus de 300 salariés ou dont le montant net du chiffre d'affaires dépasse 18 millions d'euros) sont tenues d'établir divers **états financiers complémentaires** :

- chaque semestre, la situation de leur actif réalisable et disponible et du passif exigible ;

- chaque année, un tableau de financement (document détaillant les flux de trésorerie de l'exercice passé), un plan de financement prévisionnel et un compte de résultat prévisionnel<sup>2</sup>.

*Source : commission des lois du Sénat*

<sup>1</sup> Cette dispense résulte de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance. Les petites entreprises sont celles qui ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : 6 millions d'euros de total de bilan, 12 millions d'euros de chiffre d'affaires et 50 salariés (art. D. 123-200 du code de commerce).

<sup>2</sup> Article L. 232-2 du code de commerce.

Les comptes annuels et états financiers reflètent la situation économique et financière de l'entreprise et fournissent ainsi des indications directes sur sa rentabilité et sa solvabilité. L'analyse financière a élaboré des instruments sophistiqués pour évaluer celles-ci, à partir notamment des données comptables : nouveaux concepts appelant de nouvelles mesures (par exemple la capacité d'autofinancement, l'excédent de trésorerie d'exploitation...), nouveaux ratios (par exemple le ratio de couverture des besoins permanents par des ressources stables), nouvelles fonctions mathématiques agrégeant ces ratios pour en tirer un diagnostic global sur la rentabilité ou la solvabilité de l'entreprise (*rating* et *scoring*), etc. C'est notamment à partir de ces différentes données que la Banque de France effectue une cotation des entreprises non financières de nature industrielle et commerciale ayant leur siège social en France.

### La cotation de la Banque de France

La cotation de la Banque de France est **une appréciation de la capacité d'une entreprise à honorer ses engagements financiers à un horizon compris entre un à trois ans**, à destination de l'entreprise elle-même et des adhérents au fichier bancaire des entreprises (FIBEN) : administrations, établissements de crédit et établissements financiers, entreprises d'assurance, etc<sup>1</sup>. Elle porte sur toutes les entreprises non financières domiciliées en France dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur ou égal à 750 000 euros.

Outre les documents comptables, sont pris en compte les informations relatives aux crédits bancaires et aux éventuels incidents de paiement (communiquées par les établissements de crédit), les jugements rendus dans les affaires où l'entreprise était partie (issus des greffes de tribunaux judiciaires et de commerce), diverses informations relatives à l'environnement économique et financier de l'entreprise (secteur d'activité, liens économiques et financiers avec d'autres entités, solidité de l'actionnariat...) ainsi que des éléments qualitatifs recueillis lors d'entretiens avec les dirigeants de l'entreprise. La cotation n'est donc pas réductible au traitement algorithmique de données comptables : il s'agit d'**une analyse financière quantitative et qualitative, exploitant l'ensemble des renseignements accessibles sur l'entreprise afin de porter sur celle-ci un diagnostic global**.

La cotation associe une cote d'activité (en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise) et une cote de crédit (en fonction de sa capacité à honorer ses engagements financiers à un horizon de trois ans).

---

<sup>1</sup> La liste des personnes ayant accès au FIBEN est fixée à l'article L. 144-1 du code monétaire et financier.

cote d'activité		cote de crédit	
<b>Cote</b>	<b>Niveau d'activité (millions d'euros)</b>	<b>3++</b>	<b>Excellente</b>
<b>A</b>	≥ 750	<b>3+</b>	<b>Très forte</b>
<b>B</b>	≥ 150 et < à 750	<b>3</b>	<b>Forte</b>
<b>C</b>	≥ 50 et < à 150	<b>4+</b>	<b>Assez forte</b>
<b>D</b>	≥ 30 et < à 50	<b>4</b>	<b>Correcte</b>
<b>E</b>	≥ 15 et < à 30	<b>5+</b>	<b>Assez faible</b>
<b>F</b>	≥ 7,5 et < à 15	<b>5</b>	<b>Faible</b>
<b>G</b>	≥ 1,5 et < à 7,5	<b>6</b>	<b>Très faible</b>
<b>H</b>	≥ 0,75 et < à 1,5	<b>7</b>	<b>Appelant une attention spécifique</b> présence d'au moins un incident de paiement significatif
<b>J</b>	≥ 0,50 et < à 0,75	<b>8</b>	<b>Menacée</b>
<b>K</b>	≥ 0,25 et < à 0,50	<b>9</b>	<b>Compromise</b>
<b>L</b>	≥ 0,10 et < à 0,25	<b>P</b>	<b>Procédure collective</b> redressement ou liquidation judiciaire
<b>M</b>	< 0,10	<b>0</b>	<b>Pas de documentation comptable analysée</b> et absence d'informations défavorables
<b>N</b>	<b>Non significatif</b>		
<b>X</b>	<b>Chiffre d'affaires inconnu ou trop ancien</b> (exercice clos depuis plus de 20 mois)		

Source : Banque de France

La cotation, attribuée par les analystes financiers sous la responsabilité du directeur local de la Banque de France ou, en outre-mer, du directeur de l'Institut d'émission des départements d'outre-mer ou de l'Institut d'émission d'outre-mer, est **réexaminée au moins une fois par an** et chaque fois que des éléments significatifs nouveaux sont portés à la connaissance de celle-ci. Elle est communiquée à l'occasion de chaque réexamen aux dirigeants de l'entreprise concernée, qui peuvent obtenir des explications sur l'appréciation portée.

Source : commission des lois du Sénat

L'établissement d'un **plan de financement prévisionnel** (qui suppose bien sûr, outre l'analyse des informations comptables, une évaluation économique du plan d'affaires de l'entreprise) se révèle particulièrement utile pour **prévenir les crises de liquidité** susceptibles de conduire l'entreprise à la faillite.

*b) L'exploitation des « signaux faibles »*

Les difficultés financières d'une entreprise ont des conséquences diverses, plus ou moins perceptibles, avant même qu'elle n'en arrive à la cessation des paiements. Une autre méthode, indirecte, pour détecter ces difficultés consiste à recueillir et exploiter ces indices, dont différents acteurs extérieurs peuvent avoir connaissance :

- le **non-respect de l'obligation légale de dépôt des comptes annuels** au greffe du tribunal de commerce, qui s'impose notamment à toutes les sociétés commerciales et aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée (EIRL), est souvent le signe que l'entreprise traverse de graves difficultés<sup>1</sup> ;

<sup>1</sup> Cette information est accessible à tous, puisque les comptes sont publiés, sauf dispense accordée à une micro-entreprise en application de l'article L. 232-25 du code de commerce (les petites et moyennes entreprises pouvant, quant à elles, choisir une publication partielle ou simplifiée).

- les **sûretés** exigées par les créanciers, dont certaines doivent être publiées pour être opposables aux tiers (au moins lorsque la créance garantie excède un certain montant) et figurent donc dans les registres de publicité tenus pour la plupart, en matière mobilière, par les greffes des tribunaux de commerce et, en matière immobilière, par les services de la publicité foncière. Il faut noter à cet égard que les privilèges du Trésor et de la sécurité sociale ne sont soumis à l'obligation de publicité que lorsque les créances impayées excèdent une certaine somme, ce qui constitue en soi un indice des difficultés de l'entreprise ;

- les **incidents de paiement** enregistrés par les créanciers, notamment les créanciers publics et les banques ;

- les **procédures contentieuses** engagées par les créanciers impayés (injonctions de payer et autres procédures sur requête, assignations en référé ou au fond), enregistrées au greffe du tribunal compétent ;

- mais aussi, par exemple, le **recours à l'activité partielle ou d'autres démarches** engagées par l'entrepreneur en difficulté auprès des administrations.

Les **greffes des tribunaux de commerce**, nous y reviendrons, ont développé des systèmes d'information exploitant à la fois les données comptables et les indices indirects de difficultés dont ils ont connaissance. De leur côté, les **administrations de l'État** se sont récemment dotées d'un nouvel outil d'analyse des « *signaux faibles* ».

#### Le dispositif « *Signaux faibles* »

« *Signaux faibles* » est un **outil d'évaluation du risque de défaillance des entreprises dans un délai de 18 mois**, fondé sur l'**exploitation automatisée d'informations** constituant des indices plus ou moins directs de leurs difficultés financières et **destiné aux administrations étatiques** chargées de l'accompagnement des entreprises en difficulté. Il ne concerne que les **entreprises de plus de dix salariés**.

Né d'une initiative locale et expérimenté en Bourgogne-Franche-Comté à compter de 2016, ce dispositif a été étendu à toutes les régions métropolitaines en 2019. Il associe la direction générale des entreprises (DGE), la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), la Banque de France (BDF), l'agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) et la direction interministérielle du numérique (DINUM).

L'outil informatique a été développé par une « *start-up d'État* » rattachée à la DGE. Il repose sur un **algorithme « auto-apprenant »** qui dégage des corrélations statistiques entre des masses de données afin de fournir des prévisions. Selon les informations recueillies par les rapporteurs, jusqu'en 2020, **des données de trois types** étaient principalement traitées : le recours des entreprises à l'activité partielle ; les retards de paiement de charges fiscales et sociales ; les incidents de paiement recensés par la Banque de France. La crise sanitaire a rendu ces données obsolètes, en raison du recours massif à l'activité partielle à compter du printemps 2020, des reports de charges consentis par les créanciers publics et des divers dispositifs de soutien à la trésorerie. Un nouvel algorithme, fondé sur des données enrichies, serait en cours de développement.

Source : commission des lois du Sénat

c) Les outils d'autodétection informels

Toutes les entreprises ne disposent pas, en interne, d'instruments d'analyse financière propres à anticiper les difficultés. Toutes celles qui traversent des difficultés ou sont susceptibles d'en rencontrer ne sont pas non plus repérées par les systèmes de traitement de « *signaux faibles* ».

Aussi, afin d'aider les chefs d'entreprise à mieux appréhender leur situation financière et à prévenir les crises, **divers outils d'autodiagnostic, fondés sur des données plus qualitatives ou des calculs plus simples**, sont-ils mis à leur disposition par des acteurs tels que les chambres consulaires, BPI France, ou encore le Centre national d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP national). À titre d'exemple, plusieurs chambres de commerce et d'industrie offrent gratuitement en ligne un service intitulé « *Comment va ma boîte ?* », qui analyse les réponses (par oui ou par non) à vingt-huit questions portant sur la gestion administrative et comptable de l'entreprise, sa trésorerie et ses relations avec les banques, son activité commerciale et digitale, ainsi que ses relations avec ses clients et fournisseurs. L'entrepreneur obtient ainsi un « *indice de difficulté* » (en pourcentage) et un résumé en une ligne de sa situation ; en cas de difficultés, il est invité à se rapprocher du tribunal de commerce. Il lui est également proposé d'être recontacté.

**Le service en ligne « *Comment va ma boîte ?* »  
des chambres de commerce et d'industrie**

**Première page de questions**

**Page de résultat**

*Source : site Internet de la CCI de Toulouse*

*d) Les procédures d'alerte*

La loi aménage enfin plusieurs **procédures d'alerte** qui ont pour objet, lorsque des difficultés apparaissent, d'**attirer l'attention des dirigeants et des associés**, voire d'**informer le président du tribunal de commerce**, afin qu'il en tire les conséquences en faisant appel à ses propres pouvoirs d'enquête ou en suscitant l'ouverture d'une procédure amiable ou collective<sup>1</sup>. Il s'agit de :

- **l'alerte des associés**, qui disposent d'un droit (d'étendue variable selon la nature juridique de la société) à interroger les dirigeants sur leur gestion. Les associés et actionnaires de sociétés à risque limité (sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée (SARL) principalement) peuvent ainsi, deux fois par exercice, poser des questions au président du conseil d'administration, au directoire ou au gérant « *sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*<sup>2</sup> », la réponse devant être communiquée au commissaire aux comptes (s'il existe) ;

- **l'alerte des groupements de prévention agréés**, personnes morales de droit privé (généralement des associations) auxquelles les commerçants et artisans peuvent adhérer, et qui ont pour mission de fournir à leurs adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à leur transmettre. Lorsqu'il relève des indices de difficultés, le groupement doit en informer le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert<sup>3</sup> ;

- **l'alerte du commissaire aux comptes**, qui comporte différentes phases selon la nature juridique de l'entreprise concernée et qui, en cas d'inaction des dirigeants et associés, peut toujours déboucher sur l'information du président du tribunal ;

- **l'alerte du comité social et économique** qui, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, peut demander à l'employeur de lui fournir des explications, établir un rapport (avec l'assistance éventuelle de l'expert-comptable), voire saisir le conseil d'administration ou de surveillance<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur le rôle du président du tribunal de commerce, voir ci-dessous.

<sup>2</sup> Articles L. 223-36 (pour les SARL) et L. 225-232 (pour les SA) du code de commerce.

<sup>3</sup> Article L. 611-1 du code de commerce

<sup>4</sup> Articles L. 2312-63 et s. du code du travail.

## 2. La prévention de l'aggravation des difficultés

### a) Le conseil et l'accompagnement

Une multitude d'acteurs publics et privés proposent aux entreprises confrontées à des difficultés, gratuitement ou non, des prestations de conseil destinées à les surmonter. Il peut s'agir :

- d'établir un **diagnostic** plus précis sur la situation financière de l'entreprise et les causes de ses difficultés ;

- d'identifier les mesures utiles pour **restructurer** le bilan de l'entreprise et redéfinir son modèle économique et financier ;

- d'**orienter** l'entreprise vers les procédures extrajudiciaires ou judiciaires de traitement des difficultés, voire de l'aider dans ses négociations avec ses créanciers.

L'une des difficultés, comme nous le verrons, réside dans la coordination de cette offre de conseil abondante.

À cela s'ajoute la possibilité, notamment pour les administrations publiques, d'accorder des **aides financières** aux entreprises en difficulté.

### b) Les cadres extrajudiciaires de négociation avec les créanciers

Il existe, par ailleurs, des institutions et procédures destinées à faciliter les négociations d'une entreprise qui connaît une crise de liquidité avec ses créanciers, en vue d'aboutir à un plan d'apurement des dettes en dehors de toute intervention du tribunal.

On mentionnera tout d'abord les dispositifs de **médiation**, dont les plus importants ont été créés par les pouvoirs publics ou à leur initiative, dans l'intention de favoriser le règlement amiable des litiges. Ainsi, la **médiation du crédit**, créée en 2008 et adossée à la Banque de France, a pour objet de faciliter les négociations entre les entreprises, d'une part, les **banques** et organismes d'**assurance-crédit**, d'autre part. Quant au **médiateur des entreprises**, placé auprès du ministre de l'économie et des finances, il est principalement chargé de favoriser le **règlement amiable des litiges de nature contractuelle entre opérateurs économiques** (y compris les acheteurs publics), notamment en cas de retard ou de défaut de paiement ; depuis 2018, sa mission a été étendue, à titre expérimental, à la médiation des différends non contractuels entre les entreprises et les administrations<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Décret n° 2018-919 du 26 octobre 2018 relatif à l'expérimentation d'un dispositif de médiation en cas de différend entre les entreprises et les administrations, pris pour l'application de l'article 36 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 précitée.

## Organisation, missions et fonctionnement de la médiation du crédit

Si la création de la médiation du crédit résulte d'une initiative du Président de la République Nicolas Sarkozy, son organisation, ses missions et son fonctionnement sont définis par voie contractuelle, par un accord de place conclu entre l'État, la Banque de France, les instituts d'émission d'outre-mer, la fédération bancaire française et l'association française des sociétés financières<sup>1</sup>, ainsi que par une **convention d'assurance-crédit** conclue entre l'État, le médiateur du crédit lui-même, la fédération française des sociétés d'assurance et les principaux assureurs-crédit<sup>2</sup>.

Le **médiateur national du crédit** est nommé par décret du Président de la République sur proposition des ministres chargés des finances, des comptes publics et de l'économie et après avis du gouverneur de la Banque de France ; les 105 **médiateurs territoriaux** sont les directeurs des succursales de la Banque de France en métropole et les directeurs des instituts d'émission en outre-mer.

Le médiateur national et ses délégués s'appuient, d'une part, sur les **services de la Banque de France**, qui instruisent les dossiers, d'autre part, sur un réseau de « **tiers de confiance** » constitué des chambres consulaires et d'organisations patronales et socioprofessionnelles.

La procédure de médiation obéit aux règles suivantes :

- la médiation du crédit peut être saisie par **toute entreprise non financière** qui rencontre des difficultés de financement (dénonciation d'une autorisation de découvert ou d'une ligne de financement, refus de crédit, refus de restructuration d'une dette...) ou d'assurance-crédit (résiliation unilatérale d'une garantie ou limitation de l'encours garanti), **directement ou par l'intermédiaire d'un tiers de confiance** ;

- une fois saisi, le médiateur territorial prend contact avec les établissements ou assureurs-crédits concernés et recherche les voies d'un accord amiable ; à défaut, la médiation est close par un échec ;

- les établissements de crédit et de financement s'engagent à **participer de bonne foi à la médiation** et, pendant la durée de celle-ci, à **maintenir les lignes de financement** de court et moyen terme allouées à l'emprunteur, sans demander de garanties supplémentaires ; les assureurs-crédit, pour leur part, s'engagent à ne pas considérer l'ouverture d'une médiation (non plus que d'éventuels délais accordés par les créanciers publics pour le paiement de dettes fiscales ou sociales) comme un critère de réévaluation du risque client ;

- la procédure est **gratuite et confidentielle**.

Au cours de ses dix premières années d'existence, la médiation du crédit a instruit quelque 38 000 dossiers avec un taux de médiation réussie de 61,7 %. Huit entreprises concernées sur dix ont moins de onze salariés<sup>3</sup>.

*Source : commission des lois du Sénat*

<sup>1</sup> Accord de place du 28 avril 2015, renouvelé le 26 janvier 2021. Le premier accord sur la médiation du crédit date du 27 juillet 2009.

<sup>2</sup> Convention du 17 juin 2013.

<sup>3</sup> Source : rapport d'activité 2018.

Les dispositifs de médiation existants n'ont pas vocation, en revanche, à régler les litiges entre les entreprises et les créanciers publics. En cas de retard de paiement d'impôts ou de cotisations sociales par une entreprise, c'est à la **commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'assurance chômage (CCSF)** qu'il revient d'examiner la situation du débiteur et d'arrêter éventuellement un plan d'apurement échelonné des dettes. Cette commission, instituée dans chaque département, est composée du directeur départemental ou régional des finances publiques, des directeurs des organismes de sécurité sociale des régimes de base chargés du recouvrement des cotisations, du directeur régional de Pôle emploi, du directeur du travail, chef du service régional de l'inspection du travail, de l'emploi et de la politique sociale agricoles si le débiteur est un exploitant agricole, du directeur régional des douanes, ainsi que de représentants des institutions de retraite complémentaire. Elle statue à l'unanimité de ses membres<sup>1</sup>.

*c) Les mandats de justice*

**La négociation entre l'entreprise débitrice et ses créanciers peut être facilitée par l'intervention d'un tiers titulaire d'un mandat de justice.**

Le livre VI du code de commerce prévoit deux procédures de ce type, inégalement encadrées mais qui ont l'une et l'autre l'avantage d'être confidentielles :

- le président du tribunal peut désigner un **mandataire *ad hoc***, pour exercer une mission qu'il détermine et sans limite de temps ;

- en outre, il existe une **procédure de conciliation**, ouverte aux entreprises non agricoles qui éprouvent « *une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* » et ne se trouvent pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. Cette procédure est bornée dans le temps : ouverte pour une durée maximale de quatre mois, elle peut être prolongée sans pouvoir excéder cinq mois. Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion d'un accord entre le débiteur, ses principaux créanciers et, le cas échéant, ses cocontractants habituels.

**Par rapport au mandat *ad hoc*, la procédure de conciliation présente de grands avantages pour le débiteur et, à certains égards, pour ses créanciers.** En effet, si les parties en font la requête, le président du tribunal peut **constater l'accord** ou le tribunal **l'homologuer**, ce qui lui donne **force exécutoire** ; la décision de constatation n'est pas publique,

---

<sup>1</sup> Décret n°2007-686 du 4 mai 2007 instituant dans chaque département une commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage (CCSF) pour l'examen de la situation des débiteurs retardataires. La CCSF est également chargée, dans le cadre des procédures de conciliation, de sauvegarde et de redressement, d'examiner les propositions de remises de dettes et de rééchelonnement formulées par le débiteur ou l'administrateur.

contrairement au jugement d'homologation. Dans le cas où la procédure a abouti à un accord homologué, les personnes ayant consenti au débiteur pendant celle-ci un nouvel apport de trésorerie afin d'assurer la poursuite de son activité ou qui lui ont fourni un nouveau bien ou service bénéficient d'un **privilège légal dit d'argent frais ou de *new money***, dont le classement est très favorable – ce qui les protège en cas de liquidation ultérieure de l'entreprise. Enfin, les administrations financières et les organismes de sécurité sociale sont habilités à accorder au débiteur des remises de dettes ou des cessions de rang ou abandons de sûretés, dans des conditions similaires à celles que lui octroierait un opérateur privé.

Quant aux entreprises agricoles (autres que celles constituées sous la forme d'une société commerciale), elles bénéficient de la procédure de **règlement amiable agricole** prévue par le code rural et de la pêche maritime<sup>1</sup>, fort proche de la procédure de conciliation, mais qui s'en distingue notamment par le fait qu'il s'agit, pour les créanciers, d'un préalable avant toute assignation en redressement ou en liquidation judiciaires<sup>2</sup>. En outre, dans ce cadre, le président du tribunal peut prononcer la suspension provisoire des poursuites individuelles pendant une durée maximale de deux mois, ce qui rapproche cette procédure des procédures collectives.

## **B. LES ACTEURS DE LA PRÉVENTION**

### **1. Une multitude d'acteurs**

Un très grand nombre d'acteurs publics et privés interviennent dans la prévention des difficultés des entreprises, de manière assez dispersée. À côté des **administrations de l'État** et des **juridictions**, il faut mentionner :

- les **collectivités territoriales**, en particulier les **régions**, compétentes en matière de développement économique, et qui sont notamment habilitées par la loi à accorder des aides financières aux entreprises en difficulté<sup>3</sup> ;

- la **Banque de France** qui, outre sa mission de cotation des risques, héberge la médiation du crédit, participe aux comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI, voir ci-dessous) et dispose désormais dans chaque département ainsi que dans chaque collectivité d'outre-mer d'un « *correspondant TPE-PME* » chargé d'accueillir les entrepreneurs, d'élaborer un diagnostic rapide de leur situation et de les orienter vers les interlocuteurs adaptés ;

---

<sup>1</sup> Articles L. 351-1 à L. 351-7-1 du code rural et de la pêche maritime.

<sup>2</sup> Articles L. 631-5 et L. 640-5 du code de commerce.

<sup>3</sup> Il de l'article L. 1511-2 du code général des collectivités territoriales.

- les **réseaux consulaires** – chambres de commerce et d'industrie (CCI), chambres des métiers et de l'artisanat (CMA) et chambres d'agriculture<sup>1</sup> – et les **ordres professionnels** ;

- les **organisations patronales et professionnelles** ;

- certains **organismes de sécurité sociale**, en particulier la **Mutualité sociale agricole (MSA)** qui, à l'intention des exploitants en difficulté, a développé une offre de soutien diversifiée (« Pass'Agri ») combinant des facilités de paiement de cotisations sociales, d'autres aides financières et des prestations de conseil et de formation ;

- les **groupements de prévention agréés** ;

- les quelques soixante-dix **centres d'information sur la prévention (CIP)**, associations créées à l'initiative des professionnels du chiffre et du droit, désormais fédérées par un CIP national : les 400 bénévoles des CIP reçoivent les chefs d'entreprise, les informent sur les aides et outils de prévention disponibles et leur apportent un soutien psychologique<sup>2</sup>.

De nouvelles initiatives ont été prises au cours de la crise de la covid-19, pour faire face à l'afflux prévisible des demandes. Ainsi, la **Banque publique d'investissement**, dont le traitement des difficultés des entreprises n'est pas le cœur de métier, mais qui peut néanmoins leur apporter un soutien financier et des conseils, a récemment créé un numéro vert à cet effet.

## 2. Le rôle des administrations de l'État

Si l'État conserve entre ses mains les principaux leviers de la politique économique, il n'apporte plus guère d'aides individuelles à la création et au développement d'entreprises, qui relèvent désormais de la compétence des régions. En revanche, le suivi et l'accompagnement des entreprises en difficulté relèvent toujours de ses missions. Plusieurs administrations y participent, au niveau central comme au niveau déconcentré.

---

<sup>1</sup> Rappelons que les chambres consulaires, « corps intermédiaires de l'État », sont des établissements publics placés sous la tutelle de l'État et administrés par des dirigeants d'entreprise élus. Elles représentent leurs ressortissants auprès des pouvoirs publics et sont, en outre, investies d'une mission d'appui et de conseil aux entreprises. Les prestations qu'elles délivrent aux entreprises peuvent être gratuites ou payantes.

<sup>2</sup> Le CIP national participe au dispositif APESA (aide psychologique pour les entrepreneurs en souffrance psychologique aiguë) et prend en charge, à ce titre, les honoraires de psychologue.

*a) Au niveau central*

Si l'on met à part l'élaboration des textes normatifs<sup>1</sup>, plusieurs administrations centrales participent au suivi et à l'accompagnement des entreprises en difficulté. Parmi elles, il faut distinguer :

- en premier lieu, **les services d'administration centrale**, chargés de définir les grandes orientations de la politique gouvernementale et de coordonner l'action des services déconcentrés : la direction générale des entreprises (DGE), qui anime le réseau des commissaires aux restructurations et à la prévention des difficultés d'entreprises (CRP), la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), chargée du suivi des plans sociaux, ainsi que la direction générale des finances publiques (DGFIP) ;

- en deuxième lieu, **le comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI)**, créé en 1982 et présidé par le ministre chargé de l'économie et des finances, qui pilote les négociations avec les acteurs publics et privés concernés sur la restructuration des **entreprises industrielles de plus de 400 salariés** ;

- en troisième lieu, un **délégué interministériel aux restructurations d'entreprises (DIRE)**, institué par un décret du 13 novembre 2017<sup>2</sup> et placé auprès des ministres chargés de l'industrie et de l'emploi, qui assume un rôle de coordination de l'ensemble des administrations de l'État impliquées ; en outre, le DIRE (avec ses adjoints et collaborateurs) se charge lui-même de certains dossiers particulièrement complexes qui ne relèvent pas de la compétence du CIRI.

*b) Au niveau déconcentré*

Au niveau déconcentré, les **comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (Codefi)**, institués par voie de circulaire en 1977, réunissent, sous la présidence du préfet de département, les représentants de toutes les administrations déconcentrées concernées par ces problèmes, à savoir le directeur départemental des finances publiques (vice-président), le commissaire aux restructurations et à la prévention des difficultés d'entreprises (CRP), le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) ou le responsable de l'unité territoriale de la Direccte, le directeur de l'URSSAF et celui de la succursale départementale de la Banque de France, ainsi que des observateurs (parmi lesquels le procureur de la République et, quelquefois, le ou les présidents des tribunaux de commerce).

---

<sup>1</sup> Laquelle relève en partie de la direction des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice.

<sup>2</sup> Décret n° 2017-1558 du 13 novembre 2017 instituant un délégué interministériel aux restructurations d'entreprises.

Outre un rôle d'évaluation de la situation économique départementale, les Codefi ont une mission plus opérationnelle de détection et de traitement des difficultés des entreprises. À ce titre, ils sont chargés d'élaborer un diagnostic sur la situation des entreprises identifiées, éventuellement par le biais d'un audit, et d'organiser les négociations entre les parties concernées (associés ou actionnaires, créanciers, clients, fournisseurs...). Ils disposent également de moyens d'intervention, sous la forme notamment de prêts bonifiés financés par le fonds pour le développement économique et social (FDES)<sup>1</sup>.

Quant aux **commissaires aux restructurations et à la prévention des difficultés d'entreprises (CRP)**, qui ont succédé aux commissaires au redressement productif institués en 2012, ils sont plus spécialement chargés du suivi des entreprises en difficulté comptant **entre 50 et 400 salariés**.

### 3. Le rôle des juridictions

#### *a) Les prérogatives du président du tribunal*

Les **présidents de tribunaux judiciaires et de commerce** sont également investis par la loi d'un rôle de prévention. Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une entreprise connaît « *des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* », ils sont habilités à **convoquer** ses dirigeants « *pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation* ».

À l'issue de cet entretien, ou si les dirigeants n'ont pas déferé à la convocation, le président du tribunal peut exercer **d'importants pouvoirs d'enquête** : la loi l'autorise en effet à se faire communiquer par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociale ainsi que les services de la Banque de France chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement « *des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière* », même lorsque ces informations sont couvertes par le secret.

Afin de suivre l'ensemble des entreprises du ressort, **le président du tribunal délègue généralement une partie de ses attributions à d'autres magistrats**. Au tribunal de commerce de Lille-Métropole, par exemple, une **cellule de prévention** a été constituée, composée de huit juges consulaires dont l'un est chargé de la détection et les sept autres de recevoir les dirigeants d'entreprise sur convocation. Ces « *entretiens de prévention* » permettent d'établir un premier diagnostic et d'orienter les dirigeants vers les dispositifs les plus appropriés, notamment les procédures de négociation

---

<sup>1</sup> Voir la circulaire du 9 janvier 2015 relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement.

amiable, voire, lorsque les difficultés sont devenues trop graves, les procédures collectives.

**C'est enfin au président du tribunal qu'il appartient, le cas échéant, de désigner un mandataire *ad hoc*, d'ouvrir une procédure de conciliation et de constater un accord de conciliation.** L'homologation d'un tel accord relève, quant à elle, de la compétence du tribunal.

*b) Le rôle du greffe*

Afin d'identifier les entreprises en difficulté, les présidents des tribunaux de commerce peuvent s'appuyer sur **les données détenues et retraitées par les greffes.**

Les greffiers des tribunaux de commerce et le groupement d'intérêt public Infogreffe ont développé plusieurs types d'outils à cet effet :

- un « *indicateur de performance* » qui mesure la probabilité de défaillance des entreprises, sur la base d'un traitement algorithmique de données comptables, mais aussi des informations issues des registres de publicité légale et des registres judiciaires ; cet indicateur est accessible gratuitement et confidentiellement aux dirigeants par le biais du service en ligne *Monidenum* ;

- des **logiciels de prévention** qui permettent aux juges d'obtenir une liste d'entreprises susceptibles de rencontrer des difficultés, sur la base de différents critères (structure de bilan, inscriptions de sûretés, procédures en cours...) dont la pondération peut être modifiée ;

- des **applications destinées aux entretiens de prévention**, grâce auxquelles le juge peut avoir accès à l'ensemble des informations pertinentes relatives à l'entreprise concernée.

*c) Un rôle de prévention faiblement assumé par les tribunaux judiciaires, à la différence des tribunaux de commerce*

En pratique, selon les informations recueillies par les rapporteurs, **les présidents de tribunaux judiciaires exercent très peu ce rôle de prévention** : Benjamin Deparis, président du tribunal judiciaire d'Évry, a par exemple fait état en audition de deux enquêtes seulement diligentées en deux ans. Cette situation s'explique par l'engorgement des tribunaux judiciaires et la surcharge de travail des magistrats, mais aussi par le fait que leurs greffes ne disposent ni des mêmes informations<sup>1</sup>, ni des mêmes moyens

---

<sup>1</sup> Les sociétés d'exercice libéral ainsi que les sociétés coopératives agricoles et leurs unions qui sont tenues de déposer leurs comptes annuels s'acquittent de cette obligation auprès du greffe du tribunal de commerce (qui tient le registre du commerce et des sociétés), et non du tribunal judiciaire. De même, les principaux registres de publicité légale de sûretés mobilières sont tenus par les greffes des tribunaux de commerce, que le constituant ou le créancier nanti aient ou non la qualité de commerçant ou d'artisan.

de les exploiter que ceux des tribunaux de commerce. Les conséquences doivent en être tirées, ce à quoi la mission s'est attachée.

*d) Les auxiliaires de justice*

Les **administrateurs judiciaires** et **mandataires judiciaires**, qui exercent des professions réglementées investies de compétences exclusives dans le cadre des procédures collectives, interviennent également en amont de celles-ci, notamment au cours des phases les plus tardives de la prévention. C'est à ces spécialistes de la restructuration d'entreprises que les présidents de juridiction font le plus souvent appel en tant que mandataires de justice, dans le cadre des procédures amiables de **mandat ad hoc** et de **conciliation**.

Au cours de la crise de la covid-19, les deux professions ont pris des initiatives afin d'intervenir **plus en amont** dans l'accompagnement des entreprises en difficulté. Ainsi, le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ) a mis en place au mois de mars 2020 **un numéro d'appel gratuit** afin d'aider les entrepreneurs à faire un diagnostic de leur situation et de les orienter vers les procédures adaptées.

## **II. MIEUX STRUCTURER L'OFFRE EXISTANTE ET COMBLER SES FAILLES**

Les dispositifs de détection et de traitement précoce des difficultés des entreprises sont donc particulièrement nombreux et diversifiés en France. Si certaines lacunes peuvent être comblées, le principal enjeu est aujourd'hui de mieux structurer cette offre abondante.

### **A. AMÉLIORER L'INFORMATION COMPTABLE ET FINANCIÈRE**

#### **1. Les lacunes de l'information comptable et financière et l'impact des réformes récentes**

L'une des fragilités de nos petites et moyennes entreprises réside dans la **faiblesse de l'information comptable et financière à disposition des dirigeants**. Une comptabilité exacte et tenue à jour et un minimum d'instruments d'analyse financière rétrospective et prospective sont indispensables, non seulement pour **évaluer la robustesse du modèle économique d'une entreprise et anticiper ses difficultés**, mais aussi, le moment venu, pour **restructurer efficacement son bilan et son organisation productive**. À titre d'exemple, aucune banque n'accepte de rééchelonner la dette d'une entreprise sans pouvoir se fonder sur une connaissance solide de ses éléments d'actif et de passif, et sans une visibilité suffisante sur ses résultats et flux de trésorerie à venir.

**Certaines réformes récentes, quoique inspirées par des motifs légitimes, n'ont pas contribué à améliorer les choses. On pense notamment :**

- à la suppression du stage préalable obligatoire à l'installation des artisans, qui familiarisait les créateurs d'entreprises artisanales avec les règles fondamentales de la gestion d'entreprise<sup>1</sup> ;

- à la suppression progressive du principal avantage fiscal bénéficiant aux entrepreneurs adhérents à un centre de gestion agréé (CGA) ou une association de gestion agréée (AGA), à savoir, lorsque les bénéficiaires qu'ils tirent de leur entreprise sont imposés au titre de l'impôt sur le revenu et qu'ils sont soumis à un régime réel d'imposition, la non-majoration de 25 % de leurs revenus<sup>2</sup> ;

- à l'allègement progressif des obligations comptables des petites et moyennes entreprises (présentation simplifiée des comptes annuels, dispense d'annexe pour les micro-entreprises...) <sup>3</sup> ;

- au relèvement des seuils d'audit légal obligatoire, qui a eu pour conséquence de dispenser quelque 120 000 sociétés commerciales de l'obligation de faire certifier leurs comptes par un commissaire aux comptes, sur les 208 000 sociétés qui y étaient précédemment assujetties.

Le rapport De Cambourg sur l'avenir de la profession de commissaire aux comptes, favorable au relèvement des seuils d'audit légal, insistait à juste titre sur ses conséquences potentiellement néfastes pour la prévention des difficultés des entreprises, au vu notamment du nombre moyen d'alertes aboutissant chaque année à l'information du président du tribunal (environ 2 000)<sup>4</sup>.

**Sans revenir sur ces réformes ni renouer avec une logique d'obligations ou de pénalités, les rapporteurs estiment indispensable d'encourager les entrepreneurs à renforcer leurs outils d'analyse comptable et financière afin de prévenir ou de surmonter les crises. Des incitations peuvent être nécessaires, et en cela, les pouvoirs publics conservent un rôle à jouer.**

---

<sup>1</sup> Article 4 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « PACTE ». Le Sénat s'était opposé à cette mesure.

<sup>2</sup> Cette suppression par étapes résulte de l'article 34 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

<sup>3</sup> Ces allègements résultent notamment de l'ordonnance n° 2014-86 du 30 janvier 2014 allégeant les obligations comptables des micro-entreprises et petites entreprises et de l'article 47 de la loi « PACTE ».

<sup>4</sup> Rapport sur l'avenir de la profession de commissaire aux comptes établi par un comité d'experts présidé par M. Patrick de Cambourg, juin 2018. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr>.

## 2. Améliorer l'accès des dirigeants à la formation

Il est d'abord souhaitable d'**améliorer l'accès des dirigeants à la formation continue à la gestion d'entreprise**.

**L'offre existe**, quoiqu'elle soit dispersée au sein des chambres consulaires, des centres de formation d'apprentis, des écoles de commerce et d'autres organismes de formation privés. **Les formations peuvent être prises en charge financièrement**, *via* le compte personnel de formation en ce qui concerne les salariés, ou *via* les fonds d'assurance formation destinés aux travailleurs indépendants<sup>1</sup>.

Il convient avant tout de **mieux faire connaître** cette offre et de **sensibiliser** les dirigeants de TPE-PME à l'importance d'une telle formation. Pour cela, **le développement et la promotion de la formation continue mériteraient d'être mieux identifiés parmi les missions prioritaires des réseaux consulaires**, afin qu'ils fassent l'objet d'engagements spécifiques dans les contrats d'objectifs et de performance conclus entre l'État et les têtes de réseaux ; on ne peut également qu'encourager les chambres consulaires à développer des modules de **formation gratuite en ligne**, ce que certaines d'entre elles ont commencé à faire.

**Recommandation n° 1 : Ériger en mission prioritaire des réseaux consulaires la promotion et le développement de la formation continue à la gestion d'entreprise.**

## 3. Aider les chefs d'entreprise à s'entourer

Il convient également d'**inciter les chefs d'entreprises à avoir recours aux services des professionnels du chiffre**.

À cet égard, les rapporteurs souscrivent à la proposition formulée par le récent rapport fait par Georges Richelme, ancien président de la Conférence générale des juges consulaires de France, au nom de la mission demandée par le garde des sceaux sur la justice économique<sup>2</sup>, d'offrir **un avantage financier aux petites entreprises** (selon des seuils à définir) **qui recourraient à un expert-comptable pour certaines prestations définies**, en particulier le dépôt des comptes annuels et l'établissement d'un **plan de financement prévisionnel**. Cela pourrait passer, notamment :

- par une modification des missions légales des centres et associations de gestion agréés, étant entendu que leurs adhérents imposés au titre de l'impôt sur le revenu bénéficient toujours d'une réduction d'impôt

---

<sup>1</sup> Article L. 6331-50 du code du travail.

<sup>2</sup> Rapport de la mission « Justice économique » sous la direction de M. Georges Richelme, février 2021, consultable à l'adresse suivante : <http://www.justice.gouv.fr>.

égale aux deux tiers des dépenses exposées pour la tenue de leur comptabilité et, éventuellement, pour l'adhésion à un centre ou une association. Ces structures, dont la création avait initialement été encouragée par les pouvoirs publics à des fins de lutte contre la fraude fiscale, doivent être réorientées vers le soutien à la gestion ;

- par la création d'un avantage fiscal similaire, au bénéfice des entreprises imposées au titre de l'impôt sur les sociétés ;

- par une prise en charge directe de tout ou partie des frais liés à ces prestations, par exemple par les conseils régionaux au titre de leur compétence en matière de développement économique.

**Recommandation n° 2 : Définir un socle de prestations d'expertise comptable (dépôt des comptes annuels, établissement d'un plan de financement) ouvrant droit à un soutien financier des pouvoirs publics, sous conditions d'éligibilité.**

**Recommandation n° 3 : Réorienter les missions des centres et associations de gestion agréés vers le soutien à la gestion financière prévisionnelle.**

## ***B. COORDONNER LES ACTEURS ET ORIENTER LES DOSSIERS LES PLUS DIFFICILES VERS LES TRIBUNAUX***

### **1. Un effort de coordination indispensable**

**La pluralité des acteurs chargés de l'accompagnement des entreprises en difficulté n'est pas, en elle-même, dommageable.** D'abord, parce que les besoins des entreprises sont divers : diagnostic économique et financier, obtention de nouveaux financements, conseil juridique... Ensuite, parce que ces différents acteurs n'ont ni le même statut, ni le même rôle : un professionnel lié contractuellement à une entreprise, ou une association qui lui vient en aide bénévolement, n'est pas investi des mêmes missions de contrôle et de sauvegarde des intérêts des tiers ou de l'intérêt général qu'un commissaire aux comptes, une administration publique ou un tribunal. Enfin, parce qu'en période de crise, il faut pouvoir s'appuyer sur toutes les compétences disponibles.

Il n'en demeure pas moins que l'offre actuelle est extrêmement dispersée, ce dont il résulte à la fois un **défaut de lisibilité** (il est difficile pour un chef d'entreprise de savoir à qui s'adresser, voire de distinguer entre les intervenants sérieux et les autres) et un **défaut de coordination** (les complémentarités sont insuffisamment exploitées et les entrepreneurs ne sont pas assez orientés vers l'interlocuteur le plus approprié).

**Les administrations de l'État sont les mieux placées pour fédérer ces différents intervenants.** C'est pourquoi la mission d'information recommande de confier à la direction générale des entreprises et à ses services déconcentrés le soin de créer **une plateforme d'information destinée aux entreprises en difficulté**, comportant :

- des **informations** sur les outils et procédures existants (éventuellement par renvoi aux supports d'information disponibles sur les sites Internet des chambres consulaires, des greffes des tribunaux de commerce, de la Banque de France...);

- une **liste des interlocuteurs à contacter**, en fonction des difficultés rencontrées et pour chaque département.

**Recommandation n° 4 : Créer une plateforme d'information destinée aux entreprises en difficulté, recensant l'ensemble des outils et interlocuteurs disponibles dans chaque département.**

Par ailleurs, les préfetures pourraient encourager la **contractualisation entre les acteurs au niveau départemental** (services de l'État, conseil régional, tribunaux de commerce et judiciaires, antenne locale de la Banque de France, chambres consulaires, organisations professionnelles, caisses de sécurité sociale, acteurs associatifs...) afin de coordonner les interventions de chacun et d'orienter les chefs d'entreprises vers les dispositifs les plus adaptés.

**Recommandation n° 5 : Encourager la conclusion de contrats départementaux de prévention pour coordonner l'intervention des acteurs locaux.**

Par ailleurs, malgré l'utilité des dispositifs de médiation existants et le rôle de la CCSF, il convient de garder à l'esprit que les **mandats de justice et procédures judiciaires** prévus au livre VI du code de commerce présentent, par contraste, **l'avantage d'aborder de manière transversale les problèmes financiers d'une entreprise**. Lorsqu'une entreprise affronte une crise de liquidité, c'est la totalité de ses dettes (fiscales, sociales, bancaires, fournisseurs...) qui la met en difficulté et qu'il faut prendre en considération. Le rôle d'un mandataire est de conduire les négociations avec l'ensemble des créanciers; si les difficultés sont encore plus aiguës, l'ouverture d'une procédure collective, en suspendant les poursuites individuelles, force tous les créanciers à discuter.

C'est pourquoi, dès lors que les difficultés d'une entreprise dépassent un certain degré de gravité, ses dirigeants doivent être orientés vers le tribunal en vue de l'ouverture d'une procédure amiable ou collective.

La mission souscrit donc aux recommandations du rapport « *Richelme* » visant à **imposer aux créanciers publics d'informer le débiteur de l'existence de ces procédures dès lors qu'ils constatent un impayé**. Cette obligation pourrait être étendue aux établissements de crédit et établissements financiers (assureurs-crédit notamment) à l'occasion de certains événements affectant leur relation contractuelle avec l'entreprise (retard de remboursement d'un prêt, découvert non autorisé, dénonciation d'une autorisation de découvert, réduction ou dénonciation d'une garantie...).

**Recommandation n° 6 : Imposer aux créanciers publics d'informer le débiteur de l'existence des procédures amiables et collectives de traitement des difficultés des entreprises à l'occasion de tout impayé. Imposer aux établissements de crédit et établissements financiers une obligation similaire en cas d'incident.**

## **2. Faciliter la circulation de l'information en abattant les cloisons entre administrations et juridictions**

L'écosystème français de la prévention des difficultés des entreprises souffre également du **cloisonnement des informations** permettant d'anticiper celles-ci ou de les détecter de manière précoce.

Certes, de telles informations (qu'il s'agisse d'informations directes tirées de la comptabilité des entreprises ou d'informations indirectes liées par exemple à des incidents de paiement) sont hautement sensibles, car leur divulgation est susceptible de dégrader le crédit d'une entreprise, d'aggraver ses difficultés, voire de précipiter son dépôt de bilan. Lorsqu'il s'agit d'informations confidentielles, elles doivent donc le demeurer et leur accès doit être strictement réglementé. Toutefois, ces restrictions doivent être proportionnées et ne pas empêcher les autorités investies par la loi d'une mission de prévention de s'en acquitter.

**L'article 70 de la loi « PACTE » a facilité la transmission d'informations entre les administrations de l'État, et entre celles-ci et la Banque de France, aux fins de détecter et de prévenir les difficultés des entreprises.** Désormais :

- les agents de l'administration fiscale et des douanes peuvent communiquer au directeur général des entreprises (ou au responsable des restructurations et du traitement d'entreprises en difficulté à la DGE), au

délégué interministériel aux restructurations d'entreprises ainsi qu'au secrétaire général du CIRI et se faire communiquer par eux tous documents ou renseignements nécessaires à ces fins ;

- l'administration fiscale peut également communiquer au préfet du département, au CRP et aux responsables territoriaux de la Direccte (intégrée, depuis le 1<sup>er</sup> avril dernier à la direction régionale de l'économie de l'emploi, du travail et des solidarités - DREETS), des Urssaf et de la Banque de France la liste des entreprises susceptibles de connaître des difficultés de financement ainsi que la cotation du niveau de risque qu'elle leur attribue ;

- la Banque de France, pour sa part, peut communiquer tout ou partie des renseignements qu'elle détient sur la situation financière des entreprises (en particulier ceux provenant du FIBEN) à l'administration fiscale pour sa mission économique, ainsi qu'aux administrations d'État à vocation économique ou financière intervenant dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises.

Entre autres effets, ces dispositions ont consolidé la base légale des échanges d'informations dans le cadre du dispositif « *Signaux faibles* » et pourraient permettre d'enrichir à l'avenir les données qui y sont versées.

De son côté, comme il a été rappelé, **le président du tribunal judiciaire ou de commerce peut, dans le cadre de sa mission de prévention, obtenir communication** par les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales et la Banque de France **de tous « renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique du débiteur »**. Toutefois, **ce droit de communication ne s'exerce qu'à l'issue de la convocation des dirigeants** ou si ceux-ci ne se sont pas rendus à la convocation – ce qui suppose que le président du tribunal ait été préalablement averti des difficultés de l'entreprise par d'autres voies<sup>1</sup>. En pratique, il se fonde pour cela sur les **données détenues et traitées par le greffe**, qui n'ont pas toutes un caractère public (ce n'est pas le cas, par exemple, des injonctions de payer et autres procédures auxquelles l'entreprise est partie, tant qu'elles n'ont pas donné lieu à une décision judiciaire).

En conséquence, **les systèmes d'information mis en place par les autorités publiques pour détecter les difficultés des entreprises restent en partie étanches**.

Afin de mettre fin à cette situation paradoxale, la mission recommande d'autoriser la communication au président du tribunal des informations utiles à l'exercice de sa mission de prévention avant même la convocation du dirigeant et indépendamment de celle-ci.

---

<sup>1</sup> Selon les témoignages recueillis par les rapporteurs, il semble en outre que l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale montrent parfois une certaine mauvaise volonté à déférer aux demandes d'information des présidents de tribunaux.

**Recommandation n° 7 : Autoriser la communication au président du tribunal des informations utiles à l'exercice de sa mission de prévention avant la convocation du dirigeant.**

Bien plus, il conviendrait d'imposer à l'administration fiscale et aux organismes de sécurité sociale – comme c'est la règle en Belgique<sup>1</sup> – de transmettre au greffe du tribunal compétent la liste des entreprises présentant un retard de plus de trois mois dans le paiement de leurs impôts et cotisations. Cela permettrait de corriger le déficit d'information lié aux nouvelles règles d'inscription des privilèges du Trésor et de la sécurité sociale, introduites par la loi « PACTE »<sup>2</sup>.

**Recommandation n° 8 : Imposer à l'administration fiscale et aux organismes de sécurité sociale de transmettre au greffe du tribunal compétent la liste des entreprises présentant un retard de plus de trois mois dans le paiement de leurs impôts et cotisations.**

Sur ces bases, pourrait être envisagée la création d'un système d'information commun aux administrations publiques, aux organismes de sécurité sociale, à la Banque de France et aux juridictions pour la détection des « signaux faibles » des difficultés des entreprises.

**Recommandation n° 9 : Mettre en place un système d'information commun aux administrations et juridictions pour la détection des « signaux faibles ».**

### **3. Vers un tribunal « hors les murs » ?**

Un problème très différent a été souvent relevé au cours des auditions menées par les rapporteurs, à savoir **la réticence des chefs d'entreprise à se tourner vers le tribunal de commerce** lorsqu'ils rencontrent des difficultés.

<sup>1</sup> Article XX.23 du code de droit économique de Belgique.

<sup>2</sup> Les articles 61 et 62 de la loi « PACTE » et leurs décrets d'application ont modifié les règles d'inscription des privilèges des créanciers publics, en prévoyant que l'inscription au registre des privilèges devrait désormais avoir lieu en fonction des créances constatées à la fin de chaque semestre civil, plutôt que de manière « glissante », dans un délai de neuf mois à compter de l'émission du titre exécutoire. En outre, le montant des sommes dues au-delà duquel la publicité du privilège du Trésor est obligatoire a relevé de 15 000 € à 200 000 €. Les représentants des tribunaux de commerce entendus par la mission ont regretté que ces nouvelles règles les privent d'informations précieuses sur les difficultés des entreprises de leur ressort.

Cela résulte du fait que le tribunal de commerce reste principalement associé, dans l'esprit de nos concitoyens, aux procédures collectives, notamment celles où le débiteur est dessaisi et qui peuvent conduire à la disparition de l'entreprise. On sait également l'opprobre qui était autrefois attaché à la faillite : le souvenir de *César Bitotteau* n'a pas disparu. Mais cette réticence s'explique aussi, de manière plus pragmatique, par la crainte des dirigeants de divulguer les difficultés de leur entreprise et de les aggraver ainsi, en portant atteinte à leur crédit.

Pour dissiper ces craintes, de même que les juridictions judiciaires sont habilitées, dans certaines conditions, à tenir des audiences foraines dans des communes de leur ressort autres que celle où est fixé leur siège<sup>1</sup>, les rapporteurs souhaiteraient que les entretiens de prévention conduits par les présidents de tribunaux de commerce et les juges délégués puissent se tenir en dehors de l'enceinte du tribunal, dans des lieux moins chargés de symboles, par exemple dans les locaux des chambres consulaires. La législation en vigueur ne l'interdit ni ne l'autorise expressément<sup>2</sup>.

**Recommandation n° 10 : Autoriser les juges à tenir les entretiens de prévention en dehors des locaux du tribunal.**

### **C. RENFORCER L'ATTRACTIVITÉ DES PROCÉDURES AMIABLES**

Par ailleurs, **les procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises prévues par le code de commerce restent trop peu utilisées** : selon les statistiques du ministère de la justice, le nombre total de mandats *ad hoc* et de procédures de conciliation ouverts en 2019 s'est élevé à 2 613, à comparer aux 44 896 nouvelles procédures collectives.

---

<sup>1</sup> Article R. 124-2 du code de l'organisation judiciaire.

<sup>2</sup> La liste des lieux où les dirigeants seraient susceptibles d'être convoqués pourrait être fixée par voire réglementaire. Les greffes devraient être mis en mesure, le cas échéant, de constater le défaut du ou des dirigeants ; toutefois, le procès-verbal de défaut perdrait de son importance si le président du tribunal avait accès avant même la convocation aux informations nécessaires à l'identification des difficultés des entreprises, comme proposé précédemment.

### Nombre de décisions relatives à l'ouverture d'une procédure en 2019 dans les tribunaux de commerce et les chambres commerciales des TGI

Toutes décisions relatives à l'ouverture d'une procédure	53 431
Ouvertures d'une procédure de rétablissement professionnel	130
Ouvertures d'un mandat <i>ad hoc</i>	1 634
Ouvertures d'une procédure de conciliation	979
Ouvertures d'une procédure de sauvegarde	753
Ouvertures d'une procédure de redressement judiciaire	13 603
Liquidations judiciaires immédiates	30 540
Rejets et autres décisions ne statuant pas sur la demande d'ouverture	5 792

Source : ministère de la justice

En outre, il est unanimement reconnu que **les PME n'y ont que très faiblement recours**. Selon le rapport « *Richelme* », le nombre moyen d'emplois au sein des entreprises concernées par une procédure amiable est de 18, alors qu'il est de 2,8 en procédure collective. Encore cette statistique ne tient-elle pas compte du fait que plusieurs procédures peuvent être ouvertes au bénéfice de sociétés d'un même groupe.

Convaincue de l'utilité des procédures amiables pour prévenir l'aggravation des difficultés des entreprises, la mission d'information s'est interrogée sur les moyens de les rendre plus attractives.

#### 1. La suspension ciblée des poursuites en conciliation

Au début du mois d'avril 2020, quelques jours après l'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire, la commission des lois du Sénat s'était fait l'écho d'une proposition de la Conférence générale des juges consulaires de France<sup>1</sup>, qui a finalement trouvé sa traduction à l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020<sup>2</sup>.

**Aux termes de cet article, dont la durée d'application est limitée<sup>3</sup>, lorsqu'un créancier appelé à la conciliation n'accepte pas, dans le délai imparti par le conciliateur, de suspendre l'exigibilité de sa créance, le tribunal peut, à la demande du débiteur, suspendre les poursuites de ce créancier pendant la durée de la procédure et reporter le paiement des sommes dues.**

<sup>1</sup> Covid-19 : deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, rapport d'information n° 608 (2019-2020) précité, p. 62-63.

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19.

<sup>3</sup> Initialement fixé au 31 décembre 2020, le terme a été reporté au 31 décembre 2021 par l'article 124 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

**Par rapport à l'octroi de délais de grâce**, dans les conditions prévues par le code civil, **cette procédure présente plusieurs avantages** :

- tout d'abord, l'octroi de délais de grâce suppose que le débiteur ait été préalablement mis en demeure ou poursuivi par un créancier, ce qui oblige le juge à statuer au fil de l'eau ;

- ensuite, les délais de grâce sont accordées à l'issue d'une procédure contradictoire, alors que le juge statue ici par ordonnance sur requête ;

- enfin, les délais de grâce ne font pas obstacle aux mesures conservatoires<sup>1</sup>, qui semblent au contraire être interdites dans le cadre de la nouvelle procédure, même si ce point mériterait d'être explicité<sup>2</sup>.

**Un répit peut ainsi être offert rapidement aux entreprises confrontées à une brusque crise de trésorerie, sans les contraindre à demander l'ouverture d'une procédure collective ni, par conséquent, leur interdire tout paiement de leurs dettes antérieures** – ce qui est précieux en temps de crise économique globale, afin d'éviter les défaillances en chaîne.

Des critiques ont été formulées à l'égard de cette disposition, au motif qu'elle déséquilibrerait excessivement les relations entre débiteur et créanciers dans le cadre d'une procédure amiable. Ces arguments n'ont pas convaincu la mission : mieux vaut une suspension ciblée des poursuites applicable pendant la durée limitée d'une procédure de conciliation (cinq mois au maximum) que des délais de grâce de deux ans. Il appartient aux juges d'user de cette faculté avec discernement.

**Recommandation n° 11 : Pérenniser la faculté pour le président du tribunal de suspendre les poursuites de certains créanciers et de reporter le paiement des sommes dues pour la durée de la procédure de conciliation.**

## **2. Limiter le coût des procédures amiables**

Le problème du **coût des procédures amiables pour les petites entreprises** a été souvent évoqué au cours des auditions des rapporteurs.

Alors que les émoluments des praticiens des procédures collectives (administrateur judiciaire, commissaire à l'exécution du plan, mandataire judiciaire, liquidateur) sont fixés par voie réglementaire, selon un barème qui varie en fonction de la taille de l'entreprise débitrice (chiffre d'affaires, nombre de salariés, valeur des actifs cédés...), **la rémunération du**

<sup>1</sup> Article 513 du code de procédure civile.

<sup>2</sup> L'article 2 de l'ordonnance précitée autorise le juge à « arrêter » ou « interdire toute procédure d'exécution » de la part du créancier, ce qui n'inclut pas expressément les mesures conservatoires.

**mandataire *ad hoc* ou du conciliateur est libre**<sup>1</sup>. Certes, les représentants des juges consulaires entendus ont déclaré ne pas rencontrer de difficulté pour trouver des volontaires pour assumer ces missions, même pour un prix modique de quelques milliers d'euros. Il n'en reste pas moins qu'une grille tarifaire, au moins indicative, serait utile pour servir de référence et rassurer les chefs d'entreprise.

**Recommandation n° 12 : Fixer une grille tarifaire indicative pour la rémunération des mandataires *ad hoc* et conciliateurs.**

Par ailleurs, comme le relevait la mission « *Richelme* », il convient de développer les dispositifs de prise en charge des frais liés aux procédures amiables pour les PME, qu'ils prennent la forme d'assurances ou d'aides financières (subventions ou prêts). Ainsi, dans les Hauts-de-France, une avance remboursable d'un montant compris entre 5 000 et 50 000 euros peut être accordée par le conseil régional aux entreprises qui font l'objet d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation, au titre d'un « *fonds de premier secours* ». Selon les informations communiquées aux rapporteurs, un partenariat étroit a été noué avec les tribunaux de commerce de la région, qui sont chargés de l'instruction des demandes.

**Recommandation n° 13 : Développer les dispositifs de prise en charge des frais liés aux procédures amiables pour les PME, sous forme d'assurance ou d'aide publique.**

### 3. Élargir le vivier des mandataires de justice

Quoique la loi ne l'impose pas, **les missions de médiateur *ad hoc* ou de conciliateur sont le plus souvent confiées à des administrateurs judiciaires ou, plus rarement, à des mandataires judiciaires**. Il arrive que d'autres professionnels soient désignés, mais cela reste exceptionnel. **Le domaine agricole fait ici exception**, puisque le rôle de conciliateur en règlement amiable est généralement assumé par une chambre d'agriculture.

Or, si les procédures amiables connaissent au cours des prochains mois et des prochaines années le succès que l'on souhaite, les quelques 140 administrateurs judiciaires et 300 mandataires judiciaires de France n'y suffiront pas. La mission s'est donc interrogée sur les moyens d'élargir le vivier des mandataires de justice.

---

<sup>1</sup> Plus exactement, l'ordonnance qui désigne le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur fixe les conditions de sa rémunération, au vu des propositions faites par celui-ci ; mais en cas de désaccord, le mandataire ou le conciliateur est libre de refuser cette mission.

Certes, restructurer une entreprise est un métier. En outre, la position de tiers de confiance qui est celle du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur doit être occupée par une personne qui présente les garanties requises d'honorabilité et de professionnalisme, du point de vue du débiteur comme de celui des créanciers.

Toutefois, **la restructuration de la dette d'une micro-entreprise ou d'une TPE ne requiert pas le même degré d'expertise que celle d'une grande société cotée.** D'autres professionnels, soumis eux aussi à une déontologie exigeante, pourraient être plus fréquemment sollicités, comme les experts-comptables ou les avocats. Ce rôle pourrait également être endossé par des juges consulaires retraités, ou encore par des établissements publics comme les chambres de commerce et d'industrie ou les chambres de métiers et de l'artisanat.

**Recommandation n° 14 : En cas de besoin, développer le vivier des mandataires *ad hoc* et conciliateurs, en recourant notamment aux professionnels du droit et du chiffre ou aux chambres consulaires.**

## DEUXIÈME PARTIE

### MIEUX TRAITER : RENFORCER L'EFFICACITÉ DE NOS PROCÉDURES COLLECTIVES

Les mesures d'accompagnement et les négociations amiables ne suffisent pas à résoudre toutes les difficultés. Parce qu'elles se trouvent dans une situation trop compromise ou, plus simplement, parce qu'elles se heurtent à la mauvaise volonté de leurs créanciers, certaines entreprises sont contraintes de se placer sous la protection de la justice ; à l'inverse, les intérêts légitimes des créanciers et des motifs tirés de l'ordre public économique peuvent justifier que l'entreprise soit placée sous le contrôle d'un tribunal. C'est l'objet des **procédures judiciaires de traitement de l'insolvabilité des entreprises**, également dénommées **procédures collectives**.

Prises ensemble, ces procédures ont deux **principaux objectifs**. Le premier - qui fut longtemps le seul - est d'assurer **un traitement optimal et équitable des créanciers**. Si chacun était laissé libre d'agir seul pour le recouvrement de ses créances, non seulement certains créanciers seraient lésés (les moins diligents, ou ceux dont les créances ne sont pas encore exigibles), mais le débiteur serait rapidement conduit à la ruine, quand bien même son exploitation serait susceptible de dégager à terme des revenus suffisants pour désintéresser tous les créanciers. Le second objectif - sur lequel le législateur français a plus particulièrement insisté depuis la loi « *Badinter* » du 25 janvier 1985<sup>1</sup> - consiste à **préserver l'activité économique et l'emploi**, en sauvant les entreprises qui peuvent l'être. **Ces deux objectifs sont le plus souvent perçus comme antinomiques, ce qui, comme on le verra, n'est pas nécessairement le cas.**

Par-delà leurs différences, les procédures collectives se caractérisent toutes par la suspension des poursuites individuelles des créanciers, l'interdiction faite au débiteur de payer ses dettes antérieures à l'ouverture de la procédure et le règlement ordonné de celles-ci, sous le contrôle du tribunal. Ainsi, **sans anéantir les obligations (notamment contractuelles) du débiteur, l'ouverture d'une procédure collective interrompt le cours normal de leur exécution volontaire ou forcée**. En outre, **ces obligations (ainsi que la protection attachée aux sûretés qui les garantissent) sont susceptibles d'être très sensiblement modifiées au terme de la procédure**, par une décision juridictionnelle qui peut éventuellement faire suite à un

---

<sup>1</sup> Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

accord amiable des parties, mais qui doit, en tout état de cause, tenir compte de règles d'ordre public. En effet, non seulement les **intérêts des parties placées en position de faiblesse** (comme les salariés) doivent être préservés, mais aussi les **intérêts publics d'ordre économique et social**, liés notamment au maintien des capacités collectives de production, de l'accès des entreprises au crédit et du niveau d'emploi. En ce sens, les procédures collectives peuvent être **fortement redistributrices**.

Il convient dès lors d'apprécier **si cette forte intervention de la loi et du juge dans la vie contractuelle répond aux objectifs qu'elle poursuit, et si elle ne produit pas, par ailleurs, des effets indésirables**. À cette question, la mission d'information apporte **une réponse nuancée**, qui la conduit à formuler plusieurs recommandations pour renforcer l'efficacité de nos procédures.

## I. L'EFFICACITÉ CONTROVERSÉE DES PROCÉDURES COLLECTIVES FRANÇAISES

### A. LES ENJEUX ÉCONOMIQUES DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Du point de vue économique, le droit de l'insolvabilité des entreprises doit répondre à un double impératif, comme le soulignaient Guillaume Plantin, David Thesmar et Jean Tirole dans une note rédigée en 2013 pour le Conseil d'analyse économique<sup>1</sup>.

« *En aval* », les procédures d'insolvabilité agissent « *comme un tamis séparant, parmi les entreprises surendettées, celles qui sont viables (c'est-à-dire celles pour lesquelles la poursuite de l'activité est préférable à la liquidation) et celles qui ne le sont pas* ». De ce point de vue, les entreprises non viables doivent être liquidées aussi rapidement que possible : d'une part, parce qu'elles creusent une dette qu'elles ne pourront pas rembourser ; d'autre part, parce que leurs capacités de production (immeubles, outillage, procédés industriels, stocks, salariés...) seraient employées plus efficacement par d'autres entreprises. À l'inverse, il faut éviter de liquider une entreprise qui, quoique insolvable, est viable (sa liquidation produirait moins de valeur à moyen terme que la poursuite de son activité).

---

<sup>1</sup> G. Plantin, D. Thesmar et J. Tirole, « Les enjeux économiques du droit des faillites », Les notes du conseil d'analyse économique, n° 7, juin 2013.

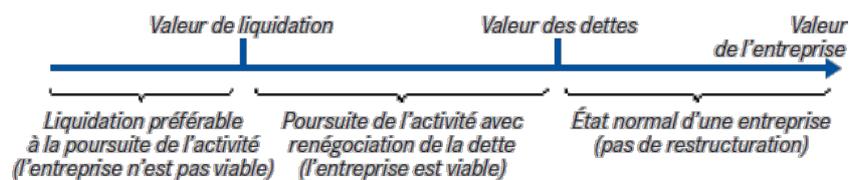
### Qu'est-ce qu'une entreprise viable ?

On considère en général qu'une entreprise est viable si elle dégage de son activité, à moyen terme, un bénéfice suffisant pour rembourser ses dettes et redistribuer aux détenteurs de capitaux (associés ou exploitant personne physique) un revenu correspondant à leurs attentes<sup>1</sup>.

Dans le même esprit, quoique de manière légèrement plus conservatoire, G. Plantin, D. Thesmar et J. Tirole définissent comme viable une entreprise dont la valeur économique (comprise, classiquement, comme la valeur actualisée des flux de trésorerie disponibles issus de l'exploitation<sup>2</sup>) excède la valeur de liquidation (c'est-à-dire le produit de la vente des actifs, net des coûts de cession)<sup>3</sup>.

Lorsque la valeur d'entreprise excède le montant total des dettes, l'entreprise est solvable (bien qu'elle puisse être confrontée à une crise momentanée de liquidité). Lorsque cette valeur est inférieure au montant des dettes mais supérieure à la valeur de liquidation, l'entreprise est insolvable mais viable et doit être sauvée. Lorsque la valeur d'entreprise est inférieure à la valeur de liquidation, la liquidation est préférable.

#### Règle de décision selon la valeur économique de l'entreprise



Source : G. Plantin, D. Thesmar et J. Tirole

« En amont », le droit des faillites « doit faciliter le financement des entreprises ». En effet, le volume des financements apportés aux entreprises et les intérêts exigés par les investisseurs dépendent directement des garanties dont ils disposent face au risque de défaut, donc de l'efficacité des procédures d'exécution forcée et des procédures collectives, ainsi que de la protection des intérêts des créanciers dans le cadre de ces procédures.

**Ce cadre d'analyse permet de comprendre pourquoi la satisfaction des créanciers, d'une part, la préservation de l'activité économique et de l'emploi, d'autre part, ne doivent pas être conçues comme deux objectifs systématiquement contradictoires des procédures collectives.**

<sup>1</sup> En termes techniques, il s'agit de vérifier si le taux de rentabilité moyen constaté est supérieur ou égal, sur une durée donnée (et suffisamment longue), au coût moyen pondéré du capital.

<sup>2</sup> Sur cette méthode dite DCF (Discounted Cash Flows) de l'évaluation d'entreprise, voir P. Vernimmen, P. Quiry et Y. Le Fur, Finance d'entreprise, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 745 et s. Le taux d'actualisation dépend du coût du capital.

<sup>3</sup> La prise en compte des coûts de cession rend cette définition légèrement plus conservatoire (elle conduit à considérer davantage d'entreprises comme viables) que celle qui repose sur la comparaison du taux de rentabilité des actifs et du coût moyen pondéré du capital. D'autres indicateurs fondés sur des mesures moins complexes peuvent être utilisés (voir ci-après les définitions des entreprises « zombies » retenues par différentes études).

D'une part, en effet, la croissance et l'emploi à moyen et long terme supposent qu'une sélection optimale soit opérée entre les entreprises viables et non viables ; or les créanciers, pris dans leur ensemble, ont intérêt à ce que les entreprises viables survivent et à ce que les non viables disparaissent. Plus exactement, si les créanciers munis de fortes garanties peuvent avoir plutôt intérêt à ce que l'entreprise soit dans tous les cas liquidée rapidement, et si, à l'inverse, les créanciers chirographaires ont tendance à vouloir sauver l'entreprise même si elle n'est pas viable, parce qu'ils savent qu'ils ne recouvreront rien en cas de liquidation, les créanciers intermédiaires profitent de la continuation d'activité si l'entreprise est viable et en pâtissent dans le cas contraire (autrement dit, ils sont directement intéressés à la différence entre la valeur de liquidation de l'entreprise et sa valeur économique, comprise comme la valeur actualisée de ses flux de trésorerie à venir).

D'autre part, le niveau de l'activité économique dépend étroitement de l'accès des entreprises au crédit.

**À ces deux titres, l'efficacité économique du droit français des entreprises en difficulté est controversée.** Le rapport annuel *Doing Business* de la Banque mondiale – dont la méthode d'évaluation n'est certes pas exempte de biais – attribue à la France une note médiocre de 11 sur 16 dans ce domaine, ce qui la place au **27<sup>e</sup> rang mondial**, derrière tous les autres pays du G7 et la majorité des pays de la zone euro<sup>1</sup>.

#### **B. LES PROCÉDURES FRANÇAISES D'INSOLVABILITÉ LAISSENT-ELLES SURVIVRE DES ENTREPRISES « ZOMBIES » ?**

Nos procédures collectives sont souvent critiquées en ce qu'elles n'opéreraient pas une sélection optimale entre les entreprises viables et non viables. Elles accorderaient **une trop forte protection au débiteur**, ainsi qu'à ses dirigeants et aux détenteurs de capital, au détriment des créanciers, ce qui se traduirait par **le maintien en activité de nombreuses entreprises non viables ou « zombies », une destruction de valeur économique** et, dans l'ensemble, **une diminution du nombre d'emplois**. Cette protection excessive accordée au débiteur s'expliquerait principalement par **une préférence du législateur et des juges pour le maintien de l'activité et des emplois à court terme**, sans prise en compte suffisante des effets des règles et décisions sur l'ensemble de l'économie à moyen et long terme<sup>2</sup>.

**À l'inverse**, une étude publiée par l'**Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE)** en 2017, estimant faible la part des entreprises « zombies » dans le tissu productif français, expliquait ce bon résultat par l'efficacité de nos procédures de traitement des difficultés des

---

<sup>1</sup> Source : Banque mondiale, *Doing Business 2020* et les statistiques disponibles sur le site Internet [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org).

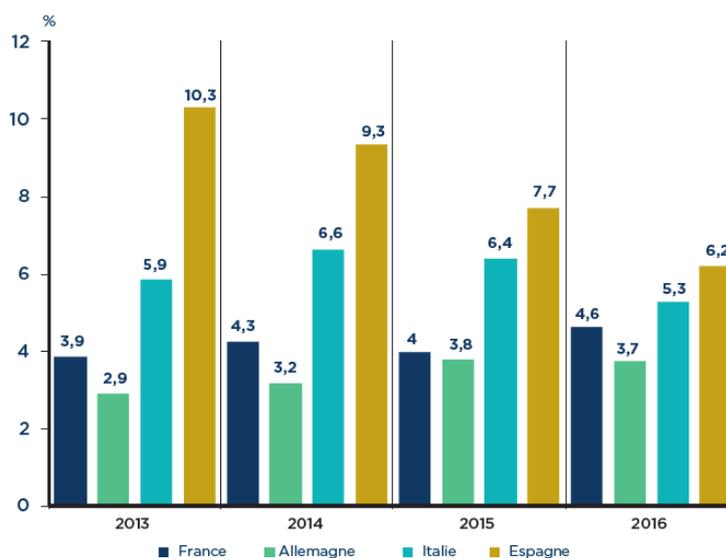
<sup>2</sup> Voir G. Plantin, D. Thesmar et J. Tirole, loc. cit.

entreprises au sens large (en particulier par l'existence de mécanismes d'alerte précoce et de procédures dites préventives)<sup>1</sup>.

Il est difficile de se faire une idée de la question, à défaut de données disponibles en nombre et en quantité suffisants.

**Il est généralement admis que le processus de « destruction créatrice », consistant à réallouer les actifs des entreprises non viables aux entreprises viables, fonctionne assez bien en temps normal dans notre pays.** Selon une étude publiée en 2018 par l'assureur-crédit Coface, le taux d'entreprises « zombies » est certes supérieur en France au niveau observé en Allemagne, mais nettement inférieur à ceux constatés en Italie et en Espagne<sup>2</sup>.

### Taux d'entreprises « zombies » : comparaisons internationales



Source : Ellisphère, Coface

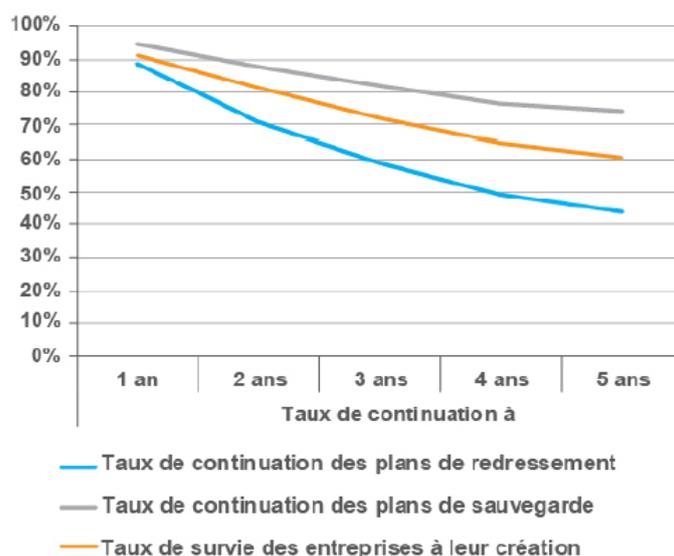
<sup>1</sup> M. A. McGowan, D. Andrews et V. Millet, « Insolvency Regimes, zombie firms and capital reallocation », OCDE, Economics Department Working Papers n° 1933, juin 2017. Cet article retient toutefois une définition restrictive des entreprises « zombies » comme celles, âgées d'au moins dix ans, dont les résultats annuels ne permettent pas de financer les intérêts de leur dette.

<sup>2</sup> « Entreprises en France : moins de défaillances, mais toujours autant de "zombies" », Les publications économiques de Coface, mars 2018. Les entreprises « zombies » sont ici définies comme celles dont le taux de rendement du capital investi et le taux de couverture des intérêts sont inférieurs à 1 pendant trois années consécutives. Voir également Cl. David, R. Faquet et Ch. Rachiq, « Quelle contribution de la destruction créatrice aux gains de productivité en France depuis 20 ans ? », Direction générale du Trésor, Documents de travail n° 2020/5, décembre 2020.

Toutefois, **ce constat n'est pas unanimement partagé** : selon une étude de la Banque des règlements internationaux, la proportion des entreprises « zombies » a plus que doublé en France entre 2008 et 2017, alors qu'elle restait stable dans les autres pays d'Europe continentale étudiés<sup>1</sup>.

En outre, **le rôle des procédures d'insolvabilité dans ce processus de destruction créatrice** (qui repose également sur des transferts d'actifs et des liquidations volontaires) **reste difficile à mesurer**. Un indicateur pertinent serait sans doute la proportion des entreprises ayant bénéficié d'un plan de continuation (plan de sauvegarde ou de redressement) mais qui ont dû être placées en liquidation judiciaire avant le terme du plan – autrement dit, le taux de « zombies » maintenues en vie par erreur. Or, et cela ne manque pas de surprendre, **nous ne disposons pas à cet égard de données publiques robustes**. Ce n'est que tout récemment que France Stratégie a entrepris d'établir un tel indicateur, sur la base d'un échantillon réduit composé des seules procédures ouvertes en 2009 (dans tous les tribunaux judiciaires et de commerce de France). Il en ressort qu'après cinq ans, environ 75 % des plans de sauvegarde sont toujours en cours d'exécution, mais seulement 40 % des plans de redressement<sup>2</sup>.

#### Taux de continuation des plans de sauvegarde et de redressement à cinq ans, comparé au taux de survie des entreprises nouvellement créées<sup>3</sup>



Source : D. Despierre, A. Épaulard et Ch. Zapha, d'après les données de l'INSEE et du BODACC

<sup>1</sup> « Corporate Zombies: Anatomy and Cycle Life », BIS Working Papers n° 882, septembre 2020. Les entreprises « zombies » sont ici définies comme celles qui présentent deux années d'affilée les deux caractéristiques suivantes : un taux de couverture des intérêts inférieur à 1 et un ratio de Tobin (valeur de marché des actifs rapportée à leur coût de remplacement) inférieur à la médiane du secteur. L'échantillon comprend 32 000 sociétés cotées dans 14 pays de l'OCDE.

<sup>2</sup> D. Despierre, A. Épaulard et Ch. Zapha, « Les procédures collectives de traitement des difficultés financières des entreprises en France », France Stratégie, avril 2018.

<sup>3</sup> Sont seules prises en compte, d'une part, les procédures de sauvegarde et de redressement ouvertes en 2009, d'autre part, les créations d'entreprises en 2010.

Ces statistiques, **incomplètes** (puisque la durée d'un plan est très souvent supérieure à cinq ans, les principales échéances de remboursement survenant les dernières années), ne concordent d'ailleurs pas avec celles, un peu plus anciennes, de la société d'assurance-crédit Euler Hermès, dont il ressort que près d'une entreprise sur deux ayant bénéficié d'un plan de continuation disparaît avant trois ans et les deux tiers avant le terme du plan<sup>1</sup>.

Pour réformer utilement notre droit des entreprises en difficulté, il est indispensable que le législateur puisse se fonder sur des données fiables et complètes. On ne peut qu'encourager France Stratégie à poursuivre le travail de recueil de données déjà accompli.

**Recommandation n° 15 : Doter les pouvoirs publics des outils statistiques nécessaires pour mesurer l'efficacité de nos procédures collectives. En particulier, constituer les bases de données nécessaires au calcul du taux de réussite des plans de sauvegarde et de redressement sur une longue durée.**

### **C. QUELLE INCIDENCE DU DROIT FRANÇAIS DE L'INSOLVABILITÉ SUR L'ACCÈS AU CRÉDIT ?**

L'incidence de notre droit de l'insolvabilité sur l'accès au crédit des entreprises françaises est également difficile à mesurer.

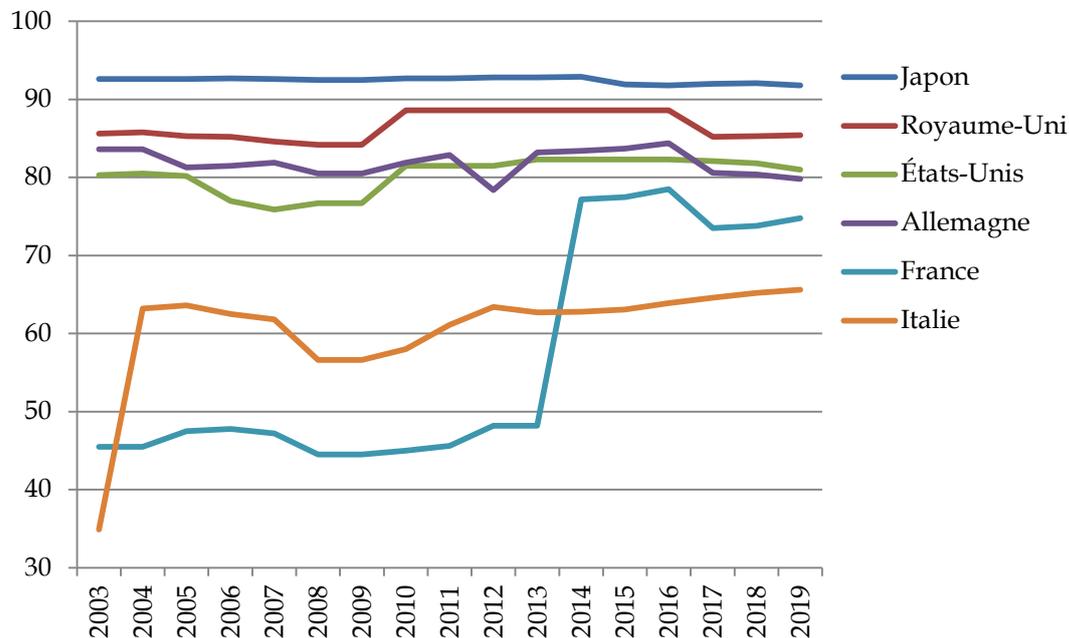
Selon le dernier rapport *Doing Business* de la Banque mondiale, le **taux de recouvrement des créances en procédure d'insolvabilité** s'établissait en France à **74,8 %** en 2019, soit un taux **relativement faible** par rapport à d'autres pays comparables, malgré une spectaculaire progression depuis 2014, que l'on peut attribuer aux mesures de simplification et de rééquilibrage introduites par l'ordonnance du 12 mars 2014 (qui a notamment attribué aux créanciers membres de comités la faculté de proposer eux-mêmes un projet de plan de sauvegarde ou de redressement)<sup>2</sup>. **La question est de savoir si cette protection relativement faible accordée aux créanciers par nos procédures collectives se traduit par une restriction de l'accès au crédit.**

---

<sup>1</sup> Ces statistiques ont été communiquées aux rapporteurs par M<sup>e</sup> Sophie Vermeille, fondatrice de l'institut Droit & Croissance. L'échantillon est constitué des entreprises débitrices des clients de la société d'assurance-crédit Euler Hermès, ayant fait l'objet d'une procédure ouverte entre 2000 et 2013. Il s'agit en général de grandes entreprises, dont on peut penser qu'elles sont mieux armées que la moyenne pour réussir un plan de continuation.

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

### Taux de recouvrement des créances en procédure d'insolvabilité (2003-2019)

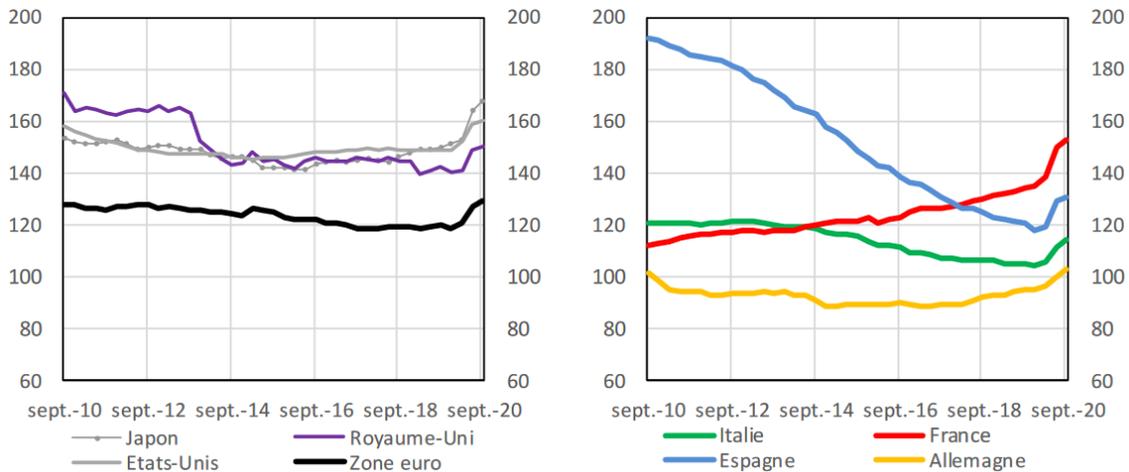


Source : Banque mondiale

**Le taux d'endettement du secteur non financier est élevé en France comparativement aux autres pays de l'OCDE, le Japon excepté, et cette tendance s'est accentuée au cours des derniers mois**, grâce au recours massif aux prêts garantis par l'État : selon la Banque de France, les encours de crédits bancaires aux entreprises françaises non financières effectivement mobilisés ont atteint 1 197,3 milliards d'euros en janvier 2021, en hausse de 13,4 % sur un an. Les **taux d'intérêt** pratiqués par les banques restent faibles, grâce à la politique monétaire accommodante de la Banque centrale européenne. Par rapport aux autres pays de la zone euro, la France se caractérise par des taux bancaires moins élevés que la moyenne pour les crédits renouvelables et autorisations de découvert ainsi que pour les prêts de faible montant, mais plus élevés pour les prêts de montant important. En revanche, on sait que **la part du crédit obligataire reste faible** dans le financement de l'économie en France comme dans l'ensemble de la zone euro, contrairement aux pays anglo-saxons notamment, malgré l'encouragement des autorités européennes à la diversification des sources de financement<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voir Th. Grjebine, U. Szczerbowicz et F. Tripier, « Financement de l'économie : le modèle européen remis en question », *L'Économie mondiale 2016, publication du Centre d'études prospectives et d'informations internationales (CEPII), Paris, La Découverte, 2015.*

### Dettes des agents non financiers (en pourcentage du PIB)



Source : Banque de France

Si les entreprises françaises parviennent à se financer aisément et à taux faible auprès des banques, bien que celles-ci supportent un risque comparativement plus élevé que dans d'autres pays comparables en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, c'est notamment en raison de l'évolution du droit et de la pratique des **sûretés et autres techniques juridiques qui permettent aux créanciers d'échapper plus ou moins complètement à la discipline collective** qu'impliquent ces procédures. Il en va ainsi, notamment, du **crédit-bail**, des **sûretés-propriétés** et, à un moindre degré, des **sûretés comportant un droit de rétention**.

#### Le sort des créanciers munis de sûretés lors d'une procédure collective

Le sort des créanciers antérieurs munis de sûretés lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'égard du débiteur varie selon le type de sûreté dont il s'agit et le stade de la procédure.

**1° S'agissant des sûretés personnelles et des sûretés réelles pour autrui**, le jugement d'ouverture suspend, pour toute la durée de la période d'observation, « toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou affecté ou cédé un bien en garantie » (article L. 622 du code de commerce). Ces mêmes personnes peuvent se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde (c'est-à-dire des reports d'échéance, voire des effacements de dette accordés au débiteur principal, article L. 626-11), mais non pas du plan de redressement (article L. 630-20). En cas de liquidation, les créanciers partiellement ou totalement impayés peuvent faire valoir leur garantie.

**2° S'agissant des sûretés réelles consenties par le débiteur principal**, la situation est beaucoup plus complexe.

**a) Pendant la période d'observation**, la suspension des poursuites individuelles et l'interdiction de payer les dettes antérieures se conjuguent pour rendre impossible l'exercice, par les créanciers munis, de leur droit de préférence. Néanmoins, ceux qui sont titulaires d'une sûreté réelle conférant un **droit de rétention « réel »** (gage avec dépossession, notamment) peuvent s'en prévaloir ; dès lors, si la restitution du bien grevé est nécessaire à la poursuite d'activité, le juge-commissaire peut autoriser le débiteur ou l'administrateur à payer sa dette pour obtenir cette restitution (article L. 622-7).

Les créanciers titulaires de **sûretés-propiétés** (fiducie-sûreté, réserve de propriété, cession de créance à titre de garantie) bénéficient de dispositions analogues : en principe, ils peuvent exercer leur droit de revendication ; le juge-commissaire peut autoriser le débiteur ou l'administrateur à payer sa dette pour obtenir le retour d'un bien cédé en fiducie-sûreté (même article L. 622-7) ou le non-exercice de son droit de revendication par le vendeur avec réserve de propriété (article L. 624-16), et le cessionnaire d'une créance peut obtenir le paiement de celle-ci à son échéance, en dehors de la procédure collective (Cass. com., 7 déc. 2004, n° 02-20.732). Toutefois, si le fiduciaire a conclu avec le débiteur une convention de mise à disposition du bien cédé (« *fiducie sans dépossession* »), le débiteur ou l'administrateur a la faculté d'obtenir la continuation de cette convention tout au long de la période d'observation.

Quant au **crédit-bailleur**, il est particulièrement bien protégé. En effet, quoiqu'il ait toutes les apparences d'une vente à tempérament, donc d'une opération de crédit<sup>1</sup>, le crédit-bail constitue juridiquement un contrat de location d'un bien avec option d'achat au terme de la période de location. Le crédit-bailleur reste donc propriétaire du bien jusqu'à l'exercice de l'option d'achat ; en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, le débiteur ou l'administrateur a le choix de mettre fin au contrat (en abandonnant les loyers déjà payés), de demander sa poursuite pendant la période d'observation en tant que contrat nécessaire à l'exploitation (auquel cas il doit continuer de s'acquitter des loyers) ou de lever l'option d'achat de manière anticipée, avec l'autorisation du juge commissaire (même article L. 622-7).

**b) En cas d'adoption d'un plan de continuation**, celui-ci est opposable à tous ; les créanciers antérieurs munis de sûretés réelles n'ont donc pas l'occasion de faire valoir leur droit de préférence tant que les échéances du plan sont respectées. Le plan peut prévoir la continuation d'une convention de mise à disposition d'un bien cédé en garantie dans le cadre d'une fiducie-sûreté. Le débiteur crédit-preneur peut lever l'option d'achat avant l'expiration des délais prévus par le plan (article L. 626-18).

**c) En cas de liquidation**, la doctrine contemporaine oppose volontiers les sûretés conférant un **droit exclusif** au paiement (hors concours avec les autres créanciers) à celles qui confèrent un simple **droit de préférence**, quoique certaines présentent un caractère mixte. En pratique :

- les créanciers titulaires d'un **droit de rétention « réel »** (voir ci-dessus) ou **« fictif »** (gage sans dépossession, nantissement de meubles incorporels) sont protégés : le juge-commissaire peut (en cas de dépossession) autoriser le liquidateur ou l'administrateur à payer pour obtenir la restitution de la chose (article L. 641-3) ; en cas de vente du bien grevé par le liquidateur, le droit de rétention est reporté de plein droit sur le prix, ce qui confère au créancier un droit exclusif au paiement sur cette somme ;

---

<sup>1</sup> Le crédit-bail est d'ailleurs considéré par la Banque de France comme une opération de financement.

- les biens grevés d'une **sûreté-propriété** ne peuvent être cédés par le liquidateur, puisqu'ils sont sortis du patrimoine du débiteur ; le cas échéant, les créanciers concernés peuvent exercer leur droit de revendication ; de même, le crédit-bailleur conserve la propriété de la chose, sauf si le liquidateur ou l'administrateur a été autorisé à lever l'option d'achat (même art. L. 641-3).

Par ailleurs, **en cas de cession totale ou partielle de l'entreprise** :

- la loi exclut expressément que puisse être cédée au cessionnaire, sans l'accord du fiduciaire, la convention de mise à disposition d'un bien transféré dans un patrimoine fiduciaire (art. L. 642-7) ;

- par dérogation au principe général selon lequel le paiement du prix fait obstacle à l'exercice à l'encontre du cessionnaire des droits des créanciers inscrits et emporte purge des inscriptions, la charge des **sûretés spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permette le financement des biens sur lesquels portent ces sûretés** est transmise au cessionnaire (art. L. 642-12).

*Source : commission des lois du Sénat*

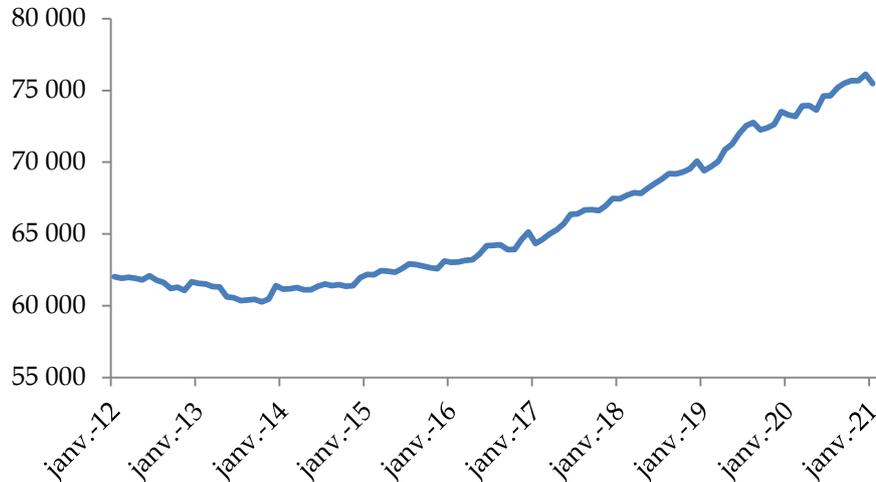
L'on manque de statistiques pour évaluer les exigences de sûretés des créanciers (notamment bancaires), en France comme à l'étranger<sup>1</sup>. Une étude un peu ancienne, publiée dans une revue américaine, tendait néanmoins à montrer que **les banques françaises exigeaient un niveau de garantie beaucoup plus élevé** que leurs homologues britanniques ou allemandes<sup>2</sup>. Le développement du crédit-bail est, lui, bien documenté.

---

<sup>1</sup> On ne dispose, en France, que du résultat des enquêtes trimestrielles de la Banque de France, d'une part, auprès des entreprises sur leur accès au crédit, d'autre part, auprès des banques sur la distribution du crédit. Les données ainsi recueillies sont déclaratives et d'ordre qualitatif (les entreprises sont invitées à déclarer si les exigences des banques en termes de garanties se sont renforcées d'un trimestre à l'autre, les banques si elles ont renforcé leurs exigences). Elles se prêtent mal à des comparaisons internationales (voir cependant l'enquête annuelle de l'OCDE sur le financement des PME et des entrepreneurs, disponible à l'adresse <https://www.oecd-ilibrary.org>).

<sup>2</sup> Sergei A. Davydenko and Julian R. Franks, « Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany, and the U.K. », *The Journal of Finance*, vol. 63, n° 2 (avril 2008), pp. 565-608. S'agissant des sûretés réelles, le niveau de garantie exigée par les prêteurs peut s'apprécier en fonction de la valeur relative des créances et des biens affectés en garantie (« collatéral ») : les auteurs montrent ainsi que, au moment de l'ouverture d'une procédure collective, le rapport entre la valeur du collatéral et celle des créances non couvertes par la trésorerie disponible était égal, en moyenne, à 124 % en France contre 85 % au Royaume-Uni et 60 % en Allemagne. L'article montre, en outre, que les banques françaises recouraient beaucoup plus massivement aux sûretés personnelles, notamment au cautionnement (s'ajoutant parfois aux sûretés réelles).

**Encours des crédits-bails accordés aux sociétés  
non financières domiciliées en France**  
(en millions d'euros)



Source : Banque de France

**Recommandation n° 16 :** Améliorer l'information statistique sur le recours aux sûretés personnelles et réelles pour garantir les prêts aux entreprises.

Il apparaît donc que les acteurs économiques cherchent à contourner, grâce à des mécanismes contractuels plus ou moins sophistiqués, les règles d'ordre public imposées par la loi pour le règlement des créances en procédure collectives – avec des conséquences inévitablement dommageables, tant pour les créanciers les moins diligents que pour les entreprises débitrices elles-mêmes, dont la continuité de l'exploitation peut ainsi se trouver entravée. Le législateur les y a paradoxalement encouragés, notamment au cours des dernières années, tant en consacrant de nouvelles sûretés-propiétés (fiducie-sûreté, généralisation de la cession de créance à titre de garantie) qu'en instituant un droit de rétention « fictif » attaché à certaines sûretés sans dépossession.

**Recommandation n° 17 :** Veiller à la cohérence entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté. Empêcher la démultiplication des atteintes à la discipline des créanciers en procédure collective.

## **D. LES PRINCIPES D'UNE RÉFORME**

Quoiqu'il soit impossible d'en prendre exactement la mesure, il paraît difficilement contestable que nos procédures d'insolvabilité ne produisent pas un résultat optimal du point de vue économique, tant en ce qui concerne la réallocation des actifs des entreprises non viables que sur la facilité d'accès des entreprises au crédit. Avant de rechercher quelles nouvelles règles pourraient y remédier, la mission d'information s'est attachée à identifier quelques principes susceptibles de guider la réflexion.

### **1. Clarifier les objectifs des procédures collectives et mieux les articuler avec d'autres politiques publiques**

Si nos procédures collectives n'aboutissent pas à un résultat économiquement optimal, c'est en partie parce qu'elles poursuivent simultanément des objectifs divergents, qui ont certes tous leur légitimité. Il convient donc d'examiner si ces procédures ne peuvent pas être mieux articulées avec d'autres politiques publiques répondant aux mêmes finalités.

#### *a) Ôter tout aspect répressif aux procédures collectives*

Tout d'abord, les rapporteurs rappellent fermement que **les procédures judiciaires de traitement de l'insolvabilité des entreprises n'ont pas et ne doivent pas avoir pour objet de réprimer les fautes éventuelles de leurs dirigeants. « Faire faillite » n'est pas une faute en soi** : des entreprises peuvent être conduites à la cessation des paiements sans que l'on puisse même taxer leurs dirigeants de négligence.

Or notre droit de l'insolvabilité, malgré les progrès accomplis depuis le code de commerce de 1807, conserve à certains égards une coloration pénale, aussi bien par le vocabulaire employé que par certaines règles de fond et de procédure.

Des sanctions ayant le caractère de punition sont évidemment nécessaires pour réprimer la fraude. La responsabilité civile des dirigeants doit aussi pouvoir être engagée lorsque leur comportement a causé un dommage à autrui. Mais il est contreproductif de vouloir faire jouer ce rôle aux procédures collectives, aussi bien du point de vue de la satisfaction des intérêts pécuniaires des créanciers que de celui de l'intérêt public économique et social.

#### *b) Distinguer la protection des entreprises de celle des dirigeants et associés*

À l'inverse, **la protection des entreprises en difficulté ne saurait être confondue avec celle de leurs dirigeants ou de leurs propriétaires.**

Rappelons d'abord que, si les procédures judiciaires de restructuration (sauvegarde et redressement) offrent un répit aux débiteurs insolvables en suspendant les poursuites individuelles des créanciers, ce

n'est pas au bénéfice des débiteurs eux-mêmes, de leurs dirigeants ou de leurs associés, mais dans **l'intérêt collectif des créanciers** eux-mêmes (pour éviter les effets pervers d'un jeu non coopératif) et dans **l'intérêt public** (pour préserver des entreprises viables et les emplois qui y sont attachés). Sans cela, il n'y aurait aucune raison légitime d'enfreindre l'ordre normal d'absorption des pertes<sup>1</sup>, ni d'empêcher, le cas échéant, que les dirigeants soient remplacés.

**Dans certains cas, ces intérêts commandent de sauver l'entreprise, de maintenir à sa tête les dirigeants en place, voire d'obliger les créanciers à essuyer des pertes au bénéfice des détenteurs de capital.** Cela arrive fréquemment dans les petites et moyennes entreprises, beaucoup moins dans les grandes entreprises dont les *managers* bénéficient de multiples filets de sécurité et dont l'actionnariat est constitué de fonds d'investissement.

**Dans d'autres cas, ces mêmes intérêts exigent que les dirigeants soient remplacés ou que l'entreprise soit cédée, voire liquidée. D'autres dispositifs doivent alors prendre le relais pour protéger les personnes physiques** (l'exploitant, le ou les dirigeants, voire les associés) ; certains d'entre eux méritent d'être renforcés et mieux articulés avec les procédures collectives, notamment les procédures de surendettement des particuliers prévues par le code de la consommation.

En d'autres termes, **il convient d'éviter que le souci légitime de protection des petits entrepreneurs** – qui constituent certes les acteurs les plus nombreux du tissu économique national – **ne conduise à infléchir nos procédures collectives jusqu'à maintenir en vie des entreprises non viables, voire à enrichir indûment les actionnaires au détriment de la masse des petits créanciers non protégés** (fournisseurs, obligataires, etc.).

*c) La protection de l'emploi : un difficile arbitrage entre le court et le long terme*

Les tribunaux sont parfois amenés à arrêter un plan de continuation au bénéfice d'entreprises dont la viabilité est très incertaine, y compris en sacrifiant les intérêts des créanciers, au nom de la préservation des emplois. De telles décisions sont parfaitement compréhensibles et, jusqu'à un certain point, légitimes, car **on ne peut ignorer le coût humain des licenciements économiques provoqués par une liquidation, non plus d'ailleurs que leur coût financier pour la collectivité** (en raison des dépenses d'assurance-chômage, voire d'assurance-maladie engendrées). **C'est d'autant plus vrai dans un pays où le marché du travail est dysfonctionnel** et où les personnes au chômage mettent des mois, voire des années à retrouver un emploi.

---

<sup>1</sup> En principe, les pertes d'une entreprise sont prioritairement absorbées par les détenteurs de capital, puis par les créanciers (d'abord par les créanciers chirographaires, puis par les créanciers munis de sûretés suivant leur rang). C'est la contrepartie du fait qu'ils sont les seuls ou les premiers à être intéressés aux bénéfices et peuvent compter, en moyenne, sur une rémunération plus élevée de leur investissement.

Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue qu'**une entreprise qui ne dégage pas de bénéfices suffisants pour payer ses dettes et satisfaire les attentes de ses propriétaires finit, tôt ou tard, par être liquidée**, volontairement ou judiciairement. Dans ce cas, les licenciements économiques peuvent seulement être retardés. Entre-temps, l'entreprise aura accumulé des pertes que les créanciers devront partiellement absorber, ce qui aboutit à **une destruction de valeur économique**. À terme, **le niveau d'emploi dans l'économie s'en trouve réduit**.

Certes, le législateur pourrait inciter davantage les juridictions à prendre en compte les effets à moyen et long terme de leurs décisions sur la croissance et l'emploi. Toutefois, **on ne sortira pas de ce dilemme sans une politique d'ensemble visant à atténuer les effets des licenciements**, ce qui suppose à la fois d'augmenter l'offre d'emplois (donc de soutenir la croissance de la production tout en veillant à son « *intensité en emplois* »), de réduire les frictions sur le marché du travail (grâce notamment à une politique de formation professionnelle adaptée) et de garantir le niveau de revenu des demandeurs d'emplois<sup>1</sup>.

## **2. Mieux prendre en compte les évolutions de l'économie et la diversité des entreprises**

Renforcer l'efficacité de nos procédures collectives implique aussi de mieux prendre en compte les **évolutions considérables du contexte économique depuis la loi « *Badinter* »**, qui ont affecté les structures de financement et de contrôle des entreprises, tout en renforçant les différences entre grandes et petites entreprises.

Depuis plus de trois décennies, en effet, le **développement des marchés de capitaux et l'innovation financière** ont produit des bouleversements que l'on peut résumer, à grands traits :

- par une dissociation croissante de la direction opérationnelle, du contrôle et de la propriété des entreprises ;
- par un recours accru à l'endettement, afin de maximiser « *l'effet de levier*<sup>2</sup> » pour les associés ;
- par des facilités nouvelles offertes aux entreprises pour refinancer leur dette ;

---

<sup>1</sup> Comme le soulignent Ph. Aghion, C. Antonin et S. Bunel, un contexte institutionnel visant à protéger les personnes contre les risques liés au chômage (plutôt qu'à sauvegarder les emplois existants) permet que la « destruction créatrice » ne se traduise pas par l'augmentation de l'anxiété et la dégradation de la santé des individus, notamment parmi les plus âgés et les moins qualifiés, mais au contraire par une hausse du degré de satisfaction : voir Le Pouvoir de la destruction créatrice, op. cit., chapitre 11 « Destruction créatrice, santé et bonheur ».

<sup>2</sup> On appelle « effet de levier financier » le fait que le recours à l'endettement (à condition que la rentabilité des investissements financés par la dette excède le coût financier de celle-ci) augmente la rentabilité des capitaux propres (puisque le surplus revient aux détenteurs de capitaux).

- par l'atténuation de la distinction entre dette et fonds propres (du fait du développement des obligations convertibles, des titres de dette perpétuels ou à durée indéterminée, des actions rachetables, *etc.*).

**Certaines caractéristiques de notre droit de l'insolvabilité adaptées au modèle de l'entreprise familiale** (exploitant personne physique, petite société dont le dirigeant est l'associé majoritaire ou unique) **à la structure de passif assez simple** (la dette étant essentiellement constituée d'un ou plusieurs emprunts bancaires, de dettes fournisseurs et de dettes fiscales et sociales) **le sont de moins en moins à mesure que l'on s'éloigne de ce modèle.**

## II. RESTRUCTURER PLUS EFFICACEMENT

Avant d'en venir au traitement des situations irrémédiablement compromises et aux mesures propres à favoriser le rebond des entrepreneurs, il convient de s'intéresser aux conditions de la restructuration d'entreprises en droit français.

Un **plan de restructuration** est un ensemble de mesures, convenues amiablement entre le débiteur et ses créanciers ou arrêtées par un tribunal, visant à réorganiser une entreprise confrontée à un risque d'insolvabilité ou déjà insolvable, en vue d'assurer sa viabilité à moyen et long terme. Plus précisément, il s'agit :

1° à titre principal, de la **restructuration du bilan** de l'entreprise :

- restructuration du passif par effacement de tout ou partie des dettes, report de leur échéance, conversion en un autre type de dette (par exemple, conversion d'une dette bancaire en obligations) ou en capital, modification du montant du capital social ou de l'identité des détenteurs de capital, *etc.* ;

- restructuration de l'actif par cession ou acquisition de certains biens (immobilisations, stocks, trésorerie) ;

2° à titre subsidiaire, de la **restructuration de son organisation productive** (changement de dirigeants, de méthodes de production, évolution de l'effectif salarié, *etc.*).

**La notion de restructuration dépasse donc le cadre des procédures collectives** : un accord de conciliation, éventuellement constaté ou homologué par le tribunal, constitue par exemple un plan de restructuration contractuel. On parle de **restructuration judiciaire** lorsque le plan est arrêté par un tribunal au terme d'une procédure contentieuse, comme c'est le cas,

en droit français, du plan de sauvegarde ou de redressement<sup>1</sup>. **Le cadre légal d'adoption des plans de restructuration judiciaire a évidemment une incidence sur la restructuration amiable** : chacune des parties négocie en ayant à l'esprit les chances et les risques liés à l'ouverture d'une procédure judiciaire. C'est pourquoi il faut **éviter de cloisonner la réflexion** : les **mesures prises par les pouvoirs publics pour encourager le recours à la « prévention » et aux cadres de négociation amiable auront d'autant plus de chances de succès que l'issue des procédures judiciaires sera moins aléatoire et mieux prévisible.**

#### **A. MODERNISER LES CONDITIONS D'ADOPTION DES PLANS DE RESTRUCTURATION À L'OCCASION DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DU 20 JUIN 2019**

La transposition prochaine de la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 du Parlement européen et du Conseil *relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes*, également appelée directive « *Restructuration et insolvabilité* », peut être l'occasion de moderniser nos procédures de restructuration judiciaire, en faisant en sorte qu'elles opèrent une sélection plus efficace entre entreprises viables et non viables, tout en tenant compte des spécificités des petites et moyennes entreprises<sup>2</sup>.

Après un rappel des grandes lignes des procédures existantes et des voies de réforme esquissées par la directive, on examinera les principaux choix de transposition du Gouvernement, tel qu'ils ressortent d'un avant-projet d'ordonnance récemment publié.

#### **1. Les procédures actuelles de restructuration judiciaire en droit français**

**Nos procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire diffèrent principalement par leurs conditions d'ouverture, ainsi que par leurs effets sur les prérogatives des dirigeants.** Pour mémoire, une procédure de sauvegarde ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur et à la condition que celui-ci ne soit pas encore en cessation des paiements. Au contraire, une procédure de redressement ne peut être ouverte qu'à

---

<sup>1</sup> Le plan de sauvegarde et le plan de redressement sont, l'un et l'autre, souvent désignés comme « plans de continuation », par référence à l'ancienne terminologie légale. Ils s'opposent au plan de cession, qui (lorsque la cession est totale) implique l'effacement du passif et le transfert des actifs à un ou plusieurs cessionnaires. Une cession peut être considérée comme une forme radicale de restructuration, qui implique la disparition du débiteur en tant qu'entité juridique (ou sa cessation d'activité s'il s'agit d'une personne physique).

<sup>2</sup> Voir notamment S. Vermeille et E. Fourrel, « La directive européenne Restructuration et insolvabilité, une opportunité pour la France de se focaliser sur le long terme ? », *Annales des Mines – Réalités industrielles*, 2019/4, novembre 2019, p. 72-75.

l'endroit d'un débiteur en cessation des paiements, soit à la demande de ce dernier (qui a l'obligation légale de former cette demande dans un délai de quarante-cinq jours suivant sa cessation des paiements), soit sur requête du ministère public, soit sur assignation d'un créancier. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, l'entreprise continue d'être administrée par ses dirigeants, et l'administrateur judiciaire désigné, le cas échéant, par le tribunal n'a qu'une mission d'assistance<sup>1</sup>. Au contraire, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement, le ou les administrateurs judiciaires peuvent être chargés d'assurer seuls l'administration de l'entreprise (on dit alors que le débiteur est dessaisi) ; ils ont, en tout état de cause, un rôle prépondérant dans la conduite de la procédure.

**Dans leurs grandes lignes, les procédures de sauvegarde et de redressement suivent les mêmes étapes, et les conditions d'adoption éventuelle d'un plan de continuation sont similaires.** Le jugement prononçant l'ouverture de la procédure détermine la longueur de la **période d'observation**, au cours de laquelle sont examinées les possibilités de restructuration. Le tribunal commence en principe par examiner les **plans de continuation** (plan de sauvegarde ou de redressement) qui lui sont soumis. En procédure de redressement, si aucun plan de redressement n'a été arrêté, le tribunal examine les offres de rachat qui lui ont été présentées par des tiers et prononce, le cas échéant, la **cession** totale ou partielle de l'entreprise<sup>2</sup>.

*a) Conditions d'élaboration et d'adoption du plan de continuation*

Les conditions d'élaboration et d'adoption du plan de continuation, en sauvegarde comme en redressement, diffèrent selon la taille de l'entreprise.

(1) Le droit commun : la consultation individuelle des créanciers

En règle générale, le projet de plan est élaboré par le débiteur avec le concours de l'administrateur (en sauvegarde) ou par l'administrateur avec le concours du débiteur (en redressement), **après discussion avec les créanciers pris individuellement**. Plus précisément, les propositions du débiteur ou de l'administrateur pour le règlement des dettes (délais de paiement, remises, conversions en titres de capital) sont communiquées au mandataire judiciaire, qui consulte les créanciers concernés.

**Le plan est arrêté par le tribunal**, ce qui le rend opposable à tous.

En ce qui concerne les **créanciers dissidents** (ceux qui n'ont pas donné leur accord aux propositions de règlement faites par le débiteur ou l'administrateur), le tribunal n'a pas le pouvoir de leur imposer une remise

---

<sup>1</sup> La désignation d'un administrateur judiciaire en procédure de sauvegarde est facultative lorsque le débiteur est une entreprise de moins de vingt salariés réalisant moins de 3 millions d'euros de chiffre d'affaires.

<sup>2</sup> Une cession partielle d'éléments d'exploitation est également possible en procédure de sauvegarde ; elle n'a de sens que si un plan de sauvegarde est adopté par ailleurs.

de dette ou une conversion en capital. Il peut, en revanche, leur imposer **des délais de paiement**, susceptibles de représenter une charge très lourde, car ces délais peuvent aller jusqu'à dix ans (avec, le cas échéant, maintien du taux d'intérêt contractuel)<sup>1</sup>.

(2) Le droit spécial : les comités de créanciers

Les créanciers peuvent également être réunis en **comités de créanciers** et **consultés collectivement**. La constitution de comités de créanciers est obligatoire dans les entreprises de plus de 150 salariés ou réalisant plus de 20 millions d'euros de chiffre d'affaires. Elle peut être autorisée par le juge-commissaire en-deçà de ces seuils, à la demande du débiteur ou de l'administrateur. Les créanciers sont alors regroupés selon la nature de leur créance, en :

- un comité des sociétés de financement, établissements de crédit et assimilés ;

- un comité des principaux fournisseurs de biens et de services (soit au moins ceux dont les créances représentent plus de 3 % du total des créances des fournisseurs) ;

- l'assemblée des obligataires, lorsque l'entreprise concernée a émis des obligations.

Les comités sont appelés à voter sur le **projet de plan présenté par le débiteur ou l'administrateur**, mais aussi, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, sur **tout projet de plan présenté par un de leurs membres**. Au sein de chaque comité, un projet de plan est adopté à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres du comité ayant exprimé un vote.

**Il appartient ensuite au tribunal d'arrêter le plan.**

**Si un projet de plan** (qu'il ait été présenté par le débiteur ou par un membre d'un comité) **a été adopté par tous les comités, le tribunal n'a d'autre choix que de l'accepter ou de le refuser**. Il ne peut pas arrêter un plan qui différerait du plan adopté par les comités. À l'inverse, il n'est pas tenu d'arrêter le plan adopté par ces derniers (en particulier si le débiteur est en désaccord avec le projet de plan).

---

<sup>1</sup> Les seules règles que le tribunal est tenu de respecter sont les suivantes : les délais imposés doivent être uniformes pour tous les créanciers dissidents ; ils ne peuvent excéder la durée du plan (soit un maximum de dix ans, hors mesures covid-19) ; le premier paiement doit intervenir avant un an ; à compter de la troisième année, le montant de chacune des annuités doit être au moins égal à 5 % de la créance. Le paiement de près de 65 % de la créance peut donc être reporté à la dixième année.

**Le plan, arrêté par le tribunal, est opposable à tous.** Ainsi :

- les créanciers dissidents membres des comités peuvent se voir imposer des délais de paiement, voire des remises de dette ou une conversion en capital contre leur gré, si ces mesures ont été adoptées à la majorité requise par le comité dont ils sont membres (« *application forcée intra-classe* ») ainsi que par les autres comités ;

- le débiteur peut se voir imposer des mesures correspondant au souhait d'une majorité de créanciers ; en cas de conversion d'une partie des dettes en capital, les actionnaires en place peuvent voir leur part « *diluée* » dans le capital de la société, voire être complètement évincés, sous des conditions qui demeurent néanmoins très strictes.

**L'éviction ou la « dilution » des actionnaires en place :  
des conditions de fond et de procédure qui restent exigeantes**

Les modifications du capital d'une société sont, en principe, soumises à l'accord de l'assemblée générale, qui peut ainsi bloquer l'exécution d'un plan portant atteinte aux intérêts des associés ou actionnaires majoritaires (notamment un plan prévoyant la prise de contrôle de la société par ses créanciers).

En procédure de redressement (à la différence de la sauvegarde), plusieurs dispositions permettent néanmoins de contourner ce pouvoir de blocage.

En premier lieu, le tribunal dispose depuis longtemps (à la demande du ministère public) de la faculté de subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, voire d'ordonner la cession des parts sociales, actions ou valeurs mobilières qu'ils détiennent. Certaines juridictions ont eu, à cet égard, une interprétation large de la notion de « *dirigeant* », en y incluant les actionnaires exerçant une influence déterminante sur la marche de l'entreprise<sup>1</sup>.

En second lieu, **depuis la loi dite « Macron » du 6 août 2015, le tribunal peut contraindre tous les associés ou actionnaires récalcitrants à accepter la modification de capital prévue par un projet de plan de redressement**, soit en désignant un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de voter à la place de ces associés ou actionnaires en faveur d'une augmentation de capital réservée aux personnes qui se sont engagées à exécuter le plan (dilution forcée), soit en ordonnant la cession de leurs titres au profit de ces personnes (cession forcée)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Voir cependant Cass., com., 12 juillet 2005, n° 03-14.045, refusant d'attribuer la qualité de dirigeant de fait (au sens de l'ancien article L. 621-59 du code de commerce) à des actionnaires membres du conseil de surveillance, en l'absence de motifs propres à caractériser « une activité positive de direction dans la société ».

<sup>2</sup> Article L. 631-19-2 du code de commerce, issu de l'article 238 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Ces procédures de dilution ou de cession forcées restent soumises à des conditions de fond et de procédure très strictes : elle ne sont possibles que dans les entreprises d'au moins 150 salariés dont la disparition est susceptible de « *causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi* », si la modification du capital apparaît comme la seule solution sérieuse pour éviter ce trouble, et après examen des possibilités de cession totale ou partielle. En outre, le tribunal ne peut faire usage de cette faculté qu'à la demande du ministère public ou de l'administrateur (et non d'un créancier ou du mandataire). En cas de cession forcée, la loi prévoit que les anciens associés ou actionnaires reçoivent, pour prix de leurs titres, un prix fixé amiablement ou à dire d'expert.

Selon les informations recueillies par les rapporteurs, ces nouvelles dispositions n'ont **jamais trouvé à s'appliquer**.

*Source : commission des lois du Sénat*

**Si aucun projet de plan n'a été adopté par l'ensemble des comités, ou si le tribunal a refusé d'arrêter le plan adopté par les comités, la procédure est reprise selon les modalités de droit commun** (consultation individuelle des créanciers sur les seules propositions du débiteur, plan arrêté par le tribunal).

Ainsi, **la constitution de comités de créanciers, tout en facilitant l'adoption d'un plan de restructuration, a un effet ambivalent sur la position de négociation des créanciers les uns par rapport aux autres et vis-à-vis du débiteur**. En effet, les créanciers membres des comités peuvent se voir imposer un effacement de tout ou partie de leurs créances contre leur gré, ce qui n'est pas le cas selon la procédure de droit commun ; mais ils peuvent également proposer (puis faire adopter par les comités et arrêter par le tribunal) un plan correspondant mieux à leurs intérêts que ce que le débiteur serait prêt à accepter. Cela peut aller jusqu'à l'éviction forcée des associés ou actionnaires. Quoi qu'il en soit, **le tribunal conserve un large pouvoir d'appréciation** pour accepter ou rejeter un projet de plan (même adopté par les comités dans les conditions procédurales requises), ce qui constitue **une singularité française**<sup>1</sup>.

*b) Que se passe-t-il si le tribunal n'arrête pas de plan de continuation ?  
Le cas du plan de cession*

**Il arrive qu'aucun plan de continuation ne soit arrêté par le tribunal au terme de la période d'observation** (avec ou sans comités de créanciers), parce que les propositions qui lui sont faites ne paraissent pas satisfaire au triple objectif légal de maintien des activités et des emplois et d'apurement du passif.

---

<sup>1</sup> La section 1129 du chapitre XI du titre XI du code des États-Unis (le fameux Chapter 11) encadre beaucoup plus précisément les conditions dans lesquelles la juridiction peut rejeter le plan adopté par les classes de créanciers. Il en va de même du code de l'insolvabilité allemand (article 248 et suivants de l'Insolvenzordnung du 5 octobre 1994, modifiée).

Dans ce cas, en procédure de **sauvegarde**, le tribunal convertit celle-ci en procédure de redressement si la cessation des paiements paraît inévitable à bref délai (ou si elle est déjà intervenue), voire en procédure de liquidation si le redressement de l'entreprise paraît manifestement impossible. Sinon, il est simplement mis fin à la procédure de sauvegarde.

Si l'on est en procédure de **redressement**, alors, à la demande de l'administrateur, le tribunal examine les offres de rachat total ou partiel de l'entreprise par des tiers (**plan de cession**)<sup>1</sup>. **Le tribunal dispose, là encore, d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si un plan de cession doit être arrêté et pour choisir entre les cessionnaires potentiels.** Des entreprises peuvent ainsi être cédées, à un prix très inférieur à leur valeur économique, à un repreneur dont le plan d'affaires a convaincu le tribunal et qui s'est engagé à maintenir tout ou partie des emplois. Outre qu'elles enrichissent les repreneurs au détriment des créanciers, de telles cessions ont, sur le plan économique et social, des effets qui ne sont pas toujours optimaux, loin s'en faut<sup>2</sup>.

À défaut de cession, le tribunal convertit la procédure de redressement en liquidation judiciaire<sup>3</sup>.

## 2. La directive *Restructuration et insolvabilité* du 20 juin 2019

L'adoption de la directive « *Restructuration et insolvabilité* » du 20 juin 2019 marque **un premier pas vers une harmonisation des règles de fond relatives au traitement des difficultés des entreprises au sein de l'Union européenne**<sup>4</sup>. Elle laisse cependant **d'importantes marges de transposition aux États membres**, en leur offrant diverses options sur des points cruciaux.

Il ne sera question ici que du principal volet de la directive, qui aura la plus forte incidence sur le droit français et concerne les cadres de la restructuration préventive des entreprises en difficulté (titre II).

---

<sup>1</sup> Dès l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, en effet, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres de reprise totale ou partielle des éléments d'exploitation appartenant au débiteur, aux fins de maintenir l'activité.

<sup>2</sup> Voir ci-après, point II.B.3.

<sup>3</sup> Dans le cadre d'une liquidation, les actifs de l'entreprise sont cédés soit « par blocs » constituant des ensembles cohérents d'éléments d'exploitation (plan de cession totale ou partielle, dans le cas où le maintien de tout ou partie de l'activité reste possible), soit isolément.

<sup>4</sup> Jusque-là, il n'existait qu'une réglementation visant à coordonner l'application des droits nationaux en cas de procédure présentant un caractère transfrontalier (pour l'essentiel, des règles de compétence juridictionnelle, de conflits de lois et de reconnaissance réciproque des décisions de justice), résultant du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui a remplacé un précédent règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000.

### Les trois volets de la directive du 20 juin 2019

La directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 est composée de six titres.

Après des dispositions générales (titre I<sup>er</sup>), le titre II concerne « *les cadres de restructuration préventive* ». Ces dispositions font obligation aux États membres de mettre à disposition des débiteurs confrontés à une probabilité d'insolvabilité, « *un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité (...) et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique* ». Elles fixent notamment des règles relatives au contenu et aux modalités d'adoption des plans de restructuration (voir ci-après).

Le titre III traite des **remises de dettes et déchéances**. Il est fait obligation aux États membres de donner accès aux entrepreneurs insolubles à une procédure pouvant conduire à une remise de dettes dans un délai maximal de trois ans. Dans le même délai, toute déchéance du droit d'accéder à une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou de l'exercer doit avoir cessé de produire ses effets, sauf exceptions tenant notamment au comportement malhonnête ou à la mauvaise foi du débiteur.

Le titre IV a pour objet de **renforcer l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes**. Il prévoit l'adoption par les États membres de règles adaptées en ce qui concerne la formation des **praticiens** (en France, les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires), leur désignation dans une procédure donnée, leur déontologie et leur rémunération.

Le titre V concerne le suivi et l'évaluation des procédures et le titre VI comprend diverses dispositions finales.

La directive fait obligation aux États membres de mettre à disposition des entreprises confrontées à un risque d'insolvabilité une procédure de restructuration préventive visant à prévenir ce risque et à assurer leur viabilité. **Si le rôle assigné aux procédures collectives en matière de prévention témoigne de l'influence du droit français, les conditions d'élaboration et d'adoption du plan de restructuration sont plutôt inspirées par le droit anglo-saxon** (*Chapter 11* américain et *schemes of arrangement* britanniques). À cet égard, la transposition de la directive impliquera des changements plus substantiels qu'on ne le dit parfois. Elle imposera en particulier de **renforcer les règles de fond et de procédure visant à assurer la protection des intérêts des créanciers**, tout en accordant **un rôle spécial aux créanciers « intermédiaires »**, ceux qui sont directement intéressés à la réussite ou à l'échec d'un plan de continuation et sont donc mieux placés que d'autres pour se prononcer sur son opportunité.

La directive prévoit que l'ouverture de la procédure de restructuration préventive emporte suspension des poursuites individuelles, sans que le débiteur soit dessaisi de l'administration de l'entreprise. Un projet de plan de restructuration est alors élaboré, adopté et validé dans les conditions suivantes.

1° Le débiteur, ainsi que, si les États membres le prévoient, les créanciers et praticiens de la restructuration peuvent présenter **un plan de restructuration, en vue de son adoption par les parties affectées** (c'est-à-dire les créanciers – y compris les travailleurs, si les États membres le prévoient – et, le cas échéant, les détenteurs de capital dont les créances ou intérêts sont directement affectés par le plan).

2° **Les parties affectées sont réparties en classes « représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante »**, en distinguant au minimum les créanciers garantis et non garantis. La logique de la directive est de constituer les classes de parties affectées en fonction du rang des créances et, plus largement, des intérêts en jeu : les créanciers munis de sûretés avant les créanciers chirographaires, les créanciers seniors (bénéficiaires d'un accord de subordination) avant les créanciers juniors, l'ensemble des créanciers avant les associés ou actionnaires. Néanmoins, les États membres peuvent prévoir que la constitution de classes de parties affectées est facultative lorsque le débiteur est une PME.

3° **Les détenteurs de capital font partie des parties affectées si le projet de plan affecte leurs intérêts** (par exemple, en prévoyant la dilution de leur parts), et ils ont alors vocation à être réunis en **une ou plusieurs classes distinctes**, tout à fait en bas du classement. **Par rapport au droit français en vigueur, cela constitue une innovation considérable** car, par le biais de « *l'application forcée interclasse* » (voir ci-dessous), les associés ou actionnaires pourront se faire imposer un projet de plan beaucoup plus facilement qu'aujourd'hui.

4° **Un plan est adopté s'il recueille l'accord de chaque classe à la majorité requise**. Il doit cependant être **validé** par une autorité judiciaire ou administrative si certaines parties affectées ont individuellement exprimé leur désaccord. Dans ce cas, le plan doit satisfaire au **critère du meilleur intérêt des créanciers**, défini comme « *un critère qui vérifie qu'aucun créancier dissident ne se trouve dans une situation moins favorable du fait du plan de restructuration que celle qu'il connaîtrait si l'ordre normal des priorités en liquidation était appliqué, soit dans le cas d'une liquidation (...), soit dans le cas d'une meilleure solution alternative* »<sup>1</sup>.

5° Si un projet de plan n'a pas été approuvé par toutes les classes de parties affectées, il peut néanmoins être validé par une autorité judiciaire ou administrative par un mécanisme d'« **application forcée interclasse** » qui suppose que plusieurs conditions soient réunies :

- le plan a été adopté, soit par une majorité de classes de parties affectées, à condition qu'au moins une de ces classes soit une classe de créanciers garantis ou senior ; soit par au moins une classe de parties

---

<sup>1</sup> En l'absence de classes de créanciers (cas des PME), le plan doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative s'il n'a pas recueilli l'accord de tous les créanciers ; il doit alors satisfaire au test du meilleur intérêt des créanciers.

affectées, autre qu'une classe de détenteurs de capital ou toute autre classe qui n'aurait droit à aucun paiement en liquidation<sup>1</sup> ;

- le plan respecte soit la règle de « *priorité relative* » (les classes dissidentes de créanciers doivent être traitées d'une manière au moins aussi favorable que toute autre classe de même rang et d'une manière plus favorable que toute classe de rang inférieur), soit, si les États membres le prévoient, la règle de « *priorité absolue* » (les créanciers affectés d'une classe dissidente doivent être intégralement désintéressés par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans l'entreprise). Si les États membres préfèrent la règle de priorité absolue, ils peuvent maintenir ou introduire des dérogations « *nécessaires afin d'atteindre les objectifs du plan de restructuration et si le plan (...) ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts de parties affectées* » ;

- le plan satisfait au **critère du meilleur intérêt des créanciers** ;

- en principe, le mécanisme d'application forcée interclasse ne peut être mis en œuvre qu'à la demande ou avec l'accord du débiteur (ce qui, dans le cadre de cette procédure de restructuration préventive, réintroduit le contrôle des associés ou actionnaires majoritaires). Néanmoins, les États membres peuvent prévoir que l'accord du débiteur n'est requis que lorsqu'il s'agit d'une PME.

### **3. Veiller à faire les choix de transposition les plus pertinents**

La directive du 20 juin 2021 doit, en principe, être transposée en droit français avant le 17 juillet 2021. Le Gouvernement a été habilité à y procéder par voie d'ordonnance<sup>2</sup>. Le ministère de la justice a publié le 7 janvier 2021 **un avant-projet soumis à consultation publique**, qui appelle plusieurs observations de la part de la mission.

#### *a) Un champ d'application opportunément large*

Une lecture littérale de la directive pourrait laisser à penser qu'elle n'implique pas, pour la France, de modifier ses procédures actuelles, mais qu'il suffirait d'y juxtaposer une nouvelle procédure « *préventive* » (ouverte avant la cessation des paiements) conforme à ses prescriptions. Il pourrait également être envisagé de modifier l'une des procédures judiciaires préventives actuelles, tout en laissant subsister les autres en l'état : c'est ainsi que le Haut comité juridique de la place financière de Paris recommandait de substituer aux procédures de sauvegarde accélérée et de sauvegarde

---

<sup>1</sup> Autrement dit, dans cette seconde hypothèse, le plan doit avoir été adopté par une classe de créanciers « intermédiaires », ceux qui ont intérêt à l'adoption d'un plan si et seulement si l'entreprise est viable.

<sup>2</sup> Article 196 de la loi « PACTE » précitée.

financière accélérée une nouvelle procédure courte, également réservée aux débiteurs précédemment engagés dans une procédure de conciliation, tout en laissant inchangée la procédure actuelle de sauvegarde de droit commun<sup>1</sup>. Enfin, il serait loisible de modifier l'ensemble des procédures de sauvegarde, sans rien changer à la procédure de redressement judiciaire, qui n'est pas « *préventive* » au sens de la directive.

Au lieu de cela, le Gouvernement a, pour l'heure, fait le choix de **modifier les conditions d'adoption des plans de continuation en sauvegarde comme en redressement, pour y introduire le système de classes de parties affectées** prévu par la directive. Seraient par ailleurs fusionnées les procédures de sauvegarde accélérée et de sauvegarde financière accélérée.

Ces choix paraissent **tout à fait opportuns** à la mission. En effet, laisser coexister plusieurs procédures préventives substantiellement différentes et au choix du débiteur conduirait à des stratégies opportunistes, en fonction des garanties offertes à chacune des parties dans les différentes procédures. En outre, une différence trop marquée dans les conditions d'adoption du plan en sauvegarde et en redressement nuirait à la lisibilité de notre droit et produirait des effets paradoxaux : la protection des intérêts du débiteur pourrait ainsi être plus forte en redressement qu'en sauvegarde.

**Recommandation n° 18 : Confirmer le choix du Gouvernement de modifier les conditions d'adoption du plan de restructuration dans l'ensemble des procédures de sauvegarde comme en procédure de redressement judiciaire.**

*b) Un traitement différencié des grandes et petites entreprises*

L'avant-projet du Gouvernement prévoit que **la constitution de classes de parties affectées n'est obligatoire que lorsque le débiteur est une entreprise dont le total de bilan excède un seuil défini par décret** (et qui reste à fixer) ou encore une société *holding* dès lors que le total de bilan de l'ensemble des sociétés du groupe excède ce seuil.

Dans les autres cas (PME), la constitution de classes de parties affectées serait facultative. Si ce choix est fait, l'avant-projet prévoit expressément que les détenteurs du capital de la PME, s'ils sont constitués en classe en tant que parties affectées, peuvent, dans le cadre du plan, « *apporter une contribution non monétaire à la restructuration, par exemple en mettant à profit leur expérience, leur réputation ou leurs contacts professionnels* ».

<sup>1</sup> HCJP, rapport sur les classes de créanciers pour la transposition de la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, 25 septembre 2019, consultable à l'adresse suivante : <https://www.banque-france.fr>.

Ces choix répondent au souci légitime de traiter différemment les grandes entreprises et les PME en procédure collective. En effet, dans le cas d'une PME, il y a souvent de très fortes raisons de protéger le débiteur, ses dirigeants et les détenteurs de son capital (qui peuvent être une seule et même personne), parce que l'entreprise n'est viable à moyen et long termes que s'ils demeurent en place (en raison de leur savoir-faire, de leur réseau de contacts, de leur engagement professionnel...), et même si cela suppose de porter plus gravement atteinte aux intérêts des créanciers (du moins à court terme). Ces raisons n'existent pas lorsque le débiteur est une société anonyme dont l'actionariat est constitué de fonds d'investissement. Il serait d'ailleurs envisageable de renforcer la différenciation des règles applicables aux grandes et petites entreprises, par rapport à ce que prévoit l'avant-projet (voir ci-après).

**Recommandation n° 19 : Prévoir expressément que les détenteurs de capital d'une PME peuvent apporter une contribution non monétaire à la restructuration, par exemple en mettant à profit leur expérience, leur réputation ou leurs contacts professionnels.**

En revanche, l'avant-projet omet de modifier la procédure de « *droit commun* » (sans classes), alors que la directive impose, du moins en procédure préventive, que dans le cas où le débiteur est une PME et où les parties affectées n'ont pas été réparties en classes distinctes :

- les parties affectées soient néanmoins appelées à se prononcer collectivement (et non individuellement) sur le projet de plan, à la majorité ;
- si le projet n'est pas adopté par la classe unique de parties affectées, le débiteur ait le droit de présenter un autre projet au tribunal<sup>1</sup> ;
- le plan arrêté par le tribunal (qu'il soit adopté ou non par la classe unique des parties affectées) puisse prévoir aussi bien des remises de dettes ou des conversions en capital que des délais de paiement (alors qu'en l'état du droit français, seuls des délais de paiement peuvent être imposés aux créanciers dissidents) ;
- toutefois, s'il y a des créanciers dissidents, le plan satisfasse au critère du meilleur intérêt des créanciers (alors que le droit français en vigueur ne comporte aucun critère de ce type).

**Recommandation n° 20 : Revoir la procédure de restructuration applicable aux PME (sans classes distinctes de parties affectées) pour la rendre conforme à la directive.**

<sup>1</sup> Voir le considérant 45.

*c) La constitution des classes de parties affectées*

L'avant-projet laisse **une grande latitude à l'administrateur judiciaire** pour répartir les parties affectées en classes « *représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante* », en fixant pour seules conditions impératives la répartition en classes distinctes des créanciers titulaires de sûretés réelles et les autres, le respect des accords de subordination et la répartition des détenteurs de capital en une classe distincte (sauf s'ils ne sont pas affectés par le plan). Certains praticiens souhaiteraient que ces règles soient précisées pour éviter l'arbitraire<sup>1</sup>.

Du moins conviendrait-il d'ouvrir une voie de recours rapide et spécifique à l'encontre de la décision de l'administrateur judiciaire fixant la composition des classes de parties affectées et déterminant les droits de vote en leur sein, ce que l'avant-projet gouvernemental n'envisage que comme une possibilité à discuter.

**Recommandation n° 21 : Ouvrir une voie de recours rapide spécifique à l'encontre de la décision de répartition en classes des parties affectées.**

*d) L'initiative partagée du projet de plan, en sauvegarde comme en redressement*

L'avant-projet prévoit qu'**outre le débiteur, avec le concours de l'administrateur (ou l'inverse en redressement), toute partie affectée membre d'une classe peut proposer un projet de plan**, et cela aussi bien en sauvegarde qu'en redressement judiciaire<sup>2</sup>.

Ce choix est **fortement contesté** par certains praticiens, qui demeurent attachés à la distinction entre sauvegarde (procédure préventive à la main du débiteur) et redressement (procédure correctrice où le débiteur cède la place à l'administrateur judiciaire) et qui craignent qu'il ne **nuise à l'attractivité de la procédure de sauvegarde**. Ainsi, M<sup>e</sup> Richard Dammann, lors de son audition, a plaidé pour que seul le débiteur ait l'initiative du projet de plan en sauvegarde. *A fortiori*, en sauvegarde accélérée, il n'y aurait pas de place pour des plans concurrents puisque cette procédure a pour objet de rendre opposable à tous un projet de plan de restructuration négocié préalablement avec les principaux créanciers dans le cadre d'une conciliation<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir par exemple la réponse du cabinet Hoche avocats à la consultation de la Chancellerie sur l'avant-projet d'ordonnance, consultable à l'adresse suivante : [www.hoche-avocats.com](http://www.hoche-avocats.com).

<sup>2</sup> L'avant-projet reprend, en cela, les règles actuellement applicables à l'élaboration du plan en cas de constitution de comités de créanciers, telles qu'elles résultent de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 précitée.

<sup>3</sup> Voir aussi R. Dammann et K. Malavielle, « Nouvelle sauvegarde accélérée fusionnée : une procédure à la carte ? », Recueil Dalloz, février 2021, p. 293.

La mission d'information n'a pas été entièrement convaincue par ces arguments. On ne peut ignorer, en effet, qu'à l'initiative de leur actionnaire majoritaire, certaines entreprises utilisent la procédure de sauvegarde pour se placer sous la protection de la justice, sans manifester aucun empressement à négocier un plan de restructuration avec leurs créanciers, eux-mêmes empêchés de recouvrer leurs créances. **Le fait que les créanciers partagent l'initiative du projet de plan avec le débiteur est de nature à éviter ces détournements de procédure.** Il pourrait néanmoins être opportun de réserver cette initiative au débiteur pendant une période à définir, par exemple une durée de quatre mois<sup>1</sup>. Une réflexion plus générale est d'ailleurs nécessaire sur l'opportunité de maintenir la distinction entre les procédures de sauvegarde et de redressement<sup>2</sup>.

**Recommandation n° 22 : Confirmer le choix d'attribuer à la fois au débiteur et aux créanciers l'initiative du projet de plan. Néanmoins, en procédure de sauvegarde, réserver cette initiative au débiteur pendant une durée de quatre mois.**

*e) Les conditions de l'application forcée interclasse*

(1) Un pouvoir de blocage reconnu au débiteur, en sauvegarde comme en redressement judiciaire et quelle que soit la taille de l'entreprise

Dans le cas où toutes les classes de parties affectées n'ont pas donné leur accord au projet de plan, l'avant-projet prévoit que le tribunal ne peut mettre en œuvre la procédure d'« *application forcée interclasse* » qu'à la demande du débiteur ou avec son accord. **Le Gouvernement n'a pas retenu la possibilité, offerte par la directive, de se dispenser de l'accord du débiteur lorsque celui-ci est une grande entreprise.**

Ce pouvoir de blocage appartiendrait au débiteur (qu'il s'agisse d'une grande entreprise ou d'une PME) **aussi bien en procédure de sauvegarde qu'en procédure de redressement judiciaire**, faute qu'une disposition d'adaptation ait été prévue dans le chapitre relatif au redressement.

**Ce double choix mérite d'être réexaminé.**

**Dans le cadre même de la procédure de sauvegarde, accorder un tel pouvoir de blocage au débiteur ne va pas de soi, du moins lorsqu'il s'agit d'une grande entreprise.** Certes, le débiteur n'est pas encore en cessation des paiements, mais il est confronté à des difficultés qu'il ne peut surmonter seul et bénéficie à ce titre de la protection de la loi (suspension des poursuites

---

<sup>1</sup> Ce qui correspond à la fois à la durée initiale maximale de la suspension des poursuites prévue par la directive (point occulté par le projet de transposition) et à la durée totale maximale de la procédure de sauvegarde accélérée prévue par le projet de transposition.

<sup>2</sup> Voir ci-après.

individuelles, adoption d'un plan de sauvegarde destiné à préserver son activité quitte à porter atteinte aux intérêts des créanciers). Y a-t-il lieu de lui accorder une protection supplémentaire, en lui permettant de faire obstacle à la validation d'un plan satisfaisant aux conditions de l'application forcée interclasse, dans le cas où ce plan porterait atteinte aux intérêts des associés ou actionnaires et aurait, pour cette raison, été refusé par la classe des détenteurs de capital ? Cette protection supplémentaire ne se justifierait que dans le cas des PME, pour les raisons déjà évoquées. S'agissant des grandes entreprises, il suffit de leur réserver l'initiative du projet de plan pendant un certain délai, comme suggéré précédemment.

En outre, l'argument selon lequel il faudrait préserver l'attractivité de la procédure de sauvegarde ne vaut pas pour le redressement. **Il n'est pas légitime que les détenteurs de capital d'une entreprise en cessation de paiements puissent faire obstacle à la validation d'un plan qui porterait atteinte à leurs intérêts, mais qui serait conforme à l'intérêt des créanciers comme à celui de l'entreprise.**

**Recommandation n° 23 : Réserver aux PME la faculté, pour le débiteur, de s'opposer à la mise en œuvre du mécanisme d'« application forcée interclasse » en procédure de sauvegarde. Supprimer ce pouvoir de blocage en procédure de redressement.**

(2) Une règle de priorité absolue et une large dérogation

Plutôt qu'à la règle de priorité « *relative* », le Gouvernement a choisi de conditionner la mise en œuvre du mécanisme d'application forcée interclasse au respect de la **règle de priorité « absolue »** (les créanciers affectés d'une classe dissidente doivent être intégralement désintéressés par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans l'entreprise).

Cette règle de priorité absolue correspond mieux à la logique civiliste, c'est-à-dire à la hiérarchie des créances qui résulte de la prise de sûretés et de la conclusion d'accords de subordination. Elle a aussi la préférence des économistes, qui considèrent qu'elle améliore la prévisibilité du recouvrement des créances.

Néanmoins, comme y autorise la directive, le Gouvernement a prévu une **large dérogation** à cette règle de priorité absolue : à la demande du débiteur ou avec son accord, il pourrait y être fait exception « *lorsque ces dérogations sont nécessaires afin d'atteindre les objectifs du plan et si le plan ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts de parties affectées. Les détenteurs de capital et les fournisseurs essentiels à l'activité de l'entreprise pourront notamment bénéficier d'un traitement particulier.* »

**Cette dérogation gagnerait à être précisée.** S'il est légitime, pour les raisons déjà dites, de réserver un traitement particulier à l'associé-dirigeant d'une petite entreprise dont le maintien en place et l'intéressement sont essentiels à la poursuite de l'activité, cela paraît beaucoup moins vrai des actionnaires de grandes sociétés cotées.

**Recommandation n° 24 : Préciser les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à la règle de « *priorité absolue* », en réservant un traitement particulier aux exploitants personnes physiques ou associés de TPE-PME.**

*f) Les conséquences de l'échec de la procédure*

**Il peut arriver que la procédure d'adoption d'un plan de continuation reposant sur la constitution de classes distinctes de parties affectées échoue**, soit qu'aucun projet de plan n'ait été approuvé par toutes les classes sans que les conditions de l'application forcée interclasse soient réunies, soit que le tribunal ait refusé de valider le projet de plan<sup>1</sup>.

Dans un tel cas, l'avant-projet du Gouvernement prévoit des conséquences différentes selon que l'on se situe dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire :

- en sauvegarde, il serait mis fin à la procédure (sauf s'il y avait lieu à conversion en redressement ou en liquidation) ;

- **en redressement judiciaire, la procédure serait reprise depuis le début, selon les règles de droit commun aujourd'hui vigueur** (reposant sur la consultation individuelle des créanciers).

**Ce dernier choix de transposition réduirait à néant le bénéfice escompté de la nouvelle procédure d'adoption du plan** reposant sur le système des classes de parties affectées. Il est paradoxal d'imposer un nouveau cadre procédural visant à accroître l'efficacité économique des choix de restructuration (notamment en accordant un rôle déterminant aux créanciers « *intermédiaires* »), tout en prévoyant que ce cadre peut être contourné, puisqu'il serait possible de revenir aux règles antérieures en cas d'échec. Les discussions au cours des phases antérieures de la procédure s'en trouveraient évidemment faussées.

---

<sup>1</sup> La directive semble toutefois imposer de limiter le pouvoir d'appréciation du tribunal pour rejeter un projet de plan approuvé par toutes les classes, en fixant pour condition que le projet de plan n'offre pas « une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise » (article 10, § 3). En cas de désaccord de certaines classes, en revanche, la directive semble laisser une plus grande latitude au tribunal pour mettre en œuvre ou non les règles d'application forcée interclasse.

Seules les PME ayant opté (facultativement) pour le système des classes devraient être habilitées, en cas d'échec, à revenir aux règles de droit commun<sup>1</sup>. S'agissant des grandes entreprises, si aucun plan de restructuration n'a pu être adopté, même au moyen de l'application forcée interclasse, c'est que l'entreprise n'est pas viable, la liquidation étant alors le seul choix raisonnable.

**Recommandation n° 25 :** Réserver aux PME ayant opté pour le système des « *classes de parties affectées* » la faculté de reprendre la procédure suivant les règles de droit commun, en vue de l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

## B. AU-DELÀ DE LA DIRECTIVE

### 1. La question de la fusion des procédures de sauvegarde et de redressement

Soit qu'elles contestent la pertinence de la distinction entre ces deux procédures, soit qu'elles déplorent plus largement la complexité excessive de notre droit de l'insolvabilité, **plusieurs personnes entendues par la mission d'information ont plaidé pour une fusion des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire en une procédure unique de « restructuration » ou de « réorganisation judiciaire ».**

Comme il a été rappelé précédemment, ces deux procédures, effectivement très proches, diffèrent cependant par leurs conditions d'ouverture et par les pouvoirs attribués au débiteur (aussi bien sur l'administration de l'entreprise que sur la conduite de la procédure elle-même). La question se résume donc en ces termes : **est-il légitime de conférer des prérogatives plus larges à un débiteur qui, n'ayant pas cessé ses paiements, se trouve néanmoins dans l'incapacité de surmonter seul ses difficultés ?** Faut-il lui réserver l'initiative de l'ouverture de la procédure collective et du projet de plan de restructuration, et faut-il lui accorder le pouvoir de s'opposer à un projet de plan qui ne le satisferait pas ?

**La réponse à cette question dépend beaucoup de la longueur de la procédure et de ses effets sur les créanciers antérieurs. Il est normal qu'un débiteur qui honore encore ses engagements ne soit pas soumis aux mêmes sujétions que dans le cas contraire.** En revanche, comme il a déjà été indiqué, **il convient d'éviter que la procédure de sauvegarde ne soit détournée de sa finalité,** par des entreprises qui souhaitent échapper à l'obligation de payer leurs dettes sans rechercher de bonne foi une solution de nature à satisfaire leurs créanciers tout en assurant leur propre viabilité. Des affaires choquantes ont été évoquées en audition.

---

<sup>1</sup> Ces règles de droit commun étant modifiées dans le sens indiqué précédemment.

Par conséquent, **un choix entre deux options** s'offre au législateur :

- soit maintenir la distinction entre les deux procédures et la forte protection accordée au débiteur en procédure de sauvegarde, tout en limitant plus strictement qu'aujourd'hui sa durée<sup>1</sup> ;

- soit fusionner les procédures, tout en prévoyant que le débiteur, s'il n'est pas en état de cessation des paiements à l'ouverture de la procédure, exerce seul certaines prérogatives (notamment l'initiative du projet de plan) pendant un certain délai<sup>2</sup>. Le souci de simplification du droit des procédures collectives, exprimé par de nombreuses personnes entendues, conduit à préférer cette seconde option.

**Recommandation n° 26 : Envisager la fusion des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire (tout en conservant des prérogatives particulières et temporaires au débiteur s'il n'est pas en cessation des paiements à l'ouverture de la procédure).**

## **2. Comment traiter le cas d'entreprises manifestement insolubles quoique n'ayant pas cessé leurs paiements ?**

En outre, parce qu'une entreprise peut être manifestement insolvable avant même d'entrer en crise de liquidité, il est nécessaire de renforcer les garde-fous visant à éviter que ses dirigeants ne dissipent ses actifs pendant cette période intermédiaire et ne lèsent ainsi (délibérément ou non) les intérêts de l'entreprise elle-même comme de ses créanciers.

Comme il a été souligné à plusieurs reprises au cours des auditions, **le critère de la cessation des paiements, en tant qu'indice fiable de l'insolvabilité d'une entreprise, est largement obsolète**. La modification de la structuration du passif des entreprises, l'augmentation de la part de la dette rapportée aux fonds propres (en raison notamment de la recherche de de « l'effet levier »), font que beaucoup d'entreprises, notamment parmi les plus grandes, connaissent aujourd'hui un endettement considérable, auquel elles ne peuvent faire face qu'en dégageant des revenus importants de leur activité ou, à défaut, en procédant à une augmentation de capital ou en ayant

---

<sup>1</sup> Selon le droit en vigueur, la période d'observation en procédure de sauvegarde peut atteindre dix-huit mois (article L. 621-3 du code de commerce), hors prolongations exceptionnelles liées à l'épidémie de covid-19. La directive du 20 juin 2019 dispose que, dans le cadre de la procédure de restructuration préventive qu'elle prévoit, la suspension des poursuites ne peut être ordonnée que pour une durée initiale maximale de quatre mois, ni être prolongée au-delà de douze mois.

<sup>2</sup> Dans le cadre de la procédure unique de réorganisation prévue au Chapter 11 américain (qui peut être ouverte à la demande du débiteur ou, sous certaines conditions, d'un ou plusieurs créanciers), le débiteur a seul, en principe, l'initiative du projet de plan pendant un délai de 120 jours, porté à 180 jours s'il s'agit d'une petite entreprise (small business). Toutefois, si un administrateur judiciaire (trustee) a été désigné (ce que la cour peut faire à tout moment dans l'intérêt des créanciers ou de l'entreprise, même si le débiteur n'était pas en état de cessation des paiements à l'ouverture de la procédure), toute partie intéressée peut proposer un projet de plan.

recours à de nouveaux emprunts pour « *refinancer* » cette dette – à cet égard, le développement des marchés de capitaux facilite les choses.

**Dès lors que les réserves et les bénéfices raisonnablement prévisibles sont insuffisants pour acquitter la dette, l'entreprise peut être considérée comme insolvable :** à plus ou moins long terme, il est très probable qu'elle fera défaut, quoique cette situation puisse être masquée pendant un certain temps grâce au refinancement de la dette permettant d'acquitter ses échéances à mesure qu'elles se présentent.

**Pendant cette période, où une gestion prudente s'impose** afin de préserver les capacités de production de l'entreprise et le gage commun des créanciers, **il arrive au contraire que les dirigeants aggravent les difficultés** en contractant de nouvelles dettes, en s'abstenant de toute consolidation des fonds propres (notamment par une mise en réserve des bénéfices) et en différant trop longtemps la restructuration du passif. On constate même, quelquefois, **des comportements frauduleux**, comme la distribution de dividendes aux actionnaires d'une société manifestement insolvable, quelques semaines avant l'ouverture d'une procédure collective.

**Face à de telles dérives, notre arsenal juridique paraît insuffisant.**

En effet :

- seul le débiteur est en droit de provoquer l'ouverture d'une procédure collective – la procédure de sauvegarde – avant la cessation des paiements ;

- le régime des nullités de la période suspecte est impuissant, puisque la période suspecte a pour borne initiale la date de la cessation des paiements ;

- la responsabilité civile des dirigeants peut certes être engagée en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, mais cela ne permet pas de réparer intégralement le préjudice subi par les créanciers, et cela laisse les éventuels bénéficiaires des fautes de gestion hors d'atteinte (par exemple les actionnaires ayant perçu indûment des dividendes) ;

- les actes de gestion ayant contribué à réduire la capacité du débiteur à payer ses dettes peuvent être attaqués par la voie de l'action paulienne, y compris en cours de procédure collective, par le mandataire judiciaire ou le liquidateur et dans l'intérêt collectif des créanciers<sup>1</sup>. Toutefois, outre le fait qu'elle implique l'ouverture d'une procédure distincte, le succès de l'action paulienne suppose que l'acte attaqué ait été

---

<sup>1</sup> L'effet de l'action paulienne est l'inopposabilité de l'acte attaqué au créancier demandeur. Dans le cas où l'action a été exercée par le mandataire ou le liquidateur dans l'intérêt collectif des créanciers, cet effet est proche d'une nullité : les sommes recouvrées font retour dans le patrimoine du débiteur et reconstituent ainsi le gage commun des créanciers (article L. 622-20 du code de commerce).

commis dans une intention frauduleuse, la charge de la preuve incombant au demandeur<sup>1</sup> ;

- l'arsenal pénal est faible, puisque seuls des actes commis après la cessation des paiements peuvent être constitutifs du délit de banqueroute<sup>2</sup>, et que les créanciers ne sont pas recevables à exercer l'action civile en cas d'abus de biens sociaux<sup>3</sup>.

**Dans une démarche préventive, il pourrait être envisagé d'assouplir les conditions dans lesquelles une procédure de restructuration judiciaire peut être ouverte à l'initiative du ministère public et/ou des créanciers.** Par exemple, le ministère public pourrait se voir reconnaître le droit de requérir l'ouverture d'une procédure de redressement s'il résulte d'un faisceau d'indices que l'entreprise ne sera plus en mesure à court ou moyen terme d'acquitter ses dettes exigibles (ce qui reviendrait à faire de la cessation des paiements un critère parmi d'autres de l'insolvabilité).

**Dans une logique corrective, et à condition de ne pas créer d'insécurité juridique trop forte, il paraîtrait opportun de faciliter l'annulation d'actes de gestion antérieurs à la cessation des paiements,** par exemple des distributions de dividendes inconsidérées. À tout le moins, pour éviter l'ouverture d'une procédure distincte, il serait souhaitable que le tribunal de la procédure collective puisse lui-même, à la demande du mandataire judiciaire ou du liquidateur et dans l'intérêt collectif des créanciers, prononcer l'inopposabilité ou la nullité des actes constitutifs de fraude paulienne.

**Recommandation n° 27 : Tenir compte de l'obsolescence du critère de la cessation des paiements :**

- en permettant au ministère public de requérir l'ouverture d'une procédure de restructuration judiciaire s'il résulte d'un faisceau d'indices que l'entreprise est insolvable ;
- en facilitant l'annulation d'actes de gestion inconsidérés antérieurs à la cessation des paiements.

<sup>1</sup> En outre, dans le cas où le bien, objet de l'acte frauduleux, a été transféré à un tiers, le créancier ne peut obtenir l'inopposabilité de l'acte de transfert que si l'intention frauduleuse du sous-contractant peut être établie.

<sup>2</sup> Le juge pénal peut cependant retenir une date de cessation des paiements différente de celle fixée par le tribunal de la procédure collective : Cass., crim., 18 novembre 1991, n° 90-73.775.

<sup>3</sup> Cass. crim., 24 avril 1971, n° 69-93.249.

### 3. La nécessaire réforme du plan de cession

En redressement judiciaire, à défaut de plan de continuation, ou en liquidation judiciaire, l'entreprise débitrice peut faire l'objet d'un « *plan de cession* ». On désigne ainsi la cession judiciaire, à un ou plusieurs cessionnaires, d'ensembles d'actifs d'exploitation formant « *une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités*<sup>1</sup> », qui emporte également transfert des contrats de travail, dans les limites fixées par le jugement. Le plan de cession s'oppose à la cession des actifs pris isolément, qui n'implique pas par elle-même la poursuite de l'exploitation (même si, en pratique, la plupart des actifs ne sont susceptibles d'être achetés qu'en vue d'être exploités économiquement, une fois intégrés dans un ensemble cohérent d'éléments d'exploitation).

**Du point de vue économique, le choix d'un plan de cession n'a de sens que si les actifs réunis en ensembles d'exploitation ont plus de valeur que pris isolément, autrement dit si les ensembles d'exploitation cédés sont viables.**

En droit français, comme il a déjà été rappelé, **le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour arrêter ou non un plan de cession et pour choisir entre les offres qui lui sont faites.** La loi se borne à indiquer que « *la cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ». Il arrive ainsi fréquemment que des entreprises soient cédées à des repreneurs à un prix très inférieur à leur valeur économique, voire à la valeur de liquidation de leurs actifs. Dans la détermination du prix, le tribunal tient compte des charges assumées par le cessionnaire, en particulier de son engagement à maintenir un certain nombre d'emplois pendant une durée définie (en général, guère plus de deux ans). Les juridictions veillent, fort heureusement, au respect par le cessionnaire de ses engagements<sup>2</sup>.

Cette pratique est symptomatique de la **défiance de notre pays vis-à-vis des mécanismes de marché**, ainsi que de sa **préférence pour le maintien des emplois à court terme, au détriment de la croissance et de l'emploi à moyen et long terme.** En effet, sur un marché de la reprise efficient, le repreneur qui, selon les meilleures prévisions, exploiterait le plus efficacement les actifs cédés serait aussi celui qui offrirait le meilleur prix. À l'inverse, un repreneur qui n'est prêt à offrir qu'un prix dérisoire ne dispose pas nécessairement d'un plan d'affaires assez solide pour maintenir l'activité et l'emploi à moyen terme : quand bien même il devrait liquider l'entreprise quelque temps après, il n'aurait pris presque aucun risque.

---

<sup>1</sup> Article L. 642-1 du code de commerce.

<sup>2</sup> Cass., com., 28 mars 2000, n° 98-12.074 ; Cass., soc., 12 mai 2009, n° 07-44.960.

Corrélativement, cette pratique revient à **considérer le maintien des emplois comme une charge pour le repreneur**, alors que les actifs repris ne peuvent être exploités que s'il y a des travailleurs dans l'entreprise.

Certes, il faut prendre en considération l'aléa économique subi par le repreneur dans la détermination du prix, mais le marché y réussit bien mieux que tout autre mode de fixation des prix. Il est également légitime de tenir compte de certaines charges que seul le bénéficiaire d'un plan de cession assume, contrairement au cessionnaire d'actifs isolés, comme la reprise de l'ancienneté des salariés (encore que celle-ci soit aussi, en principe, le prix d'une force de travail plus expérimentée). Cela ne justifie pas, pour autant, une cession à vil prix.

**Dans la plupart des autres pays, il existe des garde-fous pour empêcher que ne soient arrêtés des plans de cession nuisant gravement aux intérêts des créanciers sans réel bénéfice pour l'activité économique et l'emploi**, sous la forme de règles de procédure ou de fond. Les exemples étrangers devraient inspirer une évolution de notre droit.

#### **Les garde-fous contre les cessions à vil prix dans les législations étrangères**

Aux États-Unis, un plan de réorganisation relevant du chapitre 11 peut prévoir la vente de tout ou partie des actifs du débiteur, mais il reste soumis à toutes les règles de fond et de procédure d'un tel plan (adoption par les créanciers réunis en classe, critère du meilleur intérêt des créanciers en cas de dissidence, *etc.*).

De même, en Angleterre et au Pays de Galles, les actes de l'administrateur dans le cadre de la procédure d'*administration* (y compris, le cas échéant, la vente de tout ou partie de l'entreprise) sont soumis à l'autorisation des créanciers.

En Allemagne, l'assemblée des créanciers peut provoquer la cessation d'activité de l'entreprise insolvable, suivie de la cession de ses biens ; dans le cas où l'entreprise ou l'un de ses établissements est vendu comme un ensemble, tout créancier dispose d'une voie de recours dans le cas où le prix offert est inférieur à la valeur de l'entreprise ou de l'établissement (art. 159 et 163 de l'*Insolvenzordnung* précitée).

En Italie, le choix entre une cession isolée des actifs et une cession « *en bloc* » (*in blocco*), considérés comme deux modes de liquidation, est déterminé par le critère de la satisfaction des créanciers (art. 214 du nouveau *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*).

Il en va de même en Espagne, même si la loi exprime une préférence pour la cession d'ensembles d'exploitation (art. 417 de la *Ley concursal* issue du décret-loi du 5 mai 2020).

*Source : commission des lois du Sénat*

**Recommandation n° 28 : Imposer des garde-fous pour éviter les cessions à vil prix d'entreprises en procédure collective.**

### III. TRAITER PLUS EFFICACEMENT LES SITUATIONS IRRÉMÉDIABLEMENT COMPROMISES ET FAVORISER LE REBOND

La situation de certaines entreprises est trop compromise pour qu'un plan de continuation ou un plan de cession soient envisageables ou opportuns. Dans ce cas, la liquidation s'impose en principe, c'est-à-dire la réalisation des actifs et le paiement partiel des créanciers grâce aux sommes ainsi rendues disponibles.

Notons d'emblée que **la liquidation n'est pas synonyme de cessation d'activité économique** : l'entreprise ou ses unités d'exploitation peuvent être cédées en bloc (« *plan de cession* »), et même lorsque les actifs sont cédés isolément, ils ont vocation à être réintégrés dans de nouveaux ensembles d'exploitation, au sein d'autres entreprises. La disparition d'entreprises non viables et la réallocation de leurs actifs font partie du fonctionnement normal de l'économie.

En outre, **la liquidation n'implique pas la fin de toute activité pour les dirigeants et associés. Tout au contraire, il importe de favoriser le rebond des entrepreneurs après une défaillance, ce que notre droit ne fait pas suffisamment.** Cela suppose de ne pas exclure par principe qu'ils conservent l'appareil productif de l'entreprise, malgré le placement de celle-ci en liquidation, de mieux protéger leur patrimoine personnel, et de ne pas les exposer indûment à une sanction d'interdiction professionnelle.

Il convient également de faciliter et d'accélérer les opérations de liquidation elles-mêmes.

#### 1. Favoriser la poursuite de l'aventure entrepreneuriale

a) *Élargir les possibilités de reprise d'une entreprise par ses dirigeants, notamment dans les TPE-PME*

**La loi française interdit en principe aux dirigeants de droit ou de fait d'une entreprise, ainsi qu'à leurs parents et alliés jusqu'au deuxième degré et aux contrôleurs désignés dans le cadre de la procédure, de se porter acquéreurs des actifs d'une entreprise placée en procédure collective, qu'il s'agisse de la cession d'ensembles d'éléments d'exploitation ou d'actifs isolés<sup>1</sup>.** La liste des personnes frappées par l'incapacité d'acquérir diffère légèrement selon que le débiteur est une personne physique ou morale, étant entendu que la notion de « *dirigeant de fait* » s'étend, selon la jurisprudence, à l'associé majoritaire.

---

<sup>1</sup> Cette interdiction de principe, issue de la loi « Badinter » du 25 janvier 1985, est aujourd'hui énoncée au premier alinéa de l'article L. 642-3 du code de commerce, relatif au plan de cession en liquidation judiciaire. Elle s'applique également, par renvoi, à la cession partielle de l'entreprise dans le cadre d'un plan de sauvegarde, à la cession totale ou partielle de l'entreprise en redressement judiciaire, ainsi qu'à la cession d'actifs isolés en liquidation.

**Personnes frappées par l'incapacité d'acquiescer  
les actifs d'une entreprise placée en procédure collective**

<i>Débiteur personne physique</i>	<i>Débiteur personne morale</i>	
<p align="center">Le débiteur lui-même</p> <p>Dans le cas où il s'agit d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL, qui n'est soumis à la procédure de liquidation que dans les limites du patrimoine affecté à l'activité en difficulté), il n'est pas habilité à présenter une offre de reprise au titre de son patrimoine non affecté ou d'un autre patrimoine affecté.</p>	Le débiteur lui-même	} Directement ou par personne interposée
-	Les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale (y compris l'associé majoritaire)	
Les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré du débiteur	Les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré des dirigeants de droit ou de fait	
Les contrôleurs <sup>1</sup>	Les contrôleurs	

*Source : commission des lois du Sénat*

Ces incapacités ont été motivées par **un souci de « moralisation » de la vie des affaires**. Il s'agirait principalement de **faire obstacle à la fraude aux intérêts des créanciers**, en évitant que le débiteur ou ses dirigeants ne reprennent, moyennant un prix modique, tout ou partie des actifs de l'entreprise après s'être délestés de tout ou partie du passif<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Pour mémoire, les contrôleurs sont des créanciers désignés par le juge-commissaire pour assister le mandataire judiciaire (ou, en liquidation, le liquidateur) ainsi que le juge-commissaire lui-même dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise (ou des opérations de liquidation). Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions de protection sociale complémentaire et supplémentaire sont désignés contrôleurs de plein droit s'ils en font la demande (ou un seul d'entre eux en cas de pluralité de demandes), ainsi que l'Association pour la gestion du régime de garantie des salaires ou AGS (article L. 621-10 du code de commerce).

<sup>2</sup> Plus accessoirement, il s'agirait d'éviter la fraude à l'assurance contre le risque de non-paiement des créances salariales. Un dirigeant indélicat pourrait être tenté de demander l'ouverture d'une procédure collective dans le but de faire assumer par l'AGS la charge financière liée à des licenciements économiques, voire à des salaires ou autres créances salariales impayés, sans que l'AGS, subrogée dans les droits des salariés, puisse rentrer dans ses fonds en raison de la modicité du prix d'acquisition.

Toutefois, ces incapacités ne se justifient qu'en raison du faible encadrement légal des cessions d'actifs et de l'insuffisance du marché de la reprise dans notre pays. Si les actifs étaient cédés au plus offrant, sur un marché suffisamment concurrentiel, il n'y aurait aucune raison valable d'écarter les dirigeants et leurs proches de la liste des repreneurs potentiels. En cas de reprise, ils feraient certes une « bonne affaire » (puisque, par hypothèse, l'endettement d'une entreprise en procédure collective est supérieur à sa valeur économique), mais leur offre serait celle qui satisferait le mieux les créanciers et qui présagerait de l'exploitation la plus efficace économiquement<sup>1</sup>.

Dans le cas des **petites et moyennes entreprises**, il existe une raison supplémentaire pour faciliter leur reprise par leurs dirigeants : c'est que la **réussite, voire la survie de l'exploitation sont souvent étroitement liées à la personne même de l'exploitant personne physique ou du dirigeant-associé.**

Ces considérations ont conduit le législateur à tempérer la rigueur de l'interdiction de principe – qui n'existe d'ailleurs pas dans beaucoup d'autres pays. Toutefois, **en dehors du secteur agricole, les dérogations prévues par la loi restent très peu utilisées.**

#### **Les dérogations à l'incapacité d'acquérir frappant les dirigeants et leurs proches**

**Une première dérogation concerne les exploitations agricoles** en redressement ou en liquidation judiciaire : le tribunal peut autoriser leur cession totale ou partielle à leurs dirigeants (lorsque l'exploitant est une personne morale) ainsi qu'aux parents ou alliés de ces dirigeants ou de l'exploitant personne physique. Cette dérogation a été introduite par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 *relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* au bénéfice des parents ou alliés de l'exploitant, afin de tenir compte de situations fréquentes dans lesquelles les parcelles voisines sont détenues par un frère ou une sœur, qui souhaite reconstituer l'exploitation familiale. Elle a été étendue aux dirigeants de l'exploitant personne morale par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 *de sauvegarde des entreprises*.

Par ailleurs, **sous certaines conditions procédurales strictes, le tribunal ou, le cas échéant, le juge-commissaire peut ordonner ou autoriser la cession totale ou partielle de l'entreprise, ou encore la vente de biens isolés, à toute personne frappée en principe par l'incapacité d'acquérir, à l'exception du débiteur lui-même** (au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, s'il s'agit d'un EIRL) **et des contrôleurs**. S'agissant de la cession totale ou partielle en redressement ou en liquidation judiciaire, le tribunal ne peut ordonner une telle cession que **sur requête du ministère public, par un jugement spécialement motivé et après avis des contrôleurs**.

<sup>1</sup> Naturellement, la condamnation à une sanction civile de faillite personnelle ou d'interdiction ferait obstacle à la reprise, de même que la peine complémentaire d'interdiction susceptible d'être prononcée par le juge répressif en cas de banqueroute.

Cette disposition résulte d'un compromis trouvé en commission mixte paritaire lors de l'examen de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 précitée : alors que le Gouvernement comme le Sénat souhaitaient que le tribunal puisse déroger à l'ensemble des interdictions prévues au premier alinéa de l'article L. 642-3 du code de commerce, à l'exception de celle (nouvelle) frappant les contrôleurs, par un jugement spécialement motivé et sur simple avis du ministère public et des contrôleurs, l'Assemblée nationale avait voulu réserver le bénéfice d'une telle dérogation aux parents et alliés du débiteur ou des dirigeants, à l'exception des dirigeants eux-mêmes. L'introduction d'un verrou procédural supplémentaire, lié à l'exigence d'une requête du ministère public, avait permis de conserver, quant au fond, un champ suffisamment large à la dérogation.

*Source : commission des lois du Sénat*

**La crise de la covid-19 a permis de faire progresser la réflexion.** En effet, dans ce contexte, il est apparu nécessaire d'éviter la **disparition d'entreprises viables en facilitant leur reprise, au besoin par leurs dirigeants eux-mêmes, nullement responsables des difficultés** provoquées par la pandémie et les mesures de police administrative prises pour l'enrayer.

En d'autres termes, **il est devenu manifeste que l'incapacité d'acquérir frappant les dirigeants et leurs proches a le caractère d'une sanction, à la fois injustifiée en espèce et économiquement inopportune.**

Ces considérations ont conduit le Gouvernement, par voie d'ordonnance, à **assouplir temporairement la procédure** permettant de déroger au principe d'interdiction.

#### **L'article 7 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020**

L'article 7 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 précitée a prévu que, jusqu'au 31 décembre 2020, une requête du ministère public ne serait plus nécessaire pour que le tribunal puisse ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise à ses dirigeants, à leurs proches ou à ceux du débiteur personne physique, en redressement ou en liquidation judiciaire. Une requête en ce sens pourrait, en effet, être présentée par le débiteur lui-même ou par l'administrateur.

#### **Des garde-fous procéduraux étaient néanmoins conservés :**

- conformément au droit commun, le jugement ordonnant la cession à une personne normalement frappée d'incapacité d'acquérir devait être spécialement motivé et rendu après avis des contrôleurs ; il pouvait être frappé d'appel, **l'appel du ministère public étant suspensif ;**

- en outre, **le ministère public devait obligatoirement être présent à l'audience**, ce qui le mettait à même de présenter ses observations et, le cas échéant, d'interjeter appel en temps utile.

Cette disposition a fait couler beaucoup d'encre et en a scandalisé certains. Pourtant, comme l'a démontré la sénatrice Claudine Thomas, **elle a le plus souvent été appliquée avec discernement** : les tribunaux n'ont accepté de céder tout ou partie de l'entreprise à l'un de ses dirigeants ou de leurs proches qu'au vu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, en

comparant les prix proposés par les différentes offres, le périmètre des activités et le nombre d'emplois repris, les capacités financières des repreneurs et la viabilité de leur projet pour l'entreprise, le contexte social au sein de celle-ci, ainsi que le comportement passé des dirigeants<sup>1</sup>.

**Il est donc regrettable que cette disposition n'ait pas vu sa durée d'application prolongée au-delà du 31 décembre 2020**, contrairement à la plupart des autres dispositions de la même ordonnance, et **alors même que la crise sanitaire est loin d'avoir épuisé ses effets** : c'est demain, quand la « *mise sous perfusion* » de l'économie par l'État aura cessé, que ses conséquences se feront sentir.

**La mission préconise même d'aller plus loin, en remplaçant le verrou procédural lié à la requête préalable du parquet<sup>2</sup> par de nouvelles règles de fond, plus équilibrées.** La cession de tout ou partie de l'entreprise à ses dirigeants, à ses proches, mais aussi à l'exploitant personne physique, serait permise s'il s'agit de l'offre correspondant au **meilleur intérêt des créanciers**. Outre le prix de cession, pourraient être pris en compte :

- l'intéressement des créanciers aux résultats futurs de l'entreprise (clause de « *retour à meilleure fortune* ») ;

- et, dans le cas des PME, la contribution non monétaire du repreneur à la viabilité de l'entreprise (expérience professionnelle, réputation, contacts, *etc.*).

**Recommandation n° 29 : Autoriser la reprise d'une entreprise en difficulté par l'exploitant personne physique, les dirigeants de la personne morale ou leurs proches, si leur offre correspond au meilleur intérêt des créanciers, et en prenant en compte la contribution personnelle des dirigeants de PME à la viabilité de leur entreprise.**

*b) Élargir les conditions d'accès à la procédure de rétablissement professionnel*

Les débiteurs dont la valeur totale des actifs est très faible (5 000 euros, seuil rehaussé temporairement à 15 000 euros) disposent d'un moyen plus radical pour conserver leur maigre outil de production tout en se délestant de leur passif, à savoir la **procédure de rétablissement professionnel sans liquidation** créée par l'ordonnance du 12 mars 2014.

<sup>1</sup> Rapport n° 170 (2020-2021) de Claudine Thomas, fait au nom de la commission des lois du Sénat, sur la proposition de loi visant à supprimer la possibilité ouverte au dirigeant d'une entreprise de déposer une offre de rachat de l'entreprise après avoir organisé son dépôt de bilan, consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/120-170/120-170.html>.

<sup>2</sup> Un simple avis du ministère public serait requis, sans préjudice de son droit d'appel suspensif.

Cette procédure, simple et peu coûteuse, a été instituée au bénéfice d'**entreprises de taille très modeste**, dont l'actif est si limité que sa réalisation, dans le cadre d'une procédure de liquidation, n'aurait presque aucun intérêt pour les créanciers. Elle est aujourd'hui réservée aux débiteurs personnes physiques, qui n'ont employé aucun salarié au cours des six mois et dont l'actif déclaré ne dépasse pas 5 000 euros – seuil rehaussé temporairement à 15 000 euros dans le contexte de la crise sanitaire<sup>1</sup>.

Le choix d'écarter les personnes morales du dispositif a sans doute été motivé par le souci d'éviter tout détournement de la procédure, c'est-à-dire de ne pas permettre aux associés d'échapper à leur obligation de procéder, à leurs frais, à la liquidation amiable de leur société lorsqu'ils souhaitent la dissoudre. Pourtant, comme le relève le professeur François-Xavier Lucas, « *nombre de débiteurs sans actifs et sans salariés sont des personnes morales et il n'y a pas plus de raison d'ouvrir à leur encontre une liquidation judiciaire, étant observé que les associés qui n'entendent pas assumer le coût et la responsabilité de la liquidation amiable d'une société sans actifs peuvent parfaitement provoquer sa cessation des paiements de façon à bénéficier d'une liquidation judiciaire*<sup>2</sup> ».

**Il paraîtrait donc raisonnable d'étendre la procédure de rétablissement professionnel aux personnes morales, sous la même condition liée à la valeur de l'actif, ce qui bénéficierait aux très petites sociétés, notamment unipersonnelles.** L'on mettrait ainsi fin à une différence de traitement entre petits entrepreneurs, selon qu'ils ont choisi d'exploiter personnellement ou sous forme sociétaire.

**Recommandation n° 30 : Étendre le bénéfice de la procédure de rétablissement professionnel sans liquidation aux personnes morales, afin de mettre fin à une différence de traitement entre petits entrepreneurs exploitant personnellement ou sous forme sociétaire.**

---

<sup>1</sup> Article 6 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 précitée, dont la durée d'application a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2021 par l'article 124 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 précitée.

<sup>2</sup> Fr.-X. Lucas, Manuel de droit de la faillite, op. cit., p. 74.

Par ailleurs, comme le soulignait la sénatrice Nathalie Goulet<sup>1</sup>, **il ne serait pas inenvisageable d'ouvrir le bénéfice de cette même procédure aux débiteurs (personnes physiques ou morales) qui emploient des salariés.** En effet :

- l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel est conditionnée à l'absence de toute instance prudhommale en cours impliquant le débiteur<sup>2</sup> ;

- elle ne peut en aucun cas aboutir à l'effacement de dettes salariales<sup>3</sup> ;

- l'ouverture de la procédure n'autorise en elle-même aucun licenciement. Tout licenciement en cours de procédure serait donc soumis aux conditions de droit commun, notamment celles qui ont trait aux licenciements pour motif économique.

La réflexion doit se poursuivre à ce sujet.

## **2. Protéger le patrimoine personnel des entrepreneurs**

**Favoriser le rebond des entrepreneurs suppose aussi d'alléger le poids des dettes dont ils ont pu grever leur patrimoine personnel, à l'occasion de leur activité professionnelle.**

La création et la diversification, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, des **formes sociales à responsabilité limitée**, ont eu précisément pour objet de protéger les entrepreneurs et autres apporteurs de fonds en dissociant leur patrimoine personnel de celui de l'entreprise, et en leur évitant ainsi de supporter personnellement les pertes subies par celles-ci.

**Pour les besoins du crédit, ces protections ont néanmoins été contournées.** Il est, en effet, devenu extrêmement fréquent, notamment dans les petites et moyennes entreprises, que les dirigeants soient amenés à **garantir personnellement** le paiement des dettes contractées par la société, soit en se portant caution, soit en consentant une autre forme de sûreté personnelle ou une sûreté réelle pour autrui.

Par ailleurs, **les entrepreneurs individuels**, exploitant personnellement leur fonds sans l'intermédiaire d'une personne morale, **restaient exposés aux dettes de l'entreprise sur l'ensemble de leur patrimoine.**

---

<sup>1</sup> Voir l'amendement n° 1 rectifié quinquies présenté par Nathalie Goulet lors de l'examen en première lecture de la proposition de loi visant à supprimer la possibilité de rachat par le dirigeant après le dépôt de bilan, précitée.

<sup>2</sup> Article L. 645-1 du code de commerce.

<sup>3</sup> Article L. 645-11 du même code.

C'est ce qui a conduit le législateur à imaginer **de nouvelles protections** visant à éviter que les entrepreneurs ne se trouvent placés dans une situation personnelle trop grave en raison des risques encourus dans leur activité professionnelle. Cette législation, qui peut à certains égards être améliorée, poursuit deux objectifs complémentaires : instituer une forme d'étanchéité entre le patrimoine personnel de l'entrepreneur et celui de l'entreprise ; à défaut, permettre la restructuration des dettes contractées personnellement par l'entrepreneur pour les besoins de son activité professionnelle.

a) *Renforcer encore l'étanchéité entre le patrimoine de l'entrepreneur et celui de l'entreprise ?*

Sur le premier front, beaucoup a déjà été fait.

(1) La protection de l'exploitant individuel : la soustraction d'une partie du patrimoine au gage commun des créanciers

Suivant une évolution entamée avec la loi « *Dutreil* » du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>1</sup>, la loi « *Macron* » du 6 août 2015 a déclaré la **résidence principale** de l'entrepreneur individuel **insaisissable** en principe par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de son activité professionnelle. L'entrepreneur reste néanmoins libre de renoncer à cette insaisissabilité, mais cela exige le respect d'un formalisme strict et protecteur, puisque cette renonciation doit faire l'objet d'une déclaration reçue par notaire sous peine de nullité.

En outre, la création par la loi du 15 juin 2010<sup>2</sup> du **statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)**, rompant avec le principe d'unicité du patrimoine, a permis aux exploitants personnes physiques de constituer, à côté de leur patrimoine personnel, un (ou plusieurs) patrimoine(s) affecté(s) à leur(s) activité(s) professionnelle(s) et servant seul(s) de gage(s) à leurs créanciers professionnels. Toute personne physique souhaitant exercer une activité professionnelle en nom propre doit désormais déclarer, lors de la création de l'entreprise, si elle souhaite exercer ou non sous ce régime, et elle peut opter à tout moment pour le statut d'EIRL. Il demeure loisible à un EIRL de se porter caution sur son patrimoine personnel d'une ou plusieurs dettes contractées dans le cadre de son activité professionnelle (ou de consentir toute autre forme de sûreté personnelle ou une sûreté réelle pour autrui), ce qui élimine les effets de la séparation des patrimoines à l'égard des créanciers concernés.

Quoique certaines personnes entendues par la mission aient formulé des suggestions en ce sens, **il ne saurait être question, ni d'interdire à un entrepreneur individuel n'exerçant pas sous le statut d'EIRL de renoncer à l'insaisissabilité de sa résidence principale, ni de prohiber l'inclusion de**

---

<sup>1</sup> Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique.

<sup>2</sup> Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

**certaines biens dans le patrimoine affecté d'un EIRL ou d'empêcher celui-ci de garantir à titre personnel une dette professionnelle.** Outre qu'elles seraient marquées par un très fort paternalisme, de telles évolutions seraient contraires au droit de propriété (qui inclut le droit d'affecter ses biens en garantie) ou à la liberté contractuelle, et elles seraient immanquablement contournées<sup>1</sup>. Par conséquent, il n'y aurait pas non plus d'intérêt à imposer le statut d'EIRL à tous les entrepreneurs individuels.

En revanche, **des avancées restent possibles** pour mieux protéger les EIRL ayant consenti une sûreté personnelle pour garantir des dettes professionnelles, problématique qui se pose dans les mêmes termes à propos des dirigeants-associés ayant consenti une sûreté personnelle pour garantir les dettes de la société.

(2) La protection des entrepreneurs ayant consenti une sûreté personnelle pour garantir les dettes de l'entreprise

La protection des entrepreneurs qui, pour garantir le paiement des dettes de l'entreprise, ont consenti un cautionnement ou une autre sûreté personnelle (garantie autonome, lettre d'intention, délégation-sûreté...) résulte notamment, dans notre droit, de **règles de forme exigées, soit pour la preuve de la sûreté (formalisme *ad probationem*), soit même pour sa validité (formalisme *ad validitatem*).**

S'agissant des exigences de forme *ad probationem*, elles sont communes à tous les engagements à payer une somme d'argent, y compris celui qui résulte d'une sûreté personnelle : si la somme excède 1 500 euros, l'engagement doit être prouvé par écrit<sup>2</sup> ; l'acte écrit, s'il n'a pas été conclu devant notaire, ne vaut preuve que s'il est signé par celui qui s'engage et comporte la mention manuscrite de la somme en toutes lettres et en chiffres<sup>3</sup>. Le juge admet néanmoins que l'acte écrit ne comportant pas de mention manuscrite constitue un commencement de preuve par écrit.

Des exigences plus fortes (*ad validitatem*) ont été imposées par le législateur pour protéger **les cautions personnes physiques qui s'engagent envers un créancier professionnel**. À peine de nullité du cautionnement, l'acte doit comporter la mention suivante : « *En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même*<sup>4</sup>. » Une mention spéciale est exigée, toujours à peine de

---

<sup>1</sup> Il suffirait, par exemple, de vendre la résidence principale ou le bien non incorporable au patrimoine affecté, et d'affecter le produit en garantie.

<sup>2</sup> Article 1359 du code civil. Il est acquis que le cautionnement consenti par le dirigeant d'une société au bénéfice de celle-ci a un caractère civil et non commercial. Le problème pourrait se poser à propos du cautionnement consenti par un EIRL pour garantir des dettes professionnelles ; il est cependant réglé par le formalisme *ad validitatem* exigé en la matière.

<sup>3</sup> Article 1376 du code civil.

<sup>4</sup> Article L. 331-1 du code de la consommation.

nullité, dans le cas où le cautionnement est solidaire. À cela s'ajoutent **d'autres types de protection : un principe de proportionnalité** (le créancier ne peut se prévaloir du cautionnement si l'engagement était manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution) et **un devoir d'information** en cours d'exécution de l'obligation principale.

Conformément à l'intention du législateur, la jurisprudence a fermement établi que **ces dispositions sont applicables au cautionnement consenti par le dirigeant d'une société pour garantir les dettes de celle-ci**, de même qu'au cautionnement consenti par un EIRL pour garantir des dettes professionnelles. Elles devraient être prochainement étendues à tous les cautionnements consentis par les personnes physiques, quels qu'en soient les bénéficiaires<sup>1</sup>.

En revanche, **les dispositions spéciales du code de la consommation relatives au cautionnement ne sont pas applicables aux autres sûretés personnelles, ce qui est paradoxal**, puisque certaines d'entre elles (comme la garantie autonome) sont potentiellement plus dangereuses pour celui qui y souscrit<sup>2</sup>. Dès lors, on peut craindre qu'elles ne soient contournées par certains prêteurs, d'autant que la garantie autonome a rencontré un vif succès dans la vie des affaires au cours des dernières années.

**Recommandation n° 31 : À l'occasion de la prochaine réforme du droit des sûretés, étendre aux autres sûretés personnelles le formalisme exigé pour la validité du cautionnement consenti par une personne physique, ainsi que les autres protections aujourd'hui prévues par le code de la consommation.**

*b) Faciliter l'étalement ou l'effacement des dettes personnelles de l'entrepreneur*

Comme il a été dit, on ne saurait interdire à un chef d'entreprise d'engager en pleine connaissance de cause son patrimoine personnel pour les besoins de son activité professionnelle, soit en demeurant sous le statut d'entrepreneur individuel « classique », soit (dans le cas d'un EIRL ou d'un dirigeant de société) en garantissant personnellement les dettes de son entreprise. Que faire, dès lors, pour empêcher qu'il ne se retrouve, de ce fait, dans des difficultés trop graves ?

---

<sup>1</sup> Voir l'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés, publié en décembre 2020 par le ministère de la justice.

<sup>2</sup> Bien plus, une garantie autonome consentie par un EIRL pour les besoins de son activité professionnelle pourrait être considérée comme un acte de commerce, soustrait même au formalisme probatoire du droit civil.

Malgré certaines demandes en ce sens, **les rapporteurs ne croient pas que la solution soit de confondre en une même procédure le traitement de l'insolvabilité de l'entreprise et celui des difficultés de l'entrepreneur.** Les procédures collectives prévues par le code de commerce et les procédures de surendettement des particuliers prévues par le code de la consommation n'ont **pas le même objet** : les premières doivent assurer une sélection entre les entreprises viables et non viables, tandis que les secondes visent à protéger les personnes physiques menacées de sombrer dans l'impécuniosité chronique. Elles n'appellent donc **pas le même raisonnement** de la part de l'autorité compétente (juridiction ou commission de surendettement). Dès lors que le patrimoine de l'entrepreneur est séparé de celui de l'entreprise, ces deux types de procédures ne portent **pas non plus sur les mêmes éléments d'actif et de passif** et n'impliquent **pas les mêmes parties** : si le tribunal de la procédure collective était appelé à traiter des dettes personnelles du dirigeant, il lui faudrait appeler à la procédure tous les créanciers personnels de ce dernier<sup>1</sup>.

Néanmoins, il paraît effectivement envisageable, comme le prévoit le ministère de la justice, **d'étendre à la procédure de redressement judiciaire la protection dont bénéficient les garants personnes physiques en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde**<sup>2</sup>. Seule la volonté de rendre attractive la procédure de sauvegarde justifiait cette différence de traitement. L'alignement des deux règles sur la plus protectrice pourra certes avoir un impact négatif sur l'accès au crédit, mais elle conduira les prêteurs à ne pas abuser du cautionnement ou d'autres formes de sûretés consenties par les dirigeants.

**Recommandation n° 32 : Étendre à la procédure de redressement judiciaire la protection dont bénéficient les garants personnes physiques en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde.**

<sup>1</sup> Une exception doit être faite pour les entrepreneurs individuels non soumis au régime de l'EIRL. Seules les procédures prévues au livre VI du code de commerce leur sont ouvertes, pour traiter l'ensemble de leurs dettes. Ils bénéficient alors de l'insaisissabilité de leur résidence principale (s'ils n'y ont pas renoncé), d'autres biens fonciers (s'ils ont fait une déclaration en ce sens) et des autres biens déclarés insaisissables par la loi dans un objectif de protection des personnes, notamment les créances alimentaires et les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail (article L. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution, insaisissabilités auxquelles il n'est pas possible de renoncer).

<sup>2</sup> Aux termes de l'article L. 626-11 du code de commerce, à l'exception des personnes morales, les coobligés et personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du plan – autrement dit, ils bénéficient aussi des remises de dettes et délais de paiement prévus par le plan. Cette disposition n'est pas applicable au plan de redressement (article L. 631-20 du même code).

Surtout, il importe que les dettes contractées personnellement par l'entrepreneur pour les besoins de son entreprise soient intégralement appréhendées par les procédures de surendettement des particuliers, pour être étalées ou effacées en tant que de besoin.

Déjà, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie* avait inclus les **dettes résultant de l'engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société** parmi les dettes prises en compte pour l'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et susceptibles d'être effacées à l'issue d'une procédure de rétablissement personnel, avec ou sans liquidation.

Un progrès théorique et pratique a été accompli avec l'article 39 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020, à l'initiative de l'un des rapporteurs de la mission<sup>1</sup>, par **l'inclusion de l'ensemble des dettes professionnelles parmi les dettes effacées au terme d'une procédure de rétablissement personnel**. Cette rédaction a le mérite d'inclure les dettes résultant d'autres sûretés personnelles qu'un cautionnement ou une obligation solidaire, mais aussi d'autres dettes contractées personnellement par l'entrepreneur à l'occasion de son activité professionnelle, notamment les dettes de cotisations sociales dues par les dirigeants affiliés à la sécurité sociale des indépendants.

Il convient de **parachever ce mouvement en incluant l'ensemble des dettes professionnelles parmi celles devant être prises en compte pour l'ouverture d'une procédure de surendettement**.

**Recommandation n° 33 : Prendre en compte l'ensemble des dettes contractées par une personne physique, y compris pour les besoins de son activité professionnelle, pour l'appréciation du droit à l'ouverture d'une procédure de surendettement.**

Enfin, il importe de **mieux articuler les procédures de traitement de l'insolvabilité prévues par le code de commerce et le code de la consommation**, ce à quoi s'emploie le Gouvernement dans son avant-projet de transposition de la directive du 20 juin 2019, en prévoyant d'imposer au mandataire judiciaire, dans le cadre d'une procédure collective, d'informer les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou une sûreté réelle pour autrui de leur faculté de solliciter le bénéfice d'une procédure de surendettement.

<sup>1</sup> Amendement n° 96 rectifié de Thani Mohamed Soilihi adopté par le Sénat lors de l'examen en séance publique, en première lecture, du projet de loi relatif à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

**Recommandation n° 34 : En cas de besoin, mieux orienter les dirigeants d'entreprise en difficulté vers les procédures de surendettement.**

### **3. Revoir le régime de la faillite et des interdictions professionnelles**

**Les dirigeants dont les fautes de gestion ont contribué à aggraver les difficultés de l'entreprise s'exposent personnellement, en fonction de la gravité des faits, à des sanctions de divers ordres, d'ailleurs cumulables entre elles :**

- ils peuvent être condamnés par le tribunal saisi d'une procédure de liquidation judiciaire à **comblé en tout ou partie l'insuffisance d'actif** de l'entreprise, afin de réparer le dommage subi par les créanciers<sup>1</sup> ;

- en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, le tribunal de la procédure peut également prononcer leur **faillite personnelle**, qui emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise ou toute personne morale, ou encore prononcer des **interdictions plus limitées** ;

- les comportements les plus graves ayant conduit à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de sauvegarde sont constitutifs du **délict de banqueroute**, passible de cinq ans d'emprisonnement, de 75 000 euros d'amende et de diverses peines complémentaires. Seul le juge pénal est compétent pour en connaître.

Les jugements prononçant la faillite personnelle d'un dirigeant ou une interdiction professionnelle sont heureusement rares, et plus encore les condamnations pour banqueroute. Il ne saurait être question de supprimer ces sanctions d'actes de gestion répréhensibles, ayant nui aux intérêts des tiers, voire porté atteinte aux valeurs protégées par la société.

---

<sup>1</sup> Article L. 651-1 du code de commerce. Cette sanction est également applicable à l'EIRL, qui peut être condamné à payer sur son patrimoine personnel l'insuffisance d'actif de son patrimoine affecté.

Toutefois, **les rapporteurs s'interrogent sur l'adéquation du régime de la faillite et des interdictions professionnelles.** Qualifiées de « *sanctions civiles* » parce qu'elles sont prononcées par les juridictions civiles ou commerciales, ces sanctions constituent pourtant **des mesures de police ou de sûreté<sup>1</sup>**, qui n'ont pas pour objet de réparer un préjudice mais de **prévenir de nouvelles atteintes à l'ordre public économique.**

Dès lors, on comprend mal pourquoi le mandataire judiciaire ou le liquidateur, voire la majorité des créanciers désignés contrôleurs, dépositaires d'intérêts privés, sont habilités à saisir le tribunal aux fins qu'il prononce de telles sanctions. En l'espèce (contrairement à l'engagement de la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif), l'initiative devrait revenir au seul ministère public.

**Recommandation n° 35 :** Réserver au ministère public, gardien de l'ordre public économique, la faculté de saisir le tribunal aux fins de prononcer la faillite personnelle d'un dirigeant ou une interdiction professionnelle.

#### **4. Accélérer et faciliter les opérations de liquidation**

*a) Ne plus faire supporter aux entrepreneurs les longueurs de la liquidation judiciaire*

**En l'état actuel du droit, la procédure de liquidation judiciaire n'est pas bornée dans le temps :** le tribunal doit seulement fixer à l'ouverture de la procédure le délai au-delà duquel sa clôture devra être examinée, mais il peut toujours en proroger le terme, la procédure n'étant close que lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou que le liquidateur dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers, ou encore lorsque la poursuite des opérations de liquidation est rendue impossible en raison de l'insuffisance d'actif.

**Tout au long de la procédure de liquidation, et même après sa clôture, les dettes ne sont pas éteintes, même si l'exercice individuel par les créanciers de leur droit d'action est suspendu.** La procédure peut être rouverte à tout moment s'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant

---

<sup>1</sup> La Cour de cassation a qualifié de mesures de sûreté les incapacités professionnelles qui résultent de plein droit de certaines condamnations pénales (Cass., crim., 26 novembre 1997, n° 96-83.792). Même lorsque l'incapacité constitue une peine complémentaire facultative, elle a une visée préventive en même temps que punitive. Dans d'autres contextes, les interdictions professionnelles résultent de décisions de l'administration, qui constituent tantôt de pures mesures de police, tantôt des sanctions administratives à visée à la fois punitive et préventive (voir notamment les mesures d'interdiction susceptibles d'être prononcées par les autorités publiques ou administratives indépendantes).

son cours initial (la reprise de la procédure ne produisant d'effets qu'à l'égard des actifs que le liquidateur aurait dû réaliser avant la clôture).

Par ailleurs, **au cours de la procédure, le débiteur est dessaisi de l'administration de ses biens**. Lorsqu'il s'agit d'une personne physique, il ne peut exercer aucune activité commerciale, artisanale, agricole ni aucune activité professionnelle indépendante.

Or la **directive Restructuration et insolvabilité du 20 juin 2019** impose, en principe, aux États membres de veiller à ce que le délai à l'issue duquel les entrepreneurs (personnes physiques) insolvables peuvent être **totale­ment libérés de leurs dettes** n'excède pas une durée de **trois ans** à compter de l'ouverture de la procédure ou de l'établissement de l'actif et du passif<sup>1</sup>. Elle prévoit également que **toute déchéance** du droit d'accéder à une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou de l'exercer au seul motif que l'entrepreneur est insolvable prend fin **au plus tard au terme du délai de remise de dettes**. Toutefois, les États membres peuvent prévoir qu'une remise de dettes totale ne fait pas obstacle « à la poursuite d'une procédure d'insolvabilité qui comprend la réalisation et la distribution des actifs d'un entrepreneur qui font partie de l'actif et du passif dudit entrepreneur à la date d'expiration du délai de remise de dettes ».

En l'état, **l'avant-projet de transposition publié par le Gouvernement reste silencieux** sur les moyens de mettre notre droit en conformité avec la directive sur ce point.

Il conviendrait à tout le moins :

- de rétablir le débiteur personne physique dans ses droits d'exercer toute activité économique indépendante à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de l'ouverture de la procédure de liquidation ;

- de « geler » l'actif du débiteur à cette même date, afin que les éléments qui viendraient à s'y ajouter avant la clôture de la procédure de liquidation n'aient pas à être réalisés mais soient soustraits au gage des créanciers antérieurs (et des éventuelles cautions).

**Recommandation n° 36 : Rétablir le débiteur personne physique dans ses droits professionnels dans un délai maximal de trois ans suivant l'ouverture d'une procédure de liquidation, et geler à cette date l'actif liquidable.**

<sup>1</sup> Article 21 (qui prévoit également le cas où la procédure de remise de dette repose, non pas ou pas exclusivement sur la réalisation des actifs, mais sur l'adoption d'un plan de remboursement, ce qui n'est pas pertinent en droit français.) L'article 23 de la directive prévoit des dérogations, notamment dans le cas où l'entrepreneur insolvable a agi de manière malhonnête ou de mauvaise foi.

*b) Faciliter la cession du fonds*

**Il arrive qu'une entreprise soit placée en liquidation judiciaire sans poursuite d'activité, faute de trésorerie disponible, ce qui rend l'adoption d'un plan de cession impossible, alors même que le ou les fonds exploités conservent de la valeur** (en raison, par exemple, d'un bail commercial favorable, de l'outillage subsistant, de procédés de fabrication brevetés ou d'une marque qui demeure attractive). En effet, le fonds, dont la clientèle constitue l'élément essentiel, ne disparaît pas du seul fait de la cessation d'activité, car une clientèle potentielle peut continuer à exister pendant un certain temps<sup>1</sup>.

Dans une telle situation, **la loi permet au liquidateur de céder le fonds de commerce en tant qu'actif isolé**, comme tout autre bien immatériel, dans les conditions prévues à l'article L. 642-19 du code de commerce, c'est-à-dire sous le contrôle du juge-commissaire qui, soit ordonne la vente du bien aux enchères, soit autorise sa vente de gré à gré<sup>2</sup>.

L'article L. 1224-1 du code du travail impose en principe le **maintien des contrats de travail** en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment en cas de vente du fonds. **Ce principe est écarté en cas d'adoption d'un plan de cession** : il revient alors au tribunal d'indiquer, dans le jugement arrêtant le plan et en accord avec le repreneur, le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées<sup>3</sup>. Il s'agit alors de licenciements pour motif économique, encadrés par les articles L. 1233-58 et suivants du code du travail.

En revanche, **lorsqu'un fonds est cédé en tant qu'actif isolé dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire sans poursuite d'activité, les licenciements déjà intervenus<sup>4</sup> sont nuls**, et si un ou plusieurs salariés demandent leur réintégration, le repreneur est tenu d'y faire droit<sup>5</sup>.

**Cet état du droit n'est guère incitatif pour de potentiels repreneurs**. Le plus souvent, le rachat du fonds d'une entreprise placée en liquidation judiciaire n'offre de perspectives économiques que si les

---

<sup>1</sup> Cass. com., 29 janvier 2013, n° 11-28.690.

<sup>2</sup> En pratique, et bien que les commissaires-priseurs judiciaires se soient récemment vu reconnaître compétence en la matière, il semble que la vente aux enchères de biens immatériels reste très peu développée en France.

<sup>3</sup> Articles L. 642-5 et R. 642-3 du code de commerce.

<sup>4</sup> Lorsque le jugement d'ouverture ne prévoit pas le maintien provisoire d'activité, le liquidateur est autorisé à procéder sans délai aux licenciements, sous réserve des consultations obligatoires. En pratique, les licenciements ont le plus souvent lieu très rapidement, car l'AGS ne garantit le paiement des créances salariales impayées que pendant une durée de quinze jours, ou vingt et un jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré.

<sup>5</sup> Cass. soc. 20 janvier 1998, n° 95-40.812 ; Cass., ch. mixte, 7 juillet 2006, n° 04-14.788 ; Cass. com. 26 juin 2012, n° 11-10.408. Les licenciements sont nuls, même dans le cas où ils ont été prononcés avant la date de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession : Cass. soc. 8 juillet 1992, n° 90-42590.

modalités d'exploitation de ce fonds sont révisées, ce qui peut impliquer de revoir à la baisse le nombre de salariés. Comme dans le cadre d'un plan de cession, on peut donc envisager que le repreneur d'un fonds souhaite présenter une offre fixant le nombre de salariés repris, au lieu de s'exposer à devoir reprendre tous les anciens salariés au gré des contentieux ou assumer la charge de licenciements.

Comme l'a souvent relevé la doctrine<sup>1</sup>, **cette situation est préjudiciable aussi bien aux créanciers de l'entreprise**, qui auraient intérêt à ce que le fonds soit vendu, **qu'aux salariés eux-mêmes**, dont un certain nombre pourraient conserver leur emploi auprès d'un éventuel repreneur.

C'est ce qui a conduit le Parlement, dans le cadre de la loi du 17 juin 2020, à écarter provisoirement l'application du principe de transfert des contrats de travail en cas de cession du fonds de commerce par le liquidateur en tant qu'actif isolé. Cette disposition, issue d'un amendement d'Élisabeth Lamure, alors sénatrice et présidente de la délégation sénatoriale aux entreprises, avait été adoptée par le Sénat contre l'avis du Gouvernement et maintenue en commission mixte paritaire, dans l'espoir de sauver quelques activités et quelques emplois dans une période particulièrement difficile. Elle courait jusqu'au 31 décembre 2020.

En pratique, la très courte durée d'application de cette disposition n'a pas permis de la mettre en œuvre. Parmi les praticiens entendus par les rapporteurs, plusieurs ont appelé à la remettre en vigueur.

Il convient néanmoins d'entendre les craintes qui ont été exprimées. La procédure pourrait être détournée par des repreneurs qui ne voudraient reprendre aucun des anciens salariés de l'entreprise, ou qui voudraient revoir à la baisse leurs droits contractuels, en se soustrayant à la procédure du plan de cession, arrêté par le tribunal lui-même.

Afin de concilier ces points de vue, la mission d'information propose que, dans le cas où la cession d'un ou plusieurs fonds paraît envisageable quoique l'activité de l'entreprise ait cessé, **le juge-commissaire puisse renvoyer l'affaire devant le tribunal afin que soit arrêté un plan de cession du ou des fonds concernés, déterminant le nombre et l'identité des salariés repris et, le cas échéant, déclarant nul leur licenciement**. Les créances salariales qui auraient dû être payées entre le licenciement frappé de nullité et l'arrêt du plan de cession pourraient être prises en charge par l'AGS, à laquelle cette proposition a été soumise et qui, au nom de la préservation de l'emploi et vu le faible nombre de cas vraisemblablement concernés, ne s'y est pas opposée.

---

<sup>1</sup> Voir notamment L. Fin-Langer, note sous Cass. com., 26 juin 2012, Act. proc. coll. n° 13, juillet 2012 ; M. H. Monsérié-Bon et B. Amizet, « Cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire », Rev. proc. coll. n° 2, mars 2015 ; P.-M. Le Corre, JCI Commercial, fasc. 2709, « Liquidation judiciaire. – Réalisation de l'actif. – Vente des biens meubles isolés », § 71.

**Recommandation n° 37 :** Dans le cas où la cession d'un ou plusieurs fonds paraît envisageable quoique l'activité de l'entreprise ait cessé, permettre au juge-commissaire de renvoyer l'affaire devant le tribunal aux fins d'adoption d'un plan de cession.



## TROISIÈME PARTIE

### MIEUX JUGER : CRÉER LA JURIDICTION ÉCONOMIQUE DU XXI<sup>E</sup> SIÈCLE

L'existence de **juridictions spécialisées**, composées de magistrats non professionnels issus du monde de l'entreprise, doit également être comptée parmi les atouts du droit économique français. Dans le cadre des procédures collectives, le raisonnement judiciaire repose sur des notions économiques autant que juridiques, ce qui exige une grande familiarité avec la vie des affaires. Les tribunaux de commerce ont également fait la preuve de leur réactivité et de leur capacité d'adaptation au plus fort de la crise sanitaire<sup>1</sup>.

La mission d'information propose que les **compétences du tribunal de commerce évoluent** pour créer une vraie juridiction économique, tout en poursuivant la **modernisation de cette juridiction**, tant s'agissant du corps électoral des juges consulaires que de leur statut, en renforçant la logique de spécialisation de certains tribunaux, mais en écartant, à ce stade, toute évolution générale vers l'échevinage.

#### I. L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE : UN ÉCLATEMENT DOMMAGEABLE DU CONTENTIEUX ENTRE DEUX JURIDICTIONS

##### 1. Le partage des compétences entre le tribunal de commerce et le tribunal judiciaire

Les tribunaux de commerce sont **compétents pour les litiges entre commerçants, établissements de crédit, sociétés de financement ou artisans** à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, ainsi que pour ceux relatifs aux **sociétés commerciales et aux actes de commerce**<sup>2</sup>. Le **contentieux ordinaire** qu'ils ont à connaître va donc de la demande en paiement aux difficultés d'exécution d'un contrat, ou d'un litige entre associés d'une société commerciale à l'action en responsabilité d'un tiers contre ses dirigeants.

---

<sup>1</sup> Voir le rapport d'information n° 608 (2019-2020) Covid-19 : deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire fait, au nom de la commission des lois, par MM. Philippe Bas, François-Noël Buffet, Pierre-Yves Collombat, Mmes Nathalie Delattre, Jacqueline Eustache-Brinio, Françoise Gatel, MM. Loïc Hervé, Patrick Kanner, Alain Richard, Jean-Pierre Sueur et Dany Wattebled, 29 avril 2020, p. 51-52.

Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr>.

<sup>2</sup> Article L. 721-3 du code de commerce. L'article L. 110-1 du code de commerce établit la liste des actes que la loi répute « actes de commerce », par exemple, tout achat de biens immeubles pour les revendre ou toute entreprise de manufacture.

### La diversité des tribunaux de commerce sur le territoire

Les tribunaux de commerce, **juridictions civiles spécialisées de première instance composées de juges élus et d'un greffier**, sont au nombre de 134 sur le territoire. Toutefois, ils n'existent pas partout.

Dans les ressorts judiciaires où aucun tribunal de commerce<sup>1</sup> n'a été créé compte tenu de la faiblesse du corps électoral, le tribunal judiciaire est compétent pour le règlement des litiges commerciaux<sup>2</sup>.

Le **tribunal judiciaire peut également statuer à la place du tribunal de commerce lorsque celui-ci « ne peut se constituer ou statuer »**<sup>3</sup>. Il peut n'être saisi que des affaires de traitement des difficultés des entreprises, si le renvoi résulte de l'impossibilité de respecter l'obligation selon laquelle la formation de jugement doit comprendre une majorité de juges ayant exercé des fonctions judiciaires pendant plus de deux ans<sup>4</sup>.

La justice commerciale est également rendue par des formations échevinales dans les neuf tribunaux mixtes des territoires d'outre-mer<sup>5</sup> et les sept tribunaux judiciaires situés dans le ressort des cours d'appel de Metz et Colmar<sup>6</sup>, où le régime spécial applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle a été maintenu après la première guerre mondiale.

Source : commission des lois du Sénat

Il peut toutefois être étonnant de constater que, **selon leur secteur d'activité ou leur forme juridique, toutes les entreprises ne relèvent pas du tribunal de commerce**, en dépit du caractère économique et de la similarité des litiges qu'elles peuvent rencontrer.

Le **tribunal judiciaire** est, en tant que tribunal civil de première instance de droit commun<sup>7</sup>, **compétent pour les exploitants agricoles<sup>8</sup> et les professionnels libéraux**, à moins qu'ils n'aient opté pour une société commerciale, **y compris les professions réglementées<sup>9</sup>**, ainsi que pour les

<sup>1</sup> Cette situation est aujourd'hui théorique.

<sup>2</sup> Article L. 721-2 du code de commerce.

<sup>3</sup> Article L. 722-4 du code de commerce.

<sup>4</sup> Article L. 722-1 du code de commerce.

<sup>5</sup> Ces tribunaux sont composés d'un magistrat du tribunal judiciaire qui le préside et de trois juges élus ou désignés par le premier président de la cour d'appel (articles L. 732-1 et suivants, L. 937-1 et L. 947-1 du code de commerce). Ils sont situés en Guadeloupe, Guyane, Martinique, à Mayotte, à la Réunion, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française.

<sup>6</sup> La chambre commerciale du tribunal est présidée par un magistrat qui siège avec deux assesseurs élus (articles L. 731-1 et suivants du code de commerce).

<sup>7</sup> En application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire : « Le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction. »

<sup>8</sup> Article L. 721-6 du code de commerce.

<sup>9</sup> Article L. 721-5 du code de commerce : « (...) nonobstant toute disposition contraire, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une société constituée conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que des contestations survenant entre associés d'une telle société. »

**personnes morales de droit privé non commerçantes**, c'est-à-dire essentiellement des associations ayant une activité économique.

La **même dichotomie de compétences prévaut en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises**. Pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ainsi que de rétablissement professionnel, « *le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le tribunal judiciaire est compétent dans les autres cas.* »<sup>1</sup>

Cette organisation judiciaire peut d'autant plus surprendre que les **procédures collectives du livre VI du code de commerce** peuvent être **ouvertes à l'encontre de tous les débiteurs y compris ceux relevant du tribunal judiciaire** ; tout comme les mesures de prévention.

Les mêmes règles sont donc applicables aux ressortissants du tribunal de commerce (commerçants et artisans) et à ceux du tribunal judiciaire (agriculteurs<sup>2</sup>, professions libérales, y compris réglementées, et personnes morales de droit privé non commerçantes)<sup>3</sup>. **Des spécificités existent pour les agriculteurs, qui bénéficient notamment du règlement amiable agricole<sup>4</sup>**, inspirée de la procédure de conciliation, sauf s'ils exercent sous la forme d'une société commerciale et, pour les professions réglementées, dont les **instances ordinales ou professionnelles sont associées<sup>5</sup> à la procédure par le tribunal**.

---

<sup>1</sup> Article L. 621-2 du code de commerce et, par renvoi, articles L. 631-7 et L. 641-1 du même code.

<sup>2</sup> Voir article L. 351-8 du code rural et de la pêche maritime : « Les dispositions du livre VI du code de commerce relatives aux procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire sont applicables à toute personne exerçant des activités agricoles (...) ».

<sup>3</sup> Le code de commerce prévoit expressément que les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel sont applicables « à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé » (articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2).

<sup>4</sup> Articles L. 351-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime. Le règlement amiable agricole est applicable à toute personne physique ou morale de droit privé exerçant une activité agricole et est exclusive de la procédure de conciliation prévue par le livre VI du code de commerce (article L. 611-5 du code de commerce). C'est un préalable obligatoire à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires pour un agriculteur n'exerçant pas sous la forme d'une société commerciale (articles L. 631-5 et L. 640-5 du code de commerce).

<sup>5</sup> Par exemple, une procédure collective ne peut être ouverte qu'après que le tribunal ait entendu ou dûment appelé l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève le débiteur (article L. 621-1 du code de commerce).

## 2. La « *relative incohérence* » de la compétence *ratione materiae* du tribunal de commerce

La commission des lois du Sénat a déjà relevé, dans le rapport d'information de Philippe Bas sur le redressement de la justice rendu public en 2017<sup>1</sup>, la « *relative incohérence de la compétence ratione materiae du tribunal de commerce* »<sup>2</sup>, alors que les contentieux et les difficultés auxquels sont confrontées les entreprises sont similaires, quel que soit leur secteur d'activité ou leur mode d'exercice.

De surcroît, le **tribunal judiciaire ne paraît pas toujours le mieux placé pour traiter de ces contentieux**, en particulier s'agissant de la **prévention et du traitement des difficultés des entreprises** relevant du livre VI du code de commerce.

Le récent rapport fait par Georges Richelme, ancien président de la Conférence générale des juges consulaires de France, au nom de la **mission gouvernementale sur la justice économique**<sup>3</sup> indique notamment que « *la détection prévention par le Président du tribunal n'est pas appliquée par les tribunaux judiciaires du fait de l'absence de recensement des informations par le greffe de cette juridiction*<sup>4</sup> ».

Ce rapport relève également « *un faible volume de dossiers de procédures collectives, notamment dans les petites juridictions, qui a pour conséquence un manque d'appréhension technique pour une matière rarement pratiquée*<sup>5</sup> ». Les statistiques corroborent ce constat puisque sur 51 000 procédures collectives ouvertes chaque année, seules **6 000 le sont par les tribunaux judiciaires**<sup>6</sup>, soit à peine 12 %. De ce fait, **ce contentieux n'atteint pas**, dans la plupart des tribunaux judiciaires, la **masse critique** qui permettrait aux juges et aux greffiers d'être familiers de la vie des affaires et des procédures collectives. Il s'agit, face aux contentieux de masse que traite cette juridiction – celui des affaires familiales représente par exemple 324 000 affaires nouvelles par an, ou le droit des personnes 138 000 – d'un **contentieux quelque peu accessoire ne concernant que des professionnels**.

---

<sup>1</sup> Cinq ans pour sauver la justice ! Rapport d'information n° 495 (2016-2017) de Philippe Bas, président-rapporteur, Esther Benbassa, Jacques Bigot, François-Noël Buffét, Cécile Cukierman, Jacques Mézard et François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois, par la mission d'information sur le redressement de la justice, déposé le 4 avril 2017. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2016/r16-495-notice.html>

<sup>2</sup> Ibid supra, p. 165.

<sup>3</sup> Rapport de la mission « Justice économique » sous la direction de Georges Richelme, précité, consultable à l'adresse suivante : <http://www.justice.gouv.fr>.

<sup>4</sup> Ibid supra, p. 22.

<sup>5</sup> Ibid supra, même page.

<sup>6</sup> Procédures ouvertures par les tribunaux de commerce, les chambres commerciales des tribunaux judiciaires d'Alsace-Moselle, les tribunaux mixtes d'outre-mer et les tribunaux judiciaires. Estimation issue du rapport Richelme p. 15, fondée sur la moyenne des années 2018 et 2019.

### **3. L'attribution exclusive du contentieux des baux commerciaux au tribunal judiciaire, malgré sa nature économique**

D'autres contentieux de nature purement économique sont aussi jugés par le tribunal judiciaire, sans que la situation paraisse toujours le justifier.

Le **contentieux des baux commerciaux relève par exemple exclusivement du juge civil**<sup>1</sup>. Sa compétence traditionnelle résulte du fait que le bailleur peut ne pas être un commerçant ou une société commerciale, mais un particulier ou une personne morale non commerçante.

Pourtant, il n'est pas rare qu'un **tel litige précède ou accompagne une procédure collective ouverte** à l'encontre d'un ressortissant du tribunal de commerce. Alors que les solutions des deux procédures peuvent être étroitement liées, et quand bien même les parties au contrat de bail auraient l'une et l'autre le statut de commerçant, elles relèvent de deux juridictions différentes, au détriment parfois de la célérité et de l'efficacité de la procédure collective.

## **II. UNIFIER LE CONTENTIEUX POUR CRÉER UN VÉRITABLE TRIBUNAL DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES**

### ***A. DONNER COMPÉTENCE EXCLUSIVE AU TRIBUNAL DE COMMERCE POUR PRÉVENIR ET TRAITER DES DIFFICULTÉS DE TOUTES LES ENTREPRISES***

#### **1. Faire évoluer l'organisation judiciaire pour créer une véritable justice économique**

Dans la **continuité des travaux antérieurs du Sénat**, la mission préconise de revoir l'organisation judiciaire pour créer une véritable justice économique, en **confiant au tribunal de commerce une compétence exclusive sur l'ensemble des mesures et procédures relevant du livre VI du code de commerce, quel que soit le statut du débiteur.**

L'ensemble des entreprises et des personnes non commerçantes, quels que soient leur statut et leur secteur d'activité, relèveraient ainsi de la même juridiction lorsqu'ils sont en difficulté, ce qui permettrait un **traitement plus homogène et efficace des affaires, dans une logique de « bloc de compétence »**. François-Xavier Lucas, professeur à l'Université de Paris 1, a abondé dans ce sens lors de son audition par les rapporteurs, analysant la répartition des compétences comme une question *« essentielle »* et **préconisant de mettre fin à leur éclatement entre les deux juridictions civile et commerciale, au moins pour la prévention et le traitement des difficultés des entreprises.**

---

<sup>1</sup> Article R. 145-23 du code de commerce.

Une telle extension de la compétence du tribunal de commerce à l'égard des agriculteurs, des professionnels indépendants, incluant les membres des professions libérales réglementées, et des personnes morales non commerçantes a déjà été votée à deux reprises par le Sénat, dans la proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice le 4 octobre 2017<sup>1</sup> d'une part, puis lors de l'examen du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice<sup>2</sup> d'autre part, sans aboutir compte tenu de l'opposition du Gouvernement.

D'après les auditions des rapporteurs, ce **transfert de compétence recueillerait un consensus assez large parmi les acteurs de la procédure**, y compris les représentants du ministère public, ainsi qu'auprès des représentants de la Confédération des petites et moyennes entreprises (CPME) et du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), qui appellent de leurs vœux la **simplification des démarches pour les professionnels et une meilleure cohérence de la réponse juridictionnelle**.

Comme l'indiquaient déjà les sénateurs Jacques Bigot et François-Noël Buffet dans leur rapport de 2017 sur la proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice précitée, les **représentants des juges consulaires y sont eux aussi très favorables**, plaidant pour le « *transfert des procédures intéressant les difficultés des entreprises, au titre d'un savoir-faire juridictionnel particulier, notamment la gestion de l'urgence et la connaissance de la matière économique, dont les magistrats professionnels des tribunaux de grande instance disposeraient moins* »<sup>3</sup>.

La conférence des présidents de tribunaux judiciaires s'est, elle, montrée plus réservée sur cet abandon de compétence, sans pour autant s'y opposer frontalement, **mettant en garde contre une démarche guidée uniquement par la gestion des flux**. Les rapporteurs précisent à cet égard que leur réflexion ne s'inscrit pas dans une telle logique mais **poursuit le but d'améliorer le traitement et la qualité des décisions de justice rendues en première instance**. Sur les 2,2 millions d'affaires nouvelles que connaît chaque année la justice civile et commerciale, il est peu probable que le transfert d'environ 6 000 affaires – au maximum 10 000 si on retient une fourchette haute – ait un impact très significatif sur la charge de travail globale du tribunal judiciaire.

---

<sup>1</sup> Dossier législatif est accessible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp16-641.html>

<sup>2</sup> Dossier législatif accessible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pj17-463.html>

<sup>3</sup> Rapport n° 33 (2017-2018) de Jacques Bigot et François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice, déposé le 18 octobre 2017, p. 48.

Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/l17-033/l17-033.html>

**Recommandation n° 38 : Confier au tribunal de commerce une compétence exclusive sur l'ensemble des mesures et procédures relevant du livre VI du code de commerce, quel que soit le statut du débiteur.**

Pour refléter la nouvelle compétence de la juridiction, qui ne traiterait plus seulement des litiges des « *commerçants* », les rapporteurs proposent de reprendre la dénomination, déjà votée par le Sénat, de « *tribunal des affaires économiques* », de nature à faciliter son identification par tous les acteurs économiques.

**Recommandation n° 39 : Renommer le tribunal de commerce « tribunal des affaires économiques », pour mettre en cohérence sa dénomination avec sa compétence étendue.**

## **2. La nécessité de préserver les garanties actuelles bénéficiant aux agriculteurs et aux professions libérales**

Si les acteurs de la procédure sont unanimement favorables à ce transfert de compétence, **certaines des entreprises concernées émettent des réserves.**

Lors des auditions des rapporteurs, les représentants de l'Assemblée permanente des chambres d'agriculture (APCA) ont fait part de leur **opposition à un tel transfert de compétence s'agissant des agriculteurs**, par ailleurs récemment proposé par un rapport de la commission des affaires économiques du Sénat<sup>1</sup>, pour trois motifs principaux : ils craignent l'absence de prise en compte par les juges consulaires de la situation personnelle des agriculteurs, dont on connaît l'extrême fragilité ; la perte des adaptations actuelles des procédures collectives aux agriculteurs, ou encore d'être jugés par des juges non professionnels, qui plus est agriculteurs comme eux.

Le rapport de Georges Richelme, au nom de la mission gouvernementale sur la justice économique<sup>2</sup>, relève que **le « monde agricole a développé ses propres dispositifs « hors Code » en amont du règlement amiable agricole (RAA) », ce qui peut expliquer ses craintes.**

<sup>1</sup> *Suicides en agriculture : mieux prévenir, identifier et accompagner les situations de détresse, Rapport d'information n° 451 (2020-2021) de Henri Cabanel et Françoise Férat, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 17 mars 2021, p. 149.*

*Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2020/r20-451-notice.html>*

<sup>2</sup> *Rapport de la mission « Justice économique » sous la direction de Georges Richelme, p. 19, consultable à l'adresse suivante : <http://www.justice.gouv.fr>.*

Si les rapporteurs comprennent ces réserves, ils estiment que **l'impératif de proximité que font valoir les représentants des chambres d'agriculture est tout aussi valable pour les ressortissants actuels des tribunaux de commerce** : petits commerçants ou artisans peuvent eux aussi voir malheureusement leur vie personnelle basculer lorsqu'ils rencontrent une difficulté dans leur exercice professionnel. Les juges des tribunaux de commerce doivent donc être en mesure d'appréhender la globalité d'une situation donnée, avec ses spécificités.

Les rapporteurs rappellent en outre que les **agriculteurs sont déjà soumis aux procédures du livre VI du code de commerce, le cas échéant avec des adaptations, qu'il ne s'agit nullement remettre en cause**. Ainsi, par exemple, un redressement ou une liquidation judiciaires ne peuvent être ouverts qu'après un règlement amiable agricole<sup>1</sup> ; la durée maximale du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaires est fixée à quinze ans pour un agriculteur au lieu de dix<sup>2</sup> ; et la cession totale ou partielle d'une entreprise en redressement ou en liquidation à ses dirigeants, parents ou alliés ou à l'exploitant personne physique, en principe interdite, peut être autorisée par le tribunal lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole<sup>3</sup>.

Les rapporteurs sont convaincus que **l'extension de compétence du tribunal de commerce aux exploitants agricoles ne doit pas remettre en cause les règles qui leur sont propres en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises** : elles continueraient donc à s'appliquer aux exploitants agricoles sans aucune modification.

Cette extension de compétence, corrélée avec l'intégration des agriculteurs au sein du corps électoral des juges consulaires<sup>4</sup>, **permettrait aux juges chargés de connaître des difficultés des exploitations agricoles de mieux appréhender le métier d'agriculteur**. Des mécanismes de prévention des conflits d'intérêts existent<sup>5</sup> et peuvent être de nature à rassurer ces professionnels.

Par ailleurs, les **membres de certaines professions réglementées**, les avocats notamment, ont également exprimé des **inquiétudes lors des auditions à l'idée que leurs membres puissent relever d'une juridiction économique composée de chefs d'entreprise**, méconnaissant les enjeux de ces professions.

Comme pour les agriculteurs, l'extension de l'électorat et de l'éligibilité des juges consulaires aux membres des professions réglementées doit leur permettre d'être représentés au sein du tribunal. De surcroît, le livre VI du code de commerce comporte des **dispositions spécifiques aux**

---

<sup>1</sup> Articles L. 631-5 et L. 640-5 du code de commerce.

<sup>2</sup> Article L. 626-12 du code de commerce.

<sup>3</sup> Article L. 642-3 du code de commerce. À ce sujet, on a néanmoins relevé la nécessité d'assouplir les règles applicables aux entreprises autres qu'agricoles (voir la deuxième partie du présent rapport).

<sup>4</sup> Voir infra.

<sup>5</sup> Voir infra.

professions réglementées, prévoyant notamment une implication des instances ordinales ou professionnelles dans la procédure, que les rapporteurs n'entendent pas remettre en cause.

**Recommandation n° 40 : Maintenir les règles propres aux exploitants agricoles et aux professions libérales, y compris réglementées, en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises.**

Il pourrait également être utile, compte tenu de l'évolution des ressortissants de la juridiction commerciale, de former les juges consulaires aux spécificités de ces nouvelles professions, notamment s'agissant de leur modèle économique – importance du foncier et du modèle familial pour les agriculteurs par exemple – et des spécificités procédurales qui leur sont applicables.

**Recommandation n° 41 : Former les juges consulaires aux spécificités des nouveaux ressortissants du « tribunal des affaires économiques ».**

#### ***B. ATTRIBUER AU TRIBUNAL DE COMMERCE LE CONTENTIEUX DES BAUX COMMERCIAUX LORSQU'IL EST DE NATURE ÉCONOMIQUE***

Dans la continuité des dispositions déjà adoptées par le Sénat lors de la discussion du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice<sup>1</sup>, la mission préconise d'attribuer aux tribunaux de commerce compétence pour statuer sur tout **litige relatif au bail du débiteur dans une procédure collective**, afin d'éviter le ralentissement des procédures.

Elle propose également d'attribuer aux tribunaux de commerce la compétence pour connaître des **litiges relatifs aux baux commerciaux, mais également aux baux professionnels et aux conventions d'occupation précaire, dès lors que les parties sont des personnes relevant de leur compétence générale** dans la mesure où le litige concerne alors exclusivement des professionnels et est de nature économique.

**Recommandation n° 42 : Attribuer au tribunal de commerce le contentieux des baux commerciaux pour tout litige relatif au bail du débiteur dans une procédure collective.**

<sup>1</sup> Dossier législatif accessible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl17-463.html>

**Recommandation n° 43 :** Attribuer également au tribunal de commerce le contentieux des baux commerciaux, des baux professionnels et des conventions d'occupation précaires lorsque les deux parties relèvent de sa compétence ordinaire.

### III. POURSUIVRE LA MODERNISATION DE LA JURIDICTION COMMERCIALE

#### A. FAIRE ÉVOLUER LE CORPS ÉLECTORAL DES JUGES CONSULAIRES ET L'ÉLIGIBILITÉ À CES FONCTIONS

##### 1. La réforme récente du mode d'élection des juges consulaires

Jusqu'à récemment, l'élection des juges consulaires reposait sur un **scrutin à deux tours** :

- les juges étaient élus par un collège électoral composé principalement des « *délégués consulaires* » ;

- ces délégués consulaires étant élus, pour une durée de cinq ans, par les entrepreneurs individuels ayant le statut de commerçant ou d'artisan, les représentants des sociétés commerciales ayant leur siège ou un établissement dans le ressort du tribunal, ainsi que les cadres dirigeants employés par ces entrepreneurs ou ces sociétés, principalement.

Le collège électoral comprenait également les **juges du tribunal de commerce de la circonscription ainsi que des anciens membres** du tribunal ayant demandé à être inscrits sur la liste électorale.

À l'initiative de l'Assemblée nationale, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « PACTE » a remplacé ce mode d'élection indirect par une **élection directe<sup>1</sup> par les membres élus des chambres de commerce et d'industrie (CCI)<sup>2</sup> et des chambres de métiers et de l'artisanat (CMA)** dans le ressort de la juridiction ainsi que par les juges et anciens juges du tribunal de commerce, qui entrera en vigueur à la fin du mandat des délégués consulaires élus en 2016. La première élection organisée selon ces modalités se déroulera en 2022. Les rapporteurs observent qu'en modifiant les conditions d'éligibilité des juges consulaires par coordination avec la suppression des délégués consulaires, la loi « PACTE » n'a pas repris la condition liée à l'absence de condamnation pénale pour « *agissements contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs* ». Il conviendra probablement d'y revenir.

<sup>1</sup> Article L. 723-1 du code de commerce.

<sup>2</sup> Le corps électoral des membres élus des CCI est quasiment identique à celui des délégués consulaires, à l'exception des cadres des sociétés commerciales.

## **2. L'évolution nécessaire du corps électoral des juges consulaires et de l'éligibilité à ces fonctions**

L'extension de la compétence du tribunal de commerce aux agriculteurs, aux indépendants, y compris les professions réglementées, et aux personnes morales non commerçantes doit nécessairement, selon la mission, se traduire par un **élargissement du corps électoral des juges consulaires et de l'éligibilité** à ces fonctions pour **permettre à ces professions d'être représentées parmi les juges consulaires formant ce tribunal.**

En conséquence, dans la continuité des travaux du Sénat et en cohérence avec les évolutions issues de la loi « PACTE », la mission propose d'étendre le corps électoral :

- aux membres des chambres d'agriculture du ressort ;
- aux représentants locaux des ordres professionnels situés dans ce même ressort, selon des modalités à définir ;
- et, dans des conditions également à définir, à des représentants des entreprises qui ne sont pas organisées en chambres ou en ordres et, éventuellement, à des représentants des associations qui paient des impôts dits « commerciaux »<sup>1</sup>.

Ces opérations impliquent de disposer de modalités fiables de désignation desdits représentants.

Il faudra, comme corollaire, **tirer les conséquences sur le régime des incompatibilités** applicable aux juges consulaires de **l'extension de l'éligibilité aux professions judiciaires réglementées.**

**Recommandation n° 44 : Élargir le corps électoral des juges consulaires et l'éligibilité à ces fonctions aux agriculteurs et personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris réglementée, pour prendre en compte l'extension de compétence de la juridiction.**

**Recommandation n° 45 : Tirer les conséquences sur le régime des incompatibilités applicable aux juges consulaires de l'extension de l'éligibilité aux professions judiciaires réglementées.**

---

<sup>1</sup> Impôt sur les sociétés, taxe sur la valeur ajoutée et cotisation économique territoriale.

### **3. Mieux encadrer la participation des anciens juges au corps électoral**

Les rapporteurs préconisent également de mieux encadrer la participation des anciens juges au corps électoral des juges consulaires.

En effet, d'après la Conférence générale des juges consulaires de France (CGJCF), les juges peuvent avoir été membres de plusieurs tribunaux et donc être plusieurs fois électeurs. De surcroît, les rapporteurs observent qu'aucune durée minimale d'exercice des fonctions n'est aujourd'hui exigée.

Il conviendrait donc de **limiter au dernier tribunal où ils ont exercé la possibilité pour les anciens juges d'être membre du corps électoral des juges consulaires et d'exiger une durée minimale d'exercice des fonctions de trois années.**

**Recommandation n° 46 : Mieux encadrer la participation des anciens juges du tribunal au corps électoral des juges consulaires.**

## **B. RENFORCER LES GARANTIES ENTOURANT LE STATUT DES JUGES CONSULAIRES**

### **1. La création récente d'un « statut » de juge consulaire**

Dans une décision QPC du 4 mai 2012<sup>1</sup>, le Conseil constitutionnel a jugé **conformes à la Constitution les dispositions du code de commerce alors en vigueur sur le mandat et la discipline des juges consulaires.**

S'agissant en particulier de leur mandat, il a jugé que le droit alors en vigueur ne portait atteinte ni aux principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions ni à la séparation des pouvoirs, compte tenu des garanties prévues par la loi : encadrement de la durée des fonctions dans le temps, conditions de leur cessation, régime disciplinaire, prestation de serment et prévention des conflits d'intérêts *via* le renoncement ou la récusation<sup>2</sup> et, enfin, possibilité pour la cour d'appel de délocaliser une

---

<sup>1</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012, EURL David Ramirez [Mandat et discipline des juges consulaires].

<sup>2</sup> Cons. 25 de la décision : « en application du second alinéa de l'article L. 721-1, les tribunaux de commerce sont soumis aux dispositions, communes à toutes les juridictions, du livre premier du code de l'organisation judiciaire ; qu'aux termes de l'article L. 111-7 de ce code : "Le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre juge spécialement désigné" ; que, de même, les dispositions de ses articles L. 111-6 et L. 111-8 fixent les cas dans lesquels la récusation d'un juge peut être demandée et permettent le renvoi à une autre juridiction notamment pour cause de suspicion légitime ou s'il existe des causes de récusation contre plusieurs juges ».

procédure collective devant une autre juridiction « lorsque les intérêts en présence le justifient »<sup>1</sup>.

Pour autant, les **juges consulaires ne disposaient d'aucun « statut »** : n'étant pas des magistrats<sup>2</sup>, ils ne relèvent pas du statut de la magistrature. Dès lors, comme l'indiquait le commentaire aux cahiers de la décision QPC de 2012, « de façon générale, toute réforme visant à améliorer l'organisation et le fonctionnement de la justice commerciale au regard des exigences constitutionnelles paraît opportune, même si elle ne résulte pas d'une exigence constitutionnelle »<sup>3</sup>.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a donc **créé un véritable statut pour les 3 377 juges des tribunaux de commerce**<sup>4</sup>, qui sont **bénévoles**<sup>5</sup>, en élargissant leurs incompatibilités professionnelles et politiques, en instaurant une obligation de formation et en renforçant leurs obligations déontologiques et leur régime disciplinaire.

#### Le « statut » des juges consulaires

Les juges consulaires sont **élus pour un premier mandat de deux ans puis, à l'issue, peuvent être réélus par période de quatre ans** dans le même tribunal ou tout autre tribunal<sup>6</sup>. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a encadré la durée de ces fonctions dans le temps, en instaurant un maximum de quatre mandats successifs dans le même tribunal (les juges bénéficiaient auparavant d'un délai de viduité au terme duquel ils pouvaient être réélus et en être membres à vie) et une **limite d'âge de 75 ans**<sup>7</sup>. À l'initiative du Sénat, compte tenu des difficultés de renouvellement des candidats à ces fonctions, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises a **permis le cumul de cinq mandats successifs**.

Le **régime des incompatibilités professionnelles et politiques**, auparavant limité à l'impossibilité d'être simultanément membre d'un conseil de prud'hommes ou d'un autre tribunal de commerce a été aligné sur les dispositions prévues par le statut de la magistrature. Ainsi, la fonction de juge consulaire est incompatible avec l'exercice des professions réglementées qui sont en lien avec la justice et avec l'exercice de mandats locaux, nationaux et européens<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Article L. 662-2 du code de commerce.

<sup>2</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 96-16 I du 19 décembre 1996, Situation d'André Gentien, député de Saône-et-Loire, au regard du régime des incompatibilités parlementaires, cons. 4 et 5.

<sup>3</sup> Commentaire, p. 11, consultable à l'adresse suivante :

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/Rapport\\_annuel\\_2020\\_de\\_l'École\\_nationale\\_de\\_la\\_magistrature,p.67\\_consultable\\_à\\_l'adresse\\_suivante:\\_https://www.enm.justice.fr/actu-23032021-publication-du-rapport-d-activite-2020-de-l-enm/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2012241qpc/ccc\\_241qpc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/Rapport_annuel_2020_de_l'École_nationale_de_la_magistrature,p.67_consultable_à_l'adresse_suivante:_https://www.enm.justice.fr/actu-23032021-publication-du-rapport-d-activite-2020-de-l-enm/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012241qpc/ccc_241qpc.pdf)

<sup>4</sup> Rapport annuel 2020 de l'École nationale de la magistrature, p. 67 consultable à l'adresse suivante : <https://www.enm.justice.fr/actu-23032021-publication-du-rapport-d-activite-2020-de-l-enm>

<sup>5</sup> Article L. 722-16 du code de commerce.

<sup>6</sup> Article L. 722-6 du code de commerce.

<sup>7</sup> Article L. 723-7 du code de commerce.

<sup>8</sup> Articles L. 722-6-1 à L. 722-6-3 du code de commerce.

Une **obligation de formation initiale a été instaurée sous peine de sanction**, ainsi qu'une obligation de formation continue<sup>1</sup>. Si le rapport annuel 2020 d'activité de l'École nationale de la magistrature (ENM) atteste que l'intérêt des juges consulaires pour leurs formations a toujours été fort (taux de suivi de 63,5 %)², pour autant tous les juges ne la suivaient pas. Le taux d'assiduité est désormais de 96 %³. La formation initiale dure désormais huit jours et doit être suivie dans les vingt mois de l'élection, sous peine pour le juge d'être réputé démissionnaire. Douze modules sont prévus sur le territoire, animés par un binôme « magistrat-juge consulaire ». Sur les 404 juges nouvellement élus soumis à cette obligation à compter entre le 1<sup>er</sup> novembre 2018 et le 30 juin 2021, 14 juges consulaires n'ont, à ce jour, pas encore achevé leur formation⁴.

Les **obligations déontologiques des juges ont également été renforcées**, notamment par l'extension de l'obligation de prévenir ou faire cesser les conflits d'intérêts selon la définition déjà retenue par le statut de la magistrature issue de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique⁵ ; ainsi que par la remise d'une déclaration d'intérêt au président du tribunal ou au premier président de la cour d'appel pour les présidents de tribunaux⁶.

Les juges consulaires bénéficient également depuis 2016 de la **protection fonctionnelle**⁷ sur le même modèle que celle applicable aux magistrats judiciaires.

Enfin, le **régime disciplinaire qui leur est applicable a été modernisé**. Le pouvoir disciplinaire appartient à une commission nationale de discipline (CND) placée auprès de la Cour de cassation, qui ne pouvait auparavant être saisie que par le garde des sceaux. Elle peut désormais être également saisie par le premier président de la cour d'appel⁸, qui peut en outre désormais donner un avertissement à un juge consulaire en dehors de toute procédure disciplinaire⁹. A également été rendue possible la saisine, par tout justiciable, de la CND, en cas de problème pouvant recevoir une qualification disciplinaire dans le cadre d'une procédure judiciaire devant un tribunal de commerce, après filtrage par une commission d'admission des requêtes¹⁰.

*Source : commission des lois du Sénat*

Cette **réforme avait été approuvée par le Sénat**, favorable au rapprochement des conditions d'exercice des juges consulaires et des magistrats professionnels, et par les juges consulaires eux-mêmes.

<sup>1</sup> Article L. 722-17 du code de commerce.

<sup>2</sup> Rapport annuel 2020 de l'École nationale de la magistrature, p. 68 consultable à l'adresse suivante :

<https://www.enm.justice.fr/actu-23032021-publication-du-rapport-d-activite-2020-de-l-enm>

<sup>3</sup> Chiffres communiqués par la Chancellerie.

<sup>4</sup> *Idem supra*.

<sup>5</sup> Article L. 722-20 du code de commerce.

<sup>6</sup> Article L. 722-21 du code de commerce.

<sup>7</sup> Article L. 722-19 du code de commerce.

<sup>8</sup> Article L. 724-3 du code de commerce.

<sup>9</sup> Article L. 724-1-1 du code de commerce.

<sup>10</sup> Article L. 724-3-3 du code de commerce.

## 2. Les évolutions nécessaires au renforcement des garanties entourant ce statut

Les rapporteurs estiment que l'évolution de la compétence des tribunaux de commerce est cohérente avec le renforcement des obligations de formation et des exigences déontologiques applicables à ces juges non professionnels. Quelques évolutions pourraient encore être de nature à renforcer les garanties entourant leur statut.

Les rapporteurs estiment tout d'abord que **l'encadrement dans le temps des mandats n'est pas encore totalement abouti**, comme le leur a fait observer la Conférence générale des juges consulaires de France (CGJCF). La loi limite actuellement le cumul de mandats dans le temps aux mandats « *successifs* » dans un même tribunal<sup>1</sup> ; dès lors, **il est donc possible d'exercer plus de cinq mandats s'ils ne se suivent pas**. Désapprouvant l'idée d'être juge « à vie » ou presque dans le même tribunal, les rapporteurs préconisent de limiter le nombre de mandats à cinq dans le même tribunal, qu'ils soient successifs ou non.

**Recommandation n° 47 : Limiter le nombre de mandats de juge consulaire à cinq dans le même tribunal, qu'ils soient successifs ou non.**

La CGJCF a également alerté les rapporteurs sur les **difficultés rencontrées par les présidents de tribunaux de commerce en cas de manquements des juges consulaires**, susceptibles de **perturber le bon fonctionnement des juridictions**. Il peut arriver que certains juges refusent de siéger. Les rapporteurs rappellent que si de tels faits sont constitutifs d'**une faute disciplinaire**, c'est-à-dire d'un « *manquement par un juge de tribunal de commerce aux devoirs de son état, à l'honneur, à la probité ou à la dignité* »<sup>2</sup>, **ils peuvent donner lieu à l'exercice de poursuites disciplinaires**. La procédure disciplinaire a été assouplie fin 2016 pour permettre au premier président de la cour d'appel du ressort de saisir lui-même la commission nationale de discipline (CND)<sup>3</sup>. Dès lors, plutôt que de faire du refus de siéger une nouvelle cause de cessation des fonctions comme cela semble être envisagé, les rapporteurs estiment préférable à ce stade d'encourager les premiers présidents de cour d'appel à se saisir pleinement de leurs nouvelles prérogatives.

<sup>1</sup> Article L. 723-7 du code de commerce.

<sup>2</sup> Article L. 724-1 du code de commerce.

<sup>3</sup> Voir encadré supra.

**Recommandation n° 48 :** Encourager les premiers présidents de cour d'appel à se saisir pleinement de leurs prérogatives en matière disciplinaire pour assurer le bon fonctionnement des juridictions commerciales.

Ces difficultés montrent l'étendue des responsabilités qui pèsent sur les **présidents des tribunaux de commerce**, comme sur tout chef de juridiction, à la différence que les premiers sont bénévoles.

S'ils sont élus parmi les juges les plus expérimentés<sup>1</sup> (six ans d'expérience comme juge consulaire au moins), **aucune formation n'est obligatoire à leur prise de fonctions**. Comme l'a suggéré la CGJCF, les rapporteurs souhaitent rendre obligatoire la formation des présidents dans un délai rapproché de leur prise de fonctions, sous peine d'être réputé démissionnaire de cette fonction.

**Recommandation n° 49 :** Instaurer une obligation de formation pour les présidents de tribunaux de commerce à leur prise de fonctions.

### **C. PARACHEVER LA SPÉCIALISATION DE CERTAINS TRIBUNAUX DE COMMERCE**

Créés par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, les **tribunaux de commerce spécialement désignés** de l'article L. 721-8 du code de commerce ont **compétence exclusive pour traiter des procédures de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires** en fonction de plusieurs critères alternatifs, dont les principaux sont :

- les affaires concernant un débiteur ou un groupe employant au moins **250 salariés** et réalisant un **chiffre d'affaires net d'au moins 20 millions d'euros** ;
- celles concernant un débiteur ou un groupe réalisant un **chiffre d'affaires net d'au moins 40 millions d'euros** ;
- les procédures transfrontalières ;
- ainsi que, sur option, les procédures de conciliation concernant les mêmes débiteurs.

Auparavant, chaque tribunal de commerce avait compétence pour connaître des procédures collectives prévues au livre VI du tribunal de commerce, pour toute entreprise dont le siège se situait dans son ressort. Il n'existait qu'une spécialisation en matière de concurrence<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Article L. 722-11 du code de commerce.

<sup>2</sup> Article L. 420-7 du code de commerce.

### **Article L. 721-8 du code de commerce**

*Des tribunaux de commerce spécialement désignés connaissent, lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale :*

*1° Des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire mentionnées au livre VI, lorsque le débiteur est :*

*a) Une entreprise dont le nombre de salariés est égal ou supérieur à 250 et dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 20 millions d'euros ;*

*b) Une entreprise dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 40 millions d'euros ;*

*c) Une société qui détient ou contrôle une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que le nombre de salariés de l'ensemble des sociétés concernées est égal ou supérieur à 250 et que le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 20 millions d'euros ;*

*d) Une société qui détient ou contrôle une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 40 millions d'euros ;*

*2° Des procédures d'insolvabilité principales ouvertes à l'égard d'un débiteur qui possède un établissement sur le territoire d'un autre État membre, des procédures d'insolvabilité secondaires ou des procédures d'insolvabilité territoriales au sens de l'article 3 du règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, ainsi que des instances introduites en application de la section 2 du chapitre II du titre IX du livre VI ;*

*3° Des procédures pour l'ouverture desquelles la compétence internationale du tribunal résulte de la présence dans son ressort du centre principal des intérêts du débiteur ;*

*4° De la procédure de conciliation prévue au titre Ier du livre VI, sur saisine directe par le débiteur, à la demande du procureur de la République ou par décision du président du tribunal de commerce, lorsque le débiteur est une entreprise ou un ensemble de sociétés remplissant les conditions prévues aux a à d du 1°.*

*Le tribunal de commerce spécialisé compétent pour l'application des c et d du même 1° et du 4° du présent article est celui dans le ressort duquel se situe la société qui détient ou contrôle une autre société au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3.*

*Pour l'application du 2° du présent article, le tribunal de commerce spécialisé compétent pour l'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale est celui dans le ressort duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Le tribunal de commerce spécialisé compétent pour l'ouverture d'une procédure secondaire ou d'une procédure territoriale est celui dans le ressort duquel est situé un établissement du débiteur au sens du point 10 de l'article 2 du règlement (UE) n° 2015/848 précité.*

*Un décret, pris après avis du Conseil national des tribunaux de commerce, fixe la liste des tribunaux de commerce spécialisés. Ce décret détermine le ressort de ces juridictions, en tenant compte des bassins d'emplois et des bassins d'activité économique.*

*Le président du tribunal de commerce dans le ressort duquel l'entreprise a des intérêts ou un juge délégué par lui siège de droit au sein du tribunal de commerce spécialisé compétent.*

Dix-neuf tribunaux de commerce spécialisés (TCS) ont ainsi été désignés par décret<sup>1</sup>. Ces tribunaux peuvent également **se voir renvoyer par la cour d'appel toute procédure collective par l'effet de la procédure de délocalisation, « lorsque les intérêts en présence le justifient »**<sup>2</sup>.

Les rapporteurs voient **plusieurs avantages** à ce que les affaires dont les enjeux en termes d'emploi et de désintéressement des créanciers, même si elles ne sont pas forcément toujours les plus complexes, soient examinées par un TCS : celui-ci dispose d'une **masse critique de juges consulaires rompus aux procédures collectives, et cela diminue les risques éventuels de conflit d'intérêts**. La spécialisation doit permettre, *in fine*, d'accroître la qualité de la réponse judiciaire, sa prévisibilité et donc, la sécurité juridique, grâce à l'expertise acquise par les juges.

Ils recommandent donc de **renforcer la place des TCS en alignant leur compétence sur les seuils prévus pour la mise en place obligatoire de comités de créanciers**, aujourd'hui fixée à 150 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires<sup>3</sup>, mais qui devrait évoluer avec la création de nouveaux seuils de constitution obligatoire de **classes de parties affectées**. La **complexité des nouvelles procédures issues de la transposition de la directive Restructuration et insolvabilité du 20 juin 2019 justifie pleinement cet alignement**.

À l'aune de l'évolution de leur compétence, il conviendrait également de **réévaluer la répartition des TCS sur le territoire** et, le cas échéant, de la faire évoluer.

**Recommandation n° 50 : Aligner la compétence des tribunaux de commerce spécialisés (TCS) en procédures collectives sur les seuils prévus pour la constitution obligatoire de classes de parties affectées.**

**Recommandation n° 51 : Réévaluer la répartition des TCS sur le territoire et, le cas échéant, la faire évoluer.**

Les rapporteurs s'interrogent également sur l'**exclusion des territoires d'outre-mer de la spécialisation des tribunaux de commerce**<sup>4</sup>, au motif de l'insularité et de l'éloignement des tribunaux entre eux, qui pouvait rendre difficile en pratique de modifier le ressort du tribunal compétent pour les entreprises concernées. Comme l'avaient très justement analysé les rapporteurs de la commission spéciale du Sénat sur le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : « *un tel choix*

<sup>1</sup> Décret n° 2016-217 du 26 février 2016 fixant la liste et le ressort des tribunaux de commerce spécialisés.

<sup>2</sup> Article L. 662-2 du code de commerce.

<sup>3</sup> Article R. 626-52 du code de commerce.

<sup>4</sup> Article L. 732-8 du code de commerce.

*d'exclusion des entreprises ultramarines du dispositif des TCS s'avère cependant discutable. Si des entreprises d'une certaine taille seulement sont concernées, il pourrait paraître raisonnable, voire très utile dans certains cas compte tenu du poids de ces entreprises dans l'économie insulaire, que l'affaire soit jugée par un tribunal extérieur »<sup>1</sup>.*

**Recommandation n° 52 : Envisager l'extension outre-mer des tribunaux de commerce spécialisés en matière de procédure collective.**

#### **D. ÉCARTER LA QUESTION DE L'ÉCHEVINAGE DE LA FUTURE JURIDICTION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES**

Le débat sur l'échevinage, c'est-à-dire la présence au sein des tribunaux de commerce de magistrats professionnels en plus des juges consulaires, est un débat ancien et une perspective à laquelle les juges consulaires ont toujours été hostiles. Ce serait donc une rupture de s'orienter vers l'échevinage.

Si les rapporteurs constatent que les juridictions commerciales aujourd'hui échevinées<sup>2</sup> fonctionnent bien (en outre-mer et en Alsace-Moselle), ils ne souhaitent pas préconiser la généralisation de cette organisation pour plusieurs raisons.

Outre l'hostilité des principaux acteurs devant la mettre en œuvre qui n'est jamais gage de réussite d'une réforme, la qualité des décisions des tribunaux de commerce n'est pas contestée. Les magistrats du parquet, qui interviennent et sont présents à l'audience, permettent d'assurer la présence de juges professionnels. En cas de recours, le litige est jugé par la cour d'appel, composée de magistrats professionnels. La création du statut des juges consulaires<sup>3</sup>, comprenant un renforcement des incompatibilités, de leurs obligations déontologiques et une obligation de formation initiale, a également permis de renforcer l'impartialité de ce tribunal. Enfin, dans un contexte budgétaire difficile quoique en amélioration ces dernières années, créer plusieurs centaines de postes de magistrats ressemble à une gageure.

**Recommandation n° 53 : Écarter toute évolution générale vers l'échevinage de la future juridiction des affaires économiques.**

<sup>1</sup> Rapport n° 370 (2014-2015) de Catherine Deroche, Dominique Estrosi-Sassone et François Pillet, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 25 mars 2015 sur le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, p. 579, consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl14-300.html>

<sup>2</sup> Voir supra.

<sup>3</sup> Voir supra.

Les rapporteurs estiment que si, malgré leur prévention, une réflexion sur l'expérimentation de l'échevinage devait être initiée, elle devrait se limiter aux tribunaux de commerce spécialisés, en cohérence avec l'évolution de leur compétence exclusive.

**Recommandation n° 54** : En cas de réflexion sur l'échevinage, la circonscrire aux tribunaux de commerce spécialisés, après une expérimentation.

**ANNEXE**

**TABLEAU DES PROCÉDURES DE PRÉVENTION  
ET DE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES PRÉVUES  
AU LIVRE VI DU CODE DE COMMERCE**

	<b>Juridiction compétente</b> <i>(Rôle de celle-ci)</i>	<b>Personnes habilitées à saisir la juridiction</b>	<b>Conditions d'ouverture tenant à la situation du débiteur</b>	<b>Objet de la procédure</b>	<b>Régime de publicité</b>	<b>Conséquences pour les créanciers antérieurs</b>	<b>Durée</b>	<b>Issues possibles</b>
<b>Mandat ad hoc</b>	Président du tribunal <i>(Designation du mandataire)</i>	Le débiteur	Aucune	Restructuration	Confidentialité	Aucune	Indéterminée	Accord amiable <u>ou</u> défaut d'accord
<b>Conciliation</b>	Président du tribunal <i>(Designation du conciliateur et, le cas échéant, constatation de l'accord)</i>  Tribunal <i>(Homologation de l'accord, le cas échéant)</i>	Le débiteur	Le débiteur rencontre des difficultés d'ordre économique, financier, social ou patrimonial, sans être cessation des paiements depuis plus de 45 jours.	Restructuration	Confidentialité sauf en cas d'homologation de l'accord	Aucune	4 mois max., prolongation possible jusqu'à 5 mois	Accord amiable (éventuellement constaté ou homologué) <u>ou</u> défaut d'accord
<b>Sauvegarde</b>	Tribunal <i>(Ouverture, conduite et clôture de la procédure)</i>	Le débiteur	Le débiteur rencontre des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, sans être en cessation des paiements.	Restructuration	Publicité	Suspension des poursuites individuelles et interdiction du paiement des créances antérieures	6 mois max., prolongation possible jusqu'à 12 mois voire (à la demande du parquet) 18 mois	Plan de sauvegarde  <u>À défaut</u> , clôture ou conversion en redressement ou en liquidation

	<b>Juridiction compétente</b> <i>(Rôle de celle-ci)</i>	<b>Persomes habilitées à saisir la juridiction</b>	<b>Conditions d'ouverture tenant à la situation du débiteur</b>	<b>Objet de la procédure</b>	<b>Régime de publicité</b>	<b>Conséquences pour les créanciers antérieurs</b>	<b>Durée</b>	<b>Issues possibles</b>
<b>Sauvegarde accélérée</b>	Tribunal <i>(Ouverture, conduite et clôture de la procédure)</i>	Le débiteur	Le débiteur rencontre des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, sans être en cessation des paiements. Il est engagé dans une procédure de conciliation et a élaboré un projet de plan susceptible de recueillir de la part des créanciers un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption.	Restructuration	Publicité	Suspension des poursuites individuelles et interdiction du paiement des créances antérieures	3 mois max.	Plan de sauvegarde (éventuellement assorti d'une cession partielle)  <u>À défaut</u> , clôture ou conversion en redressement ou en liquidation
<b>Sauvegarde financière accélérée</b>	Tribunal <i>(Ouverture, conduite et clôture de la procédure)</i>	Le débiteur	Le débiteur rencontre des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, sans être en cessation des paiements. Il est engagé dans une procédure de conciliation et a élaboré un projet de plan susceptible de recueillir, <u>de la part des créanciers membres du comité des établissements de crédit et, le cas échéant, de l'assemblée des obligataires</u> , un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption.	Restructuration	Publicité	Suspension des poursuites individuelles <u>des seuls créanciers financiers</u> et interdiction du paiement de leurs créances antérieures	1 mois max., prolongation possible jusqu'à 2 mois	Plan de sauvegarde (éventuellement assorti d'une cession partielle)  <u>À défaut</u> , clôture ou conversion en redressement ou en liquidation

	<b>Juridiction compétente</b> <i>(Rôle de celle-ci)</i>	<b>Personnes habilitées à saisir la juridiction</b>	<b>Conditions d'ouverture tenant à la situation du débiteur</b>	<b>Objet de la procédure</b>	<b>Régime de publicité</b>	<b>Conséquences pour les créanciers antérieurs</b>	<b>Durée</b>	<b>Issues possibles</b>
<b>Redressement judiciaire</b>	Tribunal	Le débiteur, tout créancier ou le ministère public	Le débiteur est en cessation des paiements.	Restructuration (ou cession)	Publicité	Suspension des poursuites individuelles et interdiction du paiement des créances antérieures	6 mois max., prolongation possible jusqu'à 12 mois voire (à la demande du parquet) 18 mois	Plan de redressement <u>Ou :</u> Plan de cession totale ou partielle (avec, le cas échéant, conversion en liquidation en vue de la cession des autres actifs) <u>Ou :</u> Conversion en liquidation
<b>Liquidation judiciaire</b>	Tribunal	Le débiteur, tout créancier ou le ministère public	Le débiteur est en cessation des paiements et son redressement est manifestement impossible.	Réalisation du patrimoine du débiteur et apurement total ou partiel du passif	Publicité	Suspension des poursuites individuelles et interdiction du paiement des créances antérieures	Indéterminée	Plan de cession totale ou partielle <u>Et / ou :</u> Cession des actifs isolés

	<b>Juridiction compétente</b> <i>(Rôle de celle-ci)</i>	<b>Personnes habilitées à saisir la juridiction</b>	<b>Conditions d'ouverture tenant à la situation du débiteur</b>	<b>Objet de la procédure</b>	<b>Régime de publicité</b>	<b>Conséquences pour les créanciers antérieurs</b>	<b>Durée</b>	<b>Issues possibles</b>
<b>Liquidation judiciaire simplifiée</b>	Tribunal	Le débiteur, tout créancier ou le ministère public	Le débiteur est en cessation des paiements et son redressement est manifestement impossible.  L'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier ; son chiffre d'affaires est inférieur ou égal à 750 000 € et le nombre de ses salariés à 5.	Réalisation du patrimoine du débiteur et apurement total ou partiel du passif	Publicité	Suspension des poursuites individuelles et interdiction du paiement des créances antérieures	6 mois max.	Cession des actifs isolés
<b>Rétablissement professionnel sans liquidation</b>	Tribunal	Le débiteur	Le débiteur est en cessation des paiements et son redressement est manifestement impossible.  Le débiteur est une personne physique qui n'a pas cessé son activité depuis plus d'un an, n'a employé aucun salarié au cours des six derniers mois et dont l'actif déclaré a une valeur inférieure à 5000 €.	Effacement des dettes	Publicité	Le juge commis peut reporter le paiement des sommes dues de quatre mois et suspendre les procédures d'exécution engagées.	4 mois	Clôture de la procédure emportant effacement des dettes antérieures (sauf exceptions)  <u>À défaut</u> , ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.



## EXAMEN EN COMMISSION

---

MERCREDI 19 MAI 2021

**M. François-Noël Buffet, président.** – Nous examinons à présent le rapport d'information sur les outils juridiques de prévention et de traitement des difficultés des entreprises à l'aune de la crise de la covid-19.

**M. François Bonhomme, rapporteur.** – Je remercie Thani Mohamed Soilihi pour la qualité de nos échanges.

Le surgissement de l'épidémie de covid-19 pendant l'hiver 2020 et les mesures de police sévères prises par les autorités publiques pour enrayer sa progression ont provoqué au niveau international la plus grave crise économique depuis la Seconde Guerre mondiale. En France, selon l'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee), le produit intérieur brut a diminué de 8,3 % en 2020.

Toutefois, le nombre de défaillances d'entreprises a diminué de 40 %, passant de 52 000 en 2019 à 32 000 en 2020. Ce paradoxe apparent s'explique aisément : nos entreprises, depuis plus d'un an, sont maintenues sous « perfusion » financière, grâce aux aides des pouvoirs publics, ou ont bénéficié de mesures pour prévenir ou retarder leur dépôt de bilan comme le « gel » de la situation des débiteurs pour l'appréciation de l'état de cessation des paiements, ou encore l'instruction informelle donnée à l'administration fiscale et aux Urssaf de suspendre les assignations d'entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire.

La fin prochaine des aides publiques risque de se traduire par la défaillance et la disparition de nombreuses entreprises viables, confrontées à de graves problèmes de liquidité alors même qu'elles dégagent, à moyen et long terme, des bénéfices suffisants pour couvrir leurs besoins de financement.

Par ailleurs, on pourrait assister à la multiplication des entreprises « zombies », insuffisamment rentables pour faire face à une dette trop lourde. Cela résulte d'abord du fait que des entreprises, qui étaient déjà en difficulté avant la crise, ont bénéficié de mesures de soutien public indifférenciées, et ont ainsi été maintenues artificiellement en vie. Mais même parmi les entreprises qui étaient en bonne santé avant la crise, beaucoup pourraient avoir des difficultés à s'en remettre, car elles devront consacrer une part accrue de leurs bénéfices à rembourser les dettes accumulées, au détriment de leurs investissements et de leur productivité à long terme.

Dans ce contexte, nos recommandations s'articulent autour de trois axes : consolider les outils de détection et de prévention précoce des

difficultés des entreprises ; renforcer l'efficacité de nos procédures collectives ; créer une nouvelle juridiction économique.

**M. Thani Mohamed Soilihi, rapporteur.** - Je développerai le premier point, relatif à la consolidation des outils de détection et de prévention précoce des difficultés des entreprises.

La prévention de l'insolvabilité des entreprises repose sur un ensemble de dispositifs de détection et de traitement précoce des difficultés, particulièrement diversifié dans notre pays, et qui fait appel à un grand nombre d'acteurs.

Si la source la plus directe d'informations pour détecter les difficultés d'une entreprise est sa comptabilité, l'exploitation des « signaux faibles » est de plus en plus utilisée. Parmi ces signaux, je citerai le non-respect de l'obligation légale de dépôt des comptes annuels, les incidents de paiement, les procédures contentieuses ou encore le recours à l'activité partielle. Il existe aussi des outils d'autodiagnostic et, enfin, des procédures d'alerte des dirigeants et des associés ou du président du tribunal de commerce.

Nous estimons à cet égard indispensable d'encourager les entrepreneurs à renforcer leurs outils d'analyse comptable et financière. Nous proposons notamment d'améliorer l'accès des dirigeants à la formation, qui deviendrait une mission prioritaire des réseaux consulaires, et de définir un socle de prestations d'expertise comptable qui donnerait droit à un soutien financier public. En particulier, il faut aider les petites entreprises à se doter d'un « tableau de bord financier », c'est-à-dire d'un outil de prévision des flux de trésorerie à court et moyen terme.

Un très grand nombre d'acteurs publics et privés interviennent dans la prévention des difficultés des entreprises de manière assez dispersée : outre les administrations de l'État et les juridictions, on peut citer les collectivités territoriales, la Banque de France, les réseaux consulaires, les organisations patronales et professionnelles, les organismes de sécurité sociale, les groupements de prévention agréés ou encore les centres d'information sur la prévention créés à l'initiative des professionnels du chiffre et du droit.

L'État joue un rôle particulièrement important, *via* ses commissaires aux restructurations et à la prévention des difficultés d'entreprises, compétents pour les entreprises comptant entre 50 et 400 salariés, le comité interministériel de restructuration industrielle, pour les entreprises de plus de 400 salariés, ou encore les comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (Codefi) réunis sous la présidence du préfet.

Il conviendrait toutefois de mieux coordonner ces acteurs. Les administrations de l'État étant les mieux placées pour cela, nous recommandons de confier à la direction générale des entreprises et à ses

services déconcentrés le soin de créer une plateforme d'information destinée aux entreprises en difficulté recensant l'ensemble des outils et interlocuteurs disponibles dans chaque département et d'encourager la conclusion de contrats départementaux de prévention pour coordonner l'intervention des acteurs locaux.

Il nous semble également indispensable de mettre fin au cloisonnement des informations entre administrations et juridictions. Les juridictions sont en effet l'un des acteurs essentiels de la prévention. Les présidents de tribunaux judiciaires et de commerce disposent de pouvoirs d'enquête et peuvent convoquer les dirigeants à un entretien en s'appuyant sur les données détenues par les greffes, notamment des tribunaux de commerce. Il conviendrait toutefois d'améliorer l'accès des présidents aux informations utiles à l'exercice de leur mission en imposant à l'administration fiscale et aux organismes de sécurité sociale de transmettre au greffe la liste des entreprises présentant un retard de plus de trois mois dans le paiement de leurs impôts et cotisations, et en mettant en place un système d'information commun aux administrations et juridictions pour la détection des signaux faibles.

La réticence des chefs d'entreprise à se tourner vers le tribunal de commerce, associé aux procédures collectives et à la faillite, a souvent été citée lors de nos auditions. Pour dédramatiser ce moment, nous proposons que les juges puissent tenir leurs entretiens de prévention hors des locaux du tribunal.

Enfin, nous souhaitons renforcer l'attractivité des procédures amiables, qui sont trop peu utilisées, en particulier par les petites et moyennes entreprises (PME). Le livre VI du code de commerce prévoit deux procédures de ce type qui ont l'avantage d'être confidentielles. Le président du tribunal peut désigner un mandataire *ad hoc* pour exercer une mission qu'il détermine et sans limite de temps. En outre, il existe une procédure de conciliation ouverte aux entreprises qui éprouvent « une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible » et ne se trouvent pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. Le tribunal peut homologuer l'accord, ce qui lui donne force exécutoire.

Pour encourager le recours à ces procédures, nous proposons de pérenniser la faculté introduite pendant la crise sanitaire pour le président du tribunal de suspendre les poursuites de certains créanciers et de reporter le paiement des sommes dues pour la durée de la procédure de conciliation. Nous proposons également de mieux encadrer le coût de ces procédures en fixant une grille tarifaire pour la rémunération des mandataires *ad hoc* et des conciliateurs et en assurant leur prise en charge au moins partielle pour les PME. Nous proposons, enfin, de développer le vivier de mandataires et de conciliateurs en recourant aux professionnels du droit et du chiffre et aux chambres consulaires.

Dans le domaine de la prévention, nos préconisations rejoignent en grande partie celles formulées dans le rapport remis en février dernier au garde des sceaux par Georges Richelme, ancien président de la conférence générale des juges consulaires de France.

**M. François Bonhomme, rapporteur.** – Les mesures d’accompagnement et les négociations amiables ne suffisent pas à résoudre toutes les difficultés.

Qu’elles se trouvent dans une situation trop compromise ou qu’elles se heurtent à la mauvaise volonté de leurs créanciers, certaines entreprises sont contraintes de se placer sous la protection de la justice ; à l’inverse, les intérêts légitimes des créanciers et des motifs tirés de l’ordre public économique peuvent justifier que l’entreprise soit placée sous le contrôle d’un tribunal. Tel est l’objet des procédures judiciaires de traitement de l’insolvabilité des entreprises, également dénommées procédures collectives.

Du point de vue économique, les procédures collectives doivent répondre à un double impératif : d’une part, assurer un filtrage entre les entreprises viables et non viables, et d’autre part, assurer une protection suffisante des créanciers pour ne pas pénaliser le financement des entreprises.

De ce double point de vue, le droit français est souvent critiqué. Nous avons constaté que les pouvoirs publics manquent d’outils statistiques pour mesurer l’efficacité des procédures collectives, si bien que nous légiférons parfois « à l’aveugle ». Nous formulons des propositions pour y remédier.

Selon nous, une réforme des procédures collectives suppose d’abord de clarifier leurs objectifs et de mieux les articuler avec d’autres politiques publiques. En particulier, on a trop souvent tendance à considérer les procédures collectives, soit comme une forme de sanction à l’égard des dirigeants, soit au contraire comme une bouée de secours pour ces derniers. Cela aboutit à des solutions aberrantes d’un point de vue économique. Dans le cadre des procédures collectives elles-mêmes, la seule chose qui doit compter, c’est l’intérêt public économique et sa conciliation avec les intérêts légitimes des créanciers.

Par ailleurs, notre législation n’a que trop peu évolué depuis la loi Badinter de 1985, alors que l’économie s’est transformée, notamment dans le sens d’une financiarisation accrue. Nos procédures collectives doivent prendre en compte ces évolutions.

Nous souhaitons d’abord que la transposition prochaine de la directive Restructuration et insolvabilité du 20 juin 2019 soit l’occasion pour la France de moderniser les conditions d’adoption des plans de restructuration judiciaire d’entreprises, en faisant en sorte qu’elles opèrent une sélection plus efficace entre entreprises viables et non viables tout en tenant compte des spécificités des petites et moyennes entreprises.

À cet égard, il nous semble que l'avant-projet d'ordonnance publié par le Gouvernement au mois de janvier comporte certaines imperfections, voire certaines contradictions. Pour de plus amples développements sur ce sujet assez technique, je vous renvoie au rapport écrit.

Au-delà de la directive, nous avons examiné les conditions dans lesquelles les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire pourraient être fusionnées. Plusieurs personnes que nous avons entendues ont plaidé en ce sens au nom de la simplification. Nous proposons également de revoir l'appréciation du critère de la cessation des paiements, qui conditionne l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, mais qui paraît en partie obsolète. Il existe d'autres indices de l'insolvabilité d'une entreprise. Il conviendrait donc que le ministère public puisse requérir l'ouverture d'une procédure collective s'il résulte de ces indices que l'entreprise est insolvable.

Nous proposons également d'imposer des garde-fous pour éviter les cessions à vil prix d'entreprises en procédure collective.

S'agissant enfin des entreprises pour lesquelles seule la liquidation est envisageable, il importe de favoriser le rebond des entrepreneurs, ce que notre droit ne fait pas suffisamment. Nous préconisons à cet effet d'autoriser la reprise d'une entreprise en difficulté par l'exploitant personne physique, les dirigeants de la personne morale ou leurs proches, si leur offre correspond au meilleur intérêt des créanciers, et en prenant en compte la contribution personnelle des dirigeants de PME à la viabilité de leur entreprise. Une incapacité d'acquiescer assez stricte frappe aujourd'hui les dirigeants et leurs proches, ce qui a conduit le Gouvernement à assouplir cette procédure pendant la crise sanitaire : nous avons déjà évoqué ce sujet lors de l'examen d'une proposition de loi de Sophie Taillé-Polian. Il nous semble opportun de pérenniser cette mesure tout en l'encadrant.

Dans le même esprit, nous reprenons une suggestion de notre collègue Nathalie Goulet, qui proposait d'étendre le bénéfice de la procédure de rétablissement professionnel sans liquidation aux personnes morales, afin de mettre fin à une différence de traitement entre petits entrepreneurs exploitant personnellement ou sous forme sociétaire.

Enfin, nous proposons plusieurs mesures visant à mieux protéger le patrimoine personnel des entrepreneurs, à revoir le régime de la faillite et des interdictions professionnelles et à faciliter les opérations de liquidation.

**M. Thani Mohamed Soilihi, rapporteur.** – J'en viens à la création d'une nouvelle juridiction économique.

L'existence de juridictions spécialisées, composées de magistrats non professionnels issus du monde de l'entreprise, doit être comptée parmi les atouts du droit économique français. S'agissant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, le tribunal de commerce n'est toutefois compétent qu'à l'égard des commerçants et artisans. C'est le

tribunal judiciaire qui est compétent pour les exploitants agricoles et les professionnels libéraux, y compris les professions réglementées, ainsi que pour les personnes morales de droit privé non commerçantes, c'est-à-dire essentiellement des associations ayant une activité économique.

Des spécificités existent pour les agriculteurs, qui bénéficient notamment du règlement amiable agricole, inspiré de la procédure de conciliation, et pour les professions réglementées dont les instances ordinales ou professionnelles sont associées à la procédure par le tribunal.

Dans la continuité des travaux antérieurs du Sénat – je pense notamment à la mission d'information sur le redressement de la justice conduite par Philippe Bas et au projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, dont l'un des rapporteurs était François-Noël Buffet – nous proposons de revoir l'organisation judiciaire pour créer une véritable justice économique, en confiant au tribunal de commerce, qui serait renommé « tribunal des affaires économiques », une compétence exclusive pour l'ensemble des mesures et procédures relevant du livre VI du code de commerce, quel que soit le statut du débiteur.

Nos auditions ont mis en évidence la nécessité de préserver les garanties et règles actuelles bénéficiant aux agriculteurs et aux professions libérales, notamment réglementées, ce à quoi nous sommes attachés ; c'est la raison pour laquelle nous proposons en parallèle de former les juges consulaires aux spécificités des nouveaux ressortissants du tribunal des affaires économiques.

Dans la même logique, nous proposons notamment d'attribuer aux tribunaux de commerce compétence pour statuer sur tout litige relatif au bail du débiteur dans une procédure collective, afin d'éviter le ralentissement des procédures. Plus largement, les tribunaux de commerce deviendraient compétents pour statuer sur les litiges relatifs aux baux commerciaux ou professionnels et aux conventions d'occupation précaire opposant des commerçants ou artisans.

Cette extension de compétence irait de pair, selon nous, avec la poursuite de la modernisation de cette juridiction. Le corps électoral des juges consulaires et l'éligibilité à ces fonctions pourraient ainsi être élargis aux nouvelles professions ressortissantes, pour leur permettre d'être représentées parmi les juges consulaires formant ce tribunal. Les garanties entourant le statut des juges consulaires seraient renforcées, notamment par l'instauration d'une obligation de formation pour les présidents de juridiction à leur prise de fonctions. Enfin, la spécialisation de certains tribunaux de commerce pourrait être approfondie afin d'aligner leur compétence sur les seuils prévus pour la mise en place obligatoire de comités de créanciers, qui deviendront demain les « classes de parties affectées » ; l'extension outre-mer de cette spécialisation pourrait être envisagée.

Nous avons toutefois choisi d'écarter, à ce stade, toute évolution générale vers l'échevinage de cette juridiction, c'est-à-dire la présence au sein des tribunaux de commerce de magistrats professionnels en plus des juges consulaires, compte tenu notamment de la qualité des décisions des tribunaux de commerce, qui n'est pas contestée, mais aussi de la présence des magistrats du parquet, de l'appel jugé par des magistrats professionnels et, surtout, de la consolidation récente du statut des juges consulaires, qui a permis de renforcer l'impartialité de ce tribunal. Enfin, dans un contexte budgétaire difficile, créer plusieurs centaines de postes de magistrats professionnels ressemble à une gageure. Je note qu'en outre-mer, c'est au contraire l'échevinage qui prévaut.

Je remercie à mon tour chaleureusement mon collègue et ami François Bonhomme.

**Mme Nathalie Goulet.** – Je vous remercie d'avoir pris en considération certaines de mes propositions. Lorsque les aides publiques actuelles seront suspendues, les dispositions que vous proposez seront très utiles.

Je suis sensible à la détection précoce des difficultés des entreprises. De ce point de vue, il me semble important de souligner l'utilité du dispositif nommé Banque-Carrefour des entreprises mis en place en Belgique. Celui-ci permet une concentration des informations, si bien que les huissiers, par exemple, sont avisés lorsqu'une même personne reçoit plusieurs assignations et peuvent déclencher des procédures de protection et d'information. Il s'agit d'un dispositif peu onéreux et très efficace.

Quoi qu'il en soit, j'espère que vos propositions pourront être mises en œuvre au plus vite.

**M. André Reichardt.** – Je remercie et félicite à mon tour les deux rapporteurs.

Je souhaite insister sur le rôle des réseaux consulaires. Dans mon département, les chambres consulaires sont montées en puissance à l'occasion de la crise. J'estime qu'il faudrait pérenniser ce mode de fonctionnement, notamment en matière d'assistance collective et individuelle. Il revient également à ces réseaux, dont la vocation est d'accompagner les entreprises, de fournir des statistiques aux pouvoirs publics.

Vous soulignez à juste titre la nécessité de former les chefs d'entreprise en matière de gestion. Je rappelle que la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (Pacte) a détricoté les exigences de formation dans un certain nombre de secteurs, notamment l'artisanat. J'estime au contraire que le temps est venu d'une plus grande qualification de toutes les entreprises, y compris les autoentrepreneurs, en matière de gestion.

En Alsace, nous n'avons pas de tribunaux de commerce. La chambre commerciale du tribunal judiciaire est l'instance compétente en la matière, et cela fonctionne bien. Vos préconisations devront être examinées en conservant à l'esprit les spécificités du droit alsacien et mosellan.

**M. Alain Richard.** – Les experts-comptables n'ont-ils pas un rôle à jouer pour aider les entreprises à détecter les risques ? Sont-ils actuellement soumis à une obligation d'information à l'extérieur de l'entreprise ?

Si les statistiques relatives au déroulement des procédures sont nombreuses, nous ne disposons pas de statistiques sur le contenu des jugements rendus par les tribunaux de commerce. Il semblerait pourtant intéressant que notre justice analyse ses propres tendances jurisprudentielles.

**Mme Brigitte Lherbier.** – Il n'a pas été simple de mettre en place la formation proposée par le tribunal de commerce de Lille. Toutefois, ce dispositif devrait à mon sens être beaucoup plus systématique.

**M. François Bonhomme, rapporteur.** – Je partage votre intérêt pour les réseaux consulaires, monsieur Reichardt. La loi Pacte a effectivement supprimé l'obligation de formation des artisans. Nous préconisons pour notre part un dispositif incitatif.

Par ailleurs, nous avons bien pris en considération les spécificités du droit alsacien-mosellan, quoique nous n'envisagions pas de l'étendre à tout le territoire !

**M. Thani Mohamed Soilihi, rapporteur.** – Madame Goulet, nous nous sommes directement inspirés du droit belge, notamment en ce qui concerne la transmission d'informations au tribunal par les administrations.

À la différence des commissaires aux comptes, les experts-comptables ne sont pas investis par la loi d'une mission d'alerte. De nombreuses personnes auditionnées ont cependant souligné qu'il conviendrait de mieux utiliser leurs compétences.

**M. François Bonhomme, rapporteur.** – Néanmoins, la rupture de la confidentialité changerait considérablement la nature de leur mission.

**M. Thani Mohamed Soilihi, rapporteur.** – Par ailleurs, monsieur Richard, nous manquons effectivement de données sur le contenu des jugements et, surtout, sur l'exécution des plans de sauvegarde ou de redressement. Je le regrette, car la moindre des choses serait d'étudier l'efficacité des procédures collectives.

**Mme Nathalie Goulet.** – Le premier à se faire payer, c'est bien l'expert-comptable. Dans la vraie vie, ce n'est pas toujours le premier partenaire de l'entreprise... Il y a donc un dispositif d'alerte à trouver.

**M. Thani Mohamed Soilihi, rapporteur.** – Notre rapport est attendu. Le cabinet du Premier ministre semble intéressé.

**M. Alain Richard.** – J’espère que le garde des sceaux l’est également !

**M. François-Noël Buffet, président.** – Je vous remercie.

*La commission autorise la publication du rapport.*



## LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

### Ministère de la justice

*Cabinet du Garde des sceaux*

**Mme Christelle Hilpert**, conseillère affaires civiles et prospectives

*Direction des affaires civiles et du sceaux*

**M. Jean-François Montgolfier**, directeur

**M. Patrick Rossi**, sous-directeur du droit économique

*Direction des services judiciaires*

**Mme Catherine Védrenne**, cheffe de bureau des magistrats exerçant à titre temporaire et des juges élus ou désignés

### Ministère de l'économie, des finances et de la relance

*Délégation interministérielle aux restructurations d'entreprises*

**M. Guillaume Cadiou**, délégué interministériel

*Direction générale des entreprises (DGE)*

**M. Clément Bertholet**, chef de la mission des restructurations d'entreprises

*Comité interministériel de restructuration industrielle*

**M. Louis Albisson**, secrétaire général par intérim

### Conférence nationale des présidents de tribunaux judiciaires (CNPTJ)

**M. Benjamin Deparis**, vice-président du CNPTJ, président du tribunal judiciaire d'Evry

### Conférence nationale des procureurs de la République (CNPR)

**Mme Florence Galtier**, procureure de la République près le tribunal judiciaire de Carcassonne

**Conférence générale des juges consulaires de France (CGJCF)**

Mme Sonia Arrouas, présidente du tribunal de commerce d'Évry,  
présidente

M. Thierry Gardon, président du tribunal de commerce de Lyon

**Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce (CNGTC)**

M<sup>e</sup> Sophie Jonval, présidente

M<sup>e</sup> Thomas Denfer, vice-président

M. Ildo Mpindi, juriste

**Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ)**

M<sup>e</sup> Christophe Basse, mandataire judiciaire, président

M<sup>e</sup> Frédéric Abitbol, administrateur judiciaire, vice-président

M. Alain Damais, directeur général

M. Alexandre de Montesquiou, consultant

**Conseil national des barreaux (CNB)**

M<sup>e</sup> Marion Couffignal, présidente de la commission droit et  
entreprise

M<sup>e</sup> Jean-Marie Chabaud, membre de la commission droit et  
entreprise

M. Charles Renard, chargé de mission affaires publiques

**Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables**

M. Jean-Luc Flabeau, vice-président

Mme Elsa Simoni, directeur missions accompagnement

**Chambres de commerces et de l'industrie (CCI France)**

M. Pierre Goguet, président

M. Pierre Dupuy, chargé de mission affaires publiques ultramarines  
et relations avec le Parlement

**Chambres de métiers et de l'artisanat de France (CMA France)**

**M. Joël Fourny**, président

**M. Samuel Deguara**, directeur des relations institutionnelles

**Assemblée permanente des chambres d'agriculture (APCA)**

**M. François Beaupère**, président de la chambre régionale des Pays-de-Loire, vice-président

**M. Dominique Bouvier**, chef du service entreprises/installation

**M. Enzo Reulet**, chargé de missions affaires publiques, France, Europe, international

**Confédération des commerçants de France (CDF)**

**M. Francis Palombi**, président

**M. Daniel Panetto**, trésorier

**Banque de France**

**Mme Véronique Bensaid-Cohen**, conseillère parlementaire du gouverneur de la Banque de France

**M. Erick Lacourrège**, directeur général des services à l'économie et du réseau

**M. Alain Gerbier**, directeur des entreprises

**Régions de France**

**M. André-Paul Leclercq**, conseiller régional des Hauts-de-France

**M. Jérémie Parsy**, responsable de service au conseil régional des Hauts-de-France

**Mouvement des entreprises de France (Medef)**

**Mme Joëlle Simon**, directrice générale adjointe chargée des questions juridiques

**M. Antoine Portelli**, chargé de mission senior à la direction des affaires publiques

**Confédération des PME (CPME)**

**M. Bruno Dondero**, président de la commission juridique

**M. Lionel Vignaud**, responsable des affaires économiques, juridiques et fiscales

**Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés**

**M. Christian Nibourel**, président du conseil d'administration

**Mme Houria Aouimeur Milano**, directrice nationale de la délégation Unédic AGS

**Institut français des praticiens des procédures collectives (IFPPC)**

**M<sup>e</sup> Olivier Buisine**, administrateur judiciaire, président

**M<sup>e</sup> Cécile Jouin**, mandataire judiciaire, vice-présidente

**M. Auréliano Boccasile**, secrétaire général

**Centre d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP national)**

**M. William Nahum**, président

**Mme Elsa Simoni**, directeur

**Personnalités qualifiées**

**M. Nicolas Borga**, professeur à l'Université Lyon 3 Jean-Moulin

**M<sup>e</sup> Reinhard Dammann**, avocat au barreau de Paris

**M<sup>e</sup> Philippe Dubois**, avocat au barreau de Paris

**M. François-Xavier Lucas**, professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**M. Georges Richelme**, ancien président de la Conférence générale des juges consulaires de France, rapporteur de la mission sur la justice économique

**M<sup>e</sup> Sophie Vermeille**, avocat au barreau de Paris, fondatrice de Droit & Croissance

## PROGRAMME DU DÉPLACEMENT À TOURCOING ET LILLE

**Lundi 1<sup>er</sup> mars 2021**

- 9 h 30 Tribunal de commerce de Lille-Métropole. Rencontre avec :
- M. *Éric Feldmann, président ;*
  - M. *Hervé Hamelin, président de chambre ;*
  - M. *Michaël Bonnet, premier vice-procureur de la République ;*
  - M<sup>e</sup> *Guillaume Houze de l'Aulnoit, greffier.*
- 11 h 45 Entretien avec M. Laurent Rigaud, président de la Chambre des métiers et de l'artisanat des Hauts-de-France.
- 14 h 00 Entretien avec M. Louis-Philippe Blervacque, président de la Chambre de commerce et d'industrie du Grand Lille.
- 15 h 00 Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) des Hauts-de-France. Rencontre avec :
- M. *Christophe Coudert, responsable du pôle entreprises, emploi, économie ;*
  - M<sup>me</sup> *Isabelle Lorthioir, commissaire aux restructurations et à la prévention du Nord-Pas-de-Calais.*