

ANNALES
de
L'UNIVERSITÉ
TOULOUSE 1 CAPITOLE

Tome LX
2019-2

Directeur du comité de rédaction : **Olivier Devaux, professeur**

En ce qui concerne l'administration et les demandes d'abonnement,
prière d'adresser toute correspondance à :

Presses et publications IFR

Manufacture des Tabacs

21 allée de Brienne

31000 Toulouse

Tél. 05 61 63 38 22

puss@ut-capitole.fr

Bon de commande disponible sur le site :

<http://www.ut-capitole.fr/puss>

ANNALES
de
L'UNIVERSITÉ
TOULOUSE 1 CAPITOLE

Tome LX
2019-2

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Copyright et diffusion : 2019

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole
2 rue du doyen Gabriel Marty
31042 Toulouse cedex
France

ISBN : 978-2-36170-200-7
ISSN : 2417-2820

Sommaire

LES PRATIQUES DE CREDIT EN AOF - ANALYSE HISTORIQUE DES PROBLEMES POSES PAR LES PRÊTS SUR GAGES AU SENEGAL (XIX^e et XX^e siècles)

Mamadou BADJI / 11

BILAN PROVISOIRE DES PREMIERS PLANS DE VIGILANCE DES ENTREPRISES

Jacques IGALENS / 49

LE SPORT ET LE DROIT DES AFFAIRES

Le contrat de travail du sportif professionnel au centre du jeu contractuel

Sylvie PERES-ROUDIL / 71

L'engagement d'un sportif avec un club différent de son club formateur : l'exemple du football

Yann HEYRAUD / 87

Protection du bien-être de l'animal-athlète dans l'entreprise sportive à la lumière de l'évolution du régime juridique des animaux

Marine LERCIER / 103

L'imposition de la rémunération du sportif français ou les prétentions contradictoires de l'administration fiscale et du sportif

Marina Lo WING / 133

Le sport à l'épreuve du droit pénal des affaires : le sport *business* en quête de transparence

Arnaud MALIK / 163

**LE DROIT CONFRONTE AUX DEFIS DU XXI^{ÈME} SIECLE : VERS UNE
MODERNISATION DES REGLES JURIDIQUES**

I - DEFIS DE LA MODERNISATION DES REGLES JURIDIQUES EN DROIT
DE L'ENTREPRISE

**LE DROIT ET LA DEFAILLANCE DES ENTREPRISES : SAUVETAGE DE
L'ENTREPRISE OU DE L'ENTREPRENEUR ?**

Francine MACORIG-VENIER / 195

**LE DROIT FRANÇAIS DES AFFAIRES ET LE GOUVERNEMENT
D'ENTREPRISE**

Gérard JAZOTTES / 211

**L'AMELIORATION DE LA LEGISLATION RELATIVE A LA GARANTIE
DU DROIT DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES DANS LA FUSION ET
L'ACQUISITION DES SOCIETES PAR ACTIONS**

CAO ĐÌNH LÀNH / 221

LA RSE APRES LA LOI PACTE : QUELS CHANGEMENTS DE LOGIQUE ?

Isabelle DESBARATS / 237

**LES DEFIS DE LA REFORME DE LA LEGISLATION RELATIVE A LA RE-
LATION DE TRAVAIL DANS LE CONTEXTE DE LA MONDIALISATION**

ĐÀO MỘNG ĐIÊP / 255

**L'ACCORD DE PARTENARIAT TRANSPACIFIQUE GLOBAL ET PRO-
GRESSIF ET LES EXIGENCES DE REFORMES DE LA LEGISLATION
VIETNAMIENNE SUR LE TRAVAIL**

ĐẶNG CÔNG CƯỜNG / 273

**LEGISLATION FISCALE VIETNAMIENNE FACE A L'INTEGRATION
ECONOMIQUE ET A LA LIBERALISATION COMMERCIALE**

LE THỊ THẢO / 289

**LA QUATRIEME REVOLUTION INDUSTRIELLE ET LES DEFIS JURI-
DIQUES POUR LE VIETNAM**

ĐOÀN ĐỨC LƯƠNG / 303

**LA QUATRIEME REVOLUTION INDUSTRIELLE : CHANGEMENTS SO-
CIAUX ET DEFIS JURIDIQUES**

LE THI NGA / 315

II - REGARDS ETENDUS SUR LES ELEMENTS DE MODERNISATION EN DROIT PRIVE

L'OBLIGATION PRECONTRACTUELLE D'INFORMATION DANS LE CODE CIVIL VIETNAMIEN AU MIROIR DU CODE CIVIL FRANÇAIS

Thi Hai Yen HOANG / 327

LA REFORME DU DROIT DE LA PREVENTION ET LA RÉPRESSION DES VIOLENCES FAMILIALES

NGUYỄN DUY PHƯƠNG / 339

LES PROBLEMES DE LA LEGISLATION SUR LE BIEN EN L'ETAT FUTUR D'ACHEVEMENT

HỒ THỊ VÂN ANH / 351

LOI APPLICABLE A LA RESPONSABILITE DELICTUELLE – EVOLUTION DU DROIT VIETNAMIEN FACE AUX EXIGENCES INTERNATIONALES

NGUYỄN THỊ HỒNG TRINH / 367

INTERPRÉTATION DE LA LOI DANS CERTAINS PAYS DE DROIT CIVIL ALLEMAND EN EUROPE : VUE SOUS L'ANGLE DE L'USAGE DES EXPRESSIONS LATINES

LÊ NGUYỄN GIA THIÊN et NGUYỄN NGỌC KIÊN / 375

III – REGARDS PLUS SPECIFIQUES SUR LE DEFI ENVIRONNEMENTAL SAISI PAR LE DROIT

L'AMELIORATION DE LA LEGISLATION SUR LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN AU VIETNAM

NGUYỄN THỊ HÀ / 389

PROTEGER L'INNOVATION EN RESPECTANT L'ENVIRONNEMENT ? LE POINT DE VUE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

Alexandra MENDOZA-CAMINADE / / 397

LA MODERNISATION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT FACE AUX DEFIS DE LA MONDIALISATION : LES REFERENCES FRANÇAISES AU VIETNAM

NGUYỄN NGỌC THANH HÀ / 413

LA RESPONSABILITE ENVIRONNEMENTALE : LABORATOIRE JURIDIQUE POUR LA CONSECRATION DE NOUVELLES VALEURS SOCIALES

Marie-Pierre BLIN FRANCHOMME / 429

DESIR(S) ET DROIT (supplément aux actes de la journée du 19 octobre 2018)

LES DESIRS DES HOMMES A L'EPREUVE DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Marie-Aude FAIVRE-VILOTTE / 461

LISTE DES THESES SOUTENUES DANS LE CADRE DE L'UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE / 473

LE DROIT ET LA DÉFAILLANCE DES ENTREPRISES : SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE OU DE L'ENTREPRENEUR ?

Francine Macorig-Venier*

Alors que les difficultés financières et économiques se sont particulièrement intensifiées depuis un peu plus d'une dizaine d'années, en se propageant parfois au-delà des frontières, entraînant la disparition de nombreuses entreprises, ruinant les velléités entrepreneuriales des entrepreneurs et affaiblissant le tissu économique et social, le droit français applicable aux entreprises en difficulté n'a cessé d'évoluer au fil des réformes opérées.

Le sauvetage des entreprises constitue la préoccupation majeure de notre droit et constitue le défi principal à relever par le droit de la défaillance applicable aux entreprises. Pour autant, c'est objectif n'est pas inconditionnel en raison des intérêts en présence, spécialement des intérêts des créanciers (et plus largement des partenaires de l'entreprise) et des salariés.

Il convient à cet égard de rappeler que fort longtemps –depuis l'origine jusque dans le milieu des années 1980- les règles en la matière, qui constituaient alors le droit de la « faillite », étaient tournées vers la satisfaction des créanciers. Il s'agissait essentiellement, grâce aux procédures dites de « faillite », d'organiser le paiement ordonné des créanciers, lesquels étaient traités de manière égalitaire. Dans le même temps, il s'agissait d'exclure de la vie des affaires le commerçant défaillant, qui n'avait pas honoré ses engagements. En tant que tels, les salariés étaient alors ignorés.

La grande réforme de 1985 qui a placé l'entreprise au cœur du dispositif légal, devenu le droit des entreprises en difficulté, privilégia le redressement de l'entreprise, fit une place aux salariés et relégua le paiement des créanciers au dernier rang des objectifs légaux¹.

* Professeur Université Toulouse Capitole, directrice du Centre de droit des affaires, EA 780, co-directrice du CREDIF (Centre de recherche sur les entreprises en difficulté).

¹ C. SAINT-ALARY HOUIN, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, regards sur les évolutions de ce dernier quart de siècle », in *Regards critiques sur*

Elle s'est efforcée de parfaire la distinction du sort de l'homme, de l'entrepreneur, du chef d'entreprise, d'une part, et, d'autre part, de l'entreprise, distinction qu'avait amorcée une précédente réforme (en 1967¹). Cette distinction conduit à déterminer le sort de l'entreprise non en fonction du comportement de l'entrepreneur, du chef d'entreprise, mais en fonction de critères économiques, c'est-à-dire en recherchant si l'entreprise est économiquement viable ou non. La réforme de 1985 chercha également à dédramatiser les procédures à l'égard du chef d'entreprise en s'efforçant d'en restreindre moins les pouvoirs pendant la procédure de redressement judiciaire nouvellement instituée, mais également en réduisant à son égard la menace de sanctions et, enfin, en le libérant du poids de ses dettes sous réserve de certaines conditions.

L'évolution ultérieure devait conduire à corriger les excès de cette réforme, spécialement en restaurant les droits des créanciers antérieurs, notamment des créanciers titulaires de sûretés dont dépendait le crédit octroyé à ces mêmes entreprises... Toutefois, l'objectif de sauvetage ne fut jamais remis en question, de même finalement que les faveurs faites au débiteur, au chef d'entreprise². Au contraire, le sauvetage n'a cessé d'être recherché, y compris par de nouvelles voies, notamment par l'institution par une importante réforme opérée en 2005 d'une procédure judiciaire préventive, la procédure de sauvegarde, ouverte alors que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements et offrant néanmoins un répit salutaire à celle-ci en gelant les poursuites de ses créanciers³. Cette procédure sécurise la situation du chef d'entreprise (qui dispose notamment de pouvoirs plus étendus et n'est pas menacé dans ses fonctions de

quelques révolutions récentes du droit, travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques, Presses universitaires de Toulouse I, 2005, t. 2, p. 299.

¹ R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *Liber amicorum Baron Louis Fredericq* 1965, p. 609 ; B. BRUNET, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Mélanges Roblot*, 1984, p. 471.

² Cf. M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Le débiteur », in F. MACORIG-VENIER (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après trente ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, P. Univ. Toulouse 1 Capitole 2017, p. 91.

³ H. POUJADE, « L'essor de la prévention », in F. MACORIG-VENIER (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après trente ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, P. Univ. Toulouse 1 Capitole 2017, p. 271.

direction). Le législateur ne s'est en effet pas départi d'une attitude favorable à l'égard du chef d'entreprise, notamment du débiteur personne physique exploitant à titre personnel son activité, y compris lorsque la situation de son entreprise est la plus obérée.

Ainsi, le droit de la défaillance des entreprises paraît-il devoir s'orienter à la fois vers le sauvetage de l'entreprise qu'il s'agit d'assurer de façon la plus précoce possible, grâce à une restructuration préventive et, le cas échéant vers celui de l'entrepreneur, à qui il s'agit d'offrir une seconde chance. Si ces deux objectifs sont effectivement poursuivis, il est permis de s'interroger sur le point de savoir quelles relations ils entretiennent entre eux, s'ils s'excluent l'un l'autre ou s'ils se combinent et de quelle manière ils s'articulent alors. L'enjeu est important car il s'agit au fond d'encourager la création des entreprises par des entrepreneurs et, par là même, la vitalité de l'économie.

A y regarder de plus près, il apparaît que notre droit est souple, ce qui constitue une de ses caractéristiques contemporaines. D'une part, il permet le sauvetage de l'entreprise, peu important qu'il s'accompagne ou non du « sauvetage » du chef d'entreprise, étant précisé toutefois qu'une convergence entre le sauvetage de l'entreprise et celui du débiteur s'observe. D'autre part, notre droit permet le « sauvetage » du chef d'entreprise, malgré l'échec de l'entreprise. La primauté accordée au sauvetage de l'entreprise dans l'évolution contemporaine ne doit pas masquer le souci de donner au débiteur une seconde chance en dépit de la disparition de l'entreprise.

Il sera ainsi traité dans une première partie du sauvetage de l'entreprise, avec ou, plus exceptionnellement sans le chef d'entreprise (I) et dans une seconde partie du sauvetage du débiteur, sans l'entreprise (II), alors que l'entreprise est condamnée et que son activité a pris fin.

I. LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE AVEC OU SANS L'ENTREPRENEUR

En général, le sauvetage de l'entreprise préserve la situation de l'entrepreneur en lui permettant de demeurer à la tête de l'entreprise. Toutefois, cela suppose que les chances de sauvetage soient sérieuses, c'est-à-dire que le chef d'entreprise ait une réactivi-

té suffisante et ait œuvré précocement au sauvetage de l'entreprise. Le sauvetage de l'entreprise s'accompagne alors de celui de l'entrepreneur (A). Plus la démarche de l'entrepreneur est tardive, plus les risques sont grands qu'il voit ses pouvoirs restreints ou qu'il les perde purement ou simplement au profit de tiers au profit desquels il est menacé d'être évincé¹. A défaut, le sauvetage de l'entreprise pourra avoir lieu en effet sans le chef d'entreprise (B).

A. Le sauvetage de l'entreprise en principe avec l'entrepreneur dans les procédures d'anticipation

Les solutions de sauvetage préservent la situation du chef d'entreprise lorsqu'elles sont précisément mises en œuvre précocement par ce dernier, c'est-à-dire lorsque le seuil de difficulté atteint n'est pas un seuil critique, un seuil trop tardif. On considère alors que le chef d'entreprise est doté d'une lucidité suffisante et mérite d'être récompensé.

Cette situation de difficulté qui constitue en quelque sorte une ligne rouge est celle de l'état de cessation des paiements (défini par notre droit comme l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible). En amont de cette situation le chef d'entreprise a le choix, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, de s'orienter soit vers des mesures amiables (mandat *ad hoc*, procédure de conciliation) tendant à l'adoption d'un accord entre le chef d'entreprise et ses créanciers et partenaires, soit vers une procédure judiciaire, la procédure de sauvegarde, débouchant sur l'adoption d'un plan de sauvegarde par le tribunal (après le vote du plan par des comités de créanciers² si des comités sont réunis, ce qui ne concerne que des entreprises importantes en principe).

¹ L.-C. HENRY, « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », in *Dossier Le dirigeant de l'entreprise en difficulté*, *Rev. Proc. Coll.* 3016/4, article 24, p. 55.

² Il s'agit de deux comités, le comité des « créanciers financiers » (composés essentiellement par des établissements de crédit, mais également par ceux qui ont acquis des créances de ces établissements) et le comité des principaux fournisseurs.

Les mesures amiables, mandat *ad hoc* et procédure de conciliation préservent totalement les pouvoirs de gestion du chef d'entreprise, de même que les prérogatives des créanciers et partenaires de l'entreprise. Elles laissent le chef d'entreprise maître du sort de l'entreprise (en concertation avec les créanciers parties à un accord amiable sur lequel sont censées déboucher ces mesures ou procédures). Si, en principe, il s'agira d'assurer la pérennité de l'entreprise, le chef d'entreprise a depuis 2014 la possibilité de demander au président de la juridiction de conférer au conciliateur une mission tendant à la cession de l'entreprise (laquelle sera normalement opérée dans une procédure judiciaire consécutive à la procédure de conciliation en raison de l'existence dans ces procédures d'un ensemble de règles permettant une cession plus sécurisée de l'entreprise.

Quant à la procédure judiciaire préventive, la procédure de sauvegarde (inspirée de la procédure de réorganisation américaine « Chapter eleven »), elle conserve au chef d'entreprise ses pouvoirs de gestion en principe pendant toute la procédure. Il ne subit que des restrictions minimales de ses pouvoirs : ces restrictions concernent les seuls actes graves (spécialement les actes de disposition étrangers à la gestion courante). Le plus souvent, le chef d'entreprise demeurera seul à la tête de son entreprise dont il continuera à assurer la gestion courante. La désignation d'un administrateur n'est en effet obligatoire que lorsque l'entreprise est importante : lorsque sont franchis l'un ou l'autre des deux seuils fixés par décret : vingt salariés, vingt millions d'euros de chiffres d'affaires hors taxe. Si un administrateur est désigné, sa mission peut être une simple mission de surveillance du chef d'entreprise, se limitant à une surveillance *a posteriori* de la gestion du chef d'entreprise. Au pire, il peut s'agir d'une mission d'assistance qui implique une co-gestion, mais dont l'impact est sensiblement atténué par la règle qui permet au chef d'entreprise d'accomplir valablement les actes de gestion courante à l'égard des tiers de bonne foi (c'est-à-dire des tiers qui ignoraient l'existence de la procédure et la réalité des pouvoirs confiés à l'administrateur judiciaire).

L'entreprise placée en procédure de sauvegarde ne peut être cédée totalement à des tiers. Seule une cession partielle de l'entreprise (branche d'activité) à un tiers est envisageable. Le plan de sauvegarde, à l'adoption duquel tend la procédure de sauvegarde, est un

plan de réorganisation de l'entreprise reposant nécessairement sur la poursuite de l'activité de l'entreprise dans les mêmes mains, avec le même chef d'entreprise, que l'entreprise soit une entreprise individuelle ou une entreprise sociétaire. Lorsque le chef d'entreprise est un dirigeant de société, il ne peut être évincé de la direction de la société par le tribunal dans la perspective de l'adoption du plan. Si le dirigeant est également associé, comme c'est souvent le cas, on ne peut bloquer ses titres ni prévoir une aliénation forcée.

La bienveillance du législateur à l'égard du chef d'entreprise, voire de ses proches, dans un contexte d'anticipation des difficultés se manifeste également lorsque l'on envisage leur sort lorsqu'ils ont consenti des sûretés (le plus souvent un cautionnement) en garantie des dettes de l'entreprise. Si l'ouverture d'une procédure de conciliation ne suspend pas les poursuites des créanciers à l'encontre de l'entreprise, le débiteur a la possibilité de demander au président du tribunal qui a ouvert la procédure une mesure individuelle de suspension des poursuites initiées à son encontre. Or, depuis une réforme de 2014, les tiers garants bénéficient de plein droit des délais de paiement ainsi octroyés au débiteur par le président du tribunal. Quant à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, elle interdit non seulement les poursuites des créanciers antérieurs à l'encontre du débiteur, mais elle fait également obstacle aux actions à l'encontre des personnes physiques ayant garanti les dettes de l'entreprise. L'adoption d'un accord de conciliation ou d'un plan de sauvegarde n'ont pas davantage d'incidence patrimoniale sur les proches qui ont consenti des garanties et pas d'incidence sur le chef d'entreprise dirigeant social ayant consenti des garanties : les garanties ne peuvent être mises en œuvre par le créancier si les créances ont fait l'objet d'un accord de conciliation qui en diffère le paiement ou si elles sont portées dans le plan de sauvegarde qui en étale le paiement.

Enfin, le chef d'entreprise n'encourt aucune sanction civile comme l'interdiction de gérer diriger, administrer (qui peut ne concerner qu'un seul type d'activité) ou la faillite personnelle (qui emporte une interdiction générale de gérer, diriger, administrer toute entreprise pour une durée maximale de quinze ans). Il n'encourt pas davantage de sanction patrimoniale lorsqu'il est le dirigeant de la personne morale soumise à la procédure.

La situation diffère nettement lorsqu'une procédure est ouverte alors que l'entreprise rencontre des difficultés plus graves. Son sauvetage peut alors s'effectuer sans celui de l'entrepreneur.

B. Le sauvetage de l'entreprise sans l'entrepreneur dans les procédures curatives ou liquidatives

En cas de difficultés plus importantes, constitutives de l'état de cessation des paiements, le sauvetage de l'entreprise n'est pas nécessairement exclu, mais il pourra s'effectuer alors sans le chef d'entreprise, y compris si la procédure ouverte est une procédure grâce à laquelle l'entreprise peut être *a priori* redressée par l'entrepreneur. La procédure applicable en cas de cessation des paiements destinée à permettre le sauvetage de l'entreprise est la procédure de redressement judiciaire. En cas d'impossibilité de redressement de l'entreprise par le chef d'entreprise, c'est la procédure de la liquidation judiciaire qui sera seule applicable. Si dans cette procédure la poursuite de l'activité peut être exceptionnellement autorisée en vue le cas échéant de sa cession à un tiers, l'éviction du chef d'entreprise est néanmoins alors certaine.

Il convient ainsi de distinguer le cas de la procédure de redressement judiciaire de celui de la liquidation judiciaire.

1. Le cas de la procédure de redressement judiciaire

S'agissant de la procédure de redressement judiciaire, bien que voisine de la procédure de sauvegarde, elle est susceptible d'avoir un impact plus important sur les pouvoirs du chef d'entreprise pendant son déroulement (soit 18 mois au maximum en principe) et elle laisse planer une menace sur le devenir du chef d'entreprise.

- *S'agissant des pouvoirs du chef d'entreprise pendant le déroulement de la procédure*, ils sont plus restreints que dans la sauvegarde ou du moins susceptibles de l'être. Certes, ce dernier va conserver la gestion courante de l'entreprise quelle que soit l'hypothèse. Cependant, lorsqu'un administrateur est nommé¹ il ne peut lui être confié une

¹ Les conditions de la désignation obligatoire de l'administrateur judiciaire sont les mêmes que dans la procédure de sauvegarde.

simple mission de surveillance. Il lui est confié soit seulement une mission d'assistance comme dans la procédure de sauvegarde, soit une mission de représentation. Or, la représentation conduit à une substitution de l'administrateur judiciaire au chef d'entreprise dans la gestion de l'entreprise, sous réserve comme indiqué précédemment de la gestion courante.

- *Au-delà de la période d'observation*, l'avenir du chef d'entreprise à la tête de l'entreprise est quelque peu incertain. En toute hypothèse, il n'est pas assuré que le plan de redressement qu'il souhaiterait présenter soit retenu par le tribunal. Les tiers peuvent en effet déposer des offres d'acquisition de l'entreprise. Dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire, l'entreprise est susceptible de cession totale. On dit d'ailleurs que toute entreprise en redressement judiciaire est à vendre. Sans doute a-t-il été jugé que le tribunal devrait privilégier le plan de redressement proposé par le débiteur plutôt que la cession de l'entreprise à un tiers si les solutions étaient équivalentes en terme de maintien de l'emploi et d'apurement de passif. Toutefois, elles le sont rarement et la reprise des salariés, généralement plus importante dans les plans de cession, a pu faire pencher la balance du côté de la cession.

Enfin, quand bien même un plan de redressement serait adopté, le dirigeant de la personne morale ne conservera pas nécessairement ses fonctions de direction. Ainsi, la loi prévoit que « lorsque le redressement de l'entreprise le requiert », le tribunal peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise (art. L. 631-19-1 al. 3 C. com.)¹. La mesure a sans doute vocation à demeurer exceptionnelle (il faut une requête du ministère public en ce sens, lequel doit indiquer les faits de nature à motiver sa demande), mais elle est symptomatique de la prévalence donnée au sauvetage de l'entreprise sur la préservation de la situation du chef d'entreprise lorsque la situation de l'entreprise est plus délicate. Lorsque le dirigeant a la qualité d'associé de la personne morale soumis à la procédure, il est également prévu, dans les mêmes con-

¹ Il faudra que soit réunie l'assemblée des associés, par l'administrateur judiciaire s'il en a été désigné un, ou par le mandataire judiciaire, pour se prononcer sur le remplacement des dirigeants. Le tribunal statuera au vu de la délibération de l'assemblée.

ditions, la possibilité pour le tribunal de prononcer l'incessibilité de ses droits sociaux et de confier le droit de vote à un mandataire de justice. A l'inverse, la cession forcée des droits sociaux des dirigeants peut également être ordonnée par le tribunal¹.

Au plan patrimonial, le sort des sûretés consenties par des tiers, souvent les proches de l'entrepreneur personne physique ou le dirigeant de la personne morale en garantie des dettes de l'entreprise consenties n'est pas très enviable : ils ne connaissent de répit que pendant la période d'observation du redressement judiciaire. L'adoption du plan de redressement met un terme à toute mesure particulière de protection. Les poursuites en paiement des créanciers deviennent possibles en application des règles concernant chacune des garanties souscrites.

Des sanctions sont enfin possibles en cas de redressement judiciaire à l'égard du chef d'entreprise, entrepreneur personne physique ou dirigeant telles que la faillite personnelle (qui entraîne pour une durée maximale de quinze ans l'interdiction de diriger gérer ou administrer toute entreprise et des déchéances diverses) ou seulement une interdiction de diriger, gérer, administrer certaines entreprises pour des faits divers très précisément prévus par la loi, tels que la tenue d'une comptabilité incomplète ou irrégulière, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire ne pouvant conduire qu'à la cessation des paiements, le défaut de déclaration sciemment de l'état de cessation des paiements dans les 45 jours de sa survenance, le défaut de remise de mauvaise foi des renseignements demandés sur les créances et contrats dans le mois du jugement d'ouverture.

2. Le cas de la procédure de liquidation judiciaire

Si la procédure de liquidation judiciaire laisse ouverte la possibilité d'une cession de l'entreprise à des tiers, car, à titre exceptionnel, la poursuite de l'activité peut être autorisée par le tribunal pour permettre la cession de l'entreprise, elle a de toute façon nécessairement pour conséquence *l'éviction du chef d'entreprise*.

¹ M.-H. MONSERIE-BON, « Les risques de l'ouverture d'une procédure collective pour les associés et les dirigeants », in L. C. HENRY (dir.), *Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018, p. 119.

Dès l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire, le chef d'entreprise perd ses fonctions de gestion. Il est dessaisi de ses pouvoirs, y compris sur les biens étrangers à l'exploitation de l'activité lorsqu'il est une personne physique exploitant à titre individuel l'entreprise sans avoir eu recours au statut d'EIRL¹. Il ne peut plus exercer à titre personnel aucune activité indépendante, à moins d'avoir opté pour le statut d'EIRL. Si le dirigeant social continue à assurer le fonctionnement interne de la structure sociétaire soumise à la procédure, ses pouvoirs de gestion sont pareillement altérés. Les mêmes sanctions que celles précédemment exposées en cas de redressement judiciaire menacent le chef d'entreprise, qu'il exploite l'activité à titre personnel ou soit dirigeant d'une personne morale. En outre, le dirigeant de la société dont la liquidation judiciaire est clôturée pour insuffisance d'actif peut être condamné à combler tout ou partie du passif de la personne morale s'il en est responsable en raison d'une faute de gestion commise avant que ne s'ouvre la procédure et ayant entraîné l'insuffisance d'actif.

L'approche de notre droit pourrait paraître sévère. Pourtant, on constate que la fin de l'entreprise n'exclut pas nécessairement des mesures en faveur du chef d'entreprise, spécialement du chef d'entreprise personne physique.

II. LE « SAUVETAGE » DE L'ENTREPRENEUR MALGRE LA FIN DE L'ENTREPRISE

En droit français, la disparition de l'entreprise qui paraît traduire *a priori* l'échec du chef d'entreprise, ne conduit pourtant pas par principe à le stigmatiser et à l'exclure de la vie des affaires, de la vie économique, ni à lui faire supporter à jamais le poids financier de cet échec. Au contraire, on constate que le législateur a favorisé une sorte de « sauvetage » du chef d'entreprise à qui l'on permet de « re-

¹ Le statut d'EIRL, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », instauré par une loi du 15 juin 2010, permet à l'entrepreneur d'affecter un patrimoine distinct à l'activité en difficulté. Seul ce patrimoine est soumis à la procédure si l'activité connaît des difficultés. Le patrimoine « personnel » de l'entrepreneur n'est pas affecté par la procédure et le débiteur conserve ses pleins pouvoirs sur les biens compris dans celui-ci.

bondir », de tenter à nouveau sa chance alors que l'entreprise a disparu. C'est ici plus spécialement le chef de l'entreprise individuelle qui est concerné (sauf à avoir adopté le statut d'EIRL). En effet, s'agissant du dirigeant social, la disparition de la société qu'il dirigeait n'a pas en principe d'incidence patrimoniale (sous réserve d'une éventuelle condamnation à combler l'insuffisance d'actif générée par sa faute de gestion, comme précédemment indiqué). On constate que la jurisprudence a également œuvré en faveur du chef d'entreprise.

A. Les solutions légales de « sauvetage » du chef d'entreprise malgré la disparition de l'entreprise

Peuvent être mentionnées deux séries de règles d'une portée variable permettant au débiteur de pouvoir rebondir après l'échec entrepreneurial le plus lourd, échec qui se solde par l'impossibilité de payer l'ensemble des créanciers au terme de la procédure. La première série de règles concerne les conséquences de la *clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif* : il s'agit de la paralysie du droit de poursuite des créanciers¹. La seconde est relative aux conséquences de la clôture d'une nouvelle procédure, créée récemment pour les seuls débiteurs personnes physiques, procédure au nom particulièrement évocateur, la procédure de **rétablissement professionnel** : il s'agit de l'effacement des dettes. Ces règles favorables, puisqu'elles aboutissent en principe à libérer le débiteur du fardeau du passif impayé, sont destinées à lui offrir une seconde chance, à lui permettre un nouveau départ. Elles sont très encadrées par la loi afin d'en limiter en principe le bénéfice aux seuls débiteurs malchanceux, de bonne foi et « non-récidivistes », qui n'ont pas de manière trop rapprochée déjà profité de ces règles. Evoquons successivement ces deux séries de règles et leur encadrement.

¹ M.-H. MONSERIE-BON, « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr. et patrimoine* sept. 2009, p. 64. S. SCHILLER, « Le rebond des entreprises dans la phase postérieure à l'effacement de leurs dettes », *Dr. et patrimoine* sept. 2009, p. 8.

1. Les règles légales de faveur pour le chef d'entreprise

De longue date -depuis 1985-, le législateur français, s'inspirant déjà alors de la *discharge* du droit américain, a posé le principe de la paralysie des poursuites des créanciers après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Cette situation, qui est statistiquement la plus importante, signifie qu'il n'a pas été possible de payer à l'ensemble des créanciers la totalité de leurs créances en dépit de la réalisation de tous les actifs susceptibles d'être réalisés.

Pourtant, afin d'éviter au débiteur chef d'entreprise personne physique de traîner le poids du passif impayé, a été posé le principe de la paralysie des poursuites des créanciers, créanciers qui étaient soumis pendant la procédure au gel de leurs créances. Une telle mesure a, dès son adoption, suscité de très vives réactions. On y a vu la consécration d'un « droit de ne pas payer ses dettes » et, par conséquent, une atteinte au respect de la force obligatoire du contrat. Malgré le caractère spectaculaire de cette mesure, sa portée mérite d'être nuancée. Le droit de créance lui-même n'est en effet pas éteint, seule l'action du créancier étant paralysée. Bien que privé d'action, le droit demeure, en quelque sorte « à l'état de fantôme », son maintien permettant par exemple au créancier de poursuivre en paiement une caution tenue accessoirement (laquelle peut ensuite exercer son recours contre le débiteur), ou encore d'invoquer l'exception d'inexécution.

Le législateur est précisément allé plus loin en mars 2014 en dotant la nouvelle procédure de rétablissement professionnel qu'il a instituée d'une portée plus grande¹. Il a en effet attaché au jugement de clôture de cette procédure un effet *a priori* plus radical, l'effacement des dettes. La notion d'effacement n'est pas une notion juridique. Toutefois, elle était connue du droit du surendettement

¹ Ph. ROUSSEL GALLE, « Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond, À propos de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 6-8 avr. 2014, n° 96 à 98, p. 32 ; F. MACORIG-VENIER, « Le rétablissement professionnel », *Dr. et patrimoine* 2014, n° 238, p. 52. ; J. THERON, « Vers une consommation des procédures : la procédure de rétablissement personnel », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, LexisNexis 2016, p. 39.

des particuliers dont le droit des entreprises en difficulté s'est à cet égard inspiré. Le dispositif de traitement du surendettement contenu dans le Code de la consommation comportait alors déjà une procédure de rétablissement personnel entraînant l'effacement des dettes du débiteur. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation venait tout juste de préciser la notion d'effacement lorsque l'ordonnance du 12 mars 2014 a été adoptée. Celle-ci a considéré que l'effacement était une cause d'extinction des créances¹. La disparition de la créance empêchant toute poursuite des tiers tenus accessoirement, on mesure tout l'intérêt de cette règle pour le débiteur dont le rétablissement est incontestablement favorisé puisqu'il n'aura pas à payer les dettes effacées.

Ces deux mesures sont néanmoins fortement encadrées.

2. L'encadrement des mesures de faveur

La paralysie des poursuites connaît des exceptions nombreuses : les unes concernent certains types de créances (comme les créances alimentaires ou les créances résultant d'infractions pénales commises par le débiteur ou celles des tiers garants poursuivis par le créancier), d'autres les cas où le débiteur a été frappé de certaines sanctions (au titre de la faillite personnelle ou pour délit de banqueroute) ou du débiteur dit récidiviste (ayant bénéficié dans les 5 ans qui précèdent de la même mesure ou de l'effacement de ses dettes) ou encore en cas de fraude à l'égard d'un ou plusieurs créanciers.

Quant à l'effacement des dettes, il ne concerne pas non plus certaines créances (créances de salariés, créances alimentaires, créances résultant d'infractions pénales commises par le débiteur ou celles des tiers poursuivis par le créancier). Il ne peut concerner que les créances nées avant l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel et, parmi celles-ci, que celles que le débiteur aura portées à la connaissance du juge-commissaire et qui ont fait l'objet d'une information aux créanciers par le mandataire judiciaire désigné et sont *in fine* mentionnées dans le jugement de clôture de la procédure. Qui plus est, s'il apparaissait par la suite que le débiteur a bé-

¹ *Cass. Civ2, 27 février 2014, n° 13-10.891, PB* : La résistance de la réserve de la propriété à l'effacement des dettes : BJE 2014, p.245, F. MACORIG-VENIER.

néficié de la procédure de rétablissement professionnel en raison d'une description incomplète de son actif (dont la valeur doit être inférieure à 5 000 euros) et de son passif, l'ouverture d'une nouvelle procédure de liquidation judiciaire ferait recouvrer aux créanciers leurs créances.

Ces mesures spectaculaires ne devraient bientôt plus être spécifiques au droit français puisque la proposition de directive de novembre 2016 préconise l'adoption de mesures conduisant à une réhabilitation des débiteurs personnes physiques dans des conditions relativement comparables¹. Cette réhabilitation semble concerner les débiteurs soumis à des procédures se terminant par la liquidation des actifs (elle devrait survenir au plus tard trois ans après l'ouverture de la procédure) mais également s'appliquer après une procédure s'achevant par un plan d'apurement du passif, au bout d'une certaine durée d'exécution du plan (trois ans), ce qui est inconnu chez nous mais renvoie à une hypothèse particulière de sauvetage, de rétablissement du débiteur grâce à un plan de redressement.

B. La solution prétorienne de sauvetage de l'entrepreneur en cas de disparition de l'entreprise

En 2017, la chambre commerciale de la Cour de cassation² a admis que pouvait être adopté un plan de redressement à l'issue de la procédure de redressement alors que l'activité de l'entreprise a cessé. En quelque sorte, il s'agit d'un plan de redressement du débiteur reposant sur un paiement échelonné de son passif. Confrontée

¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, Articles 19 à 23. Cette directive a finalement été adoptée par le Parlement européen le 28 mars 2019. Après publication au *Journal officiel de l'EU*, les Etats membres auront deux ans pour la transposer.

² Cass. Com. 4 mai 2017, n° 15-25046, PBI : Dalloz. 2017 p.974, A. LIENHARD, *Act. Proc. Coll.* 2017/12, n° 179, F. MACORIG-VENIER, *Bulletin Joly entreprises en difficulté* (4). p. 258. 2017, H. POUJADE.

à la logique de la loi de 1985, la solution ne peut manquer de surprendre. Cependant, le législateur lui-même en 2005 a permis l'adoption d'un plan de cession totale de l'entreprise au cours de la procédure de redressement judiciaire et, à sa suite, l'adoption d'un plan de redressement, lequel ne peut concerner alors que le chef d'entreprise et ne peut consister qu'en l'apurement du restant de son passif. On ne voit pas dès lors comment écarter un plan de redressement en cas de cessation d'activité, et ce d'autant que, grâce à ce plan, le débiteur paie les créances portées au plan. Le redressement permet à ce débiteur d'éviter la vente du reste de ses biens selon les règles de la procédure de liquidation judiciaire. La solution ainsi rendue manifeste le pragmatisme aussi bien de la jurisprudence que de la loi. Le sauvetage de l'entrepreneur est atteint alors que l'entreprise a disparu, mais sans que ses créanciers ne soient finalement spoliés. Il importe que le plan d'apurement du passif ainsi adopté permette un remboursement des créanciers à un niveau au moins aussi élevé que le permettrait la vente des actifs.

Si par principe notre droit s'efforce d'assurer le sauvetage à la fois de l'entreprise et celle du chef d'entreprise, on constate que parfois le sauvetage de l'entreprise s'effectue sans le chef d'entreprise, et, qu'à l'inverse le chef d'entreprise peut être sauvé, se rétablir, sans que l'entreprise ait été sauvée. La distinction du sort de l'homme et de l'entreprise, clé de voûte du droit des entreprises en difficulté, est ainsi pleinement assurée.