

IFR
Actes de colloques

N° 30

**Le droit des entreprises en
difficulté après 30 ans :
droit dérogatoire,
précurseur ou révélateur ?**

Sous la direction de
Francine MACORIG-VENIER

Colloque du CDA du 16 mars 2017

PRESSES DE L'UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE

L'essor de la prévention

Hélène POUJADE

*Maître de conférences à l'Université Toulouse Capitole,
Centre de Droit des Affaires (CDA)*

La prévention. Emprunté au latin *praeventio*, le terme de prévention désigne l'ensemble « des mesures et institutions destinées à empêcher – ou au moins à limiter – la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc, en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens »¹. Par métonymie, il désigne l'ensemble des organismes chargés de concevoir et de mettre en oeuvre ces mesures. Ce « concept moderne »² trouve à s'appliquer dans de nombreux domaines. Ainsi, la prévention apparaît notamment dans le lexique médical, militaire, mais encore en matière de protection de la nature, de la santé, de la sécurité du travail. En revanche, il apparaît délicat de l'accommoder du carcan juridique qu'on lui prête. Bien qu'elle soit l'enjeu d'une considération constante du législateur, comme en témoignent les nombreux intitulés de loi qui y renvoient³, la prévention n'est en effet l'objet d'aucune définition de nature à la faire accéder au rang de notion. Ce silence a d'ailleurs conduit certains auteurs à prétendre qu'elle ne serait « guère l'affaire des juristes », dans le sens où elle dépendrait « plus de la prudence, que de la loi »⁴.

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, 2016.

² J.-B. DRUMMEN, « L'intervention du juge de la prévention : conflits et autres difficultés », *Gaz. pal.* mai-juin 2008, spéc. p.1735.

³ Voir not. : Arrêté du 10 mai 2017 définissant les zones géographiques dans lesquelles le transport ou l'utilisation des appelants pour la chasse au gibier d'eau sont autorisés ; Décret n° 2017-780 du 5 mai 2017 relatif aux plans de prévention des risques technologiques ; Arrêté du 5 mai 2017 portant nomination au conseil d'administration du fonds chargé du financement des droits liés au compte personnel de prévention de la pénibilité.

⁴ Y. GUYON, *Droit des affaires 2, Entreprises en difficultés*, 6^e éd., Economica, p. 147.

Pourtant, du moment que l'idée de prévention, dont l'anticipation est le synonyme, devient le moyen de s'emparer de l'écoulement du temps pour mieux le dominer, elle interpelle le droit en tant que « science d'organisation »⁵. Il n'est dès lors guère surprenant que la technique juridique la convoque en son sein.

Or, si l'émergence d'un concept en droit est dictée par un besoin, c'est à la fonction de la prévention qu'il convient de s'intéresser.

La prévention des difficultés des entreprises. Ce n'est pas un hasard si la percée conceptuelle de la prévention dans l'antré de l'activité économique accompagne le passage « du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté »⁶ pour en devenir l'une des caractéristiques essentielles. Certes, elle n'avait pas sa place dans le traditionnel droit des faillites, dont la visée principale était d'organiser la liquidation d'entreprises moribondes. Au contraire, parce qu'il incarne des objectifs ambitieux, en faisant du redressement des entreprises la clé de voûte de son système, le droit contemporain des entreprises en difficulté a été conduit à repenser les moyens de sa mise en œuvre. Changeant de trajectoire, l'accent a alors été mis sur l'anticipation.

Cette idée de prévenir la faillite trouve ainsi sa raison d'être dans les motivations du débiteur, du créancier et du législateur, lesquelles ont été largement relayées par des initiatives privées auprès de certains tribunaux de commerce⁷. Tous sont unanimes pour reconnaître ses mérites malgré le constat d'échec qui accable la matière⁸. La meilleure façon de résoudre les difficultés des entreprises n'est-elle pas « de les tuer dans l'œuf »⁹ ? La prévention s'est alors imposée comme une évidence. Elle n'a jamais été démentie depuis lors, jusqu'à faire de la France un « pays modèle » en ce domaine¹⁰.

⁵ J. PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTD com.* 1989, n° 1, p.5.

⁶ *Ibid.*, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)... d'un droit en dérive) », in *Études offertes à R. HOUIN*, D. Sirey, 1985, p.109.

⁷ Sur la mise en place de cellules de détection des difficultés des entreprises, voir : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, D. Action, 2017-2018, spéc. n° 120.09.

⁸ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2014, p.11 et s.

⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} éd., n° 38, spéc. n° 41.

¹⁰ J. ERNST DEGENHARDT, « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 nov. 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? », *BJE* 1^{er} mars 2017, n° 2, p.153, I. A. Sur les exemples étrangers, voir not. : le « *company voluntary arrangement* », le « *scheme of arrangement* » au Royaume-Uni, le « *concurso* » en Espagne, l'« *amministrazione controllata* » en Italie.

Ainsi, à la veille d'une nouvelle réforme inspirée par le droit européen, il est permis de s'interroger sur l'essor de la prévention en droit des entreprises en difficulté.

L'émergence de la prévention en droit des entreprises en difficulté. A l'échelle du droit des faillites, son essor est relativement récent. Issue de la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 et de son décret d'application n°85-295 du 1^{er} mars 1985, la prévention des difficultés procède cependant d'une lente gestation. Contenue dans les lettres de répit et les défenses générales inscrites au Titre IX de l'ordonnance de 1673, perceptible dans les différentes dispositions transitoires qui ont occupé la première moitié du XX^{ème} siècle¹¹, la prévention des difficultés des entreprises s'est faite plus visible dans l'ordonnance n°67-820 du 28 septembre 1967¹². A l'appui d'un intitulé prometteur, ce dispositif « tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises » consacre une procédure de suspension provisoire des poursuites réservée à celles qui, bien qu'étant dans une situation financière difficile, n'est pas « irrémédiablement compromise ». Est ainsi amorcée la première procédure « de type préventif »¹³, puisqu'intervenant en amont de la cessation des paiements. Quoiqu'elle ait été un échec, cette tentative n'en demeure pas moins riche d'enseignements. Elle a notamment offert aux rédacteurs de la réforme menée en 1984 un terreau fertile pour repenser les enjeux de la prévention.

Car, loin de se fondre dans le creuset originel des instruments de détection ou de traitement amiable de ces difficultés, la prévention a investi un champ d'action plus vaste. Assurément, l'expansion de son domaine oblige à en redessiner les contours en interrogeant les classifications préétablies (I). Au-delà, elle invite à rendre compte de l'instrumentalisation qui en est faite dès lors que les solutions qu'elle promet n'ont de cesse d'être repensées, perfectionnées, au service du traitement de la défaillance des entreprises (II).

¹¹ Sur les précédents, voir not. : J.-L. VALLENS, *Lamy droit commercial*, L'entreprise en difficulté, éd. Lamy, 2017, spéc. n° 2722.

¹² (art. 14) A. MARTIN-SERF, « L'évolution législative et les conflits », *Gaz. pal.* mai-juin 2008, p.1696.

¹³ F. PEROCHON, *op. cit.* spéc. p.23 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Domat, 10^{ème} éd., spéc. n° 36, p.34.

I. L'expansion de la prévention

Le bornage. Malgré des intitulés riches de sens, aucune des réformes qui se sont succédées depuis la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 « relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises »¹⁴ n'a pris soin de définir la prévention. C'est donc admettre que, par elle-même, la prévention ne produit aucun effet. Elle caractérise seulement certaines techniques pouvant être mises en œuvre afin de prévenir, organiser, sécuriser la situation juridique des entreprises en difficulté. Or, ces techniques n'ont cessé de se diversifier, notamment depuis qu'elles accueillent la procédure de sauvegarde autour de laquelle se cristallise la plupart des préoccupations, y compris européennes¹⁵. Pour autant, les espoirs que porte la prévention en tant qu'« horizon à atteindre »¹⁶ ne doivent pas conduire à son hypertrophie. De même que la nature a horreur du vide, le juriste doit légitimement se méfier des trop-pleins. Dans ce but, « il faut tâcher de lui poser d'avance des bornes extrêmes, qu'on ne lui permettra jamais de franchir ; mais on doit se garder de trop gêner son essor dans l'intérieur des limites permises »¹⁷. Car définir avec précision les critères de son accessibilité, en plus de rassurer un chef d'entreprise peu enclin à solliciter l'aide du tribunal, répond en outre au souci européen d'harmonisation des procédures préventives¹⁸ afin de rendre les droits nationaux plus prévisibles pour les créanciers et investisseurs.

¹⁴ Ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 ; Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 ; Décret n° 2005-747 du 1^{er} juillet 2005 ; Circulaire du 26 novembre 2004 ; Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 ; Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984.

¹⁵ Elle semble conforme aux mesures de « restructuration préventive » avancées dans la proposition de directive (Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016) 723 final – art. 4 et s.), comme aux mesures de « pré-insolvabilité » (Recommandation du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises C (2014) 1500 final) et reprises par le Règlement UE 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

¹⁶ M. MENJUCQ, « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse », BJE 2016, n° 3, p.201, spéc. I.

¹⁷ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre, 1848, T. 4, spéc. p.173.

¹⁸ J. ERNST DEGENHARDT, « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? », BJE 1^{er} mars 2017, n° 2, p.153, spéc. I. A.

A. La prévention *stricto sensu*

Il suffit d'observer le contenu de la loi du 1^{er} mars 1984, considérée comme « l'étape la plus marquante dans cette recherche de solutions préventives »¹⁹, pour se persuader de l'ampleur de la tâche assignée à la prévention. Conçue dans un ensemble plus vaste, elle convoque, en amont, les différents vecteurs de l'information d'entreprise et interpelle, en aval, différents outils de négociation. La prévention s'ordonne ainsi classiquement autour de deux axes : d'une part, la détection des difficultés et, d'autre part, leur traitement.

La « prévention-détection »²⁰. Première phase de la prévention, la détection, telle qu'inspirée du rapport de la commission Sudreau déposé en 1975, vise « par une meilleure connaissance de la situation financière de l'entreprise, (à) l'adoption précoce de mesures efficaces de redressement »²¹. Il n'est donc point question de divination. La prévention se nourrit de l'information, dont, principalement, l'information comptable²².

Mais il ne suffit pas de concentrer les efforts sur l'amélioration de l'information, sa teneur, sa fiabilité, ses canaux. Encore faut-il que ceux qui l'ont reçue puissent en faire « un usage qui serve la prévention »²³ en mettant les dirigeants face à leurs responsabilités pour les inciter à prendre toute mesure utile avant que la situation ne se dégrade. Cet avertissement explique d'ailleurs le récent attrait européen pour les mécanismes d'alerte²⁴ que le droit français exploite de longue date.

Initialement réservée à trois acteurs²⁵ : le commissaire aux comptes²⁶, l'actionnaire ou l'associé ainsi que les institutions représentatives du personnel, la loi du 10 juin 1994 a élargi l'alerte en consacrant la pratique de certains

¹⁹ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *Entreprises en difficulté (Mandat ad hoc - Conciliation)*, Rep. soc., Dalloz, spéc. n° 2.

²⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* spéc. n° 129.

²¹ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *op. cit.*, spéc. n° 2.

²² Sur la prévention par l'information comptable, voir : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, D. Action, 2017-2018, spéc. n° 121.00 et s. Sur le développement d'une « information économique », voir : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, spéc. n° 131.

²³ J.-L. VALLENS, *Lamy droit commercial, L'entreprise en difficulté*, éd. Lamy, 2017, spéc. n° 2739.

²⁴ Prop. Dir. (UE), 22 nov. 2016, COM (2016), 723, art. 3 : 1.

²⁵ Sur « l'alerte » confiée au groupement de prévention agréé et les « indices de difficultés » (C.com., art. L. 611-1 voir : F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., spéc. n° 67.

²⁶ C.com., art. L. 234-1, al. 2 et 4 (Mod. par Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V)).

tribunaux de commerce consistant à confier à leurs présidents un rôle singulier. Ce qu'il est coutume de désigner comme « l'alerte » du président du tribunal, et qui consiste en une convocation à un entretien adressée au chef d'entreprise, n'a eu de cesse d'être renforcée. Il en a notamment été ainsi lorsque la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 lui a accordé la possibilité d'enjoindre sous astreinte les dirigeants de sociétés de déposer leurs comptes s'ils ne l'ont pas fait dans les délais légaux²⁷, sans que cette auto-saisine ne méconnaisse pour autant l'impartialité que requiert l'article 6 de la CEDH²⁸. Néanmoins, les prérogatives confiées aux divers présidents de juridictions, y compris au Tribunal de Grande Instance²⁹, se limitent à cette étape de détection des difficultés. Cette procédure, menée au visa de l'article L. 611-2, II du Code de commerce, ne peut plus déboucher sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire depuis que l'article L. 631-5 dudit code a été censuré³⁰. Corrélativement, ceci invite à repenser l'implication du ministère public dans le cadre de la prévention à partir du moment où il lui revient d'assumer cette saisine³¹.

Egrainer cette liste des personnes habilitées expose toutefois à un regret ; l'extension de l'alerte aux experts comptables n'ayant pas abouti. Les réticences exprimées par la profession n'y sont pas étrangères³². Ici, l'inspiration viendra peut-être du droit européen³³.

La « prévention-traitement »³⁴. Une fois les difficultés des entreprises détectées, il convient d'y remédier. Lors de cette seconde phase de prévention, le législateur a mis à la disposition du débiteur différents outils juridiques propres à répondre à différentes situations économiques et financières. La variété des réactions à la défaillance s'exprime alors tant par les acteurs appelés à intervenir que par les solutions prévues dans ce cadre. D'ailleurs, il ne faut pas écarter trop

²⁷ C.com, art. L. 611-2, II.

²⁸ Dès lors qu'elle est justifiée par le constat, de nature purement objective, de l'absence de dépôt des comptes par la société : CE, 6^e et 1^{er} ch., 22 févr. 2017, n° 396364 : Gaz. pal. 2017, n° 11, p.41, obs. Ph. GRAVELEAU (Cons. const. 1^{er} juill. 2016, n° 2016-548 QPC).

²⁹ C.com, art. L. 611-2-1.

³⁰ Cons. const. 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, Sté Pyrénées services et a. (JO 8 déc. 2012, p.19279).

³¹ *Ibid.* L. ROBERT, « Incidence de la disparition de la saisine d'office sur l'implication du ministère public dans la prévention des entreprises en difficulté », Gaz. pal. 27 déc. 2012, n° 362, p.14.

³² Sur ce point, voir : F. MACORIG-VENIER, « La réforme de la prévention par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », RTD com. 2014, p. 395, spéc. I.A.

³³ Prop. Dir. (EU), 22 nov. 2016, COM (2016) 723, (16).

³⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, spéc. n° 254.

hâtivement les solutions de droit commun. Pour faire face aux difficultés, le débiteur peut ainsi décider de négocier un accord avec l'ensemble de ses créanciers, sinon avec certains d'entre eux, en vertu duquel ceux-ci consentiront des délais de paiement ou l'abandon de toute ou partie de leurs créances. Cette solution, déconnectée de toute intervention judiciaire souffre cependant de nombreuses imperfections et prête le flanc aux agissements frauduleux³⁵. Au-delà, la situation des créanciers, déjà peu enviable au plan économique et financier, se révèle en outre juridiquement risquée en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective : soutien abusif, action en responsabilité, annulation des garanties prises en période suspecte sont autant de risques à considérer³⁶. Aussi, est-il apparu nécessaire de placer le déroulement de cette négociation sous la surveillance discrète de la justice, alors appelée à intervenir en tant que tiers impartial. Tel était l'enjeu poursuivi par la loi du 1^{er} mars 1984 qui, ayant déplacé le lieu de la prévention devant les juridictions consulaires, a consacré le « règlement amiable » des difficultés³⁷, lequel a par ailleurs permis de coordonner l'effort des créanciers avec l'aide apportée par les différents organismes institutionnels³⁸. Sur ce modèle ont été bâtis, d'une part, le règlement amiable agricole, institué par la loi du 30 décembre 1988³⁹ et dont l'originalité persiste malgré les efforts du droit contemporain pour en gommer les spécificités⁴⁰ et, d'autre part, celui introduit par la loi du 31 décembre 1989 dans le cadre du surendettement des particuliers. Ce n'est en effet que dans un second temps que la loi de 1994⁴¹, mais surtout celle de 2005 ont assis, en se contentant de l'évoquer, le mandat *ad hoc*⁴².

Jusqu'à alors, les contours de la prévention étaient fort simples à tracer, bornés par l'infranchissable édifice réputé stable de la cessation des paiements. Soit le débiteur, « sans être en cessation des paiements, éprouv(ait) une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise »: il

³⁵ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2^e éd., spéc. p.85, spéc. 97-102.

³⁶ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, Dalloz, 8^{ème} éd., p.15, spéc. n° 32.

³⁷ Y. CHAPUT, « Le règlement amiable. À propos de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 et du décret n° 85-295 du 1^{er} mars 1985 », JCP E 1985. II. 14455.

³⁸ Sur le traitement administratif des difficultés, voir : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 255 et s.

³⁹ Art. 22 à 28. Comp. : D. n° 89-339 du 29 mai 1989.

⁴⁰ Voir *infra* II. B.

⁴¹ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 - art. 4.

⁴² C.com., art. L. 611-3 (créé par Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 – art. 5).

relevait du *règlement amiable*⁴³. Soit le débiteur était dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible : il était soumis au *redressement*, voire à la *liquidation judiciaire* lorsque l'entreprise avait en outre cessé toute activité ou lorsque son redressement était « manifestement impossible »⁴⁴. La prévention se satisfaisait alors d'un strict cadre amiable, volontaire et confidentiel, opposé en chacun de ces points aux procédures collectives.

B. La prévention *lato sensu*

Or, en rompant avec la traditionnelle clé de répartition des procédures relevant de la « prévention-traitement », la loi du 26 juillet 2005 opère une double révolution. Après avoir admis la possibilité d'un traitement amiable des difficultés alors que l'entreprise a cessé ses paiements (la conciliation), elle renouvelle « l'architecture des procédures »⁴⁵ en déconnectant le traitement judiciaire de la constatation de cet état et conçoit l'ouverture d'une procédure d'un genre nouveau : collective, mais préventive (la sauvegarde).

Prévention / cessation des paiements. Faut-il regretter le temps jadis où le législateur était plus simple, lorsqu'il ventilait les procédures préventives et curatives en fonction du seul critère de la cessation des paiements ? Les critiques adressées à la métamorphose opérée sous la plume du législateur de 2005⁴⁶, alors que le « règlement amiable » se muait en « procédure de conciliation »⁴⁷, invitent à le croire. Certes, le véritable critère de la prévention reste celui d'une absence de cessation des paiements. Pour autant, elle n'y est pas totalement rétive. En témoigne ce leurre des « quarante-cinq jours » qui, offert par l'article L. 611-4 du Code de commerce, permet au débiteur sollicitant une conciliation de glisser de manière mesurée sur l'axe des difficultés. Calquée sur le délai offert à ce

⁴³ Loi n° 84-148 du 1er mars 1984 (art. 34).

⁴⁴ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 (art. 1^{er}, al. 2 : Mod. Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 – art. 11).

⁴⁵ Y. CHAPUT, « Une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives », *JCP* 2005. I. 184.

⁴⁶ G. TEBOUL, « La cessation des paiements, convergence des intérêts contraires ? », *Gaz. pal.* mai-juin 2008, p. 1703 et s.

⁴⁷ Sur la question, voir not. : F. MACORIG-VENIER, « Du règlement amiable à la conciliation », *rev. proc. coll.* 2005, p.352 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La conciliation », *in* *Droit des procédures collectives, les dernières réformes*, *Rev. proc. coll.* 2006, p.169.

dernier pour se mettre à l'abri des sanctions en déposant son bilan⁴⁸, cette acclimatation de la prévention amiable à la cessation des paiements vise seulement à le rassurer tout en offrant aux praticiens une certaine souplesse.

Surtout, la loi prolonge ici l'effort accompli en jurisprudence, lequel avait déjà permis « de construire la prévention en marge des textes »⁴⁹. Le butoir constitué par la cessation des paiements avait en effet été largement adapté par les juges afin d'ajuster son carcan à la palette des instruments de prévention⁵⁰. Entre autres, les ressorts contenus dans les notions de « passif exigé » comme dans la théorie de la « réserve de crédit » ont ainsi conduit à déplacer son curseur dans le temps avant que l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 ne consacre ces solutions⁵¹. Partant, c'est le spectre de la cessation des paiements qui s'éloigne, tandis que l'horizon de la prévention s'éclaircit. La jurisprudence continue d'ailleurs d'explorer l'élasticité de chacune de ces notions⁵².

Prévention / traitement judiciaire. Au-delà de ce décroisement, la loi de 2005 inscrit un nouvel outil dans cette « dynamique de l'anticipation »⁵³. Alors que l'on opposait traditionnellement la prévention au traitement, au collectif, au caractère public, voici qu'elle s'arroge chacune de ces caractéristiques pour se couler dans le moule de la sauvegarde. Sacrée « première procédure collective à visée préventive de notre droit »⁵⁴, cette « procédure collective anticipée »⁵⁵, véritable « technique de traitement préventif

⁴⁸ C.com., art. L. 631-4 (en redressement) ; L. 640-4 (en liquidation).

⁴⁹ G. TEBOUL, *op. cit.*, spéc. pp.1703-1704 ; « Un critère malmené mais vivace », *Rev. proc. coll.* 2015/1, p.13.

⁵⁰ B. GRELON, « Prévention et cessation des paiements », *in* Mélanges D. Tricot, D 2011, p.422.

⁵¹ C.com., art. L. 631-1. *Comp. Cass. com.*, 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 193 ; D. Aff. 1997, p.903.

⁵² Doit ainsi être écartée du « passif exigible » toute dette contestée puisqu'au-delà de son caractère échu, encore faut-il que la créance soit certaine. De même, la « disponibilité » de l'actif doit être appréciée avec souplesse dès lors que les circonstances conduisent à y inclure les sommes dont on est certain d'un « encaissement à très court terme » (*Com.*, 29 nov. 2016, n° 15-19474, Sté Léo Niel : *Gaz. pal.* 2017, n° 13, p.57, obs. F. REILLE).

⁵³ Ph. ROUSSEL-GALLE, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 12 juill. 2006, n° 138, p.10 et s.

⁵⁴ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., p.31, spéc. n° 25.

⁵⁵ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, Dalloz, 8^{ème} éd., p.11, spéc. n° 23.

et judiciaire des difficultés d'entreprise »⁵⁶, provoque l'alliance des prétendues inconciliables au service de la prévention. C'était sans compter, du reste, sur l'œuvre du législateur⁵⁷ comme de la jurisprudence⁵⁸ qui, ayant assoupli l'éligibilité à cette procédure, ont poursuivi l'extension de son domaine.

Ce même espoir anime ses deux variantes que sont, d'une part, la sauvegarde accélérée et, d'autre part, la sauvegarde financière accélérée⁵⁹. Avec elles, le législateur tire les enseignements des arbitrages précédents. De la conciliation, sur laquelle l'une et l'autre de ces procédures reposent, il affirme leur compatibilité avec l'état de cessation des paiements, pourvu qu'il soit récent. De la sauvegarde, dont elles sont issues, il confirme que la prévention peut aussi être de nature judiciaire.

C'est dire si la prévention s'est renouvelée ! Alors qu'un à un, ses attributs classiques cédaient, celui tenant à son initiative devenait déterminant. Nonobstant sa nature amiable ou judiciaire, la prévention reste animée par une philosophie volontariste qui transcende chacun des outils façonnés par un législateur soucieux de l'encourager. Mandat *ad hoc*, conciliation, sauvegarde de droit commun, comme ses variantes, reposent tous sur l'hypothèse d'un débiteur *in bonis*, resté « maître de ses biens »⁶⁰. C'est d'ailleurs ce critère qui permet de tenir à l'écart l'hypothèse visée à l'article L. 622-10 §3 du Code de commerce d'un redressement judiciaire ouvert en l'absence de cessation des paiements... De surcroît, cet exemple démontre encore l'imperfection du critère de la cessation des paiements à définir la prévention puisqu'ici, bien qu'absente, il ne saurait pour autant en être question !

⁵⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Entreprises en difficulté : un droit enfin arrivé à maturité », *Dr. et patrimoine* 1^{er} mars 2009, n° 179, spéc. I.

⁵⁷ C.com., art. L. 620-1 (Mod. Ord n° 2008-1345 du 18 déc. 2008).

⁵⁸ Voir not. : Com., 26 juin 2007, n° 06-17.821, Photo service (sur la date d'appréciation des difficultés) ; Com., 26 juin 2007, n° 06-20.820, Schlumberger : (sur les modalités d'appréciation des difficultés au sein d'un groupe) ; Com., 8 mars 2011, Cœur Défense, n°s 10-13.988 / 10-13.989 / 10-13.990, (sur l'appréciation stricte des conditions légales). Comp. : CA Lyon, 3^e ch. civ., 31 mai 2006 : RG n° 06/02245. Ph. DELEBECQUE, « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », *BJE* 2016, n° 3, p.209 et s.

⁵⁹ C.com., art. L. 628-1, *in fine* (sauvegarde accélérée) ; L. 628-9 (sauvegarde financière accélérée).

⁶⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op.cit.*, spéc. n° 268.

II. L'instrumentalisation de la prévention

L'attractivité. Le terme « instrumentalisation » n'est pas neutre. Il suggère au contraire un risque de détournement des règles. Appliqué à la prévention des difficultés des entreprises, il fait craindre l'utilisation par le débiteur des mesures mises à sa disposition dans un but autre que celui de détecter, sinon de traiter les difficultés. D'ailleurs, une fois admise l'idée que la procédure de sauvegarde en est l'une des composantes, la suspicion se concentre sur cette dernière. Toutefois, ces craintes s'apaisent rapidement, tant cette « perspective se heurte d'une part à la réalité judiciaire et économique et, d'autre part, au contrôle du juge tant lors de la demande d'ouverture qu'en cours de procédure »⁶¹. Rompant avec cette idée d'abus ou de fraude, l'instrumentalisation de la prévention procède donc d'une autre démarche. Il s'agit davantage de déceler en quoi l'objet de cette étude, à travers les mesures qu'elle promeut, devient un moyen d'améliorer le traitement judiciaire des difficultés avant d'en tester les mérites au regard des solutions notamment prônées par d'autres disciplines.

A. L'antichambre de la prévention

Examiner l'articulation des procédures préventives régies par le Livre VI du Code de commerce suppose que l'attention soit principalement portée sur la conciliation. Elle est en effet celle qui a subi les transformations les plus marquantes. Car, en plus des qualités qui lui sont intrinsèquement attachées - qu'il s'agisse d'inciter le dirigeant d'entreprise à traiter ses difficultés le plus en amont possible⁶², sauf à lui reprocher sa passivité⁶³, ou d'encourager le créancier à remettre tout ou partie de sa dette au prix d'un privilège enfin « sanctuarisé »⁶⁴, sauf à subir des délais de paiement⁶⁵ - elle permet incontestablement d'améliorer les résultats du traitement judiciaire.

⁶¹ M. MENJUCQ, *op. cit.*, p. 201 et s.

⁶² C.com., art. L. 611-16 (Créé par Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 - art. 14).

⁶³ Même si la négligence n'est plus suffisante pour engager sa responsabilité : C.com., art. L. 651-2 (Mod. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 - art. 146).

⁶⁴ Ph. PETEL, « Les dispositions relatives aux entreprises en difficulté de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », JCP E 19 janv. 2017, n° 3, act. 46 - C. com., art. L. 626-30-2 mod.

⁶⁵ C.com., art. L. 611-7, alinéa 5 (Mod. par Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 - art. 14).

Ainsi, s'il est acquis de longue date que les procédures collectives peuvent être l'objet d'un « chantage »⁶⁶ à même de vaincre les résistances exprimées dans le cadre amiable, lorsqu'est notamment brandie la menace de la sauvegarde, il convient de rendre compte du phénomène inverse.

Le « *pre-pack plan* ». Forte des enseignements révélés par les affaires Autodistribution⁶⁷ et Thomson-Technicolor⁶⁸, la conciliation n'est-elle pas, d'abord, devenue un préalable obligatoire au traitement des difficultés dans le cadre rénové de la sauvegarde financière accélérée, en 2010, ou de la sauvegarde accélérée, en 2014⁶⁹ ? L'influence de ces dossiers est évidente dans la genèse de ces procédures. Selon un schéma conforme à la pratique anglo-saxonne du *prepackaged plan*, le projet d'accord amiable élaboré dans l'antichambre de la conciliation sert de base au plan proposé à la validation des comités de créanciers, puis du tribunal⁷⁰.

Le « *pre-pack cession* ». Que dire, ensuite, lorsqu'elle est devenue un prélude utile à la cession de toute ou partie de l'entreprise ? Or, en diversifiant les missions du conciliateur pour consacrer cette fois-ci la pratique du *prepack cession*⁷¹, il ne faut pas se méprendre. Lorsque la mission porte sur la cession de l'entreprise, elle ne peut évidemment se dénouer que dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, puisqu'en sauvegarde, l'entreprise n'est pas à vendre. Dans ce cas, seule l'antichambre de la conciliation ressort du domaine la prévention. Il est néanmoins certain que le cadre dans lequel la cession est façonnée a une influence sur le déroulement de l'opération elle-même.

En atteste notamment l'adaptation des règles de confidentialité dont l'ambiguïté qui consistait « à préparer de manière confidentielle une opération qui doit être

⁶⁶ F. PEROCHON, *op. cit.* n° 373.

⁶⁷ T.com. Evry, 6 avr. 2009 ; LEDEN juill. 2009, p. 1, obs. F.-X. LUCAS ; R. COURTIER et N. LAURENT, « Analyse de l'opération autodistribution : premier « pre-pack » à la française, *Cah. dr. entr.* 2009, n° 5, p.26.

⁶⁸ T.com., Nanterre, 30 nov. 2009 ; D. 2009, p. 2929, A. LIENHARD.

⁶⁹ C.com., art. L. 628-1, *in fine* (sauvegarde accélérée) ; L. 628-9 (sauvegarde financière accélérée) Comp. Sur l'élargissement des critères, voir : Ord. n° 2014-1088 du 26 sept. 2014. Com., 12 juill. 2016, n° 14-27.983 ; Act. proc. coll., oct. 2016, n°15, alerte 206, obs. L. FIN-LANGER.

⁷⁰ H. POUJADE et S. VIGREUX, « Le montage des plans », *BJE* 2016, n° 1, p. 78 et s.

⁷¹ C.com., art. L. 611-7 (Mod. Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 - art. 5). Comp. : M.-H. MONSERIE-BON, B. AMIZET, G. AZAM, C. CAVIGLIOLI, « Le *prepack cession* FRAM : expériences et enseignements », *BJE* 2016, n° 2, p. 69.

transparente »⁷² vient fort heureusement d’être corrigée ! Surtout, l’hypothèse s’accorde avec la philosophie volontariste caractérisant les outils de la prévention⁷³, puisqu’en plus d’associer le chef d’entreprise, lui seul peut l’initier. Assurément, la cession de l’entreprise s’éloigne de toute idée d’expropriation.

B. La rivalité des préventions

Après avoir écarté la prétendue concurrence portée par d’autres branches du droit, il convient d’observer celle qui s’organise au sein des techniques régies par le droit des entreprises en difficulté.

La concurrence externe. Longtemps, le droit civil et le droit des entreprises en difficulté se sont ignorés. Ces rapports pacifiés reposaient sur la mise à l’écart, en droit des procédures collectives, de la fameuse jurisprudence *Canal de Craponne*⁷⁴ interdisant au juge de s’immiscer dans la sphère contractuelle. Il semblait en effet maladroit de prétendre à son application dans une matière prônant depuis 1985 l’intervention judiciaire au chevet des entreprises défaillantes, quitte, pour ce faire, à confier au juge le pouvoir de repenser le rapport d’obligation⁷⁵. Mais depuis que la réforme du droit des contrats a entériné la théorie de l’imprévision⁷⁶, comment comprendre l’articulation de ces deux disciplines ?

Avant de s’interroger sur leur combinaison, encore faut-il en préalable s’assurer de la coexistence de la voie civile de révision contractuelle avec les techniques de prévention commerciales, dont la sauvegarde. Avec Philippe Delebecque⁷⁷, il est permis de douter que cette dernière ait résisté aux assauts du droit civil. Par sa seule existence, la théorie de l’imprévision ne condamne-t-elle pas le caractère « insurmontable » des difficultés, tel qu’il est requis pour ouvrir une sauvegarde ? Ces inquiétudes doivent être tuées car ce n’est que

⁷² C. com., art. L. 642-2, I, mod. L. n° 2016-1547, art. 99, VI, 2°.

⁷³ Voir *supra* : I.B.

⁷⁴ Civ. 6 mars 1876 : DP 1876, I, 193, note GIBOULOT.

⁷⁵ A. DIESBECQ et Ph. ROUSSEL GALLE, « La prévision et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. pal.* 30 déc. 2010, n° 364, p.8 et s.

⁷⁶ C.civ., art. 1195 (Créé par Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2).

⁷⁷ Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, *loc. cit.*

« virtuellement » que l'application du texte réformé « conduit à rendre les difficultés surmontables »⁷⁸. Ce d'autant qu'il n'est pas certain que l'intéressé s'engage dans cette procédure de révision contractuelle, ni même qu'elle aboutisse.

Assuré de leur coexistence, encore faut-il en suivant s'interroger sur les moyens de leur conciliation. Surgit alors l'argument tendant à démontrer que leurs enjeux diffèrent. La révision contractuelle serait appropriée pour résoudre une difficulté purement financière, tandis que la sauvegarde répondrait à une ambition autrement plus grande, conforme à ses finalités légales⁷⁹. Mais que penser de cet argument alors que la Cour de cassation vient d'admettre la recevabilité d'un plan de redressement pourtant réduit à son volet financier⁸⁰, sans égard ni pour la « poursuite d'activité » ni pour le « maintien de l'emploi » ? Est-ce à dire que la compétition des voies civiles et commerciales de prévention renaît lorsque la demande de l'intéressé s'inspire d'une difficulté strictement financière ? Cette thèse doit être balayée dans la mesure où la sauvegarde, seule procédure collective préventive, ne connaît pas de l'hypothèse d'une cessation d'activité ayant fondé l'analyse de la Cour dans cette espèce. Il faut admettre que les finalités des procédures préventives continuent de diverger, de telle sorte que la pluralité des options offertes au débiteur continue de procéder de choix raisonnés. Ce n'est donc pas parce que le droit commun lui offre une nouvelle solution préventive, qu'il ne sera pas séduit par la discipline et la rigueur du cadre que lui offre la procédure collective⁸¹, sinon par d'autres procédures régies au Livre VI du Code de commerce.

La concurrence interne. Reste alors à observer la concurrence qui sévit en son sein. En effet, toute tentative consistant à opposer le Code de commerce au Code rural serait vaine. Malgré les rapprochements opérés par la loi Warsman II du 22 mars 2012, l'ordonnance du 12 mars 2014, et, plus récemment, la loi du 18 novembre 2016⁸², l'agriculteur obéit, en raison de son statut, à une procédure singulière : le règlement amiable agricole, hérité de la loi du 22 juillet 1993.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ C.com., art. L. 620-1.

⁸⁰ Com., 4 mai 2017, n° 15-25046 : *D. Actualités*, 9 mai 2017, obs. A. LIENHARD ; BJE 2017, n° 4, p. 258, obs. H. POUJADE.

⁸¹ C.com., art. L. 622-1 et s.

⁸² C.rur., art. L. 351-4 et 6 (Mod. par Loi n° 2016-1547 - art. 99 (V)).

Certes, l'agriculteur peut parfois devenir une notion à géométrie variable⁸³. Pour autant, en l'état actuel du droit de la prévention des difficultés, la clé de répartition émerge au croisement des articles L. 351-1 du Code rural et L. 611-5 du Code de commerce.

Toute autre est en revanche la tâche consistant à observer la concurrence qui s'anime au sein des procédures préventives répertoriées dans le Code de commerce⁸⁴. Certes, qu'elles soient amiables ou judiciaires, leur choix relève du monopole du débiteur. Pour autant, l'exercice de cette option ne peut résulter que de l'analyse objective des difficultés. Ainsi, sans égard pour leur coordination éventuelle, laquelle oblige au respect de règles procédurales spécifiques⁸⁵, il convient de sonder leurs critères d'ouverture. Si la répartition des procédures amiables ne souffre pas de discussion tant il semble inconfortable de nommer un mandataire *ad hoc* lorsque le débiteur a cessé ses paiements, plus délicat est en revanche l'arbitrage à mener entre conciliation et sauvegarde. Les formules légales⁸⁶ laissent au débiteur une latitude telle qu'il convient alors de s'interroger sur les stratégies qu'il entend mener. Bien évidemment, pour que la concurrence opère, le débat doit être resserré sur l'hypothèse d'une prévention *stricto sensu*, d'une conciliation réduite à son plus petit dénominateur commun : celle d'un débiteur « éprouv(a)nt une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou simplement prévisible ». Inversement, la sauvegarde oblige en sus à vérifier que le débiteur ne soit « pas en mesure de surmonter » ces difficultés. Or on sait l'effort accompli en jurisprudence pour assouplir cette exigence d'intensité dès lors qu'il est davantage craint un risque de « sous-utilisation » de la sauvegarde que celui de son instrumentalisation frauduleuse⁸⁷. En ce sens, la récente formule introduite par la loi du 18 novembre 2016 à l'article L. 621-1 du Code de commerce opère un mouvement inverse. Afin de corriger une erreur d'aiguillage, le texte prévoit que « lorsque la situation du débiteur ne fait pas apparaître de difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter, le tribunal invite celui-ci à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation au président du tribunal »⁸⁸. C'est donc reconnaître que le départ

⁸³ Cons. const., 28 avr. 2017, n° 2017-626 QPC. Sté La Noé Père et fils.

⁸⁴ F. VINCKEL, « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques », *LPA* 12 juin 2006, n° 116, p. 7, 1.

⁸⁵ Voir not. : C.com., art. 621-1, al. 4 et 5.

⁸⁶ C.com., art. L. 611-4 (conciliation) ; L. 620-1 (sauvegarde).

⁸⁷ Voir sur ce point : M. MENJUCQ, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁸ C.com., art. L. 621-1, al. 3 (Modifié par Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 99 (V)).

entre les procédures préventives, selon leur nature amiable ou judiciaire, doit être respecté⁸⁹. En plus d'en finir avec cette confusion des genres, ce texte consacre le caractère subsidiaire de la procédure judiciaire préventive, car ce n'est qu'« ensuite » que le tribunal statuera sur la demande de sauvegarde⁹⁰. Une nouvelle fois, la conciliation en sort renforcée !

Certes, l'essor de la prévention des difficultés des entreprises est caractérisé par son expansionnisme quitte, pour ce faire, à composer avec sa nature profonde en se judiciarisant. Pour autant, c'est dans son berceau originel, amiable, confidentiel, volontariste, qu'elle se renouvelle et puise un nouvel élan susceptible de combler les aspirations nationales et, le cas échéant, européennes même si, à cet échelon, il reste encore à la consacrer...

⁸⁹ En ce sens : F. MACORIG-VENIER, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : incidence sur le dispositif de prévention des difficultés des entreprises », *RTD com.* 2017. 175, spéc. I. B.

⁹⁰ *Ibid.*