

Confiance et traitement des entreprises en difficulté : l'exemple de la procédure de sauvegarde

Gérard JAZOTTES
Professeur des universités
Université Toulouse Capitole, CDA

Il n'est pas habituel d'associer le traitement des entreprises en difficulté au moyen d'une procédure collective à la notion de confiance, la situation économique et financière de l'entreprise débitrice devant seule commander l'ouverture d'une telle procédure. Cependant, l'évolution de ce qui constitue aujourd'hui le droit des entreprises en difficulté, qui cherche à favoriser un traitement précoce des difficultés pourrait fonder un tel rapprochement, tout particulièrement si l'on prend pour exemple la procédure de sauvegarde. La recherche de ce lien s'est imposée lorsqu'il s'est agi de rendre hommage au dédicataire des présents Mélanges. A la tête de l'université devenue sous sa présidence l'université Toulouse Capitole, il a su accorder sa confiance à ceux qui constituaient son équipe. L'auteur de ces lignes ne peut qu'en témoigner et propose ces lignes en guise de remerciements.

Si « l'idée de confiance est au fondement de l'ensemble du droit »¹, le droit des entreprises en difficulté ne saurait y échapper et le rapprochement devient alors inutile. Mais la polysémie de la confiance² exige que soit précisée la définition retenue pour que la mise en évidence des liens entre la procédure de sauvegarde et la confiance présente quelque intérêt. Elle a pu être définie comme « une espérance de fiabilité dans les conduites humaines ... dans le cadre d'une situation incertaine »³ ou encore comme « une hypothèse sur une conduite future »⁴ dans « un contexte de risque »⁵, ce qui suppose des rapports humains. Cependant cette définition de la confiance peut être étendue à une institution, une procédure mise en œuvre par un tribunal⁶. Pour une procédure collective régie par le livre VI du code de commerce, le débiteur qui y est éligible pourrait espérer un traitement favorable par le maintien ou l'octroi de certains droits. Réciproquement, la Société, par l'intermédiaire du législateur, ou le tribunal peut espérer un certain comportement de la part du débiteur. Ainsi comprise, « hypothèse sur une conduite future », la confiance peut trouver sa place dans le droit des entreprises en difficulté.

La procédure de sauvegarde, créée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005⁷ illustre ce rôle de la confiance. En effet, elle a été conçue de façon à inspirer la confiance des dirigeants d'entreprise qui font face à des difficultés (I). En contrepartie, certaines de ces dispositions traduisent une confiance du législateur dans le comportement du débiteur (II).

¹ N. Luhmann, « La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale », Paris, Economica, coll. Etudes sociologiques, 2006, p.39.

² F.Audren, « La confiance comme mécanisme social et l'approche fonctionnaliste du droit », Droit et société, 2007-3, p. 741. Sur les différentes façons de considérer la confiance, voir : R.Damien, « La confiance et ses crises philosophiques », dans La confiance en question, sous la dir. de R.Laufer et M. Orillard, L'Harmattan, 2000, p. 19 et E.Laurent, « Economie de la confiance », La Découverte, 2012, p. 17 et s.

³ E.Laurent, op. cit., p. 4.

⁴ G. Simmel, Sociologies, Paris, PUF, 1999, cité par E. Laurent, op. cit., p. 18.

⁵ E.Laurent, op. cit. p. 19.

⁶ Pour E. Laurent, le rapport humain peut être « médiatisé par une norme collective éventuellement incarnée dans une institution, auquel cas la confiance repose sur le respect de cette norme », op.cit., p. 4

⁷ N° 2005-845.

I – La confiance dans la procédure

La confiance que doit inspirer la procédure de sauvegarde n'est pas celle attendue de toute procédure, manifestation de l'Etat de droit et assurant la sécurité juridique. Comme les autres procédures collectives de traitement des difficultés des entreprises, la procédure de sauvegarde doit bien évidemment répondre à ces exigences. Mais elle doit, en outre, être attractive. Jusqu'alors la question de la confiance du débiteur dans la procédure, ainsi entendue, ne s'était guère posée en droit des procédures collectives, sa situation économique et financière rendant obligatoire l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. C'est pourquoi il convient de rappeler les objectifs de cette confiance à créer (A) avant de présenter les principales incitations adressées au débiteur (B).

A - L'objectif poursuivi

Le 29 janvier 2007, lors des entretiens de la sauvegarde, M. Pascal Clément, alors ministre de la Justice et garde des Sceaux, a indiqué que la procédure de sauvegarde devait « convaincre et non être imposée », pour évoquer ensuite « la confiance qui conduira à un usage encore plus important des nouvelles procédures ». En effet, la procédure de sauvegarde ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur et a été créée pour permettre un traitement anticipé des difficultés, avant que la cessation des paiements ne soit constatée. La demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne constitue donc pas une obligation légale, à la différence des procédures de redressement et de liquidation judiciaires⁸. C'est pourquoi il est nécessaire d'inciter le débiteur à recourir à cette procédure lorsqu'il est confronté à des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter.

Cette nécessité est le fruit de la volonté du législateur qui a souhaité privilégier le traitement anticipé des difficultés d'une entreprise par une procédure judiciaire de caractère collectif en offrant au débiteur la possibilité d'anticiper la cessation des paiements. En effet, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, véritable procédure collective, peut être demandée par le débiteur qui « justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter » mais sans être en état de cessation des paiements. Cette volonté de privilégier un traitement anticipé⁹ trouve son origine dans les raisons qui ont conduit à la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises. Outre le nombre élevé de liquidations judiciaires et le faible taux d'apurement du passif, contrairement aux résultats attendus de la loi du 25 janvier 1985, le constat d'une intervention trop tardive du traitement judiciaire, en raison du recours au critère de la cessation des paiements, a conduit à la création de la procédure de sauvegarde, « l'innovation la plus spectaculaire »¹⁰ de la loi de sauvegarde des entreprises. Cette procédure s'apparente à un redressement judiciaire anticipé¹¹, mais sans cessation des paiements. Le législateur a d'ailleurs bâti la procédure de sauvegarde à partir des textes de l'ancien redressement judiciaire, mais en ôtant ou aménageant les dispositions du redressement judiciaire qui, inquiétantes¹², pouvaient dissuader le débiteur de demander l'ouverture de la procédure. Il fallait inciter le débiteur à se « mettre sous la protection du tribunal »¹³. Cette démarche a été reprise et poursuivie par l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté dont « l'objectif principal » était « de rendre la procédure de sauvegarde plus accessible et plus attractive »¹⁴. La démarche du législateur

⁸ Lorsqu'il est en cessation des paiements le débiteur a l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire dans les quarante-cinq jours (articles L.631-4 et L.640-4 du Code de commerce).

⁹ « L'idée d'anticipation est la principale clé de lecture de la loi nouvelle. Tous les efforts du législateur tendent vers cet objectif ... », F.-X. Lucas, « L'apport de la nouvelle loi et sa philosophie », LPA 16 mars 2006, n° 54, p. 8.

¹⁰ F.-X. Lucas, « Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise », Rev. Lamy Droit des affaires, suppl. mars 2005, La loi du 25 janvier 1985 à 20 ans ! Entre bilan et réforme, p. 35.

¹¹ Y. Chaput, « La sauvegarde des entreprises en difficulté », JCP G 2005, I, 428

¹² F.-X. Lucas, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », Bull. Joly sociétés, nov. 2005, p. 1181, § 262, sp. p. 1185.

¹³ J. Deharveng, « Philosophie de la réforme des procédures collectives et présentation du nouveau cadre juridique », Bull. Lamy Dr. commercial, nov. 2005, n° 182, p.1, spéc. p. 4.

¹⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

est donc pragmatique. La procédure de sauvegarde, qui était « au centre de la loi de sauvegarde des entreprises »¹⁵ et répond au besoin d'un traitement anticipé des difficultés, doit être attractive pour être choisie par le débiteur confronté à des difficultés. Dans ce but de nombreuses incitations sont adressées au débiteur.

B - Les incitations adressées au dirigeant de l'entreprise

Bien qu'il soit difficile d'établir une hiérarchie entre ces différentes incitations, deux d'entre elles sont de nature à dissiper, sans qu'une analyse profonde soit nécessaire, l'inquiétude du dirigeant pour le conduire à choisir la procédure de sauvegarde. D'une part, les sanctions qu'il est légitime de craindre avec l'ouverture d'une procédure collective, à savoir la responsabilité pour insuffisance d'actif¹⁶, la faillite personnelle et l'interdiction de gérer¹⁷ ou encore la banqueroute¹⁸ sont écartées par les textes lorsqu'une procédure de sauvegarde est ouverte¹⁹. D'autre part, la deuxième incitation vise les garants personnes physiques, plus particulièrement le dirigeant personne physique qui s'est porté garant des engagements de la personne morale débitrice. Cette deuxième incitation ne constituait pas une nouveauté en 2005 mais son champ d'application a été étendu à « toutes les cautions, personnelles ou réelles aux coobligés et aux personnes ayant consenti une garantie autonome »²⁰. Les actions contre ces garants sont suspendues jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation²¹. Ces mêmes garants peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts dans les conditions de l'alinéa 1 de l'article L.622-28 du code de commerce. Enfin, dans l'hypothèse de l'adoption d'un plan de sauvegarde, ils peuvent se prévaloir des dispositions du plan (délais de paiement et remises de dettes)²² et les créances non déclarées leur sont, pendant l'exécution du plan, inopposables²³. Ces deux dernières mesures sont propres à la procédure de sauvegarde. Le dirigeant qui s'est porté garant de la personne morale débitrice, s'il choisit la sauvegarde, bénéficiera de ces dispositions protectrices.

Un autre ensemble d'incitations concernent les pouvoirs du dirigeant pendant la période d'observation, avec pour point commun le principe du maintien des pouvoirs du dirigeant. Pour régir la gestion de l'entreprise pendant la période d'observation qui suit l'ouverture de la procédure de sauvegarde, la loi de sauvegarde des entreprises a poursuivi l'évolution amorcée par la loi du 25 janvier 1985. Pour résumer l'esprit de cette loi sur ce point, il a été écrit qu'« en principe, c'est le chef d'entreprise qui est le seul titulaire des pouvoirs d'engager l'entreprise au cours de la période d'observation »²⁴, sous réserve de l'étendue des pouvoirs conférés à l'administrateur et de l'autorisation du juge-commissaire pour certains actes de dispositions. La loi de sauvegarde des entreprises a consacré ce dispositif sous la forme d'un principe en affirmant que « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant »²⁵. Certes, « le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur »²⁶, mais les missions de celui-ci, lorsqu'il est désigné²⁷, ne peuvent être qu'une mission de surveillance ou d'assistance, et non une mission de représentation qui conduit à dessaisir le débiteur de la gestion, ce qui différencie la

¹⁵ Ph.Roussel Galle, « La procédure de sauvegarde, quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », JCP E 2006, 2437.

¹⁶ Article L.651-2 du code de commerce.

¹⁷ Articles L.653-1 et suivants du code de commerce.

¹⁸ Article L.654-2 du code de commerce.

¹⁹ La liquidation judiciaire pour la responsabilité pour insuffisance d'actif, à laquelle s'ajoute le redressement judiciaire pour les autres sanctions sont seulement visées.

²⁰ Ph. Roussel Galle, op. cit., § 13. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a substitué à cette formulation celle de « personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

²¹ Alinéa 2 de l'article L.622-28, applicable également en redressement judiciaire.

²² Alinéa 2 de l'article L.626-11 du code de commerce.

²³ Mesure ajoutée par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

²⁴ C.Saint-Alary Houin, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », Rev.proc.coll. 1990, p3.

²⁵ Article L.622-1 du code de commerce.

²⁶ Article L. 622-3 du code de commerce.

²⁷ Le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur lorsque le nombre de salariés de l'entreprise est inférieur à 20 et son chiffre d'affaires inférieur à 3 millions d'euros. Le dépassement de l'un de ces deux seuils rend la désignation obligatoire.

sauvegarde redressement judiciaire²⁸. D'autres dispositions doivent rassurer le dirigeant. Ainsi les parts sociales, titres de capital, ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la personne morale débitrice détenues directement ou indirectement par les dirigeants peuvent être cédés librement²⁹.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a poursuivi en ce sens, cherchant à accroître l'attractivité de la sauvegarde, notamment en renforçant « les pouvoirs des dirigeants sur l'administration et la réorganisation de l'entreprise »³⁰. Ainsi, elle a supprimé l'éviction des dirigeants qui était possible lorsque l'adoption du plan de sauvegarde était subordonnée au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise. Elle a offert au débiteur la possibilité de proposer un administrateur à la désignation du tribunal³¹ ou la faculté de réaliser l'inventaire³². Elle l'a habilité à solliciter seul l'autorisation du juge commissaire pour accomplir l'un des actes énumérés dans l'article L. 622-7, II du Code de commerce. Ces différentes mesures visent à instaurer la confiance du débiteur dans la sauvegarde, même si le risque d'une conversion en redressement judiciaire n'est pas à exclure. Mais le régime de la sauvegarde, postule également une confiance dans le débiteur.

II – La confiance dans le débiteur

Le terme de débiteur, dont l'emploi s'est généralisé dans le livre VI du code de commerce, désignera le chef d'entreprise, si le débiteur est une personne physique ou, dans l'hypothèse d'une personne morale, son représentant légal. Si le débiteur doit avoir confiance dans la procédure de sauvegarde, l'instauration de cette procédure postule une relative confiance dans le comportement de celui-ci. En effet, pour la première fois, l'ouverture d'une procédure collective, avec tous les restrictions aux droits des créanciers qui en résultent, peut être ouverte à la seule demande du dirigeant de l'entreprise débitrice, alors que celle-ci n'est pas en cessation des paiements. Mais cette liberté n'est pas sans risques. Par ailleurs, la présentation sommaire des incitations adressées au débiteur montre que la confiance recherchée repose, en partie sur son maintien à la tête de l'entreprise, alors que celle-ci connaît des difficultés qu'elle en peut surmonter seule. Cette liberté laissée au débiteur, liberté de choisir cette procédure comme mode de traitement, liberté dans la gestion de l'entreprise au cours de la période d'observation dénote incontestablement d'une confiance accordée par le législateur au débiteur représenté par son dirigeant. La portée de cette confiance doit être mesurée. Elle apparaît être raisonnée s'agissant du choix de la procédure (A) et limitée lorsqu'elle porte sur la gestion de l'entreprise (B).

A – Une confiance raisonnée pour le choix de la procédure

Avant l'adoption de la loi de sauvegarde, le mode de traitement des difficultés de l'entreprise ne pouvait pas résulter d'un choix du chef d'entreprise. Seule la situation financière de l'entreprise, en application du critère de la cessation des paiements, décidait du mode de traitement applicable. Le recours aux modes amiables (le mandat ad hoc et l'ancien règlement amiable) supposait l'absence de cessation des paiements, alors que le constat d'un tel état conduisait à l'ouverture de l'une des deux procédures judiciaires, le redressement judiciaire ou la liquidation si le redressement était manifestement impossible. La loi de sauvegarde a mis fin à « la tyrannie de la cessation des paiements »³³ et a offert un choix au dirigeant de l'entreprise. En effet, si l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, il peut choisir entre des modes amiables, le mandat *ad hoc* et la conciliation, et la sauvegarde, procédure judiciaire de caractère collectif. Le débiteur étant seul apte pour décider de recourir à l'un de ces modes, il lui appartient donc de faire le bon choix³⁴. Mais cette liberté de choix ne se limite pas à cette hypothèse. Si l'entreprise est en état de cessation des paiements, sans l'être depuis plus de quarante-cinq jours, son dirigeant peut choisir entre la conciliation et le redressement judiciaire. L'introduction de cette souplesse

²⁸ En redressement judiciaire l'administrateur peut se voir confier une mission d'assistance ou de surveillance.

²⁹ En revanche en redressement judiciaire, ils ne peuvent être cédés que dans les conditions fixées par le tribunal.

³⁰ Rapport au Président de la République précité.

³¹ Article L.621-4, al. 5 du code de commerce.

³² Article L.622-6-1 du code de commerce.

³³ F.-X.Lucas, « L'apport de la nouvelle loi et sa philosophie », LPA 16 mars 2006, n° 54, p. 8.

³⁴ Ph.Roussel Galle, La procédure de sauvegarde, quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, op. cit.

a été lue par les commentateurs comme un signe de pragmatisme. Mais ce pragmatisme traduit la confiance du législateur dans les dirigeants de l'entreprise puisqu'il leur appartient de choisir, au moment opportun, le mode de traitement le plus adapté qui doit permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés. La cessation des paiements, ou son absence, ne devient qu'un paramètre de ce choix

Cette confiance est d'autant plus marquée que le choix s'exerce entre un mode de traitement amiable, reposant sur la recherche d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, et une procédure judiciaire. Or lorsque l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, il peut être tentant, pour le débiteur, de choisir la procédure de sauvegarde pour ses caractères judiciaire et collectif qui paralysent l'action des créanciers. En effet, l'ouverture de la procédure de sauvegarde est subordonnée à la preuve, par le débiteur, de « difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter », sans que ces difficultés soient qualifiées. Elles peuvent donc être financières, économiques, sociales mais aussi juridiques. En outre, alors que la loi de sauvegarde des entreprises avait exigé que ces difficultés soient de nature à conduire à la cessation des paiements, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé cette condition. Ce critère d'ouverture ainsi défini a justifié la crainte d'une « sauvegarde de confort »³⁵, d'un « détournement »³⁶ ou d'une « instrumentalisation de la procédure de sauvegarde »³⁷.

Ce risque apparaît lorsque le débiteur doit faire face à des difficultés liées à l'exécution, bien plus à la mauvaise exécution de sa part d'un contrat. Ces difficultés pourraient justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et offrir au débiteur l'occasion d'échapper à ses obligations contractuelles, les poursuites du créancier étant paralysées et le sort du contrat en cause subordonné aux exigences de la sauvegarde de l'entreprise³⁸. L'hypothèse n'est pas d'école. Une société confrontée à l'exigibilité anticipée de créances obligataires, parce-qu'elle n'avait pas respecté les stipulations du contrat d'émission de ces obligations, a demandé et obtenu l'ouverture d'une procédure de sauvegarde³⁹. Plus connue et plus intéressante, en raison de ses suites jurisprudentielles, est l'affaire dite Cœur Défense. A la suite de la défaillance des sociétés Lehman Brothers et Inc. , qui avaient conclu avec une société emprunteuse, la société Hold, des contrats de couverture du risque de variation pour des prêts portant intérêt à taux variable, la société Hold s'est trouvée dans l'impossibilité de fournir une nouvelle contrepartie conforme aux stipulations de ces prêts. Pour le prêteur, cette impossibilité constituait un cas de défaut entraînant l'exigibilité immédiate du remboursement du prêt. Pour faire face à cette difficulté, la société Hold a sollicité l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Mais l'ouverture de la procédure a été refusée par la Cour d'appel de Paris au motif que cette société ne prétendait pas « éprouver de difficultés à poursuivre son activité ... », mais faisait seulement « état de circonstances imprévues lui rendant plus onéreuse l'exécution de son obligation de couverture du risque de variation des taux d'intérêt, imposée par les contrats de prêt ayant originellement financé son acquisition », la difficulté alléguée ne concernant que le renchérissement du contrat de couverture⁴⁰. Cependant, la Cour de cassation a cassé cet arrêt et énonce, dans un attendu de principe que « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter... »⁴¹. Ainsi, les mobiles de la demande d'ouverture n'ont pas à être pris en compte⁴², dès lors que le débiteur fait état de difficultés insurmontables.

³⁵ B.Saintourens, « Les conditions d'ouverture après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », Rev.proc.coll. 2009, p. 40, n° 8.

³⁶ Ph.Delebecque, « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », BJE 2016-3, n° 113j7p.209.

³⁷ Pour des positions opposées, voir : M.Menjuq, « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », BJE 2016-3, n° 113j9, p. 201 et B. Saintourens, « L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ? », BJE 2016-3, n° 113k2, p. 203.

³⁸ Les contrats en cours ne prennent pas fin du seul fait de l'ouverture de la procédure, mais l'administrateur ou à défaut le débiteur a la faculté de le poursuivre ou d'y renoncer.

³⁹ T.com. Beaune, 16 juillet 2008, Rev.sociétés 2008, p. 891, note M. Menjuq.

⁴⁰ CA Paris 25 février 2010, n° 09/22756. Sur cet arrêt, voir : M.Menjuq, Affaire Heart of La Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev.proc.coll. 2010-3, étude 11.

⁴¹ Cass.com 8 mars 2011, n°s 10-13.988, 10.13.989 et 10.13.990. Menjuq, « Affaire Cœur Défense : La Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde », Rev. proc. coll. 2011, repère n° 2, p. 1 ; Roussel-Galle, « Conditions d'ouverture de la sauvegarde : les textes, rien que les textes ! », Bull. Dict. perm. Difficultés des entreprises, Zoom mars 2011 ; B.Saintourens, « Conditions d'ouverture de la sauvegarde, la Cour de cassation fait le maximum », Act. proc. coll. 2011, n° 7, p. 1

⁴² M.Menjuq, L'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde est-elle frauduleuse ?, op.cit., p. 201.

Le risque est donc de favoriser « les coquins et les vilains »⁴³ et la confiance accordée au débiteur confinerait à la naïveté⁴⁴, pour ne pas dire plus. Cependant, de nombreux éléments font de cette confiance, une confiance raisonnée. En effet, d'une part, si le risque d'une instrumentalisation ou d'un détournement de la procédure existe, il n'en reste pas moins que cette confiance n'exclut pas tout contrôle. La demande doit être motivée et accompagnée d'un certain nombre de documents et pièces, ce qui doit permettre un contrôle exercé par le juge lorsqu'il examine la demande d'ouverture⁴⁵. D'autre part, dans la jurisprudence dite « Cœur Défense », la Cour de cassation a réservé l'hypothèse de la fraude. Certes cette réserve a été jugée insuffisante en raison de la rareté de réalisation d'une hypothèse de fraude⁴⁶ et le recours à l'abus de droit jugé préférable⁴⁷, des objectifs clairs ayant été assignés à la procédure de sauvegarde⁴⁸. Mais il est à noter que si l'abus de droit n'a pas été réservé par la Cour de cassation, le juge peut toujours y recourir. La confiance n'exclut donc pas la méfiance, « la confiance véritable n'étant pas la crédulité »⁴⁹ et les deux attitudes ne sont pas nécessairement contradictoires mais peuvent être associées⁵⁰. Enfin, le législateur a fait le choix de la liberté, liberté laissée au dirigeant pour choisir, de manière anticipée, le traitement adapté afin de sauvegarder l'entreprise, condition essentielle qui l'emporte sur les motivations de la demande d'ouverture. Or « liée à la liberté, la confiance tient du pari et n'est pas rétive à l'aventure et au risque »⁵¹. Mais ce risque est limité : les procédures de sauvegarde sont peu nombreuses, ce qui contredit un éventuel effet d'aubaine⁵². Pour toutes ces raisons, la confiance accordée par le législateur peut être qualifiée de raisonnée. Pour la gestion de l'entreprise, la confiance est plus limitée.

B – Une confiance limitée dans la gestion de l'entreprise

En l'absence d'administrateur, le principe énoncé par l'article 622-1 C. com., selon lequel l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant trouve sa pleine expression. Seuls certains actes, parce-que graves, ne pourront être accomplis qu'avec l'autorisation du juge commissaire à l'instar des actes de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise. En outre, lorsqu'il n'a pas été désigné d'administrateur, des dispositions spécifiques⁵³ attribuent au débiteur certains pouvoirs. Tout particulièrement, s'agissant de la gestion de l'entreprise, le débiteur « exerce, après avis conforme du mandataire judiciaire, la faculté ouverte à l'administrateur de poursuivre des contrats en cours »⁵⁴. Cependant, le débiteur ne peut exercer l'option qu'après avoir obtenu l'avis conforme du mandataire judiciaire et, en cas de désaccord, il est recouru au juge-commissaire. Enfin, lorsque la désignation de l'administrateur est facultative, le tribunal peut y procéder si elle lui paraît nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise, ce qui permet de prendre en considération le peu de confiance que le dirigeant peut susciter. Bien plus, lorsque le tribunal n'a pas procédé dans le jugement d'ouverture à la désignation d'un administrateur, parce qu'elle n'est pas obligatoire et ne lui paraît pas nécessaire, notamment en raison de la confiance que peut inspirer le dirigeant de l'entreprise, une désignation est toujours possible

⁴³ Ph.Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté, acte II (Commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008) », JCP G 2009, 1049, § 14.

⁴⁴ B.Saintourens, op.cit.

⁴⁵ M.Menjuq, op. cit.

⁴⁶ B.Saintourens, op. cit.

⁴⁷ B.Saintourens, op. cit.

⁴⁸ En vertu de l'article L.620-1 du Code de commerce, la procédure de sauvegarde « est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

⁴⁹ Alain, Définitions, « Méfiance », Gallimard, Pléiade, p. 1047

⁵⁰ En ce sens : O.Leboyer, L'énigme de la confiance, Rev. Commentaire, 2017-3, n° 159, p. 497. Pour l'auteur, la définition précitée donnée par Alain indiquerait qu'une « confiance véritable doit comporter, précisément, une dose de méfiance, comme un recul nécessaire au jugement ».

⁵¹ O.Leboyer, L'énigme de la confiance, op.cit., p.502.

⁵² En 2016, seulement 3 % des demandes d'ouverture de procédures collectives portaient sur une sauvegarde (Ministère de la Justice, Références statistiques, année 2016). Depuis 2015, la baisse du nombre de nouvelles procédures de sauvegarde est constante (AGS, Le bulletin statistique trimestriel de la garantie des salaires, Juillet 2019, n° 25).

⁵³ Chapitre VII du titre II du livre VI du code de commerce.

⁵⁴ Article L. 627-2 du code de commerce.

jusqu'au jugement arrêtant le plan⁵⁵. Elle doit être demandée par le mandataire judiciaire ou par le ministère public, ce qui se justifiera en cas de mauvaise gestion menée par le dirigeant. La confiance n'est donc pas illimitée. Il convient d'ajouter que le débiteur peut lui-même solliciter cette désignation, ce qui suppose qu'il prenne conscience de ses difficultés à gérer l'entreprise.

En présence d'un administrateur et afin de rendre la procédure de sauvegarde attractive, en la différenciant du redressement judiciaire, la loi du 26 juillet 2005 propose au tribunal ayant ouvert la procédure de choisir entre deux types de missions pour l'administrateur : « surveiller le débiteur dans sa gestion » ou « l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux »⁵⁶. Le contenu de ces missions n'est pas défini par la loi mais chacune instaure, selon des modalités et une intensité qui diffèrent, un contrôle de la gestion du dirigeant. Lorsqu'il se voit confier une mission de surveillance, l'administrateur doit exercer un contrôle *a posteriori* de la gestion par le dirigeant. La jurisprudence a pu donner quelques précisions quant au contenu de cette mission. Alors qu'une cour d'appel avait jugé que la mission de surveillance se limitait « à s'assurer qu'il n'est pas effectué d'agissements contraires à l'intérêt de l'entreprise ou de ses créanciers », la Cour de cassation a indiqué que l'administrateur est tenu, dans sa mission de surveillance, « de s'assurer que le débiteur respecte les obligations légales incombant au chef d'entreprise » et qu'il « devait vérifier que le débiteur s'acquittait de son obligation de reverser aux caisses de retraite les cotisations qu'il prélevait sur les salaires »⁵⁷. Mais ce contrôle ne doit pas conduire l'administrateur à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. En outre, en cas de mauvaise gestion, l'administrateur peut demander au tribunal la modification de sa mission⁵⁸. Cette faculté est également offerte au mandataire judiciaire et au ministère public.

Lorsque l'administrateur est doté d'une mission d'assistance, le débiteur ne peut agir seul. En l'absence de définition légale de cette mission, la Cour de cassation a précisé que l'administrateur devait intervenir à l'acte de gestion, intervention concrétisée par une double signature. Il en est ainsi, par exemple, du fonctionnement des comptes bancaires soumis à la double signature⁵⁹. Lorsque le tribunal n'a pas usé de la faculté de limiter la mission à certains actes, cette exigence s'applique également aux actes de gestion courante. Le choix de la mission d'assistance traduit ainsi une défiance à l'égard du débiteur et la définition de son étendue doit être à proportion de cette défiance.

A l'issue de ces quelques illustrations, le rôle de la confiance dans le choix et le déroulement de la procédure de sauvegarde se confirme. Il peut être critiqué et contesté, considéré comme étant inadéquat appliqué à un débiteur proche de la défaillance, voire susciter l'ironie. Mais le choix a été fait par le législateur, après des siècles de défiance, et ce choix constitue un pari. Pari manqué si l'on se réfère au nombre de procédures de sauvegarde, mais réussi en ce qu'il n'a pas donné lieu aux débordements redoutés.

⁵⁵ Article L.621-4, al. 4 du code de commerce

⁵⁶ Article L.622-1, II du code de commerce.

⁵⁷ Arrêt précité.

⁵⁸ Article L.622-1 IV du code de commerce.

⁵⁹ Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-17.203 ; Act.proc.coll. 2013-12, comm. 163, obs. Jazottes ; BJE 2013, p. 278, note S. Benilsi ; Gaz. pal. 29 sept. 2013, p. 18, obs. Ch. Bidan ; Rev.proc.coll. 2014-3comm. 57, obs Lebel ; Rev. sociétés 2013, p. 523, note L.-C. Henry.