



HAL
open science

Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté

Bertille Ghandour

► **To cite this version:**

Bertille Ghandour. Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2016. Français. NNT : 2016LIL20025 . tel-03917484

HAL Id: tel-03917484

<https://theses.hal.science/tel-03917484>

Submitted on 2 Jan 2023

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

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

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue publiquement le 28 novembre 2016

par **Bertille GHANDOUR**

**Le traitement judiciaire
des entreprises en difficulté**

Directeur de thèse

Monsieur le Professeur Denis VOINOT, *Université Lille 2*

Membres du jury

Monsieur le Professeur Pierre CAGNOLI, *Université de Haute-Alsace*

Madame le Professeur Françoise PÉROCHON, *Université Montpellier 1*

Madame le Professeur Jocelyne VALLANSAN, *Université de Caen, en
service extraordinaire à la Cour de cassation*

Monsieur le Professeur Frédéric VAUVILLÉ, *Université Lille 2*

L'Université Lille 2 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier particulièrement :

Monsieur le professeur Voinot pour avoir dirigé mes recherches. Ses remarques avisées et sa confiance ont permis l'aboutissement de ce travail.

Les doctorants - certains devenus docteurs - et les autres membres du laboratoire pour leurs précieux conseils et leur appui matériel.

Mes relecteurs, notamment ma mère et mes grands-parents, pour leur infinie patience.

Mes proches, famille et amis, pour leur affection et leur soutien.

Veillez recevoir, par ces quelques mots, l'expression de ma profonde gratitude et reconnaissance.

Liste des principales abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
AJMJ	Administrateur et mandataire judiciaires
Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Anc.	Ancien (pour un texte de loi)
API	Autorité publique indépendante
Art.	Article
Bull.	Bulletin (civil, commercial ou criminel) de la Cour de cassation
BJE	Bulletin mensuel Joly d'information des entreprises
C/	Contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. tr.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. AP	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile (1 ^{ère} , 2 ^e , 3 ^e),
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention ou Cour (selon contexte) européenne des droits de l'Homme
CGJCF	Conférence générale des juges consulaires de France
Circ.	Circulaire
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Comm.	Commentaire (jurisprudence), communication ou communiqué (Europe)
Comm. euro.	Commission européenne
Comp.	Comparer à
Cons.	Considérant (texte ou jurisprudence)
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Cons. UE	Conseil européen
CMF	Code monétaire et financier
CNTC	Conseil national des tribunaux de commerce
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
D.	Recueil Dalloz ou Décrêt (selon contexte)
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Dir.	Directive européen ou direction scientifique (selon contexte)

DP	Droit et patrimoine (Lamy)
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
Fasc.	Fascicule (Jurisclasseur)
FICP	Fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers
GP	Gazette du Palais
Interv.	Intervention
Jcl.	Jurisclasseur (encyclopédies LexisNexis)
Jcl. proc. coll.	Jurisclasseur Procédures collectives
JCP E	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition « Entreprise »
JCP G	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition « Générale »
JCP N	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition « Notariale »
JCP S	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique) édition « Sociale »
JORF	Journal officiel de la République Française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L.	Loi
LJ	Liquidation judiciaire
LJS	Liquidation judiciaire simplifiée
Min.	Ministre (ou ministère selon le contexte)
Min. Just.	Ministre (ou ministère selon le contexte) de la Justice
N.	Note (de doctrine sous arrêt ou référence de bas de page selon le contexte)
N.p.B.	Non publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Not.	Notamment
Ord.	Ordonnance
P.	Page(s)
PA	Petites Affiches
PE	Parlement européen
Précit.	Précité
Prop.	Proposition
PSA	Procédure de sauvegarde accélérée
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
RCS	Registre du commerce et des sociétés
RDB	Revue de droit bancaire et financier
Rec.	Recueil (Conseil constitutionnel ou Lebon, du Conseil d'État)
REF	Revue d'économie financière (Association d'économie financière)
Rép. civ.	Répertoire de droit civil (Dalloz)
Rép. com.	Répertoire de droit commercial (Dalloz)
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Requête (ancienne Chambre de la Cour de Cassation)
RJ	Redressement judiciaire
RJC	Revue de jurisprudence commerciale

RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RM	Répertoire des métiers
RPC	Revue des procédures collectives
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Et suivants ou siècle (selon contexte)
SFA	Procédure de sauvegarde financière accélérée
Somm.	Sommaire de jurisprudence
Sp.	Spécialement
T.	Tome
TA	Texte adopté (loi en cours de discussion au Parlement)
TC	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
URSSAF	Union pour le recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et des allocations familiales
V.	Voir (dans le sens de : « à consulter »)

* * * * *

Règles de citations rapides

Des références de citation rapide sont employées dans la thèse. Elles sont indiquées une première fois de manière complète, puis les fois suivantes de façon abrégée :

- Les références répétées d'un ouvrage sont simplifiées par l'indication d'abord du nom du (ou des) auteur(s), puis de la mention « manuel précit. » (ou autre ouvrage concerné) et, enfin, du numéro de page ou de paragraphe spécialement visé. Il en va de même pour les thèses ;
- Les références répétées d'un article de doctrine sont simplifiées par l'indication d'abord du nom du (ou des) auteur(s), puis du titre et de la source abrégés et, enfin, du numéro de page ou de paragraphe spécialement visé ;
- Les références répétées d'un texte de droit sont simplifiées par l'indication d'abord de la nature du texte, puis de la date ou du numéro de référence et, enfin, de l'article spécialement visé ;
- Les références répétées d'un document public sont simplifiées par l'indication d'abord de la nature du document, puis du nom du (ou des) auteur(s), éventuellement de l'année, et, enfin, du numéro de page (format PDF), de paragraphe ou de proposition spécialement visé.

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE

LE CHOIX DU TRAITEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

TITRE I. Les raisons du choix du traitement judiciaire

Chapitre I. Les limites du traitement non judiciaire des entreprises en difficulté

Chapitre II. L'attrait pour le traitement judiciaire des entreprises en difficulté

TITRE II. L'évaluation du choix du traitement judiciaire

Chapitre I. La confusion des autorités judiciaires

Chapitre II. La dénaturation de l'office du juge

DEUXIÈME PARTIE

LA RESTRUCTURATION DU TRAITEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

TITRE I. Une approche renouvelée de la détection des difficultés

Chapitre I. Un critère unique de détection des difficultés

Chapitre II. Une autorité non judiciaire de détection des difficultés

TITRE II. Une organisation rationalisée du traitement des difficultés

Chapitre I. La déjudiciarisation du prétraitement des difficultés

Chapitre II. La rejudiciarisation du traitement des difficultés

À ma mère,

À Romain,

Introduction

*Tertiis nundinis partes se canto ; si plus minusve secuerint sine fraude esto*¹.

1. Loi des Douze tables. « Si le débiteur est adjudgé à plusieurs créanciers, que le quatrième jour de marché, ces créanciers le coupent par parties ; s'ils en coupent plus ou moins, qu'ils soient impunis »². Il ne doit donc pas être fait de crime « si l'un des créanciers prend une plus grosse part du cadavre mis en pièces, que celle qui doit lui appartenir à raison de la quotité de sa créance »³.

Tel était le sort⁴ réservé au débiteur insolvable par la loi des Douze Tables en l'an 390 avant Jésus-Christ⁵. Il est difficile d'imaginer, en perspective, l'effacement de ses dettes comme le permet aujourd'hui le rétablissement professionnel instauré par l'ordonnance du 12 mars 2014⁶. Aux prémices du droit, le débiteur insolvable se trouvait être le prisonnier du créancier. Chargé « du poids de quinze livres »⁷, il était enchaîné, pieds et cou⁸. À ce propos, c'est ici que le terme « obligation »⁹ trouve son sens originel : « alors ces débiteurs s'appeloient *nexi* [liés], à raison de la corde faite de nerfs d'animaux, dont on se servoit pour les garrotter ; et *obærat* [obérés]¹⁰, à cause de l'état déplorable auquel ils se trouvoient réduits *ob æs alienum*, à raison de leurs dettes »¹¹.

¹ Traduction *infra*, sp. n° 1 ; Loi des Douze Tables, Table 3, § 6, selon AULU-GELLE, *Nuits attiques*, livre XX, 1, § 49-52 ; en latin, GUILLOT (G.), *Droit romain, de la pignoris capio, de la manus injectio, et des voies d'exécution des jugements ; Droit français de la saisie arrêt*, th., G. COLMET-DAAGE (dir.), 1869, Imprimerie de A. Parent, 240 p., sp. p. 5.

² Selon la traduction de BOUCHAUD (M.-A.), *Commentaire sur la loi des douze tables*, t. 1, Imprimerie de la République, 1803, 2^e éd., 670 p., sp. p. 458.

³ *Ibid.*, sp. p. 459.

⁴ Selon la traduction littérale ; au sens figuré, il aurait s'agit en réalité d'une vente à l'encan dont le produit était réparti à proportion entre les créanciers, y compris dans le cas où le créancier avait vendu à un prix inférieur ; le vente se produisait publiquement pour éviter toute fraude, *ibid.*, sp. p. 459 ; de plus, cette disposition n'aurait qu'un but dissuasif, n'ayant jamais véritablement lieu ; la vente en esclavage était préférée ; les seules mises à mort auraient concerné les plus vieux et infirmes, *ibid.*, sp. p. 172 s. ; également en ce sens, GUILLOT (G.), th. précit., sp. p. 14

⁵ GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, par J.-P. LÉVY (préf.), F. SENN (éd.), Dalloz, 2003, 8^e éd. (rééd. 1929), 1223 p., sp. p. 20 s. et sur la table 3, sp. p. 1044 ; également, SCHIAVONE (A.), *L'invention du droit en Occident*, G. et J. BOUFFARTIGUE (trad.), éd. Belin, 2008, sp. p. 98 s., p. 111 s. et note p. 487.

⁶ Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (ci-après notée « ord. 12 mars 2014 »), art. 57 s. ; C. com., art. L. 645-11 ; v. *infra*, sp. n° 351.

⁷ *Ni judicatum facit, aut qui endo eo in jure vindicit, secum ducito vincito, aut nervo, aut compedibus, quindecim pondo, ne minore, aut, si volet, majore vincito*, table 3, § 3, GUILLOT (G.), th. précit., sp. p. 5.

⁸ BOUCHAUD (M.-A.), *loc. cit.*, sp. p. 447-448.

⁹ Pour un développement, v. *infra*, sp. n° 31.

¹⁰ C'est-à-dire entravés dans leur liberté (ils n'étaient pas encore esclaves).

¹¹ BOUCHAUD (M.-A.), *loc. cit.*, sp. p. 439 ; le soulignant également, BIROUSTE (J.), Renversement du sens de la dette et crise pour le juridique, *GP*, 2003/58, p. 6 s. ; et sur l'histoire du droit des obligations, v. DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, 2^e éd., 919 p. ; pour le terme « obligation », v. *infra*, sp. n° 31.

Malgré sa dureté, la loi des Douze Tables représentait une étape dans la civilisation. En effet, « le droit de poursuivre sa créance contre le débiteur »¹ endetté - qui consistait concrètement en la *manus iniectio* (littéralement « main au collet »²) - pouvait être exercé parce qu'il avait eu lieu, précisément, « en procès légitime », c'est-à-dire par devant magistrat (le prêteur)³. Avant cette loi, « rien n'étoit plus déplorable que la condition des débiteurs obérés : non-seulement on les chargeoit de fers et on les tenoit dans une prison perpétuelle, mais même quelquefois on les fustigeoit, et on les maltraitoit jusqu'à leur casser les membres »⁴. Avec elle, le débiteur (*adjudicati/addicatus*) qui reconnaissait sa dette ou se trouvait condamné en audience (*in judicio*)⁵ était attribué par le magistrat au créancier pour un délai de soixante jours. Cela devait lui permettre de s'exécuter ou de s'« accommoder »⁶ ensemble. À défaut, le débiteur pouvait être vendu en tant qu'esclave au-delà du Tibre⁷, mais une fois encore, après intervention du magistrat⁸. En tout état de cause, c'était évidemment une sanction moins cruelle que la peine capitale⁹. Au-delà de la barbarie, il est possible de retenir de la loi des Douze Tables qu'en prévoyant l'entremise du juge, elle édifie un rempart contre la vengeance privée¹⁰ du créancier insatisfait à l'égard de l'insolvable.

2. De la faillite au droit des entreprises en difficulté. L'évolution de la société a intrinsèquement contenu le rôle du juge, que ce soit pour le respect des règles naissantes ou la pacification des conflits. Mais au-delà des fondations du droit romain, une origine plus significative de l'appel au juge peut être soulignée dans le droit ancien de la faillite. En effet, il faut rappeler que la codification des règles commerciales initiée sous le règne de Louis XIV¹¹ et

¹ Intitulé de la loi IV (table 3), BOUCHAUD (M.-A.), *op. cit.*, sp. p. 439.

² Ou littéralement : « jet de la main sur quelqu'un », autrement traduit par « mainmise », LÉVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, 2^e éd., 1619 p., sp. n° 672.

³ Table 3, § 1 ; contrairement à la pratique du *nexum* qui, si elle emprunte les formes de la *mancipatio*, pouvait avoir lieu directement, le créancier étant autorisé par le contrat, GUILLOT (G.), th. précit., sp. p. 20.

⁴ *Ibid.*, sp. p. 454.

⁵ GUILLOT (G.), th. précit., sp. p. 11.

⁶ C'est-à-dire s'entendre et conclure un marché ; table 3, § 5.

⁷ Table 3, § 6.

⁸ L'Huissier proclamant à l'audience du prêteur la somme à laquelle le débiteur était condamné, Table 3, § 5.

⁹ Bien que l'exécution demeure sur la personne du débiteur faute d'abstraction du lien d'obligation, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 82-83 ; elle le deviendra avec la *venditio bonorum* qui est une vente globale des biens, not. GUILLOT (G.), th. précit., sp. p. 64 s.

¹⁰ Sur ce point, v. *infra*, sp. n° 28 s.

¹¹ Qui ouvre une période de réglementation commerciale : Édikt du roi *servant de règlement pour le commerce des négociants et des marchands tant en gros qu'en détail*, promulguée en mars 1673 ; aussi appelé « Code Savary » ou « Ordonnance de Colbert » ; il comprend notamment un titre VII sur la contrainte par corps, un titre X sur la cession de biens et un titre XI sur la banqueroute ; DUPOUY (C.), *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, th., LGDJ, 1960, 246 p. ; GUILLON (A.), *Essai historique sur la législation française des faillites et banqueroutes avant 1673*, th., Rennes, 1903-1904, 127 p.

réalisée par l'empereur Napoléon I^{er} tend à moraliser² le commerce contre les débiteurs qui organisaient leur propre insolvabilité pour s'enrichir aux dépens des créanciers. Sous le droit ancien, la faillite était considérée par nature comme une faute (*faillitus, ergo fraudator*). Il fallait donc la sanctionner, ce qui explique le caractère répressif des règles³ et corrélativement, l'appel à l'autorité judiciaire.

D'un droit particulièrement sévère et « sanctionnateur »⁴, les règles se sont affinées avec le temps, distinguant la question de la sanction de l'homme à l'origine des difficultés de la pérennité de l'activité économique concernée. C'est l'évolution du droit de la faillite vers le droit des entreprises en difficulté⁵. En France, elle a notamment eu pour conséquence de maintenir et, plus encore, d'accroître et de diversifier le rôle du juge⁶. Celui-ci doit désormais aussi sauvegarder l'entreprise⁷, ce qui implique d'anticiper ses difficultés. Il en ressort un droit des entreprises en difficulté entièrement dominé par l'intervention de l'autorité judiciaire.

3. Perspective de droit comparé. La nature *judiciaire* du traitement des entreprises en difficulté doit être relevée en ce qu'elle constitue une particularité du droit français⁸. En effet, le recours au juge n'apparaît pas aussi systématique et, surtout, pas à un tel degré d'implication au regard d'autres droits étrangers. Par exemple, en droit australien, l'initiative de la demande d'ouverture est diversifiée et, hors ministère public, appartient aux autorités administratives⁹. La

¹ Adoption du Code de commerce en sept. 1807, Titre III relatif aux « faillites et banqueroutes ».

D'après son discours, « dans toute faillite, il y a un corps de délit puisque le failli fait tort à ses créanciers », HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, Puf, 1986, 355 p., sp. n° 202 ; ainsi, avant tout jugement, le Code de commerce de 1807 prévoyait notamment l'incarcération automatique du débiteur insolvable, l'apposition systématique de scellés sur ses biens ainsi que ceux de son épouse afin d'empêcher tout risque de collusion, *ibid.*, sp. n° 202.

² SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Morale et faillite », in Centre de droit des affaires, *La morale et le droit des affaires*, Actes du colloque, Toulouse, 1995, Montchrestien, 1996, p. 159-171.

³ HILAIRE (J.), *op. cit.*, sp. n° 202 ; à l'origine, la faillite correspond donc à une procédure pénale, SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives* (ci-après noté « Traité »), Litec, 1995, 2^e éd., 2812 p., sp. n° 1.

⁴ ROUSSEL GALLE (P.), Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ?, in Dossier, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, actes du colloque, Paris Ouest Nanterre, 2011, *RPC*, 2012/3, dossier 17 ; v. *infra*, sp. n° 113.

⁵ Not. par L. n° 67-563, 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes (ci-après notée L. 13 juill. 1967).

Sur cette évolution, not. : BRUNET (B.), « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in méf. R. ROBLLOT, *Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif*, 1984, p. 471 s., également in rapp. Inspection générale des finances, *Aspects économiques de la faillite*, Bibl. dr. com., Sirey, 1970, p. 111 s. ; PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)... d'un droit en dérive) », in méf. R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 109-150 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », in J. KRYNEN et M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, PU Toulouse I, 2005, p. 299 s. et « La modernisation du droit des faillites (Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté) », in G. JAZOTTES (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, 2007, p. 77 s.

⁶ V. *infra*, sp. n° 116 s.

⁷ Intitulé L. n° 2005-845, 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises (ci-après notée « loi de Sauvegarde »).

⁸ VALLENS (J.-L.), *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly-Lextenso, 2011, 165 p., sp. n° 16 ; également, FRANCO (O.), *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, th., E. CLAUDEL (préf.), LGDJ-Lextenso, 2016, 517 p., sp. n° 425 ; TURLUTTE (E.), *Les objectifs du droit de la faillite en droit comparé : France, États-Unis, Angleterre, Espagne*, th., L. VOGEL (dir.), Univ. Paris II, 2014, 785 p., sp. n° 604 s.

⁹ C'est le cas de l'*Australian Securities Investment Commission*, VALLENS (J.-L.), GIORGINI (G. C.) (dir.), *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, F.-X. LUCAS et B. FAUVARQUE-COSSON (préf.), éd. Société de législation comparée, 2015, 128 p., sp. p. 36, n. n° 52.

plupart des pays¹ confèrent au professionnel désigné le pouvoir de vérification des créances et d'admission au passif, contrairement à la France qui judiciaire entièrement cette étape de la procédure². Par ailleurs, au Liban notamment, pour éviter une procédure de liquidation judiciaire sèche, la réorganisation de l'entreprise fait l'objet d'accords amiables, extrajudiciaires³. Il faut dire que de manière générale le traitement amiable (*al souhl*) demeure la solution privilégiée des droits arabes⁴ en comparaison du droit français, particulièrement judiciaire. C'est également un fait en Extrême-Orient où le Japon par exemple donne la préférence à l'accord informel (*shiteki seiri*)⁵. Le droit italien place pour sa part la procédure de réorganisation des très grandes entreprises ou des groupes sous l'autorité du ministre⁶. En Russie, l'agence fiscale fédérale - organe exécutif de l'État - dispose d'importants pouvoirs pour intervenir dans la procédure collective⁷. Pour elle, comme pour la plupart des autres pays de l'Est, « la "judiciarisation" marquée de la procédure française n'a guère fait école » comme le constate le professeur Vallens⁸. Le droit britannique illustre quant à lui le modèle opposé au cas français⁹ : la seule possibilité d'un plan de restructuration adopté sans intervention d'un juge (*Company Voluntary Arrangement*)¹⁰ en témoigne.

¹ Sauf la France, le Luxembourg, les Pays-Bas notamment qui connaissent l'institution du juge-commissaire, *ibid*, sp. p. 45.

² La déclaration de créances est considérée comme une demande en justice par la jurisprudence, C. cass. AP, 4 fév. 2011, n° 09-14.619 ; *Bull. AP*, n° 2 ; toutefois, LE CORRE (P.-M.), Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile, *PA*, 28 nov. 2008, p. 72 s. et v. *infra*, sp. n° 476.

³ C'est le concordat extrajudiciaire, C. com. Lib., art. L. 459 ; d'une manière générale, NAMMOUR (F.), Les procédures collectives en droit libanais, *RPC*, 2007/4, p. 183 s.

⁴ VALLENS (J.-L.), *L'insolvabilité des entreprises (...)*, *loc. cit.*, sp. n° 65.

⁵ KOHARI (Y.), « Le droit de la faillite français et le Japon », in *Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007*, *op. cit.*, p. 723-733 ; sur le droit japonais, MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), Aperçu sur le droit japonais des procédures collectives, *RPC*, 2011/4, p. 20-23.

⁶ L. n° 95, 3 avril 1979 relative à l'Administration extraordinaire (Amministrazione straordinaria) des grandes entreprises en difficulté, dite « loi Prodi » ; modif. en conformité au droit européen des aides d'État (v. *infra*, sp. n° 74), Décret-loi n° 270/1999, 8 juill. 1999 ; réservée aux très grandes entreprises, la procédure (demande d'ouverture, ouverture, désignation des organes, gestion de l'entreprise et redressement avec garantie d'État) relève globalement du ministre des Activités productives (min. Industrie) et concrètement, d'un commissaire extraordinaire (*Commissario straordinario*) désigné parmi les membres de ce ministère ; LAURENT (N.), Quelques exemples de réponse à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens, *CDE*, 2009/5, dossier 31 ; PANZANI (L.), La coordination des droits nationaux par le droit communautaire, le point de vue du magistrat : la jurisprudence des tribunaux italiens, *PA*, 19 oct. 2006, p. 11 s. ; pour une application, v. les aff. Groupe *Parmalat* (restructuration, décret-loi n° 347/2003, 23 déc. 2003 mesures urgentes pour la restructuration industrielle de grandes entreprises en état d'insolvabilité, dite « loi Marzano ») et C^{ie} *Alitalia* (cession totale, décret-loi n° 134/2008, 28 août 2008) ; FABBRI (M.), Le droit italien face au crash d'Alitalia, *RLDA*, août 2008, perspectives, étude, 42 et Le droit italien de la faillite et sa réforme : un petit aperçu, *RLDA*, 2008, étude 30 et v. Le nouveau droit italien des procédures collectives, *BJE*, 2013/5, p. 311 s.

⁷ LÉVY (F.), Comparaison de la loi russe et de la loi française en matière de faillite, *RPC*, 2005/4, p. 314 s., sp. p. 315.

⁸ VALLENS (J.-L.), Les lois sur la faillite dans les pays de l'Est, *PA*, 28 juin 1995, p. 38 s.

⁹ BRULARD (Y.), Les groupes et les procédures de pré-insolvency : le signe d'un changement de nature du nouveau Règlement insolvabilité ?, *RPC*, 2015/1, dossier 4 ; VALLENS (J.-L.), *L'insolvabilité (...)*, *op. cit.*, sp. n° 16.

¹⁰ Aussi dit *Corporate Voluntary Arrangement* (CVA) ; d'une manière générale, v. MARKS (D.), Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne, *PA*, 16 juin 2005, p. 17 s. ; MOREL (O.), La procédure d'Administration outre-Manche : comparaison franco-anglaise, *BJE*, 2012/1, p. 65 s.

Sans prétendre à une étude de droit comparé sur l'insolvabilité¹ qui appelle ses propres méthodes², les éléments des législations étrangères rapportés mettent en lumière l'existence d'autres voies de traitement que celle judiciaire.

4. Perspective d'ordre interne. Pour reprendre les propos du professeur Saint-Alary-Houin, « il faut constater d'emblée que le “droit des faillites” a toujours été judiciaire alors qu'il eut été possible de confier à des structures administratives le soin de régler les difficultés des entreprises »³. Il est vrai que l'État se trouve intéressé⁴ à la sauvegarde des entreprises qui composent son tissu économique, de sorte qu'il organise depuis les années 1970⁵ son action. Nonobstant le rôle des collectivités locales dans le domaine économique⁶, différents organes administratifs ont été spécialement créés afin d'intervenir auprès des entreprises défaillantes⁷. Certains ont une vocation générale et permanente, tels que les Comités Départementaux d'Examen des Problèmes de Financement des Entreprises (CODEFI) et leur pendant au niveau national, le Comité Interministériel de Restructuration Industrielle (CIRI)⁸. Ils font partie intégrante de l'administration⁹ et sont composés de ses représentants : ministre, préfet, représentants des directions publiques ou parapubliques telles que le Trésor public, les URSSAF

¹ Il est renvoyé aux études déjà existantes à ce sujet, not. th. O. FRANCO et E. TURLUTTE précit. ; STANKIEWICZ MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté, Vers un rapprochement des droits ?*, J.-L. VALLENS (dir.), Strasbourg, 2011, 287 p. ; également, les ouvrages de J. VALLENS, *op. cit.* et avec GIORGINI (G. C.) (dir.), *Étude comparative des procédures d'insolvabilité, op. cit.* ; ainsi que les introductions des différents Traités, not. B. SOINNE ; les articles de doctrine, not. BARALE (J.), Les droits nationaux des procédures collectives dans l'Union européenne, *RPC*, 2003/1, p. 77 s. ; BORCAN (D.), Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale, De l'inspiration française, allemande et américaine et des tendances fortes régissant ces procédures, *Rev. d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 33, 2002/4, p. 93-123 ; LÉVY (F.), Comparaison des lois ukrainienne, belge, allemande, espagnole, britannique et française relatives aux procédures d'insolvabilité tenant compte du règlement communautaire et de la jurisprudence de la CJCE, *RPC*, 2008/3, dossier 17 ; MARKS (D.), EHRET (P.) et al., La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens : étude comparée des droits français, allemand et britannique, interview réalisée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2012/5, entretien 2 ; et les études publiques, not. : OCED, Tableau comparatif des procédures d'insolvabilité : Italie, Belgique, Allemagne, Grande-Bretagne et États-Unis, *JCP E*, 2005/42, 1517 ; Sénat, Étude de législation comparée n° 135, *La sauvegarde des entreprises en difficulté*, 2004, 69 p.

² Pour un aperçu synthétique, LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, Puf, 2015, 5^e éd. ; sur ses difficultés, SEFTON GREEN (R.), *Compare and Contrast : Monstre à deux têtes*, *RIDC*, 2002/1, vol. 54, p. 85-95.

³ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », in J. HILAIRE et al., *1807-2007, Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2007, p. 135-152.

⁴ V. *infra*, sp. n° 57 s.

⁵ Contexte de récession économique : chocs pétroliers et faillites de grandes entreprises telles que Lip, appelant l'intervention de l'État, GARÇON (J.-P.), *Les interventions publiques dans les entreprises en difficulté*, th., Nantes, 1983, 446 p., sp. p. 11 et v. *infra*, sp. n° 79, n. 2.

⁶ Not. par la région, CGCT, art. L. 1511-1.

⁷ V. *infra*, sp. n° 79 s.

⁸ Not. : CHAPUT (Y.), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Puf, 1986, 281 p., sp. n° 212-223 ; COTTEN (M.), Les aides publiques aux entreprises en difficulté, aspects pratiques, *RPC*, 2006/2, p. 133 s. ; DELATTRE (C.), L'intervention de l'État dans les entreprises en difficulté, *RPC*, 2016/3, étude 10 ; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2015, 8^e éd., sp. n° 112.21 s. ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 243 s. ; ROUSSEL GALLE (P.), À propos du rapport d'activité du CIRI, *RPC*, 2006/2, p. 107 s. et dans le même numéro, Les aides publiques aux entreprises en difficulté : les lignes directrices communautaires, le CIRI et les CODEFI, p. 127-133 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté* (ci-après noté « manuel »), LGDJ-Lextenso, 2016, 10^e éd., sp. n° 273 s. ; SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 43-50 ; TARDIEU NAUDET (D.), Les Codefi : un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté, *JCP E*, 1978, II, 12823, 6 p. ; min. Éco., Fin. et du Budget, Le dispositif public de traitement des entreprises industrielles en difficulté (CIRI, CORRI, CODEFI), *Les notes bleues de Bercy*, 1983/130, doc. 4., sp. p. 1-7.

⁹ Ils ne disposent pas de la personnalité juridique.

ou la Banque de France¹. La mission de ces comités est de trois ordres : diagnostic, propositions de redressement et négociations réunissant l'ensemble des acteurs concernés par les difficultés de l'entreprise².

D'autres organismes administratifs sont encore compétents, mais dans un champ limité et de façon ponctuelle. C'est le cas des Commissions des Chefs des Services Financiers et des représentants des organismes de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et de l'assurance chômage (CCSF)³. Instituées dans chaque département⁴, elles sont présidées par le Directeur départemental des Finances publiques et composées des principaux chefs des services financiers ainsi que des représentants des organismes de la sécurité sociale⁵. Ces commissions examinent la situation des débiteurs retardataires⁶ dans le paiement des sommes obligatoirement dues à l'État, donnant lieu, s'il est adopté à l'unanimité des membres, à un plan d'apurement du passif fiscal et social.

Parallèlement aux organes collégiaux, des acteurs individualisés existent par ailleurs. Par exemple, si le blocage du crédit fait peser un risque sur la trésorerie de l'entreprise, le médiateur du crédit⁷ va servir d'intermédiaire avec les établissements bancaires. Ou encore, les

¹ Plus précisément, pour le CODEFI, v. circ. min. Fin. et Éco., 9 janv. 2015, *relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossier des entreprises confrontées à des problèmes de financement* (ci-après notée circ. 9 janv. 2015), NOR : EINI1500411C, 11 p., sp. n° 1.2.2 ; *BO Adm. Centrale*, n° 2015/3, 3 mars, p. 1 ; et en dehors des membres de droit, divers « observateurs » peuvent être conviés tels que le procureur de la République ou toute autre personne sur demande du président.

Pour le CIRI, v. arrêté Premier min., 6 juill. 1982, *création d'un comité interministériel de restructuration industrielle* ; *JORF*, 8 juill., p. 2167 ; modif. D. n° 2006-665, 7 juin 2006 *relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives*, art. 33 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 276 (tableau) et n° 281.

² Qu'il s'agisse de professionnels du secteur privé ou d'acteurs publics, y compris d'autorités judiciaires ; plus précisément, v. circ. 9 janv. 2015 précit.

³ Not. : CHARLET (J.), Le rôle de la Commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage en matière de traitement des difficultés des entreprises, *PA*, 22 avril 2010, p. 45-46 ; aussi appelées « cochef » ou « codechef » ; voire pour symboliser leur rôle, « troisième comité de créanciers », VALLENS (J.-L.), Les remises de dettes publiques, *PA*, 11 juin 2008, p. 10 s. ; *contra*, MILSAN (A.), Les remises de dettes publiques : une nouvelle opportunité offerte aux créanciers publics pour contribuer au redressement des entreprises en difficulté, *JCP E*, 2007/29, 19001, sp. n° 21.

⁴ D. n° 2007-686, 4 mai 2007 *instituant dans chaque département une CCSF pour l'examen de la situation des débiteurs retardataires* (ci-après noté « D. 4 mai 2007 »), art. 1^{er}.

⁵ Plus précisément, v. D. 4 mai 2007 précit., art. 2.

⁶ Agriculteurs, commerçants, artisans, professions libérales ou toute personne morale de droit privé en retard pour le paiement des sommes dues « au titre d'impôts, de taxes, de produits divers du budget de l'Etat, de cotisations de sécurité sociale des divers régimes obligatoires de base, et de cotisations ou contributions recouvrées par les institutions prévues à l'article L. 351-21 du code du travail », D. 4 mai 2007 précit., sp. art. 1^{er}.

⁷ Au niveau national ; il est nommé par le président de la République et placé auprès du ministre de l'Économie et des Finances. Le dispositif se dédouble au niveau local avec les médiateurs territoriaux (directeurs départementaux de la Banque de France). Sur le sujet, not. : CREUX-THOMAS (F.), La médiation : opportunité ou « gadget » ?, *JCP G*, 2009/51, p. 558 s. ; DELPECH (X.), Le médiateur du crédit s'intéresse au « haut de bilan », *D.*, 2009, p. 1008 s. et Un cadre juridique pour la médiation du crédit, *D.*, 2009, p. 1948 s. ; JACQUET (N.), Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan ?, *GP*, 2010/65, p. 11 s. ; LEGEAS (D.), Droit au crédit, Rôle du médiateur, *RTD com.*, 2009, p. 186 s. et Les conséquences de la médiation sur le droit au crédit ou l'atteinte au droit discrétionnaire d'accorder ou de rompre un crédit, *RDB*, 2012/4, dossier 31 et Vers un retour au service public du crédit ?, *RDB*, 2012/5, p. 5 s. ; MOREAU (B.), La médiation du crédit aux entreprises dans les grandes lignes, *GP*, 2010/65, p. 9 s. ; TRICOIT (J.-P.), La nature juridique du médiateur du crédit, *GP*, 2010/65, p. 15 s.

commissaires au redressement productif¹, placés sous l'autorité du préfet, sont les interlocuteurs locaux des entreprises, chargés de coordonner les actions publiques².

Alors que ce maillage administratif capable d'intervenir pour aider l'entreprise en difficulté est en place, le droit français privilégie pourtant le mode judiciaire dans le traitement des difficultés des entreprises.

5. État de l'art. L'étude de la fonction juridictionnelle fait l'objet d'une littérature importante³. Son examen peut avoir lieu à propos d'un type d'intervention considéré⁴ ou selon les différentes branches du droit. C'est le cas par exemple en droit de la concurrence⁵ ou en droit des sociétés⁶, posant d'une manière générale la question du juge dans le contentieux économique⁷.

En droit des entreprises en difficulté, la nature de ce droit a déjà été étudiée⁸, de même que l'accroissement de l'intervention de l'autorité judiciaire⁹ et les mutations que cela entraîne¹⁰. Si ces thèses offrent une analyse approfondie de l'intervention du juge en ce domaine, elles ne parviennent pas véritablement à dépasser le stade de la contestation. De plus, elles accusent un caractère quelque peu daté au regard des nombreuses réformes de ce droit et de l'évolution des

¹ Not. : DELATTRE (C.), Le cadre d'intervention du commissaire au redressement productif dans les entreprises en difficulté, *BJE*, 2014/2, p. 130 s. et L'intervention de l'État (...), *RPC*, 2016/3, *op. cit.* ; MACORIG-VENIER (F.), Commissaires au redressement productif : rapport annuel pour l'année 2012, *RTD com.*, 2013, p. 337 s. ; et rapp. annuel 2012, *Les commissaires au redressement productif*, min. du Redressement productif, mars 2013, 26 p.

² Administration de mission ; aboutissant à la mise en place spontanée de cellules régionales de veille et d'alerte précoce des difficultés des entreprises, comparables aux cellules judiciaires ; v. *infra*, sp. n° 85, n. 5.

³ Not. : COLSON (R.), *La fonction de juger, Étude historique et positive*, th., L. CADIET (*dir.*), LGDJ, 2006, 350 p. ; D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th., G. WIEDERKEHR (*préf.*), LGDJ, 1994, 339 p. ; HILAIRE (J.), « Propos sur l'office du juge », in mél. O. GUILLOT, *Auctoritas*, PU Paris-Sorbonne, 2006, p. 779-801 ; OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in P. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (*dir.*), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, PU St-Louis, 1983, p. 1-70 ; WIEDERKEHR (G.), Qu'est-ce qu'un juge ? », in mél. R. PERROT, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 575-586 ; sur l'office du juge, v. *infra*, sp. n° 221.

⁴ Par ex., THÉRON (J.), *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, th., C. SAINT-ALARY-HOUIN (*préf.*), LGDJ-Lextenso, 2008, 466 p.

⁵ Not. KATZ (D.), *Juge administratif et droit de la concurrence*, th., L. GRARD (*préf.*), PUAM, 2004, 473 p. ; SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, G. CANIVET et B. VESTERD, (*préf.*), LGDJ, 2008, 883 p. ; UWOH (J.), *Le juge et le droit de la concurrence*, th., L. ARCELIN-LÉCUYER (*dir.*), La Rochelle, 2013 ; également, FOURGOUX (J.-C.), Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement n° 1/2003 sur les règles de concurrence ?, *RLC*, 2005/4 ; GENTIN (J.), Le rôle du juge consulaire dans le contentieux de la concurrence, *AJCA*, 2014, p. 250 ; LUC (L.), Droit de la concurrence et distribution : quel(s) rôle(s) pour le juge de droit commun ?, *RLDA*, 2013, n° 83 (suppl.) ; LUCAS DE LEYSSAC (C.), Rapport de synthèse, *PA*, 20 janv. 2005, p. 65 s. ; RIFFAULT-SILK (J.), Le rôle du juge dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, *AJCA*, 2014, p. 48.

⁶ Not. : JEANTIN (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », in mél. R. PERROT, *loc. cit.*, p. 149-165 ; MESTRE (J.), Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés, *RJC*, 1985, p. 81 s. et Quelques éclairages récents sur le rôle du juge dans la vie des sociétés, *RLDA*, 2009/40, 2387.

⁷ Not. : ARMAND-PRÉVOST (M.), « Quel profil pour un juge économique en France ? », in mél. P. BÉZARD, *Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 33-40 ; CHAPUT (Y.), LÉVI (A.) (*dir.*), *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen*, étude du CREDA, R. BADINTER (*préf.*), G. CANIVET (*conclusion*), Litec, 2007, 629 p. ; FRATTINI (F.), CANIVET (G.) (*dir.*), *Pour une justice économique efficiente en Europe : enjeux et perspectives d'une harmonisation*, actes du colloque, CREDA, 2007, Bruylant, 2009, 349 p. (également in Dossier, *GP*, 2008/233) ; SPIRITUS-DASSESSÉ (A.), « Le juge en matière économique, Quelques réflexions », in mél. J. PARDON, Bruylant, 1996, p. 471-481 ; et v. *infra*, sp. n° 254 s.

⁸ MÉLÉDO-BRIAND (D.), *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, th., C. SAINT-ALARY-HOUIN (*dir.*), Rennes I, 1992, 463 p.

⁹ JEANNEROT (P.), *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire*, th., Y. GUYON (*dir.*), Paris I, 1992, 632 p.

¹⁰ BERLINER (H.), *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, th., A. PIROVANO (*dir.*), Univ. Nice, 1990, 2 t., 525 p.

pratiques, ainsi qu'à propos de la dénonciation de phénomènes déjà connus tels que la magistrature économique¹. D'autres travaux plus récents abordent le sujet, mais de manière incidente² ou sous un angle processuel plutôt qu'organique. Par exemple, la thèse du professeur Cagnoli intitulée *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté* traite la question essentiellement à travers les principes directeurs du procès³, c'est-à-dire concrètement le déroulement de l'instance ou l'exercice de voies de recours. La place de l'autorité judiciaire en droit des entreprises en difficulté n'est pas envisagée sur le plan des institutions, soulevant la réflexion du point de vue d'autres types d'autorités.

Le professeur Voinot⁴ relève que l'évolution du rôle de l'autorité judiciaire est discutée, maints ouvrages fondent pourtant leur présentation sur la nature judiciaire ou non du traitement⁵, recoupant celle traditionnelle de prévention et de traitement⁶. En outre, si le droit des entreprises en difficulté constitue sans nul doute un objet d'étude d'intérêt, le nombre de thèses dans ce domaine est limité⁷. Par conséquent, à l'appui des études réalisées et à l'aune des dernières évolutions de ce domaine, il y a lieu de mener un travail de recherche sur le traitement judiciaire des entreprises en difficulté pour, peut-être, percevoir sa remise en cause sous un autre jour et dans une perspective constructive. Plus qu'une critique négative de l'intervention du juge, il s'agit de chercher à en comprendre les ressorts, de tenter de les expliquer pour entrevoir un autre

¹ Not. : MERCADAL (B.), GULPHE (P.), « Magistrature et droit des affaires », in Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, t. 7, 1978, p. 1037-1067 ; sur ce phénomène et sa critique, v. *infra*, sp. n° 255 s.

² Par ex. (ordre chronologique) : montrant les avantages du mode alternatif par rapport à l'intervention du juge, CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, T. BONNEAU (préf.), Defrénois, 2003, 483 p., sp. n° 368-369 ; à l'occasion de l'étude de l'adoption ou du rejet du plan de sauvegarde, SAAIED (S.), *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté*, th., A. GHOZI (préf.), LGDJ-Lextenso, 2015, 335 p., sp. n° 434 ; ou dans le contrôle du respect de l'ordre public dans l'adoption du plan de redressement ou de liquidation, FRANCO (O.), th. précit. (2016), sp. n° 423.

³ Not. CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, J. HÉRON et T. LE BARS (dir.), LGDJ, 2002, 489 p., sp. n° 239 (principe dispositif), n° 241 (principe du contradictoire), n° 252 (principe d'immutabilité), n° 266 (notion d'acte juridictionnel), n° 331 (autorité de la chose jugée), etc.

C'est également l'objet de la thèse de D. MÉLÉDO-BRIAND précit. qui, en dehors de l'affirmation de la nature judiciaire, adapte l'application des règles de procédure et partant, du rôle du juge selon la nature du contentieux (objectif ou subjectif) ; soulignant son caractère limité et proposant une autre qualification (contentieux institutionnel), STAES (O.), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, J. MIGUET (dir.), Toulouse I, 1995, 489 p., sp. n° 15 s. ; critique de cette approche finaliste, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 91 s.

⁴ VOINOT (D.), *Procédures collectives* (ci-après noté « manuel »), LGDJ-Lextenso, 2013, 2^e éd., 396 p., sp. n° 43 ; la critique émane de la doctrine : not., PERCEROU (R.), « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté, mythe ou possibilité réelle ? », in méf. C. CHAMPAUD, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1997, p. 507-523 ; TERRÉ (F.), *Droit de la faillite ou faillite du droit ?*, *RJC*, 1991, p. 1-29 ; des justiciables : not., GAUDINO (A.), *La mafia des tribunaux de commerce*, éd. A. Michel, 1998, 245 p. ; ou au regard des nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) posées, not. Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, *Sté Pyrénées services et a.* ; *Rec.*, p. 642 ; et des autorités publiques : not., Rapp. AN n° 1038, au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce, *Les tribunaux de commerce, une justice en faillite ?*, F. COLCOMBET (prés.), A. MONTEBOURG (rapp.), 2 juill. 1998.

⁵ Not. CHASSAGNON (Y.), *L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté*, Tec et doc, 2^e éd., 1986, 294 p. ; GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois-Lextenso, 2009 qui distingue en première partie le traitement non judiciaire et en seconde, le traitement judiciaire ; GUYON (Y.), *Droit des affaires, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, t. 2, Economica, 2003, 9^e éd., qui distingue en première partie le traitement extra judiciaire et en seconde, le traitement judiciaire ; PÉROCHON (F.), manuel précit. qui distingue en première partie, le traitement amiable et en seconde, le traitement judiciaire ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit. qui distingue en première partie la prévention et le traitement non judiciaire et en seconde, le traitement judiciaire.

⁶ Not. JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 2006, 7^e éd., qui distingue en première partie les procédés préventifs et en dernière, les procédures collectives ; cela correspond à la présentation du C. com., Livre VI, Titre I^{er} et Titres II s. ; pour une critique, v. *infra*, sp. n° 119 s.

⁷ Bien qu'en augmentation depuis 2006 (le nombre ayant presque triplé), il demeure cependant bien inférieur à d'autres domaines, tels que le droit de la famille ou pénal selon la consultation du fichier des thèses (theses.fr).

champ des possibles. Mais avant d'entreprendre une telle étude, il est nécessaire de s'entendre préalablement sur ses contours.

6. Appréhension et délimitation du droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté est codifié au Livre VI du Code de commerce. Il est donc de prime abord une branche du droit commercial, lequel s'applique aux commerçants et plus précisément, aux personnes qui exercent le commerce¹.

Pourtant, la loi dispose expressément que le droit des entreprises en difficulté est applicable « à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toutes autres personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »². Cet inventaire déborde du cadre commercial³. Il correspondrait alors à la conception renouvelée par Hamel et Lagarde d'un droit des affaires⁴ touchant tous ceux qui se trouvent mêlés aux affaires.

Or, l'intitulé de la matière fait expressément référence non pas aux affaires, mais aux « entreprises »⁵. Cela rejoindrait alors la proposition d'évolution du professeur Louis Vogel d'un droit commercial à un droit économique⁶, considérant qu'il est le droit d'une catégorie d'organisation, en l'occurrence, l'entreprise⁷. Cependant, la définition juridique de l'entreprise

¹ Selon la conception subjective ou objective du commerce ; le Code de commerce (ord. n° 2000-912, 18 sept. 2000 *relative à la partie législative*) semblant préférer la seconde, art. L. 121-1 : « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » ; la liste étant donnée au titre précédent, art. L. 110-1 s. ; LYON-CAEN (G.), Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial, *RTD com.*, 1949, p. 577 s.

² C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er} ; sur l'extension du droit des entreprises en difficulté, v. *infra*, sp. n° 128 s.

³ Et révèle d'une manière générale une crise de la notion de commercialité, BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, th., X. BOUCOBZA (*préf.*), LGDJ, Fondation Varenne, 2011, 453 p., sp. n° 42 ; BLAISE (J.-B.), *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, Lextenso, 2015, 8^e éd., sp. n° 76 s. ; CABRILLAC (M.), « Vers la disparition du droit commercial ? », in mél. J. FOYER, *Auteur et législateur, leges tulit, jura docuit*, Puf, 1997, p. 329-339 ; DAIGRE (J.-J.), « De l'extension et de l'avenir du droit commercial », in mél. J. PAILLUSSEAU, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 265-272 ; VINCENSINI (F.-X.), *La commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité)*, th., J. MESTRE (*préf.*), PUAM, 1998, 595 p., sp. n° 475 s. ; en droit des entreprises en difficulté, v. *infra*, sp. n° 134 et 355.

⁴ Défini comme le droit de tous ceux qui sont mêlés aux affaires, HAMEL (J.), LAGARDE (G.), *Traité de droit commercial*, t. 1, Dalloz, 1954, 1172 p., sp. n° 2 s. et n° 144 ; reprise par SAVATIER (R. et J.), LELOUP (J.-M.), *Droit des affaires*, Sirey, 1980, 6^e éd. ; également, ALFANDARI (E.), *Droit des affaires*, Litec, 1993 ; ou encore défini comme toutes les matières touchant à la vie des affaires, LUCAS (F.-X.), *Le droit des affaires*, Puf, 2005, 128 p., sp. p. 5 s. ; le mot « affaires » étant particulièrement imprécis.

⁵ C. com., Livre VI : « Des difficultés des entreprises ».

⁶ VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, selon le *Traité de droit des affaires* de G. RIPERT et R. ROBLOT, t. 1, LGDJ-Lextenso, 20^e éd., 2016, sp. n° 8 ; en droit des entreprises en difficulté, VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007, sp. n° 2 s. ; et v. *infra*, sp. n° 254 s.

⁷ C'est-à-dire un droit contenant l'ensemble des règles relatives à l'entreprise ; sur le droit de l'entreprise, DESPAX (M.), « L'évolution du droit de l'entreprise », in mél. J. SAVATIER, *Les orientations sociales du droit contemporain*, Puf, 1992, p. 177-190 ; PAILLUSSEAU (J.), Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, *D.*, avril 1997, chron., p. 97-106 ; pour son étude contemporaine, WALTER (R.), FASQUELLE (D.) et al., *Droit de l'entreprise 2014-2015*, Lamy, 2014, 19^e éd., 2200 p.

ne se révèle pas plus aisée¹. Elle serait l'activité de l'entrepreneur², tout en possédant sa propre autonomie³, mais sans qu'elle soit totale⁴ ou puisse être précisément déterminée⁵. En droit des entreprises en difficulté, l'entreprise apparaît tantôt comme une personne à sauvegarder, une activité à redresser, une structure juridique à liquider ou une unité économique à céder. La difficulté à saisir juridiquement la notion s'explique parce qu'elle ressort principalement des sciences économiques⁶, le législateur l'employant sans réelle définition⁷. Il faut reconnaître que la matière souffre elle-même d'une crise d'identité comme en témoigne la variation sémantique de ses intitulés⁸ : « droit de la faillite »⁹, puis « droit des procédures collectives »¹⁰ et « droit des entreprises en difficulté »¹¹ ; encore, celui de l'« insolvabilité »¹² ou de la « sauvegarde des

¹ Elle fait l'objet d'une importante littérature, not. : ARCELIN-LÉCUYER (L.), Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence, *Jcl conc.-consom.*, fasc. n° 35 ; BLANC (G.), Les frontières de l'entreprise en droit commercial, Brève contribution, *D.*, 1999, p. 415 s. ; DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, th., LGDJ, 1956, 443 p. ; DIDIER (P.), « Une définition de l'entreprise », in méf. P. CATALA, *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Litec, 2001, p. 849-587 ; FERRIER (N.), *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, th., P. PÉTEL (préf.), Litec, 2003, 591 p. ; IDOT (L.), « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in méf. A. PIROVANO, *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 523-545 ; LAMARCHE (T.), La notion d'entreprise, *RTD com.*, 2006, p. 709 s. ; LAMBERT (G.), « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », in méf. P. KAYSER, t. II, PUAM, 1979, p. 77-100 ; LYON-CAEN (G.), « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », in méf. M. DESPAX, PU Toulouse I, 2002, p. 33-47 ; MERCADAL (B.), « La notion d'entreprise », in méf. J. DERRUPÉ, *Les activités et les biens de l'entreprise*, Joly-Litec, 1991, p. 9-16 ; VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 47 s. ; PAILLUSSEAU (J.), Qu'est ce qu'une entreprise en difficulté ?, *RJC*, 1976 (n° sp.), p. 259 s.

La jurisprudence tente de la préciser, par ex. : CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, arrêt *Höfnér*, sp. § n° 21 : « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité » ; Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.166 ; *Bull.* IV, n° 11 : « (...) s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite ».

Pour des définitions synthétiques, v. Dictionnaires juridiques, not. CORNU (G.) par Association H. Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 2016, 11^è éd., (ci-après noté « Vocabulaire juridique Cornu »), v. Entreprise, sp. p. 408-409 ; également, v. GUINCHARD (S.), DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016, 24^è éd.

² Analyse classique, individualiste et libérale, RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1955, 2^è éd. (rééd. 1951), 354 p., sp. p. 206.

³ DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, th. précit., conclusion à la première partie de sa thèse.

⁴ La personne de l'entrepreneur étant toujours sur le devant de la scène, RIPERT (G.), *loc. cit.*

⁵ Globalement : unité économique, ensemble de moyens matériels et humains nécessaires à l'activité de l'entreprise, PAILLUSSEAU (J.), Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires), *D.*, 2003, p. 260-268, sp. n° 58 ; v. également, VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, sp. n° 31.

⁶ DESPAX (M.), th. précit., sp. n° 6 ; pour une définition des sciences économiques de l'entreprise en tant que facteur de production de richesses, D'AGOSTINO (S.), DEUBEL (P.) et al., *Dictionnaire des sciences économiques et sociales*, éd. Bréal, 2012, sp. p. 44.

⁷ RIPERT (G.), *loc. cit.* ; ce qui peut être considéré comme une qualité, ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, th., M.-D. HAGELSTEEN (préf.), Litec, 2003, 554 p., sp. n° 80.

⁸ Critique, ROUSSEL GALLE (P.), De l'évolution sémantique à l'hypocrisie des mots, *PA*, 7 avril 2004, p. 3 ; faisant cette analyse, NEUVILLE (S.), *Le plan en droit privé*, th., C. SAINT-ALARY-HOUIN (préf.), LGDJ, 1998, 349 p., sp. n° 308.

⁹ Référence au C. com. 1807, Livre III « Des faillites et banqueroutes ».

¹⁰ En raison de la diversification des procédures, L. 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes précit. ; la réforme de 2014 semble y opérer un retour par son intitulé : ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 portant réforme (...) des procédures collectives.

¹¹ Not. avec L. n° 84-148, 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés et L. n° 85-98, 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises (ci-après notées « L. 1^{er} mars 1984 » et « L. 25 janv. 1985 ») ; sur le passage d'un droit de la faillite à un droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 2.

¹² Référence au droit européen : règl. (UE), Parl. et Cons. UE, n° 2015/848, 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après noté « règl. UE n° 2015/848 ») ; *JOUE*, L. n° 141/19, 5 juin ; refonte du règl. (CE), n° 1346/2000, du 29 mai 2000 ; not., DAMMANN (R.), MENJUCQ (M.) et ROUSSEL GALLE (P.), Le nouveau Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, *RPC*, 2015/1, ét. 2 ; JAULT-SESEKE (F.), ROBINE (D.) (dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, Joly-Lextenso, 2015, 310 p. ; HENRY (L.-C.), Le nouveau règlement « insolvabilité » : entre continuité et innovations, *D.*, 2015/17, p. 979-987 ; HEYMANN (J.), Le nouveau règlement relatif aux procédures d'insolvabilité : le changement dans la continuité, *Europe*, 2015/12, ét. 9 ; SAUTONIE-LAGUIONIE (L.) (dir.), *Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, commentaire article par article*, éd. Société de législation comparée, 2015, 428 p. ; VALLENS (J.-L.), Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 : une avancée significative du droit européen de l'insolvabilité, *RLDA*, 2015/106, p. 17 s.

L'insolvabilité se définit comme une incapacité générale, GOUNON (S.), *L'insolvabilité en droit privé*, th., J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), Lyon 3, 2004, sp. n° 2 s. ; MORRIS-BECQUET (G.), *L'insolvabilité*, th., H. CROZE (préf.), PUAM, 2002, sp. n° 1 s. ; v. *infra*, sp. n° 297.

entreprises »¹, ce qui contribue à en faire un domaine profondément obscur². Par conséquent, il s'avère vraisemblablement plus facile de déterminer le champ d'application de ce droit en procédant par exclusion, c'est-à-dire en écartant ceux qui ne sont pas concernés par ses dispositions.

7. Exclusion. En dehors de la liste légale des débiteurs visés, le droit des entreprises en difficulté n'a pas à s'appliquer. Sont donc exclus³ les consommateurs, relevant, eux, du droit de la consommation. De manière plus précise, cette qualification est issue de la réforme du Code de la consommation⁴ qui vient définir expressément le consommateur, l'opposant aux professionnels et aux non-professionnels⁵. Par déduction⁶, elle couvre typiquement le cas du surendetté⁷. De sorte que ces deux branches du droit, relevant d'un côté du Code de commerce⁸ et de l'autre du Code de la consommation⁹, ne se rencontrent pas en principe¹⁰. Or, la partie prospective de l'étude¹¹ va partiellement remettre en question cette approche, considérant que le droit des entreprises en difficulté n'appréhende pas tant la personne du débiteur qu'en réalité ses difficultés¹². À défaut de délimitation aisée¹³ avec la situation du particulier, il est certainement plus significatif de définir le droit des entreprises en difficulté par son objet.

¹ Intitulé L. 26 juill. 2005 précit. ; LE CORRE (P.-M.), 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise, *GP*, 2007/202, p. 3 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Entreprises en difficulté : un droit enfin arrivé à maturité, *DP*, 2009/179 et « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », in *1807-2007, Bicentenaire du Code de commerce, op. cit.*, p. 135-151.

² FAVARIO (T.), propos introductifs, in Actes du colloque, Le droit des entreprises en difficulté à l'épreuve de la crise économique, Lyon, 2012, *BJE*, sept.-oct. 2012, sp. n° 11.

³ Expressément, C. consom., art. L. 711-3 ; sur les difficultés que cela soulève en pratique, v. *infra*, sp. n° 343 s.

⁴ Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, ci-après notée ord. 14 mars 2016 ; sur laquelle, not. : CLARET (H.), PAISANT (G.), La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JCP G*, 2016/27, doct. 796 ; LATINA (M.), La recodification par ordonnance de la partie législative du Code de la consommation, *LEDC*, 2016/4, p. 1 s. ; PIEDELIÈVRE (P.), Le nouveau Code de la consommation est arrivé, *GP*, 2016/13, p. 11 s. ; SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBRY (H.), Recodification du droit de la consommation, à propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JCP E*, 2016/14, 392.

En principe prise à droit constant (art. 161), l'ordonnance présente toutefois des changements tels qu'en l'occurrence, la définition du consommateur ; sur la recodification à droit constant, MOLFESSIS (N.), Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique, *RTD civ.*, 2000, p. 186 s.

⁵ C. consom., art. liminaire ; globalement, le professionnel est celui qui agit à des fins professionnelles, le non-professionnel est la personne morale qui n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle, pareillement pour le consommateur mais en tant que personne physique ; critique, PIEDELIÈVRE (S.), Nouveau droit de la consommation et définition du « non-professionnel », *JCP N*, 2016/18, act. 575 et v. *infra*, sp. n° 356.

⁶ Le droit du surendettement ne fait pas directement référence au consommateur mais au débiteur personne physique pour ses dettes non-professionnelles ; il faut donc coupler les définitions.

⁷ C. consom., art. L. 711-1, al. 1-2 ; FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 2012, 4^e éd., 482 p. ; VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), *Droit du surendettement des particuliers*, Lexisnexis, 2012, 2^e éd., 562 p., ci-après notés « manuels ».

⁸ C. com., Livre VI.

⁹ C. consom., Livre VII.

¹⁰ LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, Joly, 2003, 2^e éd., 217 p., sp. n° 70.

¹¹ Deuxième partie de la thèse

¹² Sur cette analyse au stade de la détection, v. *infra*, sp. n° 290 s.

¹³ Sur les difficultés de répartition entre les deux branches du droit en pratique, v. *infra*, sp. n°323 s.

8. Objet du droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté trouve à s'appliquer en cas de *difficultés*¹ qu'il a précisément vocation à *traiter* hors du droit commun. En effet, les difficultés en cause ont en commun leur nature économique et financière - d'où un droit spécial²-. Cependant, elles sont d'importance variable, le législateur ayant étendu le domaine d'application de ce droit de l'état de cessation des paiements³ le plus avancé⁴ à la difficulté non qualifiée⁵. Il prévoit alors, pour les différentes situations de fait, un traitement adapté selon le degré de difficulté⁶, prenant soin en plus de définir respectivement leurs finalités⁷. De sorte qu'il existe corrélativement à la diversité des difficultés, une multiplicité de *procédures*⁸ aux effets plus ou moins contraignants : collectives⁹ ou semi-collectives¹⁰, variantes¹¹ ou alternatives¹². Par ailleurs, le Livre VI du Code de commerce contient un titre relatif aux responsabilités et sanctions¹³ qui, s'il ne *traite* pas à proprement parler les difficultés des entreprises, y contribue soit par ses effets sur le passif de l'entreprise¹⁴, soit par l'élimination des dirigeants fautifs et autres agents fraudeurs du marché¹⁵. En termes brefs, il est possible de retenir de l'ensemble de ces dispositions leur objet commun : *traiter* les difficultés des entreprises. Le langage médical, couramment employé en ce domaine¹⁶, est au demeurant significatif.

¹ Comme l'intitule : C. com., Livre VI « Des *difficultés* des entreprises » ; sur leur diversité, v. *infra*, sp. n° 120 s.

² L'application des règles de droit commun étant écartée en raison de ce caractère ; par ex., v. *infra*, sp. n° 303.

³ Défini par C. com., art. L. 631-1, al. 1^{er} ; sur la notion, v. *infra*, sp. n° 316

⁴ Correspondant à la liquidation judiciaire (LJ) (cessation des paiements de plus de 45 jours et un redressement manifestement impossible), C. com., art. L. 640-1, al. 1^{er}.

⁵ Correspondant au mandat *ad hoc* pour lequel la loi n'impose aucune condition sur ce point, C. com., art. L. 611-3, al. 1^{er} et R. 611-18, al. 2 ; sauf à procéder par déduction, v. *infra*, sp. n° 188, n. 3.

⁶ Absence de cessation des paiements (mandat *ad hoc*, C. com., art. L. 611-3 et sauvegarde art. L. 620-1, al. 1^{er}) ; cessation des paiements légère (conciliation, art. L. 611-4 ; sauvegarde accélérée (PSA), art. L. 628-1, al. 2 et financière accélérée (SFA), art. L. 628-9) ; cessation des paiements avancée (redressement judiciaire (RJ), art. L. 631-1, al. 1^{er} ; LJ, art. L. 640-1, al. 1^{er} et rétablissement professionnel, art. L. 645-1).

⁷ Par ex., à propos de la sauvegarde : « Cette procédure 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 », C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er}.

⁸ Si le terme de « *procédure* » ne pose aucune difficulté s'agissant des procédures collectives (sauvegarde, RJ et LJ), son emploi à propos du mandat *ad hoc* peut être discuté en ce qu'il ne serait qu'une simple « mesure » de traitement en raison de sa légèreté ; toutefois, le terme ne lui est pas non plus inapplicable, son ouverture, son contenu et sa clôture étant réglementés.

⁹ Procédures *collectives* (sauvegarde, RJ et LJ).

¹⁰ Procédures ayant un effet limité à certains créanciers (conciliation, PSA et SFA) ; sur cette qualification, LUCAS (F.-X.), Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée, *in* Actes du colloque, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, *RPC*, 2012/3, dossier 18 ; GORINS (C.), Évolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective, *BJE*, 2015/3, p. 185 s.

¹¹ Déclinaison de la procédure classique en version simplifiée (procédure sans administrateur judiciaire, C. com., art. L. 627-1 s. et art. L. 631-21 ; ou LJ simplifiée, art. L. 644-1 s.) ; ou accélérée (PSA et SFA), PÉROCHON (F.), BOURBOULOUX (H.), La procédure de sauvegarde et ses variantes, *RPC*, 2014/4, dossier 30.

¹² Référence au rétablissement professionnel en lieu et place de la LJ, C. com., art. L. 645-1 s. ; HENRY (L.-C.), ANDRÉ (M.), La nouvelle procédure de rétablissement, *RPC*, 2014/4, dossier 31, sp. n° 4.

¹³ C. com., Livre VI, Titre V ; v. *infra*, sp. n° 159 et 552.

¹⁴ Lorsque le dirigeant est condamné à combler le passif de l'entreprise dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif, C. com., art. L. 651-2.

¹⁵ Lorsque le dirigeant est privé du droit de gérer une entreprise par exemple, C. com., art. L. 653-2.

¹⁶ Par ex., PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté* (ci-après noté « manuel »), LGDJ-Lextenso, 2014, 10^e éd., 878 p., sp. n° 1 ; le soulignant, v. *infra*, sp. n° 443.

9. Notion de traitement. Si la médecine donne une image claire de ce qu'est un traitement, il faut s'entendre sur ce que couvre la notion en droit¹ et, en l'espèce, en droit des entreprises en difficulté. À l'instar de la diversité des situations de difficultés, correspondent des traitements de nature variée. Le Code de commerce distingue ainsi la prévention des autres procédures². Dans un sens strict, le « traitement » pourrait ne correspondre qu'à ces dernières, mais la définition apparaîtrait incomplète car trop restrictive. En effet, avec le temps, sont nées des sous-catégories qui font montre d'un certain chevauchement³ : existe la prévention-détection⁴ ou la prévention-traitement⁵ ; de même que le traitement peut être de type préventif⁶, curatif, voire liquidatif. Il semble dès lors plus juste de retenir une conception large de la notion de traitement. C'est donc une procédure, un outil, une technique ou un instrument⁷ permettant de résoudre les difficultés de l'entreprise, quel que soit leur stade et les modalités. Il faut admettre dans la même perspective que le traitement n'est pas seulement la *guérison* des difficultés de l'entreprise, il peut également conduire à sa disparition, voire mettre à l'écart le dirigeant responsable. Sous un autre angle, le droit intervient ici en facteur d'assainissement du marché.

Une fois encore, la pluralité des formes de traitement et de ses définitions peut être combattue en retenant son essence commune. En l'occurrence, le traitement est perçu comme un *processus*, repéré en plusieurs étapes, allant de son identification primaire et de sa préparation à sa mise en œuvre concrète. Le traitement peut donc être abordé à des phases différentes, des moments distincts : par exemple, au stade préliminaire ou au cours de son déroulement. Et selon la phase considérée, les objectifs peuvent varier⁸. Mais en tout état de cause, le traitement est envisagé comme relevant d'une logique d'ensemble. Il reste à présent à identifier l'autorité qui la gouverne.

10. Autorité judiciaire. Le traitement des difficultés des entreprises est qualifié de *judiciaire* dès lors qu'il fait intervenir l'autorité judiciaire pour sa réalisation. Or, la catégorie

¹ Défini de manière générale comme une opération à mettre en œuvre et par extension, un régime juridique réservé à certaines catégories de personnes, *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Traitement, sp. p. 1034.

² C. com., Livre VI, Titre II : « De la prévention des difficultés des entreprises » et Titres III s. « De la sauvegarde ».

³ Critique, v. *infra*, sp. n° 119 s.

⁴ Correspondant au plus faible degré d'intervention dans les affaires du débiteur, soit principalement l'alerte, C. com., art. L. 611-2 (président du tribunal) et L. 612-3 (commissaire aux comptes).

⁵ Présentation qui aurait été théorisée par la Conférence générale des juges consulaires de France (CGJCF) et reprise d'une manière générale en doctrine, RAIBAUT (J.), Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises, *RPC*, 2009/6, dossier 20, sp. n° 1.

⁶ Référence à la procédure de sauvegarde par ses conditions d'ouverture ; v. *infra*, sp. n° 121

⁷ Le mandat *ad hoc*, par sa faible réglementation, est davantage qualifié comme tel plutôt qu'une véritable procédure ; par ex., VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 55

⁸ Sur cette hypothèse de travail, v. *infra*, sp. n° 283.

« autorité judiciaire »¹ est protéiforme. Elle désigne tantôt la juridiction dans son ensemble, tantôt le magistrat seul et comprend à la fois des magistrats de profession, comme des juges consulaires. La difficulté tient alors à ce qu'ils n'ont pas tous le même statut, de sorte que la qualification juste d'autorité judiciaire peut être discutée pour certains membres du corps judiciaire², notamment le ministère public en raison de sa soumission au pouvoir exécutif³ ou les juges consulaires, ne relevant pas de l'ordonnance du 22 décembre 1958⁴. De la même manière, le vocable « magistrat » ne devrait se prêter précisément qu'aux membres relevant de ce statut⁵ et à l'inverse, « juge » devrait être réservé aux magistrats ayant une fonction de jugement⁶. Par souci de clarté, l'expression « autorité judiciaire » sera employée dans son sens le plus large⁷. En droit des entreprises en difficulté, elle vise concrètement et principalement⁸ les formations collégiales du tribunal de commerce et du tribunal de grande instance, leur président, le ministère public et le juge-commissaire. La coordination de leurs actions permet un traitement judiciaire des difficultés des entreprises.

11. Traitement judiciaire. Affirmer l'existence d'un *traitement* qui soit *judiciaire* peut surprendre de prime abord tant l'association des termes n'est pas habituelle. Pourtant, à examiner les dispositions du droit des entreprises en difficulté, il apparaît clairement qu'il dépend quasi exclusivement de l'autorité judiciaire. D'abord, celle-ci connaît de toutes les sortes de

¹ Pour une synthèse, RENOUX (T.), v. « Autorité judiciaire », in L. CADIET (dir.), S. AMRANI-MEKKI (éd.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004 (ci-après noté « Dictionnaire de la Justice »), p. 87-94 ; pour son approfondissement, GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (T.), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2015, 13^e éd., 1171 p. ; KERNALEGUEN (F.), *Institutions judiciaires*, LexisNexis, 2015, 6^e éd., 285 p. ; PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 2012, 15^e éd., 532 p. ; en droit des entreprises en difficulté, v. *infra*, sp. n° 146.

² « Sont membres du *corps judiciaire*... », ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (ci-après notée « Statut de la magistrature »), art. 1^{er}.

³ Statut de la magistrature, art. 5 ; déniait cette qualité, CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06, *aff. Moulin c/ France*, sp. § 57 ; les qualifiant d'« agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux », PERROT (R.), *loc. cit.*, sp. n° 515 ; pour une analyse en droit des entreprises en difficulté, v. *infra*, sp. n° 215.

⁴ Ne figurent pas à la liste du Statut de la magistrature, art. 1^{er} ; mais relèvent de dispositions spéciales, C. com., art. L. 722-6 s ; v. *infra*, sp. n° 175.

⁵ Donc à l'exclusion des juges consulaires ; néanmoins, est parfois employée l'expression de magistrats « à titre temporaire » par extension des dispositions du Statut de la magistrature, Chap. V *quater*, Cons. constit. n° 94-355 DC, 10 janv. 1995, cons. n° 29 ; *Rec.*, p. 151 ; ou de magistrats « occasionnels », RENOUX (T.), *loc. cit.*, sp. p. 91 ; dans le langage courant, est aussi confondue l'expression de « magistrats professionnels » au sens de professionnels élus.

⁶ Donc à l'exclusion des magistrats du parquet.

Sur ces distinctions d'ordre terminologique, PERROT (R.), *loc. cit.*, sp. n° 330.

⁷ Donc à l'exclusion des professions judiciaires ; en droit des entreprises en difficulté, référence aux administrateurs et mandataires judiciaires (AJMJ), C. com., Livre VIII, Titre I^{er}, Chap. I-II ; ils sont considérés comme des amis de la Cour, FROEHLICH (P.), « Administrateurs et mandataires judiciaires : une profession au service de la justice commerciale », in C. DELPLANQUE (éd.), *Bicentenaire du Code de commerce, 1807-2007*, Dalloz, 2008, p. 567-572 ; ou des collaborateurs de la Justice, v. *infra*, sp. n° 493.

⁸ Pourrait être ajouté le cas du juge commis : juge particulier désigné pour exercer une fonction ponctuelle ; en droit des entreprises en difficulté, not. éclairer le tribunal de l'examen de la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 621-1, al. 3 et R. 621-4) ; mettre en œuvre le rétablissement professionnel (art. L. 645-4 s.) ; surveiller le RCS (art. L. 123-3 et L. 123-6, al. 1^{er}) ; ou encore, le juge chargé d'instruire l'affaire devant le tribunal de commerce (CPC, art. 861-3 à 871), à l'instar du juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance (TGI) (art. 763 à 781) ; v. *infra*, sp. n° 196.

Au regard des autres autorités judiciaires, ces juges n'ont qu'une fonction subsidiaire dans le traitement des difficultés des entreprises, leur rôle ne sera mentionné qu'à la marge.

traitement¹, des difficultés les plus légères pour lesquelles elle nomme un mandataire *ad hoc*² à celles irrémédiables dont elle commande l'issue finale³. Ensuite, chaque étape du traitement relève d'un membre du corps judiciaire, de l'initiative⁴ à son déclenchement⁵, de son déroulement⁶ à son achèvement⁷. Enfin, l'autorité judiciaire est encore compétente en amont du traitement pour la détection des entreprises en difficulté⁸; parallèlement au traitement concernant les contestations émises⁹ ou les responsabilités révélées à cette occasion¹⁰; et *in fine*, permettant le rebond du débiteur personne physique¹¹. En somme, l'autorité judiciaire intervient à tous les stades et de toutes les manières afin de résoudre les difficultés des entreprises.

12. Premières interrogations. « Toute proportion gardée, l'entreprise, comme l'être humain, naît, prospère, dépérit et disparaît »¹². En France, soixante-deux-mille-cinq-cent quatre-vingt entreprises ont été défailtantes en 2014¹³. Soixante-mille-neuf-cent-soixante-six jugements ouvrant une procédure de redressement ou de liquidation, dont soixante-dix pour cent de liquidations judiciaires directes ont été prononcés¹⁴. Sous un autre rapport, c'est relever que neuf entreprises sur dix en procédure collective finissent par être judiciairement liquidées¹⁵. À titre de comparaison, près de vingt-six mille procédures collectives avaient été ouvertes en 1985 en France, ou, pour la même année 2014, mais à l'échelle européenne, vingt-quatre-mille

¹ Elle est le point commun de l'ensemble des procédures du droit des entreprises en difficulté, VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 44 s

² Et détermine sa mission, ainsi que sa rémunération, C. com., art. L. 611-3, al. 1^{er} et L. 611-14.

³ Par ex., en LJ, soit la clôture de la procédure, cession de l'entreprise ou rétablissement professionnel, C. com., Livre VI, art. L. 643-9 s., art. L. 642-1 s. et art. L. 645-1 s.

⁴ Le président du tribunal peut informer le ministère public des difficultés d'une entreprise, lequel peut saisir le tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure collective, C. com., art. L. 631-3-1; analyse, v. *infra*, sp. n° 186 et 211.

⁵ C'est-à-dire l'ouverture de la procédure, qu'elle soit préventive (désignation du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur, C. com., art. L. 611-3, al. 1^{er} et L. 611-6, al. 2) ou collective (jugement d'ouverture); y compris sa conversion, par ex. en sauvegarde, art. L. 621-12, L. 622-10; à ce propos, 229229 v. *infra*, sp. n° 247.

⁶ Par ex., il revient au tribunal de désigner les organes de la procédures (par ex., le juge-commissaire, C. com. art. L. 621-4, al. 1^{er}); déterminer l'étendue du dessaisissement du débiteur (par ex., en RJ selon l'assistance ou la gestion par l'administrateur judiciaire, art. L. 631-12); admettre ou non les créances (rôle du juge-commissaire, art. L. 624-2); prolonger ou non la période d'observation de l'entreprise (en RJ, art. L. 631-15, I).

⁷ Passant par l'adoption du plan de continuation et le constat de son exécution conforme (en sauvegarde, C. com., art. L. 626-9 et L. 626-28; applicables par renvoi en RJ); de cession de l'entreprise (art. L. 642-1 s.); ou clôturant la liquidation judiciaire (art. L. 643-9); voire, permettant le rebond rapide du débiteur (art. L. 645-10).

⁸ Surveillance et détection par les cellules judiciaires de détection-prévention, VALLENS (J.-L.), Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de « prévention-détection » ?, *D.*, 2010, p. 1723 s. et v. *infra*, sp. n° 229; et alerte par le président du tribunal, C. com., art. L. 611-2, I et II, v. *infra*, sp. n° 181 s.

⁹ Par ex., en cas de recours, C. com., art. L. 661-1.

¹⁰ C. com., Livre VI, Titre V.

¹¹ Effet du rétablissement professionnel et effacement judiciaire des dettes, C. com., art. L. 645-11; sur la finalité du rebond du débiteur portée par la réforme de 2014, v. VOINOT (D.) (*dir.*), Réforme des procédures collectives : nouveau rebond pour le débiteur ?, actes du Colloque, Univ. Lille 2, 2014, *DP*, 2014/242.

¹² SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 5; dans le même sens, comparant l'entreprise à « un organisme vivant », PÉROCHON (F.), *manuel précit.*, sp. n° 1.

¹³ Deloitte, Altares, *L'entreprises en France, Dans l'antichambre de la reprise*, rapp. annuel, 10^e éd., mars 2015 (disponible en ligne), 36 p., sp. p. 14.

62 614 selon Euler Hermes, Défaillances d'entreprises en France pour 2014 (disponible en ligne).

D'autres statistiques peuvent encore être consultées : Insee conjoncture, Informations Rapides, Défaillances d'entreprises (disponibles en ligne).

¹⁴ Deloitte, Altares, rapp. 2015 précit., sp. p. 20.

¹⁵ Euler Hermes, *État des lieux complet des défaillances d'entreprises en France en 2014*.

entreprises ont été défailtantes en Allemagne. Malgré une année 2014 plutôt marquée par une amélioration¹, ce chiffre demeure toujours à un niveau plus élevé que celui d'avant-crise². Ces statistiques font naître un certain sentiment d'insatisfaction, interrogeant le droit des difficultés des entreprises.

Ces données factuelles, le législateur ne les occulte pas. À de nombreuses reprises³ - entraînant par ailleurs la critique d'une réforme incessante au point d'en perdre le fil⁴ -, il revient sur les dispositions du droit des entreprises en difficulté, quelquefois en retouchant⁵, mais souvent en ajoutant⁶. Cela a par ailleurs permis au droit français de remonter de la quarante-deuxième position à la vingt-deuxième⁷ dans le rapport international *Doing Business*⁸. Dans ce contexte, l'efficacité⁹ du traitement des entreprises en difficulté est un objectif primordial. Or, la maxime est connue : « prévenir, vaut mieux que guérir ». Il en ressort l'importance d'anticiper les difficultés avant l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires pour préserver les chances de sauvegarde des entreprises.

Or, ce point semble constituer la principale carence révélée par les chiffres rapportés et, cela, malgré les efforts du législateur pour améliorer les différents « outils »¹⁰ du droit des entreprises en difficulté. Un autre paramètre peut alors être pris en compte : le mode de réalisation de ce droit, c'est-à-dire à l'autorité de traitement à laquelle il est recourue, en l'occurrence, le juge. C'est considérer qu'est en cause, l'autorité en charge de prévenir les

¹ Exactement, de 0,8 % par rapport à 2013, Deloitte, Altares, rapp. 2015 précit., sp. p. 4.

² C'est-à-dire avant 2008 ; les années 2009 et 2013 avaient été les plus importantes ; rétrospectivement, le niveau oscillait entre 50 à 55 000 défailtances par an jusque 2008, *ibid.*, sp. p. 7.

³ Pour les plus récentes et principales en droit des entreprises en difficulté, L. 26 juill. 2005 *de sauvegarde des entreprises* précit. ; ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 *portant réforme du droit des entreprises en difficulté* (ci-après notée « ord. 18 déc. 2008 ») ; L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010 *de régulation bancaire et financière* (ci-après notée « L. 22 oct. 2010 ») ; puis ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 précit. ; soulignant la perpétuelle réforme, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÉRIÉ-BON (M.-H.) et MACORIG-VENIER (F.), Juin 2008 - juin 2009 : Le droit de la défaillance économique en perpétuelle évolution, *DP*, 2009/184, chron. ; TEBOUL (G.), Le droit des entreprises en difficulté en réforme permanente, *GP*, 2015, n° 301-302, p. 4 s.

⁴ ROUSSEL GALLE (P.), Stop aux modifications du droit des entreprises en difficulté !, *RPC*, 2015/6, repère 6

⁵ Par ex., réintroduction de la faculté du président du tribunal - de grande instance - de convoquer les débiteurs à un entretien préventif qui avait été - par erreur ? - supprimée par la loi de Sauvegarde, C. com., anc. art. L. 611-5 ; v. *infra*, sp. n° 182.

⁶ Pour l'illustrer, institution de la SFA, C. com., art. L. 628-9 s. et la PSA, art. L. 628-1 s. ; ou encore, le rétablissement professionnel, art. L. 645-1 s.

⁷ Spécifiquement pour le règlement de l'insolvabilité.

⁸ Rapp. *Doing Business* 2015 (en ligne) ; toutefois, pour l'année 2016, la France concernant le règlement de l'insolvabilité a rechuté à la 24^e place, *ibid.* ; sur le risque de *forum shopping* en matière d'insolvabilité, v. *infra*, sp. n° 374 ; en tempérament, la méthodologie du rapport est critiquée, HARAVON (M.), *Doing Business* 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ?, *D.*, 2009, p. 244 s. et Le rapport *Doing Business* de la Banque mondiale : mythes et réalités d'un rapport sans nuance, *JCP E*, 2005/41, 1478 ; entraînant, depuis, sa révision, ROCHER (A.), Le *Doing Business* 2015 : les réformes et sa réformes, *JCP E*, 2015, n° 1-2, 1000 ; également, USUNIER (L.), Les 10 ans du rapport *Doing Business* : l'heure d'un nouveau bilan ?, *RJC*, 2013/2, p. 129-134 ; et d'une manière générale, sur les difficultés à comparer les droits de tradition écrite et de *Common law*, GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), La critique économiste de la tradition romano-germanique, *RTD civ.*, 2013, p. 683 s.

⁹ Faisant l'objet de mesure par l'analyse économique du droit, not. KIRAT (T.), *Economie du droit*, La Découverte, 2012 (rééd), 125 p. ; sur cette discipline, v. *infra*, sp. n° 254 s.

¹⁰ Il est courant de qualifier ce droit (not. depuis la loi de Sauvegarde) de « boîte à outils » en raison de la multiplicité de ses procédures ; « En 2005 on parlait de la boîte à outils et l'expression peut être conservée en 2014, mais chaque outil est plus sophistiqué à tel point que la conciliation est devenue une sorte de « couteau suisse », et que l'on pourrait presque parler des conciliations... », PÉROCHON (F.), ROUSSEL GALLE (P.), Le mandat ad hoc et la conciliation, *GP*, 2015/3, p. 4 s., sp. n° 30.

défaillances. Il est vrai que « l'image de la justice n'est pas bonne »¹ et qu'en droit des entreprises en difficulté, l'aspect psychologique du chef d'entreprise prend une part importante dans la révélation des difficultés² ; d'une manière générale, il y a une « crise de la Justice » comme peut le relever un magistrat lui-même³.

Face à ce constat, les autorités publiques ont entrepris un vaste chantier⁴ de réforme de la justice du XXI^e siècle⁵ pour la rendre « plus efficace, moins complexe, plus lisible et accessible »⁶ ; c'est le « projet #J21 » comme l'a baptisé le gouvernement⁷. Il tend principalement à revoir la place du juge dans la résolution des différends⁸ et à renforcer son statut⁹. C'est dire si l'étude de la fonction du juge dans la société est non seulement un sujet inépuisable¹⁰, mais qui promet aussi de demeurer d'actualité. Le droit des entreprises en difficulté doit intégrer cette réflexion. Considérant l'importance du juge dans la mise en œuvre

¹ HILLION (L.), « La justice du XXI^e Siècle » : une nouvelle tentative de modernisation judiciaire, *La Revue Squire Sanders* (en ligne), 19 mars 2014 ; une étude d'opinion a été menée et révèle qu'une large « majorité des Français estime que la Justice a besoin d'être réformée (87%), qu'elle est trop lente (95%), trop complexe (88%) et que le « langage judiciaire est peu compréhensible » (80%) » *ibid.* ; il s'agit des chiffres présentés lors du colloque sur la Justice du XXI^e s., organisé par la Commission européenne sur l'efficacité de la justice (Cepej), discours J.-P. JEAN, siège de l'UNESCO, 10 janv. 2014 ; les reprenant également, JOHANNÈS (F.), Une grande majorité de Français considèrent qu'il faut réformer la justice, *LeMonde.fr* (en ligne), 10 janv. 2014 ; ce colloque donnera lieu à l'engagement du gouvernement à réformer la justice, v. n. *infra* ; sur le rapport du Cepej 2014, FRICERO (N.), L'efficacité et la qualité de la justice à l'aune de la crise économique, *JCP G*, 2014/43, 1068.

² Not., BAUJET (B.) et al., La souffrance morale des entrepreneurs, *CDE*, 2016/2, entretien 2 ; BINNÉ (M.), Un dispositif pour éviter la délocalisation des entrepreneurs dans un monde meilleur, *RPC*, 2014/2, étude 6 ; DELATTRE (C.), La souffrance du chef d'entreprise face à la défaillance de son entreprise, *BJE*, juill.-août 2015, p. 201 ; INGALL-MONTAGNIER (P.), Prévenir, sanctionner, réparer, Le ministère public à la croisée des missions, *CDE*, 2015/5, dossier 27 ; ROSSI (P.) et al., La simplification des procédures collectives et du droit des entreprises en difficulté, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2013/3, entretien 2 ; ROUGER (M.), « Difficultés économiques et interventions judiciaires », in méf. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 187-191, sp. p. 187 ; ROUSSEL GALLE (P.), Le législateur psychologue, *RPC*, 2015/2, repère n° 2 ; selon un psychologue, BIROUSTE (J.), Renversement du sens de la dette et crise pour le juridique, *GP*, 2003, *op. cit.* ; v. *infra*, sp. n° 240 ; et, en réaction, v. *infra*, sp. n° 46.

³ GARAPON (A.), *Gardien des Promesses, Justice et démocratie*, éd. Odile Jacob, 1996, 281 p. ; et v. *infra*, sp. n° 143.

⁴ D'un projet initial d'une cinquantaine d'articles, il a été scindé en deux (v. n. *infra*), doublant le nombre d'articles dans chacun des projets de lois ; toutefois, le contenu final peut paraître encore insuffisant, CADIET (L.), La réforme du statut de la magistrature : mécompte ou acompte ?, *Procédures*, 2016/10, repère 9.

⁵ Suite au débat national à l'Unesco (janv. 2014, v. n. *supra*), réforme initiée par C. TAUBIRA, garde des Sceaux (janv. 2015) ; présentée en Conseil des ministres (juill. 2015) ; deux projets de lois sont adoptés en 1^{ère} lecture par le Sénat (nov. 2015) et l'AN (24 mai 2016) selon la procédure accélérée, puis transmis en Commission mixte paritaire (CMP) (22 juin 2016), aboutissant à :
- projet de loi ordinaire de modernisation de la justice du XXI^e s. (nouvelle lecture Sénat, TA n° 186, 28 sept. 2016 ; renvoi pour lecture définitive à l'AN, TA n° 792, 12 juill. 2016 et à la CMP) ; il comprend notamment la réforme du statut des juges des tribunaux de commerce (titre VI) et, par ailleurs, le renforcement des modes alternatifs de règlement des différends (titre II) ;
- projet de loi organique relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) (accord de la CMP, TA n° 790, 11 juill. 2016) ; il concerne entre autres dispositions la formation des magistrats, renforce les obligations déontologiques, le recrutement des magistrats et modifie le CSM ;
POUPEAU (D.), La réforme du statut des magistrats définitivement adoptée, *AJDA*, 2016, p. 1422 ; le Conseil constitutionnel saisi déclare globalement sa conformité (censure art. 25-26 et 48-49 (transparence sur la situation patrimoniale des magistrats ; avec réserve, art. 35 et 39), Cons. constit., n° 2016-732 DC, 28 juill. 2016.

Pourrait être ajouté par ailleurs le projet de loi constitutionnelle portant réforme du CSM, adopté par les deux assemblées (TA n° 720, 26 avril 2016, renvoi en CMP, en attente d'être convoquée) qui touche notamment à la nomination et discipline des membres du parquet ; v. *infra*, sp. n° 216, n. 9.

⁶ Axes de la réforme, v. en ligne, min. Just., Justice du 21^e s., présentation générale, actualisation mai 2016.

⁷ *Ibid.*

⁸ Plus particulièrement, projet de loi ordinaire de modernisation de la justice du XXI^e s. précit., sp. Titre II.

⁹ Plus particulièrement, projet de loi organique précit.

¹⁰ RIVIER (M.-C.), v. « Conflit/Litige », in *Dictionnaire de la Justice* précit., sp. p. 198.

de ses dispositions, il est impérieux d'entreprendre une étude qui propose de définir son rôle - ou plus véritablement, ce qui n'en relève pas - et l'autorité judiciaire compétente.

13. Intérêts du sujet. L'étude du droit des difficultés des entreprises et du traitement judiciaire présente différents intérêts d'ordre pratique et théorique.

Sur un plan pratique, ils sont nombreux à pouvoir être attendus, par exemple, une meilleure anticipation des difficultés pour de plus grandes chances de sauvegarde des entreprises, également l'accélération et la sécurisation du traitement par le renforcement de sa prévisibilité et de sa lisibilité. Peut-être encore, la rationalisation de l'intervention judiciaire pourrait avoir pour effet de désencombrer les juridictions et d'une manière générale, améliorer la coordination entre les différents acteurs au chevet des entreprises défaillantes¹.

Sur le plan théorique, ce serait envisager le droit des entreprises en difficulté sous un autre angle, moins à travers ses procédures que l'autorité qui a la charge. Plus précisément, il s'agirait de mettre en cohérence une intervention judiciaire qui paraît déborder de son propre cadre² avec les impératifs propres au traitement des difficultés des entreprises, appelant à revoir d'une manière générale l'ensemble du processus. Alors qu'il est reproché au législateur de procéder en ce domaine par (re)touches successives, aboutissant à une législation dite « à tâtons »³, la recherche adopterait au contraire une approche globale et générale des difficultés des entreprises en interrogeant le mode de réalisation approprié. En l'état, c'est le mode judiciaire qui est privilégié.

14. Hypothèse et problématique. Les diverses observations relatives au caractère judiciaire du traitement des entreprises en difficulté du droit français font naître l'hypothèse que le recours à l'autorité judiciaire constitue, de la part du législateur, un *choix* - au regard de l'existence d'autres options envisageables - qui est *préféré* - en raison de sa supériorité -.

Pour l'étayer, plusieurs précisions peuvent être apportées quant à la consécration du rôle du juge par le législateur. D'abord, il est malaisé de trancher le point de savoir si c'est le juge qui s'est arrogé spontanément cette place prépondérante dans le traitement des entreprises en difficulté ou si c'est le législateur qui, en faisant reposer sur l'autorité judiciaire des fonctions toujours plus lourdes, l'a amené à se dépasser pour investir pleinement son rôle. Quoi qu'il en soit, cet état de fait est analysé comme constituant bien un choix du législateur puisque, dans un

¹ Quelle que soit leur nature ; par exemple, tribunal, comité administratif et professionnel du secteur privé.

² En témoigne, les nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité posées (renvoyées ou non), not. Cass. com., 20 déc. 2012, n° 12-40.074, arrêt n° 1294 ; n.p.B. ; com., 6 mars 2012, n° 11-40.102, arrêt de renvoi n° 337 ; Cons. constit., 4 mai 2012, QPC, n° 2012-241, *EURL David Ramirez* ; Cons. const., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *Sté Pyrénées services et a.* ; pour un bilan, GICQUEL (J.-E.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel, *GP*, 2015/3, p. 32 s. ;

³ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », in mél. A. HONORAT, *op. cit.*, p. 109-119.

cas, il en est l'auteur et, dans l'autre, il a entériné les pratiques juridictionnelles¹. De plus, la loi n'intègre pas, du moins à titre principal et de manière autonome, d'autres modes de traitement tels que celui administratif². L'hypothèse consiste donc à supposer que l'autorité judiciaire serait privilégiée pour traiter les entreprises en difficulté, ce qui justifie le choix du législateur d'y recourir. Mais alors, la judiciarisation du traitement est-elle véritablement appropriée ? Tenter d'y apporter une réponse n'est pas sans obstacle.

15. Difficultés de l'étude. La succession rapide de nombreuses réformes du droit des difficultés des entreprises a compliqué l'approfondissement du traitement judiciaire des entreprises en difficulté, nécessitant continuellement de renouveler son analyse. Bien entendu, c'est un fait commun aux travaux juridiques, néanmoins l'effet est particulièrement remarquable ici en raison de l'accumulation des réformes dans un temps restreint, obligeant à adapter, voire à modifier l'axe de travail. À titre d'illustration, la recherche a été initiée alors même que la saisine d'office n'était pas encore déclarée inconstitutionnelle et abrogée³. Face à la critique de l'impartialité - ou plus précisément, de l'indépendance⁴ - des tribunaux de commerce, la loi dite « Macron »⁵ a apporté leur spécialisation⁶. Le président du tribunal et le juge-commissaire se sont vu entretemps interdire de participer au jugement de l'affaire lorsqu'ils avaient préalablement pu en connaître⁷. Par ailleurs, il faut encore ajouter les réformes touchant au fond du droit dont notamment la modification du critère d'éligibilité des professionnels⁸ ou celles relatives au traitement lui-même, instaurant de nouvelles formes telles que la sauvegarde accélérée ou le rétablissement professionnel⁹.

16. Plan. L'étude du droit des entreprises en difficulté et la question de l'opportunité du traitement judiciaire appelle une réflexion qui se découpe en deux parties. La première procède globalement à l'analyse du choix de recourir à l'autorité judiciaire en cas de difficultés des

¹ Par ex., à propos du mandat *ad hoc*, v. *infra*, sp. n° 124 ; des entretiens du président du tribunal, v. *infra*, sp. n° 234 ; ou du *prepackaged plan*, v. *infra*, sp. n° 126.

² Critiquant l'absence de son intégration, v. *infra*, sp. n° 81.

³ Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, *Sté Pyrénées services et a.* ; *Rec.*, p. 642 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 49 ; sur la saisine d'office, v. *infra*, sp. n° 246 s.

⁴ Sur ces deux termes, v. *infra*, sp. n° 95 s.

⁵ L. n° 2015-990, 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* ; sur laquelle, not. : LE CORRE (P.-M.), La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté, *GP*, 2015/293, p. 7-25.

⁶ Selon chiffre d'affaires, le nombre de salariés ou la présence d'un élément d'extranéité, D. n° 2016-217, 26 fév. 2016 *fixant la liste et le ressort des tribunaux de commerc spécialisés*, art. 3 ; v. *infra*, sp. n° 570.

⁷ Suite notamment à la condamnation de la France par la CEDH sur le fondement de l'art. 6, § 1 (impartialité objective du juge commissaire), CEDH, 3^e sect., 4 oct. 2007, n° 17997/02, *aff. Le Stum c/ France*, sp. n° 32 ; aboutissant à une mise en conformité par l'ordonnance du 12 mars 2014 : pour le juge-commissaire désigné dans l'affaire, C. com., art. L. 662-7 ; et pour le président du tribunal qui a informé le ministère public des difficultés d'une entreprise, art. L. 631-3-1.

⁸ Substituant à la qualité du débiteur, la nature de son activité, ord. 18 déc. 2008 précit., art. 164 ; v. sp. n° 134.

⁹ Introduction de la SFA par L. 22 oct. 2010 précit. ; PSA, ord. 12 mars 2014 précit., art. 48 ; et rétablissement professionnel, ord. 12 mars 2014 précit., art. 85.

entreprises (**1^{ère} partie**). Il s'agit d'en comprendre les ressorts, tant sa préférence par d'autres modes de traitement envisageables que son privilège par son ampleur. La justification de ce choix invite également à apprécier sa portée, ce qui peut aboutir à une certaine critique du traitement judiciaire tel qu'il a lieu. Sans demeurer stérile, sa finalité est constructive. La deuxième partie propose en effet de manière prospective une reconfiguration du traitement judiciaire des entreprises en difficulté (**2^e partie**). Il s'agit alors de réordonner les interventions judiciaires en cohérence avec les nécessités du traitement des défaillances, ce qui pourra signifier d'avoir identifié les cas où elles ne sont pas indispensables. Les deux parties forment ainsi un ensemble qui devrait *in fine* permettre de renforcer le rôle de l'autorité judiciaire auprès des entreprises en difficulté.

PREMIÈRE PARTIE. Le choix du traitement judiciaire des entreprises en difficulté

DEUXIÈME PARTIE. La restructuration du traitement judiciaire des entreprises en difficulté

PREMIÈRE PARTIE.

LE CHOIX DU TRAITEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

17. Caractère judiciaire du droit des entreprises en difficulté français. Par comparaison avec les droits étrangers, le droit français des entreprises en difficulté se distingue par son caractère judiciaire comme le souligne le professeur Vallens¹. Cela signifie que sa réalisation dépend globalement de l'autorité judiciaire.

18. Choix législatif. Affirmer le caractère judiciaire du droit des entreprises en difficulté laisse entendre que le traitement des défaillances économiques n'est pas naturellement judiciaire ou, du moins, forcément judiciarisé. Le droit européen relatif aux procédures d'insolvabilité l'exprime explicitement : « les procédures d'insolvabilité n'impliquent pas nécessairement l'intervention d'une autorité judiciaire »². L'étude part ainsi du postulat que le traitement des entreprises en difficulté constitue une fonction qui est « attribuée »³ à l'autorité judiciaire par le législateur⁴. Cela sous-entend que d'autres modes de traitement, extrajudiciaires, existent ou sont envisageables⁵. Mais ils n'ont pas été retenus en tant que tels en droit des entreprises en difficulté.

19. Réalité et importance du choix. Le droit des entreprises en difficulté français se distingue plus véritablement par la place qu'il accorde au juge au regard d'autres législations,

¹ VALLENS (J.-L.), *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, op. cit., sp. n° 16 ; TURLUTTE (E.), *Les objectifs du droit de la faillite en droit comparé (...)*, th. précit., sp. n° 604 ; pour une perspective de droit comparé, v. *supra*, sp. n° 3.

² Règl. UE, n° 2015/848, 20 mai 2015, *relatif aux procédures d'insolvabilité* précit., cons. n° 20 ; refonte règl. CE, n° 1346/2000, 29 mai 2000 précit. ; comp. pour une affirmation identique, anc. cons. n° 10.

³ MÉLÉDO-BRIAND (D.), *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, th. précit., sp. n° 324.

Dans un sens proche, relevant que le droit de la faillite, dans sa perspective supranationale, est un droit « volontariste », c'est-à-dire que la règle de droit en ce domaine est une création volontaire du législateur, TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 17.

⁴ L'illustrant, c'est l'objet du premier article du Livre VI consacré aux difficultés des entreprises, C. com., art. L. 610-1.

⁵ D'autres pays privilégient le mode amiable (par ex., Japon et Emirats arabes unis) ou ont envisagé celui administratif (Italie), v. *supra*, sp. n° 3.

notamment anglo-saxonnes¹. Son rôle est prépondérant. La juridiction et ses membres dominent globalement l'entier traitement², de l'ouverture à la clôture de la procédure, passant par l'ensemble des étapes de son déroulement. Par exemple, la désignation - et le remplacement³ - des organes de la procédure, la détermination de leur mission et leur rémunération⁴ est judiciaire, de même s'agissant de l'étendue des pouvoirs du débiteur⁵, du bien-fondé des licenciements économiques⁶ ou de la cession de l'entreprise⁷. En somme, le traitement des entreprises en difficulté se révèle soumis à la logique du « tout-judiciaire »⁸.

20. Appréciation du choix du judiciaire. Le caractère judiciaire particulièrement poussé du droit des entreprises en difficulté interpelle. L'immixtion du juge dans les affaires économiques est généralement controversée⁹, non seulement en raison du jugement économique que le tribunal est amené à porter¹⁰, mais aussi au regard des impératifs propres aux affaires, tels que le secret¹¹ et la rapidité, peu compatibles avec la fonction juridictionnelle¹². Cela est d'autant plus fort que le droit des entreprises en difficulté ne correspond plus au droit répressif des faillites¹³, il inclut la prévention des difficultés¹⁴ et le rebond du débiteur¹⁵. Mais alors que le

¹ La France et le Royaume-Uni constituant sur ce point « les deux extrêmes », VALLENS (J.-L.), *op. cit.*, sp. n° 16 ; également, BRULARD (Y.), « Les procédures nationales entrant dans le champ d'application du Règlement », in F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE (dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, *op. cit.*, p. 25-59, sp. n° 5 ; MARKS (D.), Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne, *PA*, 2005, *op. cit.*

Aux États-Unis, l'ouverture de la procédure ne requiert pas nécessairement une décision de justice : le simple dépôt de la requête par le débiteur déclenche la procédure (sur la base de l'*order for relief*, § 301, *Title 11, US Code*), TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, th., J. LARRIEU (préf.), *Economica*, 2002, 495 p., sp. p. 23.

D'une manière générale, sur le rôle du juge en droit comparé, TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 615-618.

² V. *supra*, sp. n° 11.

³ Remplacement, révocation ou adjonction, C. com., art. L. 621-7 (sauvegarde), L. 631-9 (RJ) et L. 641-1-1 (LJ).

⁴ Not. le juge-commissaire, les AJMJ et institutions représentatives, C. com., art. L. 621-4 (sauvegarde), art. L. 631-9 (RJ), art. L. 641-1 (LJ) ; désignation d'experts dont le tribunal définit la mission, art. L. 621-4, al. 3 ; détermination des pouvoirs des AJMJ en RJ, art. L. 631-12 ; fixation de leur rémunération, art. R. 663-4 et 814-27.

⁵ Par ex., le juge-commissaire autorise le débiteur à passer les actes de disposition, C. com., art. L. 622-7, II ; le président du tribunal prend les mesures conservatoires nécessaires, art. L. 631-10-1.

⁶ Autorisation du juge-commissaire, C. com., art. L. 631-17, al. 1^{er} et L. 641-10, al. 3.

⁷ Décision du tribunal ayant ouvert la procédure, not. C. com., art. L. 642-2, I.

⁸ MÉLÉDO-BRIAND (D.), Le juge judiciaire peut suspendre l'exigibilité des créances fiscales sur le fondement de la loi du 1er mars 1984, *JCP G*, 1998/52, II 10218.

⁹ Not. CHAMPAUD (C.), L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies, *Justices*, 1994/1, p. 61 s. et v. *infra*, sp. n° 255 s.

¹⁰ En ce sens, DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, avec la collaboration de A. HONORAT, Dalloz, 3^e éd., 1991, 675 p., sp. n° 8.

¹¹ Not. BOURBOULOUX (H.), Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés, *BJE*, 2012/3, p. 183 s. ; DELATTRE (C.), Le secret des affaires, La confidentialité des procédures, *Dr. sociétés*, 2012/1, étude 2 ; GENTIN (F.), BASSE (C.) et al., Le secret des affaires et la confidentialité des procédures, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2015/1, entretien 1 ; ZABALA (B.), Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public, *JCP E*, 2008/19, 1598, sp. n° 3 ; pour une étude approfondie, GARINOT (J.-M.), *Le secret des affaires*, th., E. LOQUIN (préf.), LexisNexis, 2013, vol. 41, 404 p. ; MARCELLIN-TAUPENAS (S.), DU MANOIR DE JUAYE (T.), *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2016, 321 p. ; MARTIN (P.), *Le secret des affaires en droit français*, th., Lyon 3, éd. Dedale, 2009, 346 p.

En témoigne par ailleurs, l'adoption de la dir. PE et Cons. UE, n° 2016/943/UE, *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* ; *JOUE*, n° L 157, 15 juin 2016 ; sur le sujet, not. LAROCHE (M.), Secret des affaires et droit des entreprises en difficulté, *JCP E*, 2016/35, 1458.

¹² Not. JEANTIN (M.), Le paradoxe de la prévention, *PA*, 15 déc. 1993, p. 12 s. et v. *infra*, sp. n° 229 s.

¹³ Sur ce caractère du droit ancien, not. lors de la codification napoléonienne, et son évolution, v. *supra*, sp. n° 2.

¹⁴ V. *infra*, sp. n° 123.

¹⁵ Rétablissement professionnel, C. com., art. L. 645-11 ; VOINOT (D.) (dir.), *Réforme des procédures collectives : nouveau rebond pour le débiteur ?*, Colloque, Lille 2, *DP*, 2014, *op. cit.*

droit des entreprises en difficulté a considérablement évolué au cours du temps, étendant ses dispositions à une plus grande majorité de débiteurs et de situations de difficultés, diversifiant ses techniques, le choix du recours à l'autorité judiciaire s'est trouvé inchangé. Plus encore, le traitement judiciaire s'est développé, ce qui pousse une partie de la doctrine à s'interroger sur son opportunité¹.

21. Plan. Toute appréciation du traitement judiciaire des entreprises en difficulté (**Titre II**), suppose préalablement de comprendre les raisons qui ont conduit à préférer le choix du judiciaire (**Titre I**).

TITRE I. Les raisons du choix du traitement judiciaire

TITRE II. L'évaluation du choix du traitement judiciaire

¹ Not. PERCEROU (R.), « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté, mythe ou possibilité réelle ? », in mél. C. CHAMPAUD, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1997, p. 507-520, sp. p. 509 et p. 516 ; également, MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 709 ; VOINOT (D.), *Procédures collectives*, manuel précit., sp. n° 43.

TITRE I. Les raisons du choix du traitement judiciaire

22. Éviction des modes non judiciaires. Le recours à l'autorité judiciaire pour le traitement des difficultés des entreprises ne résulte pas de l'évidence en ce que plusieurs modes de traitement peuvent être envisagés. Par exemple, une résolution amiable des difficultés peut avoir lieu¹. Elle est réalisée par les parties, débiteur et créanciers, directement concernées par la défaillance économique. Mais les intérêts privés peuvent être par ailleurs transcendés par la mise en jeu d'intérêts publics. L'État se trouve alors intéressé à la sauvegarde des entreprises qui composent son tissu économique. Il agit à cette fin à travers ses organes administratifs décentralisés². Toutefois, ces deux cas de figure sont placés à la marge du droit des entreprises en difficulté en raison de leurs limites au regard du traitement judiciaire (**Chapitre I**).

23. Recours à l'autorité judiciaire. L'examen des dispositions légales³ fait clairement apparaître que la résolution des difficultés des entreprises relève principalement de l'autorité judiciaire. La perspective historique constitue à ce titre une clé d'explication fondamentale. En effet, il faut rappeler qu'à l'origine de la codification napoléonienne, le droit de la faillite était particulièrement marqué par sa finalité répressive, sanctionnant le commerçant qui avait manqué à ses engagements⁴. Le juge se trouvait donc être naturellement l'autorité privilégiée pour prononcer la liquidation des biens du débiteur. Cependant, le prisme historique ne suffit pas à justifier pleinement le caractère judiciaire de l'actuel droit des entreprises en difficulté⁵, car ses

¹ Pour un développement, v. *infra*, sp. n° 496.

² V. *supra*, sp. n° 4 et v. *infra*, sp. n° 79.

³ V. *supra*, sp. n° 11.

⁴ La faillite était intrinsèquement conçue comme une faute, v. *supra*, sp. n° 2 ; sur l'origine du terme « faillite », v. *infra*, sp. n° 113.

⁵ Sur le passage du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté, principalement réalisé grâce à la distinction de l'homme et de l'entreprise, v. *supra*, sp. n° 2.

finalités ont changé¹ et son champ d'application s'est largement diversifié². Il faut en réalité considérer qu'il y a un véritable attrait pour le mode judiciaire (**Chapitre II**).

Chapitre I. Les limites du traitement non judiciaire des entreprises en difficulté

Chapitre II. L'attrait pour le traitement judiciaire des entreprises en difficulté

¹ Elles ne sont plus fondamentalement répressives ; LABRUSSE (C.), « L'évolution du droit français depuis le Code de commerce », in R. RODIÈRE (dir.), *Faillites, liquidation des biens, règlement judiciaire, faillite personnelle, banqueroute*, Dalloz, 1970, p. 5-54 ; VALLENS (J.-L.), Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui, *D.*, 2007, p. 669 s., sp. n° 1.

Pour être exact, l'histoire de la faillite n'a pas toujours procédé de manière sévère, alternant parfois entre périodes de laxisme et de rigueur, MAZEN (N. J.), VINCKEL (F.), *Lorsqu'oscille inmanquablement le balancier de l'Histoire, Vers une nouvelle réforme du droit des entreprises en difficultés*, *GP*, 1994, I, doct., p. 49-54.

² D'une procédure unique (liquidation des biens) à une multiplicité ; du commerçant à l'ensemble des activités professionnelles indépendantes, v. *infra*, sp. n° 116 s.

Chapitre I. Les limites du traitement non judiciaire des entreprises en difficulté

24. Modes de traitement non judiciaires. Alors que le droit des entreprises en difficulté désigne le tribunal¹ pour sa mise en œuvre, deux autres modes pour le traitement seraient par ailleurs envisageables. Ils sont, par distinction, non judiciaires². Le premier peut être qualifié de *privé* (**Section I**) en ce que le traitement est réalisé par des personnes privées - plus précisément, par le débiteur et les créanciers concernés -, considérant leurs seuls intérêts - soit des intérêts privés -. Le deuxième est, quant à lui, d'ordre *administratif* (**Section II**) faisant état de l'intervention de l'État, à travers ses organes administratifs, aux fins de sauvegarde des entreprises présentant un enjeu public.

25. Modes de traitement limités. S'ils sont envisageables, ces modes de traitement privé ou administratif sont en fait insuffisants à appréhender et à résoudre l'entier problème des difficultés des entreprises. Ils connaissent des limites qui sont propres à leur nature et d'autres, qui leur sont communes³. D'une manière générale, ils ne disposent pas de la force nécessaire pour contraindre juridiquement à une solution de traitement global qui soit juste et équilibrée entre les différents intérêts en présence.

Section I. Les limites du traitement privé

26. Traitement privé, signification. En dehors de l'intervention du juge, le traitement des difficultés d'une entreprise peut être accompli par les parties elles-mêmes, soit le débiteur et le(s) créancier(s). Ils peuvent s'entendre sur la solution à adopter, conformément à leurs propres intérêts. Les difficultés de paiement sont alors résolues amiablement et de façon non judiciaire.

¹ C. com., art. L. 610-1.

² C'est-à-dire excluant toute intervention de l'autorité judiciaire.

³ Il n'en sera alors fait qu'un bref rappel.

27. Limites du traitement privé. Cependant, ce mode de traitement privé, à l'exclusion de l'autorité judiciaire, se révèle limité. D'abord parce qu'il oppose, en fait, le créancier au débiteur, laissant au premier le champ d'un « traitement »¹ unilatéral. Or, l'évolution de la société et le droit ont posé l'interdiction fondamentale de se faire justice soi-même (§ 1). Ensuite, l'accord amiable qui peut, éventuellement, résulter d'une entente bi ou multilatérale entre les parties - débiteur et créanciers consentants - est couvert d'incertitude sur sa réelle efficacité (§ 2).

§ 1. L'interdiction de se faire justice soi-même

28. Mise en œuvre d'un traitement unilatéral. L'insolvabilité entraîne l'inexécution des engagements pourtant promis par le débiteur. Par conséquent, le créancier insatisfait pourrait se trouver en droit de *se faire justice soi-même*². La solution est alors abandonnée au créancier qui exercerait sur son débiteur un pouvoir unilatéral de contrainte.

À ce propos, il est aussi possible d'envisager la situation inverse : le débiteur pourrait de son côté opposer son état d'insolvabilité au créancier pour refuser de payer sa dette. Ce serait une manière de contraindre le créancier à renégocier ou à abandonner sa créance et, pour le débiteur, de résoudre lui-même ses difficultés.

Dans un cas, comme dans l'autre, la solution est unilatérale, dépendant soit du créancier, soit du débiteur.

29. Exercice d'une justice privée. Ces solutions unilatérales et souverainement mises en œuvre par le créancier ou le débiteur recouvrent une forme de justice privée, exclusives de l'intervention d'une autorité publique³.

¹ Pour un tempérament de la réelle qualification de « traitement » dans cette hypothèse, v. *infra*, sp. n° 8, n. 8.

² Sur cet adage, JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th., D. MAZEAUD (préf.), Economica, 2013, 478 p., sp. n° 19-73 ; POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, Étude comparative*, th., M. GORÉ (préf.), LGDJ, 2008, 679 p., sp. n° 1-4 ; également, LAGARDE (X.), « Nul ne peut se faire justice à soi-même », in mélanges S. GUINCHARD, *Justices et droit du procès*, Dalloz, 2010, p. 795-806 ; Association Henri Capitant, *Nul ne peut se faire justice à soi-même, Le principe et ses limites*, Actes du colloque, Journées de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XVIII, 1966, p. 41-100.

³ Définissant la justice privée par l'exécution par soi-même, « sans l'intervention des autorités de l'État », DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, éd. La mémoire du droit, 2001 (rééd. 1911), 681 p., sp. p. 622.

Dans les faits, l'exercice d'une justice privée renvoie essentiellement aux pratiques des civilisations primitives¹ et anciennes², qui ne connaissent pas un État de droit³, et relèvent principalement du créancier⁴. S'il en demeure aujourd'hui d'autres formes, mais cette fois pacifiques⁵ - telles que l'exception d'inexécution⁶ -, elles sont employées sur un plan juridique comme moyen de défense et à titre de justice provisoire⁷. Elles ne correspondent pas à un traitement des difficultés du débiteur.

30. Plan. Le droit du créancier impayé de se faire justice à soi-même entraîne violence (A) et désordre (B). Il a donc été repoussé par l'organisation de la vie en société et, en l'occurrence, du paiement de la dette⁸.

¹ Sommairement, période antérieure à la fondation de Rome (vers 750 av. J.-C.) ; subsidiairement, temps des invasions barbares par les peuples germaniques (VII^e s.) ; CRÉMIEU (L.), *La justice privée, Son évolution dans la procédure romaine*, th., éd. L. Larose, 1908, 325 p., sp. p. 9 ; MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Domat-Montchrestien, 1947, 551 p. et sur la fondation de Rome, sp. p. n° 7 s. ; LEPOINTE (G.), MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954, 506 p., sur les invasions de l'Empire, sp. p. 447 s.

² Période moyenâgeuse (XIII^e au XIV^e s.), CLAUSTRE (J.), La dette, la haine et la force : les débuts de la prison pour dette à la fin du Moyen Âge, *Rev. historique*, 2007/4, p. 797-821.

³ Se définissant comme la soumission à un ordre juridique « excluant l'anarchie et la justice privée », *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. État de Droit, sp. p. 421 ; également, JOUANJAN (O.), v. « État de droit », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique* (ci-après noté « Dictionnaire de la culture juridique »), Lamy-Puf, 2003, p. 649-653 ; sur l'État de droit, v. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, Montchrestien-Lextenso, 2010, 5^e éd., 158 p.

⁴ Disposant du droit de créance et donc, du droit d'exiger, v. *infra*, sp. n° 31 s. ; sur le fait du débiteur, v. *infra*, sp. n° 34.

⁵ Il est possible de détacher la notion de justice privée de sa forme primitive, anarchique (lorsque l'État n'existe pas), voire pathologique (lorsque l'État est impuissant), VALLIMARESCO (A.), *La justice privée en droit moderne*, th., R. DEMOGUE (dir.), Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 472 p., sp. p. 18-19, pour une théorie de la justice privé dans le droit moderne, sp. p. 41 s. avec des exemples licités, sp. p. 339 s. ; dans le même sens, JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. précit., sp. n° 25-26 ; POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, étude comparative*, th. précit., sp. n° 5 s. et différenciant de la peine privée en ce que la justice privée est plus large que la seule sanction, sp. n° 24 ; de même, à propos du détachement de la justice privée et de l'exécution privée, DEMOGUE (R.), *op. cit.*, sp. p. 638 et pour une critique de l'assimilation, sp. p. 639.

⁶ *Exceptio non adimpleti contractus*, ROLAND (H.), *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 2016, 7^e éd. (ci-après noté « Lexique juridique des expressions latines »).

L'exception d'inexécution est une forme de justice privée puisque le débiteur oppose ce refus sans saisir le juge, en toute autonomie et unilatéralement, MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, 2016, 8^e éd., sp. n° 858 ; sur son étude, CASSIN (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th., M. MASSIGLI (dir.), Sirey, 1914, 800 p. Si la règle n'était pas généralisée (C. civ., anc. art. 1612 ou 1653), la réforme du droit des contrats (ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016 précit., art. 2) y consacre désormais une sous-section dans le Code civil (art. 1219-1220) ; ce qui en accroît la portée.

La remarque peut également être faite à propos du C. civ., art. 1222, al. 1^{er} qui permet au créancier de faire exécuter *lui-même* l'obligation (exécution forcée en nature) dans le respect d'« un délai et à un coût raisonnables » ; LÉCUYER (H.), *L'inexécution du contrat*, CCC, 2016/5, dossier 7, sp. n° 14.

D'autres exemples peuvent être recherchés en dehors du civil : par ex., en droit international public par l'effet des contre-mesures, c'est-à-dire la non-exécution volontaire d'un traité par un État à titre de représailles, ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international, Étude théorie des contre-mesures en droit international public*, th., P.-M. DUPUY (préf.), éd. A. Pedone, 1994, 503 p., sp. n° 15.

⁷ L'inexécution est opposée comme moyen de défense et le cocontractant ne demeure pas démuné : il peut en toute hypothèse saisir le juge pour s'opposer et faire reconnaître son bon droit, TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11^e éd., sp. n° 630.

⁸ L'organisation de la dette « fonde l'organisation du monde », BIROUSTE (J.), Renversement du sens de la dette et crise pour le juridique, *GP*, 2003/58, p. 6 s. ; également, CORIAT (J.-P.), « La dette, le failli et le créancier : le droit romain face à l'endettement », in Y. CHAPUT (dir.), *L'apurement des dettes, solutions au surendettement, L'endettement*, t. 2, études du CREDA, Litec, 1998, sp. p. 27-73 ; RENAUT (M.-H.), La déconfiture du commerçant, Du débiteur sanctionné au créancier victime, *RTD com.*, 2000, p. 533 s. ; THIVEAUD (J.-M.), L'ordre primordial de la dette : petite histoire panoramique de la faillite, des origines à nos jours, *REF*, 1993/25, p. 67-106, sp. p. 70.

A. L'exclusion de la violence comme solution aux difficultés

31. Soumission du débiteur au créancier. Le débiteur est tenu envers son créancier par un lien¹ d'obligation². Cela appelle trois précisions. D'abord, il institue un rapport de contrainte³ dont le non-respect est sanctionné⁴. Seul le paiement de la dette permettra au débiteur de se libérer de ses chaînes⁵. En attendant, il est placé dans un état d'assujettissement⁶ vis-à-vis de son créancier, ce qui va donner à ce dernier un droit d'exiger.

Ensuite, ce lien est d'ordre personnel⁷, c'est-à-dire qu'il a lieu nécessairement entre deux personnes⁸ et, non, entre une personne et une chose⁹. D'où la possibilité pour le créancier d'exiger du débiteur le paiement (au sens large¹⁰) de la dette et, à défaut, de pouvoir se retourner contre lui. Le droit de créance¹¹ correspond à un droit personnel¹².

¹ Du latin *ligare*, « lier » et *ob*, « de façon étroite, MALAURIE (P.), v. « Obligations », in *Dictionnaire de la culture juridique* précit., p. 1097-1101 ; sur la conception ancienne du lien comme nœud d'étranglement de l'endetté (*nexum/nexus*) et son rapport avec le terme latin d'*obligatio*, comme le lien à anticiper (*obligare*), BIROUSTE (J.), *op. cit.* et *supra*, sp. n° 1.

² Pour une définition synthétique, *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Obligation, sp. p. 701-703 ; pour un approfondissement, not. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th., F. LEDUC (préf.), Dalloz, 2012, 549 p. ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, sp. n° 1 ; pour une approche historique, DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, sp. p. 9 s. ; sur l'opposition de la conception moniste (droit français) et dualiste (droit allemand), GOMAA (N. M. K.), *Théorie des sources de l'obligation*, th., J. CARBONNIER (dir.), LGDJ, 1968, 317 p., sp. n° 282-286 ; toutefois, sans conséquence pratique, GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, sp. n° 4.

³ DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation, Recherche sur la notion d'obligation*, th., P. DELEBECQUE (préf.), PUAM, 2004, 536 p., sp. n° 2 ; MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 2014, 13^e éd., sp. n° 8.

⁴ Sur la distinction ultérieure (XVI^e s.) de l'obligation juridique et naturelle FOREST (G.), th. précit. ; sur le sujet, RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ-Lextenso, 2014, 421 p.

⁵ CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014 (2001), 10^e éd., 493 p., sp. p. 325.

⁶ Sur le sens de l'obligation, lien de droit qui assujettit le débiteur, GAUDEMET (J.), Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique, *Arch. phil. droit*, t. 44, 2000, p. 19-32, sp. p. 27 ; de même, évoquant une « astriction » ou une « servitude » du débiteur, FOREST (G.), th. précit., sp. n° 141.

Il peut être souligné que le terme d'« obligé » est antérieur à celui d'obligation, ce qui marque bien la soumission du débiteur par le lien de droit, FOREST (G.), th. précit., sp. n° 138 ; également, DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), th. précit., sp. n° 2.

⁷ Not., GJIDARA (S.), v. « Dette », in *Dictionnaire de la culture juridique* précit., p. 368-374, sp. p. 370-371.

⁸ Not., GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité précit.*, sp. n° 4, p. 1 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), et STOFFEL-MUNCK (P.), *op. cit.*, sp. n° 1.

⁹ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, op. cit.*, sp. n° 2 ; d'ailleurs, la personnalisation de ce lien était si forte dans le droit romain que l'obligation ne pouvait être cessible, GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, J.-P. LÉVY (rééd.), Dalloz, 2003, 1223 p., sp. p. 776 ; MALAURIE (P.), v. « Obligations », *loc. cit.*, sp. p. 1101.

¹⁰ Non seulement entendu dans son sens pécuniaire (versement d'une somme d'argent), mais aussi, plus largement, comme l'exécution de la prestation attendue par le créancier ; c'est le sens retenu par le Code civil qui appréhende le « paiement » comme le mode d'extinction normal de l'obligation, art. 1342, MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations, op. cit.*, sp. n° 846 ; sur le sujet, v. GRUA (F.), « L'obligation et son paiement », in méf. Y. GUYON, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 479-493.

¹¹ Droit d'une personne (créancier) contre une autre (débiteur), TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, sp. n° 2.

¹² Not. MALAURIE (P.), *loc. cit.*, sp. p. 1097 ; GIRARD (P. F.), *op. cit.*, sp. p. 415-416.

Il faut signaler que dans le droit romain classique, la notion de droit de créance n'apparaît pas encore ; en effet, est retenue une définition objective qui correspond à l'état d'assujettissement du débiteur et non à un droit subjectif du créancier, FOREST (G.), th. précit., sp. n° 177 ; de plus, la conceptualisation du lien d'obligation en un lien de droit est ultérieure ; v. *infra*, sp. n° 31.

Enfin, le lien d'obligation est originellement conçu comme étant matériel¹. Il n'est pas encore pensé de manière intellectuelle, c'est-à-dire en tant que lien de droit, *vinculum juris*², dont la reconnaissance et la mise en œuvre forcée nécessitera la justice publique³ organisée dans un État de droit. Sa réalisation, comme sa sanction, appelle une concrétisation matérielle.

32. Droit du créancier de se faire justice à soi-même. L'insolvabilité du débiteur⁴ entraîne le non-paiement de la dette. Directement touché par cette inexécution, le créancier serait alors justifié⁵ à se faire justice à soi-même puisqu'il est le titulaire du droit de créance, c'est-à-dire du droit d'exiger⁶. Pour cette raison et considérant la soumission du débiteur, il est autorisé à rechercher un mode de désintéressement qu'il juge, souverainement, équivalent. C'était par exemple le cas du *nexum*⁷, prêt de sommes d'argent connu du droit romain, qui, par son formalisme - *par aes libram*⁸ -, dispensait le créancier de recourir à la justice en cas de non remboursement de la dette. Dans cette hypothèse, le créancier impayé pouvait se faire justice lui-même. Si le droit positif en conserve certaines traces⁹, dans le cas du *nexum*, la limite n'était pas en tout état de cause la solvabilité du débiteur.

¹ FOREST (G.), th. précit., sp. n° 149-150 ; GJDARA (S.), *op. cit.*, sp. p. 369 ; LÉVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, sp. n° 672.

² *Obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*, selon la formule de Justinien, Institutes (VI^e s. ap. J.-C.), Livre III, Titre XIII.

L'abstraction du lien d'obligation entraînera un recul de la justice privée par la nécessité d'une reconnaissance préalable du droit par un magistrat, FOREST (G.), th. précit., sp. n° 150 ; également, GAUDEMET (J.), Naissance d'une notion juridique, *op. cit.*, sp. p. 19-20 ; LÉVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *loc. cit.*, sp. n° 672.

³ Ou *a minima*, de l'exécution étatique, DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales*, *op. cit.*, sp. p. 638.

⁴ Soulignant la préoccupation déjà ancienne des créanciers de se prémunir contre celle-ci, LÉVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *loc. cit.*, sp. p. 9-10.

⁵ Sur la place du créancier avant l'État et la pensée de Ihéring, CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, *op. cit.*, sp. p. 327 ; également, De MOLÈNES (H.), *Des origines romaines de la distinction entre la faillite et la déconfiture*, th., J.-E. LABBÉ (*dir.*), imprimerie Ch.-F. Lapière, Rouen, 1889, sp. p. 8.

⁶ TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, sp. n° 2.

Selon la conception du droit allemand qui distingue les deux facettes de l'obligation, c'est-à-dire le devoir d'exécution (*Schuld*) et le pouvoir de contrainte (*Haftung*) qui permet de passer à l'exécution forcée en cas d'inexécution (GOMAA (N. M. K.), *Théorie des sources de l'obligation*, th. précit., sp. n° 282-286), ce serait viser ici le deuxième versant pour le droit de créance.

⁷ RENAUT (M.-H.), La déconfiture du commerçant, *op. cit.* ; également, GAU-CABÉE (C.), Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant, *RTD civ.*, 2012/1, p. 33-49 ; la pratique serait déjà antérieure à la fondation de Rome et aurait lieu dans cette forme jusque la fin de la République (118 av. J.-C.), DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, sp. p. 203-207 ; son contenu n'est toutefois pas certain : à partir de la loi *Poetelia Papiria* (326 av. J.-C.), seraient appliquées les formes de la mancipation, c'est-à-dire la reconnaissance judiciaire de l'insolvabilité du débiteur (*addicti*), alors attribué au créancier ; sur le droit romain, not. : BRÉGI (J.-F.), *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, 310 p., sp. p. 19-21 ; GIRARD (P. F.), *op. cit.*, sp. p. 508-515 ; LÉVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *loc. cit.*, sp. p. 43-47.

Spécialement sur la *manus injectio* (acte de mancipation et recours au juge, L. XII Tables, Table III), DEROUSSIN (D.), *loc. cit.*, sp. p. 204-205 ; FOREST (G.), th. précit., sp. n° 150-151 ; GAUDEMET (J.), *op. cit.*, sp. p. 23 ; LÉVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *loc. cit.*, sp. n° 672 ; MONIER (R.), *Manuel de droit romain*, *op. cit.*, n° 172-173 ; PRIGENT (S.), Le dualisme dans l'obligation, *RTD civ.*, 2008, p. 401 s., sp. n° 1 ; SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, *op. cit.*, sp. n° 83.

⁸ C'est-à-dire par le rituel de l'airain et de la balance.

⁹ Il peut être fait référence à l'acte passé devant notaire en la forme authentique (C. civ., art. 1369) qui permet au créancier de forcer son débiteur à s'exécuter (C. proc. ex., art. L. 111-1, al. 1^{er}) ; mais cela a lieu sur ses biens et requiert l'intervention de l'huissier ; également à la nouvelle procédure simplifiée de recouvrement des petites créances, ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016 précit. ; C. proc. ex., art. L. 125-1 et art. R. 125-1, permettant à l'huissier de délivrer un titre exécutoire au créancier avec l'accord du débiteur.

33. Recours à la force. Le créancier insatisfait va de lui-même et, plus concrètement, par lui-même¹ - c'est-à-dire en recourant à la force physique -, sanctionner son droit de créance sur le débiteur. C'est la conséquence ici de la conception primitive du lien d'obligation comme un lien d'asservissement personnel et matériel qui impose, pour toute réalisation, de passer nécessairement par la personne du débiteur. Cette contrainte est donc exercée directement sur le débiteur, c'est-à-dire, le plus immédiatement, sur son corps².

Il faut alors souligner la violence et la cruauté de la justice privée archaïque³, mise en œuvre par le créancier contre le débiteur⁴. C'est recourir à la brutalité, l'emprisonnement⁵, l'esclavage⁶, voire la mise à mort⁷ avec, au besoin, le partage du corps en cas de pluralité de créanciers comme le prévoyait la Loi des XII Tables⁸. Puisque le créancier détient le pouvoir de contrainte sur le débiteur insolvable, c'est à lui que revient la détermination souveraine d'une forme de désintéressement, voire de vengeance, équivalente. C'est ce qui explique que l'exécution privée dans sa conception primitive recouvre des pratiques particulièrement cruelles⁹ et barbares, à l'instar de la loi du Talion¹⁰. Le débiteur est à la merci du créancier qui a sur lui un droit de vie ou de mort¹¹.

34. Faculté du débiteur de traiter lui-même ses difficultés. En dehors de toute référence historique, il est possible d'envisager également l'action du débiteur, bien qu'elle paraisse plus réduite. Certes, contrairement au créancier, il n'est pas titulaire du droit d'exiger. Le débiteur peut néanmoins parer de lui-même et par lui-même à son obligation d'exécuter. Il peut par

¹ Origine de la procédure civile « de s'assurer à soi-même selon ses forces et à son gré la satisfaction du droit qu'on estime avoir, la réparation du tort qu'on juge avoir subi », GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., sp. p. 1025.

² CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, op. cit., sp. p. 328.

³ Essentiellement le fait des civilisations primitives, a-étatiques, avec une certaine résurgence durant le haut Moyen Âge, GAU-CABÉE (C.), *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant*, op. cit.

⁴ CORIAT (J.-P.), « La dette, le failli et le créancier : le droit romain face à l'endettement », op. cit. ; DESURVIRE (D.), *Banqueroute et faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine*, PA, 30 août 1991, n° 104, p. 12-19, sp. p. 12 ; GAU-CABÉE (C.), *loc. cit.* ; RENAUT (M.-H.), *La déconfiture du commerçant*, op. cit. ; SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *loc. cit.*, sp. n° 71 s.

⁵ DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), th. précit., sp. n° 158

⁶ FOREST (G.), th. précit., sp. n° 150 ; GAU-CABÉE (C.), *loc. cit.*

⁷ GIRARD (P. F.), *loc. cit.*, sp. p. 770-772.

⁸ V. *supra*, sp. n° 1.

⁹ Mais par absence de conceptualisation intellectuelle du lien d'obligation et de raisonnement juridique donnant accès aux biens du débiteurs plutôt qu'à sa personne, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), op. cit., sp. n° 83.

¹⁰ « Fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent » ; de l'ancien Testament (*Deutéronome*, XIX, 21 ou *Lévitique* XXIV, 20 « Œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied »), Bible, *Exode*, XXI, 24), l'institution du Talion fut recueillie vers 1694 av. J.-C. par le Code d'*Hammurabi* (« Bœuf pour bœuf », § 245), DEROUSSIN (D.), op. cit., sp. p. 641 et p. 645 ; SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), op. cit., sp. n° 19 ; pour une définition, DRAI (R.), « Talion », in *Dictionnaire de la culture juridique* précit., p. 1467-1469 et *Le mythe de la loi du Talion*, Anthropos, 1996 (rééd. 1991 et 1986), 231 p. ; GIRARD (P.-F.), op. cit., sp. p. 420-425. En réalité, la règle fut considérée comme un progrès : elle repousse la vengeance aveugle et encadre l'usage de la force en imposant une égale réciprocité ; néanmoins, elle demeure une pratique barbare puisqu'elle autorise et légitime la force physique, incluant la mise à mort ; pour une critique de la qualification de « barbarie », de même que sur l'emploi du terme « loi » à propos du Talion, PREVOST (M.), « "A propos du Talion" », in méf. J. TENEUR, t. II, PU Lille, 1977, p. 619-629, sp. p. 619 ; également sur cette conception de la vengeance, LEVELEUX-TEIXERA (C.), « L'ancien droit et le règlement non judiciaire des conflits de la vengeance à la grâce », in O. BOSKOVIC (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare&Martin, 2012, p. 111-145, sp. p. 120.

¹¹ DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), th. précit., sp. n° 158.

exemple y échapper en organisant sa propre insolvabilité¹ ou en prenant la fuite². Le créancier ne pourra obtenir de paiement. À moindre échelle, il peut encore menacer d'y procéder, voire simplement opposer son état de difficultés pour obliger le créancier à redéfinir les termes de l'obligation, accordant alors un délai supplémentaire ou une remise de la dette. Que la pression exercée soit d'ordre simplement moral ou physique, c'est toujours contraindre de manière forcée. Autrement dit, c'est exercer une certaine forme de violence contre le créancier qui n'a alors d'autres choix que de se soumettre pour obtenir le paiement promis. Réciproquement, c'est le moyen pour le débiteur de solutionner unilatéralement ses difficultés de paiement.

Une illustration peut être trouvée dans l'institutionnalisation de la contrainte par corps³ qui s'impose en rempart contre la violence privée⁴. Avec elle, désormais, seul l'accord passé en prison royale est valable⁵. Le créancier est amené à s'entendre avec son débiteur s'il veut obtenir un paiement, ce qui passe par sa libération. Le débiteur apparaît alors en position de force. Cependant, c'est toujours recourir systématiquement à la contrainte physique (par corps) pour résoudre les difficultés. Dans le cas de la prison pour dette, la force exercée sur le débiteur emprisonné est en vérité niée⁶. Elle est néanmoins bien présente. Cela est d'autant plus vrai que, dans les faits, « le sergent et le geôlier prêtaient bien leurs bras au créancier »⁷. C'est donc une autre donnée que la contrainte physique qui doit être retenue de l'institutionnalisation de la prison pour dette : l'organisation juridique qu'elle réalise⁸ contre la violence physique.

35. Violence et obstacle à la civilisation. Parce que le droit de se faire justice à soi-même correspond, dans ses formes anciennes, au droit du plus fort⁹, il est le résultat d'affrontements violents entre le créancier et le débiteur¹⁰. Or, l'usage privé de la force comme mode de satisfaction des obligations est un obstacle à la civilisation¹¹. Il n'est pas possible d'admettre, en réponse à l'insolvabilité, le recours à la violence, d'autant plus quand elle se concrétise par des

¹ Ce fut l'objet initial des premières réglementations commerciales françaises (not. Ordonnance du Commerce de Colbert, mars 1673 ; Code de commerce napoléonien, sept. 1807) ; sur ces périodes de rigueur contre les débiteurs malhonnêtes, HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, op. cit., sp. n° 200 s.

² Le droit des foires, à l'origine du droit commercial, comprenait déjà des règles contre les débiteurs « furtifs de foire », SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), op. cit., sp. n° 133 ; sur le sujet, HUVELIN (P.), *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, th., Paris, éd. A. Rousseau, 1897, 634 p.

³ L'ordonnance de Philippe le Bel en mars 1303 autorise l'emprisonnement pour dette privée ; elle sera abrogée par la loi du 28 mai 1838 (en matière commerciale, L. 22 juill. 1867), CLAUSTRE (J.), *La dette, la haine et la force : les débuts de la prison pour dette à la fin du Moyen Âge*, *Rev. historique*, 2007, op. cit., sp. p. 797 ; GAU-CABBÉE (C.), *Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant*, op. cit.

⁴ Pour une étude de la signification de la contrainte par corps, CLAUSTRE (J.), *loc. cit.*, sp. p. 812-817.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.* ; v. également, CLAUSTRE (J.), *Dans les geôles du roi, l'emprisonnement pour dette à Paris à la fin du Moyen Âge*, th., C. GAUVARD (préf.), Publications de la Sorbonne, 2007, 495 p.

⁸ Not. l'intervention d'un juge qui reconnaît le droit du créancier et prononce l'emprisonnement du débiteur.

⁹ POPINEAU-DEHAULLON (C.), th. précit., sp. n° 4.

¹⁰ LAGARDE (X.), « Nul ne peut se faire justice à soi-même (...) », op. cit., sp. n° 4.

¹¹ ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international*, th. précit., sp. p. 2 et p. 907 ; JAOUEN (M.), th. précit., sp. n° 19 et n° 23 s. ; POPINEAU-DEHAULLON (C.), th. précit., sp. n° 3 ; sur le rattachement de la justice privée aux civilisations primitives et son tempérament, v. *supra*, sp. n° 29.

pratiques particulièrement cruelles et barbares sur la personne du débiteur. La définition d'un État de droit¹ impose la canalisation de la violence² par l'intervention nécessaire et préalable d'une autorité publique. La force publique³ va permettre de réguler les usages privés, c'est-à-dire de conjurer les excès de l'exécution privée et de pacifier les comportements⁴. D'une manière générale, la maîtrise de la force est considérée comme « la condition première d'un ordre social »⁵. Ainsi, le lien d'obligation ne doit pas seulement être compris comme un rapport de force, la dette est aussi source de solidarité entre les individus qui se sont entendus⁶.

36. Transition. Le droit de se faire justice par soi-même, dans sa forme violente, doit être exclu. Il en va de même concernant le droit de se faire justice pour soi-même dès lors qu'il correspond à un état de désorganisation.

B. Le rejet de la désorganisation dans le paiement des créanciers

37. Solution individuelle. Outre la violence qu'il porte, le droit du plus fort tend à une solution qui est définitivement individuelle. En effet, par l'exercice d'une justice privée, le créancier, victime de l'inexécution du débiteur insolvable, va rechercher en premier lieu sa satisfaction personnelle. En ces termes, le lien d'obligation entre le débiteur et le créancier apparaît, outre personnel, également individuel. Le créancier se fait justice lui-même et, plus précisément, pour lui-même, non pour les autres victimes éventuelles de l'insolvabilité du débiteur. Il ne prend en compte que son intérêt personnel et individuel.

38. Arbitraire. Corrélativement à une solution individuelle, la justice privée paraît dans cette perspective particulièrement arbitraire et aléatoire⁷. En effet, sa mise en œuvre et ses formes dépendent exclusivement de l'interprétation purement subjective du créancier. Par exemple, dans le cadre du *nexum*⁸, le créancier pouvait choisir selon ses besoins entre l'usage de la force de travail du débiteur, la vente en esclave au-delà du Tibre ou la mise à mort. Il est souverain à

¹ V. *supra*, sp. n° 29, n. 3bis.

² En ce sens, POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat*, th. précit., sp. n° 3 ; plus généralement, CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, *op. cit.*, sp. « L'obligation entre la force et la grâce », p. 324 s.

³ Not. la contrainte par corps, v. *supra*, sp. n° 34 ; l'État ayant « le monopole de la violence physique légitime », WEBER (M.), *Le Savant et le politique*, 1919, nouvelle trad., éd. La Découverte, 2003.

⁴ CLAUSTRE (J.), La dette, la haine et la force (...), *op. cit.*, sp. p. 814 ; la voie principale pour échapper à la prison pour dette est l'arrangement avec le créancier ; l'emprisonnement n'a donc pas une vocation durable, ni même à être réellement mis en œuvre ; c'est davantage une menace poussant les parties à trouver un compromis, *ibid.*, sp. p. 815 s. ; plutôt qu'une véritable peine, GAUCABBÉE (C.), *op. cit.*

⁵ BÉGUIN (J.), « Rapport sur l'adage "Nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit privé », in *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, *op. cit.*, sp. p. 41 ; dans le même sens, JAOUEN (M.), th. précit., sp. n° 25.

⁶ CLAUSTRE (J.), *loc. cit.*, sp. p. 800.

⁷ JAOUEN (M.), th. précit., sp. n° 24.

⁸ V. *supra*, sp. note n° 32.

considérer la bonne ou la mauvaise exécution de la part du débiteur, de même qu'il se reconnaît, lui-même, le droit d'agir et, enfin, il est l'unique souverain quant au sort du débiteur défaillant. Le débiteur est entièrement soumis à l'arbitraire du seul créancier se faisant – ou non – justice lui-même.

39. Désordre social. L'hypothèse de l'insolvabilité du débiteur peut entraîner, de sa part, une absence généralisée d'exécution de ses obligations. Un ou plusieurs créanciers peuvent alors se trouver concernés par cet état de fait. Or, la justice privée unilatéralement exercée fait obstacle à un paiement organisé des créanciers non désintéressés. C'est au contraire un système anarchique qui se présente par une complète inorganisation sociale ; seul le créancier le plus diligent et, ici, le plus fort, pourra profiter d'un éventuel paiement. Il n'y a pas d'appréhension collective de la sanction de l'inexécution. De sa seule force et dans son seul intérêt, il oblige le débiteur à s'exécuter ou, en cas d'insolvabilité, obtient un désintéressement qu'il juge équivalent. Ainsi, la recherche de la paix sociale impose de tempérer justement l'unilatéralisme¹ éminent du droit de se faire justice soi-même². Assurer la sécurité des rapports entre les individus³ et prévoir une réponse collective aux manquements, en termes brefs un ordre social, sont « les fondements de toute société »⁴.

40. Conclusion et transition. L'abandon du traitement des difficultés au seul créancier - ou, débiteur - n'est pas satisfaisant, car il repose en toute hypothèse sur l'usage de la force. De plus, sa mise en œuvre dépend entièrement et souverainement de l'appréciation unilatérale de l'une des parties, source d'arbitraire et de désorganisation. Au demeurant, il est difficile dans ce cadre d'évoquer un réel *traitement* tant ce mode, dans sa forme unilatérale, correspond vraisemblablement au moyen d'exercer une vengeance ou de se dérober à ses engagements. C'est ce qui explique une certaine désaffection de la société contemporaine pour la justice privée.

Toutefois, il est possible d'avoir une autre vision de la justice privée. Il est vrai qu'« en fustigeant le fait de “faire à soi-même justice” (...) [l'adage] tend ainsi à faire accroire qu'il n'y aurait de justice privée qu'unilatérale »⁵. Or, les difficultés économiques pourraient aussi être résolues de manière bilatérale. Le créancier et le débiteur œuvrent ensemble à la recherche d'une solution, repoussant alors la cruauté et l'arbitraire.

¹ Sur ce caractère fondamental dans la définition de la justice privée, *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Justice privée, sp. p. 594.

² En ce sens, LAGARDE (X.), *op. cit.*, sp. n° 4.

³ Sur cette notion, DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, op. cit.*, sp. p. 63.

⁴ JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat*, th. précit., sp. n° 24.

⁵ *Ibid.*, sp. n° 39.

§ 2. L'incertitude de la solution amiable pour les parties

41. Solution bi ou multilatérale. La civilisation a progressivement repoussé la violence et l'arbitraire dans les rapports entre les parties. Le droit a appréhendé l'hypothèse de l'insolvabilité et il n'est plus question d'abandonner le débiteur défaillant au créancier insatisfait. C'est donc dans une perspective de réciprocité que le traitement des difficultés s'envisage. Il peut avoir lieu entre le créancier insatisfait et son débiteur, de manière bilatérale. Le débiteur peut aussi réunir plusieurs de ses créanciers dès lors que son insolvabilité est généralisée à une pluralité de dettes.

42. Solution amiable. La résolution amiable de difficultés, quelles qu'elles soient, recouvre la catégorie générale des modes alternatifs de règlement des conflits¹. Il s'agit globalement de faire participer² les parties à la négociation³ d'un compromis, réalisant alors une forme de justice privée⁴ en ce que les parties définissent elles-mêmes, seules, la sanction et la réparation de la violation de leur droit.

¹ Modes alternatifs (ou amiables) de règlements de conflits (MARC), des différends (MARD), voire des litiges (MARL) qui apparaît plus large que le terme « conflit », lequel est « juridiquement relevant », Conseil d'État (*dir.*), « Glossaire : la médiation et la conciliation judiciaires et conventionnelles », in Conseil d'État, *Les développements de la médiation*, actes du colloque, CCI Paris, 2011, La documentation française, 2012, sp. « Règlement extrajudiciaire des litiges », sp. p. 137 s.

D'une manière générale, ces modes peuvent être définis comme « un ensemble non limité de procédés qui ont pour objet de régler un conflit en recourant à une solution non juridictionnelle voulue par les parties », JARROSSON (C.), Les modes alternatifs des conflits, présentation générale, *RIDC*, 1997/2, p. 311-345, sp. p. 325 ; sur le sujet, not. : CADIET (L.), « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in S. AMRANI-MEKKI et al., *La médiation*, Dalloz, Société de législation comparée, 2009, p. 13-27 ; CECCHI-DIMEGLIO (P.) et BRENNEUR (B.) (*dir.*), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolutions des conflits*, G. CANIVET (*préf.*), C. JAMIN (*post.*), Larcier, 2015, 1349 p. ; DESDEVISES (Y.), Modes alternatifs de règlement des litiges, *Justices*, 1996/4, p. 339 s. ; JARROSSON (C.), Modes alternatifs de règlement des conflits, *Justices*, 1996/6, p. 274 s. ; RACINE (J.-B.) (*éd.*), Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale, GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2001, *op. cit.* ; et v. *infra*, sp. n° 496.

² Référence possible à la « justice participative » ; concrètement, procédure participative confiée à l'avocat, CPC, art. 1542 s. ; issue du rapp. min. Just., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, S. GUINCHARD (*rapp.*), La documentation française, 2008, 344 p., sp. p. 168-170 ; sur cette procédure, FRICERO (N.), « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », in méf. S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 145-154 et avec POIVEY-LECLERCQ (H.) et SAUPHANOR (S.) (*dir.*), *Procédure participative assistée par avocat*, Lamy, 2012, 247 p. ; Dossier, Quelle place pour la convention de procédure participative, *DP*, 2012/214, p. 51-80.

Ou au « droit collaboratif », reposant aussi sur l'avocat, BUTRUILLE-CARDEW (C.), La place du droit collaboratif dans les MARC, *RLDC*, 2011, 88, entretien et « La "collaborative law" », in J.-J. BARBIÈRI et al., *Construction européenne : approche pratique*, Lamy, 2012, p. 345-350 ; POIVEY-LECLERCQ (H.) et al., Le droit collaboratif, Dossier spécial, *AJ fam.*, 2010/6 ; RIVIÈRE-MARIETTE (S.), MOLLARD-COURTAU (C.), Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige, *GP*, 2013, n° 1898-190, p. 15 s.

³ Par référence à la « justice négociée » qui a essentiellement lieu en matière pénale selon des éléments de procédure particuliers tels que la reconnaissance préalable de culpabilité, CPP, art. 495-7 ; PEREIRA (B.), Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?, *D.*, 2005, p. 2041-2049.

Il existe également la « justice restaurative » ou « réparatrice » qui concerne l'auteur de l'infraction et la victime, voire le groupe ; CARIO (R.), La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ?, *AJ pénal*, 2007, p. 373-375 ; sur le sujet, v. not. JACQUOT (S.), *La justice réparatrice, Quand victimes et coupables échangent pour limiter la récidive*, Y. CHARPENEL (*collab.*), L'Harmattan, 2012, 127 p.

⁴ G'SELL-MACREZ (F.), Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit », *D.*, 2010, p. 2450-2459.

La loi en consacre ponctuellement certaines formes, telles que la conciliation¹ en droit des entreprises en difficulté². Mais, compte tenu de sa judiciarisation³, elle doit être exclue de l'étude des modes purement non judiciaires de traitement des difficultés. Le mode privé est entendu comme celui réalisé, entièrement, par les parties et elles seules⁴.

43. Contenu de la solution amiable. Les parties peuvent s'entendre diversement sur la solution à adopter face à l'insolvabilité du débiteur. Elles peuvent par exemple prévoir l'échelonnement du paiement, le report de la dette, voire sa remise. La définition du contenu de l'accord appartient entièrement et librement aux débiteur et créancier(s). Ils sont souverains dans le traitement. Cependant, cette liberté constitue intrinsèquement la propre limite à la solution amiable⁵. Il n'est pas question, comme dans sa forme unilatérale et primitive, d'imposer, ni de contraindre à un traitement. La solution est pacifique.

44. Plan. Deux incertitudes existent dans le traitement amiable et privé de l'insolvabilité : l'une porte sur l'aboutissement des négociations (A), l'autre sur la portée de l'accord (B).

A. L'aléa dans la réussite des négociations

45. Initier des négociations. Réalisant elles-mêmes le traitement des difficultés de paiement du débiteur, il appartient aux parties de prendre l'initiative d'entrer en discussion. Or, en l'absence d'impulsion d'une autorité, voire, d'un simple tiers sans pouvoir de coercition, cet élément peut se trouver en pratique très incertain, chacune des parties demeurant passive.

46. Comportement du débiteur. Dans les faits, le débiteur devrait être le premier lucide sur ses propres difficultés, pourtant il peut faire montre d'inertie. Les causes peuvent en être multiples : soit, il n'en pas pleinement conscience - il est en effet possible que selon la complexité de son activité économique, certaines connaissances financières et comptables soient nécessaires -, soit il peut choisir de volontairement les ignorer⁶. Là encore, les explications sont diverses : optimisme exagéré, difficultés temporaires, craintes des éventuelles suites, etc. D'une

¹ CPC, art. 21 et 127 s. ; comp. avec la médiation, art. 131-1 s. ; d'une manière générale, art. 1528 s. et v. *supra*, sp. n° 42 et v. *infra*, sp. n° 500.

² C. com., art. L. 611-4 ; sur la contractualisation en droit des entreprises en difficulté, v. *infra*, sp. n° 51.

³ Sa mise en œuvre dépend du juge (président du tribunal) qui désigne un conciliateur, C. com., art. L. 611-6, al. 2 ; c'était déjà le cas du règlement amiable sous l'empire de la L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 35-36 ; le soulignant, GOMEZ-BASSAC (V.), « Les modes amiables de résolution des défaillances des entreprises », in *Les modes alternatifs (...), op. cit.*, sp. p. 156 ; v. *infra*, sp. n° 125.

⁴ Sur ce sens, v. *supra*, sp. n° 26 ; les MARD et la conciliation seront étudiés en *infra*, sp. n° 500.

⁵ Sur cette analyse à propos de la médiation, DION (N.), *De la médiation, Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, J.-L. SOURIOUX (*avant-dire*), Mare&Martin, 2011, 266 p., sp. p. 173 s.

⁶ Sur l'inertie du débiteur, v. *infra*, sp. n° 430.

manière générale, en cas de difficultés, l'aspect psychologique est très fort¹ et, par conséquent, très variable selon la personnalité même du débiteur. C'est d'ailleurs en considération de celui-ci que la loi de Sauvegarde² a pu atténuer les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre du chef d'entreprise. Sans entrer plus avant dans celui-ci, ce qu'il est retenu ici est l'absence de réaction du débiteur constituant un obstacle à tout traitement des difficultés.

47. Comportement du créancier. C'est le créancier, constatant un retard de paiement, qui pourrait, prendre l'initiative d'une discussion. Confier ce rôle au créancier serait le moyen, dans le cadre d'un traitement privé, de parer à l'inertie du débiteur. Cependant, la limite précédente peut être d'abord reconduite ici en ce que cette démarche est incertaine. Ensuite, ce qu'il faut souligner concernant le créancier, c'est que, contrairement au débiteur, il peut avoir une vision restrictive du problème, c'est-à-dire n'être intéressé que par le paiement de sa seule créance. En d'autres termes, le créancier agissant ne recherche pas un traitement global des difficultés du débiteur, lesquelles pourraient potentiellement atteindre d'autres créanciers. Il n'est mû que par son intérêt purement personnel et égoïste³. Il est alors difficile de parler d'un véritable traitement des difficultés du débiteur. Enfin, il est possible que le créancier, loin de se montrer inerte, se montre au contraire très actif au point d'user de sa position économique dominante - notamment les institutions bancaires - pour exercer une pression sur le débiteur défaillant et, ainsi, le contraindre à payer sa créance. Le droit de la consommation encadre alors les abus qui pourraient avoir lieu dans cette hypothèse⁴. C'est en ces termes que la démarche du créancier aux fins de traitement des difficultés du débiteur est limitée.

¹ Établissant quatre profils psychologiques du débiteur en difficulté, *Intrum Justitia*, Les profils psychologiques du débiteur, août 2007 ; v. également, SÉVERIN (E.), La relation créancier-débiteur : Le cas de la difficulté financière revisitée par la sociologie et la psychologie, *Rev. Sciences de gestion : direction et gestion*, 2004/207, p. 83 s.

Divers observatoires sont nés afin d'analyser la santé des chefs d'entreprise : par ex., AMAROK, par O. TORRÈS ; Baromètre de la Santé des Dirigeants, Malakoff Médéric, mai 2015.

De plus, diverses initiatives privées d'ordre associatif, telles que SOS Entrepreneur, créé par un dirigeant ayant vécu l'expérience de la procédure judiciaire, regroupées au sein du Groupement d'intérêt associatif, v. en ligne, le portail du rebond (2014).

Par ailleurs, certains tribunaux de commerce ont mis en place en leur sein et de manière informelle une cellule de suivi psychologique à destination des dirigeants d'entreprises : par ex., depuis sept. 2013, à Saintes (17), dispositif d'Aide Psychologique pour les Entrepreneurs en Souffrance psychologique Aiguë (APESA) ; BAUJET (B.) et *al.*, La souffrance morale des entrepreneurs, *CDE*, 2016/2, entretien 2 ; BINNIÉ (M.), Un dispositif pour éviter la délocalisation des entrepreneurs dans un monde meilleur, *RPC*, 2014/2, étude 6 ; DELATTRE (C.), La souffrance du chef d'entreprise face à la défaillance de son entreprise, *BJE*, juill.-août 2015, p. 201 ; il pourrait être comparé au dispositif anglais *Campaign for Awareness of Mental Illness Among Debtors (CAMIAD)*, qui prévient les souffrances d'angoisse mentale liées à la dette chez les débiteurs.

D'une manière générale, ces initiatives sont assez récentes et appellent à être développées dans le domaine des sciences sociales.

² Not. à l'ouverture de la procédure, L. 26 juill. 2005 précit., LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (L. n° 2005-845, 26 juill. 2005), *D.*, 2005, p. 2305 s.

Regrettant l'absence de ce même effort quant aux sanctions pénales, ROBACZEWSKI (C.), La non-réforme des sanctions pénales dans la loi de sauvegarde des entreprises, *GP*, 2005/253, p. 48 s.

³ TRICOT (D.), Rapport de synthèse, *in* Dossier, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? , *RPC*, 2012/3, dossier 21, sp. n° 2.

⁴ Par ex. pour ne pas surprendre le débiteur, le législateur a prévu à propos des organismes de crédit et banques une prescription biennale relativement brève de deux ans à compter du premier incident de paiement non régularisé pour exercer une action en paiement, C. consom., art. R. 312-35 ; au-delà, le créancier est forclos.

Plus généralement, en droit de l'Union européenne, v. VOINOT (D.), Le recouvrement amiable des créances à l'épreuve du droit européen des pratiques commerciales déloyales, *ADUE*, 2016.

48. Processus de négociations. L'incertitude existante au stade de l'initiative d'un traitement des difficultés par les parties se poursuit durant tout le processus de négociations. D'abord, la partie sollicitée n'est pas obligée de répondre à l'invitation à entrer en discussion. Même si tel est le cas, un nouvel obstacle se présente ensuite dans la recherche d'une solution de traitement des difficultés par les parties. L'insolvabilité mettant généralement en cause une pluralité de créanciers, les négociations ne peuvent se réaliser en une fois. Plusieurs échanges sont nécessaires, ce qui peut largement compliquer l'élaboration d'une solution pour le débiteur. En pratique, le risque est donc que les négociations ne soient pas menées promptement et sincèrement¹. Par exemple, pour le débiteur, les discussions engagées peuvent constituer des manœuvres dilatoires², lui permettant de se soustraire, au moins durant le temps des échanges, à ses engagements. Quant au créancier, il peut être entré en discussion avec le débiteur mais sans réelle intention de rechercher une solution de traitement mais, davantage, une occasion d'obtenir le paiement de sa créance sans aménagement. Les discussions peuvent alors dériver en une forme d'harcèlement du débiteur, ce qui peut être réprimé sur le plan juridique³. En termes brefs, les négociations sont détournées de la véritable recherche d'un accord amiable permettant de traiter les difficultés. C'est alors l'échec des négociations qui se profile.

49. Réussite ou échec des négociations. En toute hypothèse, il faut reconnaître que les négociations présentent intrinsèquement un aléa, particulièrement à propos d'une entreprise en difficulté⁴. Leur issue est incertaine. Il ne peut être assuré de parvenir à la conclusion d'un accord. C'est alors souligner un nouvel obstacle en ce que les discussions entamées entre les parties afin de résoudre les difficultés de paiement peuvent faire état d'un désaccord insurmontable, ou, plus simplement, d'une absence d'accord. Les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la solution à adopter. Par exemple, le créancier refuse l'octroi d'un moratoire ou le débiteur n'a plus aucune capacité à assurer un quelconque remboursement, même échelonné. Cela est d'autant plus vrai qu'il faut rappeler le caractère potentiellement collectif des discussions dès lors qu'une pluralité est concernée par les difficultés d'une entreprise. Il faut donc entreprendre des négociations

¹ Sur l'exigence de bonne foi et de loyauté dans les pourparlers contractuels, GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat, Le contrat, le consentement*, t. 1, LGDJ-Lextenso, 2013, 4^e éd., sp. n° 711 ; consacrée par la réforme, ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016 précit. ; C. civ., art. 1104.

Il peut être fait un parallèle avec la législation de 1967 du droit des entreprises en difficulté qui exigeait que le concordat présente un caractère « sérieux », DERRIDA (F.), « Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire », in J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIÉ (préf.), *Dix de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978, p. 1013-1033, sp. n° 3.

² À propos de la conciliation, PÉTEL (P.), *Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008*, *JCP G*, 2009/6, I, 110, sp. n° 7 ; également, ROUGER (M.), *Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation*, *PA*, 12 janv. 1994.

³ Le droit de la consommation sanctionne les pratiques commerciales déloyales et not. agressives, se manifestant par des sollicitations répétées et insistantes selon un contexte particulier, C. consom., art. L. 121-6 ; pour la protection du créancier dans le cadre des pratiques commerciales déloyales, dir. PE et Cons. UE, 2011/7/UE, *concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales*, 16 fév 2011 (refonte), sp. art. 7 ; *JOUE*, n° L. 48/1, 23 fév. 2011.

⁴ GAVALDA (C.), MENEZ (J.), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises* (L. n° 84-148 du 1er mars 1984 et D. n° 85-295 du 1er mars 1985), *JCP G*, 1985/25, I, doct., 3196, sp. n° 15.

multilatérales¹ contradictoires, chacun devant exprimer son consentement ou non. Dans ces conditions, conclure amiablement un accord entre l'ensemble des parties paraît peu réaliste². Or, l'absence d'accord est certainement la limite la plus définitive dans le traitement des difficultés en ce qu'il n'apparaît aucune autre alternative de nature privée. Le débiteur ne peut contraindre les créanciers à conclure un accord et inversement.

50. Transition. Les négociations tendant à un traitement privé des difficultés sont couvertes, de leur initiative à leur aboutissement, par une incertitude insurmontable. Les ententes entre les parties qui y consentent peuvent librement se former et, aussi, se défaire. C'est toute la précarité de l'accord amiable.

B. La précarité de l'accord amiable

51. Existence de l'accord. Si le débiteur et le(s) créancier(s) sont parvenus à s'entendre, il existe entre eux un accord. Sa forme peut être variable bien que l'accord conventionnel, dans un mode privé et extrajudiciaire de résolution des difficultés, soit privilégié. Il est l'instrument témoignant de la rencontre des volontés³. Formalisé par écrit, cela permet de limiter les éventuelles contestations postérieures en inscrivant, plus durablement que l'oral, les termes précis de l'accord. La signature des parties achèvera le processus en manifestant formellement le consentement.

¹ Expression volontairement empruntée à la diplomatie internationale, LE GUERNEVÉ (L.), Synthèse négociée : l'accord, *in* Dossier, L'accord, *GP*, 2008/178, p. 49 s.

² HERLEMONT (M.), Une solution au redressement d'une entreprise : le règlement amiable, *JCP E*, II, 1988, 15298, p. 675-679, sp. p. 677.

Cela était particulièrement le cas dans le concordat de la L. 13 juill. 1967 précit. qui octroyait aux créanciers chirographaires le pouvoir d'opposer un « veto infranchissable », DERRIDA (F.), Pour une conception nouvelle du concordat (...), *op. cit.*, sp. n° 1 et 9.

³ C'est sa définition même, GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, t. I, *op. cit.*, sp. n° 38 ; C. civ., art. 1100-1, al. 1^{er} (acte juridique) et art. 1101 (contrat) ; anc. art. 1101-1107.

En droit des entreprises en difficulté, le mandat *ad hoc* et, dans une moindre mesure, la conciliation, revêtent cet aspect contractuel¹. Bien qu'elles ressortent d'un cadre judiciaire², ces techniques de prévention des difficultés tendent à organiser l'entente amiable du débiteur et des créanciers. Dans les procédures collectives, pourtant judiciaires, l'esprit contractuel est encore présent en ce que le traitement place en son cœur la négociation³ et que son instrument, le contrat, permet l'organisation des rapports dans le traitement. C'est ce que met en lumière le mouvement favorable à la contractualisation qui s'observe d'une manière générale⁴. Il touche globalement l'ensemble des rapports entre les individus⁵ en s'imposant comme un mode de résolution privilégié⁶ et le droit des entreprises en difficulté n'y échappe pas⁷. Or, le contractualisme⁸ fait

¹ ZATTARA-GROS (A.-F.), « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », in mél. D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz-Litec, 2011, p. 623-636, sp. n° 9-10 qui souligne particulièrement la pénétration de la technique contractuelle en droit des entreprises en difficulté soit par une reprise de sa forme (spécialement à propos du mandat *ad hoc*), soit en lui assignant un objectif contractuel, à propos de la conciliation ; également sur ce mouvement, COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th., J.-P. HAEHL (préf.), LGDJ-Lextenso, 2013, sp. n° 19 ; v. *infra*, sp. n° 496 s., n° 512, n. 10 et n° 524 ; spécifiquement à propos de la conciliation, JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial, op. cit.*, sp. n° 106 ; sur son caractère contractuel à travers les réformes, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 339 et 366 ; favorable à la préservation du caractère contractuel, ROLAIN (M.), Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés, *PA*, 17 déc. 2014, p. 7 s., sp. n° 12 ; l'aspect contractuel s'observe également lorsque l'accord de conciliation demeure non homologué et non constaté, SORTAIS (J.-P.), Le sort des accords de conciliation en cas de refus d'homologation ou de constatation, *RPC*, 2013/3, étude 12 ; c'était déjà l'analyse concernant le règlement amiable, GAVALDA (C.), MENEZ (J.), Le règlement amiable des difficultés des entreprises, *op. cit.*, sp. n° 8 ; d'une manière générale, ENGEL-CRÉACH (A.), *Les contrats judiciairement formés*, th., A. BÉNABENT (préf.), Paris X, Economica, 2002, 343 p., sp. n° 66.

² Ouverture du mandat *ad hoc* et de la conciliation, C. com., art. L. 611-3 et L. 611-6, al. 1^{er} ; désignation du mandataire et du conciliateur, art. L. 611-3, al. 1^{er} et L. 611-6, al. 2 ; constatation ou homologation de l'accord de conciliation obtenu, art. L. 611-8, I et II ; fin de mission du conciliateur, art. L. 611-8, III ; résolution de l'accord de conciliation, art. L. 611-10.

³ ZATTARA-GROS (A.-F.), *op. cit.*, sp. n° 10 ; not. en associant aux côtés du débiteur, les créanciers, par ex., à l'élaboration du plan, C. com., art. L. 626-30-2 ; apport de ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, art. 43.

⁴ À entendre au sens large, c'est-à-dire y compris au-delà de sa seule matérialisation par le contrat, MEKKI (M.), Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC*, 2006/2, p. 297 s. ; c'est davantage viser la logique contractuelle, c'est-à-dire la négociation, l'entente et la conclusion d'un accord ; en ce sens, CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », in sous leur dir., *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 3-93, sp. n° 3.

⁵ Soulignant un changement de paradigme dans la production normative et de la hiérarchie des normes (horizontale), CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), *loc. cit.*, sp. n° 33 ; v. également, SUPPIOT (A.), « La contractualisation de la société », in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, vol. 2, éd. Odile Jacob, 2000, 602 p., sp. p. 156.

⁶ Le développement des MARD sous-tend avec lui l'essor du phénomène de contractualisation, CADIEU (L.), « Propos introductifs : "faire lien" », in *La contractualisation de la production normative, loc. cit.*, p. 169-184 ; ainsi, le contrat notamment se révèle être un instrument particulièrement privilégié, ANCEL (P.), « Les modes alternatifs de règlement des différends et le droit des contrats », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, op. cit.*, p. 207-231.

⁷ ZATTARA-GROS (A.-F.), *loc. cit.*, sp. n° 2 qui souligne le paradoxe apparent à associer le mouvement de contractualisation au droit des entreprises en difficulté, mais analyse ses éléments constitutifs, sp. n° 3 s. ; v. également, CHASSAING (F.), MORELLI (N.) et al., La contractualisation du droit des entreprises en difficulté, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2015/3, entretien 2 ; ROLAIN (M.), *loc. cit.*, sp. n° 14 s. Spécifiquement à propos du mandat *ad hoc*, JADAUD (B.), « Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par le mandataire *ad hoc* », in mél. M. JEANTIN, *Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 411-417.

⁸ Le contractualisme, né de la contractualisation, est une conception selon laquelle la logique contractuelle constitue la forme la plus achevée du lien social ; il se présente également comme une composante de l'idéologie économique, SUPPIOT (A.), *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Le Seuil, 2009, 333 p., sp. p. 142 ; sur la pensée d'Alain SUPPIOT, not. BOY (L.), Alain SUPPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit, RTD civ.*, 2005/3, p. 676-678.

Il fait primer l'autonomie de la volonté sur les autres sources normatives (le « tout-contrat »), CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français (...) », *loc. cit.*, sp. n° 2 ; c'est le « soi pour loi », SUPPIOT (A.), « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in S. CHASSAGNARD et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 19-44, sp. p. 31 ; dans son acception la plus forte, il transcende et se substitue à toute autre forme d'intervention et aux différentes sources normatives, PIGNARRE (G.), Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie (suite), part. II, *RDC*, 2011/3, p. 989 s., sp. n° 16 et 23.

l'objet de critiques¹ notamment en raison de la faiblesse de sa portée, ce qui vaut également pour les accords relatifs aux entreprises en difficulté².

52. Absence d'effet exécutoire de l'accord. L'accord amiable a force obligatoire entre ceux qui y ont souscrit³. Il est porteur des engagements de chacun⁴ et constitue la loi des parties⁵. Sa formalisation par écrit permet en outre de sécuriser cette force en ce qu'elle arrête les termes de l'accord. Celui-ci devra être exécuté et cela, conformément à ce qui est écrit.

Cependant, malgré la reconnaissance de cette force obligatoire, celle-ci n'emporte pas nécessairement et assurément son exécution⁶. Autrement dit, ce n'est pas parce que les parties se sont accordées sur une solution, ni même qu'elles auront formalisé par écrit leurs engagements qu'elles vont, *de facto*, les mettre en œuvre. Il y a une différence de degré qu'il faut observer à propos de la portée de l'accord entre, d'une part, sa conclusion, voire, sa formalisation et, d'autre part, son exécution. Celle-ci est également laissée à la discrétion des parties et aucune ne peut obliger l'autre à s'exécuter. L'accord, conclu sous le seul seing des débiteur et créancier(s), est dépourvu d'effet exécutoire.

De sorte qu'il existe à nouveau un doute quant au traitement privé des difficultés qui porte, cette fois, sur sa réalisation effective. Il est en effet possible qu'à l'instar de l'obligation initiale qui avait justifié l'entreprise de négociations en raison de son inexécution⁷, le nouvel accord se trouve également non exécuté. Les motifs peuvent être multiples : infaisabilité économique, changement des conditions, désintérêt, etc. Quels qu'ils soient, l'absence d'exécution de l'accord réduit à néant le traitement des difficultés. Par conséquent, tout défaut d'exécution ne fait que revenir à l'état initial de défaillance du débiteur, voire, plus dangereusement, à un état aggravé de difficultés.

¹ V. CHASSAGNARD (S.) et HIEZ (D.) (*dir.*), *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, 222 p.

² D'où le relais de la procédure pour parfaire le produit, fragile, des négociations, ZATTARA-GROS (A.-F.), *op. cit.*, sp. n° 12.

³ ANCEL (P.), « Les modes alternatifs de règlement des différends et le droit des contrats », *op. cit.*, sp. p. 229-230.

⁴ Reconnaissance d'une force normative, DION (N.), « Les forces de la médiation, Variations libres », in C. THIBIERGE et al., *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ-Lextenso, 2009, 891 p., p. 707-719, sp. p. 718.

⁵ Application du principe de la force obligatoire des contrats, C. civ., art. 1103 (anc. art. 1134, al. 1^{er}) ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, *op. cit.*, sp. n° 69 ; v. également, DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation*, th. précit., sp. n° 17 s.

⁶ C'est en quelque sorte distinguer la force obligatoire de l'effet exécutoire ; sur la distinction selon le sens de la norme juridique ou sa fonction, GROULIER (C.), « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative*, *loc. cit.*, p. 199-210 ; dans le même ouvrage, établissant les différents degrés de la force normative, THIBIERGE (C.), « Synthèse », sp. p. 761-762 et concluant à la distinction entre la force obligatoire de la force contraignante, laquelle inclut les forces exécutoire et coercitive, sp. fig. 2, p. 843.

⁷ Soulignant le paradoxe de remplacer un contrat (inexécuté) par un autre contrat, CHASSAING (F.) et al., *La contractualisation du droit des entreprises en difficulté*, *RPC*, 2015, *op. cit.*

Ainsi, l'accord amiable apparaît particulièrement précaire¹ en ce qu'il ne préjuge en rien de son exécution effective et, en l'absence de celle-ci, le traitement privé n'aura pas véritablement lieu, demeurant au stade de simple accord sans réelle concrétisation.

53. Effet relatif de l'accord. De surcroît, à propos de la portée de l'accord, il faut rappeler une autre limite qui tient à l'effet relatif des conventions². Ainsi, quand bien même l'accord conclu serait exécuté, cela ne concerne que les parties qui y ont adhéré. Or, il a été souligné que l'insolvabilité du débiteur concerne généralement une pluralité de créanciers. Dès lors, seuls les créanciers qui y ont consenti sont concernés par l'accord conclu. Les autres n'y sont pas obligés, l'accord leur est inopposable et il n'est pas possible, dans un cadre extrajudiciaire, de les y contraindre³. Il n'y a pas d'effet collectif.

Le risque est alors que le traitement des difficultés se révèle parcellaire et limité. Les créanciers hors accord peuvent se trouver lésés en ce qu'ils sont exclus de toute répartition et pourraient alors remettre en cause l'accord conclu si celui-ci leur porte atteinte. Autre hypothèse, les créanciers qui auront refusé de négocier avec le débiteur pourront remettre en cause la portée de l'accord en exigeant, pour leur cause, sans tenir compte de l'accord, le paiement de leur créance. L'effet relatif présente donc l'inconvénient de n'avoir aucun effet collectif à l'ensemble des créanciers du débiteur⁴.

54. Réalité du consentement au traitement. À propos du consentement du débiteur et des créanciers, une autre limite tenant à l'accord lui-même apparaît. Si le consentement oblige les parties à la solution amiable, il faut encore mettre en lumière sa fragilité. En effet, la réalité du consentement donné peut être mise en doute car, en fait, il est possible que l'une des parties use de sa position de supériorité afin d'orienter, voire imposer le contenu de l'accord. En d'autres termes, l'accord amiablement adopté aurait été, en fait, unilatéralement déterminé⁵.

¹ Soulignant la fragilité de l'accord, résultat de la médiation, DION (N.), « Les forces de la médiation, Variations libres », *op. cit.*, sp. p. 709 et *De la médiation, op. cit.*

² C. civ., art. 1199-1200 (anc. art. 1165) ; DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), th. précit., sp. n° 66 s.

³ Les parties ne peuvent, par l'effet d'un accord contractuel, engager autrui, TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, sp. n° 26.

⁴ Il faut rappeler le principe d'égalité des créanciers du droit des entreprises en difficulté appelant tous à participer à la procédure précisément « collective » ; par ex., suspension des poursuites individuelles de paiement, C. com., art. L. 622-7 et art. L. 622-21-1 ; sur la portée de ce principe, LEGUEVAQUES (C.), L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux, *GP*, 2002/218, p. 2 s. ; d'une manière générale sur le sujet, v. not. : CABRILLAC (C.), « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in mél. A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 31-39 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), Le caractère collectif des procédures collectives, *RJC*, 1996, p. 293 s. ; VIALA (Y.), *Le principe d'égalité des créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, th., C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Toulouse I, 2001, 444 p.

⁴ BELVAL (B.), Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit, *GP*, 2012/129, p. 11 s. ; TRICOT (D.), Rapport de synthèse, in Dossier, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, *op. cit.*

⁵ Sur le sujet, v. LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, th., S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), Mare&Martin, 2014, 568 p.

Pour l'illustrer, le créancier dispose du droit de créance, c'est-à-dire du droit d'exiger contre le débiteur. Ce dernier se trouve donc obligé et c'est par son fait que l'inexécution a lieu. Il est dès lors possible que la solution convenue, apparemment amiable, ne soit en réalité que le résultat de pressions exercées par le créancier mû par son propre intérêt. De la même manière, il peut avoir lieu, non plus dans un rapport débiteur-créancier mais *entre* les créanciers, eux-mêmes, une répartition inégale des actifs restants du débiteur ou des concessions d'inégales importances. Encore, le rapport peut être inversé et c'est le débiteur insolvable qui impose une restructuration de la dette au créancier. Dès lors, « le consentement est quelquefois à la limite de la contrainte : à quoi sert-il de refuser, si de toute façon je ne peux rien avoir d'autre ? L'air est connu, par exemple en matière d'entreprise en difficulté, ou lorsqu'un débiteur est insolvable »¹. Ainsi, il n'y aurait pas de véritable consentement mais seulement une adhésion à la solution, fragilisant ainsi l'accord obtenu.

55. Effectivité du traitement des difficultés. Outre la fragilité de l'accord liée à la réalité du consentement des parties, celle-ci peut encore se révéler par la faiblesse de contenu. En effet, reposant sur une solution amiable, le contenu de l'accord est, de fait, librement négocié. Autrement dit, il appartient aux parties de définir elles-mêmes les engagements qu'elles prennent afin de résoudre les difficultés de paiement. Cependant, considérant la complexification de l'endettement et la sophistication de la dette², les engagements pris peuvent se révéler insuffisants ou inadaptés. Le droit des entreprises en difficulté y est particulièrement sensible : multiplicité des acteurs, technicité des éléments économiques et financiers, des données comptables et juridiques, du contexte général du marché, etc. Si les parties parviennent à un accord, sa faisabilité économique est une condition supplémentaire pour que la solution amiable soit viable³. À défaut, il n'y a par conséquent pas de véritable traitement des difficultés dans un sens curatif ; la mesure paraît seulement temporaire et superficielle. Ainsi, la libre définition du contenu de l'accord par les parties - et, plus précisément, celles qui y ont consenti - met potentiellement en péril la réalité du traitement de la défaillance du débiteur.

¹ BELVAL (B.), *op. cit.*

² CHASSAING (F.) et *al.*, La contractualisation du droit des entreprises en difficulté, *op. cit.*

³ Pour une critique (à propos du concordat et du règlement amiable), SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 97 s.

56. Conclusion et transition. La résolution des difficultés par le débiteur et ses créanciers repose entièrement sur leur bonne volonté d'y concourir¹. Or, aucun n'est assuré de la réussite effective de la solution négociée. L'incertitude qui couvre l'ensemble du processus amiable est source d'insécurité pour les parties, ce qui limite notablement le traitement privé². D'où la nécessité de voir intervenir un tiers en cas de difficultés d'entreprise : cela peut être le rôle de l'État.

Section II. Les limites du traitement administratif

57. Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté. L'évolution de la législation a permis de se détacher progressivement de la finalité répressive de ce droit³. Est favorisée la sauvegarde de l'entreprise, son activité économique étant perçue comme un facteur de richesses pour la société⁴. La loi du 13 juillet 1967⁵ amorce, de manière remarquable⁶, la distinction de l'homme et de l'entreprise⁷. Une hiérarchisation s'opère alors entre les différents intérêts et la sauvegarde de l'entreprise⁸ s'affirme comme intérêt supérieur⁹, « le débiteur s'effaçant, sans pour autant disparaître, au profit de la notion d'entreprise »¹⁰. C'est le passage du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté¹¹. Et cette évolution va susciter l'intérêt de l'État.

¹ En ce sens, JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial (...)*, *op. cit.*, sp. n° 140.

² Sur l'importance fondamentale de la sécurité juridique dans les rapports sociaux, DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales (...)*, *op. cit.*, sp. p. 63 s.

³ HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, *op. cit.*, sp. n° 202 et v. *supra*, sp. n° 2.

⁴ HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *mél.* Baron LOUIS FRÉDÉRICQ, *Liber amicorum*, t. II, Faculteit van de rechten te Gent, 1966, p. 609-618, sp. p. 609 ; sur cette évolution, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 527 s.

⁵ L. n° 67-563, 13 juill. 1967 précit.

⁶ Qualifiée de « révolutionnaire », VOINOT (D.), *manuel précit.*, sp. n° 7 ; également, PAILLUSSEAU (J.), *Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e s.*, *JCP G*, 1988/16, I, doctr., 3330, *op. cit.*.

⁷ Plus précisément, dissociation de la sanction du débiteur du possible redressement de l'entreprise ; « Le tribunal prononce le règlement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur est en mesure de proposer un concordat sérieux et, dans le cas contraire, la liquidation des biens. », L. 13 juill. 1967 précit., art. 7, al. 1^{er} ; sur ce mouvement, v. *supra*, sp. n° 2.

⁸ Initiée par L. 25 janv. 1985 précit. et portée à son paroxysme par L. du 26 juill. 2005 précit. dont c'est l'intitulé.

⁹ BADINTER (R.), *Les ambitions du législateur*, in *Dossier*, *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD com.*, 1976, n° sp., p. 4 s., sp. p. 6 ; CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuel du droit des entreprises en difficulté*, th. précit., sp. n° 124 s. ; CHAMPAUD (C.), « La responsabilité commerciale, de Colbert à Badinter », in *mél.* A. DECOCQ, *Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 77-128, sp. p. 104 s.

¹⁰ VOINOT (D.), *manuel précit.*, sp. n° 7.

¹¹ Not. PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *mél.* R. HOUIN, *op. cit.*, p. 109 s. ; ROUSSEL GALLE (P.), « La sémantique au secours du législateur », in *Actes des journées internationales, Mémoires de la Société pour l'histoire du droit*, Dijon, 2007, vol. 65, 2008, p. 577-590.

58. Entreprise et intérêt public. L'entreprise¹, en tant qu'entité économique et sociale², est devenue avec le temps³ d'intérêt public⁴. En effet, sa défaillance est susceptible de porter atteinte à l'équilibre économique⁵ et, plus globalement, à l'intérêt général⁶. Cela suscite l'intérêt de l'État dont le rôle a évolué par ailleurs : il n'agit plus en gendarme⁷ du comportement du failli, mais en protecteur des intérêts de l'entreprise⁸. Sa sauvegarde est désormais un objectif prioritaire des autorités publiques⁹.

59. Limites de l'intervention de l'État. L'intervention de l'État auprès des entreprises en difficulté peut paraître particulièrement efficace en raison de son autorité et de l'opportunité du financement public. Mais en réalité, il faut constater que ses interventions sont doublement limitées : non seulement quant à leur domaine, c'est-à-dire leur champ d'action (§ 1), mais aussi par leur encadrement juridique (§ 2).

§ 1. Un domaine d'intervention restreint

60. Étendue du traitement administratif. Si le droit des entreprises en difficulté concerne *a priori* tous les débiteurs, il faut observer qu'en fait l'État réserve son intervention

¹ Sur cette notion, v. *supra*, sp. n° 6.

² Ce sont ces éléments qui font sortir l'entreprise de la sphère privée et intégrer celle publique, DURAND (P.), Les fonctions publiques de l'entreprise privée, *Dr. social*, juill.-août 1945, p. 246 ; dans le même sens, sur la « déprivatisation » de la notion d'entreprise « pour cause d'utilité publique. », CHAMPAUD (C.), « La place des intérêts publics dans les procédures collectives », in actes du Colloque, *La réforme du droit des faillites*, PU Lille III, 1978, p. 109-141, sp. p. 111.

³ DIDIER (P.), « Une définition de l'entreprise », in mélanges P. CATALA, *op. cit.*, p. 849-887.

⁴ GARÇON (J.-P.), *Les interventions publiques dans les entreprises en difficulté*, th. précit., Nantes, 1983 ; également, CAMPANA (M.-J.), « L'État et les entreprises en difficulté », in J. CHEVALLIER et al., *La société civile*, CURAPP, Puf, 1986, p. 175-181 ; CHAMPAUD (C.), « L'entreprise se lève à l'Est », in mélanges R. PERCEROU, *Droit et gestion de l'entreprise*, éd. Vuibert, 1993, p. 75-100, sp. p. 83 s. et La responsabilité des organismes publics et parapublics, *RJC*, sept.-oct. 1976, n° sp., p. 368-388 et « La place des intérêts publics (...) », *loc. cit.* ; CHARTIER (Y.), Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives, in acte du colloque Deauville, 1982, *RJC*, 1983, n° sp., p. 120-135 ; dans le même numéro, OPPETIT (B.), Les autorités publiques et l'entreprise privée, rapport de synthèse, p. 166-171 ; dans le même numéro, PEYRAMAURE (P.), L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté, p. 104-118.

⁵ Sur l'émergence d'un ordre public économique, MÉLÉDO-BRIAND (D.), *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, th. précit., sp. p. 84 s.

⁶ Le sort d'une entreprise est susceptible d'intéresser l'ensemble de la collectivité en raison du chômage, de l'environnement économique local et de la production nationale, GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 2, *op. cit.*, sp. n° 1005.

⁷ Cela renvoie plus globalement au passage de « l'État-veilleur de nuit », encore dit « État-gendarme » à « l'État-dirigiste », voire à « l'État-providence » ; celui-ci peut se définir comme une prise en charge collective de solidarité ; amorcé dès l'adoption du code de commerce de 1807 et prenant sa forme la plus manifeste dans les années 1980, DUPOUY (C.), th. précit., sp. p. 201 ; sur le rôle de l'État, not. : AMINE (S.), DOS SANTOS (P. L.), « L'évolution de la conception du rôle de l'État », in F. BOTTINI (dir.), *L'État interventionniste, Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, 2012, p. 59-84 ; FONTANEL (J.), *L'action économique de l'État*, L'Harmattan, 2001, 166 p., sp. p. 39 et 40 ; LEVET (J.-L.) (dir.), *Les aides publiques aux entreprises : une gouvernance, une stratégie*, rapp. Commissariat général du plan, La Documentation française, 2003, 197 p., sp. p. 33 ; MERRIEN (F.-X.), *L'État-providence*, Puf, 2007, 3^e éd., 128 p., sp. p. 3 ; il faut remarquer que cette intervention auprès des entreprises en difficultés dépasse même le clivage protectionnisme-libéralisme, RICHER (L.), L'évolution des rapports entre l'Administration et les entreprises privées, *RDP*, 1981, p. 919-938, sp. p. 920-921 ; en l'occurrence, c'est souligner qu'il ne s'agit plus d'une intervention répressive publique, mais d'une intervention en sauvegarde et en protection de l'entreprise.

⁸ CHAMPAUD (C.), « La place des intérêts publics (...) », *loc. cit.*, sp. p. 117 ; OPPETIT (B.), Les autorités publiques et l'entreprise privée, *loc. cit.*, sp. p. 166 ; RICHER (V. L.), *loc. cit.*

⁹ Not. rapp. d'étude au Prés. Rép. pour la réforme de l'entreprise, P. SUDREAU (dir.), 1975, sp. chap. X, « Insérer les finalités de l'entreprise dans celles de la société » (ci-après noté « rapport Sudreau »).

« aux entreprises jugées dignes d'intérêt »¹. Donc, seules les entreprises dont la défaillance présente un ou des enjeux publics feront l'objet d'un traitement administratif (A), lequel ne peut au demeurant directement atteindre que le passif public (B).

A. Un traitement réservé à certaines entreprises

61. Sélection des entreprises méritantes. Considérant la multiplicité des entreprises composant le tissu économique national, il ne peut être question pour l'État d'intervenir auprès de toutes dès lors qu'elles manifestent une quelconque difficulté dans leur activité. Une sélection² doit nécessairement être opérée parmi elles et seules les entreprises présentant un intérêt spécifique pour l'État seront susceptibles de recevoir un traitement administratif en cas de défaillance. Pour reprendre le qualificatif du professeur Frison-Roche, ces entreprises sont « cruciales »³, ce qui dépend généralement de leur taille comme le retient la réforme de 2015⁴.

Il faut alors souligner la nature publique de l'intérêt en cause dépassant le seul cadre privé. L'État, voire la collectivité, peuvent être intéressés par le traitement de l'entreprise en difficulté. Cela dépend en définitive des intérêts considérés.

Une diversité de critères⁵ peut alors entrer en ligne de compte dans l'intervention étatique. Tous ne sont pas nécessairement rationnels à l'action⁶, mais certains sont prépondérants.

62. Intérêt pécuniaire. Ainsi, dans la sélection des entreprises, il peut se dégager un intérêt d'ordre pécuniaire⁷ à l'intervention administrative auprès de l'entreprise en difficulté. Cela signifie que, financièrement, l'État a un intérêt à sauvegarder l'activité économique de l'entreprise. L'absence ou la faiblesse de cet intérêt relativise sensiblement la nécessité d'une intervention publique.

¹ GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 13.

² BOY (L.), PIROVANO (A.), « L'émergence de nouveaux champs d'arbitrage », in L. BOY et al., *Droit des faillites et restructuration du capital*, PU Grenoble, 1982, p. 214-245, sp. p. 234.

³ Sur la définition d'une catégorie abstraite des entreprises devant être directement régulées, l'entreprise est positivement cruciale si le bon fonctionnement du secteur dépend d'elle et, négativement, si sa disparition cause un choc sur le secteur concerné, FRISON-ROCHE (F.), « Les entreprises "cruciales" et leur régulation », in A. SUPPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières, Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, 2015, p. 253-267, sp. p. 260.

⁴ L. n° 2015-990, 6 août 2015 précit., art. 238 ; C. com., art. L. 631-19-2 : « Lorsque la cessation d'activité d'une entreprise d'au moins cent cinquante salariés ou constituant, (...) une entreprise dominante d'une ou de plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins cent cinquante salariés » ; LEGROS (J.-P.), *Le droit des sociétés en difficulté après la loi Macron*, Dr. sociétés, 2015/11, étude 17, sp. n° 29.

⁵ Qui peuvent être qualifiés de « normes de sélectivité », GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 223 s.

⁶ C'est-à-dire économiquement ou socialement justifiée ; par ex., entrent incidemment en compte des intérêts d'ordre politique qui ne reposent pas sur un calcul logique des chances de redressement de l'entreprise, CHAMPAUD (C.), « La place des intérêts (...) », *op. cit.*, sp. p. 115 s. ; le critiquant, GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 17 et regrettant une « doctrine de politique industrielle » plutôt qu'une véritable « théorie de l'intervention dans les entreprises en difficulté », sp. p. 219 ; de même, RICHER (V. L.), *op. cit.*, sp. p. 923.

⁷ Sur cet intérêt particulièrement, CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, sp. p. 118 s.

63. Identification de l'intérêt pécuniaire. Les manifestations d'un intérêt financier sont diverses. Concrètement, il faut rappeler de prime abord que l'État est, par les diverses taxes et impôts qu'il perçoit, un **créancier** de l'entreprise¹. Ainsi, les difficultés de paiement des dettes de l'entreprise sont susceptibles d'intéresser plus ou moins considérablement l'État selon l'importance de la créance qu'il détient². Malgré l'autorité publique qu'il représente, il apparaît, dans cette hypothèse, être un créancier comme les autres³, mû par son intérêt personnel, à savoir l'obtention d'un paiement de sa créance.

L'hypothèse peut être étendue à toute entreprise qui procure, par le truchement des impositions et taxations auxquelles elle est soumise, une source de revenus de plus ou moins grande importance pour l'État. Par le biais de la fiscalité, il se trouve dès lors **associé**⁴ à la bonne santé économique de l'entreprise.

Ensuite, en dehors de la qualité de créancier classique, l'État peut encore être intéressé à la sauvegarde de l'entreprise en ce qu'il a participé financièrement à l'activité économique de l'entreprise⁵. Il est alors un **partenaire**⁶ et a, par conséquent, un intérêt à intervenir en cas de défaillance de l'entreprise qu'il a financièrement soutenu, afin que les sommes versées - et qui peuvent recouvrir des montants considérables⁷ - ne soient pas engagées en pure perte⁸.

Il n'est certainement pas nécessaire d'approfondir au-delà les différentes manifestations concrètes d'un tel motif pécuniaire pour comprendre qu'il suscite l'intérêt de l'État dès lors que l'entreprise est en état de défaillance. Il se trouve directement intéressé au traitement des difficultés en raison de sa propre implication financière. Toutefois, ce n'est pas le seul intérêt à motiver une telle intervention. D'autres peuvent également se manifester, intéressant cette fois, plus globalement, la société⁹.

¹ Soulignant la permanence de cette qualité auprès des entreprises, CHARTIER (Y.), Les formes d'intervention des autorités publiques (...), *RJC*, 1983, *op. cit.*, sp. p. 120.

² Soulignant de ce point de vue la multiplication des impôts et, également, l'accroissement des aides sociales, donc l'accentuation de l'importance de la qualité de créancier dans les procédures collectives, CAMPANA (M.-J.), « L'État et les entreprises en difficulté », *in La société civile, op. cit.*, sp. p. 176.

³ LAGARDE (B.), Le Trésor Public : un créancier comme les autres, *GP*, 2005/307, p. 39 s. ; également, CHARTIER (Y.), *loc. cit.*, sp. p. 120.

⁴ CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, sp. p. 119 ; CHASSAGON (Y.), *L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, op. cit.*, sp. p. 62.

⁵ Qualifiant l'État de « grand bailleur de fonds de l'industrie. », CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, sp. p. 118 ; à propos des aides d'État, v. *infra*, sp. n° 74.

⁶ COLSON (J.-P.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, LGDJ-Lextenso, 2014, 7^e éd., 796 p., sp. n° 11 ; également sur l'intervention publique, NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, LGDJ-Lextenso, 2016, 5^e éd., 799 p.

⁷ Par ex., la Société nationale Corse-méditerranée (SNCM), aidé à hauteur d'environ 205 millions d'euros, PIETRALUNGA (C.), La justice européenne pourrait précipiter le dépôt de bilan de la SNCM, *LeMonde.fr* avec AFP, Économie, 4 sept. 2014.

⁸ En ce sens, comme « gaspillage » de l'argent public, POUJADE (B.), La loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation et l'interventionnisme économique des collectivités locales, *JCP G*, 1988/42, II, doctr., 3354, sp. p. 37 ; sur le sentiment de perte pécuniaire, CHAMPAUD (C.), *op. cit.*, sp. p. 119 ; dénonçant ces pertes, rapp. public thématique, Cour des comptes, *Les aides des collectivités territoriales au développement économique*, J. MOTTES (*rapp.*), La documentation française, 2007, 111 p.

⁹ Rapp. Sudreau précit., chap. X, « Insérer les finalités de l'entreprise dans celles de la société », sp. p. 149.

Il faut comprendre ici l'observation d'un intérêt *général*, CAMPANA (M.-J.), *loc. cit.*, sp. p. 176 ; OPPETIT (B.), Les autorités publiques (...), *op. cit.*, sp. p. 168.

Relevant à ce propos deux objectifs de la politique économique publique qui sont « le redéploiement de l'économie et la protection de l'emploi », RICHER (V. L.), *op. cit.*, sp. p. 921.

64. Intérêt social. Certaines entreprises peuvent ainsi emporter l'attention de l'État en raison d'un intérêt social, lequel s'exprime essentiellement en termes d'**emplois**. L'État a la responsabilité de la défense de l'emploi¹, or la disparition d'une entreprise cause précisément la perte de ceux-ci. Ainsi, il appartient à l'État d'intervenir dès lors qu'une entreprise, représentant un certain nombre d'emplois², est en difficulté³.

L'importance du critère social dans la sélection des entreprises susceptibles de recevoir un traitement administratif est particulièrement renforcée en période de crise⁴, lorsque le taux de chômage du pays est à un haut niveau. Il est en outre possible d'y voir un mobile politique : l'État ne peut rester indifférent face aux manifestations des salariés contre la fermeture de leur entreprise⁵. La société attend de celui-ci qu'il intervienne en de pareilles circonstances⁶. L'effet médiatique, voire, le contexte électoral sont des éléments activateurs⁷ au renfort du critère social dans la sélection des entreprises méritantes.

65. Intérêt économique. L'intervention administrative en cas de difficulté est encore réservée aux entreprises présentant un intérêt économique à leur traitement. Cela signifie que l'activité qu'elle génère intéresse l'État soit parce qu'elle est une **source notable de production et de richesses**, soit parce qu'elle réalise un savoir-faire particulier.

Le premier cas est aisément compréhensible : l'entreprise, par son activité, compose le tissu économique national, elle intéresse la collectivité. Selon son importance, sa défaillance est susceptible d'atteindre l'économie du pays. Il peut en outre s'agir d'une entreprise particulière comme un ensemble, c'est-à-dire un secteur d'activité⁸. En tant que gardien de l'équilibre

¹ « L'État a la responsabilité de la conduite de la politique économique et sociale ainsi que de la défense de l'emploi », CGCT, art. L. 3231-1.

² Not. par le biais CIRI, compétent pour les entreprises de plus de 400 salariés et privilégiant celles qui ont un impact sur l'emploi, v. *supra*, sp. n° 4 et *infra*, sp. n° 79 s.

³ Soulignant l'importance du critère de l'emploi dans l'intervention publique, qui prime par ailleurs l'intérêt des partenaires financiers de l'entreprise, GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 189 ; dans le même sens, HUDIN (C.), Intervention des pouvoirs publics et des organismes parapublics, in Dossier, L'intervention d'organismes non judiciaires, *RJC*, 1976/20, p. 274-279, sp. p. 274.

⁴ En ce sens, GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, th., A. GHOZI (préf.), LGDJ, 1999, 606 p., sp. n° 302 ; également, MONTÉLAN (T.), Tendances : puissance publique et pouvoir judiciaire, avant-propos, *GP*, 2010/184, sp. p. 3.

⁵ Par ex., ce fut le cas à propos du groupe français volailler Doux : suite au dépôt de bilan le 31 mai 2012, plusieurs sociétés du groupe Doux, implanté dans le Finistère, furent placées en RJ au 1^{er} juin 2012 par le tribunal de commerce de Quimper ; considérant les emplois en jeu (près de 3 400 salariés) et la portée du groupe (leader européen), les autorités publiques se sont investies à trouver une solution, comm. presse, min. Redressement productif et min. Agriculture, *Groupe Doux : le gouvernement est aux côtés des salariés et des éleveurs*, n° 8, 2012 ; un plan de continuation sera validé par le tribunal (29 nov. 2013).

⁶ Un sondage met en lumière que 3 français sur 4 déclarent être en faveur d'une intervention de l'État auprès de ses entreprises et pour empêcher leur fermeture, sondage HARRIS INTERACTIVE, *Le rôle attribué à l'État et aux pouvoirs publics face aux fermetures d'entreprises*, pour *l'Humanité Dimanche*, 14 déc. 2012.

⁷ GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 17 ; soulignant également l'importance de l'opinion publique dans l'intervention étatique, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 255 ; voire le contexte électoral, CHAMPAUD (C.), « La place des intérêts publics (...) », *op. cit.*, sp. p. 115-116.

⁸ Par ex., ce fut le cas du secteur de la pêche en 2008, de l'agriculture ou de la presse en 2010.

économique, l'État va dans ce cadre intervenir¹, y compris en dehors du secteur public², auprès des entreprises en raison de l'importance de l'activité économique qu'elles génèrent³.

Le second cas, s'il se rattache également à l'activité de l'entreprise, s'explique moins en raison des conséquences économiques que sa défaillance est susceptible de causer. C'est en réalité l'existence d'un **savoir-faire** typique, traditionnel⁴ ou stratégique⁵ qui va faire observer l'intervention de l'État en cas de difficultés. *A contrario*, lorsque l'activité est commune, voire surexploitée, son élimination n'appelle pas le déploiement d'un traitement administratif.

66. Transition. Si, *a priori*, le sort de toutes les entreprises qui composent le tissu économique national intéresse l'État, en réalité, seules quelques-unes vont bénéficier d'un traitement administratif en cas de difficultés. Plus précisément, deux séries d'intérêts peuvent être identifiées : soit l'État a un intérêt pécuniaire - c'est la qualité classique de créancier -, soit la défaillance de l'entreprise concernée touche à l'intérêt général⁶. Et alors même que l'entreprise en difficulté présenterait un tel intérêt, une autre limite apparaît à propos du champ d'intervention possible : l'État ne peut imposer un traitement qu'à propos des créances publiques.

B. Un traitement limité aux créances publiques

67. Nécessité d'apurer le passif. Le traitement des difficultés de l'entreprise s'entend ici comme l'apurement, ou, du moins, l'assainissement du passif. C'est donc sur celui-ci que l'intervention de l'État va avoir lieu. Deux moyens principaux s'offrent alors : le paiement

¹ Et il est dans cette hypothèse, « acteur bien plus qu'arbitre », OPPETIT (B.), Les autorités publiques (...), *op. cit.*, sp. p. 167.

² RICHER (V. L.), *op. cit.*, sp. p. 920.

³ GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 186 s. ou du secteur d'activité, *ibid.*, sp. p. 224 s. ; également, CAMPANA (M.-J.), *op. cit.*, sp. p. 179. Ainsi, bénéficient d'une procédure spécifique les entreprises « dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale » et celles-ci pouvaient alors bénéficier de la procédure de suspension des poursuites nouvellement créée - considérée comme l'ancêtre de la procédure de sauvegarde actuelle, ord. n° 67-820, 23 sept. 1967 *tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises*, art. 1^{er} ; sur cette procédure, BAUDRON (A.-M.), *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, th., C. GAVALDA (préf.), LGDJ, 1972, 280 p.

⁴ Par ex., l'entreprise Noyon (62) qui fabrique la dentelle de Calais en respectant un savoir-faire ancien ; dans la presse : RAILANE (M.), A Calais, les difficultés des dentelliers, La dentelle de Calais toujours aussi fragile, *La Gazette Nord-Pas-de-Calais* (Gazettenpdc.fr), n° 8515, 8 janv. 2013, Industrie.

⁵ Par ex., la société Forgital Dembiermont (Haumont, 59), spécialisée dans les forges et la métallurgie, elle fut l'une des deux seules entreprises au monde à fabriquer la couronne pour la fusée Ariane ; dans la presse, Aéronautique et aérospatiale, des solutions d'avenir pour Dembiermont, *LaVoixduNord.fr*, 28 déc. 2011, Maubeuge.

⁶ Ces facteurs d'intervention se cumulent en général pour l'entreprise de grande taille contrairement à celle de petite taille, CHARTIER (Y.), Les formes d'intervention des autorités publiques (...), *RJC, op. cit.*, sp. p. 121. Toutefois, la taille de l'entreprise n'est pas un paramètre déterminant ; son environnement peut jouer le même rôle, FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les entreprises "cruciales" et leur régulation », *op. cit.*, sp. p. 267.

différé ou la remise de dette¹. En somme, c'est sur la dette concernée et seulement sur celle-ci² qu'un traitement peut être envisagé. Dans le cadre d'un traitement administratif, cela fait apparaître une double limite.

68. Absence d'appréhension globale du passif. Non seulement le traitement administratif des difficultés n'est réservé qu'à certaines entreprises, mais, de surcroît, il ne peut appréhender directement qu'une partie du passif de l'entreprise. En effet, l'État, à travers ses démembrements, ne peut atteindre les dettes privées et imposer pour celles-ci des mesures de traitement. Il ne peut intervenir immédiatement que sur les créances publiques. Au-delà, le lien d'obligation demeure personnel et l'État n'a pas l'autorité nécessaire³ pour contraindre les créanciers privés à accepter une restructuration de la dette. D'ailleurs, il faut encore préciser le mode d'appréhension du passif public en ce qu'il se révèle davantage limité dans la perspective d'un traitement des difficultés de l'entreprise.

69. Absence de traitement collectif des créances publiques. De façon identique, même si le seul passif public est considéré, il ne pourra s'agir en fait que d'un traitement individualisé des différentes dettes qui le compose. Plus simplement, cela signifie que c'est chaque créancier, représentant l'administration concernée - par exemple : fiscale, sociale ou autre -, qui décidera pour sa propre dette de la mesure adaptée. C'est encore la conséquence du caractère personnel du lien d'obligation et de l'absence de contrainte par l'État pour l'ensemble du passif de l'entreprise, y compris dans sa nature publique. Par conséquent, il n'y a pas de traitement collectif imposé pour l'ensemble des dettes publiques ; il se compose d'une pluralité de décisions individuelles. Dans ces conditions, le traitement des difficultés de l'entreprise paraît encore davantage fragmenté.

70. Faiblesse du traitement administratif. Malgré les obstacles à un traitement collectif du passif de l'entreprise, celui-ci peut néanmoins avoir lieu. En effet, il est possible qu'il y ait une coordination générale entre les différents créanciers de l'entreprise⁴ et une autorité administrative peut agir en ce sens afin de fédérer les efforts de chacun, créanciers publics, mais

¹ Le droit des entreprises en difficulté prévoit que « Les propositions pour le règlement des dettes peuvent porter sur des délais, des remises (...) » (C. com., art. L. 626-5, al. 1^{er}) particulièrement pour ces créanciers publics (art. L. 626-5, al. 2) ; s'agissant des remises de dettes, elles peuvent avoir lieu en conciliation (art. L. 611-7, al. 3), en sauvegarde (art. L. 626-6) et en redressement judiciaire (art. L. 631-19, I).

² Pour précision, il peut s'agir également des accessoires : sûretés, pénalités de retard, majoration, etc., C. com., art. L. 626-6 ; d'ailleurs, pour précision, mais, en toute hypothèse, c'est au regard de la dette considérée.

³ Sauf à intervenir par une loi pour imposer par exemple aux créanciers privés un pourcentage de remise de leurs créances pour les entreprises dépassant certains seuils ou réunissant différents intérêts d'ordre général.

⁴ C'est d'ailleurs ce qui est prévu par le droit des entreprises en difficulté s'agissant des remises de dette par les créanciers publics : « Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent accepter, *concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers*, de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur (...). », C. com., art. L. 626-6, al. 1^{er} ; cela est la conséquence de l'encadrement des aides d'État par le droit européen développé en *infra*.

aussi, privés. La mission des autorités administratives compétentes en la matière comporte généralement une part de coordination¹.

L'absence de contrainte² à un traitement global ne signifie donc pas l'impossibilité de celui-ci. Cependant, le mode de traitement employé sera nécessairement amiable. Cela est vrai tant pour les créanciers publics que pour l'ensemble des autres créanciers de l'entreprise. La solution de traitement adoptée doit faire l'objet d'un consensus des parties et réapparaissent alors ici, les limites tenant à l'incertitude des négociations et la précarité de l'accord conclu³.

71. Transition. Le traitement administratif des difficultés de l'entreprise ne peut contraindre qu'à une restructuration de la dette publique, laissée en outre à l'appréciation de chaque créancier institutionnel. Le passif ne peut, dans sa globalité, être entièrement atteint. Il faut encore coordonner les efforts avec les créanciers privés, renvoyant alors aux difficultés mises en lumière du mode privé⁴. Néanmoins, bien que l'État ne puisse imposer aux créanciers privés le traitement des difficultés des entreprises, il bénéficie d'un moyen privilégié pour y mettre fin : les aides publiques.

§ 2. Un cadre juridique contraignant

72. Apport d'une aide étatique. Dans l'objectif de sauver l'entreprise, l'État dispose d'un atout particulièrement avantageux : l'aide publique⁵. Dans sa forme passive⁶, elle correspond à un soulagement du passif de l'entreprise, notamment par la remise de dettes. De manière plus intense, l'aide peut être aussi active, intervenant alors sur l'actif de l'entreprise. Dans cette

¹ Par ex., CIRI et CODEFI ont une mission de coordination générale ; de même pour les commissaires au redressement productif ; les CCSF entre les différents chefs des services financiers et les représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage ; pour leur étude, v. *supra*, sp. n° 4 et *infra*, sp. n° 79 s.

² Au sens juridique ; c'est une contrainte d'ordre moral qui se dégage de l'intervention de l'administration en général, ALLAIN (S.), Dispositif public du traitement des entreprises en difficulté, *GP*, janv. 1994, p. 16-17, sp. p. 17 ; CHAPUT (Y.), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Puf, 1986, 281 p., sp. n° 214 ; COHEN (E.), « Le CIRI ou l'ingénierie sociale du déclin industriel », in I. KHARABA, A. DALMASSO et al. (dir.), *Politiques industrielles d'hier et d'aujourd'hui en France et en Europe*, PU Dijon, 2009, sp. p. 7 et 12 ; PEYRAMAURE (P.), L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté, *RJC*, 1983, *op. cit.*, sp. p. 108 ; d'une manière générale, v. JESTAZ (P.), Pouvoir juridique et pouvoir moral, *RTD civ.*, 1990, p. 625-638.

³ Le résultat du travail accompli par les comités administratifs donnant généralement lieu à un protocole d'accord contractuel signé par les parties consentantes sous leur égide ; par ex., pour le CIRI, rapp. d'activité annuel, CIRI, 2011, *Dossier spécial 1982-2012, 30 ans d'activité du CIRI*, 30 p., sp. p. 6 et p. 13.

⁴ V. *supra*, sp. n° 43 s.

⁵ L'aide publique peut se définir selon trois critères : l'origine de l'aide - une personne morale de droit public -, le bénéficiaire - en l'occurrence, une entreprise - et la nature de la relation - l'apport d'une véritable aide, d'un avantage et non d'un investissement à l'instar de tout agent économique sur le marché -, COLSON (J.-P.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, *op. cit.*, sp. n° 617.

⁶ Sur la distinction aide active/passive, not. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 287 s. ; pour précision, est également employée la distinction entre avantage direct/indirect, circ. 26 janv. 2006, NOR : PRMX060905C, *relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises*, sp. n° 1.1.

dernière hypothèse, l'aide consiste globalement¹ en l'octroi de prêts², l'apport de fonds³, le financement d'outils de diagnostic⁴ ou la garantie d'emprunts⁵. En termes brefs, l'État apporte *financièrement* sa contribution⁶ à l'entreprise méritante.

La distribution de ces aides a lieu aux différents niveaux de l'organisation étatique et par les divers organes administratifs. Notamment, cela vise les collectivités territoriales décentralisées⁷ et l'institution d'autres organes *ad hoc*⁸. C'est par ces multiples canaux que l'État concrétise ses actions économiques auprès des entreprises en difficulté.

73. Limites. Alors que l'intervention de l'État paraît particulièrement efficace par l'apport d'une aide publique, elle se trouve en réalité contrainte dans la définition de son cadre juridique. En effet, le droit européen pose à cet égard une prohibition (A). En outre, les règles censées fonder l'intervention de l'État sont juridiquement de faible portée (B). L'ensemble compromet le traitement administratif des entreprises en difficulté.

¹ En réalité, les formes d'aides sont extrêmement nombreuses et diverses, d'autant plus qu'elles se manifestent de manière différente, par ex. : l'attribution d'une subvention (aide active) ou la remise d'une dette publique (aide passive) ; il existerait près de 600 dispositifs différents, ERNST&YOUNG, *L'efficacité des aides publiques aux entreprises*, 2013, 40 p., sp. comm. presse, *Aides publiques aux entreprises : indispensables, mais pas assez efficaces selon les entreprises*.

Pour une présentation analytique, HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, th., Lyon, Librairies techniques, 1981, 415 p., sp. p. 29 s. ; également, BILLARD (O.), Les mesures de soutien public aux entreprises en difficulté au regard de la prohibition des aides d'État, *RLC*, 2014/38, étude ; BOY (L.), PIROVANO (A.), « L'émergence de nouveaux champs d'arbitrage », in *Droit des faillites et restructuration du capital*, *op. cit.* ; DECHEIX (P.), Conditions et modalités de l'aide de l'État aux entreprises en difficulté en France, *PA*, 24 juin 1994 ; LEVET (J.-L.) (*dir.*), *Les aides publiques aux entreprises (...)*, *op. cit.*, sp. p. 109-156 ; PEYRAMAURE (P.), L'assistance des autorités publiques (...), *op. cit.*, sp. p. 105-107 ; VALLENS (J.-L.), MARTIN (J.-F.) (*dir.*), « Aides de l'État et des collectivités », *Le Lamy droit commercial 2016*, Entreprises en difficulté, n° 2732.

² Par ex., prêts du Fonds de développement économique et social (FDES) qui ont lieu sur fonds publics et à taux bonifiés.

³ Par ex., prise de participation (acquisition de titres) par des organismes parapublics, tels que les sociétés de développement régional (SDR).

⁴ Par ex., des audits (CODEFI et CIRI).

⁵ Par ex., par le biais de la banque publique d'investissement (BPI) ; également, Oséo.

⁶ Pour un ordre de comparaison, l'aide publique aux entreprises représente, pour l'État, un poste de dépense équivalent à celui consacré à l'éducation ; selon les estimations, entre 50 et 100 milliards €, ERNST&YOUNG, *L'efficacité des aides publiques (...)*, *loc. cit.*, sp. avant-propos ; suite à cette étude, le gouvernement a lancé son propre audit sans néanmoins faire apparaître un tel montant, ni avancer un total précis, rapp. au min. Redressement productif, n° 2013-M-016-02, *Pour des aides simples et efficaces au service de la compétitivité*, IGF, Mission de modernisation de l'action publique, J.-J. QUEYRANNE, J.-P. DEMAËL et P. JURGENSEN (*rapp.*), 2013, 868 p. ; également, rapp. *sur les aides publiques aux entreprises*, Mission d'audit de modernisation, Inspection générale des Finances, Inspection générale des affaires sociales, Inspection générale de l'Administration, A. CORDIER, O. FERRAND et *al.* (*rapp.*), 2007, 67 p., sp. synthèse ; et pour une évaluation chiffrée des aides publiques de 1999 à 2001, LEVET (J.-L.), *op. cit.*, sp. p. 125-130.

⁷ C'est principalement par les collectivités locales que l'action économique de l'État a pu se développer ; la centralisation apparaissait comme un obstacle à l'intervention auprès des entreprises locales, NEMERY (J.-C.), Le nouveau régime juridique des interventions économiques des collectivités territoriales, *AJDA*, 1983, p. 65-72 ; c'est donc la décentralisation qui l'a favorisé, *infra*, sp. n° .

La région a une place prépondérante en matière économique, CGCT, art. L. 411-1 s. ; MARCOU (G.), Les trente ans de la région, Et demain ?, in Dossier, Trente ans de décentralisation, *AJDA*, 2012, n° sp., p. 746 s. ; d'une manière générale sur les aides locales, v. MARKUS (J.-P.), Aides locales aux entreprises et aides des collectivités territoriales aux entreprises, *Jcl. coll. terri.*, fasc. n° 725-728 Néanmoins, malgré le principe d'autonomie, l'État demeure responsable de la politique économique, CGCT, art. L. 3231-1, al. 1^{er}.

⁸ Par ex., CODEFI, *infra*, sp. n° 4 et *infra*, sp. n° 79.

A. Des contraintes liées à la prohibition des aides d'État aux entreprises

74. Principe général d'interdiction des aides d'État. « Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises »¹. C'est en ces termes que le droit de l'Union européenne pose un principe général d'interdiction des aides de la part des États membres de l'Union.

Ce principe est justifié par celui du libre-jeu de la concurrence², considéré comme supérieur par le droit européen³ et que les États membres, par leurs interventions sur le marché, sont susceptibles de fausser⁴. Comme le rappelle la Commission européenne, la disparition des entreprises inefficaces est « un événement naturel du fonctionnement du marché »⁵. Or, leur sauvegarde grâce à l'usage de prérogatives de puissance publique modifie nécessairement le contexte de concurrence⁶ en accordant à l'entreprise un avantage particulier. L'entreprise bénéficiaire se trouve privilégiée et ses concurrents défavorisés, aboutissant « à un effet paradoxal : la vulnérabilisation des entreprises les plus performantes qui n'ont pas eu besoin de recourir aux aides de l'État. L'aide aux uns devient une asphyxie pour les autres »⁷. Ainsi, il est considéré au niveau européen que les aides d'État aux entreprises « figurent parmi celles ayant les effets de distorsion les plus importants »⁸ dans le cadre du marché commun.

¹ TFUE, art. 107, § 1 ; Traité CE, anc. art. 87, § 1 ; d'une manière générale, v. en ligne, Europa, Recueil des règles en vigueur en matière d'aides d'État.

² Le libre-jeu de la concurrence peut être défini comme la libre variation par la compétition entre offreurs sur un même marché permettant à la loi de l'offre et la demande d'être opérante, *Dictionnaires de Sciences économiques & sociales* précit., v. libre-jeu., sp. p. 104 ; en droit, LINOTTE (D.), Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ?, *AJDA*, 2005, p. 1549 s.

³ A travers le TFUE, art. 107 relatif aux aides d'État et aussi, art. 101-102 sur les ententes et abus de position dominante ou encore, art. 31 à propos des monopoles d'État.

⁴ CHAPUT (Y.), Synthèse, in Dossier, Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, *PA*, 11 juin 2008, p. 46 s. ; JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial*, op. cit., sp. n° 68.

⁵ Comm. euro., *Les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté*, Fiche de synthèse sur la législation de l'UE, 2015, disponible en ligne (Europa.eu).

⁶ Et fait échec aux conséquences des lois naturelles du marché, REYGROBELLET (A.), Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises, à propos et au-delà d'une recherche du CREDA, *RTD com.*, 2001, p. 315 s., sp. n° 106.

⁷ Et donc un appauvrissement général, PEYRAMAURE (P.), L'assistance des autorités publiques (...), op. cit., sp. p. 116-117.

⁸ Comm., Comm. euro., 2004/C 244/02, *portant lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté*, 1^{er} oct. 2004, sp. n° 4.

75. Dérogations exceptionnelles. Il faut toutefois nuancer immédiatement le principe posé en précisant que des dérogations sont exceptionnellement admises¹, voire assouplies en contexte de crise². Sous respect d'une procédure stricte³ impliquant une notification préalable obligatoire à la Commission européenne de la part de l'État souhaitant attribuer une telle aide, l'autorisation de celle-ci selon l'appréciation de sa conformité et de sa nécessité et, *ex post*, du contrôle du respect des engagements du bénéficiaire et de l'État, ce dernier pourra y procéder.

Un tel processus paraît particulièrement lourd et peu adapté à l'intervention en sauvetage d'une entreprise en difficulté qui requiert, au contraire, rapidité et confidentialité. D'ailleurs, la France est régulièrement condamnée⁴ pour ne pas avoir respecté cette procédure stricte. Il faut reconnaître que, malgré les efforts de précisions apportés par la Commission dans une

¹ TFUE, art. 107, § 3 ; explicitées par Comm. euro., 2014/C/249/01 Lignes directrices concernant *les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers*, 31 juill. 2014 (ci-après notées « Lignes directrices 2014 sur les aides d'État ») ; sur lesquelles, Comm. euro., comm. presse, *Aides d'État : la Commission adopte des lignes directrices révisées relatives au soutien apporté aux entreprises en difficulté* (v. mémo/14/473), 9 juill. 2014 ; sur ces lignes, not. ECKERT (G.), *Aides aux entreprises en difficulté : un encadrement européen renforcé pour des aides plus sélectives*, *Act. proc. coll.*, 2014/15, repère 265 ; MASTRULLO (T.), *Aides d'État, Nouvelles lignes directrices de la Commission*, *RPC*, juill.-août 2015, comm. 92 ; les nouvelles lignes sont applicables jusqu'au 31 déc. 2020 et remplacent celles de 2004 (2004/C C 244/2 et mémo/04/172) qui avaient été déjà prorogées par deux fois en 2009 et 2012.

D'une manière générale, not. : DRUMMEN (J.-B.), JEANNEROT (P.) et LUCAS (J.), *Les aides d'État, le droit de la concurrence et les entreprises en difficulté*, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2012/3, entretien 2 ; ECKERT (P.), *Les procédures d'insolvabilité et les aides d'État : la politique de la Commission*, *PA*, 11 juin 2008, p. 13 s. ; dans le même numéro, MICHEL (V.), *Procédures d'insolvabilité et aides d'État : la pratique de la Commission*, p. 41 s. ; LUCAS (J.), *Les aides publiques à la restructuration des entreprises en difficulté et le régime européen des aides d'État*, *RPC*, 2011/5, étude 27.

² Peuvent déroger à la prohibition les aides destinées « à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre », TFUE, art. 107, § 3, b).

En ce sens, notamment au lendemain de la crise financière de 2008 et pour les institutions financières, comm., Comm. euro., 2008/C 270/02, *Application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale*, *JOUE*, C. 270, 25 oct. 2008 ; la Commission européenne a ainsi établi un cadre temporaire de crise pour *favoriser l'accès au financement dans le contexte de crise économique et financière actuelle* ; *JOUE*, C. 83, 7 avril 2009 ; mais inapplicables aux entreprises en difficulté.

Sur le sujet, not. : CASTOR (C.), *Où en est le droit des aides d'État*, *Dr. adm.*, 2010/5, étude 9 ; DONY (M.), *Quelle influence de la crise financière sur la politique de contrôle des aides d'État*, in mél. P. MANIN, *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, éd. Pédone, 2010, p. 377-390 ; IDOT (L.), *Les mutations du droit des aides d'État*, *RLDA*, 2010/46, p. 83 s. ; MARKUS (J.-P.), *Aides aux entreprises affectées par la crise financière*, *JCP E*, 2010/34, 1730.

³ TFUE, art. 108 ; Traité CE, anc. art. 88-89 ; règlement de procédure (CE) n° 659/1999, 22 mars 1999 et l'acte modificatif, règlement n° 794/2004 ; plus précisément, v. Fiches de synthèse de la législation de l'UE sur *les dispositions applicables aux aides d'État*, disponibles en ligne (Europa.eu).

⁴ LINOTTE (D.) ROMI (R.), *Droit public économique*, *op. cit.*, sp. n° 1549 et 1550.

Pour l'illustrer, pr ex. : condamnation de la France à propos des aides versées à la Société nationale Corse-Méditerranée de transport maritime (SNCM) pour un montant de 220 millions € qui avait été déclarées contraires au droit de l'Union par décision notifiée le 3 mai 2013, précédant une autre condamnation déjà en ce sens pour un montant de 400 millions € ; CJUE, 9 juill. 2015, n° C-63/14, *aff. Commission européenne c/ République française* ; CJUE, 5^e ch., 4 sept. 2014, *SNCM SA (C-533/12 P) et République française (C-536/12 P) c/ Corsica Ferries France SAS* ; *JCP A*, n° 37, sept. 2014, act. 732 ; également pour France Télécom en 2011 ou Ryanair, RICHER (L.), *L'illégalité des aides apportées à Ryanair*, *AJDA*, 2004/7, p. 396 s.

D'une manière générale, sur les pratiques internes des États membres : Comm. euro., *Étude sur l'application des règles en matière d'aides d'État au niveau national*, 2006, sp. part. II, document en anglais et disponible en ligne (Europa.eu) ; en français, comm. presse, *Aide d'État : La commission publie une étude sur l'application au niveau national des règles relatives aux aides d'État*, IP/06/477, Bruxelles, 7 avril 2006 ; DERENNE (J.), Art. 88.3 : La Commission européenne publie l'étude sur l'application nationale des règles relatives aux aides d'État, mai 2006, *Concurrences*, 2006/2, art. n° 761, p. 127-128.

perspective de « modernisation de la politique des aides d'État »¹, la particulière largesse² de la définition des aides d'État la rend susceptible de revêtir de multiples formes. De ce fait, de nombreuses interventions qui, *a priori*, ne semblent pas entrer pas dans ce champ de réglementation se trouvent, *in fine*, appréhendées³. Cela est vrai également pour les abstentions de l'État⁴, il a déjà été jugé que le simple fait de ne pas demander l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une entreprise en état de défaillance pouvait être considéré comme un avantage au sens de la législation européenne⁵. De sorte que ce n'est que très restrictivement que les États peuvent intervenir au soutien d'une entreprise en difficulté.

76. Aides limitées. Dans l'hypothèse où l'aide d'État est autorisée par la commission européenne, il faut ajouter de surcroît qu'elle ne peut être que limitée et doit respecter trois principes afin d'assurer sa conformité au marché commun. Ainsi, l'aide publique apportée doit être, premièrement, proportionnelle aux besoins de l'entreprise - c'est-à-dire qu'elle doit être minimale et indispensable -, deuxièmement, compensatoire - ce qui signifie que le potentiel concurrentiel doit être réduit face à l'effet bénéfique de l'aide -, troisièmement, être non-récurrente⁶ et ne pas avoir lieu de manière systématique dès que l'entreprise manifeste une difficulté⁷.

Affinant l'encadrement des aides d'État, la législation européenne définit spécifiquement deux types d'aides pouvant être exceptionnellement attribuées pour le cas des entreprises considérées comme étant en difficulté⁸. Il s'agit, d'une part, des aides au sauvetage et, d'autre part, des aides à la restructuration. Les premières sont des mesures d'urgence et n'ont qu'une

¹ Comm. Comm. euro., 2016/C 262/01, *relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'art. 107, § 1, TFUE* ; JOUE, C 262, 19 juill. 2016, Bull. IV (informations), p. 1 s., sp. introduction, n° 1 ; not. définitions des termes « entreprise », « origine de l'avantage (étatique) » et « avantage ».

² Posant la question d'« une conception trop extensive de la notion d'aide d'État ? », rapp. AN n° 2105, Commission des aff. euro., d'information *sur la politique européenne de la concurrence*, I. BRUNEAU (*rapp.*), 2014, sp. n° 25 (ci-après noté « rapport Bruneau »). Il faut dire que l'art. 107 du TFUE ne fait pas de la qualification d'aide d'État une application *de facto* du principe d'incompatibilité ; c'est lorsque celle-ci, par son montant et sa nature notamment, atteint la libre concurrence qu'elle est prohibée ; ce qui suppose une appréciation jurisprudentielle *in concreto*, COLSON (J.-P.), IDOUX (P.), *Droit public économique, op. cit.*, sp. n° 574-575 ; par ex., tentant d'apporter une définition : « sont considérées comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marchés », CJUE, 24 juill. 2003, n° C-280/00, *aff. Altmark*, sp. point 84 ; *Rec. I*, 2003, p. 7747 ; toutefois la généralité des termes ne permet pas davantage de délimiter la notion ; v. également, comm. Commission euro. *sur la notion d'aide d'État dans le cadre des investissements publics*, 19 mai 2016.

³ Par ex., sur l'hypothèse de raisonnement précédente, la remise d'une dette accordée par le Trésor public peut être considérée selon le contexte comme une aide d'État alors qu'*a priori*, il s'agit d'une décision personnelle d'un créancier dans son rapport d'obligation avec le débiteur à l'instar de tout créancier privé ; c'est la nature publique de la créance qui entraîne une telle qualification.

Soulignant la difficulté à prendre connaissance du dispositif européen qui est d'un « d'un haut degré de sophistication », rapp. Bruneau précit., sp. n° 34 ; LUCAS (J.), Les aides publiques (...) et le régime européen des aides d'État, *RPC, op. cit.*

⁴ Sur l'abstention économique, MESTRE (J.), Les risques de l'intervention des autorités publiques dans les entreprises en difficulté, *RJC*, 1983, p. 152-161, sp. p. 153-155.

⁵ Trib. UE, 17 mai 2011, aff. n° T-1/08, *Buczek Automotive*, point n° 77 ; *Europe*, 2011/7, comm. 263, n. L. IDOT.

⁶ L'aide à la restructuration ne peut être accordée qu'une seule fois sur une période de 10 ans.

⁷ Pour l'ensemble, C.omm. euro., Lignes directrices 2014 sur les aides d'État et Fiche de synthèse de la législation de l'UE, *Les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté* précit..

⁸ « Une entreprise est considérée en difficulté lorsque ni ses ressources propres ni les fonds que sont prêts à lui apporter ses propriétaires, actionnaires ou créanciers, ne lui permettent d'enrayer ses pertes et, qu'en l'absence d'une intervention extérieure des pouvoirs publics, elle sera contrainte, à court ou à moyen terme, de cesser son activité », Lignes directrices 2014 précit., sp. n° 20.

vocation temporaire, pour des difficultés financières passagères d'une entreprise, tandis que les secondes sont celles nécessitées en cas de soutien plus durable de l'État. Elles doivent alors s'inscrire dans un plan général de restructuration et devront respecter plusieurs conditions pour être autorisées, telles que le respect d'un équilibre concurrentiel sur le marché ou la viabilité à long terme de l'entreprise concernée. En tout état de cause, quelle que soit la nature de l'aide apportée, celle-ci devra impérativement donner lieu à un remboursement de la part du bénéficiaire à plus ou moins longue échéance¹.

77. Récupération obligatoire des aides d'État et la sanction des pratiques illégales.

Que l'aide au sauvetage ait été versée légalement ou illégalement, elle doit donner lieu à un remboursement de la part l'entreprise en difficulté². La Commission européenne prendra une décision de récupération en ce sens et celle-ci s'impose à l'État concerné³, de sorte qu'il lui appartient de veiller à récupérer *effectivement* l'aide versée. Les difficultés de l'entreprise concernée ne sont pas, par exemple, *de facto* exonératoires⁴. Face à une abstention, malgré la décision de récupération, la Commission européenne - ou tout autre État intéressé - est légitime à saisir directement la Cour de Justice de l'Union européenne⁵ d'un recours en manquement⁶, laquelle pourrait assortir la condamnation de pénalités⁷.

78. Conclusion et transition. Alors que l'État dispose d'une prérogative particulièrement puissante pour le sauvetage d'une entreprise en difficulté par l'octroi d'une aide publique, son intervention se trouve juridiquement contrainte par le droit européen qui pose, à cet égard, un principe général d'interdiction. Cela est d'autant plus vrai que la Commission européenne fait montre d'une grande fermeté dans l'application de ces règles⁸, nonobstant leur complexité et la

¹ Dans le cadre des aides au sauvetage, le remboursement doit avoir lieu dans les 6 mois ; à défaut, l'État doit notifier l'aide au titre d'un plan de restructuration, Lignes directrices 2014 précit., sp. n° 25-29 et synthèse, Comm. euro., mémo/14/473 précit.

² Lignes directrices 2014 précit., sp. n° 55, d).

³ « La décision [de la Commission européenne] est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne », Traitée CE, art. 249.

⁴ Seule l'« impossibilité absolue d'exécution » peut exonérer l'État ; or, « le fait qu'en raison de la situation financière de l'entreprise, les autorités belges ne pouvaient pas récupérer la somme versée ne constitue pas une impossibilité d'exécution », l'objectif pouvait être atteint par la liquidation de l'entreprise, CJUE, 15 janvier 1986, C-52/84, *Commission/Belgique*, sp. point 14 ; *Rec.*, 1986, p. 89. Le rappelant, comm., Comm. euro., 2007/C 272/05, *Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun* ; *JOUE*, C. 272/4, 15 nov. 2007 ; et 2009/C, *relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales* ; *JOUE*, C. 85/1, 9 avril 2009. Sur le sujet, v. FASQUELLE (D.), « L'incidence des difficultés des entreprises sur l'application des règles de concurrence », in mél. Y. SERRA, *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 159-188 ; DRUMMEN (J.-B.) et al., Les aides d'État, le droit de la concurrence et les entreprises en difficulté, *RPC*, op. cit. ; RIZZO (F.), Quelques observations à propos d'interférences entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives, *DP*, 1999/69, p. 63 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La prise en compte de la concurrence par le droit des procédures collectives, *Rev. conc. consom.*, 2005/143, p. 3-6.

⁵ TFUE, art. 108, § 2.

⁶ Par ex., CJUE, 1^{er} avril 2004, n° C-99/02, *aff. Commission c/ Italie* ; *Rec.*, I, p. 3353.

⁷ TFUE, art. 260 ; VALLENS (J.-L.), La récupération des aides publiques contraires à la concurrence : une feuille de route pour les États face aux procédures collectives », in mél. D. TRICOT, op. cit., p. 609-621 ; sur le sujet, v. BAZEX (M.), BLAZY (S.), Le régime de la restitution des aides d'État, *Dr. adm.*, 2006/112 ; CARTIER-BRESSON (A.), Interrogations sur la récupération des aides d'État illégales, *AJDA*, 2006, 1396.

⁸ ARCELIN (L.), L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence, *RLC*, 2004/135, perspective, sp. n° 5 ; également et le critiquant, rapp. Bruneau précit., sp. n° 16 et n° 34.

conception particulièrement extensive des aides visées. Et quand bien même le droit européen de la concurrence n'interférerait pas, les organes administratifs chargés d'apporter leur soutien aux entreprises en difficulté relèvent d'un cadre juridique inachevé.

B. Des contraintes liées à l'inachèvement d'un droit administratif des entreprises en difficulté

79. Traitement administratif des entreprises en difficulté. L'État intervient auprès des entreprises défaillantes à travers divers organismes administratifs¹. Leur création est à lier à plusieurs faits tels que le contexte des chocs pétroliers à partir des années 1970² ainsi que le mouvement de décentralisation³. Avec le temps, l'institution des CODEFI et du CIRI⁴ s'est affinée, certains ont disparu au profit, plus opportunément, d'autres⁵. Ils se sont dotés de secrétariats permanents (SG)⁶ et de cellules opérationnelles de suivi (COS)⁷. De plus, le

¹ V. *infra*, sp. n° 4.

² Les chocs pétroliers ont entraîné une période de récession économique généralisée ; les pouvoirs publics ont tenté d'en contenir les effets, notamment par une intervention auprès des entreprises en difficulté ; l'affaire Lip est significative : entreprise d'horlogerie dont les difficultés révélées en 1973 ont provoqué de fortes tensions sociales appelant l'intervention de l'État ; cependant, elle sera liquidée en 1977 ; c'est l'occasion pour le gouvernement de prendre conscience de la nécessité d'organiser un traitement administratif au soutien des entreprises en difficulté, GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 11 ; également, BRUNOIS (R.), « Les entreprises en difficultés les solutions préconisées par le comité d'études présidée par Pierre Sudreau et leur influence sur l'évolution de la législation », in méf. P. AZARD, *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Cujas, 1980, p. 47-53 ; VERDIER (J.-M.), Le rapport Sudreau, RIDC, 1976, vol. 28, n° 4, p. 771-783 ; renforcé par un deuxième rapport, rapp. au Premier min., *Réforme des dispositifs de traitement des entreprises en difficulté*, A. BUSNEL (rapp.), 1982, 95 p.

³ Le mouvement de décentralisation amorcé à la même période a également contribué au développement de l'intervention économique étatique grâce aux collectivités locales ; rapp. au Prés. Rép., *Vivre ensemble*, Commission de développement des responsabilités locales, O. GUICHARD (dir.), 1976 ; L. n° 82-213, 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* ; sur le sujet, not. : ABÉCASSIS (P.), BATIFOULIER (P.) et SYLVAIN (Z.), *Le rôle de l'État dans la vie économique et sociale*, Ellipses, 1996, 158 p. ; BOUTIN (C.), ROUVILLOIS (F.) (dir.), *Décentraliser en France, idéologies, histoires et prospective*, éd. F.-X. Guibert, 2003, 308 p., sp. p. 13-70 ; DE CASTELNAU (R.), DE FAY (P.), Le nouveau régime des interventions économiques des collectivités territoriales, AJDA, 2005, p. 121 ; EWALD (F.), *Histoire de l'État providence*, éd. Grasset, 1996, 317 p., sp. p. 19-39 ; également, Dossier spécial, Trente ans de décentralisation, AJDA, 2012, n° sp., p. 738 s.

Les collectivités décentralisées (not. la région, v. *supra*, sp. n°) peuvent intervenir auprès des entreprises en difficulté par l'octroi d'aides publiques par ex., CHÉROT (J.-Y.), *Droit public économique*, Economica, 2007, 2^e éd., 1032 p., sp. n° 640 ; COLSON (J.-P.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, op. cit., sp. n° 658 et n° 1452 s. ; LINOTTE (D.) ROMI (R.), *Droit public économique*, op. cit., sp. n° 470 s. ; NEMERY (J.-C.), Le nouveau régime juridique des interventions économiques des collectivités territoriales, AJDA, 1983, doct., p. 65 s.

⁴ V. *supra*, sp. n° 4 ; circ. 9 janv. 2015, *relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossier des entreprises confrontées à des problèmes de financement* précit. ; DELATTRE (C.), Refonte des circulaires des 25 et 26 novembre 2004, RPC, 2015/6, p. 20 ; MACORIG-VENIER (F.), Une nouvelle circulaire concernant les CODEFI et CIRI, RTD com., 2015/2, p. 357 s.

⁵ Existaient antérieurement les comités régionaux de restructuration industrielle (CORRI) : créés en 1982, ils étaient compétents pour les entreprises de moins de 250 salariés ; ROUSSEL GALLE (P.), Les aides publiques aux entreprises en difficulté : les lignes directrices communautaires, le CIRI et les CODEFI, RPC, 2006/2, p. 127 s. ; ils ont été absorbés en 2004 par les CODEFI, circ. Premier min., 25 nov. 2004 *relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises*, NOR : PRMX0407814C (ci-après notée « circ. 25 nov. 2004 »), sp. 1.1 ; JORF, n° 279, 1 déc., p. 20441.

De la même manière, le CIRI est venu remplacer l'ancien comité interministériel pour l'aménagement et l'assistance des structures industrielles (CIASI), créé par arrêté Premier min., 28 nov. 1974 ; DE FAUCON (A.), L'approche des affaires en difficulté par la CIASI, Banque, 1982, p. 63 s. ; remplacé par arrêté Premier min., 6 juill. 1982 précit..

⁶ Le secrétariat général (SG) est une institution du CIRI qui, considérant ses bienfaits, a été étendue aux CODEFI en 2004 (circ. 25 nov. 2004 précit., sp. n° 1.1) ; les comités fonctionnent ainsi en permanence.

⁷ Elles assurent le suivi des dossiers ; circ. Premier min., 22 oct. 2008 *sur l'organisation du suivi, au niveau territorial, du financement de l'économie*, reprise par circ. min. Int., Éco. et Budget, 27 nov. 2008, relative aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises confrontées à des problèmes de financement, NOR : INTK0800182C, 4 p. ; désormais intégrées aux CODEFI, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1.2.

périmètre de leur intervention s'est renforcé. Il intègre désormais la prévention et son corollaire, la détection¹. L'objectif n'est plus seulement d'examiner les difficultés et d'organiser les aides publiques². Le traitement ainsi proposé est général, allant du diagnostic à la négociation avec les acteurs économiques concernés³, tout en proposant des solutions de redressement, voire des outils efficaces tels que l'audit⁴. Toutefois, leur action ne doit pas empiéter sur celle, plus ancienne, des CCSF⁵. L'adoption de mesures d'apurement du passif fiscal et social leur appartient exclusivement⁶ et de manière autonome⁷. Avec la crise économique, c'est le rôle de la médiation du crédit⁸ ou encore, dans le même contexte, le commissariat au redressement productif⁹. L'ensemble met en place concrètement et effectivement un traitement administratif des entreprises en difficulté.

80. Naissance d'un droit administratif des entreprises en difficulté. Une partie de la doctrine¹⁰ déduit des interventions économiques de l'État¹¹ la naissance d'un droit public des affaires¹² et, plus particulièrement, des entreprises en difficulté. Il est vrai qu'une multiplicité de textes fonde le dispositif administratif de traitement. Ils prévoient et organisent les organes d'intervention. Les deux circulaires de 2004 relatives aux CODEFI et au CIRI¹³ avaient ainsi

¹ La détection reposant ici sur la connaissance des membres des comités de l'environnement économique de l'entreprise ; au surplus, des échanges avec d'autres détenteurs institutionnels de l'information ; le but est d'identifier la nature et l'ampleur des difficultés, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1.2.1.

² Prévention et traitement des difficultés des entreprises, circ. 9 janv. 2015 précit. et v. sp. 1.2.1 ; GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 248 s.

³ À l'instar d'un « médiateur », circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1 et 1.2.1.

⁴ Circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1.2.1.

⁵ Créées par D. n° 63-1191, 2 déc. 1963 de *recouvrement des cotisations* ; remplacé par D. 4 mai 2007 précit., v. *supra*, sp. n° 4.

⁶ C. com., art. D. 626-12 à D. 626-14 ; la saisine de la CCSF est obligatoire pour statuer sur le règlement des créances publiques ; elle est soumise au respect d'un délai de 2 mois après l'ouverture de la procédure sous peine de forclusion, art. D. 626-12, al. 1^{er} (conciliation) et art. D. 626-13, al. 1^{er} (sauvegarde et RJ) ; ce qui est particulièrement bref, LAGARDE (B.), *Le fabuleux destin des dettes publiques*, GP, 2007/104, p. 3 s.

⁷ Et non plus nécessairement en concomitance avec les remises octroyées par les créanciers privés, C. com., anc. art. L. 626-6, al. 1^{er} ; modifié par L. n° 2009-179, 17 fév. 2009 *pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, art. 20 ; bien que l'obtention de remises de la part des créanciers privés demeure un élément qui soit pris en compte par la CCSF, C. com., art. D. 626-12 à 626-15.

En conciliation, art. L. 611-7 ; en sauvegarde et RJ, art. L. 626-6, D. 626-9 et D. 626-14 ; pour la liste détaillée des créances susceptibles d'être remises, art. D. 626-10.

⁸ Institué par lettre de mission, Prés. Rép., 23 oct. 2008 ; comm. presse, Médiateur du crédit, R. RICOL, 12 nov. 2008 ; v. *supra*, sp. n° 4.

⁹ (CRP) devenu (CR) ; contexte de l'affaire Doux, v. *supra*, sp. n° 65.

¹⁰ Affirmant l'existence d'un *droit administratif de la faillite*, GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 353 ; qui échappe au droit privé, CAMPANA (M.-J.), « L'État et les entreprises en difficulté », *op. cit.*, sp. p. 178 ; aussi appelé « droit public des entreprises en difficulté », JEANTIN (M.), *Redressement et liquidation judiciaires, Généralités*, *Jcl. proc. coll.*, n° 2150, sp. n° 21-25 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 68 ; dans le même sens, FOYER (J.), « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », in méf. P. AZARD, *op. cit.*, p. 55-64, sp. n° 6 ; HAEL (J.-P.), th. précit., sp. n° 353 ; OPPETIT (B.), *Les autorités publiques (...)*, *op. cit.*, sp. p. 171.

¹¹ Définissant le droit public économique à travers les interventions économiques des personnes publiques, CHÉROT (J.-Y.), *Droit public économique*, *op. cit.*, sp. n° 1.

¹² Not. COLSON (J.-P.), IDOUX (P.), *Droit économique public*, *op. cit.*, sp. n° 11 ; LINOTTE (D.), ROMI (R.), *op. cit.*, sp. n° 32.

Bien que ce soit l'expression employée par ces auteurs, il sera préféré ici le qualificatif d'« administratif » à celui de « public » comme étant plus précis ; comp. WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 2016, 26^e éd., 787 p., sp. n° 1-13.

¹³ Circ. Premier min., 25 nov. précit. et circ. min. Éco., 26 nov. 2004, *relative à l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises*, NOR : ECOX0407813C (ci-après notée « circ. 26 nov. 2004 ») ; JORF, n° 279, 1^{er} déc., p. 20468 ; sur lesquelles, ROUSSEL GALLE (P.), *Les aides publiques (...)*, *RPC*, *op. cit.*, sp. n° 21 s.

abrogé les multiples textes anciens afin de redonner au dispositif la vigueur nécessaire¹. La circulaire, unique, de 2015² a procédé de la même manière, continuant d'adapter et d'actualiser l'intervention de ces comités administratifs. Le Code de commerce fait en outre référence dans ses dispositions relatives aux difficultés des entreprises au rôle de la CCSF³. Les interventions publiques économiques sont formalisées et l'ensemble tend à faire émerger un droit administratif des entreprises en difficulté. Cependant, le constat est que ce droit, s'il existe, apparaît largement inachevé.

81. Droit inachevé. Il faut souligner la faiblesse du cadre juridique qui porte le dispositif administratif de traitement des entreprises en difficulté. En effet, celui-ci repose sur des textes de faible portée juridique : au mieux, des actes réglementaires comme le décret⁴, mais plus généralement, des circulaires, voire, avant toute consécration, de simples lettres de mission, correspondances échangées entre administrations ou autres déclarations formelles faites à l'occasion du conseil des ministres⁵. Pour l'illustrer, la création des CODEFI en 1974 « s'est opérée sur la base de simples correspondances adressées aux trésoriers-payeurs-général, sans qu'intervienne aucun arrêté ou décret et sans que les pouvoirs de ces organismes et la procédure les concernant aient été définis. »⁶. D'ailleurs, à l'origine, ne sachant comment désigner ces comités en l'absence d'appellation solennelle - qui n'interviendra qu'en 1977⁷ -, la presse notamment les avait baptisés « infirmeries Fourcade », du nom du ministre instigateur. Il faut observer que, de surcroît, ceux-ci interviennent généralement à la suite de faits médiatiques ou politiques tels que, concrètement, la fermeture d'une usine entraînant de fortes tensions sociales ou la nomination d'un nouveau gouvernement⁸. Cela fragilise davantage le fondement de ces

¹ Soulignant l'ancienneté ainsi que la diversité des textes et la nécessité de moderniser ces dispositifs, circ. 25 nov. 2004 précit., sp. 1.1. ; la liste des textes abrogés (annexe 1) compte près d'une quinzaine de circulaires et de lettres variées.

² Circ. 9 janv. 2015 précit. ; sur laquelle, *éd. légis., actu.*, 6 mars 2015, n. C. CAVI ; *RPC*, 2015/6, comm. 168, n. C. DELATRE ; *RTD com.*, 2015, p. 357, n. F. MACORIG-VENIER ; *RDLA*, 2015/103, n. M. DE MONTAIGNE ; *PA*, 21 mai 2015, p. 9, chron. G. TEBOUL.

³ Par ex., « Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, (...) peuvent accepter de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur (...) », C. com., art. L. 626-6, al. 1^{er}.

⁴ Cela vise le cas des CCSF (D. n° 2007-686 du 4 mai 2007 précit.), mais pour lesquels il faut rappeler la primauté de l'ancienneté au sein du dispositif administratif de traitement des difficultés, ce qui semble lui avoir conféré une légitimité institutionnelle plus forte que les autres organes d'intervention.

⁵ Pour rappel, c'est par une simple lettre de mission (v. *supra*, sp. n° 204 et n° 79) qu'a été désigné un « médiateur du crédit », instituant, à l'occasion, une fonction nouvelle ; un accord de place institutionnalisant le dispositif sera signé un an plus tard, v. *infra*, sp. n° 82.

De même pour les CRP dont l'institution tient originellement à une simple déclaration du ministre au Redressement productif lors d'un conseil des ministres ; une circulaire sera envoyée plus tard aux préfets de région ; v. *supra*, mêmes numéros.

⁶ RICHER (V. L.), L'évolution des rapports entre l'Administration et les entreprises privées, *RDP, op. cit.*, sp. p. 935.

⁷ Circ. 18 juill. 1977, GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 28-29 ; HUDIN (C.), Intervention des pouvoirs publics et des organismes parapublics, in Dossier, L'intervention d'organismes non judiciaires, *RJC*, 1976/20, p. 274 à 279, sp. p. 275-276. ; RICHER (V. L.), *op. cit.*, sp. p. 935.

⁸ Par ex., à propos de l'institution des CODEFI et du contexte de l'affaire Lip (v. *supra*, sp. note n° 79), BOY (L.), PIROVANO (A.), « L'émergence de nouveaux champs d'arbitrage », in *Droit des faillites et restructuration du capital, op. cit.*, sp. p. 220.

De même à propos de l'institution des CRP et du contexte des difficultés du groupe Doux (v. *supra*, sp. n° 64, n. 5) ; ou plus vraisemblablement, suite à la création d'un nouveau ministère (du Redressement productif), dont le remaniement en 2014 aboutit à l'incorporation des CRP au sein des administrations existantes, v. *infra*, sp. n° 82, n. 8bis.

textes sur un plan juridique puisqu'il les relie à un contexte particulier d'intervention qui ne s'inscrit pas nécessairement dans la durée.

Malgré les multiples réformes législatives depuis l'institution de ce dispositif, le législateur n'a jamais véritablement intégré le dispositif administratif aux dispositions relatives au droit des entreprises en difficulté¹. Il n'a jamais été codifié. Certainement ce constat ne doit pas surprendre : d'une manière générale, c'est une marque propre du droit administratif². Mais l'argument n'est guère satisfaisant. Dans le cadre des entreprises en difficulté³, cette faiblesse juridique limite intrinsèquement la portée du traitement administratif⁴.

82. Faiblesse du cadre juridique, la question de la pérennité et de l'ancrage institutionnel. La faiblesse du cadre juridique du traitement administratif des entreprises met en doute la pérennité des institutions créées. Cela vaut tant pour les organes de crise qui ont, précisément, une vocation temporaire, que les comités de restructuration permanents. En effet, les circulaires de 2004, en abrogeant les nombreux textes anciens aux fins de simplification, ont fait disparaître les CORRI⁵. Ou encore, celle de 2015 a substantiellement modifié la composition des membres des CODEFI⁶ et intégré la cellule opérationnelle de suivi mise en place en son sein en 2008⁷. C'est une conséquence du parallélisme des formes et, en l'occurrence, de la souplesse qui caractérise les circulaires. L'une peut venir en modifier, voire anéantir, une autre. Le résultat est de changer, de créer ou, à l'extrême, de supprimer un organe réalisant le traitement administratif des entreprises en difficulté et, cela, sans intervention nécessaire du législateur.

Plus notablement, ce sont les institutions ponctuelles qui apparaissent touchées par cette faiblesse. Ainsi, la médiation du crédit devait en principe n'avoir qu'une vocation temporaire. C'était une institution de crise. L'accord de place initial⁸ - dont il faut souligner la faiblesse

¹ Le dénonçant, BERLINER (H.), *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, th. précit. sp. p. 334 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 78 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La réforme du droit des entreprises en difficulté : adaptations et nouveautés, propos conclusifs, *DP*, 2009, 187 et La loi de sauvegarde à l'âge de raison, *DP*, 2013, 223.

² Soulignant que les sources du droit administratif sont généralement non codifiées, provenant de textes de faible portée juridique, voire seulement issues de la jurisprudence, WALINE (J.), *Droit administratif*, *op. cit.*, sp. n° 11-12.

³ Reproduisant le même constat - c'est-à-dire des pratiques non codifiées - mais spécifiquement en droit des entreprises en difficulté, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La réforme du droit des entreprises en difficulté, *loc. cit.*

⁴ L'absence de cadre juridique suffisant est la cause de l'échec du traitement administratif, PEYRAMAURE (P.), L'assistance des autorités publiques (...), *RJC*, *op. cit.*, sp. p. 117.

⁵ Circ. 25 nov. 2004 précit., sp.1.1 ; v. *supra*, sp. n° 79, n. 5.

⁶ Outre le changement de présidence en raison de la fusion des Directions des services fiscaux (DGFiP), sont désormais fondamentalement différenciés les simples observateurs des membres de droit ; en dehors de l'intégration du CR, le nombre a été sensiblement allégé ; par ex., n'est plus appelé : le directeur régional de l'industrie, de la recherche et de l'environnement, le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, le directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur des services fiscaux, le directeur de la caisse générale de la sécurité sociale, le directeur départemental de l'agriculture et de la forêt, etc., SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 276 ; v. circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1.2.2.

⁷ (COS), circ., Premier min., 22 oct. et circ., min. Intérieur, 27 nov. 2008 précit., v. *supra*, sp. n° 79, n. 7 ; elle devient désormais la cellule opérationnelle de suivi du CODEFI, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.

⁸ L'institution de la médiation du crédit a été consolidée un an après sa création (v. *supra*, sp. n° 79, n. 8) par la signature d'un accord de place le 27 juill. 2009 lors d'une cérémonie à l'Élysée présidée PAR C. LAGARDE entre l'État, la Médiation au crédit, la Fédération bancaire française et la Banque de France ainsi que les instituts d'émission des départements d'outre-mer, l'IEDOM et l'IEOM ; DELPECH (X.), Un cadre juridique pour la médiation du crédit, *D.*, 2009, p. 1948 s.

normative de l'acte¹ - indiquait une date de fin de mission. Toute prolongation impose donc un renouvellement constant. Chaque signataire doit, à chaque fois, manifester à nouveau son consentement. Dans les faits, la médiation du crédit a été effectivement régulièrement renouvelée² en raison de son succès³. Quoiqu'il faille noter que le renouvellement nécessaire n'a pas toujours lieu à temps, à l'expiration de l'ancien accord, mais seulement ultérieurement⁴, laissant alors, durant ce temps, en doute l'institution. Aujourd'hui, la prorogation court jusqu'à la fin de l'année 2017. Il faudra attendre de voir si, dans l'avenir, elle sera définitivement installée.

En dehors de considérations propres à la médiation du crédit elle-même, sa pérennité se trouve par ailleurs mise en doute face à l'introduction de nouveaux acteurs compétents en matière d'intervention économique publique. La médiation du crédit aurait pu n'être alors qu'« un stade transitoire »⁵, permettant aux pouvoirs publics d'évaluer la portée de leur action. Dans ce cadre, est née la Banque publique d'investissement (BPI)⁶. De même que la création du ministère au Redressement productif et la nomination de commissaires a fait craindre la disparition de la médiation du crédit⁷ à leur profit⁸. Dans les faits, c'est l'inverse qui s'est réalisé : le remaniement ministériel qui a eu lieu en août 2014 a entraîné la disparition du ministère au Redressement productif, remettant corrélativement en cause⁹ l'existence du commissariat au redressement productif¹⁰ et laissant toute place à la médiation du crédit.

¹ Il est dépourvu de caractère réglementaire, TRICOIT (J.-P.), La nature juridique du médiateur du crédit, *GP*, 2010, *op. cit.*

² Avril 2011, déc. 2012 et mars 2013, rapp. d'activité annuel 2013, *La Médiation du crédit aux entreprises*, 86 p., annexe, sp. p. 65-71 ; DELPECH (X.), Prorogation de la médiation du crédit aux entreprises, *D. actu*, 8 mars 2013.

³ Rapp. annuel 2013 précit. ; pour une comparaison avec la médiation judiciaire, CREUX-THOMAS (F.), La médiation : opportunité ou « gadget » ?, *op. cit.* ; JACQUET (N.), Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan ?, *JCP G*, 2009, *op. cit.* ; MOREAU (B.), La médiation du crédit aux entreprises dans les grandes lignes, *GP*, 2010, *op. cit.*

⁴ Un nouveau Médiateur du crédit a ainsi été nommé (comm. presse, min. Fin., Éco., Indus. et Numérique, n° 150/317, Paris, 7 janv. 2015) alors que l'accord de place (signé du 1^{er} mars 2013) avait pris fin (31 déc. 2014) et que son renouvellement n'a eu lieu que plus tard (comm. presse, min. Fin. et Éco., n° 2999-582, Paris, 28 avril 2015).

⁵ TRICOIT (J.-P.), *loc. cit.*

⁶ Créé par la L. n° 2012-1559, 31 déc. 2012 *relative à la création de la Banque publique d'investissement* ; elle agit en matière de crédit auprès des entreprises en cas de défaillance du marché ; son but est de pourvoir à la rationalisation de l'aide publique et à la coordination des acteurs publics ; en effet, la BPI représente la fusion des établissements de financement de l'économie sous le joug de l'État (Oséo public, Caisse des dépôts et fonds stratégique d'investissement) ; v. site officiel en ligne et présentation sur le portail électronique du min. Éco. et Fin. ; DE FOURNOUX (L.), La Banque publique d'investissement : le nouveau visage de l'intervention publique, *Dr. adm.*, 2014/7, étude 12.

À la différence de la médiation du crédit toutefois, son action s'oriente plus particulièrement vers l'investissement d'innovation, le développement et l'export et porte exclusivement sur la question du financement.

⁷ DELPECH (X.), *loc. cit.*

⁸ Alors qu'était appelée la définition d'un statut juridique : « Aucun texte ne définit leur mission, ni les conditions de leur intervention dans le cadre des procédures collectives (...) Vos rapporteurs appellent en conséquence à (...) proposition n° 20 : clarifier le positionnement des commissaires au redressement productif en les dotant d'un statut précisant notamment leurs pouvoirs dans le cadre des procédures collectives. », rapp. AN n° 1006, d'information *sur le rôle de la justice en matière commerciale*, C. UNTERMAIER et M. BONNOT (*rapp.*), sp. n° 63 (ci-après noté « rapport Untermaier et Bonnot »).

⁹ Il y a eu, au lendemain du remaniement ministériel, un flottement quant au maintien ou non des CRP ; v. dans les médias, JUMET (A.-L.) et SUPERTINO (G.), Que deviennent les commissaires au redressement productif, *Europe 1*, Économie, 18 fév. 2015 ; L'HOUE (M.), Où en est le redressement productif ?, *France inter*, Enquête de la rédaction, 9 fév. 2015.

¹⁰ En réalité, l'institution n'a pas disparue ; elle se fonde plus globalement au sein des services de la DIRECCTE qui avait initialement accueilli les CRP ; F. CHARLIER, délégué du CRP en Nord-Pas-de-Calais S. BUISINE, DIRECCTE Nord (Lille), entretien téléphonique, fév. 2015 ; leurs différents profils peuvent être consultés en ligne, portail du min. Éco. et Fin., CRP, actualisé au 7 juill. 2016 ; et leur présence a été intégrée au sein des CODEFI (membres de droit), circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.2.

En termes brefs, l'ancrage dans le paysage institutionnel des différentes structures administratives aux fins de sauvetage des entreprises en difficulté est particulièrement léger et fait ainsi douter de la pérennité de ces institutions dans le temps. Ce n'est pas la seule conséquence de la faiblesse du cadre juridique.

83. Faiblesse des moyens. Il semble que la faible portée de la réglementation de l'intervention économique administrative impacte nécessairement les moyens octroyés aux organes d'intervention. En effet, à étudier l'activité de ces organes d'intervention, il faut constater qu'ils fonctionnent pour l'ensemble sur le mode consensuel. C'est par la médiation et la coordination des actions publiques individuelles qu'a lieu le traitement administratif ; au-delà, aucune décision ne peut être imposée, pas même par les comités permanents de restructuration, CODEFI et CIRI, qui ne peuvent obliger les créanciers fiscaux, sociaux, établissements bancaires et autres à participer au redressement de l'entreprise auprès de laquelle ils interviennent. Par exemple, si le secrétariat permanent peut prendre contact avec les dirigeants afin de provoquer des réactions, organiser des réunions afin qu'émanent des propositions de redressement par le biais du comité, celui-ci ne peut en aucun cas se substituer à l'une des parties. Le législateur ne leur octroie pas spécifiquement d'instruments contraignants. Il n'existe pas d'autorité administrative centralisatrice et unitaire qui puisse imposer une solution de redressement à l'ensemble¹. C'est donc la voie amiable qui doit être empruntée.

Dès lors, c'est retrouver les limites énoncées dans le cadre du mode privé, à propos de l'incertitude des négociations et de l'accord conclu entre les parties². Le traitement administratif les rejoint sur ce point, sauf à relever l'autorité morale que dégagent ces organismes, représentants de l'État³. Mais elle présente par ailleurs un aspect négatif, étant vécue en fait comme un moyen de pression sur les partenaires⁴. Le consentement obtenu paraît en réalité tronqué. En outre, tous les organes ne fonctionnent pas nécessairement de manière identique dans l'appréhension des difficultés.

84. Hétérogénéité des pratiques. La faible réglementation des procédés et structures d'intervention conduit à observer, corrélativement, des pratiques inégales selon l'organe

¹ Le traitement administratif demeurant « une succession de décisions individuelles prises collectivement », GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 77.

² Étudiée *supra*, sp. n° 43 s.

³ Soulignat l'« effet levier » de l'intervention publique, PEYRAMAURE (P.), L'assistance des autorités publiques (...), *RJC*, 1983, *op. cit.*, sp. p. 108 ; ou comme « catalyseur d'une solution », CHAPUT (Y.), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, *op. cit.*, sp. n° 214 ; dans le même sens, TARDIEU NAUDET (D.), Codefi : un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté, *JCP C*, 1978, *op. cit.*

⁴ ALLAIN (S.), Dispositif public du traitement des entreprises en difficulté, *GP*, janv. 1994, p. 16-17, sp. p. 17 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 81 ; évoquant « l'art de la torsion de bras », COHEN (E.), « Le CIRI ou l'ingénierie sociale du déclin industriel », in *Politiques industrielles d'hier et d'aujourd'hui (...)*, *op. cit.*, sp. p. 7 et 12 ; de manière plus tempérée, CHARTIER (Y.), Les formes d'interventions des autorités publiques dans les procédures collectives, *RJC*, 1998, p. 120-147, sp. p. 122 ; OPPETIT (B.), Les autorités publiques et l'entreprise privée, *op. cit.*, sp. p. 171 ; PEYRAMAURE (P.), L'assistance des autorités publiques (...), *op. cit.*, sp. p. 108.

considéré. Pour l'illustrer, si certains CODEFI se réunissent à une périodicité très régulière, il est mis en lumière que d'autres, au contraire, n'ont peu, voire jamais tenu de telles réunions¹. C'est d'ailleurs en considération de cette obsolescence que les circulaires nouvelles² ont tenté de redonner pleine efficacité au dispositif en redéfinissant les règles applicables et, aussi, en prévoyant la possibilité de déléguer la mission à toute autre forme d'organisation qui apparaîtrait plus adaptée au contexte local³.

En dehors du fonctionnement, ce sont les normes d'intervention dont l'imprécision tend à faire observer des disparités locales comme c'est le cas par exemple à propos de la réalisation d'audits d'entreprises financés par des fonds publics dans la pratique des différents CODEFI⁴. Ou encore, si les textes prévoient un seuil d'intervention *a priori* strict⁵ selon le nombre de salariés ou le lieu du siège social, en toute occasion il paraît possible d'y déroger : soit par accord entre les comités eux-mêmes, soit sur autorisation du CIRI pour les CODEFI, soit d'office pour le CIRI⁶. L'ensemble reposant au demeurant sur un critère éminemment subjectif selon l'appréciation faite du dossier et de l'opportunité à modifier les critères de répartition⁷. En définitive, comme le reconnaissent expressément les textes, les seuils définis « ne doivent pas être interprétés (...) comme une norme d'intervention »⁸. Il est regretté que ce droit ne soit pas davantage précis pour son application.

85. Enchevêtrement des organes d'intervention. L'absence de perfectionnement du dispositif administratif de traitement des difficultés ne permet pas de dépasser l'enchevêtrement des différents organes administratifs d'intervention dont la diversité est dénoncée. Il y a une difficile lisibilité du traitement administratif dans son ensemble en ce que les missions de certains se recoupent, notamment entre le commissaire au redressement productif, les CCSF et les

¹ Donnant l'exemple d'un CODEFI d'un département important de la périphérie de Paris qui ne s'était pas réuni depuis 12 ans, TEBOUL (G.), *Le réforme des procédures collectives : le retour*, PA, 4 nov. 2003, p. 3-5

² Successivement, circ. 9 janv. 2015 précit. et circ. 25 nov. 2004 précit., sp. préambules.

³ « Dans un souci d'adaptation au contexte local, la mission de détection peut également être déléguée à d'autres formes d'organisation que le comité lui-même », circ. 25 nov. 2004 précit., sp. 1.2. ; la circulaire de 2015 précit. ne reproduit pas cette disposition, mais indique expressément que la détection dépend de la connaissance qu'ont les membres eux-mêmes, sp. 1.2.1 ; ce qui signifierait qu'*a contrario*, la mission doit être déléguée à des acteurs plus avisés.

⁴ Ainsi, les chiffres relevés traduisent « un degré d'appropriation de cette procédure encore très variable d'un CODEFI à l'autre », rapp. annuel d'activité 2008 CIRI, *L'Etat au service des entreprises en difficulté*, La documentation française, 2009, 22 p., sp. p. 13.

⁵ Mais soulignant alors l'imprécision du critère retenu, ROUSSEL GALLE (P.), *Les aides publiques (...)*, RPC, *op. cit.*, sp. n° 22.

⁶ « Le CODEFI compétent est celui du département du siège (...) sauf accord différent des comités » ; en outre, il « peut toutefois transmettre un dossier au CIRI avec l'accord de celui-ci », circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.

De même pour le CIRI, « instance nationale de droit commun pour les entreprises employant plus de 400 salariés en France (sauf cas particuliers d'entreprises ...) », *ibid.*, sp. n° 1.1.

⁷ Par ex., pour le CODEFI : « Si le CODEFI le souhaite et si cela paraît plus approprié (...) » ou « (sauf cas particulier d'entreprises structurantes pour un secteur) », circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2 et 1.1.

⁸ À propos de la doctrine d'emploi des prêts FDES, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. annexe 2.

comités de restructuration permanents, CODEFI et CIRI¹. Il en va de même à propos de leur composition qui appelle des membres identiques. Par exemple, la CCSF est présidée par le directeur départemental ou régional des Finances publiques², lequel a fusionné avec le Trésorier-payeur général³ et se retrouve dans les multiples autres structures : il est le vice-président du CODEFI - et son collaborateur, le secrétaire permanent -, compose la COS⁴, siège au sein du CIRI, ou, encore, des cellules de détection qui fonctionnent sous l'égide des commissaires au redressement productif⁵. Il y a un dédoublement de la présence de certaines personnalités et un effet de redondance dans le traitement.

D'une manière générale, cela atteint la cohérence du réseau administratif. Il apparaît confus. La collégialité des organes censée garantir les décisions prises se révèle superficielle puisque les membres sont identiques⁶. C'est en définitive chaque administration qui pourrait porter ses solutions⁷ et non chaque structure d'intervention. En outre, soulignant que les différentes personnalités membres n'y travaillent pas à temps plein⁸, il est possible qu'une délégation permanente de la fonction, voire qu'un absentéisme ait lieu. C'est le problème d'une diversité d'organes et de l'absence d'une institutionnalisation d'ensemble du dispositif administratif de traitement des entreprises en difficulté⁹.

86. Critique générale. Si la faible réglementation des interventions économiques permet leur souplesse, réciproquement, le pouvoir discrétionnaire¹⁰ d'intervention est potentiellement source d'arbitraire et d'inégalités critiquables¹¹. L'absence de cadre légal concourt à observer

¹ Il est difficile de distinguer leurs missions respectives ; les textes eux-mêmes les définissent parfois communément : par ex., « le secrétaire permanent du CODEFI ou le CR élabore un diagnostic (...) », circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.1 ; la coordination en ressort compliquée : par ex., « Ainsi, lorsque du passif public a été constitué ou va l'être par une entreprise qui a saisi le CODEFI/CIRI - la CCSF – alerte sans délai le secrétaire permanent du CODEFI ou le CRP/le SG CIRI de l'existence de ce passif », *ibid.*, sp. 2. ; et y compris entre comités de même nature ; par ex., « le comité ne peut pas être formellement saisi d'un dossier pour lequel un autre CODEFI a déjà été saisi, mais peut être associé aux analyses », *ibid.*, sp. 1.2.1.

² D. 4 mai 2007 précit., sp. art. 2.

³ Fusion des fonctions du trésorier-payeur général au sein de la DGFIP ; not., D. n° 2008-310, 3 avril 2008 *relatif à la direction générale des finances publiques*.

⁴ Cellule opérationnelle de suivi, v. *supra*, sp. n° 79.

⁵ Lors de l'institution du commissariat au redressement productif, les CRP ont été dotés d'une mission d'animation d'une cellule régionale de veille et d'alerte précoce des difficultés des entreprises : c'est la COS, circ. 14 juin 2012 précit., sp. n° 2 ; rapp. annuel 2012 CRP précit., sp. p. 1.

⁶ Voir inexistante : par ex., pour les CODEFI, la décision finale d'octroi d'un financement appartient au Préfet, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.2.

⁷ Il est possible de considérer que chaque administration au sens large définit sa propre politique d'intervention et de traitement : par ex., la Direction du Travail ne réagit pas de la même manière que le Fisc face à une entreprise en difficulté ; en ce sens, GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 181.

⁸ GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 30.

⁹ Le regrettant, MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 73 ; PEYRAMAURE (P.), L'assistance des autorités publiques (...), *op. cit.*, sp. p. 104 ; favorable à la mise en place d'« un organisme unique, qui agirait pour le compte de toutes les administrations », CHARTIER (Y.), Les formes d'intervention des autorités publiques (...), *op. cit.*, sp. p. 134.

¹⁰ Soulignant ce pouvoir, LAGARDE (B.), Le fabuleux destin des dettes publiques, *GP*, 2007/104, p. 3 s.

¹¹ Atteinte au principe de juste distribution des fonds publics, RAIMBAULT (M.), BURLAUD (A.) et SAUSSOIS (J.-M.), « Le C.I.R.I. ou l'art des stratégies doubles », in Actes du Colloque international, *Public, privé : espaces et gestion, Incertitude des pratiques, Revue politiques et management public*, 1987, vol. 5, n° 3, p. 41-58, sp. p. 58 ; d'une manière générale, portant atteinte à la règle de droit, PEYRAMAURE (P.), *loc. cit.*, sp. p. 117.

« un Droit de l'impalpable »¹ dont l'informalité et le caractère occulte est dénoncé². En termes brefs, l'insuffisance de l'assise juridique du traitement administratif, cause d'incohérences, de confusion et d'incertitudes³, explique qu'il soit évincé par le droit des entreprises en difficulté.

¹ GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 18 ; dans un sens proche, MESTRE (J.), Les risques de l'intervention des autorités publiques (...), *RJC*, 1983, *op. cit.*, sp. p. 152.

² L'informalité aboutissant à des « engagements juridiquement douteux », GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 17-18 et p. 353-355 ; dans le même sens, à propos du CIRI dont l'action se caractérise par « le secret, l'imprévisibilité et les jeux d'influence », RAIMBAULT (M.) BURLAUD (A.) et SAUSOIS (J.-M.), *op. cit.*, sp. p. 53 ; également, CHARTIER (Y.), *op. cit.*, sp. p. 125 s. ; HUDIN (C.), Intervention des pouvoirs publics (...), *RJC*, 1976, *op. cit.*, sp. 278.

³ Ce sont classiquement les « vicissitudes de l'intervention administrative », MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 72 s., ce qui explique le rejet du droit public des entreprises en difficulté en ce qu'il n'a « pas atteint un degré d'évolution suffisant, défini avec des certitudes », sp. n° 90 ; dans le même sens, GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 16, p. 18, p. 217-220. et p. 254 s.

Conclusion du Chapitre I

87. Des modes de traitement envisageables, mais insuffisants. Pour les entreprises en difficulté, différents modes de traitement seraient envisageables. D'une part, il peut être d'ordre privé, c'est-à-dire reposant exclusivement sur les parties elles-mêmes. D'autre part, sa nature est administrative lorsqu'intervient l'État à travers ses administrations. Toutefois, pour l'un, comme pour l'autre, ces modes de traitement ne sont pas suffisants.

88. Mode privé limité. Concernant le mode privé, la défaillance du débiteur a d'abord emporté la vengeance du créancier. Il est à ce propos difficile d'évoquer un réel *traitement*, étant davantage la sanction de l'inexécution du débiteur¹. Mais, faute de conception juridique du lien d'obligation², le seul moyen pour le créancier de trouver satisfaction était de s'en prendre à la personne même du débiteur. Outre d'être d'une grande violence, la solution était aussi source de désorganisation sociale puisqu'elle consistait à donner la priorité au plus fort³.

Ensuite, à rebours de la solution unilatérale, un véritable traitement peut être mis en œuvre par les parties, ensemble, soit *les créanciers et le débiteur*. Cela consiste alors en un accord amiable, qui suppose de conduire des négociations, de conclure un contrat et de respecter les engagements convenus. Or, rien ne garantit la réussite du processus et, plus encore, la résolution des difficultés du débiteur⁴.

En somme, par le risque de violence, d'injustice ou encore, d'incertitude, le traitement privé des difficultés économiques se révèle limité en l'absence de contrainte juridique et appelle l'intervention d'un tiers impartial.

89. Mode administratif limité. L'État, dans le traitement des entreprises en difficulté, apparaît particulièrement efficace grâce à l'autorité qu'il dégage et aux moyens financiers dont il dispose. Mais, en réalité, son intervention est limitée. D'abord, toutes les entreprises ne sont pas considérées comme dignes d'intérêt⁵. Ensuite, l'État ne peut pas traiter globalement la dette de l'entreprise⁶. Enfin, la législation européenne prohibe par principe les aides d'État⁷. Par

¹ V. *supra*, sp. n° 27 s.

² V. *supra*, sp. n° 31 ; sa conception est d'abord matérielle avant d'être intellectuelle et abstraite.

³ V. *supra*, sp. n° 35.

⁴ V. *supra*, sp. n° 42-55.

⁵ V. *supra*, sp. n° 61-65.

⁶ V. *supra*, sp. n° 68-70.

⁷ V. *supra*, sp. n° 74.

ailleurs, il faut relever un obstacle tenant à la faiblesse de l'assise juridique du traitement administratif des entreprises en difficulté¹ qui empêche son développement par manque de lisibilité, d'homogénéité et de stabilité. Principalement, pour traiter l'ensemble des entreprises en difficulté, il faudrait une autorité qui soit désintéressée et puisse, par conséquent, user de son pouvoir de contrainte sur tous les créanciers sans déséquilibrer le marché.

90. Tempérament. Si les modes privé ou administratif de traitement des entreprises en difficulté s'avèrent limités, cela ne signifie pas nécessairement qu'ils doivent être totalement rejetés². Plus exactement, il faut considérer qu'ils ne peuvent, à eux seuls, permettre un traitement général et global des difficultés des entreprises. Ils doivent au juste être corrélés, voire complétés par d'autres modes de traitement qui disposent des qualités nécessaires pour y parvenir.

91. Vers le choix du traitement judiciaire. Il est possible de retenir que dans le mode privé, c'est essentiellement le pouvoir de contrainte - autrement que physique - qui fait défaut. Dans celui administratif, c'est l'intervention d'une autorité désintéressée. Ces qualités peuvent alors être retrouvées dans un troisième mode de traitement des difficultés des entreprises qui est de nature judiciaire.

¹ V. *supra*, sp. n° 81-82.

² V. *infra*, Deuxième partie de la thèse.

Chapitre II. L'attrait pour le traitement judiciaire des entreprises en difficulté

92. Enjeux du traitement des entreprises en difficulté et attrait pour le choix du judiciaire. Les difficultés des entreprises mettent en jeu une pluralité d'intérêts. Il y a ceux des parties, débiteur et créanciers, en raison de l'inexécution de l'obligation ; aussi, des intérêts publics considérant les conséquences de la défaillance de l'entreprise pour la collectivité ; et, encore, l'intérêt général et l'ordre public, car l'insolvabilité conduit à éprouver le caractère contraignant de la règle de droit au fondement de la vie en société. Diverses qualités sont par conséquent attendues de l'autorité de traitement des difficultés des entreprises. Elles doivent répondre à l'ensemble de ces exigences, tout en se distinguant des insuffisances¹ des modes privé ou administratif de traitement des entreprises en difficulté.

L'autorité judiciaire constitue en ce sens un choix privilégié dont il faut rappeler néanmoins les atouts pour le comprendre pleinement (**Section I**). En effet, il faut insister sur le fait qu'il ne constitue pas un choix fait par défaut et qu'il ne résulte pas non plus de l'évidence. C'est effectivement affirmer l'intervention d'une autorité supérieure et extérieure dans un rapport d'obligation personnel pour sa modification ou sa résolution.

93. Évolution du droit des entreprises en difficulté et attrait pour le traitement judiciaire. D'une analyse statique sur les raisons du choix du judiciaire, l'approche peut aussi être dynamique. C'est alors observer le maintien et, plus encore, l'extension du recours à l'autorité judiciaire malgré l'évolution du droit des entreprises en difficulté (**Section II**). En d'autres termes, c'est constater que le législateur a réitéré avec constance le recours au judiciaire alors même qu'il s'est éloigné de la fonction répressive de l'ancien droit de la faillite, ce qui constituait pourtant une clé d'explication fondamentale dans l'intervention du juge².

¹ V. *supra*, Chapitre précédent de la thèse.

² V. *supra*, sp. n° 37-39.

Section I. Les qualités de l'autorité judiciaire pour le traitement des entreprises en difficulté

94. Nécessité d'un tiers, impartial, ayant un pouvoir d'autorité pour le traitement des entreprises en difficulté. Dans l'hypothèse de défaillance du débiteur, il est nécessaire de voir intervenir un tiers, extérieur à la relation débiteur/créancier, afin de résoudre de manière impartiale les difficultés. C'est ici un défaut du traitement privé et administratif qui était, chacun, porteur d'intérêts. Le juge se présente *a contrario* comme un tiers désintéressé (§ 1).

La résolution des difficultés de l'entreprise appelle également l'intervention d'une autorité disposant du pouvoir de contrainte afin d'imposer un traitement à l'ensemble des parties concernées, voire de sanctionner les personnes ayant contribué à cet état. Cela renvoie aux limites des modes privé et administratif qui faisaient état, soit, d'un traitement désorganisé, soit d'un traitement incomplet. Le juge bénéficie par comparaison de l'autorité indispensable (§ 2).

§ 1. L'impartialité du juge

95. Notion d'impartialité. Du latin *in*, la « négation », et *pars*, la « partie », l'impartialité est l'absence de parti pris¹. Il en ressort une idée générale de neutralité et d'objectivité qui impose une prise de distance², une extériorité par rapport à des potentielles influences étrangères. C'est en ces termes que l'impartialité renvoie alors à la notion d'indépendance. En effet, il apparaît que, pour être impartial, il faille au préalable être indépendant³. Il y a donc un lien indéniable entre les deux notions⁴ bien qu'elles ne se confondent pas⁵, la deuxième venant au renfort de la première dans sa concrétisation⁶.

96. Application spécifique à la matière. Au-delà de ces définitions générales, il faut en comprendre les implications en la matière, c'est-à-dire le rattachement à l'autorité judiciaire pour

¹ FRICERO (N.), v. « Impartialité », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 607-610, sp. p. 607 ; également, *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Impartialité, sp. p. 523.

² COMMARET (D. N.), Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, *D.*, 1998, p. 262-264.

³ GUINCHARD (S.), Procès équitable, *Rép. proc. civ.*, sp. n° 201.

⁴ D'ailleurs, les textes prévoient le droit à « un tribunal impartial et indépendant », CEDH, art. 6, § 1 ; la notion d'impartialité paraît donc inséparable de celle d'indépendance dans la fonction de justice, KRIEGK (J.-F.), L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance, *PA*, 12 juill. 1999, p. 5 s.

⁵ Par ex. : hypothèse d'un juge indépendant vis-à-vis des pouvoirs publics, mais partial à l'égard des justiciables, FRICERO (N.), *loc. cit.* ; l'indépendance est donc un facteur d'impartialité.

⁶ VARAUT (J.-M.), v. « Indépendance », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 622-629, sp. p. 622-625.

le traitement des entreprises en difficulté. En effet, de la considération d'une volonté législative dans la désignation de l'autorité judiciaire, n'en retenir qu'un choix par défaut parce que les autres modes sont limités, rendrait sa justification décevante et certainement insatisfaisante. C'est pour cette raison qu'il est important de présenter les éléments positifs de son recours ; en l'occurrence, il est question de l'impartialité de l'autorité judiciaire.

97. Plan. Le juge est une autorité impartiale (A) dont l'indépendance est garantie par son statut (B).

A. L'impartialité à l'égard des intérêts du débiteur et des créanciers

98. Impartialité et justice. D'emblée, il est remarquable de souligner comme l'impartialité est quasi immédiatement rattachée à la fonction de juger¹. Selon le dictionnaire juridique, l'impartialité est conçue comme l'« exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle »². Le Conseil constitutionnel le rappelle par ailleurs : « les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles »³. Il faut dire qu'est considéré comme juste, ce qui est impartial⁴. Cela explique que l'impartialité soit spécifiquement exigée de l'autorité qui rend la justice⁵. Le juge est donc une autorité impartiale. En ce sens, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales notamment⁶ pose le droit à un tribunal impartial comme

¹ Se rattachant elle-même à la construction de l'État de droit, SAUVÉ (J.-M.), « Un juge indépendant et impartial », in mél. J. COSTA, *La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 539-562, sp. p. 541.

² *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Impartialité, sp. p. 523 ; également, WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in mél. R. PERROT, *op. cit.*, p. 575-586, sp. p. 582.

³ A propos du juge de proximité, Cons. constit., n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, sp. cons. n° 15 ; *Rec.*, p. 204 ; sur le fondement de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC), art. 16, Cons. constit., n° 2003-466 DC, 20 fév. 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, sp. cons. n° 23 ; *Rec.*, p. 156 ; jurisprudence reproduite à propos des juges consulaires, Cons. constit., n° 2012-241 QPC, 4 mai 2012, *EURL David Ramirez*, sp. cons. n° 22 ; *Rec.*, p. 236 ; CANIVET (G.), *Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in Dossier, *Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit, Nouveaux Cahiers cons. constit.*, 2004/16, sp. n° 41.

⁴ Cette pensée est essentiellement l'œuvre des philosophes grecs pour lesquels la justice est fondamentalement une vertu parce qu'elle est juste, c'est-à-dire précisément *impartiale* ; ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V ; CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Puf, 2013, 2^e éd., sp. n° 11 et n° 161 ; REVAULT D'ALLONES (M.), « L'impartialité du juge. Une problématique de tous les temps : d'Aristote à Hannah Arendt », in S. GABORIAU et H. PAULIAT (éd.), *L'éthique des gens de justice*, Entretiens d'Aguesseau, PU Limoges, 2001, p. 183-192.

D'une manière générale sur le Juste, FONTAINE (P.), *La justice*, Ellipses, 2005, 144 p., sp. p. 51 s. ; RICOEUR (P.), *Le Juste* 2, éd. Esprit, 2001, 297 p.

⁵ Sans être « l'apanage exclusif du corps judiciaire » (comp. *infra*, sp. n° 408), elle lui est consubstantielle, COMMARET (D. N.), *op. cit.* ; et serait d'une manière générale requise de toute autorité qui exerce une fonction similaire au juge, CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *loc. cit.*, sp. n° 168.

⁶ Diverses autres dispositions portent ce principe : par ex., au niveau européen encore, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47 ; Charte européenne sur le statut des juges, Cons. UE, DAJ/DOC (98) 23, Strasbourg, 8-10 juill. 1998, point 1.1 ; au niveau international, « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) impartial », Pacte International de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (PDCP), art. 14, point 1.

un élément fondamental du procès équitable¹. À travers ce dernier, l'impartialité de l'autorité judiciaire est appréhendée comme un attribut des droits de l'Homme², ce que le législateur veille à garantir au plan interne³. Ainsi, il paraît exister entre l'autorité judiciaire et l'impartialité un lien indéfectible, il y a une association naturelle entre la figure du juge et l'autorité impartiale⁴.

99. Impartialité et traitement des entreprises en difficulté. Si a été admise la nécessité d'intervention d'un tiers dans la relation débiteur/créancier en cas de difficultés économiques, il est une qualité qui est particulièrement exigée : sa neutralité et son objectivité. Il doit se placer en tiers impartial et désintéressé⁵ face au débiteur et aux créanciers et ne pas entrer lui-même en considération dans l'action⁶. C'est ce qui explique la faiblesse du traitement privé, réalisé par les parties elles-mêmes, celles-ci étant nécessairement mues par leur intérêt personnel et égoïste. Impliquées dans les difficultés de l'entreprise, elles sont donc partiales. Il en va de même à propos du traitement administratif, l'État se trouvant être créancier de l'entreprise. Une fois encore, il y a une prise à partie de fait. Or, toute solution de traitement dégagee doit être juste et équilibrée au regard des différents intérêts susceptibles d'être exprimés, au risque sinon d'être remise en cause. Elle ne doit pas avoir lieu au détriment d'une partie et en faveur d'une autre. La solution doit, dans la même veine, concilier et dépasser les intérêts individuels. Ainsi, il est nécessaire que l'autorité s'immisçant dans cette situation de défaillance économique aux fins de traitement soit, elle-même, impartiale. C'est là l'aptitude du juge, autorité impartiale, capable de

¹ CEDH, art. 6., § 1 ; d'une manière générale, not. : CROCQ (P.), « Le droit à un tribunal impartial », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (*dir.*), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2007, 13^e éd., p. 479-522 (dans les éditions suivantes de l'ouvrage, l'article est rédigé par sa directrice, M.-A. FRISON-ROCHE (18^e éd.) ou fondu dans le principe plus général du procès équitable (19^e éd.) ; KOERING-JOULIN (R.), La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *RSC*, 1990, p. 765-774 ; TULKENS (F.), LOTARSKI (J.), « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in méf. J. VAN COMPERNOLLE, Bruylant, 2004, p. 731-768.

En droit des entreprises en difficulté, not. : DELMOTTE (P.), L'accès au juge dans les procédures collectives, *PA*, 28 nov. 2008, p. 50 s. ; FRICERO (N.), « Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable », in méf. A. HONORAT, *op. cit.*, p. 17-26 ; SAINTOURENS (B.), Convention européenne des droits de l'homme et droit des procédures collectives, in Dossier, L'utilisation de la CEDH dans la pratiques des affaires, *DP*, 2010/194, Dossier ; VALLENS (J.-L.), Droits de l'homme et droit des entreprises en difficulté, in P. ROUSSEL GALLE (*dir.*), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, 2012, p. 909 s.

² FRICERO (N.), Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité, *Nouveaux Cahiers cons. constit.*, 2013/40, p. 37 s.

³ En édictant ponctuellement des incompatibilités d'exercice, la récusation, etc. ; par ex., CPC, art. 341 et d'une manière générale, CJA, art. L. 111-5 et R. 721-1 ; sur les différentes garanties, v. CADIET (L.) et *al.*, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n° 168 ; la réforme de la justice du XXI^e s. (v. *supra*, sp. n° 12) : par ex., incompatibilités d'exercice (activités professionnelles), projet de loi organique précit., art. 40.

Pour une perspective du droit européen, BEIGNIER (B.), BLÉRY (C.), L'impartialité du juge, entre apparence et réalité, *D.*, 2001, p. 2427-2433 ; NORMAND (J.), Le droit à un tribunal impartial devant les juridictions de l'ordre judiciaire (article 6-1 Conv. EDH) et la composition des juridictions, *RTD civ.*, 1993/4, p. 874-881 et « L'impartialité du juge en droit judiciaire privé français », in J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA (*dir.*), *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, 2006, p. 63-104 ; PRADEL (J.), La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, *RSC*, 1990/4, p. 692-706.

⁴ En ce sens, DESDEVISES (Y.), « Collégialité, impartialité et contradiction », in méf. S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 233-248, sp. p. 234 ; SAUVÉ (J.-M.), « Un juge indépendant et impartial », in méf. J. COSTA, *op. cit.*, sp. p. 543 ; du moins, comme une vertu propre à la justice, CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, R. DAVID (*trad.*), *Economica*, 1990, 397 p., sp. p. 69-71 ; SALAS (D.), *Le tiers pouvoir*, *Vers une autre justice*, Fayard, 2012 (rééd.), 296 p., sp. p. 174 s.

⁵ SALAS (D.), *loc. cit.*, sp. p. 184 ; insistant sur la qualité de tiers plutôt que sur celle de juge à propos de la définition de l'impartialité, CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, sp. n° 168.

⁶ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le droit à un tribunal impartial », in *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.*, sp. n° 681.

traiter les parties de manière égalitaire¹. En ce sens, la justice se pose « une instance de surplomb »². Il s'agira d'arbitrer entre les intérêts du débiteur, de la pluralité des créanciers et de l'entreprise. Condition de la légitimité de son intervention, l'impartialité apparaît dès lors être une exigence particulièrement périlleuse à réaliser en la matière.

100. Application à l'autorité judiciaire. C'est ainsi que l'appréciation de l'impartialité est particulièrement renforcée à propos de l'autorité judiciaire intervenant en droit des entreprises en difficulté. De manière préalable, il faut rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) distingue l'impartialité subjective de celle objective³ du juge⁴. L'apparence d'impartialité doit être aussi forte que l'impartialité elle-même. Bien sûr, il serait faux d'entendre de l'exigence d'impartialité qu'elle interdit toute opinion personnelle. Néanmoins, elle s'oppose à ce que celle-ci fonde la décision du juge. C'est ici qu'entre en compte l'apparence, notamment du point de vue du justiciable, pour lequel il ne doit pas exister de doute quant à l'impartialité du tribunal et plus précisément, à l'absence de préjugés⁵. Cela impose que le juge n'ait pas déjà eu connaissance de l'affaire avant de statuer au fond. Or, pour l'application du droit des entreprises en difficulté, cette exigence a régulièrement été discutée à propos des interventions judiciaires, rappelant alors son importance.

Pour l'illustrer, il peut être pris l'exemple de l'intervention d'un magistrat spécifique en droit des entreprises en difficulté, soit le juge-commissaire⁶. Au titre de ses diverses fonctions, il établit notamment de manière préliminaire un rapport sur la situation du débiteur en difficulté⁷ qui est présenté à la formation collégiale avant qu'elle ne statue au fond. Or, il y avait là une atteinte à l'impartialité du tribunal appréciée objectivement puisque que ce même juge-commissaire y participait ensuite au stade du jugement⁸. C'est dans ce contexte qu'un débiteur, condamné au comblement du passif de sa société, a formé un recours contre la décision le

¹ FRICERO (N.), Récusation et abstention des juges, *op. cit.*, sp. p. 37.

² « Au-dessus » des parties, SALAS (D.), *op. cit.*, sp. p. 177.

³ Encore dite « fonctionnelle » ; sur son évolution vers une appréciation objective *concrète*, JEULAND (E.), *Droit processuel général*, LGDJ-Lextenso, 2014, 3^e éd., 730 p., sp. n° 204.

⁴ « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. », CEDH, 1^{er} oct. 1982, req. n° 8692/79, aff. *Piersack c/ Belgique*, sp. § n° 30.

Sur le sujet, not. : CADIET (L.) NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, sp. n° 162 s. ; FRISON-ROCHE (M.-A.), L'impartialité du juge, *D.*, 1999, p. 53-57 ; PAN (P.), L'apprentissage du droit à un procès équitable par les juges ordinaires français : le cas de l'obligation d'une apparente objectivité d'impartialité, *PA*, 22 juin 2000, p. 12 s.

⁵ PUGELIER (C.), « Un juge sans préjugé », in mél. J.-F. BURGELIN, *Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 317-337, sp. n° 12.

⁶ NIBOYET (M.-L.), Les fonctions du juge-commissaire au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *D.*, 2001, p. 1610 s. ; RENUCCI (J.-F.), Le juge-commissaire et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *D.*, 1998, p. 128 s.

⁷ Contenant son avis, v. *infra*, sp. n° 196.

⁸ Comp. CEDH, req. n° 10486/83, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, sp. cons. n° 50.

concernant, dénonçant l'impartialité de l'autorité ayant délibéré sur son cas¹. La France a alors été condamnée par la CEDH dans l'affaire *Le Stum contre France* en 2007². Pour cette raison, le droit des entreprises en difficulté a renforcé l'impartialité de l'autorité compétente et prévoit expressément que le juge-commissaire ne peut siéger dans la formation de jugement ni participer au délibéré de l'affaire dans laquelle il a été désigné³. Un autre exemple pourrait encore être pris en droit des entreprises en difficulté par la faculté de la saisine d'office de la juridiction dont l'atteinte à l'impartialité a entraîné son abrogation⁴, nul ne pouvant être juge *et* partie⁵. Il y a là une incompatibilité définitive. C'est ce qui rend impérieux le recours à un tiers impartial ; en l'occurrence, le juge.

101. Transition. Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples pour saisir l'importance de l'impartialité dans le traitement des difficultés, laquelle se révèle être une qualité indissociable du juge⁶. C'est ce qui justifie l'appel à l'autorité judiciaire. Cependant, l'absence de parti pris ne se cantonne pas aux seuls intérêts des parties. Le juge doit encore être indépendant vis-à-vis des pouvoirs extérieurs.

B. L'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif

102. Notion d'indépendance. L'indépendance s'envisage comme un facteur d'impartialité⁷. Dès lors qu'est admise la nécessité fondamentale d'une autorité impartiale pour traiter les difficultés d'entreprises, l'indépendance se présente comme la condition de sa réalisation. C'est ce qui permet sa pleine effectivité. Dans cette optique, l'impartialité - au sens d'absence de parti pris - semble se rattacher davantage à une qualité personnelle de l'autorité,

¹ Pour précision, le juge-commissaire avait en l'espèce déjà pris plusieurs ordonnances en amont de l'audience de jugement, rendu son rapport oral sur la situation de l'entreprise et en plus, présidé la formation de jugement.

² Existence d'un doute légitime au regard de l'apparence d'impartialité (impartialité fonctionnelle) du juge-commissaire par sa participation à la juridiction de jugement, laquelle se prononçait sur la condamnation du débiteur à combler le passif : « Le juge-commissaire [qui] siégeait parmi les trois membres d'un « tribunal » qui statuait sur son rapport (...) examinait une question sur laquelle il avait été amené à se forger préalablement une opinion », concluant ainsi à l'atteinte à l'impartialité objective du tribunal et donc à la violation du droit au procès équitable (CEDH, art. 6, § 1), CEDH, 4 oct. 2007, req. n° 17997/02, *aff. Le Stum c/ France*, sp. § n° 32 ; *Lexbase Hebdo*, 2007/278, n. P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY ; *CDE*, 2007/5, p. 10, n. N. FRICERO. Cela avait déjà pu être soulevé auparavant, mais rejeté, CEDH, 6 juin 2000, n° 34130/96, *aff. Morel c/France*, sp. n° 45 ; *Rec.*, 2000, VI ; *RSC*, 2003, 63, n. R. DE GOUTTES ; *D.*, 2001, p. 328, chron. C. GOYET et p. 1062, n. N. FRICERO et p. 1610 ; *RTD com.*, 2000, 1021, n. J.-L. VALLENS.

³ C. com., art. L. 662-7 ; ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 précit., art. 92, v. *infra*, sp. n° 197.

⁴ Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, *Sté Pyrénées services et a.* ; *Rec.*, p. 642 ; FRICERO (N.), Redressement judiciaire : l'exigence d'impartialité interdit la saisine d'office, *JCP E*, 2013/4, 1048 ; v. *infra*, sp. n° 246.

⁵ *Nemo iudex in re sua* – Nul n'est juge en sa propre cause, *Lexique juridique des expressions latines* précit. ; BUSSY (F.), Nul ne peut être juge et partie, *D.*, 2004, p. 1745-1753 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge, *D.*, 2013, p. 28-33.

⁶ La figure du tiers impartial et désintéressé serait « l'archétype du juge », COLSON (R.), *La fonction de juger*, th. précit., sp. n° 2.

⁷ Not. GUINCHARD (S.), Procès équitable, *Rép. proc. civ., op. cit.* et v. *supra*, sp. n° 99.

une vertu, tandis que l'indépendance s'apprécie davantage comme une modalité de son exercice. C'est alors l'absence de subordination¹, le rejet d'influences extérieures.

103. Traitement des entreprises en difficulté. Au titre de ces influences extérieures, l'hypothèse d'entreprises en difficulté fait particulièrement référence à celles qui peuvent émaner des pouvoirs publics. En effet, il faut rappeler, qu'en dehors des parties, débiteur et créanciers, l'entreprise cristallise d'autres enjeux en termes d'activité économique, d'emplois ou de savoir-faire. Ces intérêts, d'ordre public, révélés en cas de défaillance, justifient l'intervention de l'État. Cependant, l'administration est régie d'une manière générale par le principe hiérarchique², ce qui implique que les autorités administratives sont subordonnées au gouvernement³. C'est ici que l'exigence d'indépendance prend son sens : si l'autorité judiciaire est aussi une autorité publique exerçant une prérogative de puissance publique⁴, elle bénéficie néanmoins, vis-à-vis du pouvoir exécutif, d'une indépendance. C'est ce qui justifie qu'il soit fait appel particulièrement à l'autorité judiciaire afin de réaliser un traitement impartial des entreprises en difficulté.

104. Garantie constitutionnelle. L'indépendance, en tant que facteur d'impartialité et élément d'extériorité par rapport aux sphères d'influence, appelle un encadrement spécifique, la définition de conditions d'exercice, autrement dit, un statut protecteur⁵. En effet, il ne suffit pas de déclarer une autorité indépendante pour qu'elle le soit, il faut encore l'organiser⁶. C'est ce que prévoit la Constitution concernant l'autorité judiciaire. Elle lui garantit expressément une telle indépendance⁷. Il faut insister, c'est un attribut proprement reconnu aux juges⁸ : contrairement aux autorités administratives, ils ne sont pas soumis aux directives du pouvoir exécutif. En d'autres termes, ce sont des fonctionnaires⁹, intégrant l'administration de la Justice, et pourtant ils s'en distinguent par cette spécificité extraordinaire, c'est-à-dire leur indépendance, qui plus est garantie au niveau constitutionnel. Ainsi, la magistrature dispose d'un statut

¹ Du latin *in*, préfix négatif, et *dependere*, « la dépendance », *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Indépendance, sp. p. 538 ; DEBBASCH (C.), « L'indépendance de la justice », in mél. L. DUBOIS, *Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p. 27-33, sp. p. 27.

² C'est un élément caractéristique de l'organisation administrative, GROSHENS (J.-C.), Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, *AJDA*, 1966, 140 ; sur ce principe, CONNÉTABLE (F.), Principe hiérarchique de l'administration, *Lamy Fonction pub. terri.*, sp. n° 605 s. ; avec la précision qu'en droit administratif, l'expression « principe hiérarchique » n'apparaît pas aussi clairement ; est préférée celle de « pouvoir hiérarchique », LEGRAND (A.), « Un instrument flou : le pouvoir hiérarchique », in mél. R. DRAGO, *L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 59-78.

³ « Le Gouvernement (...) dispose de l'administration. », Constitution 1958, art. 20, al. 2.

⁴ L'État ayant le monopole de la justice, PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, op. cit., sp. n° 60.

⁵ GUINCHARD (S.), *Procès équitable*, op. cit., sp. n° 201 ; également en ce sens, soulignant que l'indépendance paraît davantage ressortir d'un état lié au statut, TULKENS (F.), LOTARSKI (J.), « Le tribunal indépendant et impartial (...) », in mél. J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., sp. p. 744 ; de même, FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'impartialité du juge », op. cit., sp. p. 54.

⁶ La seule proclamation formelle ne suffit pas, DEBBASCH (C.), loc. cit., sp. p. 33 ; TULKENS (F.), LOTARSKI (J.), loc. cit., sp. p. 741.

⁷ Constitution 1958, art. 64, al. 1^{er}.

⁸ Sur les magistrats du parquet, v. *infra*, sp. n° 215 s.

⁹ Au titre d'« agents titulaires d'un emploi permanent de l'État », CE, 17 janv. 1992, *Mme Ortiz* ; *Rec.*, p. 25.

autonome¹, lequel est censé protéger ses membres des pressions politiques qui pourraient survenir, particulièrement dans le contexte d'entreprises en difficulté soulevant des enjeux sociétaux. Par exemple, l'inamovibilité des juges du siège spécifiquement prévue par la Constitution² permet de se dégager de tout rapport de subordination par rapport à l'autorité exécutive qui les a nommés.

105. Transition. Forte de ses qualités d'impartialité et d'indépendance, l'autorité judiciaire est légitime à prendre les décisions qui s'imposent pour le traitement des difficultés des entreprises. C'est ce qui manifeste sa véritable *autorité*.

§ 2. L'autorité du juge

106. Autorité et pouvoir(s). S'il existe un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif, il n'y a pas, selon la Constitution de 1958³, de « pouvoir judiciaire »⁴. Bien que soit assurée une séparation des fonctions⁵, l'autorité judiciaire est rattachée, sur un plan organique, au pouvoir exécutif⁶. Ainsi, dans cette optique, la fonction de juger ne serait « qu'un aspect de la fonction publique, confiée à une "autorité qui jouit simplement d'un statut particulier destiné à garantir

¹ L. organique, ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958 précit. (ci-après notée « Statut de la magistrature ») ; l'autonomie s'apprécie au regard du statut général des fonctionnaires, DRAGO (G.) « Le corps judiciaire, Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in mél. A. DECOQ, *op. cit.*, p. 187-207, sp. p. 188 ; DEGUERGUE (M.), Droits et obligations des magistrats judiciaires, *Jcl. Fonctions publiques*, fasc. n° 790, sp. n° 14 s.

² Constitution 1958, art. 64, al. 4 ; Statut de la magistrature, art. 4 ; sur les magistrats du parquet, v. *infra*, sp. n° 215.

³ Contrairement à la Constitution de 1791, Titre III, Chap. V : « Du pouvoir judiciaire », MARTIN (R.), Les cheminements des pouvoirs judiciaires depuis 1789, *RTD civ.*, 2004/2, p. 251-260.

⁴ Si les rédacteurs de la Constitution de 1958 n'ont pas conservé cette expression - pourtant inscrite dans le projet -, c'est parce que les parlementaires de la IV^e République - dont le soutien était nécessaire - ont craint l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité sur les lois nouvelles par les tribunaux (fonction propre d'un pouvoir judiciaire), ce qui aurait participé à fonder un « gouvernement des juges », RENOUX (T.), v. « Autorité judiciaire », in *Dictionnaire de la justice* précit., p. 87-94, sp. p. 88 et L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France, *D.*, 1991/25, p. 169 s. ; pour précision, le gouvernement des juges est une expression désignant l'empiètement des juges sur les pouvoirs politiques (not. législatif), MODERNE (F.), préface, in E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, p. VII-XIX, sp. p. VII ; sur le sujet, not. : DE BÉCHILLON (D.), Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, *D.*, 2002/12, p. 973-978 ; TROPER (M.), PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, PU Sorbonne, 2001, p. 21 s.

En outre, seule l'élection dans un régime démocratique légitimait la reconnaissance d'un « pouvoir », ce qui ne pouvait être reconnu aux magistrats de carrière, PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, sp. n° 56.

Cette présentation renvoie à la théorie de la séparation des pouvoirs héritée de MONTESQUIEU selon lequel trois éléments doivent se distinguer : « il n'y a point encore de liberté (...) si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutif », De l'esprit des lois, sp. Livre XI, chap. VI ; elle sera développée plus tard par DUGUIT, HAURIU et BARTHÉLÉMY, PERROT (R.), *loc. cit.*, sp. n° 56 ; mais partiellement, ne retenant que l'opposition au juge des pouvoirs législatif et exécutif, RENOUX (T.), L'apport du Conseil constitutionnel (...) *loc. cit.* ; sur le sujet, v. FAVOREU (L.), GAÏA (P.) et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016, 19^e éd., sp. n° 523 s. ; TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 2015 (rééd. 1973), 251 p.

Toutefois, si l'autorité judiciaire ne constitue pas un « troisième » pouvoir à l'instar de celui législatif ou exécutif, le Constitutionnel semble néanmoins reconnaître l'existence d'un « pouvoir juridictionnel » à travers la fonction exercée, Cons. const., n° 80-119 DC, 22 juill. 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, sp. cons. n° 6 ; *Rec.*, p. 46 ; pour une appréciation critique, v. SALAS (D.), *Le tiers pouvoir*, *op. cit.*

⁵ « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives », L. 16-24 août 1790, Titre II, art. 3 ; DDHC, art. 16 ; COLSON (R.), *La fonction de juger*, th. précit., sp. n° 115 s.

⁶ Not. le président de la République nomme les magistrats (auditeurs de justice), Constitution 1958, art. 26.

son indépendance »¹. C'est ce qui explique que soit retenue à son égard le qualificatif d'« autorité »² et non de « pouvoir »³.

Parallèlement à ces éléments, il est globalement associé à la notion « autorité »⁴ prise dans son sens général, la détention d'un pouvoir en particulier⁵. Ainsi, il serait faux de déduire que la qualification d'« autorité judiciaire », au regard de la reconnaissance d'un pouvoir législatif ou exécutif, est un obstacle à tout pouvoir. Au contraire, il est possible de considérer que le juge soit une autorité véritable, car, précisément, il détient des prérogatives spécifiques. Celles-ci ne sont, du reste, pas communes ; elles sont l'attribution d'une fraction de la souveraineté⁶ : il s'agit de rendre la justice. Ainsi, le juge est une autorité, moins en raison de son appartenance au corps judiciaire que parce qu'il dispose de pouvoirs⁷.

107. Autorité et traitement des entreprises en difficulté. Le traitement des entreprises en difficulté impose le recours à une véritable *autorité*, c'est-à-dire qui soit capable d'imposer, voire, selon les hypothèses, de sanctionner. En effet, l'insolvabilité du débiteur entraîne une inexécution générale de ses engagements ce qui, d'une part, atteint l'obligation juridiquement convenue et, d'autre part, concerne une pluralité de créanciers. D'où le recours à l'autorité du juge et, non, à un simple tiers dont l'intervention se révélerait insuffisante.

108. Plan. L'autorité du juge se dégage à partir de son pouvoir de décision (A) et de sanction (B).

A. Le pouvoir de décision

109. Autorité des décisions de justice. Il peut être reconnu à chacun le pouvoir de décider, toutefois, celui-ci n'est que très relatif s'il ne s'accompagne pas d'une certaine force et autorité. C'est là toute la spécificité des décisions du juge.

¹ Posant la question, PERROT (R.), *op. cit.*, sp. n° 56.

² Constitution 1958, Titre VIII : « De l'autorité judiciaire ».

³ Bien qu'à propos du pouvoir législatif ou exécutif, la Constitution de 1958 n'emploie pas non plus le terme de « pouvoir » ; cependant, il n'y a pas de doute sur cette qualification : le pouvoir législatif étant représenté par le Parlement (art. 24) et le pouvoir exécutif par le Président de la République et le gouvernement (art. 20-21).

⁴ D'ailleurs, l'origine du terme « autorité » (*auctoritas*) vient du verbe latin *augere*, qui signifie « augmenter » ; ainsi, est une *autorité* celui qui a un pouvoir supérieur à l'autre ou qui est capable de donner une autorité supérieure à ses décisions, RIGAUDIÈRE (A.), *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica, 2006, 3^e éd., 847 p., sp. p. 29.

⁵ « L'autorité est souvent confondue avec le pouvoir donné pour l'exercice d'une fonction », KERNEIS (S.), v. « Autorité », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 111-116, sp. p. 111.

⁶ PERROT (R.), *op. cit.*, sp. n° 60-61 ; également, COLSON (R.), th. précit., sp. n° 79 s.

⁷ Sur la notion de pouvoir, celle-ci s'entend à la fois comme le pouvoir de l'État (ici, rendre la justice) mais aussi, plus classiquement, en accord avec la pensée de FOUCAULT, c'est-à-dire dans l'ordre de la relation, D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle* (...), th. précit., sp. p. 169.

En effet, la caractéristique de la décision judiciaire¹ est son autorité² : elle a force de chose jugée³, c'est-à-dire qu'elle va s'imposer aux parties de manière définitive. Cela signifie aussi qu'en cas de résistance, il peut être fait appel à la force publique afin que les décisions du juge soient exécutées⁴. Le juge dispose effectivement de l'*imperium*⁵, c'est-à-dire du pouvoir de commander et d'ordonner. C'est une marque de la puissance publique que l'État lui délègue. Ainsi, le juge peut non seulement imposer une décision aux parties, mais en plus, forcer son respect.

Bien entendu, la faculté d'imposer une décision d'autorité n'est pas du seul ressort du juge, mais plus généralement, de toute autorité publique. Cependant, les décisions de l'administration n'ont que la force de la chose *décidée*⁶, elles sont susceptibles d'être remise en cause⁷. Il y a donc

¹ Au sens de décision juridictionnelle, contentieuse et définitive, CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2013, 8^e éd., sp. n° 743 s. ; v. *infra*, sp. n° 221 s., n° 225 et n° 533 s.

² La loi ne définit pas de manière générale l'« autorité de la chose jugée » ; elle y fait ponctuellement référence, par ex. : CPP, art. 480 al. 1^{er} ; ou l'aborde partiellement à travers son aspect négatif, C. civ., art. 1355 ; HÉRON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ-Lextenso, 2015, 6^e éd., sp. n° 367 s. ; LE BARS (T.), Autorité positive et autorité négative de chose jugée, in Dossier, Regards croisés sur l'autorité de chose jugée, *Procédures*, 2007, n° 8-9, étude 12 ; MAYER (P.), « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée » in mélanges J. HÉRON, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 331-346.

À partir de cette définition négative, la jurisprudence pu étendre l'autorité de chose jugée en édictant un principe de concentration des moyens qui permet de sanctionner son absence en conférant à la décision jugée la même force alors que l'identité de la chose peut être contestée, FRICERO (N.), « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in mélanges J.-F. BURGELIN, Dalloz, 2008, p. 1999-208, sp. p. 201-205.

D'une manière générale sur l'autorité de la chose jugée, not. : CADIET (L.), LORIFERNE (D.) (*dir.*), *L'autorité de chose jugée*, éd. IRJS, 2012, 177 p. ; la pensée fondatrice de MOTULSKY (H.), « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », in mélanges H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédures civile*, t. I, Dalloz, 1970 (rééd. 2010), p. 201-274 ; TOMASIN (D.), *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, th., P. HÉBRAUD (*préf.*), LGDJ, 1975, 280 p. ; WIEDERKEHR (G.), « Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée », in mélanges J. NORMAND, *Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 507-518 et v. « Autorité de chose jugée », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 85-87.

³ C'est-à-dire qu'en plus de la force obligatoire (autorité de chose jugée), elle contient la force exécutoire (épuisement des voies de recours), MAGNON (X.), Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force de chose jugée », *RFDA*, 2013/4, p. 85-867.

⁴ Grâce à la formule exécutoire apposée sur le jugement ; le juge rendant la justice au nom du peuple français, c'est ici la manifestation de son *imperium*, PERROT (R.), *op. cit.*, sp. n° 43.

⁵ Dans sa perspective historique, l'*imperium* dérive de l'Empire ; il était attribué aux empereurs romains, d'où son sens de pouvoir de donner des ordres ; si le terme n'a pas de traduction exacte et arrêté, il était couramment employé à l'époque romaine comme « le pouvoir de » ; il existait alors différentes variétés de l'*imperium* : l'*imperium militae*, qui est le pouvoir militaire des empereurs romains ; l'*imperium domi*, qui est le pouvoir civil, lequel se divise en *imperium merum*, qui est l'usage de la force et l'*imperium mixtum* qui est la *jurisdictio*, CLAY (T.), v. « Imperium », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 610-613.

Aujourd'hui, l'*imperium* est distingué de la *jurisdictio* pour désigner, d'une part, la force, le pouvoir de donner des ordres et, d'autre part, dire le droit et trancher un litige, *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Imperium, sp. p. 524 ; ce qui revient à opposer la justice au commandement, HENRION DE PANSEY (P.), *De l'autorité judiciaire en France*, éd. T. Barrois père, 1818, sp. p. 57 ; toutefois, du point de vue du juge, les deux notions sont indissociables en ce que l'*imperium* désigne le pouvoir du juge et la *jurisdictio*, la fonction du juge, MOURY (J.), « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé) », in mélanges R. PERROT, *op. cit.*, p. 299-311, sp. p. 303 ; v. également, COLSON (R.), th. précit., sp. n° 425 s.

Globalement et en dehors de ces précisions, l'*imperium* peut être comme « l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la détention d'une fraction de la puissance publique », *Vocabulaire juridique* Cornu précit., *ibid.*

⁶ SCHWARTZENBERG (R. G.), *L'autorité de chose décidée*, th., préf. G. VEDEL, LGDJ, 1969, 452 p.

⁷ D'ALÈS (T.), CONSTANS (A.), Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne, *JCP E*, 2014/23, 1306 ; par ex., elles ne lient pas le juge : à propos d'une décision du Conseil de la concurrence, Cass. com., 17 juill. 2001, n° 99-17.251, n.p.B. ; MENEURET (J.-J.), *Le contentieux du conseil de la concurrence*, LGDJ, 2002, sp. n° 198 ; bien que le juge judiciaire ne puisse pour autant apprécier le caractère réel et sérieux du motif de licenciement (autorisation administrative, compétence du juge administratif sur recours pour excès de pouvoir), soc., 22 janv. 2014, n° 12-22.546 ; *Bull.*, V, n° 32 ; *LexbaseHebdo soc.*, 2014/557, n. C. RADÉ.

une qualité supplémentaire à la décision du juge en ce qu'elle ne peut être contestée. Les parties¹, mais également les tiers² et le juge lui-même³ ne peuvent remettre en cause ce qui a été jugé.

110. Autorité des décisions en droit des entreprises en difficulté. Les décisions de justice possèdent une particulière autorité en droit des entreprises en difficulté⁴. Bien que la reconnaissance d'une autorité *absolue* de chose jugée soit débattue en doctrine⁵, la jurisprudence confère une telle autorité aux décisions rendues en la matière⁶. Quoi qu'il en soit, la loi restreint la tierce-opposition⁷, ce qui accroît la stabilité de la décision rendue⁸. De plus, le jugement rendu est en principe exécutoire par provision⁹. Cela témoigne de la force du pouvoir de décision du juge en la matière en ce qu'elle est opposable *erga omnes*¹⁰.

111. Enjeux de la décision en droit des entreprises en difficulté. La particulière autorité des décisions en droit des difficultés des entreprises est justifiée par l'ampleur de leurs enjeux. D'abord, l'insolvabilité du débiteur concerne généralement une pluralité de créanciers. Dès lors, l'autorité doit pouvoir imposer une discipline collective, suivie par tous. La loi prévoit à cette fin la suspension des poursuites individuelles des créanciers à l'ouverture d'une procédure¹¹. Ou encore, le traitement peut nécessiter de porter atteinte aux droits des parties. Ainsi, le chef

¹ Principe d'autorité *relative* de chose jugée, déduite du C. civ., art. 1355.

² Principe d'opposabilité aux tiers, DUCLOS (J.), *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, th., D. MARTIN (préf.), LGDJ, 1984, 544 p., sp. n° 78 ; sauf à exercer la tierce opposition, CPP, art. 581 s. ; ROLAND (H.), *Chose jugée et tierce opposition*, th., B. STARK (préf.), LGDJ, 1958, 534 p.

³ Par l'effet du dessaisissement, CPP, art. 481, al. 1^{er}.

⁴ STAES (O.), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. précit., sp. n° 217 s.

⁵ Malgré sa reconnaissance classique, ROLAND (H.), th. précit., sp. n° 136 s. ; « La chose jugée est relative, non son autorité », WIEDERKEHR (G.), v. « Autorité », in *Dictionnaire de la Justice* précit., sp. p. 86 ; not. en droit pénal, HÉRON (J.), LE BARS (T.), *op. cit.*, sp. n° 368 ; PERROT (R.), *op. cit.*, sp. n° 603 ; ce qualificatif serait excessif : *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest* (*Lexique juridique des expressions latines* précit.), d'où la possibilité de faire opposition pour les tiers, CPP, art. 586 ; CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 334 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 2015, 32^e éd., sp. n° 1139 ; ainsi, il serait plus juste d'évoquer une « opposabilité renforcée » du jugement, D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 182 ; DUCLOS (J.), th. précit., sp. n° 113 s. ; ou une autorité « générale », TRICOT (D.), Rapport de synthèse, *RPC, op. cit.*, sp. n° 10 ; pour une réconciliation dans le débat : absence d'incompatibilité des notions, CADIER (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, sp. n° 742 ; définition de l'autorité *positive* de chose jugée, HÉRON (J.), LE BARS (T.), *op. cit.*, sp. n° 920 : ou développement de la notion d'efficacité substantielle du jugement, BLÉRY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, th., J. HÉRON (dir.), P. MAYER (préf.), LGDJ, 2000, 397 p.

⁶ « Vu le principe de l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous attachée aux jugements prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens », Cass. com., 2 mars 1976, n° 74-15.101 ; *Bull. com.*, n° 75, p. 65 ; *D.*, 1976, p. 693, n. P. JULIEN ; com., 6 juill. 1983, n° 82-11.133 (rejet) ; *Bull.*, n° 205 ; *D.*, 1983, p. 435, n. F. DERRIDA ; ainsi, en droit des entreprises en difficulté, « tout le monde s'accorde sur l'autorité absolue » du jugement d'ouverture, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 496 ; l'affirmant sans discussion, DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, op. cit.*, sp. n° 77 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 478 ; en réalité, cette qualité tiendrait davantage à consacrer la nature constitutive du jugement que sa véritable autorité à l'égard des tiers, FRISON-ROCHE (M.-A.), L'autorité de chose jugée et l'exercice des voies de recours, in Dossier, Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales, travaux du CRAJEFE, *PA*, 28 oct. 1998, n° sp., p. 16 s., sp. n° 9.

⁷ Pour son principe, C. com., art. L. 661-2 ; sur des conditions restrictives, art. R. 661-2, al. 1^{er} (délai restreint).

⁸ Ainsi, « Pour éviter que les tiers remettent en cause une décision, il n'est nul besoin de gratifier celle-ci d'une autorité absolue, il suffit de fermer la tierce-opposition », STAES (O.), th. précit., sp. n° 232.

⁹ C. com., art. R. 661-1, al. 1^{er}.

¹⁰ LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, sp. n° 233.42.

¹¹ C. com., art. L. 622-21, I (sauvegarde).

d'entreprise se voit dessaisi de ses pouvoirs de gestion¹, voire évincer au profit du redressement de l'activité économique².

112. Conclusion et transition. L'autorité appelée à intervenir en droit des entreprises en difficulté doit bénéficier d'un pouvoir de décision qui lui permette non seulement de prendre et d'arrêter les décisions nécessaires au traitement, mais aussi de les imposer de manière stable et définitive. Dans d'autres cas, le pouvoir de décision correspond en réalité à un pouvoir de sanction, notamment lorsque le débiteur a contribué à ses propres difficultés.

B. Le pouvoir de sanction

113. Insolvabilité et faute. La fonction traditionnelle du droit de la faillite³ était d'organiser la sanction du débiteur⁴. Du latin *fallere* qui signifie « tromper la confiance de », « manquer à »⁵, le droit était originellement marqué par cette volonté répressive à l'égard de ceux qui avait failli, considérés *de facto* comme fautifs (*faillitus, ergo fraudator*). Ainsi, toute procédure de traitement était elle-même considérée comme une procédure de sanction⁶.

Le droit a évolué⁷, il s'est détaché de cet objectif répressif pour tendre prioritairement à la sauvegarde de l'entreprise. Le lien entre la faute du dirigeant et la survie de l'activité économique est dissocié. Toutefois, il serait inexact de déduire, d'une part, que le droit des entreprises en difficulté n'a plus vocation à sanctionner la faute du débiteur ou à rechercher la responsabilité de ses partenaires. Bien que cette finalité soit reléguée au second plan⁸, les dispositions du Code de commerce y pourvoient toujours⁹. D'autre part, il est possible de voir dans l'insolvabilité, quelle que soit la responsabilité du chef d'entreprise, un manquement. En effet, les difficultés économiques ont pour conséquence l'inexécution des engagements pris. La défaillance du débiteur met à l'épreuve le caractère impératif des obligations. Leur non-respect peut alors être regardé plus globalement comme l'infraction aux règles qui structurent la vie en société et permettent les échanges entre les hommes¹⁰. À ce propos, il peut être rappelé l'origine du terme

¹ C. com., art. L. 641-9, I (LJ).

² C. com., art. L. 631-19-1, al. 1^{er}.

³ L'expression est volontairement employée afin de désigner le droit antérieur qui, précisément, ne connaissait que la seule institution de la faillite et non encore la diversification des procédures.

⁴ SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 1.

⁵ ITHURBIDE (R.), *Histoire critique de la faillite*, LGDJ, 1973, 389 p., sp. p. 3.

⁶ Sur cette conception dans le C. com., 1807 et son évolution, v. *supra*, sp. n° 2.

⁷ L. n° 67-563, 13 juill. 1967 précit. dissociant le traitement de l'entreprise (procédure applicable) du sort du dirigeant (sanctions personnelles), v. *supra*, sp. n° 2 et n° 120.

⁸ ROUSSEL GALLE (P.), *Que reste-t-il du caractère sanctionneur des procédures ?*, *RPC*, 2012, *op. cit.*, sp. n° 1.

⁹ C. com., Livre VI, Titre V : « Des responsabilités et des sanctions ».

¹⁰ D'où la nécessité d'une appréhension collective car la faillite est un manquement aux règles de la cité, THIVEAUD (J.-M.), *L'ordre primordial de la dette : petite histoire panoramique de la faillite des origines à nos jours*, *REF*, 1993/25, p. 67-106, sp. p. 70.

« banqueroute » : de l'italien¹ *banca rotta*, la pratique consistait à rompre le banc sur lequel le commerçant assistait aux assemblées de la corporation à laquelle il appartenait². Cela était censé lui signifier son exclusion du groupe social dont il faisait partie. De la même manière, dans un État de droit, tout manquement à la règle de droit appelle la sanction du juge.

114. Justice étatique et sanction. Du droit de se faire justice soi-même³, la construction d'un État de droit a abouti à accaparer ce droit et à en confier le monopole à l'autorité judiciaire⁴. Ainsi, toute violation du droit - ou d'un droit - renvoie directement au juge pour sa sanction. Il est possible de considérer que c'est un attribut intrinsèque de la fonction de juger⁵, autrement dit, c'est l'essence même du rôle du juge de sanctionner les atteintes au droit puisqu'il dit le droit⁶. C'est ce qui explique que ce dernier soit désigné comme autorité légitime dans l'hypothèse d'un débiteur défaillant.

115. Conclusion et transition. Par ses qualités propres, le juge se révèle être l'autorité privilégiée pour traiter des difficultés des entreprises. Cela est d'autant plus vrai qu'au regard des modes de traitement privé ou administratif⁷, il permet un traitement juste, équilibré, contraignant et complet des difficultés des entreprises, d'où l'attrait du législateur pour ce choix.

Section II. La judiciarisation du droit des entreprises en difficulté

116. Judiciarisation. Le droit des entreprises en difficulté, en même temps qu'il évolue, connaît un accroissement du recours à l'autorité judiciaire, c'est ce qui fait constater sa

¹ *Bancarotta* en espagnol ; à rapprocher d'ailleurs du terme *quebra*, du verbe *quebrar*, qui signifie : rompre, briser, casser, TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 79.

² HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, op. cit., sp. n° 11.

³ V. *supra*, sp. n° 32.

⁴ COLSON (R.), th. précit., sp. n° 74 s.

⁵ Si d'autres autorités l'exercent, c'est par emprunt à la fonction juridictionnelle, POCHARD (M.), *Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction*, AJDA, 2001, p. 106-110.

⁶ La *jurisdictio*, D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 1 s. ; COLSON (R.), th. précit., sp. n° 21 s.

⁷ V. *supra*, sp. n° 26-0 (privé) et n° 57-86 (administratif).

« judiciarisation »¹. Il faut remarquer que c'est un mouvement général des différentes branches du droit², voire de la société³ en général⁴. L'essor de l'individualisme⁵ - l'autorité judiciaire est désignée comme gardienne des libertés individuelles⁶ - et de l'inflation normative⁷ - d'où l'intensification du contrôle de l'application de la loi⁸ - sont les principaux⁹ facteurs de ce phénomène. Il pourrait être ajouté qu'un certain activisme des juges¹⁰ eux-mêmes y contribue, ce qui est particulièrement observable dans le traitement des difficultés des entreprises¹¹.

117. Constat en droit des entreprises en difficulté. La matière économique n'échappe pas à ce mouvement¹², y compris le droit des entreprises en difficulté¹³. C'est une conséquence de l'évolution législative elle-même, qui, de la conception unique de la faillite¹⁴, s'est largement diversifiée tant du point de vue des difficultés (§ 1) que des débiteurs appréhendés (§ 2). Par conséquent, l'extension du champ d'application a entraîné corrélativement celle de l'intervention de l'autorité compétente, c'est-à-dire l'autorité judiciaire. Il faut insister en ce qu'un tel choix ne

¹ Néologisme né du terme « judiciaire », JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 47 s.

Il est rescencé par la lexicographique générale (Dictionnaire *Larousse.fr*, v. Judiciarisation), mais plus rarement par celle juridique (seulement, GUINCHARD (S.), DEBARD (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2015, v. Judiciarisation, sp. p. 598 : « Propension à recourir au juge pour la solution de litiges ou le contrôle de situations qui pourraient être réglées autrement, sans intervention. »).

Sa définition se déduit du terme « déjudiciarisation », CADIET (L.), « La déjudiciarisation, Rapport introductif », in O. BOSKOVIC (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare&Martin, 2012, p. 9-35, sp. p. 10-11 ; mais le terme se révèle polysémique et peu autonome, JEAMMAUD (A.), v. « Judiciarisation/Déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 675-679, sp. p. 676 ; d'une manière générale, il désigne un mouvement d'accroissement du recours au juge, FLÉCHEUX (G.), La judiciarisation de la société, *PA*, 25 oct. 2000, p. 58 s. ; HOUILLON (G.), La société au risque de la judiciarisation, À propos d'un équilibre à retrouver, *Procédures*, 2008/6, alerte 19 ; JEAMMAUD (A.), *op. cit.*, sp. p. 675.

À différencier de termes proches : par ex., la « juridictionnalisation » *Vocabulaire juridique* Cornu précit., sp. p. 590.

² Par ex. : en matière pénale, LAZERGES (C.), « De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines (...) », in méf. P. COUVRAT, *La sanction du droit*, Puf, 2001, p. 489-503 ; ou familiale, LABBÉE (X.), La judiciarisation du PACS et du concubinage, *D.*, 2009, p. 2053 s. ; d'une manière générale, « La judiciarisation du droit », COLSON (R.), th. précit., sp. n° 400 s.

³ Par ex., en matière médicale, PELLISSIER-FALL (A.), Les médecins hospitaliers et la judiciarisation de la médecine, *RGDM*, déc. 2010, n° sp., p. 153-169.

⁴ CHAMPAUD (C.), Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle, *Rev. sociétés*, 2000, p. 77 s. ; FLÉCHEUX (G.), *loc. cit.* ; HOUILLON (G.), *loc. cit.* ; ROUVILLOIS (F.) (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque, Fondation pour l'innovation politique, 2006-2007, Litec, 2008, 149 p.

⁵ Référence au phénomène de « société contentieuse », CADIET (L.), « Le spectre de la société contentieuse », in méf. G. CORNU, *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Puf, 1994, p. 29 s.

⁶ Constitution 1958, art. 66, al. 2.

⁷ Référence au phénomène de « juridicisation » (recours au droit pour couvrir des domaines qui y échappaient jusqu'alors), HOUILLON (G.), *loc. cit.* ; également, FOYER (J.), « La judiciarisation en délire ou l'abus du droit en un sens nouveau », in méf. F. TERRÉ, *L'avenir du droit*, Dalloz, 1990, p. 749-759.

⁸ En ce sens, ROUVILLOIS (F.), « Judiciarisation de la société : une entrée en matière », in *La société au risque de la judiciarisation*, *loc. cit.*, p. 5-34, sp. p. 19 s. ; cela est particulièrement remarquable en matière pénale par l'effet d'une « pénalisation », *ibid.*

⁹ D'autres facteurs pourraient être encore relevés, tels que la mondialisation et le droit européen (Charte des droits fondamentaux précit., art. 47 : droit au juge), ROUVILLOIS (F.), *loc. cit.*, sp. p. 8 s.

¹⁰ HOUILLON (G.), *loc. cit.* ; ROUVILLOIS (F.), *loc. cit.*, sp. p. 14-15.

¹¹ Par ex., l'organisation d'une détection des difficultés spontanée, v. *infra*, sp. n° 229.

¹² Rapp. Cons. éco. et soc., sect. fin., *La « judiciarisation » de l'économie*, J.-P. NOURY (rapp.), mars 2004, 180 p.

¹³ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, *op. cit.*, sp. p. 394 s. ; également, LE GUERNEVÉ (L.), Synthèse négociée : l'accord, in Dossier, Les entreprises en difficulté : terre de conflits, Synthèse des intérêts contraires, *GP*, 2008/178, p. 49 s.

¹⁴ C. com. 1807, Livre III, De la faillite.

ressort pas de l'évidence¹. Il est le fait du législateur², ce dont les différentes réformes³ rendent compte.

§ 1. La diversification des difficultés traitées

118. Des difficultés, une autorité. Si le droit avait originellement vocation à n'appréhender que le seul cas de la faillite, il traite aujourd'hui - et le plus largement possible - toutes sortes de difficultés de l'entreprise. Cela est le fruit d'une évolution législative progressive qu'il est utile de retracer pour en comprendre l'ampleur et, surtout, les effets du point de vue de l'autorité. Suivant la chronologie des textes⁴, c'est relever d'abord la diversification des procédures collectives (A), puis la mise en place d'un traitement préventif (B), tout en maintenant, continuellement et systématiquement, pour chaque nouvelle procédure, le recours à l'autorité judiciaire.

119. Quid du critère d'application/d'intervention. L'évolution du droit des entreprises et l'extension de la compétence de l'autorité judiciaire interroge le critère d'application de la matière et d'intervention du juge. À ce titre, un critère pouvait être considéré comme le creuset⁵ de la matière : la cessation des paiements⁶. Son constat justifiait - même d'office⁷ - l'intervention de l'autorité judiciaire. Il fondait également la distinction avec la prévention des difficultés puisque la mise en œuvre d'un traitement préventif supposait au contraire son absence⁸. L'ensemble était alors lié : la cessation des paiements permettait la mise en œuvre d'une procédure *collective* imposée - et définie⁹ - par l'autorité judiciaire¹⁰. Cependant, avec

¹ Pour une mise en perspective, v. *supra*, sp. n° 3-4.

² MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 349 s.

³ Réformes de 1967 et 1985, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 29 et n° 49 ; de 2005, MARTY (J.-P.), De la cessation des paiements... aux difficultés prévisibles des entreprises, *RLDA*, 2005, suppl. n° 80 ; de 2014, ROLAIN (M.), Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des psites dans le traitement des difficultés, *PA*, 17 déc. 2014, p. 7 s., sp. n° 4.

⁴ Et non la présentation du C. com., distinguant La prévention des difficultés (Titre I^{er}) des autres procédures (Titres II-IV).

⁵ Également qualifiée de « pierre angulaire des procédures collectives », BERTHELOT (G.), La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible, *JCP E*, 2008/41, 2232, sp. n° 2-3 ; ou de « clef de voûte », MONTÉLAN (T.), L'état de cessation des paiements, clef de voûte des procédures collectives, *RPC*, 2001/1.

⁶ C. com., art. L. 631-1, al. 1^{er}.

La notion apparaissait déjà dans C. com. 1807, mais ses critères relevaient de la jurisprudence (Cass. com., 14 fév. 1978, n° 76-13718 ; *Bull. civ.*, IV, n° 66), TEBOUL (G.), À propos de la cessation des paiements, *RJC*, 1998/3, p. 169 s. ; ils ont été consacrés par L. 25 janv. 1985 précit., art. 3 ; CANET (P.), 30 ans après, que reste-t-il aux praticiens des procédures collectives des lois n° 85-98 et n° 85-99 du 25 janvier 1985 ?, *RPC*, 2016/1, étude 2.

Sur la notion, not. : DERRIDA (F.), « Sur la notion de cessation des paiements », in méf. J.-P. SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 73-86 ; VALLANSAN (J.), Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance), *RPC*, 2012/3, dossier 13 ; SAINTOURENS (B.), La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain, *RPC*, 2016/1, dossier 6 ; TEBOUL (G.), La cessation des paiements : une définition sans avenir ?, *GP*, 2007/319, p. 2 s. ; et v. *infra*, sp. n° 316.

⁷ Sur la saisine d'office, v. *infra*, sp. n° 246 s.

⁸ GRELON (B.), « Prévention et cessation des paiements », in méf. D. TRICOT, *op. cit.*, p. 423-442, sp. n° 30.

⁹ Sur le pouvoir d'opportunité de l'autorité judiciaire, v. *infra*, sp. n° 0 s.

¹⁰ En ce sens, BRUNET (A.), « Sauvegarde, conciliation et redressement judiciaire : l'illusoire diversification des procédures destinées à sauver les entreprises en difficulté », in méf. P. DIDIER, *Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 33-56, sp. n° 12.

l'extension du droit des entreprises en difficulté, ce critère a perdu de sa fonction distinctive¹, ouvrant la voie à un traitement *judiciaire* pour toute difficulté.

A. La diversification des procédures collectives

120. Diversification autour de la cessation des paiements. Originellement², il n'existait qu'une procédure unique en cas d'insolvabilité du débiteur. Avec l'Ordonnance de Colbert³ et le Code de commerce de 1807⁴, la faillite simple était distinguée de celle frauduleuse - c'est-à-dire, banqueroutière -, la procédure de traitement demeurait la même⁵ : une liquidation judiciaire des biens ouverte suite à la constatation d'une cessation des paiements.

C'est avec la réforme de 1967⁶ que la législation prévoit expressément une division des procédures : soit l'entreprise présente une chance de survie, est alors prononcé un redressement judiciaire tendant au maintien de l'exploitation, soit, dans le cas contraire, s'applique la traditionnelle procédure de liquidation des biens⁷. En d'autres termes, selon l'intensité des difficultés, deux procédures matériellement différentes existent dans la loi.

Néanmoins, en toute hypothèse, c'est l'autorité judiciaire qui est seule compétente pour leur mise en œuvre. Elle intervient par le constat d'une cessation des paiements⁸, toutefois, le choix de la procédure lui appartient⁹ puisqu'il revient à la juridiction saisie d'apprécier souverainement les chances de redressement de l'entreprise¹⁰. Il est possible de voir dans cette évolution législative un premier élément de judiciarisation du traitement des difficultés¹¹ : bien que le tribunal soit tenu, en toute hypothèse, par la nécessité de constater une cessation des

¹ Il n'est plus propre aux procédures *collectives*, MARTINEAU-BOURGINAUD (V.), Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, *D.*, 2005, p. 1356 s.

² Dans le droit romain, qu'il s'agisse de la *venditio bonorum* ou de la *distractio bonorum*, dans les deux cas c'est organiser la vente des biens du débiteur, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, *op. cit.*, sp. n° 85 s. ; de même concernant le droit des foires (Italie du Nord, XII^e s.), DUPOUY (C.), *th. précit.*, sp. p. 36 s.

³ V. *supra*, sp. n° 2, n. 11.

⁴ Reprenant la distinction de l'Ordonnance de Colbert, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 720.

⁵ Sauf concordat, c'est-à-dire entente amiable entre le débiteur et les créanciers, qui est une solution générale du droit, RENAUT (M.-H.), La déconfiture du commerçant (...), *RTD com.*, *op. cit.*; et se réalisait en dehors du tribunal, HILAIRE (J.), *loc. cit.*, sp. n° 205.

⁶ L. n° 67-563, 13 juill. 1967 précit. ; sur celle-ci, not. ITHURBIDE (R.), *Histoire critique de la faillite*, *op. cit.*, sp. p. 34 s. ; PAILLUSSEAU (J.), Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e s., *JCP G*, 1988/16, *op. cit.*

À noter, L. 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites ; *JORF*, 20 fév., p. 48, qui dissociait déjà à côté de la faillite une procédure pour les commerçants « malheureux et de bonne foi », SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 736 ; ou faisant apparaître le terme de « redressement », D. n° 55-583, 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation ; *JORF*, 21 mai, p. 5086.

⁷ « Le tribunal prononce le règlement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur est en mesure de proposer un concordat sérieux et, dans le cas contraire, la liquidation des biens », L. 13 juill. 1967 précit., art. 7.

⁸ Pour le règlement judiciaire comme la liquidation des biens, L. 13 juill. 1967 précit., art. 1^{er}.

À noter, l'institution d'une procédure de suspension provisoire des poursuites en l'absence de cessation des paiements réservée aux plus grandes entreprises (v. *supra*, sp. n°), ord. 23 sept. 1967 précit., art. 1^{er} ; BAUDRON (A.-M.), *th. précit.*

⁹ Évinçant alors le rôle des parties et, notamment des créanciers, PÉROCHON (F.), *manuel précit.*, sp. n° 8

¹⁰ L. 13 juill. 1967 précit., art. 7.

¹¹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *manuel précit.*, sp. n° 29.

paiements, il dispose désormais - et, de plus, selon sa propre appréciation - de deux procédures différentes lui permettant d'imposer une discipline collective de traitement. Sa compétence *ratione materiae* se trouve diversifiée au regard des difficultés du débiteur.

121. Innovation de la loi de 2005, la procédure de sauvegarde. Dans la même veine, la loi de Sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹ va franchir une étape supplémentaire instituant une nouvelle² procédure collective, mais sans constat d'une cessation des paiements. Son absence en est même une condition légale³.

Ce dernier élément est remarquable en ce qu'il constituait jusqu'alors le critère exclusif du déclenchement d'une procédure collective⁴. La procédure de sauvegarde possède donc cette nature hybride⁵ de prétendre à la fois à un traitement collectif des dettes⁶ tendant, à l'instar du redressement judiciaire⁷, au maintien de l'activité et à une anticipation des difficultés. En effet, le débiteur doit seulement justifier de « difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »⁸. En outre, renforçant la volonté d'appréhender les difficultés en amont de toute cessation des paiements, tout référence en est supprimée - voire, exclue⁹. Néanmoins, la procédure en elle-même semble être fondée dans le même cadre que le redressement judiciaire classique¹⁰. Ainsi, la sauvegarde est une sorte de « procédure collective préventive »¹¹, ce qui bouleverse¹² inévitablement la catégorie des procédures collectives proprement dites en les rapprochant d'un traitement préventif.

En dehors de l'originalité de la procédure de sauvegarde, ce qu'il est souhaité mettre en lumière, c'est l'opportunité de judiciarisation que la loi nouvelle occasionne. En effet, le

¹ L. 26 juill. 2005 *de sauvegarde des entreprises* précit., art. 12 s.

² Comp. ancienne procédure de suspension provisoire des poursuites individuelles des créanciers, ord. 23 sept. 1967 précit.

³ C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er}.

⁴ Not. MARTINEAU-BOURGNINAUD, Le spectre de la cessation des paiements (...), *D.*, 2005, *op. cit.*

⁵ Not. VOINOT (D.), La nouvelle procédure de sauvegarde, *GP*, 2005/251, p. 24 s.

⁶ C'est bien une procédure *collective* ; par ex., suspension des poursuites des créanciers, C. com., art. L. 622-21, I.

⁷ Soulignant son rapprochement, DUMONT-LEFRAND (M.-P.), Sauvegarde et redressement judiciaire – situation du débiteur, *Jcl. proc. coll.*, fasc. n° 2325, sp. n° 1 ; l'ord. du 12 mars 2014 précit. ayant procédé à une amélioration d'ensemble des dispositions la sauvegarde *et* du RJ ; par ex., sur l'implication du débiteur dans la désignation des organes de la procédure, C. com., art. L. 621-4 ; HENRY (L.-C.), La sauvegarde et le redressement judiciaire, *GP*, 2015/3, p. 12 s., sp. n° 1.

⁸ C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er} ; MARTY (J.-P.), De la cessation des paiements... aux difficultés prévisibles, *RLDA*, 2005, *op. cit.*

⁹ Comp. L. 26 juill. 2005 : « justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements » et C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er} ; outre l'absence de cessation des paiements, la perspective en est éloignée.

¹⁰ Not. organes de procédure, période d'observation, adoption d'un plan de continuation, etc. ; la loi procède elle-même par renvoi aux dispositions de la sauvegarde pour le RJ, C. com., art. L. 631-7 s.

Ainsi, leurs plans apparaissent comme des « copies conformes », BRUNET (A.), « Sauvegarde, conciliation et redressement judiciaire : l'illusoire diversification (...) », *in* méf. P. DIDIER, *op. cit.*, sp. n° 2-7.

¹¹ ROUSSEL GALLE (P.), La procédure de sauvegarde, Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, *JCP E*, 2006/40, 2437, sp. n° 3.

¹² LEBEL (C.), Être ou ne pas être en cessation des paiements, *GP*, 2005/251, p. 14 s. ; SAINTOURENS (B.), La cessation des paiements (...), *RPC*, 2016, *op. cit.*, sp. n° 11 ; TÉBOUL (G.), L'entreprise éligible, La cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires ?, *in* Dossier, Les entreprises en difficulté : terre de conflits, Synthèse des intérêts contraires, *GP*, 2008/178, p. 19 s. et Petite revue d'été du droit des entreprises en difficulté, *PA*, 2 août 2013, p. 8 s.

Néanmoins, pour une tentative de rationalisation, not. : JEANNEROT (P.), Le choix entre les procédures, La procédure de sauvegarde ou le redressement judiciaire, *RPC*, 2015/3, étude 10 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), De nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies, *RPC*, 2007/1, p. 13 s. ; VALDMAN (D.), Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises ?, *GP*, 2008/24, p. 14-18 ; VALLENS (J.-L.), De la cessation des paiements à l'insolvabilité, *JCP G*, 2008/23, I, 148, sp. n° 6.

législateur donne compétence au tribunal pour ouvrir une procédure collective - avec les conséquences que cela implique¹ - sans qu'il ne soit besoin de caractériser l'insolvabilité du débiteur. Cela lui permet d'intervenir en amont et d'imposer une discipline collective² alors même qu'il n'y a aucune inexécution juridiquement constatée. En d'autres termes, la juridiction n'est plus tenue par la cessation des paiements pour ouvrir une procédure collective, ce qui contribue à étendre significativement son domaine de compétence quant aux difficultés appréhendées.

122. Conclusion et transition. Il existe désormais une procédure collective pour chaque niveau de difficulté : la liquidation en cas de cessation des paiements et d'impossibilité de redressement, le redressement en cas de cessation des paiements mais l'entreprise présentant une chance de survie et la sauvegarde en l'absence de cessation des paiements. Le point commun entre ces procédures est l'autorité mettant en œuvre la discipline collective nécessaire au traitement de ces difficultés, à savoir l'autorité judiciaire³. Tel est le résultat de l'évolution législative. Ce point commun est par ailleurs partagé avec la phase préventive.

B. L'introduction d'un traitement préventif

123. Législation de 1984-1985. De la distinction par la loi⁴ du sort de l'homme et de l'entreprise se dessine la volonté de prévenir les difficultés. En effet, la préservation de l'entreprise nécessite non seulement de dissocier l'éventuelle faute du dirigeant, mais, aussi, d'appréhender plus en amont les premières difficultés avant tout constat de cessation des paiements. En d'autres termes, il faut agir de manière préventive. C'est la conclusion qui est dégagée du relatif échec de la législation de 1967⁵. C'est ainsi que le législateur, lors de la refonte

¹ Suspension des poursuites individuelles des créanciers, C. com., art. L. 622-21, I.

² Par le fait de l'ouverture ; il faut rappeler que l'initiative appartient au seul débiteur, C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er} ; ce qui marque une certaine déjudiciarisation, JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial (...) op. cit.*, sp. n° 5 ; d'autant que la loi de Sauvegarde avait déjà amorcé un mouvement d'abrogation de la saisine d'office, not. à propos des cas de sanction, par ex. ? anc. art. L. 653-7 et 653-8.

³ Le soulignant, VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 37.

⁴ L. 13 juill. 1967 précit. ; HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in méf. BARON LOUIS FRÉDÉRICQ, *Liber amicorum*, t. 2, 1965, p. 609-618 ; v. *supra*, sp. n° 2 et n° 57.

⁵ Elle ne parvient pas à endiguer le nombre de liquidations en augmentation ; ce qui emporte sa critique, SOINNE (B.), Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite, *D.*, 1976, chron., p. 273 s. ; VERDOT (R.), « Faut-il supprimer le règlement judiciaire ? Réflexions sur l'unification des procédures collectives de redressement des entreprises », in méf. P. KAYSER, *op. cit.*, p. 397-415 ; en raison d'une intervention trop tardive, SAYAG (A.) et SERBAT (H.) (*dir.*), *L'application du droit de la faillite, éléments pour un bilan*, Librairies techniques, 1982, 314 p., sp. p. 285 ; pour un bilan général, rapp. Sudreau (1975) précit., n° 967 ; BRUNOIS (R.), « Les entreprises en difficultés les solutions préconisées par le comité d'études présidée par Pierre Sudreau et leur influence sur l'évolution de la législation », in méf. P. AZARD, *op. cit.*, p. 47-53.

de la matière dans les années 1985¹, va s'attacher à développer des procédures préventives de traitement des difficultés.

À ce titre, la loi de 1984 met en place une alerte comptable à destination du dirigeant de société sur l'existence de difficultés « de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »² ou « de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise »³. Si celle-ci ressort essentiellement des acteurs internes à l'entreprise⁴, elle peut également être l'œuvre du président de juridiction⁵. Sinon, la loi institue une nouvelle procédure de règlement amiable⁶. Celle-ci abroge l'ancien concordat, solution traditionnelle des procédures collectives, et consiste en la désignation judiciaire d'un conciliateur dont le tribunal détermine la mission dès lors qu'il considère que les difficultés du débiteur justifient une telle procédure. Il procédera, *in fine*, à l'homologation de l'accord des parties.

De ces dispositions, deux remarques peuvent être faites. D'abord, la loi semble aborder une nouvelle conception des « difficultés »⁷, hors état de cessation des paiements, sous l'angle de l'anticipation. Partant, les techniques de traitement sont différentes, il n'est plus question d'imposer une discipline collective, mais de prévoir des outils réactifs et souples. Ensuite, la loi confie à l'autorité judiciaire la réalisation de cet objectif préventif⁸. Il faut le souligner, l'absence de cessation des paiements et de discipline collective dans un contexte de mutation du droit⁹ aurait pu conduire à un retrait du juge. Tel n'est pas le cas, le législateur judiciarise au contraire la prévention qu'il tend à organiser¹⁰. La faible application¹¹ de la loi de 1984 relative à la

¹ Trois lois sont adoptées et abrogent les textes anciens, not. L. n° 84-148, 1^{er} mars 1984 précit.; sur laquelle, Dossier spécial, Le souci d'éviter la « faillite » des entreprises : la loi du 1^{er} mars 1984, Actes du colloque, association Droit et Commerce, Deauville, 1985, *RJC*, fév. 1986, n° sp. et La prévention des difficultés de l'entreprise après deux ans d'application, journée d'étude, Dossier, actes du colloque, Institut de Droit de l'entreprise, Univ. Poitiers, *JCP E*, 1987/48, II, 15066 ; et L. n° 85-98, 25 janv. 1985 précit. ; sur laquelle, CHEVRIER (A.), Quelques réflexions sur la loi du 25 janvier 1985, *GP*, 1985, 1, doct., 106 ; HONORAT (A.), La réforme du droit des entreprises en difficulté, *PA*, 12 juin 1985, p. 14 s.

² L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 11, 20 et 21 ; GUYON (Y.), COQUEREAU (G.), Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 1^{er} mars 1984, *JCP E*, I, 13426, p. 171 s.

³ L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 43.

⁴ Au sens strict, par les associés de la société, C. com., art. L. 223-36, L. 225-232) ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. précit., sp. n° 34 ; plus largement, le commissaire aux comptes, art. L. 612-3 (pour sa mission, art. L. 823-9 s.) et le comité d'entreprise, C. tr., art. L. 2323-50 ; SAVATIER (J.), Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises, *JCP E*, 1987, II, 15066, p. 616 s. ; VIDAL (D.), L'information comptable et l'objectif de prévention après la loi du 1^{er} mars 1984, *RF compt.*, 1984, p. 474 s.

⁵ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 44 ; sur l'alerte judiciaire, v. *infra*, sp. n° 234.

⁶ L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 35-36 ; not., elle confère au président de juridiction des pouvoirs d'investigation aux fins d'ouverture de la procédure ; v. not. : CHAPUT (Y.), Le règlement amiable, *JCP E*, 1985, 14435, *op. cit.* ; COURET (A.), Brèves remarques sur le règlement amiable..., *PA*, 7 mai 1986, p. 24 s. ; DEPOIX-ROBAIN (N.), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, th., Paris IX, PU Septentrion, 1999, 602 p. ; GAVALDA (C.), MENEZ (J.), Le règlement amiable des difficultés des entreprises, *JCP G*, 1985/25, I, 3196, *op. cit.*

⁷ DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), (...) *Cinq années d'application de la loi du 25 janv. 1985*, *op. cit.*, sp. n° 5.

⁸ MELEDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 324 et v. n° 68 s. ; avec cette loi, « le pouvoir judiciaire » est « considérable », JACQUEMONT (A.), VABRES (R.), *Droit des entreprises en difficulté*, 2016, 9^e éd., 750 p., sp. n° 24 ; le tribunal étant « le grand maître de la procédure », DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 7.

⁹ Par un changement de son objet, l'« entreprise » en « difficulté », modifiant donc le « support » de l'intervention judiciaire, DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 7 et entraînant donc une « déjudicisation », sp. n° 8.

¹⁰ DERRIDA (F.) et *al.*, *op. cit.*, sp. n° 7 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 46.

¹¹ Qualifiant de « mort-né » le règlement amiable, MAZEN (N. J.), VINCKEL (F.), Lorsqu'oscille immanquablement le balancier de l'Histoire, *GP*, 1994, *op. cit.*

prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises appellera une nouvelle réforme.

124. Apport de la loi de Sauvegarde, le mandat *ad hoc*. C'est la loi de Sauvegarde de 2005¹ qui va réformer le droit des entreprises en difficulté et, en l'occurrence, le traitement préventif. Plusieurs éléments sont consacrés : d'abord, le mandat *ad hoc*. À propos de ce dernier, il faut signaler qu'il est une pratique ancienne, inspirée du droit des sociétés² et mise en place par les juridictions elles-mêmes *praeter legem*³. C'est un instrument préventif destiné à résoudre les difficultés qui se présentent. Il consiste en la désignation judiciaire d'un mandataire dont la mission est librement définie par le tribunal. La souplesse de l'instrument est notable en ce qu'il est opérationnel pour tout type de difficulté, le texte ne précisant pas⁴. Si la pratique est d'origine prétorienne, le législateur de 2005 la consacrera de manière tout-à-fait autonome⁵. Certes, la souplesse du mandat *ad hoc* est conservée, car la réalisation de la mission appartient au mandataire qui est tenu au secret des affaires⁶. Toutefois, sa désignation, la détermination de sa mission, la clôture du mandat, voire le recours contre la décision de refus d'ouverture de la procédure relèvent de l'autorité judiciaire.

Il y a là une judiciarisation de la mesure préventive dont il faut souligner l'originalité et qui consiste à attribuer à un juge, une technique amiable⁷. Cela est la conséquence inéluctable d'une anticipation très précoce des difficultés. À ce stade, il n'est pas question d'imposer d'autorité une solution puisqu'aucun état de cessation des paiements n'est relevé. Le réaménagement des engagements dépend donc des parties. Ce n'est d'ailleurs pas le seul paradoxe qu'il est possible de relever en ce sens.

125. Apport de la loi de Sauvegarde, la conciliation. Si le mandat *ad hoc* peut s'apparenter à une simple pratique considérant sa souplesse, la loi de Sauvegarde organise par ailleurs une véritable *procédure* de prévention des difficultés. Il s'agit de la conciliation⁸ qui tend

¹ L. 26 juill. 2005 précit.

De manière intermédiaire, L. n° 94-475, 10 juin 1994 *relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* ; FRISON-ROCHE (A.-M.) (*dir.*), *Le Nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, 260 p. ; renforçant le règlement amiable, l'alerte judiciaire et consacrant la pratique du mandat *ad hoc* ; mais procédant par simples « retouches » du droit antérieur sans modifications réelles, SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 34 ; d'où le renvoi direct à la loi de Sauvegarde.

² Comp., avec l'administration provisoire en droit des sociétés, BOLARD (G.), *Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit*, *JCP G*, 1995, I, 3882 ; v., COUTURIER (G.), *th. précit.*, sp. n° 151.

³ MARCHI (J.-P.), Une création originale du tribunal de commerce de Paris, « le mandataire ad hoc », *GP*, 1983, I, doctr., p. 123 s. ; JADAUD (B.), « Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire ad hoc », *in Dialogues avec M. JEANTIN, Perspectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 411 s. ; PICARD (M.), Le mandat ad hoc : un instrument à (re)découvrir, *PA*, 14 juin 2007, p. 7 s. ; ROUGER (M.), « La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de Paris », *in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, loc. cit.*, p. 61-66.

⁴ Sur les différentes interprétations possibles, v. *infra*, sp. n° 188, n. 3.

⁵ C. com., art. L. 611-3 et R. 611-18 s. ; BOUQUET (B.), Mandat ad hoc et conciliation : un outil juridique rénové, *RJC*, 2008, p. 8 s. ; ROHART-MESSAGER (I.), L'amélioration de la prévention, *GP*, 2009/66, p. 5 s.

⁶ C. com., art. L. 611-15 ; sur le secret des affaires, t v. réf. citées *supra*, sp. n° 20, n. 11.

⁷ BADILLET (J.), Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises, *GP*, 2011/132, p. 7 s.

⁸ C. com., art. L. 611-4 à L. 611-16 et R. 611-22 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La procédure de conciliation, *RPC*, 2006, p. 169 s.

à encadrer la solution amiablement négociée entre les parties - se substituant d'ailleurs à l'ancien règlement amiable¹ -. Concernant son déroulement, le législateur fait relever l'ensemble des étapes de l'autorité judiciaire. L'opportunité de l'ouverture de la procédure permettant la désignation du conciliateur ressort de l'entière appréciation du président du tribunal². Quant au contrôle de l'accord, il dépend d'un double degré d'intensité d'intervention du juge : face à la simple constatation³, l'homologation⁴ rend au tribunal son pouvoir d'appréciation souverain sur son contenu. C'est en ce sens que la conciliation, bien qu'elle repose sur l'idée d'un traitement amiable⁵, marque une nature judiciaire⁶.

Sans plus s'étonner de l'observation d'un traitement préventif *judiciaire*⁷, la conciliation présente une spécificité supplémentaire. En effet, la loi vise assez largement « une difficulté juridique, économique ou financière », « prévisible », voire « avérée », mais surtout, admet l'existence d'un état de cessation des paiements⁸. Celui-ci est remarquablement autorisé parce qu'il serait⁹ seulement « récent »¹⁰, moins de quarante-cinq jours très précisément selon le texte¹¹. Cela bouleverse l'ordonnement juridique¹² et l'intervention judiciaire. En effet, la cessation des paiements n'est définitivement plus un critère distinctif des procédures collectives puisqu'elle est peut être présente à la fois au stade préventif dans la conciliation et dans un traitement curatif, classiquement en redressement judiciaire¹³ et en liquidation judiciaire. C'est

¹ L. 1^{er} mars 1984 précit. ; MACORIG-VENIER (F.), Du règlement amiable à la conciliation, *RPC*, 2005/4, p. 352 s.

À noter que la L. intermédiaire du 10 juin 1994 précit., art. 4 avait accentué le caractère judiciaire du règlement amiable (par ex., investigations du président du tribunal, suspension des poursuites).

² C. com., art. L. 611-6, al. 2 ; décision susceptible de recours, art. R. 611-26, al. 1^{er}.

³ Limitant le pouvoir d'appréciation du juge, v. *infra*, sp. n° 539 s.

⁴ Qui n'était que facultative sous l'empire du règlement amiable ; sur le pouvoir d'appréciation de l'homologation, v. *infra*, sp. n° 540

⁵ Définition même de la conciliation ; d'où la requête exclusive du débiteur qui peut proposer le nom du conciliateur, C. com., art. L. 611-6 et R. 611-27 s.

⁶ « Cette homologation judiciaire modifie la nature juridique de l'accord de conciliation qui n'est plus simplement de nature contractuelle. Elle accuse son caractère procédural et judiciaire », SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 382 ; *contra*, « L'homologation n'altère nullement la nature conventionnelle de l'accord amiable », PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 215.

⁷ Déjà formulé à propos de la sauvegarde, v. *supra*, sp. n° 121.

⁸ C. com., art. L. 611-4.

Sous l'empire du droit antérieur, la pratique juridictionnelle autorisait l'ouverture d'un règlement amiable malgré l'état de cessation s'il n'était que de quelques jours ; ce qui révélait une certaine « hypocrisie », BRUNET (A.), « Sauvegarde, conciliation et redressement judiciaire (...) », in méf. P. DIDIER, *op. cit.*, sp. n° 12.

⁹ La fixation de la date de la cessation des paiements aurait une portée variable selon l'issue de la conciliation ; par une interprétation *a contrario*, elle n'a pas l'autorité de la chose jugée lorsque l'accord est seulement constaté, C. com., art. L. 631-8, al. 2.

¹⁰ Antérieurement, la déclaration de cessation des paiements devait avoir lieu dans les 15 jours ; le nouveau délai de 45 jours (C. com., art. L. 611-4) est donc à nuancer dans l'emploi du qualificatif « récent ».

¹¹ Le décompte exact des jours peut se révéler en pratique délicat, voire arbitraire ; par ex., l'ouverture judiciaire d'une conciliation alors que l'état de cessation des paiements était trop avancé cause un préjudice, TC Douai, 25 sept. 2013, n° 2013002808 ; *RPC*, 2013, comm. 156, n. C. DELATTRE.

De plus, la conciliation peut être employée en pratique comme « bouclier contre la sanction » du débiteur en état de cessation des paiements avancé, MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), La conciliation : droit ou obligation ?, *RPC*, 2014/1, dossier 5 ; c'est la « prévention-alibi », DELATTRE (C.), L'action du ministère public en conciliation : un simple leurre ?, in Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 4, sp. n° 11 ; d'une manière générale, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 127.

¹² En ce sens, CHAPUT (Y.), Une nouvelle architecture des procédures dites collectives, *JCP G*, 2005/46, I, 184 ; MONTÉLAN (T.), La réforme de la prévention des difficultés, *D.*, 2009, p. 639 s.

¹³ « L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation », C. com., art. L. 631-4 ; sur ce lien entre les deux procédures, BRUNET (A.), *loc. cit.* ; qualifiant la conciliation de « procédure-frontière », CHAPUT (Y.), *loc. cit.*, sp. n° 23.

en ce sens qu'il peut être retenu une confusion du traitement préventif et curatif tout « en accentuant les pouvoirs du juge »¹.

126. Réformes postérieures. À plusieurs reprises, le législateur va, sans véritablement modifier l'architecture des procédures issues de la loi de Sauvegarde, affiner davantage les outils de prévention existants. Il faut dire que la jurisprudence se montre particulièrement innovante, élaborant elle-même des solutions aux fins de prévention des difficultés². Sans entrer dans le détail des textes, certains éléments peuvent néanmoins être soulignés témoignant d'une judiciarisation de la sauvegarde des entreprises par l'angle de la prévention des difficultés. Ainsi, si l'ordonnance de 2008³ améliore la procédure de sauvegarde⁴, au titre des procédures préventives, la loi de 2010⁵ crée une déclinaison⁶ de cette dernière spécialement pour les difficultés financières⁷, laquelle sera généralisée dans sa forme simplifiée et accélérée⁸ en 2014⁹. L'intitulé du texte de réforme *de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives* sera par ailleurs souligné car il semble renouer¹⁰ avec la conception traditionnelle de

¹ JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial (...), op. cit.*, sp. n° 7.

² Par ex., suite à l'affaire Eurotunnel qui a, pour vaincre l'opposition de certains créanciers, réuni les obligataires en une assemblée unique ; comp. C. com., art. L. 626-32 s. ; TC Paris, 2 août 2006 (17 jugements) ; SOINNE (B.), Le laboratoire de la loi de sauvegarde, du règlement communautaire européen et du droit des sûretés : l'affaire Eurotunnel, *JCP E*, 2006/50, act. 543 ; Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-11.902 (cassation) ; *Bull.*, IV, n° 88 ; *RPC*, 2009/4, étude 16, concl. R. BONHOMME.

Ou, encore, l'affaire Autodistribution qui a mis en œuvre la pratique du *prepack* et permettant ainsi d'arrêter un plan de sauvegarde dans un délai extrêmement bref, TC Evry, 6 avril 2009, n° 2009L00934 ; *LEDEN*, juill. 2009, p. 1, n. F.-X. LUCAS ; de même avec l'affaire Thomson-Technicolor, TC Nanterre, 17 fév. 2010, n° 2010L00346 ; *D.*, 2010, p. 500, n. A. LIENHARD ; CA Versailles, 18 nov. 2010, n° 10-01.433 ; *BJE*, mars 2011, p. 14, n. ROUSSEL GALLE ; Cass. com., 21 fév. 2012, n° 11-11.693 (rejet) ; *Bull.*, IV, n° 45 ; *BJE*, mars 2012, p. 78, n° 63, n. R. DAMMANN et G. PODEUR ; sur le sujet, v. not. : COURTIER (R.), LAURENT (N.), Analyse de l'opération autodistribution : premier « pre-pack » à la française, Rôle prépondérant des magistrats consulaires, *CDE*, sept 2009, dossier 27 ; HENRY (L.-C.), La sauvegarde financière accélérée ou les leçons de la pratique, *PA*, 22 nov. 2010, p. 4 s.

D'une manière générale, soulignant le dynamisme de la jurisprudence commerciale en droit des entreprises en difficulté, HILAIRE (J.), Perspectives historiques de la juridiction commerciale, in Dossier, Les tribunaux de commerce, Genèse et enjeux d'une institution, *Rev. Histoire de la justice*, 2007/17, p. 9-16 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », in *1807-2007, Bicentenaire du Code de commerce : transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, op. cit., p. 135-152.

³ Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté précit. ; sur laquelle, not. LIENHARD (A.), Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008, *D.*, 2009/2, p. 110-122.

⁴ Sur sa nouveauté, ROUSSEL GALLE (P.), La procédure de sauvegarde, version 2009, *RLDA*, 2009/39, p. 72 s.

⁵ L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière précit. ; sur laquelle, not. ROUSSEL GALLE (P.), Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010, *JCP E*, 2010, n° 44-45, p. 3-6.

⁶ PÉROCHON (F.), BOURBOULOUX (H.), La procédure de sauvegarde et ses variantes, *RPC*, 2014/4, p. 50-54.

⁷ Sauvegarde financière accélérée (SFA), C. com., art. L. 628-9 s. ; not., SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La procédure de sauvegarde financière accélérée, *RPC*, 2011/2, p. 31 s. ; ROUSSEL GALLE (R.), LE MARCHAND (P.), La prévention, Du mandat ad hoc et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « prepack » cession, *CDE*, 2015/1, dossier 2.

⁸ Il s'agit de la sauvegarde accélérée (PSA), C. com., art. L. 628-1 s. ; not., PÉROCHON (F.), Procédures avec comités de créanciers, sauvegarde accélérée et SFA, après l'ordonnance du 12 mars 2014, *BJE*, 2014, p. 180 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée, de la SFA à la PSA !, *RPC*, mars-avril 2014, dossier 17, p. 14 s. ; THÉRON (J.), La procédure de sauvegarde accélérée, *DP*, juill. 2014, p. 46-51.

⁹ Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 précit. ; not., LE CORRE (P.-M.) (*dir.*), La réforme de la loi de sauvegarde des entreprises, acte 2, Les principales modifications résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014, Dossier, *GP*, avril 2014, n° sp. ; ROUSSEL GALLE (P.), La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014, Des outils plus performants, une meilleure sécurité juridique des équilibres renouvelés, *Rev. sociétés*, 2014, p. 351-365 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (*dir.*), L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 (...), une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », Dossier, *DP*, 2014/238, p. 39 s. ; pour précision, le texte n'a pas encore été ratifié par le Parlement.

¹⁰ En ce sens, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 110 ; sur cette marque de l'intitulé, v. *supra*, sp. n° 6, n. 10.

procédures proprement collectives d'une part et la prévention des difficultés d'autre part. Toutefois, à l'analyse, cette distinction ne paraît pas davantage clarifiée¹, au contraire.

L'objet général de ces procédures est de sanctionner judiciairement l'accord qui a pu être négocié en amont entre les parties, faisant bénéficier celui-ci de la force des décisions de justice afin de l'imposer aux créanciers récalcitrants. Cette solution ne semblait pas pouvoir intégrer la conciliation, pour laquelle l'unanimité demeure la règle. Le législateur a ainsi créé une procédure parallèle dont l'effet est certainement dissuasif². Quoi qu'il en soit, elle permet l'entrée directe dans la procédure collective suite à une ouverture judiciaire³. Cela opère une double confusion. Du point de vue des conditions d'ouverture⁴ d'abord, ce sont celles de la conciliation. Ainsi, l'éventuelle cessation des paiements du débiteur n'est pas un obstacle alors même que la procédure est une variante de la sauvegarde⁵, laquelle exclut par définition un tel état de difficultés⁶. Il y a alors une hybridation entre ces deux procédures, la sauvegarde accélérée n'étant pas véritablement une procédure collective⁷, mais elle en emprunte tout de même les effets. Ensuite, il y a là un mélange des genres : une pré-négociation a lieu dans un cadre voulu amiable et informel dont le résultat est pourtant renvoyé à l'autorité judiciaire⁸. Tout en encourageant l'accélération du traitement préventif amiable, le cadre judiciaire est, dans toutes ces hypothèses de difficultés, maintenu.

127. Conclusion et transition. En faisant perdre à la notion de cessation des paiements sa fonction opérationnelle distinctive⁹, le législateur a contribué dans le même temps à confondre le critère d'intervention de l'autorité judiciaire. Elle n'est plus tenue par le constat d'une cessation des paiements, ce qui lui permet d'intervenir bien en amont, pour tout type de difficulté, y compris les plus légères. La différenciation du traitement préventif et des procédures collectives perd de son intérêt. Le traitement judiciaire paraît illimité, de même à propos de son pouvoir souverain d'appréciation tant les procédures sont devenues quasi « interchangeables »¹⁰.

¹ PÉTEL (P.), *Entreprises en difficulté : encore une réforme !*, *JCP E*, 2014/18, 1223.

² ROUSSEL GALLE (P.), LE MARCHAND (P.), *La prévention (...)*, *CDE*, 2015/1, *op. cit.*

³ Les termes de la loi sont clairs : le tribunal « statue » sur l'ouverture, *C. com.*, art. L. 628-2.

⁴ Précisément, *v. C. com.*, art. L. 628-1, al. 1^{er}, 2 et 6.

⁵ Intégrée à ses dispositions, *C. com.*, Livre VI, Titre II : « De la sauvegarde », sp. Chap. VIII : « De la sauvegarde accélérée ».

⁶ Contrairement au RJ, *C. com.*, art. L. 631-1, al. 1^{er} ; une fois encore (*v. supra*, sp. n°), il est possible de redouter l'hypocrisie des délais en pratique, BRUNET (A.), « Sauvegarde, conciliation et redressement judiciaire (...) », *op. cit.*, sp. n° 16 ; d'où l'importance du pouvoir d'appréciation souverain du tribunal.

⁷ Qualifiée de « semi-collective », LUCAS (F.-X.), *Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée*, *RPC*, 2012/3, dossier 18, *op. cit.* ; *contra*, retenant le qualificatif de procédure collective, rapp. au prés. Rép. *relatif à l'ordonnance du 12 mars 2014* précit., sp. I-3 ; sur cette question, VALLENS (J.-L.), *La SFA est-elle une procédure collective ?*, *RTD com.*, 2011, p. 644 s. ; concluant d'une manière générale à un droit « éclaté », MACORIG-VENIER (F.), *La règle de l'arrêt des poursuites chahuté par les évolutions législatives*, *in Dossier*, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 10, sp. n° 7.

⁸ Le brouillage est tel entre la conciliation et la sauvegarde que ce serait dans l'esprit « une seule et même procédure à cheval entre l'amiable et le judiciaire », ROLAIN (M.), *Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes (...)*, *PA*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 15 ; de même, HENRY (L.-C.), *L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et l'ouverture des procédures*, *GP*, 2014/98, p. 15 s.

⁹ BRUNET (A.), *loc. cit.*, sp. n° 12 ; SAINTOURENS (B.), *La cessation des paiements (...)*, *RPC*, 2016, *op. cit.*, sp. n° 11.

¹⁰ BRUNET (A.), *loc. cit.*, sp. n° 21.

Si le nouveau critère de répartition serait de savoir si la procédure a un caractère judiciaire ou non¹, à l'étude, toutes font montre, à des degrés variables, d'une judiciarisation. L'extension du traitement judiciaire ne concerne au demeurant pas seulement son champ de compétence *ratione materiae*, c'est également vrai *ratione personae*.

§ 2. La diversification des débiteurs appréhendés

128. Extension *ratione personae* et compétence juridictionnelle. D'une législation exclusivement commerciale, le droit des entreprises en difficulté a progressivement pris en compte les activités civiles. Corrélativement, la compétence de l'autorité judiciaire s'est étendue à ces débiteurs nouvellement entrés dans le champ d'application du Code de commerce. Mais en diversifiant les catégories de débiteurs appréhendés, le législateur a également diversifié les juridictions compétentes pour réaliser le traitement judiciaire des entreprises en difficulté.

129. Plan. Suivant la chronologie des textes, le législateur a d'abord étendu le traitement judiciaire des entreprises en difficulté aux débiteurs non-commerçants (A), avant de le généraliser à l'ensemble des professions indépendantes, y compris civiles (B).

A. L'extension à des non-commerçants

130. La faillite, une institution commerciale : commerçants et tribunaux de commerce. C'est la législation napoléonienne qui a donné à la faillite son caractère proprement commercial². Cela signifie d'une part que les dispositions du Code de commerce de 1807³ sont désormais réservées aux commerçants⁴, renvoyant les débiteurs civils à la déconfiture simple⁵, et, d'autre part, que ce sont les tribunaux de commerce qui sont reconnus compétents⁶. Ainsi, c'est le critère légal de la qualité de commerçant qui a tranché en faveur de la compétence des juridictions commerciales.

¹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 127.

² Sous l'empire du droit ancien, cette solution n'était pas tranchée, v. *infra*, sp. n° 151.

³ Plus exactement, le livre III sur la faillite et le livre IV sur la compétence des tribunaux de commerce.

⁴ Le commerçant étant défini à travers les actes de commerce, C. com., anc. art. 633.

⁵ Laquelle était d'ailleurs, en perspective de la faillite, peu réglementée ; la coutume de Paris y fait référence (art. 178-180) ; le Code civil de 1804 va en reprendre le principe, c'est-à-dire une procédure individualiste, au premier créancier saisissant, RENAUT (M.-H.), *La déconfiture du commerçant (...)*, *RTD com.*, 2000, *op. cit.*

⁶ C. com., anc. art. 631.

131. Extension aux artisans et compétence des tribunaux de commerce. Si la qualité commerciale paraît *a priori* restrictive, l'évolution du droit de la faillite aboutit à la conclusion inverse. En effet, la législation va appréhender progressivement des débiteurs au-delà de la qualité commerciale pure. Cela a d'abord lieu à l'égard de certaines sociétés¹ : bien qu'elles aient un objet civil, la loi² les répute commerciales, ce qui va avoir pour effet de les faire entrer dans le champ d'application du droit relatif à la faillite. Ensuite, c'est plus remarquablement à l'égard d'autres débiteurs personnes physiques que la loi va étendre ses dispositions. Est visé le cas de l'artisan suite à la loi de 1985³. Il faut souligner la portée de cette évolution : les artisans ont non seulement une activité par nature civile, mais en plus, ils sont par définition non-commerçants⁴. En comparaison, la précédente extension concernait, certes, des activités civiles, mais réputées commerciales. Concernant l'artisan, l'explication tient notamment au fait qu'il effectue généralement à titre accessoire⁵ des actes de commerce par la vente du produit de son savoir-faire. Initialement exclus, les artisans se trouvent ainsi (ré)intégrés au droit de la faillite. La loi procédant par *assimilation*⁶, l'autre conséquence est alors de désigner les tribunaux de commerce également compétents pour appliquer les règles en la matière⁷. Or, cette logique ne sera pas suivie pour les extensions ultérieures.

132. Extension aux agriculteurs et compétence du tribunal de grande instance. Dans la continuité du mouvement précédent, le droit de la faillite va également s'étendre aux agriculteurs en 1988⁸. Leur cas peut être calqué sur celui de l'artisan : pareillement, l'agriculteur est par définition non-commerçant⁹, mais à l'instar de l'activité artisanale, il est courant qu'il effectue des actes de commerce afin de vendre le produit de ses récoltes. Pourtant, le législateur procède cette fois différemment puisqu'il retient la compétence de la juridiction civile¹⁰. Il faut dire que la législation de 1967, distinguant le sort de l'homme et de l'entreprise¹¹, a étendu

¹ C'est-à-dire les sociétés par actions (L. 1^{er} août 1893), à responsabilité limitée (L. 7 mars 1925) ou en nom collectif et en commandite simple (L. 24 juill. 1966), JAUFFRET (A.), « L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles », in méf. P. KAYSER, t. 2, *op. cit.*, p. 59-76, sp. p. 60.

² L. du 1^{er} août 1893 précit. ; par leur forme juridique et non leur objet ; comp. C. com., art. L. 210-1.

³ L. 25 janv. 1985 précit., art. 2 ; puis substituant la « personne inscrite au répertoire des métiers », l'exercice d'une « activité artisanale », C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; ord. 18 déc. 2008 précit.

⁴ Comp., C. com., art. L. 121-1 et art. L. 110-1 ; la qualité d'artisan imposait l'inscription au répertoire des métiers (RM), laquelle supposait une activité de production, fondamentalement différenciée de l'activité de spéculation ; sur les difficultés que cela soulevait, DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 31 ; SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 454-455.

⁵ C'est par le biais de cette théorie que la jurisprudence avait pu, en dehors de la loi, distinguer la qualité de commerçant ou non dès la fin du XIX^e s. ; par ex., Cass. com., 23 janv. 1967 ; *Bull. civ.*, III, n° 40 ; *RTD com.*, 1967, 855.

⁶ GUYON (Y.), *Entreprises en difficultés, op. cit.*, sp. n° 1104-1105.

⁷ L. 25 janv. 1985 précit., art. 7 ; C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er} ; sur la répartition de compétence, v. *infra*, sp. n° 135 et 150 s.

⁸ L. n° 88-1202, 31 déc. 1988 *relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social*, art. 22 s. ; DAVID (J.), « Le désendettement en agriculture », in méf. G. CORNU, *op. cit.*, p. 101-112.

⁹ Pour une définition de l'agriculteur, L. 31 déc. 1988 précit., art. 2 ; C. rur., art. L. 311-1 ; insistant sur l'obstacle « indiscutable » à assimiler leurs cas, HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.), *Traité de droit commercial, op. cit.*, sp. n° 3-1 ; JAUFFRET (A.), « L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles », *op. cit.*, sp. p. 60-61.

¹⁰ L. 31 déc. 1988 précit., art. 23 ; soit le tribunal de grande instance, C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er}.

¹¹ V. *supra*, sp. n° 2 et n° 123.

l'application de ses dispositions à toutes les personnes morales de droit privé¹, y compris non-commerçantes et les a fait relever du tribunal de grande instance². Sur cette voie, la réforme de 1985 rendait applicable le redressement judiciaire aux agriculteurs exerçant sous la forme d'une exploitation agricole³. L'évolution s'est donc achevée en intégrant l'agriculteur exploitant sous la forme individuelle.

133. Conclusion et transition. L'extension du droit des entreprises en difficulté aux débiteurs exerçant une activité civile a, dans un premier temps, accru la compétence des tribunaux de commerce. Mais, dans un deuxième temps, par obstacle à ramener davantage de justiciables dans leur champ de compétence, l'extension a fait renaître⁴ celle des juridictions de droit commun. C'est la conséquence d'une évolution législative tournée vers l'« entreprise », concept qui « se rit bien du clivage classique commercial-civil »⁵. Les réformes ultérieures poussent cette transformation à son plus haut degré en généralisant le droit des *entreprises* en difficulté.

B. L'extension à l'ensemble des professionnels indépendants

134. Extension aux professions libérales et à toutes les activités professionnelles indépendantes. Le législateur va continuer son œuvre d'extension de la matière aux différents débiteurs personnes physiques ayant une activité civile. De manière remarquable⁶, la loi de 2005⁷ va intégrer les professions indépendantes dont la nature peut diversement être commerciale, artisanale, agricole et, nouvellement, libérale⁸, y compris soumise à un statut législatif, réglementaire ou dont le titre est protégé⁹. Avocats, médecins ou notaires sont autant de professionnels qui, malgré l'objet proprement civil de leur activité, entrent désormais dans le

¹ L. 13 juill. 1967 précit., art. 1^{er}.

² L. 13 juill. 1967 précit., art. 5.

³ Ayant bénéficié du règlement amiable issu de la L. du 1^{er} mars 1984 et n'ayant pas respecté les engagements financiers conclus avec un de ses créanciers, L. 25 janv. 1985 précit., art. 2.

⁴ V. *infra*, sp. n° 151.

⁵ PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 8.

⁶ Not. : RÉTIF (S.), *Professions libérales et procédures collectives : contribution à l'étude du droit des professions libérales*, th., C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Toulouse I, 2003, 591 p. et L'extension des procédures collectives aux professions libérales, *DP*, mars 2006, p. 95 s. ; VALLANSAN (J.), L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005, *in* Dossier, La loi du 25 janv. 1985 à vingt ans, entre bilan et réforme, *RLDA*, 2005, suppl. au n° 80, p. 12 s. ; VÉGER (F.), MIGNOWE (A.), Aspects pratiques de l'application de la loi du 26 juillet 2005 aux professionnels libéraux, *D.*, 2006, p. 2234 s.

⁷ L. 26 juill. 2005 précit., art. 13.

⁸ Sur sa définition, RÉTIF (S.), *Professions libérales et procédures collectives*, *Jcl. com.*, fasc. n° 1750, sp. n° 15 s.

⁹ Ce qui appelle des adaptations selon les professions, RÉTIF (S.) L'extension des procédures (...), *loc. cit.* ; par ex., la présence de l'ordre concerné, *C. com.*, art. L. 621-1, al. 2.

champ étendu d'application *ratione personae*. Par cette loi, la liste¹ des débiteurs appréhendés par le droit des entreprises en difficulté se trouve considérablement allongée.

Il faut le souligner, car d'un droit originellement réservé à une catégorie déterminée, il est désormais applicable à une très grande majorité de débiteurs de sorte que le critère de la commercialité paraît dépassé². Selon Daniel Bert, il laisserait place à celui de la « professionnalité »³ et en l'occurrence, à l'exercice d'une activité professionnelle indépendante comme le suggère le professeur Vallansan, soutenue par une partie de la doctrine⁴. Il faut dire que par un simple changement⁵ de formulation d'ordre terminologique en apparence, l'ordonnance de 2008 a opéré une transformation de fond en faisant désormais référence à l'exercice - et à son mode - d'une activité⁶. Par conséquent, la nature commerciale ou civile n'est plus distinctive⁷ et la qualité du débiteur, un critère opérant⁸. Seule compte désormais l'activité économique⁹.

135. Extension de compétence du tribunal de grande instance. Alors que le droit des entreprises en difficulté semble abandonner les distinctions selon la nature de l'activité exercée, celles-ci demeurent pourtant fondamentales sur un autre plan : elles permettent de définir la compétence juridictionnelle. En effet, pour rappel, la loi dispose que : « le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas »¹⁰. Il semble y avoir là une contradiction d'esprit dans la législation qui, d'une part, tend à effacer l'importance du critère commercial pour l'application de ses règles alors que, d'autre part, il constitue le fondement de la compétence juridictionnelle. En outre, alors que la compétence du tribunal de grande instance

¹ Exhaustive, C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er}.

² BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité indépendante*, th. précit., sp. n° 53 s., 248 s. et n° 571 s. ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 45.

³ BERT (D.), th. précit., sp. n° 138 et n° 596 s. ; l'activité professionnelle peut se définir par une pluralité d'actes, volontaires, et répondant à une finalité commune, VINCENSINI (F.-X.), *La commercialité (recherche sur l'identification d'une activité)*, th., J. MESTRE (préf.), PUAM, 1998, 595 p., sp. n° 38 s. ; sur la notion, LOCHOUARN (D.), *La profession, approche juridique de la notion*, th., H. CROZE (dir.), Lyon III, 1998, 562 p., sp. n° 66.

⁴ « Il faut donc rédiger le nouveau texte : la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à toutes personnes, physiques ou morales, exerçant une activité économique indépendante », VALLANSAN (J.), L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective, *op. cit.* ; avec une nuance sur le critère d'entreprise, not. pour les personnes morales à l'instar du professeur VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 124 ; ce critère, au moins pour les personnes physiques, semble être reconnu par une majorité de la doctrine, LUCAS (F.-X.) et LÉCUYER (H.) (dir.), La loi de sauvegarde article par article (1^{ère} part.), PA, 8 fév. 2006, n° sp., sp. p. 26 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 275 ; ROUSSEL GALLE (P.), L'ouverture des procédures, *D.*, 2009, p. 644 s., sp. n° 3 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 416 ; TRICOT (D.), Rapport de synthèse, *RPC*, 2012/3, *op. cit.*, sp. n° 3.

⁵ En réalité, la conciliation faisait déjà référence à l'activité, il s'agirait donc davantage d'une harmonisation.

⁶ Ord. 18 déc. 2008 précit., art. 164 ; C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; à ce sujet, not. : LEBEL (C.), Du commerçant et de l'artisan à l'activité commerciale et l'activité artisanale, in Dossier, L'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états, actes du colloque, Nancy, 2010, *RLDA*, 2011, 57 ; SAINTTOURENS (B.), Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *RPC*, 2009/1, dossier 4 ; VOINOT (D.), L'ouverture des procédures collectives, Ordonnance du 18 décembre 2008 et décret du 12 février 2009, *GP*, 2009/66, p. 10 s.

⁷ BERT (D.), th. précit., sp. n° 274.

⁸ Quoique, v. *infra*, sp. n° 333.

⁹ VALLANSAN (J.), *loc. cit.*

¹⁰ C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er}.

était antérieurement regardée comme résiduelle au regard du tribunal de commerce, avec l'extension aux professions libérales, elle devient au contraire principale. Effectivement, ces « autres cas » que la loi désigne constituent en réalité aujourd'hui la majorité des débiteurs appréhendés, lesquels relèvent de la compétence de la juridiction de droit commun. Il faut le souligner : les tribunaux de commerce sont considérés comme les acteurs historiques et, donc, principaux de la matière¹. Pourtant, la judiciarisation du traitement des difficultés, à travers la multiplication des débiteurs concernés, ne s'est curieusement pas faite à leur profit, au contraire. Du point de vue des débiteurs, la compétence des tribunaux de commerce est devenue exceptionnelle. C'est une perte de repère quant à l'autorité judiciaire traditionnellement compétente.

¹ Par leur désignation dans le Code de commerce napoléonien ; véritable matérialisation du droit de la faillite.

Conclusion du Chapitre II

136. Choix du traitement judiciaire. L'insuffisance des modes privé ou administratif dans le traitement des entreprises en difficulté ne fait pas du mode judiciaire un choix par défaut. En réalité, l'autorité judiciaire présente ses propres qualités, notamment en termes d'impartialité et de pouvoir de contrainte juridique¹. Elles justifient et, plus encore, nécessitent son intervention en cas de défaillance du débiteur. Le mode judiciaire permet un traitement général et global, ainsi qu'un traitement juste et équilibré des difficultés des entreprises.

137. Portée du choix. Si le recours au juge en cas de défaillance économique s'explique par les qualités qu'il présente, il faut observer en fait l'importance du choix que le législateur a non seulement affirmé², mais surtout continuellement renforcé et développé au cours du temps. D'une intervention initialement limitée à un type de débiteur - le commerçant - et de situation factuelle - la cessation des paiements -, le droit et, partant, l'autorité judiciaire connaît des plus divers degrés de difficultés économiques³ et de la plus large majorité des débiteurs exerçant une activité professionnelle indépendante⁴. Par conséquent, toutes les procédures du droit des entreprises en difficulté, y compris les mesures les plus légères⁵, présentent un caractère judiciaire en ce que leur ouverture *a minima* émane de l'autorité judiciaire. Ainsi, dans la frénésie législative⁶ touchant le droit des entreprises en difficulté, il est un paramètre qui demeure commun et stable : le caractère judiciaire du traitement mis en place, quel qu'il soit.

138. Conséquence du choix. La judiciarisation⁷ a cependant entraîné un brouillage⁸ des critères dans le traitement des entreprises en difficulté. Par exemple, la cessation des paiements du débiteur n'apparaît plus être une condition de l'intervention de l'autorité judiciaire⁹. De la même manière, la qualité commerciale n'est plus restrictive dans la définition de la compétence

¹ V. *supra*, sp. n° 98-115.

² En témoigne, le premier texte de loi du droit des entreprises en difficulté (compétence judiciaire), C. com., art. L. 610-1.

³ V. *supra*, sp. n° 118-127.

⁴ C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; v. *supra*, sp. n° 134 et *infra*, n° 294 s.

⁵ Par référence au mandat *ad hoc* dont la désignation, la définition de la mission et de la rémunération du mandataire dépend du président du tribunal C. com., art. L. 611-3 et L. 611-14, al. 1^{er} et R. 611-21.

⁶ ROUSSEL GALLE (P.), Stop aux modifications du droit des entreprises en difficulté !, *RPC*, 2015/6, repère 6.

⁷ Sur l'emploi de ce terme, v. *supra*, sp. n° 116.

⁸ Not. ROLAIN (M.), (...) le brouillage des psites dans le traitement des difficulté, *PA*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 1-4.

⁹ V. *supra*, sp. n° 119 et n° 127.

juridictionnelle¹. Or, c'est ce qui fondait le recours au juge : parce qu'un débiteur cessait ses paiements, il était appelé. Aujourd'hui, il doit *prévenir*, ce qui peut au demeurant comprendre un état de cessation des paiements². Le tribunal de commerce est, non seulement, aussi compétent pour certaines activités civiles³, mais il partage sa compétence avec le tribunal de grande instance, également appelé à mettre en œuvre les dispositions du Code de commerce⁴. En définitive, il est possible de considérer que la confusion qui touche les critères d'application du droit des entreprises en difficulté rejaillit sur ceux de l'intervention de l'autorité judiciaire.

¹ V. *supra*, sp. n° 132 et v. *infra*, sp. n° 147 s.

² Référence à la procédure de conciliation, C. com., art. L. 611-4 ; v. *supra*, sp. n° 125.

³ Référence aux cas des artisans, C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er} ; v. *supra*, sp. n° 131.

⁴ En raison de sa plénitude de compétence, C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er} ; SEGONDS (M.), La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance, *JCP G*, 2000/17, I.

139. Entreprises en difficulté et modes de traitement. Pour traiter des entreprises en difficulté, trois modes distincts peuvent être discernés : privé - relevant des parties elles-mêmes¹ -, administratif - concrétisant l'intervention de l'État² - ou judiciaire. Si, à l'étude, les deux premiers se révèlent limités en raison notamment de leur incertitude ou incomplétude³, le juge se révèle être, par ses qualités d'autorité, impartiale⁴, l'autorité privilégiée pour mettre en œuvre le droit des entreprises en difficulté. Ce n'est donc pas uniquement la perspective historique et la finalité répressive de l'ancien droit de la faillite⁵ qui puisse expliquer le recours à l'autorité judiciaire. Il y a là un véritable choix parmi les différents modes de traitement envisageables. De plus, il serait inexact de le considérer comme un choix par défaut d'autres modes de traitement insuffisants et insatisfaisants⁶. Au contraire, il y a un véritable attrait pour le traitement judiciaire des difficultés des entreprises que le législateur a consacré, mais plus encore, continuellement réitéré au cours du temps⁷.

140. Vers l'évaluation du choix. Après avoir analysé les raisons du choix du judiciaire en cas d'entreprises en difficulté et mis en avant l'importance de ce choix à travers le temps, se pose à présent la question de l'opportunité du « tout judiciaire »⁸. En effet, l'extension du champ d'application et la multiplication de procédures ouvertes pour un débiteur pas toujours défaillant sur le plan financier⁹ sont autant de facteurs d'évolution de ce droit qui soumettent la question du juge à son évaluation.

¹ Pour la définition du mode privé, v. *supra*, sp. n° 24 et n° 26 s.

² Pour la définition du mode administratif, v. *supra*, sp. n° 24, n° 59 s. et not. n° 79.

³ Plus précisément à propos du mode privé, v. *supra*, sp. n° 0 ; et administratif, v. *supra*, sp. n° 86.

⁴ V. *supra*, sp. n° 98 s.

⁵ Sur cette finalité originelle, not. HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, *op. cit.*, sp. n° 202 et v. *supra*, sp. n° 2.

⁶ Insistant sur cette analyse, v. *supra*, sp. n° 87 s.

⁷ Malgré l'extension de ce droit, v. *supra*, sp. n° 116 s.

⁸ Employant l'expression, MÉLÉDO-BRIAND (D.), *Le juge judiciaire peut suspendre l'exigibilité (...)*, *JCP G*, 1998/52, *op. cit.*

⁹ Sur la diversification de la notion de cessation des paiements, v. *supra*, sp. n° 120 s.

TITRE II. L'évaluation du choix du traitement judiciaire

141. Juger le choix du traitement judiciaire. « Tu ne Jugeras pas car tu seras jugé »¹, tel est le commandement biblique qui pèse sur les juges comme le rappelle le magistrat Jean-François Burgelin dans sa préface à *La légitimité des Juges*². Ainsi, il est possible de mener une évaluation de l'opportunité du choix du judiciaire pour traiter des difficultés des entreprises. Certes, le recours au juge en cas de défaillance d'un débiteur ne saurait être contesté en son principe, mais son ampleur et sa diversité soulèvent la question.

142. Évolution du droit des entreprises en difficulté et opportunité du choix. Deux paramètres poussent aujourd'hui à porter un regard critique sur l'intervention de l'autorité judiciaire auprès des entreprises en difficulté. D'une part, c'est souligner le maintien immuable du choix de recourir à l'autorité judiciaire malgré les mutations profondes de la matière³. D'autre part, il est mis en lumière que pour répondre à l'extension du champ d'application de ce droit, le mode judiciaire s'est largement développé et diversifié, entraînant pour lui-même des incohérences avec sa propre nature. Ces deux facteurs d'évolution peuvent être rassemblés sous une même interrogation, celle de l'adéquation ou de l'inadéquation d'un mode entièrement judiciarisé de traitement des difficultés d'entreprises.

143. Contexte. Le questionnement relatif au traitement judiciaire des entreprises en difficulté s'inscrit dans un contexte plus général d'interrogation sur la place du juge dans la société contemporaine française. En effet, les pouvoirs publics y portent une attention notable

¹ La Bible, Evangile selon St Mathieu, Chap. 7, versets 1-5 : « Ne jugez point, afin que vous ne soyez point jugés ; Car on vous jugera du jugement dont vous jugez, et l'on vous mesurera avec la mesure dont vous mesurez » ; Evangile selon St Luc, Chap. 6, verset 37 : « Ne condamnez pas les autres, pour ne pas être vous-mêmes condamnés. Car vous serez condamnés vous-mêmes de la manière dont vous aurez condamné, et on vous appliquera la mesure dont vous vous serez servis pour mesurer les autres ».

² BURGELIN (J.-F.), « Préface », in J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des Juges*, Actes du colloque, Toulouse I, 2003, PU Toulouse, 2004, p. 9-10, sp. p. 9.

³ Sur celles-ci, v. *supra*, Chapitre précédent de la thèse.

comme en témoigne la réforme en cours relative à la justice du XXI^e siècle¹, ainsi que les très nombreux rapports publics qui l'accompagnent² ou y sont consacrés depuis plusieurs années³. Il faut dire qu'est relevé une sorte de « crise de la Justice »⁴ à laquelle les autorités publiques tentent de remédier. À l'appui de ces travaux et d'une partie de la doctrine⁵, il s'agit d'en mener la réflexion pour le droit des entreprises en difficulté.

144. Sens de l'évaluation. L'évaluation est l'« action d'évaluer, d'apprécier la valeur d'une technique »⁶. Elle peut aboutir à en tirer un résultat positif ou négatif. Dans le traitement judiciaire des difficultés des entreprises, plusieurs aspects favorables peuvent être relevés. En dehors des qualités propres à l'autorité judiciaire⁷, il est possible de souligner par exemple le dynamisme de la jurisprudence commerciale⁸, l'aptitude de juges aguerris aux affaires et à la conciliation⁹, ou encore, avant son abrogation, les bénéfiques de la saisine d'office de la

¹ « Projet J21 », v. *supra*, sp. n° 12 ; projet de loi ordinaire de modernisation de la justice du XXI^e s. comportant des dispositions diverses not. sur le statut des juges consulaires et projet de loi organique relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au CSM concernant not. la formation, le recrutement et la déontologie des magistrats et modifie le CSM ; parallèlement, autre projet de loi constitutionnelle portant réforme du CSM touchant not. à la nomination et discipline du parquet, v. *infra*, sp. n° 216, n. 9.

² Not. (ordre antéchronologique), sur le projet de loi organique : AN n° 3870 et Sénat n° 715, au nom de la CMP, C. UNTERMAIER (rapp. AN), F. PILLET (rapp. Sénat), juin 2016, 60 p. ; et AN n° 3716, au nom de la commission des lois (CL), mai 2016. Sur le projet de loi ordinaire, Sénat n° 839, au nom de la CL, de modernisation de la justice du XXI^e s., Y. DÉTRAIGNE (rapp.), sept. 2016 ; AN n° 3781 et Sénat n° 717, au nom de la CMP, J.-M. CLÉMENT et J.-Y. LE BOUILLONEC (rapp. AN), Y. DÉTRAIGNE (rapp. Sénat), juin 2016 ; AN n° 3726, au nom de la CL et de l'Administration générale de la République, mai 2016, t. I ; et Sénat n° 121, au nom de la CL, oct. 2015.

Rapp. préparatoires : rapp. min. Just., « *Le juge du 21^e s.* », *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, P. DELMAS-GOYON (prés.), déc. 2013 ; rapp. min. Just., *Les juridictions du XXI^e siècle, Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, D. MARSHALL (prés.), déc. 2013 ; rapp. min. Just., *Refonder le ministère public*, Commission de modernisation de l'action publique, J.-L. NADAL (prés.), nov. 2013 ; rapp. Sénat n° 54, au nom de la CL sur la justice de première instance, V. KLÈS et Y. DÉTRAIGNE (rapp.), oct. 2013 ; rapp. IHEJ, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s.*, A. GARAPON, S. PERDRIOLLE et al., mai 2013 ; rapp. AN n° 1006, *d'information sur le rôle de la justice en matière commerciale*, C. UNTERMAIER et M. BONNOT (rapp.), avril 2013.

³ Not. (ordre antéchronologique) : rapp. au min. Just., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Commission sur la répartition des contentieux, S. GUINCHARD (prés.), La Documentation française, 2008 ; rapp. AN n° 1038, Colcombet et Montebourg, *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?* (1998) précit. ; également, Sénat, *L'office du juge*, sous le Haut patronage de C. PONCELET et organisé par G. DARCY, V. LABROT et M. DOAT, Actes du colloque, Palais du Luxembourg, 29-30 sept. 2006.

⁴ Not. : BURGELIN (J.-F.), LOMBARD (P.), *Procès de la Justice*, Plon, Paris, 2003, 162 p. ; CASAMAYOR (L.), *Les Juges*, éd. du Seuil, 1973, 189 p. ; COULON (J.-M.), SOULEZ-LARIVIÈRE (D.), *La justice à l'épreuve*, éd. Odile Jacob, 2002, 335 p. ; GARAPON (A.), *Gardien des Promesses*, op. cit. ; LENOBLE (J.), ANDERSEN (R.) et al., *La crise du juge*, Centre de philosophie du droit de Louvain, LGDJ-Bruylant, 1996, 171 p. ; VARAUT (J.-M.), *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, 302 p. ; y compris au niveau européen, BACHOUÉ-PEDROUZE (G.), BARTHEL (E.) et al., *L'Europe sans juge ?*, RLDA, 2011/58, perspectives, sp. n° 2 ; CHAPUT (Y.), LÉVI (A.) (dir.), *Quelles juridictions économiques en Europe ?*, étude du CREDA, R. BADINTER (préf.), LexisNexis-Litec, 2007, 629 p. ; et v. *infra*, sp. n° 496, n. 5.

⁵ Not. : CHAPUT (Y.), « La légitimité de l'intervention du juge en matière économique », in J.-L. VALLENS et M. STORCK (dir.), *Impartialité et justice économique en Europe*, PU Strasbourg, 2003, p. 28-40 ; KRYNEN (J.) et RAIBAUT (J.) (dir.), *La légitimité des Juges*, op. cit. et not. MAZÈRES (J.-A.), « Légitimer », p. 415 s. ; MORIN (J.), « La légitimité des juges », p. 183-188 ; RAIBAUT (J.), « Être juge et légitime », p. 13-19 ; ROUSSEAU (D.), « La légitimité du juge en question », p. 440 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La légitimité des juridictions consulaires », p. 173-181 ; également, RAIBAUT (J.), *Les tribunaux de commerce, une institution au service de la modernité*, RJC, 2008/4, p. 256-270 ; SALAS (D.), *Le tiers pouvoir*, op. cit., sp. p. 15-75 ; WIEDERKEHR (G.), « De la légitimité de la justice », in mél. J. HÉRON, op. cit., p. 485-492 et « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », in mél. D. SCHMIDT, *Liberamicorum*, Joly, 2005, p. 487-493.

⁶ Dictionnaire de l'Académie française, *Le trésor de la langue française informatisé*, disponible en ligne.

⁷ D'indépendance, d'impartialité et d'autorité notamment, v. *supra*, sp. n° 94 s.

⁸ Not. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence (...) », op. cit. ; v. *supra*, sp. n° 126, n. 2 et *infra*, sp. n° 173, n. 4.

⁹ À propos des juges consulaires, FRISON-ROCHE (M.-A.), *L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire (perspective sociologique)*, GP, juin 1995, doct., p. 7-12 ; FRYDMAN (B.), « Juge professionnel et juge citoyen : l'échevinage à la croisée des deux cultures judiciaires », in Maison des parlementaires, *La participation du citoyen à l'administration de la Justice*, actes du colloque, Bruylant, 2006, p. 13-29.

juridiction¹. Nonobstant, ce seront principalement les failles du traitement judiciaire tel qu'il est réalisé qui seront mises en avant puisque ce sont elles qui entraînent la critique. Leur identification est une étape préalable avant d'envisager toute voie d'amélioration tendant à renforcer *in fine* l'intervention judiciaire auprès des entreprises défaillantes.

145. Plan. L'évaluation du choix du traitement judiciaire peut porter sur deux axes qui illustrent le décalage entre l'évolution du droit des entreprises en difficulté et un traitement pleinement judiciairisé. Le premier concerne l'autorité judiciaire elle-même. En effet, ce n'est pas un juge, mais une multiplicité de membres du corps judiciaire² qui sont compétents pour intervenir dans le traitement des difficultés des entreprises. Or, cela soulève des problèmes de cohérence dans la répartition du contentieux (**Chapitre I**).

Le deuxième axe est relatif à la fonction de l'autorité judiciaire, car de la même manière, il y a une démultiplication de ses missions pour traiter des différentes facettes des difficultés économiques. Cependant, cette diversité tend à diluer le caractère proprement *judiciaire* de l'intervention du juge, entraînant une dénaturation de l'office juridictionnel (**Chapitre II**).

Chapitre I. La confusion des autorités judiciaires

Chapitre II. La dénaturation de l'office du juge

¹ Le Conseil constitutionnel reconnaissait lui-même son utilité, n° 2012-286 QPC, 7 déc. 2012 précit., sp. cons. n° 6 ; elle permettait une certaine célérité, BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté, *D.*, 2014, p. 2248 s., sp. conclusion ; v. *infra*, sp. n° 211 ; ce qui explique son maintien par ailleurs (conversions) par l'ord. de 2014, v. *infra*, sp. n° 247.

² Sur ces distinctions, v. *supra*, sp. n° 10.

Chapitre I. La confusion des autorités judiciaires

146. Diversité des membres du corps judiciaire. L'emploi du singulier à propos de l'autorité judiciaire ne rend qu'imparfaitement compte de la réalité du traitement judiciaire des entreprises en difficulté. C'est en effet une pluralité d'autorités qui sont amenées à intervenir : juge consulaire, magistrat de profession¹ et magistrat du parquet. Elles le font à différents titres : membres de la juridiction, membres de la formation de jugement, président de la juridiction ou juge-commissaire principalement². Si tous composent de manière unitaire le « corps judiciaire »³, chacun est spécifique par son statut et son rôle en droit des entreprises en difficulté.

147. Droit des entreprises en difficulté et compétence juridictionnelle. La compétence juridictionnelle en droit des entreprises en difficulté est en fait éclatée entre une diversité d'autorités. C'est une conséquence logique de l'extension de ce droit à une plus grande variété de débiteurs. Ainsi, ce n'est pas un, mais deux tribunaux, différents, qui sont également compétents pour mettre en œuvre les mêmes règles juridiques (**Section I**), tandis que d'autres magistrats se distinguent de la formation collégiale par leur rôle spécifique dans le droit des entreprises en difficulté tout en permettant de maintenir un caractère judiciaire au traitement (**Section II**). Or, cet entremêlement d'autorités judiciaires aboutit à des incohérences par une mise en concurrence ou à des interrogations sur les contours et le sens de l'octroi de la compétence.

¹ Sur la différenciation des termes « magistrat » et « juge », v. *supra*, sp. n° 10.

² Encore, juge commis, juge chargé d'instruire l'affaire ou juge de la mise en état, v. *supra*, sp. n° 10, n. 8 ; comp. aux missions du juge-commissaire, C. com., art. L. 623-2 ; v. *infra*, sp. n° 196.

³ Principe d'unité du corps judiciaire, pour les magistrats du siège *et* du parquet, Cons. const., n° 92-305 DC, 21 févr. 1992, cons. n° 10 ; *Rec.*, p. 27 ; *GP*, 1993/126, p. 7, n. T. RENOUX ; comp. Statut de la magistrature précit., art. 1^{er} ; étendu aux juges de proximité, n° 2002-461 DC, 29 août 2002 ; *Rec.*, p. 204 ; ce qui pourrait s'appliquer aux juges consulaires considérant la conformité de leur mandat à la Constitution (art. 64), Cons. const., n° 2012-241 QPC, 4 mai 2012, *aff. EURL David Ramirez* ; *Rec.*, p. 236 ; sur le sujet, DRAGO (G.) « Le corps judiciaire, Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in mél. A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 187-207.

Section I. La concurrence des différents tribunaux compétents

148. Tribunaux compétents. L'application des dispositions du droit des entreprises en difficulté ne relève pas d'une, mais de plusieurs juridictions. Concrètement, le tribunal de commerce et le tribunal de grande instance forment, à titre principal, le duo¹ des juridictions compétentes, auquel il faut ajouter par ailleurs le tribunal correctionnel concernant l'application des sanctions du chef d'entreprise. D'un autre point de vue, c'est aussi constater que ce droit ne relève pas des mêmes juges. Par opposition aux magistrats de profession, les tribunaux de commerce se composent de juges consulaires.

149. Diversité critiquable. Il n'y a donc pas, pour l'application d'un même corps de règles juridiques, d'unité juridictionnelle. Cela est remarquable, car nulle autre matière juridique que les entreprises en difficulté ne paraît connaître une telle division de la compétence juridictionnelle. Si ce n'est pas, en soi, la diversité qui est contestable, ce sont les incertitudes qu'elle fait naître quant à l'identification de la juridiction compétente (§ 1). Cela est d'autant plus fort que les juridictions compétentes sont, du point de vue organique, extrêmement différentes (§ 2).

§ 1. La compétence concurrente des juridictions

150. Partage de la compétence juridictionnelle. Alors qu'ils sont considérés comme les juridictions naturelles de ce droit, les tribunaux de commerce n'ont pas été les premiers compétents pour appliquer les règles naissantes de la faillite. En France, ce furent d'abord les juridictions de droit commun, qui exprimaient à ce sujet une hostilité profonde à l'égard des juridictions d'exception (A). Puis, la codification napoléonienne a définitivement affirmé la compétence des juridictions commerciales². Mais, l'évolution du droit des entreprises en difficulté a fait renaître la compétence des juridictions civiles pour une partie des débiteurs³. Bien que la répartition soit aujourd'hui acquise⁴, la dualité de juridictions est *de facto* encline à susciter

¹ Pour précision, le « dualisme juridictionnel » renvoie ordinairement à la distinction de l'ordre judiciaire et administratif, il est ici employé pour désigner la dualité de juridictions, civile et commerciale ; sur le dualisme juridictionnel, v. LÉGER (P.), « Le dualisme juridictionnel a-t-il encore une raison d'être ? », in méf. J.-F. BURGELIN, *op. cit.*, p. 233-245, sp. p. 235 ; TRUCHET (D.), v. « Dualisme juridictionnel », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 377-380.

² C. com. (1807), anc. art. 631.

³ Avec l'extension au cas des agriculteurs en 1988, v. *supra*, sp. n° 132.

⁴ C. com., art. L. 621-1, al. 1^{er}.

des incidents de compétence (B). Et cela ne s'observe pas qu'à propos de la procédure de traitement, c'est un fait qui peut également concerner la sanction du dirigeant (C).

A. La compétence des tribunaux de commerce disputée, un fait historique

151. Compétence originelle des juridictions de droit commun. Sur le plan historique, ce sont originellement les juridictions civiles qui ont connu l'application des règles en matière de faillite¹. Elle était conçue comme une affaire criminelle, ressortant ainsi de la compétence de droit commun². De plus, jusqu'à la codification napoléonienne, la qualité de commerçant n'était pas particulièrement exigée³. Certes, il est possible de croire que la faillite avait généralement lieu dans un contexte d'affaires⁴ puisqu'il sous-tend l'échange et, donc, la conclusion d'engagements portant dettes et créances dont l'insolvabilité emporte l'inexécution. Cependant, la législation ancienne - du droit romain⁵ à l'ordonnance du commerce de 1673⁶ - ne semblait pas spécialement retenir la qualité de commerçant comme une condition restrictive d'application. La faillite apparaissait comme une institution plus générale, pouvant possiblement s'appliquer *a priori* à tout débiteur⁷. La législation s'intéressait davantage au fait – c'est-à-dire le non-paiement des dettes – qu'à la qualité du débiteur insolvable. D'où la compétence initiale de la juridiction civile⁸.

152. Transfert progressif aux tribunaux de commerce. Avec la codification napoléonienne, la faillite est devenue une institution proprement commerciale relevant, corrélativement, des juridictions commerciales⁹. Toutefois, il faut souligner que ce transfert de compétence n'a pas eu lieu d'un seul trait. D'abord, l'institution de juridictions consulaires en France peut être considérée comme relativement tardive en comparaison du modèle italien,

¹ HILAIRE (J.), *Introduction historique (...)*, op. cit., sp. n° 197 ; ITHURBIDE (R.), *Histoire critique de la faillite*, op. cit., 389 p.

² HILAIRE (J.), Perspectives historiques de la juridiction commerciale, *Rev. Histoire de la justice*, 2007/17, op. cit., sp. p. 11.

³ LÉVY-BRUHL (H.), La faillite dans notre ancien droit s'appliquait-elle aux non-commerçants ?, *RHD*, 1939, pp 89-103 ; LECÈNE-VILLEMONTAIX (M.), LAGRAULET (P.-E.), « Détermination des "entrepreneurs" relevant d'une procédure collective », in D. ZENNAKI et B. SAINTOURENS (dir.), *Droit des entreprises en difficulté, Perfectionnement juridique et efficacité économique*, PU Bordeaux, 2015, p. 13-31, sp. p.14.

⁴ En ce sens, HILAIRE (J.), *loc. cit.*, sp. n° 191 ; c'est d'ailleurs dans ce contexte que s'est développé le modèle italien de la faillite par la pratique des grandes foires, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, op. cit., sp. n° 104 s. ; également, DUPOUY (C.), *Le Droit des faillites en France avant le Code de commerce*, th. précit., sp. p. 33 s.

⁵ La procédure de *venditio bonorum* s'applique à tout le monde, le droit romain ne distinguant pas entre les commerçants et les non-commerçants, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *loc. cit.*, sp. n° 87.

⁶ La faillite était réputée ouverte « lorsque son débiteur se sera retiré », Ord. de Colbert précit., art. 1^{er} ; le commerçant n'y étant pas particulièrement désigné, il est difficile d'affirmer que la faillite était une institution exclusivement commerciale ; certes, l'ordonnance tendait à la réglementation du commerce mais elle n'apportait aucune définition de la faillite et contenait de multiples autres dispositions que le droit commercial ; LÉVY-BRUHL (H.), *loc. cit.*, sp. p. 94 s.

⁷ *Ibid.*

⁸ SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *loc. cit.*, sp. n° 356.

⁹ HILAIRE (J.), *loc. cit.*, sp. n° 203.

développé dès le XII^e siècle¹. Ensuite, même si leur institution s'est généralisée à partir de 1563, les tribunaux de commerce ne se sont pas vus immédiatement compétents en matière de faillite, celle-ci étant restée du ressort des juridictions ordinaires². Très progressivement, il y a eu un premier pas en faveur des juridictions consulaires avec une attribution partielle qui consistait essentiellement en une fonction administrative. Les commerçants déposaient les pièces nécessaires à la faillite - registres, titres de créances notamment - au greffe des tribunaux de commerce, elles étaient alors paraphées par les juges consulaires³. La faillite demeurait néanmoins toujours de la compétence des juridictions de droit commun. Puis, il y eût un deuxième pas avec une attribution ponctuelle, c'est-à-dire temporaire, en raison d'un contexte de crise⁴. La Révolution française et les principes qu'elle porte⁵ auraient pu avoir raison des juridictions consulaires en ce qu'elles constituaient des tribunaux d'exception⁶, mais elles seront toutefois maintenues⁷. Confirmant ce fait, c'est le Code de commerce de 1807 qui va franchir le pas de la reconnaissance de leur pleine compétence en matière de faillite⁸. Néanmoins, une fois encore, le transfert n'est pas total⁹, car la loi procède encore de façon énumérative - conséquence d'une compétence d'attribution -. C'est la loi de 1838¹⁰ qui, en réécrivant le livre III du Code de commerce, consacra leur compétence *générale* en matière de faillite.

153. Hostilité des juridictions de droit commun. En filigrane de ce transfert progressif aux tribunaux de commerce, il faut mettre en lumière une certaine hostilité des juridictions de droit commun à abandonner leur compétence en matière de faillite à ces derniers. L'édit originel

¹ Sous l'impulsion du mouvement des foires, HILAIRE (J.) Les compétences des juridictions consulaires avant le Code de commerce de 1807, *in* table ronde sous la direction de D. VOINOT, Quelles compétences pour les tribunaux de commerce ?, *Procédures*, 2011/4, article 9, p. 11-24, sp. n° 1

En France, il est possible de dater l'institution des premières juridictions consulaires à partir de 1420, à l'occasion de la grande foire de Lyon ; puis en 1549, par édit du roi Henri II qui crée une juridiction du même type pour les marchands de Toulouse ; toutefois, ces juridictions n'ont qu'une vocation temporaire ; de manière significative, c'est l'édit du roi Charles IX, sous l'impulsion du chancelier Michel de l'Hospital, que sera instituée en nov. 1563 une juridiction consulaire permanente (Tribunal de Châtelet), SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 349 et SZRAMKIEWICZ (R.), Les tribunaux de commerce, une longue histoire dans la justice économique, *Justices*, 1995/1, p. 7 s. ; également, HILAIRE (J.), Les compétences (...), *loc. cit.*, sp. n° 2 et d'une manière générale, HILAIRE (J.) et al., *Les tribunaux de commerce, Genèse et enjeux d'une institution*, La Documentation française, coll. Histoire de la justice, 2007/1, n° 17, 284 p.

² HILAIRE (J.) Les compétences (...), *loc. cit.*, sp. n° 11.

³ HILAIRE (J.), *Introduction (...)*, *op. cit.*, sp. n° 198 ; SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 356.

⁴ Car la procédure devant elles est *expéditer et breviter* ; attribution suite à la déclaration royale du 10 juin 1715 pour les faillites du 1^{er} avril 1715 au 1^{er} janv. 1716 ; cette mesure sera dans les faits prolongée jusque 1733, HILAIRE (J.) Les compétences (...), *loc. cit.*, sp. n° 12 s.

⁵ Not. abolition des privilèges, principe d'unité de la justice et d'égalité de tous devant elle.

⁶ HILAIRE (J.), « La Révolution et les juridictions consulaires », *in* R. BADINTER (dir.), *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution (1789-1799)*, Fayard, 1989, p. 243-266.

⁷ Not. e raison de leur essence démocratique, les juges étant élus.

⁸ C. com. (807, anc. art. 631.

⁹ Certains aspects de la faillite échappent toujours aux tribunaux de commerce ; tel est le cas des contestations entre associés, également celles relatives à la propriété ou aux immeubles (C. com. 1807, Livre III) et, d'une manière générale, les commerçants peuvent toujours, par accord, saisir la juridiction de droit commun, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 746.

¹⁰ « Les tribunaux de commerce connaîtront de toute ce qui concerne les faillites ... », L. 28 mai 1838 ; C. com. 1807, anc. art. 440, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 753 ; en 1856, l'arbitrage obligatoire pour les associés de sociétés commerciales sera supprimé, les ramenant alors à la compétence des tribunaux de commerce, *ibid.*

de 1563 a été mal reçu par les juridictions de droit commun¹. En réaction, les officiers de justice de la royauté obtinrent quelques années plus tard² que le nombre de juridictions consulaires soit réduit³. Ils ont d'ailleurs pu profiter de ce que le texte ne précisait pas les juridictions supprimées pour contester l'existence du tribunal de commerce de leur ressort⁴ et obtenir, à défaut de juridictions commerciales établies, que la compétence leur soit remise tout en appliquant les formes abrégées consulaires⁵. C'est encore à partir d'un autre élément que les juridictions ordinaires ont pu disputer la compétence des juridictions commerciales : celle-ci étant d'exception, elle devait être strictement définie. Or, la définition du commerçant n'étant pas clairement arrêtée⁶, la délimitation du champ de compétence était sans cesse discutée⁷. Il faut dire que les spécificités des juridictions consulaires⁸, soit l'élection de marchands comme juges⁹ dont les jugements sont rendus en équité¹⁰ et avec des usages peu onéreux¹¹, attisaient la méfiance des magistrats ordinaires. De plus, l'attribution du contentieux commercial était jalouée en ce qu'il était particulièrement rentable¹².

Nombreux sont les constats de cette hostilité : « ainsi, les juridictions consulaires ont été marquées d'une sorte de péché originel et le conflit a été permanent avec les juridictions civiles »¹³ ; « Ces questions d'attribution sont des points de départ de conflits constants dans la procédure »¹⁴ et « Une manœuvre de la juridiction ordinaire était toujours à craindre d'autant que l'hostilité des juridictions ordinaires concurrentes était permanente. »¹⁵. C'est d'ailleurs à cette lutte intestine qu'est notamment dû l'abandon du projet Miromesnil en ce qu'il consacrait

¹ SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 346.

² Édît du chancelier Lamoignon, 1579.

³ HILAIRE (J.), Les compétences des juridictions consulaires (...), *op. cit.*, sp. n° 3.

⁴ *Ibid.*

⁵ SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 359.

⁶ Dans le texte de l'édît, comme pour Ord. de Colbert, HILAIRE (J.), *loc. cit.*, sp. n° 6 s.

⁷ Les parlements, rognant sur le critère *ratione personae*, vont essayer « d'arracher aux juridictions consulaires » le contentieux, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 354 ; de même, HILAIRE (J.), *loc. cit.*, sp. n° 13 s.

⁸ Ces deux facteurs constituent à la fois la grandeur, mais aussi, la servitude des juridictions consulaires, HILAIRE (J.), Grandeur ou servitude de la justice consulaire : la controverse de l'équité, *Justices*, 1998/9, p. 39-52.

⁹ Élu par leurs pairs, ce qui était critiqué comme relevant d'une cooptation et étant le fait d'une minorité, HILAIRE (J.), « Perspectives historiques de l'élection des juges consulaires », in J. KRYNEN (dir.), *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, Puf, 1999, p. 137-163.

¹⁰ Sur la distinction (Blade au XIV^e s.) de l'*aequitas non scripta* (en dehors de tout texte juridique, sentiment propre de l'individu) et l'*aequitas scripta* (élément de la loi positive qui aurait reçu formellement l'accueil du législateur), les juges consulaires ne devant suivre que la « règle d'équité » admise par la loi, BOULET-SAUTEL (M.), « Équité, Justice et droit chez les glossateurs du XII^e siècle », in Société d'histoire du droit des institutions des anciens pays de droit écrit, *Recueil des Mémoires et travaux publiés*, Montpellier, 1951, fasc. II Histoire économique, p. 1 s.

Du point de vue des magistrats ordinaires qui jugent en droit, était critiquée cette « liberté d'écarter les formes et de marcher à côté de la loi pour réduire un titre à sa juste valeur », DENIÈRE (G.), *La juridiction consulaire de Paris, 1563-1792. Sa création, ses luttes, son administration intérieure, ses usages et ses mœurs*, Plon, 1872, 588 p., sp. p. 103-104.

¹¹ Ils devaient vaquer sans percevoir d'épices, HILAIRE (J.), Perspectives historiques de la juridiction commerciale, *op. cit.*, sp. p. 11.

¹² HILAIRE (J.), Les compétences (...), *op. cit.*, sp. n° 4 ; est connue en ce sens la formule de MÉZERAY (XVII^e s.), « La juridiction consulaire fait sécher sur pied la chicane qui meurt d'envie de mettre la griffe sur un morceau aussi gras qu'est le commerce » ; ce qui explique « l'hostilité violente » des tribunaux ordinaires, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 351.

¹³ HILAIRE (J.), *loc. cit.*, sp. n° 4.

¹⁴ SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 360 et d'une manière générale, soulignant une « compétence âprement contestée », sp. n° 353 s. et n° 754.

¹⁵ HILAIRE (J.), *loc. cit.*, sp. n° 15.

la compétence des juridictions consulaires¹ et, partant, l'adoption tardive d'un Code de commerce. Si celui-ci, en 1807, apporte une solution, « la méfiance demeurait à l'égard de ces juridictions soupçonnées de tendances laxistes par faveur pour les commerçants »². Thaller prophétisait ainsi la disparition des tribunaux de commerce³, « condamnés par l'histoire »⁴.

154. Transition. Si le temps et l'évolution de la législation ont permis de mettre fin aux revendications de compétence de la juridiction de droit commun contre le tribunal d'exception, il n'en demeure pas moins qu'en droit des entreprises en difficulté, le partage des compétences juridictionnelles peut soulever certaines difficultés sur un plan pratique.

B. Les incidents de compétence

155. Difficulté d'un critère de répartition. Plus la compétence juridictionnelle est diverse, plus le critère de compétence est diffus, plus les incidents de compétence sont risqués⁵. Le droit des entreprises en difficulté n'échappe pas à cette logique. Le législateur paraît avoir réglé clairement la question du partage de compétence entre les tribunaux de commerce et les juridictions de droit commun : les difficultés de l'activité commerciale ou artisanale reviennent aux premiers et, dans le restant des cas, aux secondes⁶. La loi y procède d'autant plus nettement qu'il n'est plus fait référence à la qualité du débiteur, laquelle engendrait de considérables complications⁷ notamment liées à la qualité de fait dont ne pouvait se prévaloir le commerçant non inscrit⁸ et qui excluait les artisans non immatriculés du droit des entreprises en difficulté⁹.

Si l'ordonnance de réforme en 2008¹⁰ paraît avoir sur ce point grandement simplifié le critère légal en retenant l'activité exercée, le législateur n'est toutefois pas allé au bout de son œuvre¹¹. La loi continue de procéder de manière énumérative, distinguant selon la nature de cette

¹ *Projet de législation du commerce et de la faillite (1778-1782)*, dit « projet Miromesnil », Titre X. Compétence des tribunaux de commerce ; il sera rejeté devant le Parlement, HILAIRE (J.), *Introduction historique (...)*, *op. cit.*, sp. n° 42 ; dans le même sens, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 336.

² HILAIRE (J.), *Les compétences (...)*, *op. cit.*, sp. n° 17.

³ THALLER (E.-E.), *De l'avenir des tribunaux de commerce, étude de critique législative, Annales de droit commercial*, 1889, II, p. 200 s.

⁴ HILAIRE (J.), *Perspectives historiques (...)*, *op. cit.*, sp. p. 14.

⁵ Dans le même sens, CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, sp. n° 274.

⁶ C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er}.

⁷ SAINTOURENS (B.), *Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance (...)*, *RPC*, 2009/1, *op. cit.*, sp. n° 5-6.

⁸ Et, dans ce cas, exclu ; comp. C. com., art. L. 123-8, al. 1^{er} ; en jurisprudence, par ex. : Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-11.278 ; *Bull. civ.*, IV, n° 83 ; *BJS*, 1997, 589, n. J. VALLANSAN.

⁹ Suite à la recodification du Code (ord. n° 200-912, 18 sept. 2000 précit.), il était fait référence « à toute personne immatriculée au répertoire des métiers », C. com. anc. art. L. 620-2, al. 1^{er} ; LIENHARD (A.), *Tous les artisans peuvent-ils encore être mis en faillite ?*, *D.*, 2000/38, point de vue III.

¹⁰ Ord. 18 déc. 2008 précit., art. 15 ; v. *supra*, sp. n° 134.

¹¹ VOINOT (D.), *Quelle compétence pour les tribunaux de commerce et en matière de procédure collectives ?*, in table ronde sous sa direction, *Quelles compétences pour les tribunaux de commerce ?*, *Procédures*, 2011/4, art. 12, p. 21-24, sp. n° 1.

activité, alors qu'un critère général aurait pu être dégagé¹. À l'analyse, il est possible de penser que cela est justifié par la nécessité de délimiter la compétence d'attribution de la juridiction d'exception² et non, véritablement, de déterminer le champ d'application du droit. En d'autres termes, l'objectif de l'ordonnance de 2008 pouvait être *in fine* de réintégrer un certain nombre de débiteurs dont la qualité était discutée dans le giron de la compétence commerciale³.

Cependant, même si la fonction de répartition du nouveau critère du droit des entreprises en difficulté est admise, il faut alors souligner l'incohérence qui résulte de l'absence d'harmonisation des textes⁴. En effet, les dispositions relatives à l'organisation judiciaire et, plus précisément, à la répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal de commerce⁵, continuent à faire référence au commerçant et à l'immatriculation au répertoire des métiers⁶. Alors même qu'elles viennent récemment d'être modifiées⁷, c'est toujours la qualité du débiteur qui est retenue pour clé de répartition entre les juridictions. Les réformes sur le fond du droit semblent ainsi marquer un certain désintérêt à propos des règles procédurales. Elles sont pourtant au service de l'efficacité du droit et c'est alors la cohérence de l'ensemble du droit qui est mise à l'épreuve.

Quoi qu'il en soit, dès lors que le critère légal a une fonction de répartition entre les deux juridictions, il sous-tend intrinsèquement le risque de discussions puisqu'il suppose toujours d'identifier exactement, à l'instar de la qualité du débiteur, la nature de l'activité concernée *a priori*.

156. Problèmes de compétence. Les difficultés de répartition de la matière entre les deux juridictions engendrent des incidents, voire des conflits de compétence⁸. Certaines situations sont

¹ Soit l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, v. *supra*, sp. n° 134.

² En ce sens, VOINOT (D.), L'ouverture des procédures collectives, *GP*, 2009/66, *op. cit.*

³ *Ibid.* ; également et critique, SAINTOURENS (B.), *op. cit.*, sp. n° 6.

À propos de l'artisan non immatriculé qui, appréhendé à travers le critère de l'exercice d'une activité indépendante, aurait dû rester dans le giron de « son juge naturel, c'est-à-dire le juge civil », AZARIAN (H.), SAINTOURENS (B.), *Droit de l'artisanat, JCP E*, 2008/41, 2227, *chron.*

À l'inverse, pour le commerçant de fait qui pouvait être également appréhendé par le biais de la profession indépendante, mais relevant alors de manière discutable du TGI, ROUSSEL GALLE (P.), L'ouverture des procédures, *in* Dossier, La réforme du droit des entreprises en difficulté, *D.*, 2009, p. 644-650.

⁴ LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas-Dalloz, 2014, 6^e éd., 615 p., sp. n° 53.16, toutefois, considérant la nature réglementaire du texte, prime la formule de l'ord. de 2008 précit., *ibid.* ; également, ROUSSEL GALLE (P.), La compétence des tribunaux de commerce en matière de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, *Rev. sociétés*, 2010, p. 200 s.

⁵ COJ, art. R. 211-4, 8°.

⁶ Pour une apagogie, LEGROS (J.-P.), Remarques sur la compétence pour ouvrir une procédure collective d'une société commerciale par la forme, *Dr. sociétés* 2010/4, repère 4.

⁷ Par deux fois depuis l'ord. 18 déc. 2008 précit. : D. n° 2009-1693, 29 déc. 2009 *relatif à la répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance*, art. 1^{er} et D. n° 2012-1515, 28 déc. 2012 *portant diverses dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire*, art. 11.

⁸ Dans sa définition, le « conflit de compétence » oppose deux juridictions distinctes, CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, sp. n° 106 ; de manière synonyme, peut être employée l'expression de « conflit de juridictions », *Vocabulaire juridiction* Cornu précit., sp. p. 233 ; en droit des entreprises en difficulté, l'expression est ordinairement rattachée à un conflit relevant du droit international privé (not. SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 343 s.), mais il est possible de retenir son sens classique pour l'appliquer ici, aux conflits entre le TGI et le TC.

Par ailleurs, l'expression « incident de compétence » correspond à un degré moindre dans l'hypothèse du conflit en ce que la juridiction saisie est déclarée incompétente, CADIET (L.), JEULAND (E.), *loc. cit.*, sp. n° 275.

des exemples typiques, d'autres en portent le germe. Il sera relevé trois hypothèses principales pouvant les illustrer.

D'abord, c'est la **nature de l'activité exercée** - commerciale, artisanale ou civile¹ - qui peut être discutée, ce qui génère des incidents de compétence². C'est le cas par exemple de l'association³ dont l'objet déclaré est d'ordre culturel. Mais la juridiction de droit commun saisie va requalifier l'activité de commerciale et de fait, décliner sa compétence. L'association, dont les difficultés s'aggravent entre-temps, voit finalement retenue la compétence du tribunal de commerce⁴. Dans un autre cas similaire, c'était la juridiction commerciale elle-même qui avait décliné en première instance sa compétence au regard du but *a priori* non-lucratif de l'association⁵. La Cour de cassation considère que, dans ces hypothèses, il faut rechercher si l'activité revêt « un caractère spéculatif répété au point de primer l'objet statutaire »⁶. Bien que plus rare⁷, la question se pose aussi pour certains débiteurs personnes physiques : notamment, l'auto-entrepreneur dont le statut extrêmement simplifié⁸ peut porter sur tout type d'activité⁹. C'est d'ailleurs en partie pour lui que la modification de 2008 serait intervenue¹⁰. D'autres cas pourraient encore illustrer le propos tels que celui du pharmacien qui est à la fois un professionnel

¹ Par référence « aux autres cas » visés par la loi, C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er}.

² JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial, op. cit.*, sp. n° 275 ; présentant une typologie des possibles conflits de compétence, MARTIN-SERF (A.), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Condition de forme, Compétence, *Jcl. sociétés*, fasc. n° 41-30, sp. n° 138 s. ; GUYON (A.), *Droit des affaires*, t. 2, *op. cit.*, sp. n° 1142 s.

³ D'autant que leur inscription au RCS, est par principe exclue, Cass. com., 1^{er} mars 1994, n° 92-13.529 ; *Bull. civ.*, IV, n° 90 ; *Rev. sociétés*, 1994, p. 502, n. Y. GUYON ; sur le sujet, KAMDEM (J.-F.), Réflexions sur le registre du commerce et les associations exerçant une activité économique, *D.*, 1996, chron. p. 213 s.

⁴ CA Toulouse, 19 déc. 1995 ; *RTD com.*, 1997, p. 482, n. E. ALFANDARI ; *PA*, 5 mai 1997, p. 9, n. J.-M. DO CARMO SILVA.

Autre ex., à propos d'une association à but culturel (culte), le tribunal de commerce a néanmoins pu retenir sa compétence suite à une requalification considérant « que l'importance de cette rémunération [du président] - qui est celle de bon nombre de gérants de sociétés - lie indiscutablement son versement à la recherche d'un profit » et que « l'importance et la nature des dettes à l'égard de fournisseurs tendent à prouver qu'elle se livre à des activités de transformation, en vue de la reventes des marchandises achetées », CA Paris, 3 fév. 1995, n° 94-15274, *Association Église de scientologie c/ Pierrel ; Dr. sociétés*, 1995, comm. 74, n. Y. CHAPUT ; sur le sujet, DO CARMO SILVA (J.-M.), Les associations et le commerce au regard du droit commercial, *PA*, 7 juill. 1995, p. 21 s.

⁵ Cass. com., 12 fév. 1985, n° 83-10864, 83-11286 ; *Bull.*, IV, n° 59 ; *RTD com.*, 1985, p. 778, n. E. ALFANDARI et M. JEANTIN.

⁶ Cass. com., 12 fév. 1985 précit. ; *adde.* à propos de l'activité Internet d'une association, com., 14 fév. 2006, n° 05-13.453 ; *Bull.*, IV, n° 35, p. 36 ; *Dr. sociétés*, 2008/1, comm. 1, n. J.-P. LEGROS.

⁷ MARTIN-SERF (A.), *Jcl. sociétés*, fasc. n° 41-30, *op. cit.*, sp. n° 126 s.

⁸ Not. dispense d'inscription au RCS, C. com., anc. art. L. 123-1-1, al. 1^{er} ; contrairement aux commerçants, art. L. 123-1, al. 1^{er} ; abrogé par L. n° 2014-626, 18 juin 2014, *relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises*, dite « loi Pinel », art. 27. Dispense d'immatriculation au RM, L. n° 96-603, 5 juill. 1996, art. 19 ; supprimée pour l'activité principale dès 2010, D. n° 2010-249, 11 mars 2010, art. 1^{er} ; d'une manière générale, LEGRAND (V.), Les poussins rentrent dans les rangs, à propos de la loi n° 2014-626 (...), *PA*, 26 juin 2014, n° 127, p. 6 s.

⁹ Initialement prévu pour les activités commerciales et artisanales lors de sa création en 2008 (L. n° 2008-776, 4 août 2008, *de modernisation de l'Économie* ; ROUSSEL (F.), MROZ (H.), Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, *DP*, 2008/174), le statut a été ouvert plus tard aux professions libérales (L. n° 2009-179, 17 fév. 2009 ; C. com., art. L. 526 s. ; DELPECH (X.), Élargissement du statut de l'auto-entrepreneur au secteur libéral, *D. actu.*, 2009, p. 2920 s.).

Ainsi, il a pu être jugé que, malgré le défaut d'inscription au RCS, le caractère commercial de l'activité peut être retenu, relevant de ce fait de la compétence des tribunaux de commerce, TC Caen, 12 janv. 2011, n° 2010-014613 ; *PA*, 12 juill. 2011, p. 17, n. V. LEGRAND.

¹⁰ ROUSSEL GALLE (P.), L'ouverture (...), *D.*, 2009, *op. cit.*, sp. n° 2.

libéral et, aussi, un commerçant¹. Globalement, de ces hypothèses, court inéluctablement le risque de conflits de compétence entre la juridiction commerciale et la juridiction civile.

Alors que la nature de l'activité ne semble *a priori* pas discutable, elle nécessite ensuite d'être vérifiée², sans quoi découle la possibilité d'incidents de compétence. En effet, bien qu'une présomption de commercialité soit posée par la loi³, celle-ci n'assure pas systématiquement l'exercice effectif d'une activité commerciale. C'est par exemple la situation de l'associé de société en nom collectif⁴ et, d'une manière générale, des sociétés commerciales par la forme⁵ qui relèveront cependant⁶, en raison de leur objet civil, des juridictions civiles⁷.

Puis, c'est l'ampleur de l'activité exercée qui suscite des difficultés puisque le texte ne précise pas⁸. Ainsi, l'activité commerciale exercée sporadiquement pourrait, selon une interprétation littérale⁹, suffire à reconnaître la compétence de la juridiction commerciale¹⁰. C'est ainsi que la jurisprudence a déjà pu reconnaître que tel était le cas du fonctionnaire¹¹, du notaire¹² ou de l'huissier¹³ qui exerçaient des actes de commerce¹⁴. Il pourrait être ajouté le cas de l'auto-

¹ Son activité a un caractère mixte, CERATI-GAUTHIER (A.), Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales, *JCP E*, 2008/48, 2436, sp. n° 13 ; refusant la qualité de professionnel indépendant au pharmacien d'officine pour retenir celle de commerçant considérant leur inscription au RCS, sur le prononcé d'une sanction personnelle, CA Paris, 23 sept. 2008, n° 07/21713 ; *D. actu.*, oct. 2008, n. A. LIENHARD.

² VOINOT (D.), Quelle compétence (...), *op. cit.*, sp. n° 7, critique, sp. n° 8 et v. manuel précit., sp. n° 229.

³ L'immatriculation pose seulement une présomption simple, C. com., art. L. 123-7, al. 1-2, toutefois, al. 3 : « Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante ».

⁴ Pour son cas, il est certain que le critère de l'activité est plus conforme à la réalité, l'ancien mécanisme du texte était de ce point de vue critiqué, C. com., art. L. 624-1, LUCAS (F.-X.), « Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom », *in* mél. A. HONORAT, *op. cit.*, sp. p. 284.

Cependant, il impose *a contrario* d'opérer une vérification pour s'assurer de cette réalité ; dans la plupart des cas, cela aboutira à dénier la reconnaissance d'une activité commerciale indépendante, faisant alors sortir l'associé en nom collectif du droit des entreprises en difficulté, ROUSSEL GALLE (P.), L'ouverture des procédures (...), *D.*, 2009, *op. cit.*, sp. n° 4 ; pour une application en jurisprudence : déniait la reconnaissance d'une activité commerciale, CA Paris, 6 juill. 2010, n° 10-03.387 ; *D. actu.*, sept. 2010, n. A. LIENHARD ; ce n'est cependant pas la position de la Cour de cassation qui le renvoie au droit des entreprises en difficulté, 2^e civ., 5 déc. 2013, n° 11-28092 ; *Bull.*, II, n° 231 ; v. *infra*, sp. n° 338.

⁵ Pour lesquelles, « L'application d'une présomption de compétence des tribunaux de commerce aux personnes morales est moins évidente dans la mesure où, au moins s'agissant des sociétés, ces dernières, qu'elles soient civiles ou commerciales, sont obligatoirement immatriculées (...). Il n'est donc pas possible de tirer de la seule immatriculation au RCS une présomption de compétence des tribunaux de commerce facilitant ainsi l'office du juge », VOINOT (D.), Quelle compétence (...), *loc. cit.*, sp. n° 8.

⁶ C'est-à-dire, après examen de la réalité de leur activité.

⁷ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 475 (à propos des sociétés d'exercice libéral (SEL), qui relevait antérieurement des tribunaux de commerce).

⁸ « Toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale », C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; le critère de la profession, c'est-à-dire de l'habitude, n'est pas expressément requis.

⁹ Même si dans les faits, les solutions antérieures (critère de l'habitude, v. VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 126-127) sont reproduites, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 280 ; les actes de commerce occasionnels ou accessoires à une profession civile ne suffiront pas à reconnaître la qualité de commerçant, CAMPANA (M.-J.), DIZEL (M.), et *al.*, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire (Conditions d'ouverture), *Rép. dr. sociétés*, sp. n° 19.

¹⁰ « Le texte ne précisant pas que les personnes visées sont des professionnels (...), cette modification peut conduire à cette situation curieuse où une personne (...) exerçant accessoirement une activité commerciale, se verra reconnaître le droit de demander l'ouverture d'une procédure collective devant un Tribunal de commerce. », VOINOT (D.), L'ouverture (...), *GP, op. cit.*, sp. p. 15 et, v. manuel précit., sp. n° 126.

¹¹ TC Troyes, 19 déc. 1949 ; *RTD com.*, 1950, p. 356, n. R. HOUIN ; reprenant l'exemple, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 281.

¹² Le notaire effectuait, contrairement aux règles de sa profession, des actes de banques de manière habituelle, Cass. com., 2 fév. 1970, n° 68-13.575 ; *Bull. soc.*, n° 36, p. 37 ; HOUIN (R.), BOULOC (B.) (éd.), *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t. I, Sirey, 1976, 2^e éd., sp. p. 56 ; *RTD com.*, 1970, p. 671, n. A. JAUFFRET.

¹³ L'huissier effectuant des opérations de courtage, Cass. com., 24 mai 1966 ; *Bull. civ.* III, n° 271 ; *RTD com.*, 1966, p. 999, n. R. HOUIN.

¹⁴ Pour le RJ, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 417 ; LEGROS (J.-P.), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Qualité du débiteur, Personne physique, *Jcl. com.*, fasc. n° 2160, sp. 217.

entrepreneur¹ qui, précisément, simplifie l'exercice d'une activité accessoire quelle que soit la situation professionnelle d'origine².

D'une manière générale, pour toutes ces situations, il existe un doute sur la nature commerciale, artisanale ou civile de l'*activité*. Peut-être faudrait-il considérer qu'elles relèvent finalement de la notion évolutive d'entreprise qui atteindrait alors toutes les professions ? Quoi qu'il en soit, cela emporte conséquemment une incertitude sur la compétence du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, ce qui est contestable.

157. Conséquences critiquables. Ces difficultés liées à la détermination de la compétence juridictionnelle sont source d'incertitudes pour le contentieux des entreprises en difficulté³. La mise en œuvre d'un traitement dépend directement de la saisine de la juridiction. Toute erreur entraîne un retard dans la procédure⁴, ce qui atteint son efficacité par le risque d'une aggravation des difficultés et, d'une manière plus générale, la bonne administration de la justice. La dualité juridictionnelle ne doit pas être un moyen dilatoire pour un débiteur de mauvaise foi⁵ en cas de difficultés ou échappatoire aux règles commerciales⁶. Les conflits et les incidents de compétence sont en ce sens source d'insécurité juridique. L'identification exacte de la juridiction compétente est d'autant plus importante en la matière qu'elle se prolonge non seulement à toute la procédure, mais aussi, à toutes les questions qui y sont relatives⁷, voire au-delà en cas d'extension de la procédure à d'autres activités alors même qu'elles ne relèveraient *a priori* pas de sa compétence⁸. Est enfin retrouvée l'unité de compétence juridictionnelle⁹, mais au prix d'une incohérence renforcée de la ligne de partage.

158. Transition. Le tribunal de commerce et le tribunal de grande instance doivent se répartir entre eux la compétence pour traiter des entreprises en difficultés. C'est la conséquence

¹ Soulignant les risques, VOINOT (D.), Les conditions d'ouverture (...), *op. cit.* et Quelle compétence (...), *op. cit.*, sp. n° 12 ; également, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 281.

Pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), il faut noter une application distributive des règles de compétences selon la nature de l'activité concernée, C. com., art. L. 680-1 ; de plus, le tribunal de la procédure « connaît des contestations relatives à l'affectation des éléments du patrimoine de cet entrepreneur qui s'élèvent à l'occasion de cette procédure », art. L. 680-7.

² LAVAL-MADER (N.), Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?, *AJDA*, 2009/23, p. 1230-1236 ; CASTAGNÉ (S.), Le statut d'auto-entrepreneur : un nouveau cadre fiscal et social, aménageant le système d'immatriculation, principalement pour des activités complémentaires, Loi n° 2008-776, *JCP N*, 2008/50, p. 25 s.

³ Not. MARTIN-SERF (A.), *Jcl. sociétés*, fasc. n° 31-40, *op. cit.*, sp. n° 10 s.

⁴ Toutefois, la juridiction déclarée incompétente peut prendre des mesures conservatoires et provisoires, C. com., art. R. 662-5.

⁵ GUYON (Y.), *Entreprises en difficultés*, *op. cit.*, sp. n° 1143.

⁶ Not. pour les dirigeants de personne morale, considérant la sanction applicable lorsque le caractère commercial est retenu, C. com., art. L. 651-1 ; MARTIN-SERF (A.), *loc. cit.*, sp. n° 139.

⁷ C. com., art. L. 621-2, al. 5 et R. 662-3.

De même pour l'EIRL, en cas de contestation relative à l'affectation, C. com., art. L. 680-7.

⁸ En sauvegarde, C. com., art. L. 621-2, al. 2, en RJ, art. L. 631-7, et en LJ, art. L. 641-1.

⁹ Autour du « bloc de compétence » pour le traitement ; en jurisprudence, la solution est ancienne, octroyant compétence au tribunal du domicile du débiteur de connaître des contestations « nées de la faillite ou sur lesquelles l'état de faillite exerce une influence juridique », Cass. req., 29 oct. 1888 ; *D.* 1889, 1, p. 13 ; comp. C. com., art. R. 662-3 ; ce qui est particulièrement remarquable pour le tribunal de commerce qui dispose d'une compétence d'attribution en principe strictement définie, CAGNOLI (P.), *th. précit.*, sp. n° 357 ; STAES (O.), *th. précit.*, sp. n° 57 s.

de ce que le droit n'a plus nécessairement vocation à sanctionner les débiteurs défaillants. Au contraire, il doit bénéficier au plus grand nombre¹. Mais cela ne signifie pas² que la question de la sanction des comportements fautifs est totalement évincée du droit des entreprises en difficulté. De sorte que leur compétence juridictionnelle doit encore être partagée à ce propos avec le tribunal correctionnel.

C. Le partage du pouvoir de sanction

159. Sanction du chef d'entreprise. Dans une « fonction d'assainissement des milieux économiques »³, le droit des entreprises en difficulté a également vocation à sanctionner le chef d'entreprise qui a contribué aux difficultés. Certes, l'évolution législative⁴ a placé cette fonction du droit au second plan⁵, par exemple, en abrogeant progressivement les cas d'ouverture-sanction des procédures collectives⁶. Mais la loi⁷ y procède toujours⁸.

À ce titre, la faillite personnelle⁹ entraîne une interdiction générale de diriger, gérer, administrer ou contrôler toute entreprise. Elle peut être accompagnée d'une déchéance, d'une interdiction ou d'une incapacité d'exercer une fonction publique¹⁰. Il s'agit d'éliminer le dirigeant malhonnête de la vie économique, voire de la société. Par ailleurs, il est possible de prononcer, seule¹¹, mais pour les mêmes faits, une interdiction de gérer¹². La juridiction peut adapter la sanction selon son appréciation souveraine des faits.

160. Juridictions compétentes. Une fois encore, il faut observer que le droit des entreprises en difficulté désigne deux juridictions potentiellement compétentes pour prononcer ces mesures. D'une part, ce peut être le tribunal connaissant la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires¹³, qu'il soit au demeurant civil ou commercial. Quoi que, si le débiteur

¹ PÉROCHON (F.), « Le “bénéfice” sélectif de la procédure collective », *in* mélanges C. MOULY, t. 1, Litec, 1998, p. 401-415, sp. n° 1 ; également, ROUSSEL GALLE (P.), La procédure de sauvegarde, Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, *JCP E*, 2006/40, 2437, sp. n° 5 ; TRICOT (D.), Rapport de synthèse, *RPC*, 2012, *op. cit.*, sp. n° 3.

² LUCAS (F.-X.), L'ouverture de la procédure collective, *PA*, 10 juin 2004, p. 4 s., sp. n° 26 et n. n° 10.

³ Et de moralisation des affaires, HAEHL (J.-P.), La réforme mesurée du droit des sanctions, *PA*, 14 sept. 1994, p. 22 s., sp. n° 1.

⁴ Soit la distinction de l'homme et de l'entreprise, *v. supra*, sp. n° 2.

⁵ *V. supra*, sp. n° 2 et n° 113.

⁶ À propos de C. com., anc. art. L. 652-1 s. (obligation aux dettes sociales) ; modif. par ord. 18 déc. 2008 précit., art. 131 ; *v. MASCALA (C.)*, Le périmètre des sanctions, *RPC*, 2011/1, dossier 5, sp. n° 20.

⁷ C. com., Livre VI, Titre V.

⁸ ROBACZESWIKI (C.), La non-réforme des sanctions pénales dans la loi de sauvegarde des entreprises, *GP*, 2005/253, p. 48 s., sp. n° 1

⁹ C. com., art. L. 653-2 s.

Pourrait être également évoqué le cas de la banqueroute qui relève de la juridiction pénale, mais nécessite l'ouverture judiciaire d'un RJ ou une LJ, ROBACZESWIKI (C.), *loc. cit.*, sp. n° 16.

¹⁰ C. com., art. L. 653-10.

¹¹ C'est-à-dire sans le prononcé de la déchéance des droits civils (propre à la faillite personnelle, C. com., art. L. 653-10) et sans la possibilité pour les créanciers de reprendre leurs poursuites (cas de clôture de la LJ pour insuffisance d'actifs, art. L. 643-11, III).

¹² C. com., art. L. 653-8, al. 1^{er}.

¹³ C. com., art. L. 653-1, I.

exerce une activité professionnelle qui relève de règles disciplinaires particulières, le tribunal de la procédure perd sa compétence au profit de l'ordre professionnel concerné¹. D'autre part, ce peut être le tribunal correctionnel², à l'occasion d'une action pour banqueroute³. Ici, la spécificité des règles disciplinaires n'interfère pas.

161. Critique de la compétence de l'ordre professionnel. La substitution de l'ordre professionnel pour le prononcé de sanctions est discutable. Cela crée une inégalité entre les justiciables et entre les juridictions qui est, sur le plan du droit, peu justifiée⁴.

162. Critique de la dualité de compétence juridictionnelle. Plus particulièrement par rapport à l'autorité judiciaire elle-même, la double compétence juridictionnelle pour le prononcé des sanctions interroge, notamment du point de vue de l'articulation entre les deux juridictions⁵. À ce propos, la loi de Sauvegarde des entreprises est intervenue pour affirmer la compétence prioritaire du tribunal de la procédure⁶, ce qui, au demeurant, est contraire⁷ à l'adage « le criminel tient le civil en l'état »⁸. Mais, surtout, c'est permettre, par deux fois⁹ et, ajoute l'ordonnance de 2008, pour les « mêmes faits »¹⁰, la sanction du débiteur en raison de deux compétences juridictionnelles distinctes. Concrètement, il est possible que le chef d'entreprise soit « rattrapé »¹¹, de manière incidente, par la juridiction pénale alors même que le tribunal de la procédure n'a pas cru nécessaire de prononcer, à titre principal, une telle mesure. Ou il se pourrait que le tribunal de la procédure prononce définitivement la faillite personnelle du dirigeant et que le tribunal correctionnel retienne, lui, la simple interdiction de gérer¹². C'est une question d'appréciation souveraine des faits. Or, ce sont les mêmes faits qui sont en cause, avec, en outre, des sanctions qui ont des effets très proches¹³. Il faudrait encore soulever l'hypothèse d'actions

¹ C. com., art. L. 653-1, I, 3°.

² C. com., art. L. 654-6 ; ce sont des peines complémentaires.

³ C. com., art. L. 654-1.

⁴ Les règles déontologiques et disciplinaires de la profession sont sans rapport direct et ne devrait pas interférer, MASCALA (C.), Le nouveau régime de sanction dans la loi de sauvegarde des entreprises, *RTD com.*, 2006/1, p. 209-218 ; PÉROCHON (F.), Le privilège des notables indélicats : un nouveau privilège ?, *D.*, 2005, point de vue, p. 1146 s.

⁵ SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 2652 s.

⁶ C. com., art. L. 654-6 ; créé par L. 26 juill. 2005 précit. ; d'une manière générale, v. PARACHKÉVOVA (I.), La nouvelle responsabilité des dirigeants dans les procédures collectives : révolution ou évolution ?, *PA*, 19 déc. 2006, p. 4 s.

L'affirmation de la primauté de compétence du tribunal de la procédure par la loi de Sauvegarde n'anéantit pas le pouvoir du juge pénal à cette même fin, mais au contraire, le renforce : le droit antérieur ne contenait pas de précision sur ce point, son pouvoir était donc discuté, MATSOPOULOU (H.), Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer, *D.*, 2007, chron., p. 104 s.

⁷ ROBACZESWKI (C.), La non-réforme des sanctions pénales (...), *op. cit.*, sp. n° 10.

⁸ CPP, anc. art. 4, al. 2 ; la portée de la règle a été atténuée par la L. n° 2007-291, 5 mars 2007, art. 20 ; mais la jurisprudence continue d'affirmer l'effet *erga omnes*, Cass., ch. mixte, 10 oct. 2008, n° 04-16.174 ; d'une manière générale sur cet adage, v. RUTSAERT (J.), « L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil », *in* méf. J. DABIN, *Droit positif*, t. 2, Bruylant-Sirey, 1963, p. 887-910 ; et sur l'autorité *absolue* de la chose jugée, v. *supra*, sp. n° 110.

⁹ Évoquant l'hypothèse alors d'« une double peine », ROBACZESWKI (C.), *loc. cit.*, sp. n° 10.

¹⁰ Même texte, ord. 18 déc. 2008 précit., art. 142.

¹¹ PÉROCHON (F.), *manuel précit.*, sp. n° 1729.

¹² Il n'y a pas identité des mesures et, donc, le cumul est possible.

¹³ MASCALA (C.), Le périmètre des sanctions, *op. cit.*, sp. n° 24.

en justice concomitantes concernant ces mêmes faits. Par une lecture *a contrario* du texte¹, c'est admettre que la juridiction répressive puisse prendre la même décision contre le même débiteur tant que celle du tribunal de la procédure n'est pas passée en force de chose jugée². L'hypothèse du concours n'est pas résolue par la loi nouvelle³, les sanctions pourraient donc se cumuler⁴.

Par ailleurs, la double compétence juridictionnelle pose la question de la nature juridique de la sanction. Selon le tribunal qui la prononce, la faillite personnelle est tantôt une mesure d'assainissement de la vie économique, d'intérêt public⁵, tantôt, elle est une sanction pénale, personnelle au dirigeant. De la réponse apportée dépend l'application ou non des principes spécifiques de droit pénal. Dans la première hypothèse, le tribunal de la procédure n'aurait pas à les respecter⁶. Pour les mêmes faits et la même peine, c'est un régime juridique différent qui s'applique, la sanction changeant de nature juridique. Du point de vue de l'esprit, cela est discutable. Il y a une incohérence qui naît de la dualité de compétence juridictionnelle.

163. Conclusion et transition. Tribunaux de commerce, tribunaux de grande instance, voire tribunaux correctionnels, trois juridictions sont potentiellement compétentes pour mettre en œuvre les dispositions relatives au droit des entreprises en difficulté. Or, l'éclatement de la compétence juridictionnelle fait naître des incertitudes quant à la répartition du contentieux. Cela est d'autant plus contestable que ces juridictions sont profondément différentes du point de vue organique.

§ 2. La composition différente des juridictions

164. Différence entre le tribunal de commerce et le tribunal de grande instance. Le tribunal de commerce se distingue par les membres qui le composent, c'est-à-dire des juges consulaires. Le tribunal de grande instance, également compétent en droit des entreprises en difficulté, n'appelle pas l'élection de professionnels pour composer son collège, mais des

¹ C. com., art. L. 654-6.

² Ce n'est que lorsque la décision du tribunal de la procédure est définitive qu'elle fait obstacle au juge pénal de se prononcer.

³ L'ancienne disposition qui prévoyait application de la règle de l'autorité du pénal sur le civil a été abrogée avec la réforme de la loi de Sauvegarde, C. com. (L. 1985), anc. art. 201, al. 2; anc. art. L. 626-6, al. 2; critique, MASCALA (C.), *loc. cit.*, sp. n° 23.

⁴ Sauf à reconduire en toute logique la solution du droit ancien, laquelle constitue au surplus une règle générale du droit judiciaire privé, « le criminel tient le civil en état », comp. CPP, art. 4, al. 2.

⁵ Selon la jurisprudence, « Ne constituait pas une sanction professionnelle mais une mesure d'intérêt public », Cass. com., 9 fév. 1988, n° 86-15.694; *Bull. civ.*, IV, n° 63, p. 44; *JCP E*, 1989, II, 15478, n. M. CABRILLAC; *D.*, 1989, somm., com. 2, n. F. DERRIDA; *adde.*, « constituent des mesures d'assainissement de la vie économique ont pour unique objet d'éliminer de la vie des affaires des personnes incompétentes ou malhonnêtes dont la présence au sein du tissu économique constitue une source de danger pour les tiers », CA Amiens, 13 mars 2003, n° 02/03.855; *RTD com.*, 2004, p. 606, n. C. MASCALA.

⁶ « N'ont pas une nature de sanctions pénales; qu'elles ne sont pas donc soumises au principe de légalité des délits et des peines », CA Amiens, 13 mars 2003 précit.; de même à propos de la rétroactivité *in mitius* et d'un délai de prescription plus favorable, « la loi précitée prévoyant un délai de trois ans ne sont pas applicables au prononcé, par une juridiction non répressive, d'une mesure d'intérêt public, telle la faillite personnelle », Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-10.805; *Bull.*, IV, n° 219; *D.*, 2007, p. 2666, n. A. LIENHARD.

magistrats formés au droit. En conséquence, l'observation d'une dualité de juridictions¹ retenue par la loi² devient contestable sur le plan organique cette fois, en ce que ce sont deux institutions juridictionnelles profondément différentes qui appliquent, pourtant, les mêmes règles juridiques. Il y a une incohérence du traitement judiciaire en raison, précisément, de cette différence entre les juridictions.

165. Opposition des magistrats professionnels et des juges consulaires. Les juges consulaires, contrairement aux magistrats professionnels, sont élus (A) à partir de leur expérience professionnelle (B), ce qui explique qu'ils ne soient pas soumis au statut général de la magistrature (C). La somme de ces différences oppose nettement les deux juridictions. Si les tribunaux de commerce, en tant que juridictions d'exception - et exceptionnelles du droit français³ - paraissent, sur ce plan, davantage attaqués⁴, il faut en réalité considérer que ce sont les différences des unes mises au regard des autres qui emportent la critique réciproque.

A. L'opposition dans la désignation des membres

166. Des juges élus face à des magistrats professionnels. Les tribunaux de grande instance se composent de magistrats professionnels, nommés par le Président de la République⁵. Les tribunaux de commerce sont, eux, composés de juges élus parmi leurs pairs⁶. Si ces éléments sont connus, il n'en demeure pas moins une différence saisissante entre ces deux modes de désignation qui justifie qu'elle soit ici soulignée en ce qu'elle cristallise l'incohérence du dualisme juridictionnel en la matière.

¹ V. *supra*, sp. n° 148 s.

² C. com., art. L. 610-1 et L. 621-1, al. 1^{er}.

³ Soulignant que la fonction consulaire française est la seule qui possède « la plénitude de l'imperium de sa fonction », VIVIER (P.), « La sauvegarde des entreprises en Europe consulaire », rapp. CNTC, Conférence générale des tribunaux de commerce, *Le magistrat consulaire européen*, 18 nov. 2005, p. 41-43 ; pour une étude de droit comparé, VALLENS (J.-L.), *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, *op. cit.*, sp. n° 16.

⁴ Outre les divers rapports officiels, not. Colcombet et Montebourg (1998), Marshall (2013) et Untermaier et Bonnot (2013) précit. (v. *supra*, sp. n° 143, n. 3 ; églement, n° 562) ou les discussions en doctrine (v. *supra*, sp. n° 5, n. 3 ; n° 143, n. 4-5), les nombreuses QPC relatives aux tribunaux de commerce (Cass. com., 6 mars 2012, n° 11-40.102, arrêt de renvoi n° 337 ; n.p.B. ; *D.*, 2012, 745 ; *LEDEN*, avril 2012, p. 1, n° 63, n. F.-X. LUCAS ; com., 16 oct. 2012, n° 12-40.061 s., arrêts n° 1085 s. (trois arrêts) ; n.p.B. ; *D. actu.*, 2012, p. 2446, n. A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2012, repère, 266, n. N. FRICERO ; com., 20 déc. 2012, n° 12-40.074, arrêt n° 1294 ; n.p.B. ; *D.*, 2013, p. 97 ; *RPC*, mars 2013, comm. 34, n. P. ROUSSEL GALLE ; pour un bilan, GICQUEL (J.-E.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel, *GP*, 2015/3, p. 32 s.) permettent aussi d'en prendre la mesure, FAVARIO (T.), Le Livre VI du Code de commerce en son miroir constitutionnel, *RPC*, 2015/4, étude 12, sp. n° 12 ; dans le même sens, DELATTRE (C.), La justice consulaire face à l'impartialité, *RPC*, 2013/1, étude 3 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le Conseil constitutionnel et la justice commerciale », in méf. H. ROUSSILLON, *Le pouvoir, mythes et réalité*, t. 1, PU Toulouse, 2014, p. 1101-1113.

⁵ Statut de la magistrature précit., art. 28.

⁶ C. com., art. L. 723-1.

Les magistrats de la juridiction de droit commun sont recrutés¹ par voie de concours² et au terme d'une formation spécialisée³ et particulièrement exigeante⁴. Celle-ci est consacrée par leur nomination officielle par le pouvoir exécutif⁵ dont l'autorité judiciaire est considérée dériver⁶. En effet, la Justice étant un service public, l'État en a la responsabilité⁷ et, partant, le pouvoir de nomination. La nomination s'envisage par ailleurs dans une perspective de carrière au sein du corps judiciaire. C'est en ces termes que les magistrats du tribunal de grande instance peuvent être regardés comme des professionnels de la justice.

A contrario, il est difficile de parler de « recrutement » concernant les juges du tribunal de commerce en ce qu'il n'a pas lieu au terme d'une formation spécialisée, mais au moyen d'une élection. Il y a alors là l'idée d'une justice, non plus professionnelle, mais démocratique⁸, c'est-à-dire exercée par les représentants du corps social et, plus précisément, des justiciables susceptibles d'être appelés devant cette juridiction. En cela, les membres du tribunal de commerce font montre d'une particularité extraordinaire au regard des juridictions ordinaires, ce qui fait naître des critiques.

167. La critique de l'élection des juges des tribunaux de commerce. Au-delà du caractère extraordinaire de l'élection, ce sont ses modalités mêmes, ainsi que le mandat qu'elle confère, qui sont critiqués.

La contestation peut être abordée du point de vue de la représentativité des juges du tribunal de commerce. Si le principe est celui d'une élection du juge parmi ses pairs, l'étude de **la composition du collège électoral**⁹ infirme le caractère réellement démocratique de l'élection. Il faut dire que, dès l'origine, la définition du corps électoral a été restrictive¹⁰. Le Code de commerce de 1807 réservait ainsi le droit de vote aux commerçants notables de la ville¹¹, c'était un biais indirect pour Napoléon Bonaparte lui permettant de maîtriser, malgré le principe de l'élection, la composition de ces juridictions¹². Si la législation ultérieure a permis le suffrage

¹ À titre principal et par différenciation avec la voie latérale, PERROT (R.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, sp. n° 337 et n° 355 s.

² Accessible après 4 ans d'études supérieures, Statut de la magistrature précit., art. 16.

³ Dispensée par l'École nationale de la magistrature (ENM) ; Statut de la magistrature précit., art. 14 ; D. n° 72-355, 4 mai 1972.

⁴ PERROT (R.), *loc. cit.*, sp. n° 351 ; laissant parfois demeurer des postes vacants, par ex. en 2012, *JORF*, 29 déc., texte n° 303.

⁵ En tant qu'auditeurs de justice et à leurs postes, décret du président de la République, sur proposition du garde des Sceaux, Statut de la magistrature précit., art. 26-28 ; l'avis conforme de la formation compétente du CSM est néanmoins requis.

⁶ V. *supra*, sp. n° 106.

⁷ Constitution 1958, art. 64 ; plus précisément, Statut de la magistrature précit., art. 11.

⁸ BERNARD (A.), La réforme des tribunaux de commerce : remises en ordre, *D.*, 1999, p. 403 ; sur la légitimité démocratique, v. *infra*, sp. n° 380, n. 1.

⁹ C. com., art. L. 723-1 s.

¹⁰ HILAIRE (J.), « Perspectives historiques de l'élection des juges consulaires », in *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine, op. cit.*, p. 137-163.

¹¹ Et dont la liste était dressée par le préfet et approuvée par le ministre du commerce, L. 21 déc. 1871 ; ce qui signifie que l'administration pouvait exclure certains commerçants dès lors qu'elle considérait qu'ils ne respectaient pas les conditions d'honneur et de probité ; globalement, la liste représentait en moyenne 1/10^{ème} des commerçants patentés du ressort, SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *op. cit.*, sp. n° 745.

¹² *Ibid.*

universel¹, la matière s'est par ailleurs étendue à d'autres types de débiteurs qui demeurent non représentés dans cette élection. Il est fait référence au cas de l'artisan qui n'est pas intégré au corps électoral alors que sa situation ressort de la compétence des tribunaux de commerce². De plus, les commerçants qui composent eux le corps électoral, se trouvent dans les faits sous-représentés, leur présence étant trop faible³. Ainsi, la définition du collège électoral n'apparaît pas en adéquation avec l'objectif démocratique et représentatif supposé de l'élection des juges commerciaux⁴. C'est en ce sens qu'une question prioritaire de constitutionnalité a été formulée : « L'article L. 723-4 du Code de commerce est-il conforme à la Constitution, pris sous l'angle de l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789, dans la mesure où 60% des personnes justiciables d'un tribunal de commerce ne sont pas éligibles en qualité de juges consulaires ? », mais la Cour de cassation a considéré n'y avoir lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel⁵.

Dans ce cadre, il faut ajouter que l'élection a lieu selon **un système à double degré**⁶, c'est-à-dire que les juges sont élus par des délégués qui ont déjà été eux-mêmes précédemment sélectionnés. Or, il est reproché au processus d'organiser dans les faits⁷ une cooptation des membres⁸, le nombre de candidats étant généralement égal à celui des postes à pourvoir⁹. Ainsi, en raison d'un vivier trop restreint de candidats et en préparation des élections, les présidents de juridiction activent leurs réseaux afin qu'ils présentent un candidat potentiel¹⁰, lequel sera reçu

¹ L. 8 déc. 1883 ; droit de vote des femmes commerçantes, L. 23 janv. 1989, PERROT (R.), *op. cit.*, sp. n° 127.

² Le critiquant, SAINTOURENS (B.), « Des commerçants aux professionnels, de la justice commerciale à la justice économique », *in 1807-2007, Bicentenaire du Code de commerce*, *op. cit.*, p. 170-180, sp. p. 172.

En effet, la loi (C. com., art. L. 123-1) semble exiger la double inscription au RM et au RCS afin d'entrer dans la liste des électeurs aux élections des délégués consulaires (art. L. 723-1) ; la réforme de la justice du XXI^e s. (*v. supra*, sp. n° 12) viendrait modifier ce point en ouvrant la liste également aux artisans en nom propre, inscrits au RM et d'une manière générale, aux membres des chambres de métiers et de l'artisanat, projet de loi *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit. art. 47, A, al. 8 ; de plus, la réforme prévoit également l'extension du corps électoral par une inscription automatique sur les listes électorales des juges des tribunaux de commerce ainsi que les anciens membres, art. 47, A, al. 10 ; et elle supprimerait l'inéligibilité des professionnels en cours de procédure de sauvegarde considérant que cela fait montre de la responsabilité du chef d'entreprise par son initiative, art. 47, al. 48.

³ En ce sens, rapportant une surreprésentation des cadres-dirigeants de l'entreprise, rapp. Sénat n° 178, *sur le projet de loi relatif aux tribunaux de commerce*, P. GIROD (*rapp.*), janv. 2002, 129 p, sp. p. 34 (ci-après noté « rapp. Girod »).

⁴ Critique, rapp. Untermaier et Bonnot *sur le rôle de la justice en matière commerciale* précit., sp. n° 15 ; également, rapp. Club Droits, Justice et Sécurités (DJS), *sur la réforme des tribunaux de commerce*, 7 déc. 2012, sp. p. 3 (ci-après noté « rapp. Club DJS »). Redéfinir le collège électoral en conformité avec la diversité des justiciables concernés constitue d'ailleurs la proposition n° 1 des juges consulaires eux-mêmes quant à la réforme des tribunaux de commerce, CGJCF, Réforme de la justice commerciale, 26 juin 2014, *in Les juges consulaires font des propositions*, *Journal des sociétés*, 2014/31.

⁵ La question n'étant pas nouvelle (préc. constitutionnalité des tribunaux de commerce, Cons. constit., 4 mai 2012, QPC *EURL David Ramirez* précit.) et ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les conditions légales ont pour objectif de renforcer les exigences de capacités nécessaires à l'exercice de fonctions juridictionnelles par des magistrats non professionnels et que la différence de traitement entre les professionnels qui en résulte répond à des impératifs de bonne justice, Cass. com., 20 déc. 2012, n° 12-40.074, arrêt n° 1294 ; n.p.B. ; *D.*, 2013, p. 97 ; *RPC*, 2013/2, comm. 34, n. P. ROUSSEL GALLE.

⁶ Élection de délégués consulaires par les membres des chambres de commerce et d'industrie, C. com., art. L. 713-6 s. ; qui élisent eux-mêmes avec les juges consulaires les nouveaux juges des tribunaux de commerce, art. L. 723-1 à L. 713-8.

⁷ Le système à double degré a pourtant été instauré afin de « conjurer le risque de l'influence du poujadisme », CHAPUT (Y.), « La légitimité de l'intervention du juge en matière économique », *in Impartialité et justice économique en Europe*, *op. cit.*, sp. p. 38.

⁸ Rapp. Marshall *sur les juridictions du XXI^e siècle* précit., sp. p. 102 ; rapp. Club DJS précit., sp. p. 8 ; rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 13 qui envisage d'ailleurs la suppression du double degré, sp. p. 17.

⁹ Rapp. IGF n° 98-M-019-01 et IGSJ n° 8-98, *d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce*, J.-B. DE FOUCAULD, D. BOCCON-GIBOD et al. (*rapp.*), juill. 1998, 95 p., sp. p. 18 ; également, MARIN (J.-C.), Entretien, par F. FORTIN, *GP*, 2012/94, p. 9 s.

¹⁰ Rapp. annuel du Conseil national des tribunaux de commerce (CNTC), J. RAIBAUT (*dir.*), 2010, sp. p. 11 (ci-après « rapp. CNTC 2010 »).

en entretien informel avant d'être sélectionné par des comités généralement composés de membres des organisations patronales¹. Il y aurait donc une présélection informelle des candidats et l'élection réaliserait alors des préférences partisans, voire corporatistes², le caractère démocratique s'effaçant devant un certain élitisme.

À ce propos, le problème de l'insuffisance des candidats trouve sa réciprocity dans le **faible taux de participation** aux élections³. Si les causes de cet absentéisme sont multiples, la légitimité du candidat élu est nécessairement relativisée ; il est d'ailleurs difficile de parler en ces conditions d'une véritable « élection ».

Par ailleurs, la critique atteint le mandat du juge consulaire. Il est craint un certain risque de politisation⁴ en raison de **la proximité** qu'induit un mandat électif. Au stade du suffrage, l'élection ayant lieu parmi ses pairs, il y a une nécessaire proximité avec les acteurs économiques locaux à l'origine de sa désignation et le tissu économique local dont il est issu⁵. Il en va de même en cours de mandat : le juge consulaire continue d'appartenir à la vie professionnelle⁶ durant l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, le mandat étant bénévole⁷, ce qui éveille par ailleurs des soupçons sur son intérêt⁸. Si les éventuelles influences extérieures ne devraient avoir *a priori* que peu d'emprise - le mandat prenant fin en toute hypothèse à son terme -, il faut cependant rappeler que celui-ci est renouvelable, y compris dans le même tribunal⁹. S'ajoute à cela un certain sentiment d'immunité durant le temps du mandat puisqu'il faut également rappeler que le justiciable du tribunal de commerce ne peut directement saisir l'organe

¹ Les pratiques sont hétérogènes dans les faits ; par ex., recevant en entretien préalable et informel les candidats potentiels à l'élection présentés par les syndicats, E. FELDMANN, président du Tribunal de commerce Lille métropole, entretien personnel oral, Tourcoing, 12 mars 2013 ; autre ex., des comités sont constitués par les différentes organisations patronales qui sélectionnent les candidats, rapp. Girod précit. ; la Conférence générale des tribunaux de commerce (CGCT) a pu formuler une proposition d'encadrement de ces pratiques, *Livre blanc sur la réforme des tribunaux de commerce*, 2010, sp. p. 44 ; également, rapp. CNTC 2010 précit., sp. p. 8-9 ; soulignant d'une manière générale, les difficultés de recrutement, LELIÈVRE (Y.), « La justice commerciale est une justice spécialisée, rendue par des professionnels avec une efficacité certaine », *JCP G*, 2016/16, 457.

² « Les candidats aux élections consulaires qui n'appartiennent pas à des réseaux ou qui ne sont pas syndiqués sont souvent exclus des listes », rapp. Club DJS précit., sp. n. n° 18 ; relevant ce caractère, PERROT (R.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, sp. n° 121 ; très critique, rapp. Colcombet et Montebourg précit. ; et rapportant divers exemples factuels, GAUDINO (A.), *La mafia des Tribunaux de commerce, op. cit.* ; LYONNET (B.), REBUT (R.), Exposé général des critiques à l'endroit des tribunaux de commerce, in Dossier, Les tribunaux de commerce : quelles réformes ?, *RJC*, 1998, p. 42 s.

Par ailleurs, sur l'influence de la franc-maçonnerie, CAPASHEN (G.), Un magistrat peut-il être franc-maçon ?, *D.*, 2001, p. 3203 s.

³ Il est d'environ 20 %, rapp. Club DJS précit., sp. p. 3 ; le relevant, rapp. Marshall précit., sp. p. 42-43 ; rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 13 ; critique, rapp. Colcombet et Montebourg précit., sp. p. 22.

⁴ Rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 15.

⁵ Pour rappel, l'élection n'est pas nationale mais a lieu dans le ressort juridictionnel, C. com., art. L. 723-1, al. 1^{er}.

⁶ Il peut donc continuer d'exercer normalement son activité professionnelle et aussi, appartenir à des réseaux professionnels.

⁷ C. com., art. L. 722-16.

⁸ Si l'intérêt n'est pas financier, il serait ailleurs, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La légitimité des juridictions consulaires », in J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des Juges, op. cit.*, p. 173-188, sp. p. 178 ; la gratuité expose par ailleurs « à la corruption et en tout cas au soupçon de partialité. », VALLENS (J.-L.), « Rapport général », in *Impartialité et justice économique en Europe, op. cit.*, p. 159-169, sp. p. 166.

⁹ C. com., art. L. 722-6, al. 1^{er} ; toutefois, la même disposition limite le nombre de renouvellement.

disciplinaire spécifique aux juges commerciaux, contrairement aux juges ordinaires¹. Pour cette raison, les membres des tribunaux « sont considérés comme dépendants du milieu social qui les désigne »². Si certains défendent l'impartialité des juges consulaires³, il n'en demeure pas moins que la légitimité repose également sur une perception d'ordre psychologique⁴ et symbolique⁵.

168. Regard comparatiste sur le magistrat de carrière. De manière réciproque, il est possible de reproduire certaines critiques faites à propos du juge consulaire à l'égard du magistrat professionnel⁶. Il s'agit du lien de dépendance avec le corps à l'origine de sa désignation. Ainsi, les juges du tribunal de commerce, s'ils peuvent être regardés comme dépendants de leurs électeurs, sont cependant pleinement indépendants du pouvoir exécutif qui n'intervient aucunement dans leur désignation⁷, ce qui n'est pas le cas des magistrats de robe. Certes, pour ces derniers, cela est conforme à la conception traditionnelle selon laquelle l'autorité judiciaire dérive du pouvoir exécutif⁸, ce qui autorise d'ailleurs la qualité d'agent de l'État⁹. Il faut néanmoins souligner le lien intrinsèque et contestable¹⁰ avec l'autorité à l'origine de leur nomination, en l'occurrence, le Président de la République¹¹.

Parce que l'indépendance et l'impartialité sont des conditions indissolubles de la fonction de juger¹², la Constitution de 1958 assure dans le même temps un statut tout-à-fait spécifique aux magistrats par rapport aux autres fonctionnaires¹³. Celui-ci est protecteur et fait précisément peser sur la même autorité de nomination la charge de veiller à leur indépendance¹⁴. À son renfort, intervient le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), lequel a été profondément

¹ Pour rappel, « La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. (...) Le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable », Constitution 1958, art. 65, al. 6 et 10 ; ce qui a fait l'objet d'une QPC, mais alors rejetée considérant la spécificité des tribunaux de commerce, Cons. constit. n° 2012-241 QPC, 4 mai 2012 précit., sp. cons. n° 33.

Il faut toutefois signaler ici un progrès en ce qu'il n'existait pas, jusque récemment, de commission de discipline à l'égard des juges des tribunaux de commerce de sorte, qu'une fois en place, ils ne pouvaient être ni déplacés, ni écartés durant le temps du mandat ; C. com., art. L. 724-1s. et R. 724-1 s. ; ord. n° 2006-673, 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce (...), art. 2.

² SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *loc. cit.*, sp. p. 178 ; également, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 67 ; d'une manière générale, soulignant l'inéluctable « proximité équivoque » des juges consulaires, RONTCHEVSKY (N.), « Impartialité et justice économique en France », in *Impartialité et justice économique en Europe*, *op. cit.*, p. 113-130, sp. n° 18 ; KRYNEN (J.), *Avant-propos à l'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, Puf, 1999, sp. p. 9.

³ Critiquant l'association de la rime « proximité, promiscuité », CHAPUT (Y.), « Synthèse des travaux », in Dossier, Échevinage et justice économique, *RLDA*, 2010, n° 52, perspectives.

⁴ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *loc. cit.*, sp. p. 176.

⁵ Rapp. Club DJS précit., sp. p. 3.

⁶ C'est-à-dire de formation ; sur la terminologie « magistrat », v. *supra*, sp. n° 10.

⁷ Qualité propre aux tribunaux de commerce, CHAPUT (Y.), « La légitimité de l'intervention du juge (...) », *op. cit.*, sp. p. 38.

⁸ V. *supra*, sp. n° 106.

⁹ Au titre d'« agent titulaire d'un emploi permanent de l'État », CE, sect., 17 janv. 1992, *Mme Ortiz* ; *Rec.*, p. 25.

¹⁰ DEGUERGUE (M.), Droits et obligations des magistrats judiciaires, *Jcl. Fonctions publiques*, fasc. n° 790, sp. n° 6.

¹¹ Statut de la magistrature précit., art. 2, art. 26 et 28.

¹² V. *supra*, sp. n°98, 102 et 104.

¹³ DEGUERGUE (M.), *op. cit.*, sp. n° 14 s. ; DRAGO (G.) « Le corps judiciaire (...) », in *mél. A. DECOCQ*, *op. cit.*, p. 187-207.

¹⁴ Constitution 1958, art. 64 ; L. org., ord. n° 58-1136, 28 nov. 1958 précit.

réformé¹ aux fins d'une plus grande autonomie². Non seulement ses membres ne sont plus désignés par le seul Président de la République³, mais, en outre, le conseil formule soit une proposition soit un avis - conforme ou simple - quant à la nomination des magistrats⁴, ce qui tend à tempérer le pouvoir de nomination de l'autorité exécutive. De plus, une fois nommés, les magistrats du siège sont protégés tout au long de leur carrière par la règle de l'inamovibilité, laquelle fait obstacle à tout rapport de subordination par rapport à l'autorité qui les a nommés⁵, ce qui les différencie nettement des juges consulaires.

D'une manière générale, c'est toute la contradiction qu'il y a dans le dualisme juridictionnel propre au droit des entreprises en difficulté entre, d'une part, des magistrats professionnels et, d'autre part, des juges occasionnels, qui, précisément, ne font pas carrière et peuvent être motivés par d'autres intérêts. C'est d'ailleurs en ces termes, soulignant cette différence notable⁶, qu'a été formulée une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre des tribunaux de commerce⁷. Si elle fut cette fois transmise au Conseil des sages, ce dernier a rappelé dans sa décision du 4 mai 2012 la conformité de l'élection avec l'exercice des fonctions de justice dans une matière spécialisée⁸, ajoutant cependant qu'il demeure loisible au législateur de modifier les dispositions y étant relatives⁹.

169. Légitimité du juge et mode de désignation, appréciation générale. D'une manière générale, il est possible d'appréhender le mode de désignation comme fondement de la légitimité du juge. C'est en ces termes que l'ancien droit posait la question formulée simplement : « qui t'a

¹ Not. L. constit. n° 93-952, 27 juill. 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 (...); L. constit. n° 2008-724, 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 31 ; une autre réforme est en cours, projet de loi constitutionnelle portant réforme du CSM, TA AN n° 720, 26 avril 2016 précit. ; v. *infra*, sp. n° 215.

² GICQUEL (J.), « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », in *mél.* P. ARDANT, *Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, p. 289-303.

³ Les membres magistrats sont choisis parmi leurs pairs, L. org. n° 94-100, 5 févr. 1994 sur le CSM, art. 1^{er} et 4 ; L. org. n° 2010-830, 22 juill. 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution ; composition du CSM, Constitution 1958, art. 65.

⁴ Globalement, la proposition de nomination concerne les « hauts » magistrats (Cour de cassation, premiers présidents de cours d'appel et présidents des TGI) ; les avis conformes, les magistrats du siège ; les avis simples, les magistrats du parquet ; sur le sujet, v. BETOULLE (J.), *Magistrats, Rép. proc. civ.*, sp. n° 11 s.

⁵ Magistrats du siège, Constitution 1958, art. 64 ; les magistrats ne peuvent être avancés ou déplacés sans leur accord, Statut de la magistrature précit., art. 4.

⁶ Pour rappel, DDHC, art. 6, égal accès aux emplois publics et art. 16, principes d'indépendance et d'impartialité de la juridiction.

⁷ Cass. com., 6 mars 2012, n° 11-40.102, renvoi QPC n° 337 ; n.p.B. ; *LEDEN*, avril 2012, p. 1, n° 63, n. F.-X. LUCAS.

⁸ « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes » ; « eu égard à la compétence particulière des tribunaux de commerce, spécialisés en matière commerciale, les dispositions contestées », il n'ont pas méconnu les exigences de la DDHC, art. 6, Cons. constit. n° 2012-241, 4 mai 2012 précit., sp. cons. n° 32 et 34 ; *Rec.*, p. 236 ; BLÉRY (C.), RASCHEL (L.), *Tribunaux de commerce : le changement, c'est pas maintenant !*, *JCP G*, 2012/20, 595 ; BOILLOT (C.), « Brevet d'indépendance et d'impartialité des tribunaux de commerce ou quête d'indépendance et d'impartialité ? De la constitutionnalité affirmée à la réforme de la justice commerciale », in *mél.* P. LE CANNU, *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Dalloz, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 96-117 et Conformité du tribunal de commerce aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité, une réponse prospective !, *PA*, 6 mai 2013, p. 7-9 ; FRICERO (N.), *Le tribunal de commerce : une juridiction conforme aux exigences constitutionnelles !*, *D.*, 2012, p. 1626 s. ; *BJE*, sept.-oct. 2012, p. 293, n. I. ROHART-MESSAGER ; *Bull. dict. perm. diff. entr.*, 2012/337, p. 1, n. P. ROUSSEL GALLE et n° 5, p. 293, n. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *JCP E*, 2012, 1365, n. J. VALLANSAN ; *RTD com.*, 2012, p. 621, n. J.-L. VALLENS et L'honneur est sauf : les tribunaux de commerce ne sont pas contraires à la Constitution, *D.*, 2012, p. 1413-1414.

⁹ Cons. constit. 4 mai 2012 précit., sp. cons. n° 32.

fait juge des litiges d'autrui ? »¹. En réponse, la Révolution française a porté une nouvelle idéologie, faisant du principe démocratique son point central². Dans cette perspective, la légitimité repose sur le suffrage de ses pairs et juger serait un acte de citoyenneté³. Il appartient dès lors au corps social d'élire son propre juge. C'est donc de l'élection que le juge tire le pouvoir de juger ses pairs, « la légitimité qu'il en tire est parfaite et directe »⁴.

Cependant, l'élection n'est pas le seul mode de désignation des juges ; au contraire, il est même dérogatoire au regard de la magistrature ordinaire qui relève d'un véritable recrutement objectif⁵. Loin de convaincre, l'élection des juges du tribunal de commerce procéderait *a contrario*, en comparaison du mode de désignation classique des magistrats, d'une forme de justice atypique, voire anormale. En ce sens, l'étude succincte de ses modalités suffit à saisir l'ampleur de la critique faite à son égard. L'élection ne serait donc plus un élément suffisant à la légitimité du juge.

170. Transition. L'élection qui fondait hier la légitimité des membres du tribunal de commerce semble être dépassée, aujourd'hui, par d'autres qualités de légitimation⁶, telles que l'impartialité et l'indépendance des magistrats, mais, aussi, la compétence.

B. L'opposition dans la formation des membres

171. Pratique des affaires *versus* formation juridique. Alors que les magistrats sont recrutés au terme d'une formation juridique spécialisée et aboutie, les juges des tribunaux de commerce justifient d'une certaine expérience pratique des affaires. Exagérément, ce serait opposer la défense du droit à la préoccupation du fait⁷. Cette différence⁸ fait ressortir l'incohérence qui existe à confier à deux juridictions, à deux types de juges, l'application de règles identiques - le droit des entreprises en difficulté - dans le cadre d'une fonction qui est identique - juger -.

¹ MORIN (J.), « La légitimité des juges », in *La légitimité des Juges*, *op. cit.*, p. 183-188, sp. p. 183.

² La prééminence du pouvoir législatif tient à sa légitimité immédiate qu'il tire du suffrage universel et « par extension, toute légitimité d'un quelconque pouvoir ne peut venir que de l'élection », RAIBAUT (J.), Les tribunaux de commerce, une institution au service de la modernité, *RJC*, 2008/4, *op. cit.*, sp. p. 264.

³ POUMARÈDE (J.), « Faut-il élire les juges ? », in *La légitimité des Juges*, *op. cit.*, p. 213-224, sp. p. 214.

⁴ « Élu, le magistrat consulaire est choisi pour juger : l'élection lui confère ce droit par la volonté des justiciables. », RAIBAUT (J.), « Être juge et légitime », in *La légitimité des Juges*, *loc. cit.*, p. 13-19, sp. p. 14.

⁵ C'est-à-dire fondé sur la compétence, v. *infra*, paragraphe suivant de la thèse.

⁶ La légitimité serait un bloc comprenant plusieurs composants solidaires, not. « le mode de désignation, la compétence, l'indépendance et l'impartialité », RAIBAUT (J.), Les tribunaux de commerce (...), *loc. cit.*, sp. p. 264.

⁷ FRISON-ROCHE (M.-A.), L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire (...), *GP*, 1995, *op. cit.*, p. 7 s., sp. n° 31 s. qui souligne que le juge consulaire, comme le juge civil, veillent tous deux à la défense du droit et à se soucier du fait, mais qu'ils le font dans un esprit différent.

⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), *loc. cit.*, sp. n° 16 s.

172. Critique de l'insuffisante formation des juges consulaires. L'élection du juge parmi ses pairs amène intrinsèquement le reproche d'un défaut de connaissances juridiques¹. Alors qu'il doit veiller à l'application du droit, la formation juridique n'est pas une condition de son recrutement. Le grief est d'autant plus fort - voire choquant² - que c'est une exigence constitutionnelle³ pour les magistrats ordinaires⁴, ce que relevait d'ailleurs la question de constitutionnalité transmise au Conseil constitutionnel en 2012⁵.

Il n'y a en effet au recrutement des juges des tribunaux de commerce aucune condition particulière d'aptitude, conséquence de l'élection, mais, surtout, ce qui est plus remarquable, c'est qu'il n'y ait aucune obligation de formation postérieure à la désignation. Autrement dit, s'il peut être difficile d'exiger une capacité juridique particulière avant l'élection, une formation en droit doit⁶ néanmoins être organisée *a posteriori* pour l'exercice effectif des fonctions de juge⁷. Ce point a considérablement évolué dans le temps⁸. Confiée à l'École Nationale de la Magistrature⁹, celle-ci assure depuis 2009¹⁰ la formation initiale¹¹ et continue¹² des juges du

¹ ROHART-MESSAGER (I.), La conformité des tribunaux de commerce à la Constitution, *BJE*, 2012/150, p. 293 s., sp. p. 296 ; c'est le paradoxe de l'élection qui fait soupçonner l'incompétence, HILAIRE (J.), Grandeur ou servitude de la justice consulaire (...), *Justices*, 1998, *op. cit.*, p. 39 s. ; critique, l'élection pouvant être la « sanction de l'incompétence avérée », RAIBAUT (J.), Les tribunaux de commerce (...), *op. cit.*, sp. p. 264.

² « L'absence de formation obligatoire et continue constitue une lacune de l'organisation de la justice consulaire qui peut paraître choquante au regard de la formation dont bénéficient les magistrats professionnels », comparant de surcroît la durée de formation du juge consulaire (18 mois) à celle des auditeurs de justice (31 mois), rapp. Girod *sur le projet de loi relatif aux tribunaux de commerce* précit. ; cependant, la réforme de la justice du XXI^e s. viendrait la rendre obligatoire, v. *infra*, ce paragraphe, sp. n. 2 bis.

³ Pour sa définition, Statut de la magistrature précit., art. 14 ; et reconnaissant sa valeur constitutionnelle (à propos du recrutement par concours exceptionnels), Cons. constit., n° 98-396 DC, 19 fév. 1998, cons. n° 3 ; *Rec.*, p. 153 ; *JCP G*, 1998, actu. n° 11, p. 421 et II, 10158, n. A. QUINT. ; de même pour les concours complémentaires, n° 2001-445, 19 juin 2001 ; *Rec.*, p. 63 ; *JCP G*, 2001, actu. n° 28, p. 1360 ; *Rev. fr. dr. constit.*, 2001, n° 48, p. 724, n. T. S. RENOUX.

⁴ Et pour les greffiers des tribunaux de commerce depuis 2010, C. com., art. L. 743-15, al. 1^{er} ; L. n° 2010-1069, 22 déc. 2010.

De même, pour les conseillers prud'hommes depuis 2015, C. tr., art. L. 1442-1 ; L. n° 2015-990, 6 août 2015 précit., art. 258.

⁵ « Considérant que, selon les requérants, (...) en ne prévoyant ni une condition de diplôme ni un contrôle préalable de l'aptitude à l'exercice des fonctions avant l'accès à un mandat de juge du tribunal de commerce, ces dispositions méconnaîtraient l'exigence de capacité qui résulte du principe d'égal accès aux emplois publics (DDHC, art. 6) », Cons. constit. 4 mai 2014 précit., cons. n° 21.

⁶ Sur sa nécessité et la responsabilité de l'État, rapp. Commission « Qualité de la justice » *sur la formation des juges consulaires*, S. GUINCHARD (prés.), N. FRICERO, G. AZIBERT (rapp.), La Documentation française, 2003, 23 p., sp. p. 6 (ci-après « rapp. sur la formation des juges consulaires »).

⁷ « L'État doit-il intervenir dans la formation des candidats à l'élection de juge consulaire ? Le groupe répond négativement à cette première question, en raison de la légitimité que les juges consulaires tirent de leur élection, élection qui doit rester libre d'accès, sans intervention de l'État. En revanche, la responsabilité de l'État est engagée, pour des raisons de crédibilité de la justice consulaire, dans la formation des juges élus », *ibid.*, sp. p. 2 et v. p. 4 s.

⁸ D'une formation initiale de trois jours laissée à l'initiative de chaque président de tribunal de commerce (hétérogénéité des pratiques), la juridiction de Tours a mis en place en 1989 sous la forme d'une association loi 1901, un centre de formation pour les juges consulaires (CEFJC), PERBEN (D.), garde des Sceaux, discours prononcé au Congrès NTC, Paris, 22 nov. 2002 ; mais il accusait un manque de moyens.

⁹ Suite à un premier accord signé entre le CEFJC et l'ENM, 24 fév. 2003 ; partageant la tâche avec l'ENM à partir de 2005 ; puis, lui réservant l'activité de formation à partir de 2007 ; D. n° 2008-1551, 31 déc. 2008, art. 2 : « L'ENM a pour mission : (...) la formation de personnes n'appartenant pas au corps judiciaire et amenées à exercer, dans l'ordre judiciaire, soit des fonctions juridictionnelles ».

¹⁰ « Toutefois, le dispositif de formation des juges consulaires n'est devenu opérationnel qu'à compter de 2009, une fois accomplie la réforme de l'ENM », rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 29.

¹¹ Formation initiale, 8 modules d'1 à 2 jours durant la 1^{ère} année du mandat, réalisée par des magistrats professionnels et des juges consulaires et déconcentrée à l'échelle régionale, v. en ligne ENM, rubrique « Les formations, Les juges consulaires ».

¹² Actions de formation continue, d'1 à 5 jours par an ; déconcentrée à Paris et en région ; près d'une cinquantaine de formations différentes sont proposées par l'ENM ; de plus, des stages sont organisés au sein des chambres commerciales de la cour d'appel et de la Cour de cassation parallèlement à l'offre de formation proposée par l'ENM, v. en ligne, site de l'ENM précit.

tribunal de commerce. Si cela est un élément de progrès¹, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit - dans l'attente de la réforme sur la justice du XXI^e siècle² - d'une seule faculté pour le juge consulaire. L'une comme l'autre reposent sur le volontariat.

Tel est en tout cas l'état du droit malgré la provocation du Conseil constitutionnel en 2012 rappelant « qu'il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives aux conditions d'accès au mandat de juges des tribunaux de commerce afin de renforcer les exigences de capacités nécessaires à l'exercice de ces fonctions juridictionnelles »³ et les divers rapports officiels postérieurs consacrés à la Justice⁴. Il faut en comprendre la nécessité⁵ : elle est gage de leur compétence à juger⁶.

173. Perspective avec la formation en droit. Si la compétence juridique semble être l'apanage des magistrats ordinaires⁷, il pourrait leur être réciproquement reproché, du fait de leur formation en droit, l'insuffisance de connaissances économiques⁸. En effet, les juges consulaires, pour être éligibles à ces fonctions, doivent préalablement justifier d'une certaine expérience pratique des affaires⁹. Cependant, il n'existe aucune exigence semblable à propos des membres de la juridiction de droit commun pour l'application du droit des entreprises en difficulté. Il est d'ailleurs observé une défiance générale des magistrats de robe envers la matière économique, le marché et ses règles¹⁰, y compris pour le contentieux des entreprises en difficulté¹¹. Celle-ci trouve son explication selon divers rapports publics dans l'insuffisance de la formation économique des magistrats professionnels¹².

¹ Selon les chiffres, en 2012, 58 % des juges consulaires ont suivi au moins une action de formation proposée ; en 2009, 29 %, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 29.

² Le projet de loi ordinaire *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit. prévoit une obligation de formation initiale sanctionnée par la démission, art. 47, al. 17-18 ; créant C. com., art. L. 722-17 ; également, v. *infra*, sp. n° 572.

³ Cons. constit. 4 mai 2012 précit., sp. cons. 32.

⁴ Rapp. Marshall *sur les juridictions du XXI^e siècle* précit., sp. p. 43 et rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 29.

⁵ C'est par la réforme de la formation que la juridiction consulaire assurerait sa survie, rapp. *sur la formation des juges consulaires* précit., sp. p. 2 ; d'une manière générale, il existe un consensus sur ce point, not. : rapp. Club DJS précit., sp. n° 2 ; rapp. annuel CNTC 2010, sp. prop. n° 5 ; rapp. Marshall précit., sp. prop. n° 10.5 ; rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. prop. n° 11 ; également, FRICERO (N.), *Le tribunal de commerce : une juridiction conforme (...)*, D., 2012, *op. cit.*, sp. n° 12 s. ; ROHART-MESSAGER (I.), *La conformité des tribunaux de commerce (...)*, BJE, *op. cit.*

⁶ TEBOUL (G.), Réforme des tribunaux de commerce : pistes et perspectives, GP, 2013/50, p. 7 s. ; d'une manière générale sur le sujet, v. NADAL (J.-L.), PEIMANE (G.-M.), « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », in mél. J.-F. BURGELIN, *Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 279-293.

⁷ Pour rappel, c'est une condition de leur recrutement et une exigence constitutionnelle, v. *supra*, sp. n° 172.

⁸ CANIVET (G.), La formation du juge à l'économique, in actes du colloque, Le juge de l'économie, La Baule, RJC, 2002, n° sp., p. 63-73 ; DRAI (P.), Le monde des affaires et ses juges, RJC, 1990/34, p. 327-334.

⁹ Not. condition d'immatriculation durant les 5 dernières années au moins au RCS, C. com., art. L. 723-4, 5°.

¹⁰ CAHUC (P.) et CARCILLO (S.) (*dir.*), *Les Juges et l'économie : une défiance française*, Institut Montaigne, étude, déc. 2012, 68 p. (ci-après notée « Étude de l'Institut Montaigne ») ; D. *actu.*, 2013, p. 232.

¹¹ Relever, à propos des magistrats du parquet, « un problème de connaissance du monde de l'entreprise en difficulté qui fait peur », DELATTRE (C.), Les nouveaux pouvoirs et les nouvelles missions des membres des juridictions après l'ordonnance du 12 mars 2014, par M. MENJUCQ, RPC, 2014/5, entretien 3.

¹² Rapp. min. Just. *sur la dépenalisation de la vie des affaires*, groupe de travail, J.-M. COULON (*prés.*), janv. 2008, 136 p., sp. p. 84 (ci-après noté « rapp. Coulon ») ; rapp. min. Just., *Propositions pour améliorer la formation des magistrats en matière économique et financière*, M. DOBKINE, M.-J. LOTTE et B. JACTEL (*rapp.*), avril 1995, 18 p. (ci-après noté « rapp. Dobkine ») ; Étude Institut Montaigne précit., sp. n° 3.2 et p. 43 s. ; rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 37 ; également, CANIVET (G.), *loc. cit.* La formation à l'ENM comprend déjà un pôle « Vie de l'entreprise », mais qui pourrait être renforcé à propos de certains contentieux économiques tels que le droit des entreprises en difficulté.

Pour ajouter à la critique, il faut souligner que, pour l'application des règles spécifiques du livre VI du Code de commerce, une certaine expérience judiciaire est également requise pour les juges consulaires¹, laquelle n'est pas reproduite pour les magistrats du tribunal de grande instance. Si leur formation en tant qu'auditeur de justice² permet l'apprentissage de la pratique juridictionnelle, il pourrait néanmoins être retenu, à l'instar d'une expérience économique, une expérience juridictionnelle renforcée³ pour être légitime à intervenir en droit des entreprises en difficulté.

Ainsi, l'expérience des affaires est une qualité propre aux juges consulaires⁴ au regard des magistrats de robe. Cependant, au terme de cette présentation, il faut déduire que la seule expérience des affaires et, inversement, la seule capacité juridique, ne se suffisent pas à elles-mêmes. Les membres des tribunaux de commerce sont d'ailleurs également critiqués pour l'insuffisance de leurs connaissances économiques⁵. Leur expérience commerciale n'est pas, de ce seul fait, le certificat d'une compétence économique. La complexité du droit des entreprises en difficulté imposerait en réalité la réunion de ces trois qualités.

174. Transition. « Dans l'exercice de la fonction de juge, la légitimité de tout juge, différente selon son mode de recrutement, s'efface derrière sa crédibilité et celle-ci ne repose alors que sur la qualité du service rendu aux justiciables, donc sur sa compétence juridique et sur sa capacité à juger »⁶. Or, pour le droit des entreprises en difficulté, celle-ci ressort tantôt de l'expérience des affaires, tantôt d'une formation juridique. C'est toute l'opposition née du

¹ « Lorsque le tribunal de commerce statue en matière de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, la formation de jugement comprend, (...) une majorité de juges ayant exercé des fonctions judiciaires pendant plus de deux ans », C. com., art. L. 722-2 ; également, « La formation de jugement est présidée par le président du tribunal de commerce ou par un juge de ce tribunal ayant exercé des fonctions judiciaires pendant au moins trois ans », art. L. 722-3 ; de même pour le juge-commissaire, art. L. 722-14.

Sauf dérogation spéciale (art. L. 722-15), le non-respect de cette exigence pourrait entraîner la nullité de la décision rendue pour irrégularité de la composition de la juridiction, CPC, art. 430.

² Comprenant l'accomplissement d'un stage en juridiction, conditions, Statut de la magistrature précit., art. 19.

³ D'une manière plus générale, NADAL (J.-L.), GHALEH-MARZBAN (P.), « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », in mél. J.-F. BURGELIN, *op. cit.*, p. 279-293, sp. p. 289 s. ; également, soulignant à titre de comparaison l'inexpérience du juge civil confronté « aux situations humaines dont il ignore quasiment tout. Le juge consulaire est nécessairement expérimenté dans ce dernier aspect (...) alors que le juge civil doit subir le feu de l'activité juridictionnelle avant de développer une telle aptitude », FRISON-ROCHE (M.-F.), *L'esprit comparé (...), GP*, 1995, *op. cit.*, sp. n° 17.

⁴ FRISON-ROCHE (M.-F.), *loc. cit.* ; également, FRYDMAN (B.), « Juge professionnel et juge citoyen : l'échevinage à la croisée des deux cultures judiciaires », in *La participation du citoyen à l'administration de la Justice*, *op. cit.*, sp. p. 23 ; donnant à la jurisprudence commerciale son pragmatisme, DRUMMEN (J.-B.), BAHANS (J.-M.) et al., *L'avenir des tribunaux de commerce et leurs missions à l'égard des entreprises en difficulté*, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2014/1, entretien 1 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », in *Bicentenaire du Code de commerce*, *op. cit.*, p. 135 s.

⁵ « Le domaine du droit des affaires est devenu tel, que la connaissance d'une activité professionnelle est sans commune mesure avec la diversité des professions qu'il embrasse », SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La légitimité des juridictions consulaires », in *La légitimité des Juges ? op. cit.*, sp. p. 177 ; avec le grief d'un collège électoral trop restreint, v. *supra*, sp. n° 167.

Le même constat peut être fait sur un plan horizontal, c'est-à-dire ne donnant pas nécessairement aux juges consulaires une vue globale sur les problèmes économiques et financiers des entreprises, BÉZARD (P.), « Le nouveau visage du juge économique et financier », in mél. A. SAYAG, *Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 147-165, sp. p. 149.

⁶ Rapp. sur la formation des juges consulaires précit., sp. p. 2.

dualisme juridictionnel en la matière, laquelle se prolonge et trouve son point d'achèvement dans le statut même des membres de chacune des juridictions.

C. L'opposition dans le statut des membres

175. Le statut commun de la magistrature et dispositions spéciales pour les membres des tribunaux de commerce. D'une manière générale, l'ensemble des différences soulevées et, surtout, le grief de constitutionnalité des tribunaux de commerce trouve son explication dans ce que les membres du tribunal de commerce et ceux du tribunal de grande instance ne relèvent pas du même statut. Si le statut de la magistrature s'applique à l'ensemble des magistrats, les juges consulaires ne sont pas concernés. Ils relèvent, eux, de dispositions spéciales contenues dans le Code de commerce¹. Bien que considérés comme des « magistrats occasionnels »², ils ne sont pas fonctionnaires. De sorte que les différences soulevées et critiquées, ainsi que les griefs de constitutionnalité portés à l'égard de la juridiction commerciale, peuvent être aisément évacués par la justification que, ne relevant pas du même statut, rien « ne s'oppose (...) à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes »³.

176. Critique de dispositions particulières pour les juges consulaires. Bien que le Conseil constitutionnel affirme que l'ensemble des magistrats - professionnels *et* temporaires - sont soumis aux mêmes droits et obligations⁴, il n'en demeure pas moins que seuls les magistrats de carrière sont reconnus comme fonctionnaires et relèvent du statut de la magistrature, lequel commande précisément les droits et obligations des magistrats judiciaires⁵. C'est en cela que l'existence de dispositions spéciales pour les membres des tribunaux de commerce est contestable, car elle entraîne une différence de règles en termes de représentation, de discipline, de protection, de responsabilité, voire d'exigences éthiques ou déontologiques entre les deux catégories de magistrats qui ont pourtant la même fonction de juger.

La plus illustrative est l'inamovibilité constitutionnellement reconnue⁶ aux magistrats du siège qui assure à ces derniers une grande protection dans l'exercice de leur fonction de juger. Les juges des tribunaux de commerce, bien qu'ils exercent également la fonction de rendre la

¹ C. com., art. L. 722-6 s.

² Sur le terme « magistrat », v. *supra*, sp. n° 10 ; l'expression est étymologiquement inexacte, mais courante, par extension de la formule de suivante : « des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire », Cons. constit. n° 2011-635, 4 août 2011, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale (...)*, sp. cons. n° 10 ; *Rec.* p. 407.

³ Cons. constit. 4 mai 2012 précit., sp. cons. n° 34.

⁴ Cons. constit., n° 94-355 DC, 10 janv. 1995 précit., sp. cons. n° 8.

⁵ En ce sens, DEGUERGUE (M.), *Jcl. Fonctions publiques*, fasc. n° 790, *op. cit.*, sp. n° 12.

⁶ Constitution 1958, art. 64 ; Statut de la magistrature, art. 4 ; v. HÉBRAUD (P.), *L'autorité judiciaire, D.*, 1959, chron. XIII, p. 77 s.

justice, n'en bénéficient pas car ils n'ont pas une vocation permanente au sein de l'institution judiciaire. Dès lors le statut de la magistrature n'est pas destiné à s'appliquer, y compris ses règles protectrices, en l'occurrence, de l'indépendance des juges. D'autres éléments peuvent également être rapportés en ce sens.

Par exemple, le CSM est garant de l'indépendance des magistrats¹. Cependant, les juges consulaires n'en relèvent pas. Un organe propre leur est dédié, le Conseil national des tribunaux de commerce². Celui-ci est majoritairement composé de membres désignés par le ministre de la Justice qui en assure la présidence. Cela n'est pas sans critique du point de vue, d'une part, de la réelle représentativité des tribunaux de commerce et, d'autre part, de la portée de l'indépendance des juges consulaires à l'égard du pouvoir exécutif³, éléments pourtant présentés comme performants au regard des magistrats ordinaires⁴.

À ce propos, c'est encore le ministre de la Justice qui dispose du droit exclusif de saisine - ainsi qu'une force de proposition⁵ - de la commission nationale de discipline propre aux membres des tribunaux de commerce⁶. Il faut dire qu'outre un organe spécifique, les juges consulaires sont soumis à des règles particulières de discipline figurant au Code de commerce⁷. Les devoirs expressément prévus par le statut de la magistrature, tels que le désintéressement⁸ établissant un régime strict d'incompatibilités avec l'exercice de la profession de magistrat⁹, ne leur sont pas applicables¹⁰. Pourtant, les juges consulaires ne sont pas exclus de l'hypothèse des conflits d'intérêt, bien au contraire considérant leur mode de désignation et des liens qu'ils conservent avec le monde des affaires durant leur mandat¹¹. Par conséquent, il serait souhaitable que les obligations déontologiques et éthiques renforcées du statut de la magistrature puissent également s'appliquer à leur cas. Cependant, ce n'est pas la voie empruntée par le dernier texte

¹ GICQUEL (J.), « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », in mélanges P. ARDANT, *op. cit.*, p. 289-303 ; sur l'indépendance, v. *supra*, sp. n° 104 ; et réformes du CSM, projet de loi organique *relative au statut des magistrats et du CSM*, 11 juill. 2016 (projet J21) et projet de loi constitutionnelle *portant réforme du CSM*, 26 avril 2016 précit.

² D. n° 2005-1201, 23 sept. 2005 ; C. com., art. R.721-1 à R. 721-18 ; installation par arrêté min. Just. 4 fév. 2016 *portant nomination au CNTC* ; *JORF*, 11 fév., n° 35 ; le CNTC est un organe institutionnel à caractère administratif, placé auprès du ministère de la Justice qui en assure la présidence ; sa fonction est consultative et de représentativité auprès des pouvoirs publics ; v. en ligne, site Internet du CNTC.

³ Alors que ses membres sont élus en représentation du corps social qu'ils ont à juger, l'organe représentatif ne respecte pas ce principe de composition tenant à l'élection et à l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif ; il y a là une « double anomalie », RAIBAUT (J.), *Les Tribunaux de commerce (...)*, *RJC*, 2008, *op. cit.*

⁴ V. *supra*, sp. n° 166 et n° 165168.

⁵ Saisine, C. com., art. L. 724-3, al. 1^{er} ; et proposition, art. L. 724-4 et R. 724-20, al. 1^{er}.

⁶ Comp. : saisine directe des justiciables du CSM pour les magistrats, Constitution 1958, art. 65, al. 10 ; Statut de la magistrature précit., art. 50-3.

⁷ C. com., Livre VII, Titre II, Chap. IV : la faute disciplinaire est définie comme « tout manquement à l'honneur, à la probité, à la dignité et aux devoirs de sa charge », art. L. 724-1.

⁸ DEGUERGUE (M.), fasc. n° 790, *op. cit.*, sp. n° 37.

⁹ Statut de la magistrature précit., art. 8-10.

¹⁰ Toutefois, il faut souligner que depuis 2006 les juges du tribunal de commerce doivent prêter serment avant d'entrer en fonction, lequel est formulé dans des termes identiques à celui des magistrats professionnels, C. com., art. L. 722-7 ; ord. n° 2006-673, 8 juin 2006 précit., art. 2 ; comp. Statut de la magistrature précit., art. 6.

¹¹ Pour l'illustrer, à propos d'un plan de cession et de l'incertitude de la composition de la formation juridictionnelle, CA Douai, 2 juill. 2015, n° 15/02.762 ; *BJE*, nov.-déc. 2015, p. 369, n. C. DELATTRE.

de réforme qui s'en tient à l'élaboration d'un recueil rendu public par le conseil représentatif des juges consulaires¹. De même, ce n'est pas non plus la position du Conseil constitutionnel² qui raisonne sur le fait qu'ils n'ont pas un statut comparable et rappelle, en plus, dans sa décision du 4 mai 2012, la possibilité de récusation du juge mis en cause³. Or, cette disposition du droit commun⁴ est mise en œuvre par le juge lui-même, ce qui, dans le cas du juge consulaire, peut se révéler délicat considérant son intérêt dans les affaires et le fait qu'il ne soit pas particulièrement formé à se départir des éventuels conflits d'intérêts contrairement aux magistrats de carrière⁵.

Dans le même sens, peut encore être rapportée la différence de règles relatives à la responsabilité des juges découlant de la différence de statut. Si l'État est, d'une manière générale, responsable pour le fonctionnement défectueux du service de la Justice⁶ et les juges, pour leur faute personnelle⁷, le statut de la magistrature prévoit que cette responsabilité du magistrat ne pourra être recherchée que sur l'action récursoire de l'État⁸ tandis que celle du juge du tribunal de commerce pourra être directement recherchée contre lui selon la procédure de prise à partie⁹. Ainsi, les dispositions protectrices du statut de la magistrature ne s'appliquent qu'aux magistrats professionnels, notamment, à l'instar de tout fonctionnaire, la protection étatique générale contre les menaces et attaques de toute nature à l'occasion de leurs fonctions¹⁰.

¹ D. n° 2016-514, 26 avril 2016 *relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires*, art. 16 qui invite le CNTC à rédiger « un recueil des obligations déontologiques des juges des tribunaux de commerce, qui est rendu public », C. com., art. R. 721-11-1 ; jugé assez faible face à l'objectif de renforcement, Étude d'impact, AN, *projet de loi relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire*, 2013 ; d'autant que de tels recueils étaient déjà élaborés et diffusés par la CGJCF.

² « Les juges des tribunaux de commerce, qui exercent une fonction publique élective, ne sont pas soumis au statut des magistrats et ne sont pas placés dans une situation identique à celle des magistrats ; que, par suite, le grief tiré de ce que le régime de l'action disciplinaire applicable aux juges des tribunaux de commerce ne serait pas identique à celui applicable aux magistrats doit être écarté », Cons. constit., QPC 4 mai 2012 précit., sp. cons. n° 32 et v. cons. n° 23-27 et rejetant le grief de non-conformité de la discipline des juges consulaires à la Constitution formulé par les requérants, sp. cons. n° 18.

³ *Ibid.*, sp. cons. n° 25.

⁴ Application par renvoi (C. com., art. L. 721-1, al. 2) du COJ, art. L. 111-6 à L. 111-8.

⁵ Sur la différence de formation, v. *supra*, sp. n° 171 s. ; le projet de loi ordinaire *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., art. 47, al. 26 ajouterait une disposition spécifique sur ce point : « les juges des tribunaux de commerce veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts » ; « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction » ; créant C. com, art. L. 722-20.

Pour l'illustre, absence de récusation du juge consulaire malgré la manifestation de son intérêt dans l'affaire en cause, entraînant l'annulation la cession de l'entreprise pour défaut d'impartialité, CA Douai, 2 juill. 2015, n° 15/02762 ; inédit ; mais toutefois le renvoi pour cause de suspicion légitime ne peut avoir lieu si le fait était connu dès l'ouverture de la procédure par les parties, Cass. com., 8 avril 2015, n° 14-10.817 ; p.B. ; *RPC*, 2015/4, com. 181, n. P. CAGNOLI ; *Act. proc. coll.*, 2015/10, com. 145, n. N. FRICERO.

⁶ COJ, art. L. 141-1, al. 1^{er} ; ord. n° 2006-673, 8 juin 2006 précit.

⁷ COJ, art. L. 141-2, al. 1^{er} ; elle « est régie : - s'agissant des magistrats du corps judiciaire, par le statut de la magistrature ; - s'agissant des autres juges, par des lois spéciales ou, à défaut, par la prise à partie. », art. L. 141-2, al. 2-3.

⁸ Pour la faute personnelle des magistrats judiciaires se rattachant au service public de la justice, Statut de la magistrature précit., art. 11-1 ; c'est une responsabilité indirecte, ALBERT (N.), « De la responsabilité de l'État à la responsabilité personnelle des magistrats, Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats », in M. DEGUERGUE (*dir.*), *Justice et responsabilité de l'État*, Puf, 2003, sp. p. 219

⁹ Pour ses modalités, CPC, art. 366-1 à 366-8 ; le requérant assigne le juge pour le jour fixé ; toutefois, par l'effet d'une substitution, l'État est civilement responsable des condamnations qui pourront être prononcées, COJ, art. L. 141-3.

Il faut en effet signaler qu'aucune loi spéciale n'a été prise afin d'organiser la responsabilité personnelle des juges consulaires (art. L. 141-2, al. 3) de sorte que l'ancienne procédure de prise à partie s'applique, CPC, anc. art. 505 s.

¹⁰ Statut de la magistrature précit., art. 11.

C'est ainsi qu'est revendiquée¹, à défaut de pouvoir appliquer les règles communes de la magistrature, la création d'un statut des juges consulaires qui les rapprocherait des magistrats professionnels afin que cessent les différences² qui en découlent pour l'exercice d'une fonction pourtant identique : juger³. La réforme de la justice du XXI^e siècle⁴ est sur ce plan attendue.

177. Conclusion et transition. La diversité de juridictions pour traiter les entreprises défaillantes est critiquable car elle suscite, par nature, des difficultés pratiques dans la répartition de la compétence. Cela est d'autant plus fort que la composition du tribunal de commerce s'oppose à l'extrême à celle du tribunal de grande instance. Pourtant, quelle que soit la juridiction compétente, ce sont bien les mêmes règles de droit qui ont vocation à être appliquées. En ce sens, la dispersion de la compétence juridictionnelle ne paraît plus tenable⁵. Il serait certainement temps de tirer les conclusions de la notion évolutive d'« entreprise » visée par le droit pour lui faire correspondre une compétence juridictionnelle en conséquence⁶. En tout état de cause, le constat d'une pluralité de juridictions est prolongée par la mise en lumière d'autres magistrats également compétents en droit des entreprises en difficulté.

Section II. La concurrence des différents magistrats compétents

178. Des autres magistrats compétents. À titre principal, c'est le tribunal - de commerce ou de grande instance - qui connaît du traitement de l'entreprise en difficulté⁷. Cependant, en dehors de la formation collégiale de la juridiction, d'autres magistrats sont aussi compétents en droit des entreprises en difficulté. Il s'agit notamment⁸ du président du tribunal, du juge-

¹ Not. : rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 21 ; également, DRUMMEN (J.-B), L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions à l'égard des entreprises en difficulté, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2014/1, entretien 1 ; spécifiquement à propos des règles de déontologie, rapp. Club DJS précit., sp. p. 5 et v. prop. n° 15 ; rapp. CNTC 2012 précit., sp. p. 17 ; d'une manière générale, PIERRE-MAURICE (S.), Tribunal de commerce : organisation et compétence, *Rép. proc. civ.*, sp. n° 155.

² Sur le modèle du recueil des obligations déontologiques des magistrats suite à L. org. n° 2007-287, 5 mars 2007 donnant pouvoir au CSM, il existe un tel guide : CGJCF, *Juge du commerce, Règles de déontologie*, 2008, 24 p.

³ Dans le même sens, FRISON-ROCHE (M.-F.), L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire, *op. cit.*, sp. n° 12-13.

⁴ Projet de loi ordinaire. *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., art. 47 A s.

⁵ ROLLAND (B.), Où va la justice commerciale ?, *Procédures*, 2015/1, dossier 5, sp. n° 27.

⁶ Pour une proposition, v. *infra*, Deuxième partie de thèse, sp. n° 558 s.

⁷ Disposant du « bloc » de compétence à propos de la procédure, C. com., art. R. 662-3.

⁸ Outre le juge commis, le juge chargé d'instruire l'affaire ou de la mise en état, v. *supra*, sp. n° 10, n. 7.

commissaire et du ministère public qui disposent de fonctions et prérogatives propres, agissant de manière individuelle¹ et autonome.

179. Accroissement de leurs prérogatives et interrogations. La judiciarisation du droit des entreprises en difficulté a nécessité l'intervention d'autres membres du corps judiciaire pour la mise en œuvre de ses dispositions. Certains, tels que le juge-commissaire, ont un rôle très ancien², mais, dans l'ensemble, il y a un accroissement général de leurs prérogatives. Cela interroge la portée de leur mission, les contours de leur compétence ou, encore, les finalités de leur intervention.

180. Concurrence à la juridiction. L'interrogation est d'autant plus renforcée qu'elle se pose, moins pour eux-mêmes, qu'au regard du tribunal collégial. Autrefois considéré comme le « grand maître de la procédure »³, il se voit en effet peu à peu soustrait de cette pleine maîtrise, voire « concurrencé »⁴ dans le traitement des difficultés des entreprises. Cela a d'abord lieu de manière interne, par le président du tribunal (§ 1) ou par le juge-commissaire (§ 2) qui en sont des émanations, puis de manière plus extérieure, par le ministère public en raison de sa soumission au pouvoir exécutif (§ 3).

§ 1. La prédominance du président du tribunal pour la prévention des difficultés

181. Prérogatives du président du tribunal. Sous l'empire du droit ancien, le président du tribunal n'avait pas de compétence particulière dans le traitement des difficultés des entreprises sauf, précisément, à être le président de sa juridiction. C'est avec le développement progressif de la prévention⁵ que son rôle s'est accru, au point de devenir l'« organe central de la

¹ Par opposition au principe de collégialité qui, s'il n'a pas valeur constitutionnelle, est néanmoins un modèle traditionnel de l'intervention judiciaire ; il est intégré ainsi au principe d'égalité devant la Justice, Cons. constit., 23 juill. 1975, n° 75-56 DC ; *Rec.*, p. 22 ; *RD pub.*, 1975, 1313, n. L. FAVOREU ; *D.*, 1975, 629, n. F. HAMON et G. LEVASSEUR ; *AJDA*, 1976, 44, n. J. RIVERO ; et expressément prévu pour les juridictions administratives, CJA, art. L. 3 ; et pour certaines juridictions judiciaires, telles que le TGI, COJ, art. L. 212-1.

Néanmoins, la composition à juge unique de la juridiction n'est pas nécessairement inconstitutionnelle, Cons. constit., 14 oct. 2010, n° 2014-54 QPC ; *Rec.*, p. 289 ; *Procédures*, 2010/12, p. 28, n. S. DEYGAS ; *Rev. fr. droit constit.*, 2011, n° 87, p. 565, n. L. DOMINGO ; sur le sujet, v. HAKIM (N.), « La collégialité : histoire d'un mode d'organisation de la justice », in F. HOURQUIE (dir.), *Principe de collégialité et cultures judiciaires*, actes du colloque, 2007, Bordeaux, Bruylant, 2011, p. 19-51 ; PERROT (R.), *Institutions judiciaires op. cit.*, sp. n° 501 s. ; RASSAT (M.-L.), *La justice en France*, Puf, 2007, 8^e éd., 127 p., sp. n° 1.

² Remontant jusqu'au droit romain, v. *infra*, sp. n° 191.

³ DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 7 ; également, JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 205.

⁴ MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 527-528 ; également à propos du juge-commissaire, JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 272.

⁵ L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 34, v. *supra*, sp. n° 123 s. ; mais devant sa faible utilisation (rapp. AN n° 411, au nom de la commission des lois, P. HOUILLON (*rapp.*), 1^{er} juill. 1993, sp. p. 23 s.), son rôle sera accru, L. 10 juin 1994 précit., art. 3 ; HAEL (J.-P.), La consécration du droit d'alerte du président du tribunal, *PA*, 30 sept. 1994, p. 13 s. ; par ailleurs, elle lui attribue la réalisation du mandat *ad hoc* qu'elle consacre, art. 4.

prévention »¹ et « le fer de lance de la politique préventive du tribunal »². Depuis, la prévention des difficultés est, pour partie, son domaine de compétence réservé.

182. Harmonisation des compétences. Il faut rappeler qu'il existait par ailleurs une différence de compétence selon la juridiction concernée. Le président du tribunal de commerce ne bénéficiait pas de prérogatives équivalentes à celles du président de la juridiction civile³ et inversement⁴. Elles ont été depuis harmonisées, faisant cesser, sur ce point, la critique d'une incohérence dans la prévention judiciaire des difficultés des entreprises.

183. Prévention des difficultés et morcellement de la compétence. La judiciarisation du traitement des entreprises en difficulté n'a pas pleinement intégré la prévention à la compétence du tribunal comme il aurait pu en être attendu. Elle en a renvoyé la principale partie⁵ à la compétence du président du tribunal, morcelant ainsi le domaine de la prévention entre diverses autorités judiciaires. Or, il faut souligner à l'égard du président du tribunal qu'il agit en tant que juge unique, contrairement à la formation collégiale du tribunal, soumettant la prévention à son appréciation souveraine.

184. Plan. Il est possible de distinguer deux axes dans la prévention des difficultés : la prévention-détection et la prévention-traitement⁶. Dans les deux cas, ils ressortent de la maîtrise exclusive du président du tribunal. Mis en perspective avec la compétence du tribunal, c'est conférer au président le monopole de l'information, essentiel à l'action (A) et lui octroyer un pouvoir concurrent dans le traitement judiciaire des difficultés des entreprises (B).

¹ SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 67-1 ; dans le même sens, GINESTET (C.), La prévention et la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *D.*, 1994, p. 203 s., sp. n° 9 ; GUÉRY (G.), *Prévention et traitement des difficultés des entreprises*, DUNOD, Paris, 1995, 204 p., sp. p. 15 ; JEANNEROT (P.), *th. précit.*, sp. n° 259.

² BADILLET (J.), *Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises*, *GP*, 2011/132, sp. p. 7.

³ Par ex., le référé commercial (CPC, anc. art. 417), GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (T.), *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, sp. n° 490.

⁴ Au lendemain de la loi de Sauvegarde, seul le président du tribunal de commerce disposait du pouvoir de convoquer les chef d'entreprise, C. com., anc. art. L. 611-5 ; alors que le droit antérieur (L. 10 juin 1994 précit.) le prévoyait également pour les deux juridictions, MACORIG-VENIER (F.), Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, *RTD com.*, 2005, 829 ; le droit postérieur a rétabli l'égalité, art. L. 611-2-1 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 2 ; pour autant, le président du TGI ne paraît être placé dans la même situation s'agissant des moyens de détection, FAVARIO (T.), L'extension du domaine de l'alerte, *in* Dossier, Prévention et procédures collectives : nouvelle réforme, *BJE*, 2014/3, p. 172 s.

⁵ En témoignage, le nombre des dispositions concernées, C. com., art. L. 611-2 à 611-7, soit l'alerte, le mandat *ad hoc* et la conciliation ; de plus, en comparaison des autres détenteurs du droit d'alerte, seule celle du président dispose d'un régime autonome, art. R. 611-10 s.

⁶ V. *supra*, sp. n° 9.

A. Le monopole du pouvoir de détection des difficultés

185. Pouvoirs d'investigations du président. La loi prévoit différentes possibilités d'information du président du tribunal. D'abord, suite aux informations communiquées par le greffe par exemple¹ ou simplement la rumeur publique, le président peut obtenir des éclaircissements directement de la part du débiteur en cause en le convoquant à un entretien personnel². S'il ne s'y présente pas ou bien si les explications fournies sont jugées insuffisantes, le président peut obtenir par ailleurs la communication de tout renseignement « de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur » par divers partenaires de l'entreprise - commissaire aux comptes, représentants du personnel, administrations publiques, etc. -³. Il peut encore, pour les sociétés commerciales, délivrer une injonction de déposer les comptes sous astreinte, qu'il prononce et liquide lui-même⁴. De plus, l'information du président du tribunal peut avoir lieu après⁵ l'ouverture du mandat *ad hoc* ou de la conciliation qu'il aura lui-même déclenchés⁶ et cela, de sa propre initiative⁷ ou par les organes de la procédure à propos desquels la loi enjoint d'être en rapport constant avec lui⁸, voire par l'expert qu'il aura désigné à cette fin⁹.

Dans toutes ces situations, l'information du président de juridiction ne peut être empêchée par aucune disposition contraire¹⁰. Il existe à son égard un principe d'inopposabilité du secret professionnel¹¹.

¹ Par ex., l'inscription de privilèges de l'URSSAF ou du Trésor public, reflétant l'endettement fiscal de l'entreprise ; le dépôt des comptes ; la tenue générale du RCS ; les éventuelles assignations en paiement, injonctions de payer ou demandes d'ouverture d'un redressement judiciaire, etc. ; DELATTRE (C.), La tenue de l'audience des procédures collectives, *BJE*, 2013/6, p. 399 s. ; FAURE (P.), Le partenariat constructif des greffiers des tribunaux de commerce et des mandataires de justice, *RPC*, 2012/6, dossier 30 ; LESAULNIER (A.), Les diligences du greffier du tribunal de commerce dans le cadre de la détection des difficultés des entreprises *RPC*, 2014/6, étude 32.

² C. com., art. L. 611-2 ; DELATTRE (C.), Le pouvoir d'investigation du président du tribunal de commerce en matière d'alerte et de conciliation, *RPC*, 2013/1, étude 5.

³ C. com., art. L. 611-2, I, al. 2.

⁴ C. com., art. L. 611-2, II ; DELATTRE (C.), Dépôt des comptes sociaux : outil de prévention, *RPC*, 2008/3, comm. 98 ; STOLOWY (N.), De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés, *Dr. sociétés*, 2006/4, p. 9-12.

Il faut signaler que cette prérogative du président, considérant qu'elle est susceptible de donner lieu à condamnation pénale, a fait l'objet de la formulation d'une première QPC, qui n'a pas été renvoyée, Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-40.086 ; n.p.B ; *BJE*, 2013, 1, n° 36, p. 72, n. N. BORGIA ; de même, com., 3 sept. 2013, n° 13-40.033 ; n.p.B ; *RPC*, 2013, n° 6, comm. 153, n. C. DELATTRE ; puis d'une autre QPC mettant en lumière que c'était le même juge qui était compétent pour se saisir d'office de la question du dépôt des comptes, à prononcer l'injonction sous astreinte et à la liquider, mais le Conseil Constitutionnel a reconnu sa conformité, notamment pour un motif d'intérêt général, Cons. Constit., n° 2016-548 QPC, 1^{er} juill. 2016, *aff. Sté Famille Michaud Apiculteurs SA et a.* ; *JORF*, n° 153, 2 juill.

⁵ Il y a de ce point de vue une réduction des pouvoirs d'investigation du président du tribunal : par ex., la désignation d'un expert ne peut avoir lieu qu'*après* l'ouverture de la conciliation ; le droit antérieur le permettait aussi avant aux fins d'instruction de la requête du débiteur, C. com., anc. art. L. 611-6 ; de même pour la communication de renseignements auprès des établissements bancaires, al. 2 ; ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 ; ROHART-MESSAGER (I.), L'amélioration de la prévention, *GP*, 2009/66, p. 5 s., sp. p. 6.

⁶ *V. infra*, sp. n° 188.

⁷ C. com., art. L. 611-6, al. 5.

⁸ Pour le conciliateur, C. com., art. L. 611-7, al. 4 ; pour le mandataire *ad hoc*, art. R. 611-21-1.

⁹ En conciliation, C. com., art. L. 611-6, *in fine*.

¹⁰ C. com., art. L. 611-2, al. 2 et art. L. 611-6, al. 5 ; toutefois, pour certaines professions telles que celle d'avocat, une limitation est prévue à l'ordre professionnel, art. L. 611-2-1, al. 2.

¹¹ DELATTRE (C.), Le secret des affaires, La confidentialité des procédures, *Dr. sociétés*, 2012/1, étude 2.

Globalement, il faut retenir que la loi organise, dans le cadre de la prévention-détection, l'information particulière du président du tribunal, il en détient le monopole. Le tribunal dans son ensemble n'a pas - ou n'a plus¹ - de faculté comparable, à aucun stade d'ailleurs².

186. Autorité de relais de l'information. Puisque le président du tribunal détient le pouvoir d'investigation en phase préventive, l'information des auxiliaires de justice, mais, surtout, du tribunal quant à la détection de difficultés a nécessairement et préalablement lieu par son biais. C'est en ce sens que la législation antérieure et la pratique faisaient reposer³, de manière critiquable⁴, la mise en œuvre de la saisine d'office de la juridiction aux fins de traitement des difficultés. Si ce mécanisme dérogatoire a été abrogé en raison de son inconstitutionnalité⁵, il demeure néanmoins une forme indirecte d'information de la juridiction par le président du tribunal. En effet, la loi nouvelle prévoit que ce dernier, informé de faits révélant un état de défaillance du débiteur, pourra adresser une note motivée au ministère public à ce sujet⁶, lequel pourra saisir ou non la juridiction aux fins d'ouverture d'une procédure de traitement⁷. L'information, si elle est à double détente, demeure détenue *ab initio* par le président du tribunal, revenant *in fine* à la juridiction. C'est sur ces observations qu'il est possible de relever une mise en concurrence du président de juridiction et du tribunal de la procédure en ce que le premier détient le monopole du pouvoir d'investigation et que le deuxième en est désormais privé. Pourtant, il faut rappeler la solitude du président⁸ qui appréciera, seul, des suites à donner aux informations qu'il détient.

187. Transition. « Savoir, c'est pouvoir »⁹ : détenant le monopole de l'information pour la détection des difficultés, le président du tribunal a corrélativement une place prépondérante pour traiter les difficultés des entreprises.

¹ Par ex., dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif, c'est le président du tribunal qui dispose désormais du pouvoir d'investigation, C. com., art. L. 651, al. 1^{er} ; avant la loi de Sauvegarde, cette prérogative appartenait au tribunal, anc. art. L. 624-7.

² Que cela soit en prévention comme en procédure collective ; les investigations ressortent d'un juge commis (C. com., art. L. 621-1, al. 3) ou des organes de la procédure (l'administrateur, art. L. 622-6, al. 3).

³ JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 237 ; également, DELATTRE (C.), Le pouvoir d'investigation (...), *op. cit.*, sp. n° 4 et L'entretien de prévention n'est pas un entretien de simple courtoisie car les enjeux sont importants, *RPC*, 2011/6, comm. 151.

Les textes autorisant la saisine d'office imposait la rédaction d'une note motivée, d'où la nécessité pour le président de juridiction de s'informer préalablement, C. com., anc. art. R. 631-3, al. 2 ; BALDINO (G.), La saisine d'office du tribunal à l'épreuve de l'exigence d'impartialité en droit des procédures collectives, *JCP E*, 2002/49, 1766.

⁴ VALLENS (J.-L.), La preuve de la cessation des paiements, *RPC*, 2009/5, étude 25, sp. n° 20.

⁵ V. *infra*, sp. n° 246 ; du moins, « en l'état », sp. n° 211.

⁶ C. com., art. L. 631-3-1 (RJ), art. L. 640-3-1 (LJ) ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 49.

⁷ Un RJ, C. com., art. L. 631-5, al. 1^{er} ou une LJ, art. L. 640-5, al. 1^{er} ; analysé en *infra*, sp. n° 211 s.

⁸ DELATTRE (C.), Le pouvoir d'investigation, *op. cit.*, sp. n° 8 et, par conséquent, favorable au recours à l'expert, sp. n° 10 ; également, RAIBAUT (J.), Une politique juridictionnelle (...), *op. cit.*

⁹ Selon l'aphorisme célèbre, attribué à F. BACON, « Knowledge is power » (1957).

B. Le pouvoir de prévenir l'ouverture d'une procédure collective

188. Prévenir pour guérir, mission du président. De manière plus remarquable, le président de juridiction peut mettre en œuvre, seul, en dehors de la juridiction, des mesures préventives de difficultés. En effet, l'ouverture de la conciliation, la désignation d'un mandataire *ad hoc* et d'un conciliateur ainsi que la détermination de leur mission respective, voire, d'une manière générale, la mise en œuvre de ces instruments, ressortent de la compétence exclusive du président de juridiction¹. Le tribunal n'est pas réuni pour en délibérer², le président en a la libre et souveraine appréciation. Pourtant, il est possible de parler d'un véritable traitement des difficultés, d'autant que la loi admet la possibilité d'un état de cessation des paiements en prévention³. Ainsi, une partie des mesures préventives du droit des entreprises en difficulté échappent à la compétence de la juridiction pour ne relever que de son président.

Pour ajouter à cette concurrence, la finalité de ces techniques préventives est d'éviter l'ouverture d'une procédure collective⁴, laquelle ressort précisément de la compétence du tribunal. En d'autres termes, non seulement la juridiction collégiale est exclue du traitement préventif des difficultés, mais, en plus, celui-ci organise précisément le rejet de l'ouverture d'une procédure relevant de sa compétence. Pour le débiteur, c'est la possibilité de traiter ses difficultés par une technique légère. Mais du point de vue de la compétence juridictionnelle, c'est une concurrence dans le traitement judiciaire entre le président ou le tribunal.

Ce jeu de compétence se remarque par ailleurs dans les textes. En effet, si l'homologation de l'accord amiable en prévention a pu être attribuée à la compétence du président du tribunal⁵, la loi de Sauvegarde a scindé en deux voies l'issue positive de la conciliation. Désormais, seule la simple constatation de l'accord de conciliation, sans contrôle au fond, relève du président du tribunal. La juridiction retrouve sinon sa pleine compétence en tant qu'autorité de traitement par le fait de l'homologation⁶. Consécutivement, pour régler la question des effets de l'accord, il y a

¹ Pour le mandat *ad hoc*, C. com., art. L. 611-3, al. 1^{er} ; pour la conciliation, art. L. 611-6, al. 2, art. L. 611-7, al. 2, 5 et 6.

² Sauf cas de recours, alors devant la cour d'appel (pour le mandat *ad hoc*, C. com., art. R. 611-20, al. 1^{er} et la conciliation, art. L. 611-6, al. 3).

³ Pour la conciliation, moins de 45 jours, C. com., art. L. 611-4 ; v. *supra*, sp. n° 125.

Pour le mandat *ad hoc*, par interprétation *a contrario* des dispositions relatives à la conciliation, la cessation des paiements serait exclue ; toutefois, le législateur n'en faisant pas expressément mention, rien ne s'opposerait sur le plan textuel à admettre un tel état, ROUSSEL-GALLE (P.), Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005, *PA*, 12 juill. 2006, p. 10 s., sp. n° 9 ; plus nuancé, VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 59 ; favorable à cette extension, MONTÉLAN (T.), Le mandat pour tous !, *GP*, 2013/19, p. 3 s. ; VALDMAN (D.), Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises ?, *GP*, 2008/24, p. 14-18 ; *contra*, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 98 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 332.

⁴ Les textes sont clairs : l'ouverture d'un RJ est obligatoire, sauf si le débiteur « n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation », C. com., art. L. 631-4, al. 1^{er} et art. L. 631-5, al. 1^{er} (RJ) ; art. L. 640-4 et L. 640-5, al. 1^{er} (LJ).

⁵ La L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 37 était silencieuse sur ce point et la L. 13 juill. 1967 prévoyait l'homologation par le tribunal ; modif. par L. 10 juin 1994 précit., art. 36, al. 8-10.

⁶ C. com., art. L. 661-8, I et II ; L. 26 juill. 2005 précit., art. 190.

un dédoublement des dispositions légales pour viser soit la constatation par le président, soit l'homologation par la juridiction¹. Pour autant, une partie de la doctrine² relève un rapprochement quant aux effets entre l'accord simplement constaté et celui homologué³ - les faits ayant en pratique donné la préférence au premier⁴ -. Par conséquent, le véritable critère distinctif serait *in fine* la compétence de l'un ou de l'autre⁵.

189. Appréciation générale. La prédominance du président de juridiction dans la prévention n'a pas pour seul écueil de concurrencer la compétence du tribunal dans le traitement des difficultés, lequel ressort fragmenté entre diverses autorités. A cette critique, s'ajoute celle de l'intervention d'un juge unique. La mise en œuvre de ses *pouvoirs*⁶ de prévention et de détection ressort de sa libre et souveraine appréciation. Il est d'ailleurs possible d'évoquer l'exercice d'une véritable « politique juridictionnelle »⁷ menée par le président tant les critères légaux d'intervention font montre de souplesse⁸ lui ouvrant une importante marge d'appréciation⁹. La prévention est donc laissée à son discernement personnel¹⁰. Ce qui est à craindre est l'arbitraire d'un seul homme et l'inégalité des pratiques¹¹ selon la personnalité¹² plus ou moins active du président en cause¹³. Il faut rappeler l'impératif de confidentialité¹⁴ dans cette phase si particulière¹⁵ où les difficultés ne sont, soit, pas encore dévoilées, soit, seulement légères.

¹ Par ex., pour l'exécution de l'accord, « Lorsque le président du tribunal constate l'accord ou que le tribunal homologue celui-ci, il peut, à la demande du débiteur », C. com., art. L. 611-8, III ; de même, sur la résolution de l'accord : « Saisi par l'une des parties à l'accord constaté, le président du tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci. Dans les mêmes conditions, le tribunal prononce la résolution de l'accord homologué. Le président du tribunal ou le tribunal qui décide la résolution de l'accord peut aussi (...) », art. L. 611-10-3.

² MACORIG-VENIER (F.), Réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret n° 2009-160 du 12 février 2009, *RTD com.*, 2009, p. 436 s. et avec SAINT-ALARY HOUIN (C.), Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 (...), in Dossier, Réforme des procédures collectives : ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, *RPC*, 2009/1, p. 65 s., sp. n° 12-15 ; en matière fiscale, DEDEURWAERDER (G.), Les mesures fiscales en faveur de la conciliation : inventaire et bilan, *RPC*, 2014/1, dossier 9, sp. n° 5 s. ; d'une manière générale : « Les deux régimes sont désormais très largement identiques », PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 177.

³ La loi procède au demeurant de façon commune, C. com., art. L. 611-10-1 s.

⁴ Dans près de 90 % des cas au lendemain de la loi de Sauvegarde, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 176.

⁵ À titre de comparaison, aucun autre contentieux confie ainsi une compétence spécifique au président du tribunal par rapport au tribunal dans le cadre de l'homologation d'un accord.

⁶ Soulignant également l'emploi de ce terme, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 353.

⁷ RAIBAUT (J.), Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises, *RPC*, 2009/6, dossier 20 ; JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 248.

⁸ Par ex., « Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure (...) des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation », le président peut convoquer les dirigeants, C. com., art. L. 611-2, I ; la désignation d'un mandataire *ad hoc* dépend de la seule demande du débiteur, la loi ne précise pas davantage, art. L. 611-3, al. 1^{er} ; il peut encore ouvrir une procédure de conciliation pour toute « une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible », art. L. 611-4.

⁹ Sur ce point, v. *infra*, sp. n° 0 s.

¹⁰ RAIBAUT (J.), *loc. cit.*, sp. n° 2.

¹¹ BADILLET (J.), Pratiques parisiennes (...), *GP*, 2011/132, *op. cit.*

¹² SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 241.

¹³ C'est d'ailleurs l'origine des outils aujourd'hui légaux de la prévention, HAEL (J.-P.), La consécration du droit d'alerte du président du tribunal, *PA*, 1994, *op. cit.* ; MARCHI (J.-P.), Une création originale du tribunal de commerce de Paris, « le mandataire ad hoc », *GP*, 1983, I, doct., p. 123 s.

¹⁴ V. réf. citées *supra*, sp. n° 20, n. 11.

¹⁵ Le soulignant à l'occasion de la formulation d'une QPC non renvoyée, Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12.40-086 précit..

190. Conclusion et transition. La prévention des difficultés échappe, dans sa principale partie, à la juridiction collégiale, pour revenir à son président. Mais il demeure, dans cette fonction, juge unique, ce qui est source d'un important pouvoir d'opportunité. De plus, cela ajoute au morcellement du traitement judiciaire des entreprises et à la mise en concurrence des autorités judiciaires. Un constat similaire se prolonge par l'étude de la compétence du juge-commissaire en droit des entreprises en difficulté.

§ 2. La question de l'étendue des pouvoirs du juge-commissaire

191. Juge-commissaire, autorité originale du droit des entreprises en difficulté. Contrairement au président du tribunal, l'intervention d'un juge-commissaire en cas de défaillance du débiteur est ancienne¹. La prise en charge de la défaillance du débiteur impliquait nécessairement un commissaire, magistrat du tribunal, veillant au bon et prompt déroulement des opérations. Si les appellations de sa fonction changent au cours du temps - *curator* en droit romain ou « commissaire aux faillites » dans le droit ancien² -, il demeure un organe constant du droit. L'ouverture d'une procédure collective s'accompagne systématiquement de la désignation d'un juge-commissaire³. Il faut le souligner car cette institution est propre et unique à la matière, il n'est pas connu des autres branches du droit.

192. Accroissement de ses pouvoirs. Bien que le Code de commerce de 1807 égrène de manière très pointilleuse les fonctions du juge-commissaire⁴, il demeure décrit à cette période comme « un personnage généralement muet » comme le décrit le roman de Balzac⁵. Il faut dire que la loi ancienne l'envisageait comme une émanation du tribunal à l'autorité duquel il était soumis⁶. En d'autres termes, il n'en était qu'un simple auxiliaire.

L'évolution législative va contribuer à libérer le juge-commissaire. D'abord, la réforme de 1985 va abroger la mention relative à sa subordination⁷. Une fois désigné, il devient un acteur

¹ CASTELLAN (S.-D.), *Le juge-commissaire dans la faillite et le règlement judiciaire*, th., G. LAMBERT et R. HOUIN (préf.), Aix-Marseille, Dalloz Sirey, t. 11, 1965, 205 p., sp. p. 1-10.

² Avant le code napoléonien, CASTELLAN (S.-D.), th. précit., sp. p. 3-4 et 6-7.

³ En sauvegarde, C. com., art. L. 621-4, al. 1^{er} ; en RJ, art. L. 631-9, al. 1^{er} ; en LJ, art. L. 641-1, II.

⁴ C. com., anc. art. 454 s., CASTELLAN (S.-D.), th. précit., sp. p. 7 s.

⁵ « Personnage généralement muet, (...) sans pouvoir [dont] la législation faite à la hâte lui a lié les mains », BALZAC (H.), *Histoire de la Grandeur et de la Décadence de César Birotteau, parfumeur, chevalier de la Légion d'honneur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris*, éd. Chares-Béchet, 1839, sp. p. 553.

⁶ « Un juge-commissaire est spécialement chargé de surveiller et d'accélérer sous l'autorité du tribunal les opérations et la gestion du règlement judiciaire et de la liquidation des biens », L. 13 juill. 1967, art. 8.

⁷ L. 25 janv. 1985, art. 14 ; VALLENS (J.-L.), *Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires* (loi n° 85-98 du 25 janvier 1985), *JCP E*, 1985/41, II, 14550.

autonome vis-à-vis du tribunal de la procédure¹. La loi définit par ailleurs sa mission de manière particulièrement large : « veiller au déroulement rapide de la procédure »² ajoutant dorénavant « la protection des intérêts en présence »³. Le développement de la matière va ensuite aboutir à étendre le champ d'intervention du juge-commissaire⁴. Il est possible d'y voir là un double mouvement : à la fois une judiciarisation du traitement des difficultés des entreprises⁵ puisque le juge-commissaire est un membre du tribunal pouvant rendre des décisions de justice et dans le même temps, une déjuridictionnalisation au sens d'une décentralisation du juridictionnel puisque de nombreuses fonctions qui relevaient de la juridiction vont être déléguées au juge-commissaire⁶.

193. Interrogation. La particularité de cette autorité du droit des entreprises et son évolution amène à s'interroger sur la portée de ses pouvoirs. Une grande partie de la doctrine⁷ s'accorde à le reconnaître comme un personnage central de la procédure. Il a ainsi pu être considéré comme une véritable juridiction, concurrente⁸ au tribunal de la procédure en raison de son omniprésence⁹ et de l'octroi de prérogatives juridictionnelles propres. Mais la réforme de 2014 aurait opéré un retournement, minimisant son rôle à celui de « simple chambre d'enregistrement »¹⁰.

194. Plan. Le juge-commissaire ne présente pas seulement un rapport - contenant son avis personnel - à la juridiction avant qu'elle ne statue (A). Il peut être considéré comme une juridiction à part entière (B). Cela pose la question de la délimitation de ses pouvoirs, particulièrement au regard de la compétence du tribunal (C).

¹ *Contra*, l'autonomie ne serait qu'illusoire, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 64-65 ; en dehors de la saisine d'office, le tribunal peut toujours procéder à son remplacement, C. com., art. R. 621-21, al. 1^{er} ; ce qui manifesterait son pouvoir de tutelle ; à l'inverse, cette substitution intervient en cas de non-respect des délais, ce qui pourrait alimenter la thèse concernant le juge-commissaire d'une juridiction à part entière (v. *infra*, sp. n° 200) devant respecter le droit au procès équitable (CEDH, art. 6, § 1) ; et pour le restant, le tribunal n'interfère pas dans les missions du juge-commissaire.

² C. com., art. L. 621-8, al. 1^{er}.

³ *Ibid.* ; apport de la L. 25 janv. 1985 précit., art. 14 ; VALLENS (J.-L.), Le juge-commissaire dans les procédures (...) *op. cit.* ; d'une manière générale, v. PÉTEL (P.) et al., *Manuel théorique et pratique à l'usage des Juges-Commissaires*, IFPPC, CNGTC, sept. 2012, 106 p.

⁴ Par ex., dans les procédures simplifiées ou par l'effet de la disparition du syndic, SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 711.

⁵ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *manuel précit.*, sp. n° 29 et 51.

⁶ PÉROCHON (F.), *manuel précit.*, sp. n° 487.

⁷ VALLENS (J.-L.), *loc. cit.*, sp. n° 1 ; qualifié de « chef d'orchestre » de la procédure, DERRIDA (F.), GODÉ (P.), SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 7 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *manuel précit.*, sp. n° 507 ; d'« organe pivot », GUYON (Y.), *Entreprises en difficultés, op. cit.*, sp. n° 1157 ; dans le même sens, ARMAND-PRÉVOST (M.-A.), « Le juge-commissaire », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (*dir.*), *Le Nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 117-130 ; il serait en tout cas un organe « indispensable » à la procédure, VERDOT (R.), *La double fonction du juge-commissaire dans les procédures collectives du règlement judiciaire et de liquidation des biens, JCP G*, 1974, I, doct., 2606, sp. n° 2.

⁸ MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 527-528.

⁹ Présent de l'ouverture de la procédure collective (C. com., art. L. 621-4, al. 1^{er}) jusqu'au compte rendu de fin de mission des AJMJ, art. R. 621-25 et R. 641-13.

¹⁰ Rejetant cette qualification, BRIGNON (B.), Effet interruptif de prescription de la déclaration de créance et pouvoir juridictionnel du juge-commissaire, *JCP E*, 2015/12, 1135, sp. n° 13 ; GAUDIN (J.), Désignation des contrôleurs et pouvoir d'appréciation du juge-commissaire, *PA*, 4 juill. 1987, p. 27 s.

A. Éclairer la décision du tribunal

195. Pouvoirs d’investigation. La loi reconnaît au juge-commissaire une large maîtrise de l’information. Il se trouve, d’une part, être le coordonnateur entre les différents acteurs de la procédure¹ et, d’autre part, se voit octroyer un pouvoir légal d’investigation². Au-delà du principe de l’inopposabilité du secret professionnel qui lui est reconnu³, il peut désigner un technicien afin de renforcer sa propre information⁴. À ce propos, la loi⁵ comme la jurisprudence⁶ affirment l’exclusivité de cette prérogative.

196. Rapport au tribunal. L’étendue des pouvoirs d’investigation du juge-commissaire s’explique corrélativement par la mission qui est lui dévolue : avant que le tribunal ne statue sur toute question relative aux procédures collectives⁷, il doit lui présenter un rapport de la situation. Autrement dit, il appartient au juge-commissaire d’éclairer le tribunal sur la décision à prendre. C’est une formalité substantielle de la procédure, ce qui signifie qu’à défaut, le jugement encourt la nullité⁸. Il n’a pas nécessairement à être écrit et communiqué préalablement aux parties. Les textes ne limitent ni la forme, ni même le contenu. Il peut donc parfaitement contenir l’avis du juge-commissaire.

La portée de ce rapport et, d’une manière plus générale, de ce rôle du juge-commissaire interroge. Considérant l’étude de ses pouvoirs d’investigation, il pourrait être, dans cette fonction, comparé à un juge d’instruction⁹, mais sans pouvoir être confondu avec lui et dont le rôle serait alors augmenté. En effet, les textes nouveaux prévoient par ailleurs la possibilité de

¹ Par ex., les AJMJ qui ont l’obligation de lui adresser dans les 2 mois de l’ouverture un rapport, en sauvegarde, C. com., art. L. 621-8, al. 1^{er} et R. 621-20 (sauvegarde), L. 631-9, al. 1^{er} (RJ) ; et réciproquement, art. L. 623-3, al. 1^{er} ; de même pour le ministère public, art. L. 621-8, al. 2 ; et par les parties : le débiteur, art. R. 622-9 ou les créanciers-contrôleurs, art. L. 622-20, al. 3.

² « Le juge-commissaire peut, (...), obtenir communication (...) [diverses personnes] des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur », C. com., art. L. 623-2 ; plus qu’un droit à l’information, c’est un véritable pouvoir d’investigation qui lui est reconnu, VALLENS (J.-L.), *op. cit.*, sp. n° 5 ; bien que le droit ancien faisait référence plus largement à « toute personne » (D. 22 déc. 1967, art. 15) ; de plus, il prévoyait que les courriers du débiteur puissent être détournés à son profit (anc. art. L. 621-20), mais cette disposition a été abrogée par la loi de Sauvegarde considérant son effet attentatoire aux libertés et à la vie privée et conservée pour le seul cas de la LJ (art. L. 641-15, al. 1^{er}.)

³ En sauvegarde, C. com., art. L. 623-2 ; en RJ, L. 631-18, al. 1^{er} ; en LJ, L. 641-11, al. 1^{er} ; la loi de Sauvegarde a ajouté le cas des experts-comptables et la réforme de 2014 celui des notaires (ord. 12 mars 2014 précit., art. 32 et 116).

⁴ C. com., art. L. 621-9, al. 2 ; le tribunal dispose d’une faculté distincte à propos des experts, art. L. 621-4, al. 3.

⁵ « (...) *seul* le juge-commissaire peut y procéder », C. com., art. L. 621-9, al. 2.

⁶ Par ex., déclarant incompétent le juge des référés (CPC, art. 145), Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-17.741 ; *Bull.*, IV, n° 134 ; *D.*, 2013, p. 2221, n. A. LIENHARD ; SORTAIS (J.-P.), Juge des référés et juge-commissaire dans les procédures collectives, *PA*, 13 juill. 2010, p. 19 s.

⁷ Le Code de commerce dispose d’une manière générale que « Le tribunal statue sur rapport du juge-commissaire sur tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l’action en responsabilité pour insuffisance d’actif, la faillite personnelle ou l’interdiction prévue à l’article L. 653-8 », art. R. 662-12, al. 1^{er}.

⁸ Par ex. CA Reims, 25 oct. 2011, n° 10/03274 ; *LEDEN*, 2011/183, n. C. DELATTRE ; mais pas en appel, Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18.823 ; n.p.B ; *Dr. sociétés*, 2013, comm. 145, n. J.-P. LEGROS.

⁹ Sous le droit antérieur, VERDOT (R.), La double fonction du juge-commissaire (...), *JCP G*, 1974, I, 2606, *op. cit.*, sp. n° 9 ; ou aujourd’hui, GAMBIER (B.) et al., Les nouveaux pouvoirs et les nouvelles missions des membres des juridictions après l’ordonnance du 12 mars 2014, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2014/5, *op. cit.*

nommer un juge « chargé d'instruire l'affaire »¹ avant renvoi, lequel pourra faire rapport au tribunal à l'audience². Ce rôle d'instruction n'est donc pas celui du juge-commissaire. Son rapport n'est pas non plus la simple présentation de l'affaire. Il existe l'institution du juge commis à cet effet, qui peut au demeurant exercer les pouvoirs d'investigation du juge-commissaire comme en dispose la loi³. Par une interprétation *a contrario* et pour le distinguer d'autres juges ayant fonction d'instruction ou de rapporteur, il s'agit bien de donner un avis motivé au tribunal qui doit statuer. Ce serait alors une sorte de pré-jugement à l'affaire⁴. Si le degré de son influence sur la décision à venir est difficile à apprécier, elle existe, à n'en pas douter.

197. Impartialité de la juridiction. C'est précisément l'existence d'un doute sur l'impartialité du juge-commissaire qui a été sanctionnée par la CEDH dans l'affaire *Le Stum contre France* en 2007⁵. Cela a emporté l'interdiction pour le juge-commissaire de siéger parmi les autres membres de la juridiction en matière de sanction, ce que la réforme de 2014 a généralisé pour toute question au fond⁶. Ainsi, il y aurait désormais une nette séparation entre le rôle du juge-commissaire et celui du tribunal dans la procédure.

Toutefois, cela est encore insuffisant. À force de multiplier les autorités judiciaires compétentes en droit des entreprises en difficulté, la pratique peut aboutir à des situations de confusion. Par exemple, il serait possible d'imaginer que le président de la juridiction soit également désigné juge-commissaire à l'ouverture de la procédure collective puisque ce dernier est choisi parmi les membres qui composent le tribunal. Bien entendu, la disposition précédente s'applique et le président, alors juge-commissaire, ne pourra plus participer au jugement de l'affaire. Cependant, dans cette situation, le doute sur l'impartialité du juge-commissaire-

¹ Antérieurement appelé « juge rapporteur », CPC, anc. art. 861-3.

² CPC, art. 861-862, 864-865 et 870 ; D. n° 2012-1451, 24 déc. 2012, *relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires*, sp. notice, chap. IV, art. 12-13 ; BLÉRY (C.), TEBOUL (J.-P.), *Instruction des affaires devant le tribunal de commerce*, À propos du décret du 24 décembre 2012 (chap. IV), *JCP G*, 2013/4, 67 ; FRICERO (N.), *Le petit Noël du procédurier : le retour*, *Dr. et proc.*, 2013/1, p. 2-7, sp. n° 13 s.

Il faut préciser que le TGI connaît déjà l'institution de ce juge (alors appelé « juge de la mise en état », art. 763-781) ; c'est donc en étendant l'institution à propos de la procédure devant le tribunal de commerce.

³ C. com., art. L. 621-1, al. 3 et application de l'art. L. 623-2 ; c'est-à-dire obtenir communication de tout renseignement et se faire assister par un expert ; il peut être comparé à un juge rapporteur, C. com., art. R. 621-3, BLÉRY (C.), TEBOUL (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 1. Il peut être appelé juge « enquêteur » pour ne pas confondre le juge commis avec le juge-commissaire, v. *infra*, sp. n° 195196.

⁴ LE CORRE (P.-M.), *Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté*, *D.*, 2014, p. 733-751 ; également, sur le risque de son impartialité avant la décision de la CEDH, FRISON-ROCHE (M.-A.), *L'impartialité du juge*, *D.*, 1999, p. 53-57 ; NIBOYET (M.-L.), *Les fonctions du juge-commissaire au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *D.*, 2001, p. 1610 s. ; RENUCCI (J.-F.), *Le juge-commissaire et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *D.*, 1998, p. 128 s. ; et spécifiquement à propos de son rapport, DELATTRE (C.), *La justice consulaire face à l'impartialité*, *RPC*, 2013/1, étude 3, sp. n° 20 ; ROUSSEL GALLE (P.), *Loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives*, *GP*, 2012/145, p. 78 s., sp. n° 23.

⁵ Impartialité fonctionnelle du juge-commissaire en raison de son rapport préalable, aboutissant à l'atteinte de l'impartialité objective du tribunal dans lequel il siégeait (formation de jugement), CEDH, 4 oct. 2007 précit., v. *supra*, sp. n° 10099.

⁶ C. com., art. L. 662-7 ; L. 26 juill. 2005 modif. par ord. 12 mars 2014 précit., art. 92. ; STAES (O.), CAGNOLI (P.), *Les aspects procéduraux de la réforme*, *DP*, juill. 2014, p. 61 s.

Le critiquant, car le juge-commissaire, au regard du dossier en cause, est un « magistrat expert », CANET (P.), *Les nouveaux pouvoirs et les nouvelles missions des membres des juridictions (...)*, *RPC*, 2014/5, *op. cit.*

président subsiste, surtout lorsqu'il aura eu à traiter préventivement les difficultés du débiteur, considérant les pouvoirs que la loi lui reconnaît en matière de prévention¹. Les exemples peuvent se multiplier d'autant que l'ordonnance de 2008 prévoit en plus l'institution d'un juge-commissaire « suppléant »². D'une manière générale, ils mettent en lumière quelques-unes des difficultés pratiques qu'emporte la diversification par le législateur des autorités judiciaires compétentes en droit des entreprises en difficulté.

198. Transition. Plus qu'une capacité d'influence du juge-commissaire sur la décision du tribunal, c'est la concurrence qu'il est susceptible de constituer qui est remarquée.

B. Une juridiction à part entière

199. Fonction juridictionnelle. À veiller au bon déroulement de la procédure, la loi de 1985 a ajouté la protection des intérêts en présence à la mission du juge-commissaire³. Il lui revient alors notamment de désigner les organes de la procédure⁴, d'autoriser les actes graves⁵ et les licenciements urgents⁶ ou de prendre des mesures conservatoires⁷, voire d'agir sur les biens qui y sont soumis⁸.

Au-delà de la pure protection, le juge-commissaire va parfois être amené à *trancher*⁹ entre les intérêts en présence. En effet, selon le texte, il « statue », « sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence ainsi que sur les réclamations formulées contre les

¹ DELATTRE (C.), Le juge-commissaire suppléant peut-il siéger dans la formation de jugement ?, *RPC*, 2015/3, alerte 9, sp. n° 6 et Étanchéité entre la procédure de prévention et la procédure collective (n. TC Valenciennes, 1^{er} mars 2013, n° 2013000988), *RPC*, 2013/6, comm. 161.

² C. com., art. L. 621-9, al. 3 et R. 621-10 ; ord. 18 déc. 2008 précit., art. 16.

Les textes ne prévoient pas d'incompatibilités à propos de la désignation du président en tant que juge-commissaire suppléant et siégeant dans la formation de jugement ; par ex., recours en annulation-réformation du ministère public contre le jugement (TC Annecy, 6 fév. 2015, n° 2014F01893) statuant sur un plan de cession en raison de la composition de la juridiction : le président de la formation de jugement étant juge-commissaire suppléant, CA Chambéry, 30 avril 2015, n° 15/00474 (rejet par application du CPC, art. 430, al. 2) ; DELATTRE (C.), Étanchéité (...), *loc. cit.*, sp. n° 1-3.

Toutefois, la règle (C. com., art. L. 622-7) pourrait s'entendre largement et être appliquée aussi au suppléant ; en tout état de cause, le doute est permis d'autant que le législateur a pris la peine de le préciser par ailleurs, par ex. à propos de la note informative du président du tribunal, art. L. 631-3-1 ou du juge commis, art. R. 621-4, al. 1^{er}.

³ L. 25 janv. 1985 précit., art. 14 ; C. com., art. L. 621-9, al. 1^{er}.

⁴ Les créanciers contrôleurs qui l'assistent par ailleurs dans sa mission, C. com., art. L. 621-10, al. 1^{er} et L. 621-11 ; cependant, la loi de Sauvegarde a supprimé la faculté qu'il avait de révoquer lui-même les contrôleurs nommés, anc. art. L. 621-13, al. 4 ; sur la liberté de choix, GAUDIN (J.), Désignation des contrôleurs et pouvoir d'appréciation du juge-commissaire, n. sous TC Versailles, 27 mars 1997, *PA*, 4 juill. 1997, p. 27 s.

⁵ Par ex., la prise de nouvelles garanties, les compensations, transactions, voire la conclusion d'une hypothèque ou d'un nantissement ; en sauvegarde, C. com., art. L. 622-7, II, al. 1^{er} et en RJ, art. L. 631-14, al. 3.

⁶ En cas d'urgence, licenciements économiques par l'administrateur, C. com., art. L. 631-17, al. 1^{er}.

⁷ Par ex., apposition de scellés sur les biens du débiteur en LJ, C. com., art. R. 641-15 et R. 641-16 ; la loi de Sauvegarde en a supprimé la possibilité antérieure en RJ.

⁸ Par ex., en autorisant la cession de biens soumis à des mesures conservatoires, C. com., art. L. 663-1-1.

⁹ CAGNOLI (P.), Réflexions critiques sur les restrictions jurisprudentielles au pouvoir juridictionnel du juge commissaire, en matière de vérification des créances, *RPC*, 2009/5, étude 23, sp. n° 1.

actes [des organes de la procédure] »¹. Il exerce donc une véritable fonction juridictionnelle², autonome et dispose pour cela d'un outil particulier, qui lui est propre : les ordonnances³. Ce sont de véritables décisions de justice⁴, dotées de l'autorité de la chose jugée⁵.

200. Un tribunal de première instance. Considérant la fonction juridictionnelle du juge-commissaire, une partie de la doctrine affirme à son égard qu'il est « une juridiction à part entière »⁶, « au même titre que le tribunal dont il émane »⁷. Conséquence de l'autonomisation continue de son rôle par la loi, c'est au demeurant ce qui justifie que lui soient appliqués les principes conventionnels du droit au procès équitable⁸.

Plus précisément, il serait dans ce cadre un tribunal de première instance⁹ puisque les textes lui reconnaissent une compétence générale en premier ressort¹⁰ et surtout, exclusive dans certaines matières¹¹, évinçant celle du tribunal. En termes simples, le juge-commissaire peut être regardé comme « le juge du quotidien contrairement au tribunal qui n'interviendra que pour prendre les grandes décisions. »¹². Il est possible d'aller encore au-delà du simple rôle d'un juge

¹ Soit des AJMJ, C. com., art. R. 621-21, al. 1^{er}.

² Soulignant cette ambiguïté : « Le juge commissaire est un organe à géométrie variable ; du rôle de coordinateur, il passe à celui de juge, à l'égard des mêmes personnes et le cas échéant au sujet des mêmes faits ou des mêmes questions juridiques. », VIDAL (D.), « Le juge-commissaire », in C. BOLZE et P. PÉDROT (dir.), *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Dalloz, 1996, p. 61-69, sp. p. 69.

³ C. com., art. R. 621-21, al. 1^{er} ; VALLENS (J.-L.), Qu'est-ce qu'une ordonnance ?, *RTD com.*, 2006, p. 483 s.

⁴ L'ordonnance du juge-commissaire dispose de tous les attributs d'une décision de justice : exécutoire dès son dépôt au greffe et portée à la connaissance des intéressés (C. com., art. R. 621-21, al. 3), lesquels peuvent former un recours (art. R. 621-21, al. 4) ; ROLLAND (B.), Les voies de recours contre les ordonnance du juge-commissaire : droit commun et droit spécial, *RPC*, juill. 2012, étude n° 23, p. 19-21).

⁵ Pour les décisions prises dans le cadre de sa fonction juridictionnelle.

En dehors, lorsque le juge-commissaire agit dans sa fonction de surveillance et d'administration, ses décisions doivent être considérées comme gracieuses, CPC, art. 25 ; en principe dénuée d'autorité de chose jugée, Cass. civ., 7 juill. 1919 ; *DP*, 1923, 1, p. 226 ; *adde.*, 1^{ère} civ., 27 oct. 1992, n° 91-13.449 ; *Bull. civ.*, I, n° 272 ; 1^{ère} civ., 6 avril 1994, n° 92-15.170 ; *Bull. civ.*, I, n° 141 ; *Justices*, 1995/2, p. 283, n. G. WIEDERKEHR ; mais à propos de l'autorisation d'une vente de gré à gré, la décision du juge-commissaire « qui bien que relevant de la matière gracieuse a une nature juridictionnelle et possède l'autorité de la chose jugée », CA Agen, 15 mai 2007, n° 06/01360 ; il faut donc considérer que le juge-commissaire ordonne la cession.

D'une manière générale, l'analyse varie au cas par cas : affirmant le caractère gracieux de l'ordonnance, Cass. com. 4 janv. 2005, n° 02-21.504 ; n.p.B ; *Lexbase Hebdo*, 2005/158, n. P.-M. LE CORRE ; *a contrario*, sur son caractère contentieux, com., 13 déc. 2005, n° 04-18.391 ; *Bull. civ.*, IV, n° 250 ; *D. actu.*, 2006, p. 228, n. A. LIENHARD ; il existe donc un certain flottement sur la nature de ces ordonnances, CHASSAGNON (Y.), *L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté*, *op. cit.*, sp. p. 45 s. ; VALLENS (J.-L.), Toute décision du juge-commissaire n'a pas forcément l'autorité de la chose jugée, *RTD com.*, 2001, p. 520 s.

⁶ DERRIDA (F.), Le délai d'opposition contre une ordonnance du juge-commissaire (...), *D.*, 1994, p. 510 s. ; également, CASTELLAN (S.-D.), th. précit., sp. p. 127-135 ; MONTÉRIAN (T.), Impartialité, droits de l'homme et QPC, *RPC*, 2015/4, étude 13, sp. n° 17 ; cette qualification a fait l'objet d'un questionnaire ministériel diffusé en 2013 et auquel les réponses ont été majoritairement affirmatives, ROSSI (P.), LELOUP-THOMAS (V.), Les principaux acteurs/organes, Quels apports de l'ordonnance n° 2013-326 du 12 mars 2014 ?, *CDE*, 2015/1, dossier 6, sp. n° 3 ; VALLENS (J.), La clause de réserve de propriété et la procédure de redressement judiciaire, *JCP E*, 1986/6, 14651, sp. n° 32.

⁷ VALLENS (J.-L.), Le privilège de juridiction des auxiliaires de justice est applicable devant le juge-commissaire, *RTD com.*, 2011/1, p. 180 s.

⁸ Tels que l'impartialité (C. com., art. L. 662-7) le respect du contradictoire (par ex., pour la désignation d'un technicien par une lecture *a contrario* de l'art. R. 621-23, al. 1^{er} ; ajout ord. 12 mars 2014 précit., art. 39 ; plus naturellement, en cas de contestation de la créance, art. R. 624-4, al. 2) ou la nécessité de statuer dans un délai raisonnable (art. R. 621-21, al. 2) ; MONTÉRIAN (T.), *op. cit.*

⁹ JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 269-270 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 537-538 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 491 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 508.

¹⁰ Dans les textes : « Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal », C. com., art. R. 662-3 ; ses décisions répondent au principe de double degré de juridiction (recours, art. R. 621-21), VALLENS (J.-L.), Le privilège (...), *op. cit.* ; sauf à propos de l'admission des créances, si la valeur n'excède pas le taux de compétence du tribunal, art. L. 624-4.

¹¹ Par ex., à propos de la continuation des contrats en cours, Cass. com., 8 déc. 1987, n° 87-10.716 (1^{ère} esp.) ; *D.*, 1988, p. 52 et *PA*, 6 janv. 1988, p. 9 n. F. DERRIDA ; *RPC*, 1988, I, 61, n. J. MESTRE et P. DELEBECQUE ; rapp. Cass., 1987, sp. p. 180.

¹² VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 276.

d'appui¹ et de voir dans le juge-commissaire une juridiction *concurrente*² au tribunal collégial puisqu'il intervient sur des questions considérées de fond relativement à la procédure en cours. Il y aurait donc une juridiction distincte de la juridiction principale, dont la conséquence critiquable est d'aboutir à une dispersion du traitement judiciaire par la concurrence d'une autre autorité au regard du traitement général des difficultés de l'entreprise³.

Cette concurrence est d'autant plus contestable, qu'outre la dispersion du contentieux des entreprises en difficulté entre plusieurs autorités judiciaires - ici le tribunal et le juge-commissaire -, il faut rappeler qu'il intervient comme juge unique⁴. Les critiques émises sur le risque d'arbitraire⁵ peuvent alors être reproduites ici, spécialement à propos du juge-commissaire⁶.

201. Transition. La reconnaissance de la qualité de juridiction à propos du juge-commissaire soulève la question de l'étendue de sa compétence au regard du tribunal de la procédure. Tel est le cas notamment du contentieux de l'admission des créances.

C. La délicate délimitation des pouvoirs en matière d'admission des créances

202. Contentieux de l'admission des créances. Il est notamment⁷ une matière particulière qui est susceptible d'illustrer la fonction juridictionnelle du juge-commissaire. Il s'agit de l'admission des créances à la procédure afin de fixer le passif du débiteur ; d'où l'importance de cette étape : elle permet de définir précisément le volume de la dette de l'entreprise et fixe les droits des créanciers. D'autant que, pour reprendre les termes de la loi, selon la valeur de la créance, le juge-commissaire « statue en dernier ressort »⁸.

Il est prévu que le mandataire établisse la liste des créances qu'il transmet, avec ses propositions, au juge-commissaire, lequel décide de leur sort sauf s'il constate que la contestation ne relève pas de sa compétence⁹. Deux éléments nécessitent d'être approfondis : la portée de sa décision et la délimitation de sa compétence. Sur le premier, il peut être considéré que le juge-

¹ Le juge d'appui peut être ici défini comme un magistrat intervenant au soutien du tribunal afin d'alléger sa tâche et prendre en charge les actes les moins graves et dans un sens plus strict, dans le cadre de la justice arbitrale, *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Juge d'appui, sp. p. 583 ; l'expression semble donc juste lorsqu'elle renvoie à un magistrat en position d'auxiliaire et non de juge.

² MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 527 ; STAES (O.), th. précit., sp. n° 119.

³ C'est dans la perspective de la compétence générale du tribunal dans le traitement des difficultés qu'il est possible d'évoquer une concurrence ; sinon, l'exclusivité de ses prérogatives écarte par définition cette analyse, STAES (O.), th. précit., sp. n° 119.

⁴ VIDAL (D.), « Le juge-commissaire », in *Les juges uniques*, op. cit., p. 61-69.

⁵ V. *supra*, sp. n° 178, n. 1 ; à propos du président du tribunal, *supra*, sp. n° 183, 189 s. ; sur la collégialité, *infra*, sp. n° 400

⁶ SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 711 ; VIDAL (D.), *loc. cit.*, sp. p. 68.

⁷ Le juge-commissaire tranche une contestation également dans d'autres hypothèses, par ex. : à propos de la résiliation d'un contrat en cours (C. com., art. L. 622-13) ; mais c'est celle de l'admission des créances qui a soulevé la plus grande difficulté.

⁸ C. com., art. L. 624-4.

⁹ C. com., art. L. 624-2.

commissaire, en décidant de l'admission ou du rejet de la créance, tranche entre les différents intérêts. Il exerce alors une fonction juridictionnelle¹. Quant au deuxième élément, il faut recourir à une interprétation *a contrario* pour déduire la compétence du juge-commissaire et la définir au regard de celle du tribunal de la procédure. Le droit antérieur ne précisant pas, cette question a soulevé d'importantes discussions en doctrine sur le point de connaître l'étendue des pouvoirs du juge-commissaire², la compétence de l'un entraînant *de facto* l'incompétence de l'autre et inversement³.

203. Apport de l'ordonnance de réforme de 2014. C'est dans ce contexte que l'ordonnance de réforme de 2014⁴ est venue préciser : « qu'en l'absence de contestation sérieuse, le juge-commissaire a également compétence, dans les limites de la compétence matérielle de la juridiction qui l'a désigné, pour statuer sur tout moyen opposé à la demande d'admission »⁵.

Il aurait pu être consacré, au soutien d'une partie de la doctrine⁶ par une interprétation étendue de l'ancien texte et sur le modèle du juge de l'exécution⁷ ou, encore, par sa mission concernant la contestation des créances postérieures⁸, la plénitude de compétence du juge-commissaire dans ce contentieux. Or, le législateur, consacrant les solutions restrictives de la

¹ THÉRON (J.), Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective, *RTD com.*, 2011, p. 635 s., sp. n° 6.

L'ordonnance prise en la matière a autorité de chose jugée, y compris en l'absence de contestation, Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-13.777 ; n.p.B ; le tribunal arbitral ultérieurement saisi doit alors être déclaré incompétent, 1^{ère} civ., 11 sept. 2013, n° 11-17.201 ; *Bull.*, I, n° 161 ; *D.*, 2013, p. 2891, n. N. BORGA, J. DANIEL et p. 2936, n. T. CLAY ; VALLENS (J.-L.), De nouveaux doutes quant aux pouvoirs du juge-commissaire en matière d'admission des créances, *RTD com.*, 2014, p. 192 s. ; elle est donc susceptible de recours devant la cour d'appel, C. com., art. R. 624-7 à R. 624-10.

² Not., CAGNOLI (P.), Réflexions critiques sur les restrictions jurisprudentielles (...), *RPC*, 2009/5, *op. cit.* ; THÉRON (J.), Éclaircissement quant aux contours du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire statuant en matière d'admission des créances, *BJE*, 2013/1, p. 30 s. ; VALLANSAN (J.), Exception d'incompétence ou défaut de pouvoir : du flou dans la vérification des créances, *RPC*, 2012/2, étude 9 ; VALLENS (J.-L.), Des limites des pouvoirs du juge commissaire en matière d'admission des créances, *RTD com.*, 2013, p. 153 s.

³ Dans ce cadre, la jurisprudence distinguait selon qu'était reconnue son incompétence ou le dépassement de son office juridictionnel, appliquant alors des régimes juridiques différents, not. en termes de délai (délai de forclusion, C. com., art. R. 624-5) ; mais, considérant les difficultés que cela engendrait, la jurisprudence a finalement aligné les régimes, Cass. com., 9 avril 2013, n° 12-15.414 ; *Bull.*, IV, n° 59 ; et com., 13 mai 2014, n° 13-13.284 ; *Bull.*, IV, n° 86 ; critique, BOUSTANI (D.), Vérification des créances : l'alignement du régime de l'incompétence et du dépassement de l'office juridictionnel du juge-commissaire, *GP*, 2014/182, p. 14-17 ; LE CORRE (P.-M.), Contestation de la créance déclarée : incompétence ou dépassement de l'office juridictionnel, une nuance de taille, *BJE*, 2013/7, p. 221-223 ; également *JCP E*, 2014/28, 818, n. P. ROUSSEL GALLE.

⁴ Ord. 12 mars 2014 précit., art. 34.

⁵ C. com., art. L. 624-2 ; sur l'apport de l'ord. de 2014, not. : GAMBIER (B.) et al., Les nouveaux pouvoirs et les nouvelles missions des membres des juridictions (...), *RPC*, 2014, *op. cit.* ; LE CORRE (P.-M.), Le rééquilibrage du rôle des acteurs : l'exemple des modifications intéressant la déclaration, la vérification et l'admission des créances, *Hebdo éd. aff.*, 2014/393 ; ROSSI (P.), LELOUP-THOMAS (V.), Les principaux acteurs/organes, (...), *CDE*, 2015, *op. cit.*, sp. n° 3 ; THÉRON (J.), Aspects procéduriers de l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *GP*, 2014/147, p. 4 s.

⁶ Sous l'empire du droit antérieur, CAGNOLI (P.), Réflexions critiques (...), *RPC*, 2009/5, *op. cit.*, sp. n° 10 ; VALLENS (J.-L.), Des limites des pouvoirs du juge commissaire (...), *RTD com.*, 2013, *op. cit.* ; également, VALLANSAN (J.), Quelle est l'étendue du pouvoir du juge-commissaire dans sa fonction d'admission des créances ?, *Act. proc. coll.*, 2009/8, alerte 124, sp. n° 3.

Au lendemain de la réforme de 2014, LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur l'ordonnance (...), *D.*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 59 ; ROUSSEL GALLE (P.), La réforme du droit des entreprises en difficulté (...), *Rev. sociétés*, 2014, p. 351 s., *op. cit.*, sp. n° 53.

⁷ « Le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit », COJ, art. L. 213-6.

⁸ Pour lesquelles il n'est pas limité dans son pouvoir juridictionnel (C. com., art. R. 622-15, al. 3-4), BOUSTANI (D.), *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, th., P.-M. LE CORRE (dir.), LGDJ-Lextenso, 2015, 430 p., sp. n° 484 s. et Vérification des créances (...), *GP*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 14.

jurisprudence¹, arbitre en faveur du tribunal de la procédure pour n'octroyer au juge-commissaire un pouvoir juridictionnel qu'en présence d'une contestation non-sérieuse². Par conséquent, dès lors que la réclamation en cause présente un caractère sérieux, le juge-commissaire, incompétent, doit surseoir à statuer et inviter les parties à saisir la juridiction compétente³. Le juge-commissaire peut alors être comparé à un « juge de l'évidence »⁴.

Outre le retard que peut engendrer la technique⁵, il en ressort une limitation du pouvoir juridictionnel de ce magistrat alors que les réformes législatives avaient au contraire précédemment organisé l'accroissement de ses pouvoirs⁶. Par une interprétation plus globale, il est possible d'y voir un retour au renforcement de la compétence propre du tribunal de la procédure pour toutes les questions qui touchent, précisément, à la procédure⁷, autrement dit, une recomposition du traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise autour du seul organe collégial.

204. Appréciation générale. D'une manière générale, le contentieux de l'admission des créances met en lumière les incertitudes qui résultent de l'éclatement du traitement judiciaire des difficultés entre différentes autorités de même nature. Il révèle les difficultés liées à la délimitation des pouvoirs de l'une, en miroir de l'autre. Dans le cas présent, la réforme a clarifié les attributions juridictionnelles du juge-commissaire en écartant, contrairement au vœu de

¹ Par ex., à propos de la contestation relative à une exécution prétendument défectueuse d'un contrat ne relève pas du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire, Cass. com. 24 mars 2009, n° 07-21.576 ; n.p.B. ; *RPC*, 2010/1, p. 23, n. S. GORRIAS, V. MANIE ; *adde*, com. 18 sept. 2012, n° 11-18.353 et 11.-18.315 ; n.p.B. ; *RTD com.*, 2013, p. 153, n. J.-L. VALLENS ; *BJE*, janv. 2013, n° 1, p. 30, n. J. THÉRON ; d'une manière générale, la chambre commerciale limitait ses attributions, com. 17 nov. 2009, n° 08-18.929 ; n.p.B. ; alors que la chambre civile avait une conception plus large, sanctionnant d'ailleurs tout empiètement, 1^{ère} civ., 11 sept. 2013, n° 11-17.201 précit.

² Ce qui peut être rapproché du régime des référés, par ex. : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse », CPC, art. 808 ; voire emprunté à la matière administrative, GENTILI (C.), Le caractère sérieux dans la procédure civile et le contentieux administratif, *HAL Archives ouvertes*, 12 janv. 2012.

³ Par lettre A/R du greffier ou par ordonnance spécialement motivée du juge-commissaire ; le délai est d'un mois à compter de la notification ; à défaut, le demandeur est forclos et le juge-commissaire ne peut admettre la créance, C. com., art. R. 624-4 et 624-5. Antérieurement, la solution était jurisprudentielle, Cass. com., 13 mai 2014 précit. ; *D.*, 2014, p. 1093, n. A. LIENHARD ; *JCP G*, 2014/28, p. 1386, n. P. ROUSSEL GALLE ; *Act. proc. coll.*, 2014/9, comm. 170, n. J. VALLANSAN ; confirmant le texte nouveau, l'auteur de la saisine de la juridiction étant celui à l'origine de la contestation sérieuse, com., 23 sept. 2014, n° 13-22.539 ; *GP*, 2015/20, p. 27, n. P.-M. LE CORRE ; *D.*, 2014, p. 1936, n. A. LIENHARD ; *JCP E*, déc. 2014, 1637, n° 8, n. P. PÉTEL.

⁴ LE CORRE (P.-M.), Le rééquilibrage du rôle des acteurs (...), *loc. cit.* ; GAMBIER (B.) et al, Les nouveaux (...), *loc. cit.* ; soulignant la nature « purement déclarative » de la mission, THÉRON (J.), Éclaircissement quant aux contours (...), *BJE*, 2013, *op. cit.*
D'une manière générale, v. BROUELLE (C.), « Le juge et l'évidence », in Sénat, *L'office du juge* (2006) précit., sp. p. 273-282.

⁵ Pour des raisons de célérité, il aurait pu être justifié de confier l'ensemble du contentieux au même magistrat ; ici, le juge-commissaire doit surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la juridiction, ce qui prend nécessairement un délai supplémentaire ; le critiquant, LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur l'ordonnance (...), *op. cit.*, sp. n° 59.

⁶ VALLENS (J.-L.), Le privilège de juridiction (...), *RTD com.*, 2011, *op. cit.* et *v. supra*, sp. n° 192.

⁷ Y compris au fond ; c'est d'ailleurs l'obstacle à reconnaître la plénitude de compétence au juge-commissaire : la contestation de la créance touchant au fond du droit, la compétence devait revenir au tribunal qui bénéficie du « bloc » de compétence, GAMBIER (B.) et al., *op. cit.* ; THÉRON (J.), Aspects procéduraux (...), *GP*, 2014, *op. cit.*

La question renvoie par ailleurs à la nature de la déclaration de créance (*v. infra*, sp. n° 476) qui rend alors critiquable la restriction des pouvoirs du juge-commissaire, CAGNOLI (P.), Réflexions critiques sur les restrictions (...), *RPC*, 2009, *op. cit.* ; THÉRON (J.), Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions (...), *RTD com.*, 2011, *op. cit.*

certains, les contestations sérieuses¹. Il n'en reste pas moins compétent en dehors de ces hypothèses, confirmant son rôle particulier en la matière.

205. Transition. Le juge-commissaire n'est pas la seule autorité judiciaire posant la question de la portée de ses interventions au regard du tribunal. D'un autre point de vue, c'est aussi le cas du ministère public.

§ 3. La question du sens des interventions du ministère public

206. Évolution du rôle du ministère public en droit des entreprises en difficulté. « Le prince chez les marchands »², telle était la conception du ministère public sous l'empire du droit ancien de la faillite. C'est dire le faible intérêt de cet acteur, autrefois représentant du roi³, pour les affaires⁴, alors considérées comme relevant de la sphère privée⁵.

Cependant, le droit évoluant vers l'appréhension de l'entreprise comme objectif d'intérêt public, les prérogatives du ministère public se sont progressivement développées⁶. Depuis la loi du 13 juillet 1967⁷ et alors que le gouvernement préconisait une présence « exceptionnelle »⁸ chaque réforme législative⁹ va être l'occasion d'accroître, dans son périmètre, le rôle du

¹ VALLENS (J.-L.), Ordonnance du 12 mars 2014 : quelques innovations procédurales, *RTD com.*, 2014, p. 418 s.

² BOIRON (J.-F.), Le « prince » chez les « marchands », *GP*, 1982, I, doct., p. 251-257.

³ Au XIV^e s., CARBASSE (J.-M.) (*dir.*), *Histoire du Parquet*, Puf, 2000, 333 p., sp. p. 19 ; HENRION DE PANSEY (P.-N.), *De l'autorité judiciaire en France*, *op. cit.*, sp. p. 179 et p. 183 qui lie la naissance de l'État moderne à la distinction de la défense de l'« intérêt général », sp. p. 184 ; sur le sujet, PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, sp. p. 401-411 ; RASSAT (M.-L.), *Le ministère public entre son passé et son avenir*, th., R. VOUIN (*préf.*), LGDJ, 1967, 286 p.

³ BADINTER (R.), Le procureur et le consul, *RJC*, 1981, p. 245-249, sp. p. 245.

⁴ Globalement inconnu en droit de la faillite sous l'Ancien Régime et durant le mouvement des grandes foires qui s'organisaient en dehors du cadre étatique, JEANNEROT (P.), th. précit., sp. p. 258 s.

Le premier texte marquant son intervention est l'Ordonnance de Colbert faisant référence à un « procureur-syndic » près des juridictions consulaires mais sans définir clairement son rôle ou le différencier du juge-commissaire.

⁵ MENEZ (J.), « Le Ministère Public », in Dossier, *Les innovations de la loi sur le redressement des entreprises*, *RTD com.*, 1987, t. 2, n° sp., p. 87-95.

⁶ Sur ce lien, RENUCCI (F.), Le parquet et les faillites, *RSC*, 1990, p. 235 s., sp. n° 3.

⁷ L. du 13 juill. 1967 précit., art. 10 qui comporte essentiellement l'information du procureur de la République ; et la surveillance générale du syndic, D. 29 mai 1959, art. 35 ; reprise par ord. 23 sept. 1967 précit., art. 39 ; SOINNE (B.), L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation, *RJC*, 1979, p. 1 s.

⁸ Instruction n° 82-07, 24 juin 1982, le Garde des Sceaux aux procureurs généraux ; circ. n° 99, NP, 30 nov. 1981 ; BOIRON (J.-F.), Propos sur le décret du 9 avril 1982 sur les procédures collectives, *GP*, 1982, II, doct. 589.

⁹ Par deux lois spéciales, reconnaissance d'une compétence générale « en toutes matières », L. n° 70-613, 10 juill. 1970, art. 4 ; information, présence et droit d'action en droit des entreprises en difficulté, L. n° 81-927, 15 oct. 1981 ; SOINNE (B.), L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation (commentaire de la loi n° 81-927 du 15 oct. 1981 et du décret n° 82-327 du 9 avr. 1982), *D.*, 1983, chron., III, p. 11-20.

Puis à l'occasion des réformes de la matière : intégration de la notion d'intérêt général, L. 25 janv. 1985 précit. ; DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 91 ; MARCHI (J.-P.), Le rôle du procureur de la République, *RJC*, fév. 1987, p. 101-106 ; MENEZ (J.), *op. cit.* ; RENUCCI (F.), *op. cit.* ; multiplication des cas où il doit être entendu, L. 26 juill. 2005 précit. ; HOULETTE (E.), Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde, *JCP E*, 2005/42, 1514 ; SOINNE (B.), Les modifications envisagées de la loi du 26 juillet 2005, *RPC*, 2008/2, étude 12, sp. n° 18 ; TRIAULAIRE (J.-P.), Le rôle du Ministère public, *RPC*, 2006/2, p. 212 s. ; étendant les voies de recours, STAES (O.), Aspects de procédure et voies de recours, *RPC*, 2009/1, dossier 5, sp. n° 51 s. ; dans les nouvelles procédures créées, SFA, ord. 9 déc. 2010 et PSA ou rétablissement professionnel, ord. 12 mars 2014 précit. ; GAMBIER (B.) et *al.*, Les nouveaux pouvoirs (...), *RPC*, 2014, *op. cit.* ; ROSSI (P.) et *al.*, Les principaux acteurs (...), *CDE*, 2015, *op. cit.*

ministère public au point d'en faire un acteur essentiel¹ du droit des entreprises en difficulté². Pourtant, la dépénalisation de la faillite aurait pu tendre au contraire à un effacement de son intervention³. Mais, à l'inverse, il est devenu le gardien d'un ordre public étatique de direction⁴.

207. Omniprésence en droit des entreprises en difficulté. Le ministère public est aujourd'hui présent à tous les stades de la procédure, pour toutes les difficultés⁵ et de toutes les manières⁶. En effet, il est tenu informé⁷ et cela, dès les premiers symptômes⁸. Sa présence⁹, ses avis¹⁰ sont requis aux audiences à peine de nullité¹¹. Et lorsqu'il prend la parole à l'audience, il le fait en dernier¹². De plus, il n'est pas seulement appelé à la procédure, il peut aussi *agir*¹³ comme partie principale¹⁴, en initiant et dirigeant alors l'action dans la procédure. Il dispose du

¹ ARGENSON (J.), TOUJAS (G.), *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillites*, Traité et formulaire, Librairies techniques, 1973, 4^e éd., 682 p., sp. n° 93, p. 124.

² La matière est particulièrement illustrative de l'évolution de son rôle, LE MESLE (L.), Quelques éléments d'actualité à propos de l'avis du ministère public en matière de procédures collectives, *CDE*, 2015/5, dossier 38.

³ C'est-à-dire de défense des intérêts de la société et de répression des atteintes à l'ordre public ; en fait, son rôle va accompagner l'évolution de ce droit en se détachant de sa fonction répressive ; d'où le changement terminologique de « Procureur de la République » à « ministère public » afin d'estomper la connotation pénale, HOULETTE (E.), *loc. cit.*, sp. n° 2.

⁴ GASTAUD (J.-P.), Synthèse du colloque, *in* Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, *CDE*, 2015/5, dossier 46 qui considère que l'évolution serait celle de gardien « d'un ordre public de protection intimement lié à la vie de l'entreprise » et non d'un ordre public étatique de direction.

⁵ Dans le mandat *ad hoc*, il est seulement appelé quant à la rémunération du mandataire, C. com., art. L. 611-14, al. 1^{er}.

⁶ GAMBIER (B.) et *al.*, *loc. cit.* ; soulignant la multiplicité de ses missions et des modes d'intervention, INGALL-MONTAGNIER (P.), Prévenir, sanctionner, réparer, Le ministère public à la croisée des missions, *in* Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, *CDE*, 2015/5, dossier 27 ; pour le détail exhaustif, v. le tableau récapitulatif, DELATTRE (C.), L'intervention du ministère public dans la loi de sauvegarde, *RPC*, nov.-déc. 2014, Fiches pratiques, n° 2, p. 54-70 ; également, KHOV (A.-L.), Quelques idées-forces de la réforme du droit des entreprises en difficulté, *PA*, 25 juill. 2014, p. 7 s.

⁷ Par ex. par les organes de la procédure placés sous sa surveillance, C. com., art. L. 621-8, al. 1^{er}, R. 621-20 ; art. L. 811-11, al. 1^{er}.

⁸ Par ex., l'absence de réponse à d'injonction du président du tribunal lui est communiquée, C. com., art. R. 611-14, al. 3 ; sur la conciliation, art. L. 611-6 à L. 611-10.

⁹ Par ex. pour l'ouverture de la sauvegarde si le débiteur a déjà bénéficié d'une procédure préventive, C. com., art. L. 621-1, al. 4. Par ailleurs, lorsqu'il agit comme partie principale, sa présence est obligatoire, CPC, art. 431 ; d'une manière générale, DELATTRE (C.), Le ministère public et le contradictoire dans la loi de sauvegarde, *RPC*, 2011/5, étude 24, sp. n° 19.

¹⁰ Par ex., sur l'ouverture d'un rétablissement professionnel, C. com., art. L. 645-3, al. 3 ; DELATTRE (C.), Les avis du ministère public, *RPC*, 2014/5, étude 22 ; LE MESLE (L.), Quelques éléments d'actualité (...), *CDE*, 2015/5, dossier 38, *op. cit.*

Il doit s'agir d'un véritable avis et non d'un simple visa : alors qu'était admise la mention « vu et s'en rapporte », Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-17.130 ; *Bull.*, IV, n° 211 ; ce n'est plus le cas, l'arrêt encourt donc la cassation, com., 24 juin 2014, n° 13-14.690 ; *Bull.*, IV, n° 111 ; *GP*, 2014/357, p. 35, n. J. THÉRON qui refuse la qualité de partie jointe en la matière : il « est toujours une véritable partie. Il ne vient pas exprimer un avis sur l'application de la loi en tant que partie jointe, mais défendre l'intérêt général » ; comp. CPP, art. 424.

Dans le même sens, l'abstention du ministère public malgré la communication qui lui est faite n'est pas un avis, com., 24 mars 2015, n° 13-26.209 et 13-28.458 ; n.p.B.

¹¹ Si les textes prévoient la nullité de la procédure concernant l'avis du ministère public (par ex., C. com., art. L. 626-27, I, al. 2 ; Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-28.216 ; n.p.B.), ils ne précisent pas quant à sa présence ; il faut néanmoins considérer que celle-ci est obligatoire, qu'il soit partie principale (CPP, art. 431), mais aussi, partie jointe, circ. min. Just., 18 avril 2006 *relative à l'action du ministère public dans les procédures du livre VI du code de commerce en conséquence de la loi de sauvegarde des entreprises*, NOR : JUSC0620263C, 10 p., sp. p. 4 s. ; en jurisprudence, par ex. : com., 16 déc. 2008, n° 07-17.130 ; *Bull. civ.*, IV, n° 211 ; *D.*, 2009, p. 97, n. A. LIENHARD ; com., 3 mai 2011, n° 10-14.558 ; *Bull. civ.*, IV, n° 67 ; *D.*, 2011, p. 1278, n. A. LIENHARD.

¹² CPC, art. 443 ; les parties peuvent répondre par une « note en délibéré », art. 445 ; par ex., Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2006, n° 05-19.219 ; *Bull.*, I, n° 549.

¹³ L'information du ministère public tend *in fine* à permettre son action.

¹⁴ Globalement, il est possible de considérer qu'il est partie jointe lorsqu'il est seulement question de se joindre à l'instance (communication des informations, présence à l'audience et avis) ; et partie principale lorsqu'il formule des demandes au tribunal (ou exerce des recours) à titre principal ; sur cette distinction classique, CADIEU (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, sp. n° 373 s. ; FRICERO (N.), Le ministère public, partie principale et partie jointe, *CDE*, 2015/5, dossier 37 ; *contra*, THÉRON (J.), Le ministère public, jamais partie jointe au sein des procédures collectives, n. sous Cass. com. 24 juin 2014, *loc. cit.*

droit de saisine¹, du droit de former un recours² ou encore de la faculté de formuler des propositions³. Cette qualité est d'autant plus remarquable que la loi lui réserve, dans certaines hypothèses, le monopole de l'action⁴.

Au-delà des hypothèses spécifiquement prévues en la matière, il faut rappeler sa mission globale de sauvegarde de l'intérêt public⁵ et dont la vie des affaires ne fait pas cas à part⁶. En somme, le ministère public connaît un large champ d'intervention en droit des entreprises en difficulté.

208. Interrogation. Cette évolution croissante du rôle du ministère public en droit des entreprises en difficulté interroge. Il faut rappeler sa double nature : il est un magistrat, relevant du statut de la magistrature, mais avec pour particularité de relever de l'autorité du ministre de la Justice⁷. S'il est compréhensible que le représentant des intérêts de la société trouve une place dans un droit où la sauvegarde des entreprises est devenue d'intérêt public⁸, sa relative indépendance⁹ - ou dépendance - met cependant en doute le bien-fondé de ses interventions.

209. Délimitation de l'étude. La question de l'indépendance du ministère public se pose dans le cadre particulier du droit des entreprises en difficulté - elle mériterait par ailleurs une étude spécifique¹⁰ - et à l'aune du traitement mis en œuvre par le tribunal.

À ce propos, il dispose d'une pleine maîtrise de l'ensemble des outils procéduraux : la juridiction peut être appelée à son instigation, elle rend sa décision après l'avoir entendu, le rejet de ses propositions doit être spécialement motivé¹¹, les décisions qu'elle prononce sont susceptibles de recours de sa part¹², constituant son contradicteur¹³. Sans approfondir chacune de ces prérogatives, il n'en sera retenu qu'une à titre d'illustration. Elle est le résultat de la

¹ Par ex., demandant l'ouverture d'un RJ, C. com., art. L. 631-5, al. 1^{er}.

² Par ex., recours contre, précisément, la décision d'ouverture, C. com., art. L. 661-1, I, 1^o ; sur les voies de recours, STAES (O.), Aspects de procédure et voies de recours, *RPC*, 2009, *op. cit.* ; VALLENS (J.-L.), Réforme du droit des entreprises en difficulté : de quelques modifications touchant aux règles de procédure et aux voies de recours, *RTD com.*, 2009, p. 458 s. ; sous l'empire du droit antérieur, LAFORTUNE (M.-A.), Le ministère public et l'entreprise en difficulté, *PA*, 12 janv. 1994, p. 20 s. ; RÉMERY (J.-P.), Le ministère public et les voies de recours dans les procédures collectives, *in rapp. annuel de la Cour de cassation*, 1998, p. 139 s.

³ Par ex., sur le nom d'un administrateur ou mandataire judiciaires, C. com., art. L. 621-4, al. 5.

⁴ Par ex., pour l'exercice de voies de recours contre certaines décisions, expressément : C. com., art. L. 661-6, I.

⁵ CPC, art. 422 ; lui permettant d'agir d'office, art. 423 ; ARBELLOT (F.), L'action d'office du ministère public prévue à l'article 423 du Code de procédure civile, *JCP G*, 2014/24, doct. 698.

⁶ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n^o 86.

⁷ Statut de la magistrature précit., art. 1^{er} : « Le corps judiciaire comprend : les magistrats du siège et du parquet », art. 5 : « Les magistrats du parquet sont placés (...) sous l'autorité du garde des sceaux ».

⁸ V. *supra*, sp. n^o 57 s.

⁹ Statut de la magistrature précit., art. 5 : « À l'audience, leur parole est libre ».

¹⁰ V. *infra*, sp. n^o 585, n. 4.

¹¹ Par ex., à proposition de la nomination des organes, C. com., art. L. 621-4, al. 5 ; qualifiant cette proposition de « véritable ordre » pour la juridiction, SOINNE (B.), Les modifications envisagées (...), *RPC*, 2008/2, *op. cit.*, sp. n^o 18 ; sur le sujet, CAGNOLI (P.), Les raisons de suivre ou non la proposition du Ministère public, quant à la désignation des mandataires de justice, *Actu. proc. coll.*, fév. 2010/4, alerte 56 ; GHALIMI (N.), Désignation des organes de la procédure : portée de la faculté d'opposition du ministère public, *RPC*, 2011/3, étude 13.

¹² C. com., art. L. 661-1 s.

¹³ Sur la théorie du « légitime contradicteur », CAGNOLI (P.), *th. précit.*, sp. n^o 333 et sa note, n^o 1159.

réforme de 2014 ayant abrogé la saisine d'office : alors que le législateur aurait pu en renforcer ses garanties¹, il renvoie la saisine du tribunal au ministère public. Ce point cristallise le jeu de répartition des pouvoirs entre les différentes autorités au sein du traitement judiciaire des entreprises en difficulté.

210. Plan. L'opportunité de faire reposer l'ouverture d'une procédure collective sur le ministère public suscite la réflexion (A), notamment en raison de sa soumission au pouvoir exécutif (B).

A. Le détournement de la saisine de la juridiction au profit du ministère public

211. Abrogation de la saisine d'office du tribunal. La réforme de 2014 du droit des entreprises en difficulté revient sur une prérogative traditionnelle, mais non moins exorbitante, que détenaient les juridictions en la matière : la saisine d'office². Le Conseil constitutionnel l'ayant déclarée non-conforme³, le législateur a fait le choix de l'abroger d'une manière générale⁴. En effet, à lire la décision du Conseil constitutionnel⁵, elle aurait pu être maintenue à condition notamment de renforcer les garanties d'impartialité de la juridiction. Il est vrai qu'elle présentait, en termes de célérité, une certaine efficacité pour le traitement⁶. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui, le tribunal qui se trouve face à un débiteur en cessation des paiements ne peut plus s'auto-saisir. Par conséquent, cela reporte l'attention sur les autres titulaires de cette prérogative.

212. Pouvoir de saisine du ministère public. En dehors des parties, débiteur et créanciers, le ministère public dispose du pouvoir de saisir la juridiction aux fins d'ouverture d'une procédure collective⁷. Cela vaut également pour l'extension⁸ ou la conversion⁹ de procédure. Si cette prérogative spécifiquement issue de la loi de 1985¹⁰ peut être justifiée par un rôle de police économique et sociale, il faut comprendre que l'abrogation de la saisine d'office place le

¹ ROUSSEL GALLE (P.), La réforme du droit des entreprises en difficulté (...), *Rev. sociétés*, 2014, *op. cit.*, spéc n° 26.

² C. com., anc. art. L. 631-5 : sur le sujet, v. *infra*, sp. n° 242 s.

³ Cons. constit., n° 2012-286 QPC, 7 déc. 2012 précit., art. 1^{er}.

⁴ V. *infra*, sp. n° 246.

⁵ « Si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, (...) qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité », Cons. constit., 7 déc. 2012 précit., sp. cons. n° 4, le motif d'intérêt général était acquis, cons. n° 6, mais pas les garanties nécessaires, cons. n° 7 ; il faut donc considérer que la saisine d'office est déclarée inconstitutionnelle *en l'état*, ce qui laissait le choix de prévoir les garanties qui l'entourent ou de l'abroger.

⁶ BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté, *D.*, 2014, pp. 2248-2249.

⁷ Le RJ, C. com., art. L. 631-5, al. 1^{er} ; la LJ, art. L. 640-5, al. 1^{er}.

⁸ En sauvegarde, C. com., art. L. 621-2, al. 2 ; applicable par renvoi en RJ, art. L. 631-7, al. 1^{er} et en LJ, art. L. 641-1, al. 1^{er}.

⁹ De la sauvegarde en RJ, C. com., art. L. 621-12, al. 2 ou en LJ, art. L. 622-10, al. 2.

¹⁰ L. 25 janv. précit., art. 191 ; HOULETTE (E.), Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde, *JCP E*, 2005, *op. cit.*, sp. n° 16.

ministère public notablement en avant alors qu'il demeurerait relativement effacé en la matière¹, comblant ainsi le vide laissé par un renforcement de son action. En d'autres termes, l'affermissement de l'impartialité des juridictions a eu pour conséquence non seulement de reporter, par ricochet, l'intervention en matière de difficultés d'entreprise sur le ministère public, mais surtout, d'amplifier son rôle en la matière². Dans cette perspective, l'accroissement de ses pouvoirs pourrait être regardé comme l'alternative à l'échec de la réforme par l'échevinage des tribunaux de commerce³. Ce serait en effet, par sa présence systématique aux audiences des entreprises en difficulté⁴ et la multiplication des hypothèses dans lesquelles le ministère public « éclaire » la décision du tribunal⁵, l'introduction auprès des juridictions consulaires d'un magistrat de carrière.

Quoi qu'il en soit, à propos de la saisine de la juridiction, le ministère public vient combler le vide laissé par la suppression de la saisine d'office. C'est désormais sur lui que le législateur compte⁶ pour la mise en œuvre du traitement des difficultés. Pourtant, ses moyens ne sont pas augmentés⁷ et sa capacité en matière économique n'est pas renforcée⁸. Il est possible de douter alors de l'effectivité de la réforme considérant l'importante surcharge de travail qu'elle entraîne pour les membres du parquet. Quoique la loi a prévu un remède particulier à leur intention.

213. Note informative du président du tribunal. La réforme de 2014 semble avoir, non seulement reporté et amplifié l'intervention du ministère public, mais, aussi, détourné la saisine d'office par son biais. Il en serait son substitut⁹. En effet, la loi nouvelle dispose que : « Lorsqu'il est porté à la connaissance du président du tribunal des éléments faisant apparaître que le débiteur est en état de cessation des paiements, le président en informe le ministère public par une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal »¹⁰. Le mécanisme est donc le

¹ V. *supra*, sp. n° 206.

² DELATTRE (C.), Fin de la saisine d'office : un nouveau rôle pour le ministère public ?, *RPC*, 2013/4, dossier 29 ; ROBERT (L.), Incidence de la disparition de la saisine d'office sur l'implication du ministère public dans la prévention des entreprises en difficulté, *GP*, 27 2012/362, p. 14 s. ; ROSSI (P.) et *al.*, Les principaux acteurs/organes (...), *CDE*, 2015, *op. cit.* et Le pouvoir d'initiative du juge en matière de procédures collectives, *BJE*, janv. 2015, p. 44 s. ; VALLENS (J.-L.), La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal, *D.*, 2013, p. 338 s., sp. n° 5 ; VOINOT (D.) Les modifications intéressant la liquidation judiciaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014, *GP*, 2014/98, p. 23 s.

³ GENTIN (F.), Tribunaux de commerce : le renforcement du parquet, une alternative au projet d'échevinage ?, interview réalisée par O. DUFOUR, *PA*, 14 fév. 2013, p. 4 s. ; *contra*, CHAPUT (Y.), « La légitimité de l'intervention du juge en matière économique », in *Impartialité et justice économique en Europe*, *op. cit.*, p. 29-40., sp. p. 38.

⁴ Même en prévention, DELATTRE (C.), Le rôle du ministère public en matière de prévention, *RPC*, 2012/6, comm. 169 ; C. com., art. L. 611-4 s. ; renforcés par ord. 12 mars 2014 précit.

⁵ Par le biais de ses avis ou la formulation d'observations préalables, FRICERO (N.), Le ministère public (...), *CDE*, 2015, *op. cit.*

⁶ ROUSSEL GALLE (P.), La réforme (...), *Rev. sociétés*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 26.

⁷ Not. effectifs humains, DELATTRE (C.), Fin de la saisine d'office, *RPC*, 2013, *op. cit.*, sp. n° 6.

⁸ Le grief tenant à l'insuffisance de la formation économique et de l'expérience judiciaire peut être reproduit ici à propos du ministère public intervenant en droit des entreprises en difficulté ; v. *supra*, sp. n° 173 ; également, CAGNOLI (P.), Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ?, in Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 7, sp. n° 4 ; GAMBIER (B.) et *al.*, Les nouveaux pouvoirs (...), *RPC*, 2014, *op. cit.*

⁹ MONTÉRANT (T.), Impartialité, droits de l'homme et QPC, *RPC*, 2015, *op. cit.*, sp. n° 14

¹⁰ En RJ, C. com., art. L. 631-3-1 et en LJ, art. L. 640-3-1 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 49.

suivant : grâce aux pouvoirs de détection du président de juridiction¹, dès lors que ce dernier dispose d'informations attestant d'un état de difficultés réelles d'un débiteur, il renseigne le ministère public. Le procédé est neutre, car la loi prévoit dans le même texte² que le président ne pourra siéger dans la formation de jugement et que le représentant des intérêts de la société demeure libre d'agir ou non.

Cependant, il peut être considéré que rares seront les hypothèses dans lesquelles le ministère public ne mettra pas en œuvre son pouvoir de saisine dès lors que de telles informations lui parviendront. Par ailleurs, alors que les textes définissent le formalisme à respecter³, le contenu même de la note n'est pas réglementé. Cela interroge sur le type d'information révélée par le président de nature à motiver son action et, d'une manière plus générale, sur les termes de ladite note. De plus, le formalisme de la saisine de la juridiction aux fins d'ouverture de la procédure collective suite à la note est plus strict que la simple convocation du débiteur⁴, de sorte que les magistrats du parquet pourront préférer ne pas y faire référence lorsqu'ils souhaitent agir⁵. Par conséquent, la note du président aura vocation à demeurer informelle, voire à disparaître, au profit, dans les faits, d'un simple échange d'informations, de manière confidentielle, entre le président et le ministère public à l'occasion de leurs rencontres au sein de la juridiction. En cela, la saisine d'office, si elle a été supprimée dans les textes, pourrait connaître une forme détournée et secrète en pratique. En somme, s'il paraissait plus sûr d'abroger de façon générale la saisine d'office pour renforcer l'impartialité de la juridiction, il n'est pas certain que le problème de la transmission des informations du président du tribunal au ministère public, avec, pour destinataire *in fine*, la juridiction soit mieux réglé⁶.

214. Transition. La critique du détournement de la saisine d'office du tribunal par le biais du ministère public peut être appuyée par son statut particulier de magistrat soumis à l'autorité du pouvoir exécutif.

¹ Pour lesquels, v. *supra*, sp. n° 185 s.

² En RJ, C. com., art. L 631-3-1 et en LJ, art. L. 640-3-1 dans le cas où le ministère public demande l'ouverture.

³ C. com., art. R. 662-12-1.

⁴ La saisine de la juridiction de la propre initiative du ministère public a lieu par simple voie de requête : pour le RJ, C. com., art. R. 631-4 ; la disposition n'est pas reproduite pour la LJ.

La saisine qui fait suite à la note nécessite une assignation par acte d'huissier, art. R. 662-12-1.

En outre, en cas de retour de la convocation par LR A/R, application du CPC, art. 670-1 : le greffier doit inviter le ministère public à procéder par voie de signification, avis C. cass. n° 16003, 4 avril 2016 ; ROLLAND (B.), Saisine du tribunal de commerce par requête du ministère public et conséquences procédurales, *LEDEN*, 2016/10, repère 129.

⁵ L'assignation représentant un formalisme plus coûteux, PURUT (K.), TEBOUL (J.-P.), Contradictoire réforme, *JCP G*, 2014/28, 816 et des mêmes auteurs, Paradoxale Réforme. À propos de la saisine d'office du tribunal de commerce, *JCP G*, 2014, act. 529 ; mais nécessaire au vu de la note rédigée par le président du tribunal, ROSSI (P.) et *al.*, *CDE*, 2015, *op. cit.*

⁶ Posant la question, MONTÉLAN (T.), Impartialité (...), *RPC*, 2015, *op. cit.*, sp. n° 14 ; également, VOINOT (D.), Les modifications intéressantes la liquidation judiciaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014, *GP*, 2014/98, p. 23 s.

B. La dépendance du ministère public au pouvoir exécutif

215. Soumission du parquet à l'autorité du ministre de la Justice. Le ministère public, lorsqu'il est exercé par un magistrat du parquet, est placé « sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la Justice »¹. Pour précision, la hiérarchisation se poursuit encore au sein même du parquet puisque chaque magistrat est soumis à son supérieur hiérarchique². Par conséquent, les magistrats exerçant les fonctions de ministère public³ sont des « agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux »⁴.

C'est en ce sens que la CEDH⁵ refuse la qualification de juge aux membres du parquet en ce que, précisément, ils ne sont pas des magistrats autonomes⁶. Certes, la Constitution prévoit que l'autorité judiciaire est indépendante⁷, mais le statut de la magistrature prévoit que, composent le *corps* judiciaire, les magistrats du siège et du parquet. Le ministère public ne serait peut-être pas une autorité judiciaire⁸, ne bénéficiant pas de cette indépendance⁹. Son statut, outre

¹ Statut de la magistrature précit., art. 5.

² *Ibid.*

³ À l'exception du parquet général de la Cour de cassation, LYON-CAEN (A.), Le parquet général de la Cour de cassation, *D.*, 2003, chron., p. 211 s.

⁴ PERROT (R.), *Institutions judiciaires, op. cit.*, sp. n° 515.

⁵ « Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public », CEDH, 29 mars 2010, n° 3394/03, *aff. Medvedyev c/ France*, sp. § 124 ; not. : *D.*, 2010, p. 1386, n. S. LAVRIC et p. 1390, n. P. HENNION-JACQUET et p. 1386, n. J.-F. RENUCCI.

« Les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat" », CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06, *aff. Moulin c/ France*, sp. § 57 ; not. *D.*, 2011, p. 338, n. S. LAVRIC, n. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 277, n. J.-F. RENUCCI.

Sur le sujet, MARGUENAUD (J.-P.), *Tempête sur le Parquet, RSC*, 2009, p. 176 s.

⁶ Sur le fondement de la CEDH, art. 5, § 3.

⁷ Constitution 1958, art. 64, al. 1^{er}.

⁸ Le sujet fait l'objet d'une importante littérature juridique, not. : Dossiers spéciaux : TERRÉ (F.) (*dir.*) « Une justice indépendante », *JCP G*, 2012 ; SOULEZ-LARIVIÈRE (D.) et *al.*, « Quelle indépendance pour le parquet ? », *AJ Pénal*, 2012, p. 508-511 ; « Faut-il réformer le statut du ministère public ? », *AJ pénal*, 2011, p. 106-121 ; Actes de colloques : « Quel avenir pour le ministère public ? », sous l'égide de la Cour de cassation, 2007, Dalloz, 2008, 181 p. ; GRANGER (M.-A.) (*dir.*), Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ?, in VIII^e Congrès national de Nancy, 2011, 27 p. ; C. Cass., Le rôle du ministère public en matière économique et financière, Grand chambre, mai 2015 ; et ouvrage, not. MILBURN (P.), KOSTULSKI (K.), SALAS (D.), *Les procureurs, Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, Puf, 2010, 237 p. ; article, not. MARTIN (R.), Faut-il supprimer le ministère public ?, *RTD civ.*, 1998, p. 873 s. ; , rapp. publics : rapp. min. Just., *Refonder le ministère public*, Commission de modernisation de l'action publique, J.-L. NADAL (*prés.*), nov. 2013, 124 p. ; NADAL (J.-L.), Quel rôle pour le ministère public ?, *D.*, 2007, p. 229 s.

⁹ Alors que la jurisprudence française assimile pleinement le magistrat du parquet à une autorité judiciaire, Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, sp. cons. n° 5 ; *Rec.*, p. 217 ; not. *JCP G*, 1993, I, 3720, n. F. LE GUHENEZ ; *adde.* 29 août 2002, n° 2002-461 DC, sp. cons. n° 74 ; *Rec.* 2002, p. 204 ; Cons. constit., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, sp. cons. n° 98 ; *Rec.*, p. 66 ; sous l'influence de la jurisprudence européenne (CEDH, art. 5, § 3), la chambre criminelle a infléchi sa position, Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674 ; *Bull. crim.*, p. 207 ; *D.*, 2011, p. 338, n. S. LAVRIC ; *JCP G*, 2011, 214, n. J. LEROY ; pour une analyse comparative, *D.*, 2011, p. 338, n. J. PRADEL ; bien que le Conseil constitutionnel maintienne sa position, Cons. constit., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, sp. cons. n° 26 ; *Rec.*, p. 179 ; not. *D.*, 2010, p. 1949 ; *AJDA*, 2010, p. 752, n. P. CASSIA.

Cela nécessite une réforme constitutionnelle ; par ex., projet de L. constit. *de protection de la Nation*, au nom du Prés. Rép., par le 1^{er} min. et min. Just., AN n° 3381, 23 déc. 2015 qui a été abandonné, DUPIC (E.), *Chronique du statut du procureur français : un nouvel échec ?*, *GP*, 2016/18, p. 13 s. ; demeure à l'étude le projet de L. constit. *portant réforme du CSM* par le Premier min. et min. Just., 14 mars 2013, AN n° 815 et qui a été repris, TA AN (2^e lecture) n° 720, 26 avril 2016 ; il modifie notamment la Constitution, art. 64-65 en renforçant les pouvoirs du CSM à l'égard des magistrats du parquet en termes de nomination et de discipline ; v. rapp. AN n° 3618, au nom de la commission des lois sur le projet de L. constit. *portant réforme du CSM*, D. RAIMBOURG (*rapp.*), 30 mars 2016, 40 p. ; en attente de convocation d'une CMP.

d'être une spécificité française¹, est ambigu². Ce constat se répercute dans ses actions.

216. Instructions ministérielles aux membres du parquet. Concrètement, cette soumission au pouvoir exécutif se manifeste par la possibilité pour le ministre de la Justice directement - ou par le biais des chefs hiérarchiques du parquet³ - d'adresser des instructions au parquet⁴. Il faut l'expliquer par la mission de défense de l'intérêt public à la définition duquel le gouvernement participe⁵.

Leur contenu n'est pas *a priori* limité si ce n'est que, par une réforme législative de 2013, le texte proscrit toute instruction dans des affaires individuelles⁶. D'ailleurs, le législateur a également supprimé la disposition qui permettait au garde des Sceaux de venir dénoncer des faits et enjoindre d'engager des poursuites et saisir la juridiction compétente⁷. Cette évolution est considérée comme un premier pas vers l'indépendance du parquet⁸ en attendant la prochaine réforme⁹.

Néanmoins, en l'état actuel des textes, les membres du parquet demeurent soumis à ces instructions. Ils sont tenus de s'y conformer dans leurs réquisitions écrites¹⁰. Le cas contraire constituerait une faute professionnelle¹¹ qui pourrait, sans application de la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège¹², entraîner la révocation de leurs fonctions. Le ministère

¹ Pour une étude de droit comparé : sur l'indépendance, MASTOR (W.), Cycle La justice pénale, L'indépendance de l'autorité des poursuites en France et aux États-Unis, *JCP G*, 2015/20, doctr. 570 ; sur la qualité de magistrat, JEAN (J.-P.), Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe, *AJ pénal*, mars 2011, p. 106 s. et Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen, *RSC*, 2005, p. 670 s. ; SOULEZ-LARIVIÈRE (D.), Le problème du ministère public français, *AJ Pénal*, mars 2011, p. 112 s. ; sur les ministères publics étrangers, MILBURN (P.), KOSTULSKI (K.) et SALAS (D.), *Les procureurs (...)*, op. cit., sp. p. 160-209.

² « Cette ambiguïté, c'est Napoléon qui l'a générée en créant cet être hybride, sorte de chauve-souris judiciaire. "Je suis juge, oiseau voyez mes ailes car je fais partie du même corps que les juges. Je suis souris, puisque je représente l'action publique" », SOULEZ-LARIVIÈRE (D.), *loc. cit*

³ Statut de la magistrature précit., art. 5.

⁴ CPP, art. 30, al. 2 ; modif. par L. n° 2013-669, 25 juill. 2013, art. 1^{er}.

⁵ Si le ministère public exerce l'action publique, « Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. », CPP, art. 30, al. 1^{er} ; « Le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. », Constitution 1958, art. 20.

⁶ « A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales. Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles », CPP, art. 30, al. 2-3 ; L. 25 juill. 2013 précit., art. 1^{er} ; DUFOUR (O.), La « drôle » d'indépendance du parquet, *PA*, 24 avril 1998, p. 4 s. ; PRADEL (J.), Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ?, *D.*, 2013, p. 1361 s.

⁷ CPP, anc. art. 30, al. 3 ; en rappelant que les procureurs généraux sont les chefs hiérarchiques des procureurs de la République (CPP, art. 35-37) qui peuvent donc adresser des instructions dans les affaires individuelles, art. 36 ; PICOD (Y.) et *al.*, Le parquet général, Actes du Colloque, Perpignan, Dossier sp., *GP*, 2008, n° 354-355, p. 3-28.

⁸ En ce sens, circ. min. Just., 31 janv. 2014 (...), JUSD1402885C ; *BO min. Just.*, 14 fév.

⁹ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du CSM, TA 26 avril 2016, précit. (en attente d'une convocation de la CMP).

D'une manière générale, not. : BABONNEAU (M.), Indépendance du parquet : des « discussions » autour de la réforme, *D. actu.*, 14 sept. 2015 ; BONIS-GARÇON (E.), DÉCIMA (O.), Le parquet et les sirènes de l'indépendance, À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013, *JCP G*, 2013/17, Libre propos, p. 460 s. ; FAHLGREN (S.), Plan d'action de la Chancellerie pour le ministère public : un an après..., *GP*, 2015/45, p. 5 ; LYON-CAEN (P.), Vers un parquet indépendant ?, *D.*, 2013, p. 1359 s. ; DE MONTECLER (M.-C.), Le retour d'une réforme *a minima* du Conseil supérieur de la magistrature ?, *AJDA*, 2016, p. 812 s. ; TIBERGHEN (F.), Quelles perspectives pour la future réforme du CSM ?, *JCP G*, 2014, n°30-35, aperçu rapide, p. 860 s. ; plus particulièrement, sur le rôle du CSM, FAUCHON (P.), MATHIEU (B.), Pour un renforcement du rôle du Conseil supérieur de la magistrature dans la gestion de la carrière des magistrats, *JCP G*, 2015, n° 10-11, libres propos, p. 281 s.

¹⁰ CPP, art. 40 ; cependant, « A l'audience, leur parole est libre », Statut de la magistrature précit., art. 5.

¹¹ « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire. Cette faute s'apprécie pour un membre du parquet ou un magistrat du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique », Statut de la magistrature précit., art. 43.

¹² Constitution 1958, art. 64, al. 4.

public est donc dépendant du pouvoir exécutif qui peut exercer sur son action une certaine direction.

217. Dépendance du parquet et entreprises en difficulté. Cette dépendance du ministère public attise la méfiance en droit des entreprises en difficulté¹. La présence de cet acteur se justifie dans un rôle de police économique, mais il existe un doute sur le sens et le bien-fondé de ses interventions en la matière - d'autant qu'elles sont d'importance - considérant la possibilité d'instructions du ministre. En d'autres termes, c'est s'interroger sur la réelle initiative d'action des magistrats du parquet. Certes, le pouvoir exécutif ne peut pas adresser des consignes individuelles dans une affaire en cours, mais le lien de dépendance hiérarchique auquel il est soumis subordonne nécessairement tout le ministère public. Il faudra apprécier - et interpréter - le contenu de l'instruction générale, laquelle pourra d'ailleurs être développée par les procureurs généraux auprès des procureurs de la République, ayant sur eux un pouvoir hiérarchique direct².

Or, il faut rappeler les intérêts des autorités publiques à la sauvegarde de certaines entreprises³. Ils peuvent être d'ordre pécuniaire, social et politique en dehors des considérations économiques. C'est ici la particularité du droit des entreprises en difficulté qui cristallise une multitude d'intérêts divers⁴ et dont la réalisation dépend de leur mise en œuvre judiciaire. En l'occurrence, elle a lieu ici par le biais du ministère public qui pourra alors favoriser certains intérêts selon les instructions ministérielles données. En d'autres termes, l'État intervient auprès du tribunal de la procédure par le jeu de ses agents⁵, soit ici du ministère public, et d'autant plus fort dans un contexte de crise économique⁶. Ce serait le reflet de « la volonté des pouvoirs publics d'être présents dans les procédures judiciaires concernant les entreprises en difficulté »⁷. Ainsi, les circulaires qui sont adressées au parquet renseignent sur la politique définie en la matière⁸. Elles ont également pu instituer des commissions d'action publique en matière économique et financière⁹ composées des différents services de l'État afin de renforcer l'information du

¹ « Avec la meilleure volonté, même en matière de faillite, nous ne voyons que des inconvénients à la présence du ministère public près des tribunaux de commerce et nous concluons à son danger », ITHURBIDE (R.), *Histoire critique de la faillite*, op. cit., sp. p. 181.

² CPP, art. 35 s. ; v. *supra*, paragraphe précédent.

³ Sur la sélection des entreprises jugées « méritantes », v. *supra*, sp. n° 61 s.

⁴ Dossier, Les entreprises en difficulté : terre de conflits, Synthèse des intérêts contraires, GP, juin 2010, p. 8 s.

⁵ CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 82.

⁶ MONTÉRAN (T.), Tendances : puissance publique et pouvoir judiciaire (avant-propos), GP, 2010/184, p. 3.

⁷ BÉZARD (P.), « Le nouveau visage du juge économique et financier », in mél. A. SAYAG, op. cit., sp. p. 152 ; dans le même sens, FALZOI (A.), Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives, PA, 17 sept. 2004, p. 3 s.

⁸ Par ex. circ. min. Just., 18 avril 2006, relative à l'action du ministère public dans les procédures du livre VI (...), précit.

⁹ Circ. CRIM n° 2003-03 du 6 mars 2003 relative à la création des commissions d'action publique en matière économique et financière, NOR : JUSC0220391C ; BO min. Just., n° 89 ; Lettre circulaire, DIRRES, Commissions d'action publique en matière économique et financière, n° 2004-074, 19 mars 2004, 9 p. ; faisant mention de leur existence, LEMOINE (P.), Ministère public, Attribution, Compétence, Jcl. proc. pén., fasc. n° 30, sp. n° 206 ; TRICOT (D.), Rapport de synthèse, RPC, 2012/3, op. cit., sp. n° 9. Selon une réponse ministérielle, « en l'état, ce dispositif est opérationnel dans la quasi-totalité des cours d'appel », rép. min. Just., QE n° 24542, 15 sept. 2003, C. VANNESTE ; JOAN, 10 fév. 2004, p. 1070 ; mais leur existence reste opaque en fait.

ministère public dans la détection des difficultés¹. Dans cette perspective, cet acteur apparaît comme le prolongement² du pouvoir exécutif auprès des tribunaux. Or, en l'occurrence, l'importance telle de ses pouvoirs en la matière est contestable quant à l'impartialité et surtout l'indépendance des juges. Cela remet en cause la légitimité de son intervention en droit des entreprises en difficulté et, plus globalement, le traitement judiciaire qui a lieu.

¹ Ces commissions seraient chargées de recueillir et traiter l'information sur la situation financière des entreprises afin de permettre une mise en œuvre précoce et adaptée de l'action publique dans le cadre des procédures collectives, circ. 6 mars 2003 précit. ; elles sont créées selon les diligences de chaque procureur général près des cours d'appel et placées sous la présidence du ministère public, regroupant au niveau régional ou départemental les différents services de l'État en possession d'informations sur la situation financière de l'entreprise (par ex. ; représentant du Trésor).

² Ou encore, le « porte-parole », RENUCCI (J.-F.), *Le parquet et les faillites*, RSC, 1990, *op. cit.*, sp. n° 3.

Conclusion du Chapitre I

218. Traitement judiciaire protéiforme. L'analyse du traitement judiciaire des entreprises en difficulté conduit à mettre en lumière la pluralité des membres du corps judiciaire intervenants pour sa mise en œuvre. Non seulement il n'y a pas une, mais deux, voire trois juridictions compétentes, à savoir le tribunal de grande instance, le tribunal de commerce - spécialisé ou non-spécialisé¹ - et pour les dispositions répressives, le tribunal correctionnel². De plus, elles sont composées de membres différents, tantôt de magistrats de profession, tantôt de juges élus. En outre, existe également la compétence spécifique du juge-commissaire³, du président du tribunal⁴ ou du ministère public⁵. Chacun bénéficie, en dehors de la formation collégiale du tribunal, de prérogatives remarquables dans le traitement des difficultés des entreprises. Et il pourrait encore être ajouté à titre subsidiaire l'intervention du juge commis ou chargé d'une enquête, du juge de la mise en état et du juge chargé d'instruire l'affaire⁶.

219. Impact sur la cohérence du traitement judiciaire. Cette multiplicité d'autorités appartenant au corps judiciaire⁷ ne serait pas en soi contestable - sauf à regretter l'unité sur le plan intellectuel -, si elle ne faisait pas constater un enchevêtrement dans l'application des dispositions du droit des entreprises en difficulté. En effet, dans certains cas, la pluralité fait observer un chevauchement de compétences, voire une concurrence contestable. *A minima*, elle fait naître des interrogations sur les contours exacts de l'intervention des uns et des autres. Par exemple, la double compétence de juridictions est de nature à susciter des erreurs de saisines⁸, retardant la mise en œuvre du traitement. C'est la sécurité juridique qui est en jeu. Ou encore, il en va de même à propos du partage de compétence entre le juge-commissaire et le tribunal de la procédure qui fait naître des doutes sur son étendue⁹. Dans l'ensemble, c'est la cohérence du traitement judiciaire qui en ressort altérée. Sa réalisation est éclatée, morcelée entre une diversité

¹ D. n° 2016-217, 26 fév. 2016 *fixant la liste et le ressort des tribunaux de commerce spécialisés* ; v. *infra*, sp. n° 570.

² V. *supra*, sp. n° 160.

³ V. *supra*, sp. n° 191-204.

⁴ V. *supra*, sp. n° 181-190.

⁵ V. *supra*, sp. n° 206-217.

⁶ V. *supra*, sp. n° 10, n. 8 ; et sur le juge chargé d'instruire l'affaire, sp. n. n° 196.

⁷ Sur la difficulté à tous les qualifier d'« autorité judiciaire » en raison des différences de statut, v. *supra*, sp. n° 10 et n° 175-176.

⁸ V. *supra*, sp. n° 155-157 et n° 160-162.

⁹ V. *supra*, sp. n° 202-203.

d'autorités judiciaires, atteignant sa lisibilité et, donc, l'efficacité du traitement. La diversité est d'autant plus discutable qu'elles n'ont pas toutes les mêmes statuts¹ et n'interviennent pas toutes en formation collégiale². Elles ne présentent donc pas les mêmes garanties en termes d'impartialité et d'indépendance vis-à-vis des justiciables³ et du pouvoir exécutif⁴. Or, ce sont celles-là mêmes qui légitimaient l'intervention de l'autorité judiciaire en droit des entreprises en difficulté⁵.

220. Vers l'appréciation de la fonction du juge dans le traitement des difficultés des entreprises. La critique de la diversité d'autorités appartenant au corps judiciaire peut se prolonger dans l'analyse de ses différentes missions et prérogatives pour traiter les entreprises en difficulté.

¹ Les juges consulaires ne relèvent pas du statut de la magistrature, v. *supra*, sp. n° 175-176 ; et les membres du parquets relèvent de l'autorité du garde des Sceaux, v. *supra*, sp. n° 208 et n° 215-217.

² À propos du président du tribunal, du juge-commissaire et du ministère public.

³ Le mandat des juges consulaires étant davantage visé, notamment en raison de leur élection, v. *supra*, sp. n° 167.

⁴ À propos du ministère public, v. *supra*, sp. n° 208 et n° 215-217.

⁵ V. *supra*, sp. n° 94-104.

Chapitre II. La dénaturation de l'office du juge

221. Définition de l'office du juge. L'office¹ du juge² est classiquement défini³ à partir de la *jurisdictio*⁴, c'est-à-dire concrètement⁵ trancher des litiges en disant le droit⁶. Sont identifiées là, les deux fonctions traditionnelles du juge⁷. Toutefois, la notion a évolué dans le temps⁸ et recouvre aujourd'hui d'autres fonctions⁹.

222. Traitement des difficultés des entreprises et diversification des fonctions. En droit des entreprises en difficulté, la fonction consistant à trancher des litiges en disant le droit apparaît particulièrement modifiée¹⁰. Non seulement il est plus exact d'employer le pluriel pour refléter la variété des fonctions du juge en ce domaine, mais surtout, il faut mettre en lumière à quel point

¹ Du latin *officium*, soit la fonction publique remplie au nom du roi et par délégation de son autorité, GAFFIOT (F.), *Dictionnaire illustré français-Latin* précit., v. *Officium* ; préférant le terme plus actuel de « fonction », ALLARD (J.), « L'office du juge : entre sacré et politique », in rapp. IHEJ, *La prudence et l'autorité* (2013) précit., sp. p. 181.

² En dehors de l'étymologie du terme, l'office renvoie à la fonction de juger, GRAYOT (S.), *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, th., G. VINEY (préf.), LGDJ, 2009, 644 p., sp. n° 11 ; au sens large, il est la charge, le service qu'accomplit le juge, son rôle, sa fonction et ses devoirs, GAFFIOT (F.), *loc. cit.* ; voire sa raison d'être dans la société actuelle, MAZÈRES (J.-A.), « Légitimer », Présidence et introduction, in Sénat, *L'office du juge* (2006) précit., sp. p. 415.

³ Pour des définitions générales, not. : CADIET (L.), NORMAND (J.) et ARMANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n° 17 s., n° 30 s., n° 146 s. ; DEPAMBOUR-TARRIDE (L.), v. « Juge (Longue durée) », in *Dictionnaire de la culture juridique* précit., p. 867-872, sp. p. 869-870 ; NORMAND (J.), v. « Office du juge », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 930-934 qui souligne l'absence d'unanimité dans les définitions, sp. p. 935.

Son étude apparaît assez récente, malgré sa référence ancienne, car elle était considérée comme une question « intellectuellement inexistante », GARAPON (A.), *La question du juge*, *Pouvoirs*, 1995/74, p. 13 s., sp. n° 14 ; et « refoulée », rapp. IHEJ précit., sp. p. 15. La notion est polysémique et fait l'objet d'une importante littérature juridique ; « elle est une de ces questions dont on discutera éternellement », CROZE (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », in méf. S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 225-232, sp. p. 225.

⁴ Sur son opposition aujourd'hui avec l'*imperium* (part de puissance publique dans la fonction de juger), v. *supra*, sp. n° 109.

⁵ *A contrario* de l'analyse abstraite qui s'attache au critère formel (contenu de l'acte), THÉRON (J.), *L'intervention du juge (...)*, th. précit., sp. n° 148.

⁶ « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. », CPC, art. 12, al. 1^{er} ; BLÉRY (C.), *Office du juge : entre activité exigée et passivité permise, Réflexion à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile*, *Procédures*, 2012, étude 6 ; sur la notion de « litige », THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 179 s. ; sur celle de règles de « droit », D'AMBRA (D.), th. précit., sp. n° p. 5 s. ; CADIET (L.) et *al.*, *Théorie générale du procès*, *loc. cit.*, sp. n° 146 et n° 223-224.

⁷ D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. XXI ; également, CADIET (L.) et *al.*, *loc. cit.*, sp. n° 146 et 228 s. ; CHEVALLIER (J.), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in méf. M. STASSINOPOULOS, LGDJ, 1974, p. 275 s.

⁸ MOURY (J.), « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé) », in méf. R. PERROT, *op. cit.*, p. 299 s.

⁹ Retenant trois offices, OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur, Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, *op. cit.*, p. 1-70 et « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, éd. Esprit-Le Seuil, 1991, p. 241-272 ; six selon leur objet, GARAPON (A.), PERDRIOLLE (S.) et BERNABÉ (B.), *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle*, rapp. IHEJ, *op. cit.*, sp. p. 26 s. : d'une manière générale, FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les offices du juge », in méf. J. FOYER, *op. cit.*, p. 463-476.

¹⁰ BERLINER (H.), *Les mutations du traitement juridictionnel (...)*, th. précit. ; JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 140-141 ; il y a une « dénaturation insidieuse », D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 314 ; un « gauchissement » des règles du droit judiciaire, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 3 s. ; aboutissant à « un droit [judiciaire] dérogoire, perturbateur », STAES (O.), th. précit., sp. n° 2-3 ; également CADIET (L.) et *al.*, *loc. cit.*, sp. n° 6.

Le même constat a lieu dans d'autres branches du droit ; par ex. en droit des sociétés, JEANTIN (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », in méf. R. PERROT, *op. cit.*, p. 149-165 ; ou en droit de la famille, CADIET (L.), « Les métamorphoses de la juridiction familiale », in méf. H. BLAISE, *Economica*, 1995, p. 33-58 ; DOUCHY-OU DOT (M.), *L'office du juge dans le contentieux familial, Procédures*, 2015/1, p. 14-20.

celles-ci sont éloignées de son rôle originel. Ainsi, le juge est aussi un gestionnaire¹ des entreprises en difficulté, exerçant sur elles un rôle de tutelle². Cela le rapproche alors d'une fonction administrative³ dans laquelle il organise et planifie une solution⁴ ou, aussi, d'une mission sociale d'accompagnement, diluant le caractère proprement juridictionnel de l'intervention de l'autorité judiciaire⁵.

223. Analyse. Cela peut être analysé comme une conséquence de l'extrême judiciarisation : en multipliant de manière quasi illimitée les champs d'intervention, l'autorité judiciaire est amenée à exercer diverses tâches qui ne sont plus seulement juridictionnelles. Mais alors, le juge est-il encore juge, c'est-à-dire un tiers impartial qui tranche un litige en disant le droit ?⁶ Ou est-il devenu un décideur⁷ économique⁸, *manager*⁹ des entreprises défaillantes qu'il redresse¹⁰ ? Il semble tendre à assumer toutes ces fonctions, ce qui dénature profondément son office traditionnel.

224. Plan. C'est à travers les deux fonctions traditionnelles du juge, c'est-à-dire trancher des litiges (**Section I**) et dire le droit (**Section II**), que la dénaturation des interventions judiciaires peut être soulignée en droit des entreprises en difficulté.

¹ « Gérer ou juger, il faut choisir », CHAPUT (Y.), « Les juges des défaillances financières des entreprises dans l'Union européenne », in mél. J. BÉGUIN, *Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 107-123, sp. p. 119 s. ; LYON-CAEN (A.) et URBAN (Q.) (*dir.*), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, 171 p. ; WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », in mél. D. TRICOT, *op. cit.*, p. 385-391.

² CHAPUT (Y.), L'ordonnance du 12 mars 2014, réforme ou révolution ? (La mue de la cigale d'or), *GP*, 2015/3, p. 36 s. qui souligne à ce propos le mot « sauvegarde », particulièrement symbolique.

³ CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 604.

⁴ PAGÈS-GIORDAN (J.), Juge interprète de la norme et juge manager, *RIDE*, 1997, n° sp., n° 2, sp. n° 1.

⁵ Et confrontant le juge tutélaire à son propre péril, GARAPON (A.), PERDRIOLLE (S.) et BERNABÉ (B.), *op. cit.*, sp. p. 130.

⁶ Posant la question, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 162 ; BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 168 s.

⁷ Sur la prise de décision dans les procédures collectives, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 281 s. ; VASSEUR (M.), Le crédit menacé, Brèves réflexions sur la législation nouvelle relative aux entreprises en difficulté, *JCP E*, 1985/44, 14569, sp. n° 10

⁸ Considérant qu'il doit statuer en fonction de critères économiques et sociaux, ce qui est « étranger » à la *jurisdictio*, PÉTEL (P.), Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, *JCP G*, 1994, I, 3759, sp. n° 1 ; il exerce donc une magistrature *économique*, CHAMPAUD (C.), L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies, *Justices*, 1994/1, p. 61 s. et v. *infra*, sp. n° 255.

⁹ Sur cette qualification, car sa mission est de redresser l'entreprise et non de trancher un litige, CADIET (L.) et al., *La théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n° 6 ; PAGÈS-GIORDAN (J.), Juge interprète de la norme et juge manager, *op. cit.* ; Le tribunal est le « le super-manager des entreprises », VASSEUR (M.), *loc. cit.*

¹⁰ Le juge « ne met pas un terme à une contestation », « il enclenche un processus orienté vers l'avenir », CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 266.

Section I. La déformation de la fonction de trancher un différend par des interventions hors litige

225. Absence de litige. La possibilité pour le juge d'intervenir en dehors d'un différend n'est pas nouvelle et ne doit pas surprendre¹. La loi le prévoit : sans trancher un litige, il s'agit d'assurer un contrôle juridictionnel². C'est l'objet de la juridiction³ gracieuse⁴. Cependant, la distinction de cette notion est remise en cause. Pour une partie de la doctrine, il ne peut y avoir par définition de « juridiction »⁵ gracieuse en ce qu'elle suppose toujours au moins le germe d'une contestation⁶.

¹ Cela résulte de l'évolution de l'office du juge d'essence contentieuse (NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, th. précit., sp. n° 15 ; WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », *op. cit.*, sp. p. 385), mais qui admet une part gracieuse ; extension de la catégorie des actes juridictionnels, LAMPUÉ (P.), la notion d'acte juridictionnel, *RDP*, 1946, p. 5 s. ; BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in méf. R. CARRÉ DE MALBERG, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 1-29, sp. p. 16 s.

² « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle », CPC, art. 25 et v. art. 26-29, 60-61, 797-800 et 950-953 ; par ex. le divorce par consentement mutuel (art. 1008) ou le changement de prénom (1055-2, al. 1^{er}).

³ Par renvoi à la *jurisdictio*, c'est-à-dire la fonction de dire le droit dans un cas concret, DEPAMBOUR-TARRIDE (L.), *op. cit.*, sp. p. 867 ; c'est bien l'objet de la matière gracieuse lorsqu'elle requiert l'autorisation ou l'homologation par le contrôle juridictionnel de la conformité au droit, BALENSI (I.), L'homologation judiciaire des actes juridiques, *RTD civ.*, 1978/4, p. 46 s., sp. p. 58.

⁴ D'une manière générale, la juridiction gracieuse est définie comme « celle qui est sollicitée et non imposée - on l'appelle aussi volontaire », MARTIN (R.), La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification), *JCP G*, 1973, étude, IV, 6316, sp. p. 234 et Matière gracieuse et ordonnances sur requête unilatérale, *JCP G*, 1976, I, 2787 ; outre d'autres critères tels que, sur un plan formel, l'absence d'adversaire, ou, sur un plan matériel, l'absence de contradiction.

Sur cette notion, not. : D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 262 s. ; BRULLIARD (G.), L'évolution de la notion de juridiction dite « gracieuse » ou « volontaire » et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne, *RIDC*, 1957, vol. 9, n° 1, p. 5-26 ; HAZARD (J.-N.), « La juridiction gracieuse », in méf. G. MARTY, PU Toulouse, 1978, p. 621-634 ; LE NINIVIN (D.), STRICKLER (Y.), Matière et procédure gracieuses, *Jcl. proc. civ.*, fasc. n° 116, sp. n° 8 s. ; MAYER (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, th., L. CADIEU (préf.), éd. IRJ, 2009, 586 p. ; NORMAND (J.), th. précit., sp. n° 6 ; PIERRE-MAURICE (S.), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, th., Y. STRICKLER (préf.), Dalloz, 2003, 431 p. ; WIEDERKEHR (G.), « L'évolution de la justice gracieuse », in méf. P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 483-491.

⁵ WALINE (M.), La notion de juridiction et ses conséquences, *RDP*, 1947, p. 68 s. ; également, CHAPUS (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in méf. C. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 265-297.

⁶ Le lien avec la notion de litige « est si fondamental que l'on peut douter avec Jean Foyer du bien-fondé de la qualification de « juridiction gracieuse » », FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les offices du juge », *op. cit.*, sp. n° 7.

Ainsi, matières contentieuses et gracieuses formeraient en réalité « une unité substantielle » dans l'office du juge, BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle, Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, th., M. TROPER (préf.), Dalloz, 2005, 449 p., sp. n° 65 ; également, CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile*, Puf, 1996, 3^e éd., 779 p., sp. p. 94 ; HÉBRAUD (P.), Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil, *D.*, 1946, I, p. 333 s., sp. p. 334 ; il n'y aurait donc qu'une fonction unique de juridiction », NORMAND (J.), th. précit., sp. n° 5 ; de même, D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 261 s. ; il n'y a plus lieu à distinguer, MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 346.

Pour précision, bien que confondues, la notion de « contestation » apparaît plus large que celle de « litige », BONNARD (R.), *loc. cit.*, sp. p. 22 ; c'est ainsi qu'elle permet d'englober la matière gracieuse, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 149 et v. n° 179 s., 184 s., 190 s. et en droit des entreprises en difficulté, n° 199 ; de même, SOLUS (H.), PÉROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, 1961, sp. n° 480 s. Il en résulte une intégration des décisions gracieuses à la catégorie des actes juridictionnels, NORMAND (J.), th. précit., sp. n° 4 ; du moins, une hybridation, BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, 5^e éd., sp. n° 281 ; SOLUS (H.), PÉROT (R.), *loc. cit.*, sp. n° 484 ; par ex., elles empruntent l'attribut classique d'autorité de chose jugée, VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz, 2003, 27^e éd., sp. n° 196 ; d'une manière générale, HÉBRAUD (P.), *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*, Rec. Acad. Lég., t. XIX, Impr. F. Boisseau, 1949, p. 131-206, sp. n° 21 s.

226. Spécificité du droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté¹ transcende la discussion relative à la distinction - ou à l'assimilation - de la fonction gracieuse et contentieuse car, dans certaines hypothèses, il n'y a aucun litige, ni aucune forme de contestation. Typiquement, tel est le cas de la détection précoce des difficultés ou l'organisation de l'instance. Le juge n'exerce purement et simplement pas d'office juridictionnel². Son rôle est autre³. Il se trouve délicat à appréhender tant il se révèle éloigné, voire étranger à l'essence de la fonction juridictionnelle, laquelle est intrinsèquement liée au contexte d'un différend. Porter ce constat amène à s'interroger plus profondément : au-delà de l'affirmation d'une fonction non juridictionnelle, la question qui se pose à trait au caractère judiciaire lui-même. Autrement dit, par de telles interventions hors litiges, le juge est-il encore une autorité *judiciaire* ?

227. Plan. La déformation de l'office juridictionnel est critiquable parce qu'elle contrarie les principes judiciaires fondamentaux de transparence et d'impartialité (§ 1) et confond la séparation des fonctions judiciaire et administrative (§ 2).

§ 1. Les paradoxes d'une fonction préventive judiciaire trop précoce

228. Principes du droit judiciaire visés. L'autorité judiciaire détecte les éventuelles difficultés des entreprises. Si l'objectif est louable - prévenir pour sauvegarder -, l'immixtion trop précoce dans les affaires du débiteur questionne⁴ au regard des principes judiciaires fondamentaux : la transparence (A) et la qualité de tiers impartial (B). Le juge est-il légitime dans ce rôle⁵ ?

¹ Au regard de l'office du juge, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 191 ; également, CADIET (L.) et al., *op. cit.*, sp. n° 6 ; NORMAND (J.), v. « Office du juge », *op. cit.*, sp. p. 929 ; WIEDERKEHR (G.), « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », in méf. D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 487-493 et « Le juge gérant », *op. cit.*, sp. n° 5.

² WIEDERKEHR (G.), « L'évolution de la justice gracieuse », *op. cit.*, sp. p. 486 s. ; dans le même sens, GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et al., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, sp. 4^e éd. (2007), sp. n° 752.

En droit des entreprises en difficulté, ROMANI (A.-M.), « Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises », in méf. A. HONORAT, *op. cit.*, p. 173-186, sp. p. 174 ; dans un sens proche, VALLANSAN (J.), Le rôle du juge dans les procédures préventives, *RPC*, 2014/1, dossier 2, sp. n° 5.

³ De la fonction contentieuse à celle gracieuse, ce serait là une nouvelle évolution de l'office du juge, distinguant alors entre le juridictionnel et le non juridictionnel, WIEDERKEHR (G.), *loc. cit.* ; également, BANDRAC (M.), « De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in méf. P. DRAI, *op. cit.*, p. 171-183 ; VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *op. cit.*, sp. n° 151 ; WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », *op. cit.*, sp. n° 3-5 ; JEAMMIN-PETIT (E.), *La mission de conciliation du Juge, Réflexions sur l'office du juge*, th., Y. DESDEVEISES (dir.), ANRT, 2006, sp. p. 121.

⁴ La prévention soulève des « ambiguïtés idéologiques », se situant « au carrefour de valeurs économiques essentielles », GALOKHO (C.), Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, *RTD com.*, 2014/3, p. 489-508, sp. n° 4.

⁵ Posant la question, HAEL (J.-P.), La consécration du droit d'alerte (...), *PA*, 1994, *op. cit.*, sp. n° 5 ; d'une manière générale, DE BÉCHILLON (D.), « Comment légitimer l'office du juge ? », in rapp. Sénat, *L'office du juge* précit., p. 476-477 ; et v. réf. citées *supra*, sp. n° 143, n. 5 et n° 169.

A. Les cellules de détection occultes et la transparence de la justice

229. Création *sui generis*. Parmi les pratiques juridictionnelles propres au droit des entreprises en difficulté, se distinguent notamment les « cellules de prévention »¹. Les tribunaux de commerce ont effectivement mis en place, de leur propre initiative, un système de détection des difficultés. Celui-ci passe par la constitution de cellules *sui generis*² dont l'objet est de collecter, de centraliser et d'actualiser les informations économiques, financières et comptables relatives aux entreprises du ressort de la juridiction³. Elles fonctionnent essentiellement sous l'impulsion des greffes des tribunaux de commerce⁴ qui reçoivent des renseignements d'importance notamment à travers le dépôt des comptes⁵. Cela a également lieu en coordination avec les différents services publics⁶ qui disposent, eux aussi, d'informations primordiales relatives à leurs usagers⁷ et qui, par leur qualité de créanciers, sont intéressés à la prévention des difficultés. La finalité est de permettre une observation systématique et permanente d'un grand nombre d'entreprises. Leurs représentants sont susceptibles par ailleurs de participer aux réunions de la cellule aux côtés des autres acteurs judiciaires, juges consulaires en fonction ou anciens magistrats et, surtout, ministère public qui peut être convié⁸. Le greffe en assure le secrétariat et le chef de juridiction, la présidence⁹. Quelle que soit la composition de la cellule, les réunions sont informelles¹⁰.

¹ Diversement appelées « chambres de prévention », « observatoires judiciaires », ou « systèmes réactifs d'échanges et d'informations » ; BADILLET (J.), *Pratiques parisiennes (...)*, *GP*, 2011/132, p. 7 s. ; BELLOT (T.), DRUMMEN (J.-B.) et ZWERGER (D.), La détection précoce des difficultés des entreprises, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2010/1, entretien 1, p. 49 s. ; DELATTRE (C.), La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal, *RPC*, 2010/4, étude 21 et Les propositions d'amélioration du Livre VI du Code de commerce par l'IFPPC, *RPC*, 2011/6, comm. 162 ; ELMALEK (G.), La cellule de prévention au tribunal de commerce de Paris, *Lettre de l'OCED*, 2012/38, p. 25-29 ; MODAT (P.), Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi, *RPC*, 2011/2, étude 10 ; VALLENS (J.-L.), Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de « prévention-détection » ?, *D.*, 2010, p. 1723 s.

² Comp. juridictions commerciales belges qui connaissent l'institution de chambres d'enquêtes commerciales, BARALE (J.), Les droits nationaux des procédures collectives dans l'Union européenne, *RPC*, 2003/1, p. 77 s. ; DUPLAT (J.-L.), Le service des enquêtes commerciales, outil de prévention en matière de faillites en Belgique, *RJC*, 1989, p. 49 s.

³ Organisant « une veille financière et économique des entreprises du ressort du tribunal », MODAT (P.), *loc. cit.*, sp. n° 10

⁴ Qui sont à la source de l'information des entreprises (v. en ligne greffes.fr, rubrique « prévention ») mise à la disposition des juges (CGJCF, rubrique « Portail du juge ») ; par ex., au moyen d'un logiciel qui présente mensuellement la liste des entreprises dont le recoupement d'informations et une série d'indicateurs permettent de faire apparaître des difficultés, Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce (CNGTC), rubrique « Statistiques » et greffe-tc-paris.fr, rubrique « difficultés des entreprises, entretien du juge » ; sur l'efficacité de leur rôle, FAURE (P.), Le partenariat constructif des greffiers des tribunaux de commerce (...), *RPC*, 2012/6, dossier 30, *op. cit.* et avec FAURE (C.), Prévention des difficultés, De la nécessité d'une information pertinente du président du tribunal de commerce, *CDE*, 2016/4, dossier 29 ; LESAULNIER (A.), Les diligences du greffier du tribunal de commerce dans le cadre de la détection des difficultés des entreprises *RPC*, 2014/6, étude 32.

⁵ Pour les sociétés commerciales, C. com., art. L. 232-21 s. ; à l'exclusion des micro-entreprises, art. L. 232-25 ; modif. par L. 6 août 2015 précit., art. 213.

⁶ Par ex., services fiscaux, organismes de sécurité sociales et de prévoyance, banques etc.

⁷ Par ex., incidents de paiements, reports d'échéances accordés par le Trésor, inscriptions de sûretés effectués par les organismes sociaux, etc.

⁸ MODAT (P.), Les cellules de prévention (...), *RPC*, 2011, *op. cit.*, sp. n° 8.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

230. Absence de consécration légale. Il est difficile de préciser plus exactement le fonctionnement de ces cellules, car elles ne font l'objet d'aucune disposition légale. Nul texte n'en fait mention. Pourtant, leur existence se manifeste dès le milieu des années 90¹. Elle est connue des pouvoirs publics² et, d'après les chiffres rapportés³, leur activité est notable. Néanmoins, aucune des différentes réformes législatives intervenues depuis n'en a repris l'institution. Dans d'autres cas, tels que celui de la désignation d'un mandataire *ad hoc*⁴, le législateur a déjà consacré des pratiques juridictionnelles mises en œuvre hors cadre de la loi afin de les asseoir juridiquement. Ici, les cellules de détection-prévention judiciaires demeurent en toute hypothèse *praeter legem*. Plus que l'absence d'une prise en compte, il est possible d'y voir une véritable volonté de la part du législateur de ne pas consacrer leur institution.

231. Critique. L'existence *praeter legem* des cellules de prévention est critiquable en ce que leur nature est incertaine. Ces pratiques sont qualifiées d'« occultes »⁵ et les « enquêtes » d'« officieuses »⁶. De plus, elles sont aléatoires selon les juridictions⁷ et l'activisme de leur président. Quant à leur fonctionnement, plusieurs questions se posent sur leur composition, les personnalités invitées, leurs pouvoirs en leur sein ou la périodicité des réunions. Également, l'identification des sources d'informations sollicitées et, surtout, retenues pour la détection des difficultés, autrement, savoir quel renseignement sera interprété comme, d'une part, révélant un état de défaillance potentiel et, d'autre part, justifiant la mise en œuvre d'une mesure préventive ou, encore, quelle diffusion est donnée aux informations recueillies. Ce sont autant d'interrogations auxquelles, en l'absence de dispositions spéciales, il ne peut être répondu, du moins, de manière claire, certaine et uniforme.

Il est possible de considérer que si le législateur établit un cadre législatif spécifique pour la prévention des difficultés⁸ en octroyant certaines prérogatives au président de juridiction⁹, celui-ci en fixe, non seulement les conditions de mise en œuvre, mais, surtout, les limites. Les cellules de détection, les franchiraient subséquentement. Autrement dit, le Code de commerce détermine un cadre légal à respecter et, en l'occurrence, à ne pas dépasser¹⁰. Plus qu'une

¹ BADILLET (J.), Pratiques parisiennes (...), *GP*, 2011, *op. cit.* ; ELMALEK (G.), La cellule de prévention (...), *L'OCDE*, 2012, *op. cit.*

² not. : rapp. Colcombet et Montebourg précit., sp. t. I, 2^e partie, n° 2 ; rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 63.

³ De 1996 à 2004, 37 000 dirigeants auraient été convoqués grâce à elles par les présidents des TC Paris, Nanterre et Créteil, ALEXANDRE-CASELLI (C.), Procédures de défaillance et prévention : données factuelles, *JCP E*, 2005/42, 1518, sp. n° 6.

⁴ V. *supra*, sp. n° 124.

⁵ QE, n° 50929, E. BLESSING, 13^e législature ; JOAN, 2 juin 2009, p. 5265.

⁶ ROMANI (A.-M.), « Les techniques de prévention (...) », *op. cit.*, sp. p. 177 ; également, évoquant des « pré-enquêtes secrètes », BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 64.

⁷ MONTEILLET (I.), L'accueil du débiteur en état de cessation des paiements dans les tribunaux de commerce, *GP*, 2004/267, p. 2 s.

⁸ C. com., Livre VI, Titre 1^{er} : « La prévention des difficultés des entreprises ».

⁹ Pouvoirs d'investigation, d'alerte, désignation d'un mandataire *ad hoc* et conciliation, C. com., art. L. 611-2 s.

¹⁰ Rappelant les limites du rôle du président du tribunal de commerce en matière de détection, rép. min. Just., QE n° 50929 précit., 13^e législature ; JOAN, 11 mai 2010, p. 5356 ; *D.*, 2010, p. 1551.

existence *praeter legem*, ces cellules fonctionneraient alors *contra legem*¹. Quelle que soit l'analyse retenue, l'hétérogénéité et, surtout, l'incertitude de pratiques juridictionnelles inquisitoriales² dans la détection des difficultés - certains éléments de faits peuvent être retenus en l'absence du chef d'entreprise³ - exposent le justiciable à un risque d'arbitraire.

232. Paradoxe. Le refus de consécration légale des cellules de prévention peut s'expliquer par le paradoxe qu'elles soulèvent. Il faut souligner leur précocité dans la détection des difficultés⁴ : collecter des informations sur le débiteur *ab initio*, sans que soit révélé préalablement un quelconque état de défaillance. Au contraire, ce sont les renseignements recueillis par la cellule qui sont considérés comme manifestant ou non un tel état, du moins, sa potentialité. Or, l'intervention prématurée dans les affaires privées du débiteur heurte la nécessité du secret⁵. C'est une préoccupation essentielle des chefs d'entreprise⁶. L'opposition⁷ est d'autant plus forte que cette détection est réalisée par l'autorité judiciaire alors que cette dernière se doit d'avoir un caractère public. C'est l'un des principes fondamentaux⁸ du fonctionnement de la justice, reconnu aux diverses échelles infra et supranationales⁹ qui « protège les justiciables contre une justice secrète, échappant au contrôle du public »¹⁰ selon la CEDH.

S'il est bien sûr possible de prévoir des exceptions à la transparence de la justice¹¹, la limite serait l'institutionnalisation de cellules de détection qui soient judiciaires *et* secrètes, ce que les

¹ *Contra*, aucun texte ne les prohibant *a contrario*, MODAT (P.), *op. cit.*, sp. n° 11-12 ; soulevant la discussion, DELATTRE (C.), La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal, *RPC*, 2010, *op. cit.*

² MODAT (P.), *op. cit.*, sp. n° 11 ; VALLENS (J.-L.), *op. cit.*, sp. n° 1.

³ Alors que la loi prévoit l'obtention de renseignements par la convocation préalable du dirigeant, C. com., art. L. 611-2.

⁴ VALLANSAN (J.), Le rôle du juge dans les procédures préventives, *RPC*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 6.

⁵ V. réf. citées *supra*, sp. n° 20, n. 11 et not. ZABALA (B.), Prévention des difficultés (...), *JCP E*, 2008/19, *op. cit.*, sp. n° 3.

⁶ INGALL-MONTAGNIER (P.), Prévenir, sanctionner, réparer (...), *CDE*, 2015/5, dossier 27, *op. cit.*

⁷ GARINOT (J.-M.), *Le secret des affaires*, th. précit., sp. n° 127 s., à propos des difficultés de l'entreprise (publicité), sp. n° 151-152 et en phase de prévention (secret), sp. n° 182 s. ; également, COURET (A.), La réforme des procédures collectives : propos conclusifs, *PA*, 10 juin 2004, p. 49 s., sp. n° 22 s. et n° 28 ; GUYON (Y.), La transparence dans les procédures collectives, *PA*, 21 avril 1999, p. 8 s.

⁸ D'autres principes du droit au procès équitable sont également susceptibles d'être contrariés par ces cellules de détection-prévention judiciaire : le principe du contradictoire (le chef d'entreprise n'assistant pas aux réunions), le principe de l'égalité des créanciers (seuls certains y participent) ou le principe d'impartialité du juge (par la présence et la présidence par le chef du tribunal) ; néanmoins, l'exception au principe de publicité est retenu comme argument le plus fort en ce qu'il est couvre les deux premiers principes (contradictoire et égalité des créanciers) ; le troisième (impartialité du juge) sera développé en *infra*, sp. n° 232.

⁹ Au plan international : DUDH, art. 10 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, § 1 ; c'est la maxime : *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* ; au plan européen : CEDH, art. 6, § 1 ; sur le sujet, v. LAVRIC (S.), Principes fondamentaux entourant l'activité judiciaire : deux nouveaux textes du Conseil de l'Europe, *D.*, actu., 30 nov. 2010 ; au plan interne : qualifié de principe général du droit (CE, 4 oct. 1974, n° 92893, *aff. Dame David* ; *Rec.* p. 464 ; *JCP*, 1975, II, 17976, n. R. DRAGO), il est codifié, CPC, art. 22 et 433 ; sur le sujet, v. KAYSER (P.), « Le principe de publicité de la justice dans la procédure civile », in *Ecrits de P. KAYSER (1981-2001), Jalons d'une recherche émérite*, PUAM, 2003, p. 17-40 ; d'une manière générale, la transparence de la justice est « une exigence démocratique essentielle », GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, *op. cit.*, sp. n° 409.

¹⁰ « La publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention », CEDH, 8 déc. 1983, n° 7984/77, *Pretto C/ Italie*, sp. § 21.

¹¹ Prévues par la loi, CPC, art. 433 ; mais limitativement justifiées, JEULAND (E.), *Droit processuel général*, *op. cit.*, sp. n° 206 s. ; par ex., en droit des entreprises en difficulté, C. com., art. L. 662-3.

autorités publiques - voire, les juges consulaires eux-mêmes¹ - semblent se refuser à franchir². Ces deux éléments sont par nature peu conciliables³, sauf à affirmer, comme le fait un auteur, que ces cellules « ne sont pas des organes judiciaires »⁴. Non seulement cette position semble difficilement tenable - les cellules sont instituées au sein des juridictions et fonctionnent sous l'impulsion des services juridictionnels -, mais c'est aussi implicitement reconnaître qu'elles auraient, en vérité, une autre nature. La centralisation des renseignements tendrait à leur attribuer une fonction administrative⁵. L'*immixtion*⁶ dans la gestion de l'entreprise et l'invitation de certains créanciers favorisés à participer à des réunions informelles orienteraient à l'inverse vers une détection d'ordre privé ou plus précisément, professionnel⁷. Sinon, sans rattachement possible, la nature de ces cellules serait définitivement *sui generis*. Quelle que soit la réponse apportée, il y a une réelle contradiction⁸ à vouloir à appréhender toujours plus tôt - et nécessairement dans le secret - les éventuelles difficultés du débiteur tout en affirmant la compétence de l'autorité judiciaire pour sa mise en œuvre.

233. Transition. La transparence de la justice a vocation à garantir l'impartialité du juge⁹. Il y a, entre elles, un lien indéfectible dont la préservation se pose aussi ailleurs dans la prévention précoce des difficultés. En effet, les cellules de détection ont pour objectif d'informer le président de juridiction qui dispose quant à lui d'une prérogative légale d'importance, mais non moins discutable.

¹ MODAT (P.), *op. cit.*, sp. n° 3.

² Le législateur ne les a consacré dans aucune de ses réformes ; pour le pouvoir exécutif, la pratique « ne s'inscrit pas dans le cadre normatif » et « la participation du président du tribunal à des "cellules" (...) n'apparaît pas susceptible de s'inscrire dans le prolongement des missions », rép. min. Just. 11 mai 2010 précit.

³ BOURBOULOUX (H.), Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention (...), *BJE*, 2012/3, p. 183 s., *op. cit.* ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MACORIG-VENIER (F.), La prévention et le traitement amiable des difficultés : entre transparence et confidentialité, entre efficacité et fragilité !, *BJE*, 2014/1, p. 10-12.

⁴ MODAT (P.), *op. cit.*, sp. n° 12.

⁵ Comp. cellules de veille régionale animées par les commissaires au redressement productif (v. *supra*, sp. n° 85) qui « peut parfois doubler les initiatives prises par les tribunaux de commerce dont certains se sont dotés de cellules de détection et de prévention, hélas souvent méconnues », rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 63.

⁶ Est sanctionné, au nom de la liberté de gestion privée de l'entreprise, le fait qu'un juge se substitue à l'appréciation du chef d'une entreprise *in bonis*, Cons. constit., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, *aff. Florange*, cons. n° 20 ; *D.*, 2014, p. 1287, n. L. D'AVOUT ; cela pose « inévitablement » la question de l'office du juge, à propos des pouvoirs du président du tribunal, CHAPUT (Y.), « L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés », in *Le Nouveau droit des défaillances d'entreprise*, *op. cit.*, p. 93-101, sp. p. 96.

⁷ Par ex., comités de prévention des difficultés des Chambres de Commerce et d'Industrie (CCI) dont l'objet est de recueillir des informations aux fins de détection, par ex. : CCI Montpellier, v. site en ligne ; de même pour les Centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP), v. en ligne, cip-national.fr ; rapp. CIP, *Les Institutions membres du CIP national, Leur rôle et leurs actions en matière de prévention des difficultés des entreprises*, 2015, 28 p. ; MONTÉLAN (T.), Pour une cause nationale : les CIP au secours des entreprises en difficulté, *BJE*, 2014/2, p. 120 s. et v. *infra*, sp. n° 435.

⁸ Soulignant leur « paradoxe », SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Propositions de réforme des règles d'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, Colloque, IFPPC, 27^e Congrès, Montpellier, 1^{er} oct. 2010 ; DELATTRE (C.), Les propositions de l'amélioration du Livre VI (...), *RPC*, 2011, comm. 162, *op. cit.* ; représentant « un conflit fondamental de valeurs », GALOKHO (C.), Les atteintes à la liberté du commerce (...), *RTD com.*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 16.

⁹ GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, *op. cit.*, sp. n° 409.

B. L'alerte personnelle du président de juridiction et l'impartialité de la justice

234. Initiative de convocation. Le législateur - consacrant ici la pratique des juridictions¹ - reconnaît au président du tribunal la faculté de convoquer de sa propre initiative les dirigeants dès lors qu'une difficulté est détectée². Si les termes de la loi sont suffisamment larges quant à la source d'information³ ou à la difficulté détectée⁴ pour laisser une marge d'appréciation et d'initiative au magistrat⁵, la convocation doit être motivée. Elle contient une note rédigée par le président exposant les faits qui ont retenu son attention⁶, ce qui pose la question de son impartialité puisque la convocation suppose une forme de pré-jugement sur la situation du débiteur, fondée à partir d'éléments recueillis préalablement et en son absence⁷. De plus, c'est bien le président qui sollicite l'entretien et, non, le débiteur qui va s'*entretenir*⁸ avec lui au cours du rendez-vous à venir.

235. Entretien personnel. Le débiteur qui, suite à la lettre d'invitation⁹ du président, se présente au tribunal est reçu de manière individuelle - en « tête à tête »¹⁰ -, le greffier lui-même étant écarté¹¹ -, confidentielle - parfois dans des locaux distincts, avec une porte dérobée¹² - et informelle - le magistrat ne recevant jamais en robe¹³ -. Il faut insister sur ces éléments en ce qu'ils apparaissent pleinement étrangers à la fonction juridictionnelle. Mais cette prérogative est directement justifiée par la finalité de l'entretien.

236. Alerter le débiteur. D'après la loi, l'objet de l'entretien n'est ni de dire le droit, ni d'user de son *imperium*¹⁴, mais d'« alerter »¹⁵ le débiteur sur son état, ce qui en fait une

¹ Sur l'origine prétorienne, HAEL (J.-P.), La consécration du droit d'alerte (...), *PA*, 30 sept. 1994, *op. cit.* ; RAIBAUT (J.), Une politique juridictionnelle : la prévention (...), *RPC*, 2009/6, dossier 20, sp. n° 23, *op. cit.* ; consacré par L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 34 ; rendue autonome et généralisée par ord. 12 mars 2014 précit., art. 2.

² C. com., art. L. 611-2 s. et R. 611-10 s.

³ « Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure (...) », C. com., art. L. 611-2, I ; outre l'information donnée par les cellules de détection, v. *supra*, sp. n° 229.

⁴ Difficulté « de nature à compromette la continuité de l'activité », C. com., art. L. 611-2, I.

⁵ DELATTRE (C.), La prévention doit s'exercer dans le respect (...), *RPC*, 2010, *op. cit.*, sp. n° 8.

⁶ C. com., art. R. 611-10, al. 2.

⁷ Rappelant ici le rôle des cellules de prévention, v. *supra*, sp. n° 229.

⁸ Supposant pour le débiteur de préparer sa « défense » à partir des faits rapportés dans la motivation de la note, ROUSSEL GALLE (P.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté, De la théorie à la pratique*, D. TRICOT (préf.), Litec, 2007, 2^e éd., sp. n° 76 ; ROHART-MESSAGER (I.), La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce, *GP*, 2010/9, p. 5 s.

⁹ Le tribunal de Nanterre dispose d'une formule tenant « lettre d'invitation » et, non, de convocation, DRUMMEN (J.-B.), La détection précoce (...), par M. MENUJUCQ, *RPC*, 2010/1, entretien 1, *op. cit.*

¹⁰ « Procédure très souple, très libérale, qui met en tête-à-tête deux chefs d'entreprise, l'un étant pourvu d'une autorité réelle, même si, en l'occurrence, il est démuné de tout pouvoir ; autorité qui lui permet d'aider l'autre à prendre conscience des difficultés de son entreprise et des remèdes nécessaires. », DAIGRE (J.-J.), Le rôle de prévention du tribunal de commerce, bilan d'une enquête, *in La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application*, *JCP E*, 1987/48, 15066.

¹¹ Le greffier n'assiste plus à l'entretien, D. n° 2009-160, 12 fév. précit., art. 2 ; C. com., art. R. 611-11.

¹² Par ex. à Lille, entretien avec le président du tribunal E. FELDMANN (2013) précit. ; pour d'autres éléments de la pratique tendant à préserver la confidentialité, ROHART-MESSAGER (I.), *loc. cit.*

¹³ ELMALEK (G.), La cellule de prévention au tribunal de commerce de Paris, *L'OCDE*, 2012, *op. cit.*, sp. p. 26.

¹⁴ COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. précit., sp. n° 57.

¹⁵ Droit d'alerte du président, HAEL (J.-P.), La consécration du droit d'alerte (...), *op. cit.*

prérogative tout à fait originale¹. Par ailleurs, elle ne précise pas davantage l'alerte, ce qui interroge le contenu de cet aparté, librement mené par le magistrat, en dehors de tout contrôle, qui est posée. Le texte prévoit certes l'établissement postérieur d'un procès-verbal, mais celui-ci ne doit pas mentionner la teneur des discussions². C'est l'impératif du secret des affaires qui l'impose³. Néanmoins, il serait faux de penser qu'il s'agit d'un « simple entretien de courtoisie »⁴. Il est aussi la preuve que le dirigeant a été alerté en temps voulu⁵. L'objectif est de provoquer une réaction de la part du dirigeant dont l'entreprise serait en difficulté. L'alerte émanant du président d'un tribunal est en ce sens un moyen qui paraît redoutable.

237. Un véritable pouvoir de prévention. Alors qu'il est *a priori* non coercitif et exercé en dehors de son *imperium* judiciaire⁶, le droit d'alerte du président du tribunal constitue un véritable *pouvoir*⁷ en ce qu'il peut se révéler être le préalable à d'autres prérogatives, plus intenses⁸. Certes, la réforme de 2014 a abrogé la saisine d'office de la juridiction par le canal du président, mais ce dernier ne demeure pas pour autant démuné dès lors qu'il connaît ou soupçonne des difficultés. Il peut choisir en premier lieu d'approfondir ses investigations - et la loi le lui permet largement⁹ -, exerçant une certaine pression sur le débiteur¹⁰. En second lieu, il peut décider de transmettre ces informations au ministère public qui dispose du droit de saisine de la juridiction aux fins de traitement¹¹.

238. Impartialité et pré-jugement. Considérant les enjeux du pouvoir de prévention du président, il est possible de considérer qu'il exerce là une fonction juridictionnelle. Le débiteur est convoqué pour fournir des explications sur sa situation¹². Il doit se justifier, démontrer qu'il ne se trouve pas dans l'état de difficulté que le président lui prête. C'est à défaut, si l'argumentation n'est pas considérée comme suffisante ou, simplement, en cas de non réponse - alors interprétée comme un signe révélateur -, que le président pourra mettre en œuvre les mesures plus énergiques que la loi lui reconnaît¹³ afin que les difficultés du débiteur soient appréhendées, y compris malgré son gré.

¹ COUTURIER (G.), *op. cit.*

² Par une lecture *a contrario*, « procès-verbal qui ne mentionne que la date et le lieu de l'entretien ainsi que l'identité des personnes présentes », C. com., art. R. 611-11, al. 1^{er}.

³ V. réf. citées *supra*, sp. n° 20, n. 11.

⁴ DELATTRE (C.), L'entretien de prévention n'est pas un entretien de simple courtoisie (...), *RPC*, 2011/6, comm. 151, *op. cit.*

⁵ HAEL (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 64.

⁶ *Ibid.*, sp. n° 18.

⁷ Insistant aussi sur ce terme, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 353 ; dans le même sens, DELATTRE (C.), *loc. cit.*

⁸ Sur les pouvoirs du président du tribunal en matière de prévention, v. *supra*, sp. n° 181 s.

⁹ Diversité des sources d'information qu'il peut solliciter - y compris par injonction - et l'inopposabilité du secret, C. com., art. L. 611-2, al. 2, II ; DELATTRE (C.), Le pouvoir d'investigation du président du tribunal de commerce (...), *RPC*, 2013/1, ét. 5, *op. cit.*

¹⁰ Les investigations menées peuvent mettre en alerte les créanciers et les tiers, « et donc de nuire au crédit » de l'entreprise, ROHART-MESSAGER (I.), *op. cit.*

¹¹ Par une note, dans le cadre du RJ, C. com., art. L. 631-3-1 et de la LJ, art. L. 640-3-1 ; v. *supra*, spéc n° 212.

¹² À ce propos, la pratique ne semble pas s'opposer à la présence du conseil du débiteur, E. FELDMANN, entretien précit.

¹³ Par ex., un pouvoir d'investigation, C. com., art. L. 611-2, al. 2.

La note adressée par le président du tribunal au ministère public est *a priori* seulement informative¹. Sur son contenu, la loi dispose qu'elle doit exposer « les faits de nature à motiver la saisine du tribunal »². Ayant cours dans la cadre des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires, le président devra concrètement faire la démonstration d'un état de cessation des paiements avancé³, voire de la manifeste impossibilité de redressement de l'entreprise. La note du président au ministère public est donc une véritable *alerte* du ministère public. Si la saisine d'office a été abrogée en raison du pré-jugement qu'elle supposait, il est possible de considérer que la note que peut établir le président dans le cadre de son droit d'alerte n'est pas si différente⁴. Les faits dénoncés au ministère public reposent bien sur l'idée préconçue du président du tribunal qu'ils constituent un état de défaillance, élément d'autant plus critiquable que cette opinion pourra se fonder sur des éléments retenus y compris hors la présence du débiteur. Il semble bien que la question de l'impartialité de l'autorité judiciaire dans le traitement des entreprises en difficulté ne soit pas encore résolue.

La critique peut être développée en ce que le ministère public qui saisit effectivement la juridiction aux fins d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires doit exposer « les faits de nature à motiver la demande »⁵. Dans le cadre d'une saisine consécutive à la note du président, cela laisse à penser que seront repris les faits rapportés par le président du tribunal, renvoyant alors au grief précédent. Cela est d'autant plus fort que les textes imposent au magistrat du parquet saisissant la juridiction suite à l'alerte du président d'assigner également le débiteur en y joignant alors la note du président⁶. Considérant le coût et la charge procédurale supplémentaire, il est probable que les parquetiers privilégient la saisine sans assignation⁷, ce qui suppose de ne faire aucune référence à la note et se prête davantage à une reprise *in extenso* des faits soulevés par le président lorsqu'ils constituent opportunément la justification de leur action. La note devient alors occulte⁸ et, plus encore, le biais de la survivance d'une saisine d'office avec les critiques que le mécanisme engendre⁹.

¹ Selon les termes du texte : « La note par laquelle le président du tribunal *informe* le ministère public », C. com., art. R. 662-12-1.

² En RJ, C. com., art. L. 631-3-1 et en LJ, art. L. 640-3-1.

³ Plus de 45 jours par une lecture *a contrario* du texte relatif à la conciliation, C. com., art. L. 611-4.

⁴ En ce sens, MONTÉLAN (T.), Impartialité, droits de l'homme et QPC, *RPC*, 2015/4, étude 13, *op. cit.* ; PURUT (K.), TEBOUL (J.-P.), Contradictoire réforme, *JCP G*, 2014/28, 816, *op. cit.* ;

⁵ RJ, C. com., art. R. 631-4 et LJ, art. R. 640-1, al. 1^{er}.

⁶ C. com., art. R. 662-12-1.

⁷ PURUT (K.), TEBOUL (J.-P.), *op. cit.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Sur la saisine d'office, v. *infra*, sp. n° 244 s.

Pour parer à la contestation de l'impartialité¹ du traitement judiciaire formulée à l'occasion de plusieurs questions de constitutionnalité² ou de requêtes en suspicion légitime³, le législateur interdit, sous peine de nullité, la participation au jugement de l'affaire du président à l'origine de l'alerte⁴. La disposition tend à accroître l'analyse selon laquelle le président du tribunal, lorsqu'il rédige la note à destination du ministère public, s'est bien préalablement forgé un jugement sur la situation du débiteur. L'interdiction est donc heureuse. Cependant, elle est conditionnée par la saisine effective du magistrat du parquet. Cela invite à envisager les hypothèses contraires et à remarquer que le président, par son rôle de chef de juridiction, est, dans celles-ci, appelé à connaître de l'affaire en cause. C'est par exemple le cas lorsque le ministère public considère que la cessation des paiements n'est pas démontrée et ne donne pas suite à la note « informative » du président ; parallèlement, le débiteur ayant été alerté par le président du tribunal, sollicite de lui-même l'ouverture d'une procédure de traitement. Aucun texte ne s'oppose dans cette situation à la présence du président du tribunal. À nouveau, la question de l'impartialité de l'autorité judiciaire demeure et, *a fortiori*, le sera tant que le législateur confiera à un juge la tâche de prévenir précocement les difficultés.

239. Impartialité et conseil. Il est possible de voir sous un autre angle la tenue de cet entretien. Le débiteur ainsi convié et face au président du tribunal⁵ se confie sur ses difficultés qui appellent à être solutionnées. Il faut rappeler⁶ que l'entretien est individuel, confidentiel et informel, librement mené par le seul président de juridiction. Certes, selon sa personnalité⁷, la force du dialogue pourra varier, mais il est difficile de s'en tenir à une écoute totalement passive du chef d'entreprise. Ce n'est au demeurant pas le sens du texte qui dispose que l'entretien a lieu « pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation »⁸. La pratique juridictionnelle emprunte cette dangereuse pente lorsqu'il est rapporté que le président, à cette occasion et conformément au texte, éclaire le débiteur sur les possibilités que lui offre la loi⁹. De l'information personnalisée au débiteur au conseil juridique par l'homme de droit, la frontière

¹ Composant du procès équitable, CEDH, art. 6, § 1.

² V. réf. citées *supra*, sp. n° 13, n. 2 et not. Cass. com., 16 oct. 2012, n° 12-40.061 s. et 6 mars 2012, n° 11-40.102 précit.

³ Par ex., CA Poitiers, 31 août 2012, n° 12/01656 ; CA Versailles, 25 oct. 2012, n° 12/05213 s. (3 arrêts) ; CA Paris, 13 sept. 2012, n° 12/12240, DELATTRE (C.), La justice consulaire face à l'impartialité, *RPC*, 2013/1, étude 3 ; le soulignant également, VALLENS (J.-L.), Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules (...), *D.*, 2010, *op. cit.*, sp. n° 2.

⁴ Pour le RJ, C. com., art. L 631-3-1 et pour la LJ, art. L. 640-3-1.

⁵ Dont la compétence est justifiée « par son autorité morale sur les chefs d'entreprise », PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 60

⁶ V. *supra*, sp. n° 185 s.

⁷ Qui est « déterminante dans la qualité des résultats », JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial, op. cit.*, sp. n° 56 ; chaque président détermine « sa propre politique préventive » dans sa juridiction, RAIBAUT (J.), Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises, *RPC*, 2009/6, *op. cit.* ; il exerce une magistrature morale, ROHART-MESSAGER (I.), La prévention-détection, *GP*, 2010, *op. cit.* ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 241.

⁸ C. com., art. L. 611-2, I.

⁹ D'après E. FELDMAN, entretien précit. ; proche, DELATTRE (C.), La prévention doit s'exercer (...), *RPC*, 2010, *op. cit.*, sp. n° 10.

est mince¹. La conception actuelle de l'entretien s'y prête particulièrement tant elle s'écarte de la logique judiciaire². Elle ressort davantage de techniques de communication³, du dialogue, du *coaching*⁴, voire de la psychologie⁵, en termes brefs, d'une fonction non judiciaire. Cela est d'autant plus vrai que la loi ne conditionne pas davantage la pratique à un unique rendez-vous, ceux-ci peuvent alors se multiplier selon l'évolution de la discussion⁶. Par ailleurs, l'un des arguments de la non-attribution de cette même prérogative au président du tribunal de grande instance⁷ était le risque de conflit avec le rôle de tutelle des organismes professionnels dont relèvent certains débiteurs exerçant une profession réglementée⁸. En ce sens également, le dispositif n'aurait pas immédiatement connu un succès en pratique malgré sa consécration légale parce qu'il était confondu avec les mécanismes d'alerte des professionnels de l'entreprise⁹. Globalement, « le président du tribunal n'intervient pas en tant que magistrat, mais plutôt en qualité de professionnel de la vie des affaires et grâce aux compétences acquises durant ses fonctions de juge au tribunal »¹⁰.

Cependant, toute déviance dans la fonction doit être profondément rejetée en ce que le juge ne peut conseiller *et* juger¹¹ sauf à remettre en cause son impartialité¹². Le président du tribunal paraît ainsi tiraillé entre la volonté d'accompagnement du débiteur et, *a contrario*, la qualité de tiers impartial qu'il est censé représenter. C'est le paradoxe d'une prévention judiciaire précoce : confier à un juge un rôle non juridictionnel, voire contre nature.

240. Psychologie du dirigeant. D'une manière plus générale, l'opposition que cristallise la prévention judiciaire se remarque lorsqu'est prise en compte la psychologie du dirigeant. Il est

¹ Le magistrat qui écoute connaît le risque « de basculer dans le conseil au dirigeant », DELATTRE (C.), *op. cit.*, sp. n° 16 ; PERROT (R.), Rapport de synthèse, in Forum de l'AFFIC, *Du bon usage du tribunal de commerce*, 11 avril 1991, p. 46 s., sp. p. 49 ; ROHART-MESSAGER (I.), *op. cit.* ; d'une manière générale pour tout juge de la prévention, HYEST (J.-J.), Prévention des difficultés des entreprises, propos partiels sur le rapport Hyest, *RLDA*, 2002/49, chron., 200249.

En jurisprudence, par ex. : CA Paris, 29 mars 2007, n° 06/12981.

² Sur l'originalité de l'entretien pour un organe judiciaire, VALLANSAN (J.), Le rôle du juge (...), *RPC*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 7.

³ Par ex., certains présidents « accueillent personnellement le débiteur à la porte de leur cabinet, leur serrent la main », ROHART-MESSAGER (I.), *op. cit.*

⁴ Il est dans, cette fonction, un « juge-entraîneur » qui « motive et conseille (...) indiquant la stratégie à suivre », BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 65.

⁵ APESA, TC Saintes, v. *supra*, sp. n° 46, n. 1.

⁶ La pluralité des rendez-vous n'est pas considérée comme « une bonne pratique », DELATTRE (C.), *loc. cit.*, sp. n° 22.

⁷ L. 26 juill. 2005 précit., C. com., anc. art. L. 611-5 ; v. *supra*, sp. n° 182.

⁸ COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, sp. 2^e éd. (2006), sp. n° 37 ; la réforme de 2014 a harmonisé les textes, C. com., art. L. 611-2-1.

⁹ Par ex., du commissaire aux comptes, DAIGRE (J.-J.), Le rôle de prévention du tribunal (...), *JCP E*, 1987/48, 15066, *op. cit.*

¹⁰ HAEL (J.-P.), La consécration du droit d'alerte (...), *PA*, 1994, *op. cit.*, sp. n° 11.

¹¹ De manière symbolique, les magistrats « enfilent alternativement leur robe noire ou leur blouse blanche », CASROLA (F.), Sécurité juridique et entreprises en difficulté : rapport de synthèse, *PA*, 12 janv. 1994 ; or, « conseiller puis juger font mauvais ménage », VALLENS (J.-L.), Constitutionnalité des tribunaux de commerce, *RTD com.*, 2012, p. 621 s.

¹² CEDH, art. 6, § 1, ROHART-MESSAGER (I.), *op. cit.*

régulièrement mis en évidence¹ la difficulté du chef d'entreprise à s'adresser et, surtout, à se confier à un juge et, en l'occurrence, président du tribunal. Il craint les éventuelles conséquences judiciaires négatives² et le dévoilement de ses difficultés, faisant montre d'une certaine méfiance vis-à-vis de l'institution judiciaire alors que, pour la prévention des difficultés, la pleine confiance est primordiale. Dans cette perspective, malgré le cadre informel et la promotion du dispositif, prévention et judiciaire paraissent, dans l'esprit du dirigeant, antinomiques.

241. Conclusion et transition. « Ni un conseil, ni un gendarme »³, le rôle du président du tribunal lorsqu'il s'entretient avec le débiteur interroge. C'est tout « le paradoxe de la prévention »⁴, c'est-à-dire vouloir appréhender toujours plus précocement les difficultés de l'entreprise tout en confiant la tâche à l'autorité judiciaire. Le juge agirait à l'instar d'une autorité privée, d'une instance professionnelle, de détection ou d'alerte. Cela entre en contradiction avec ses qualités propres, notamment d'impartialité⁵, remettant en cause la légitimité du traitement judiciaire. Le chef d'entreprise lui-même paraît psychologiquement opposé à cette évolution. Le professeur Menjucq pose la question : « ne serait-il pas opportun de développer une institution non juridictionnelle d'aide à la détection et au traitement des difficultés des entreprises ? »⁶. Quoi qu'il en soit, si le caractère judiciaire du traitement peut être remis en cause par son immixtion dans la gestion privée de l'entreprise, c'est également le cas lorsque le juge exerce une fonction de nature administrative.

¹ BAUJET (B.) et al., La souffrance morale des entrepreneurs, *CDE*, 2016/2, *op. cit.* ; INGALL-MONTAGNIER (P.), Prévenir, sanctionner (...), *CDE*, 2015, *op. cit.* ; ROSSI (P.) et al., La simplification des procédures collectives et du droit des entreprises en difficulté, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2013/3, entretien 2 ; ROUGER (M.), « Difficultés économiques et interventions judiciaires », in mél. A. HONORAT, *op. cit.*, p. 187-191, sp. p. 187 ; ROUSSEL GALLE (P.), Le législateur psychologue, *RPC*, 2015/2, repère n° 2 ; selon un psychologue, BIROUSTE (J.), Renversement du sens de la dette (...), *GP*, 2003/58, p. 6 s., *op. cit.* ; v. *supra*, sp. n° 12 et n° 46.

² Le tribunal est souvent vu comme « le lieu de la punition », TEBOUL (G.), L'entreprise éligible, La cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires, *GP*, 2008/178, *op. cit.*, p. 19 s. ; à propos de la procédure de sauvegarde, PÉTEL (P.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, *JCP E*, 2009/3, 1049, sp. n° 13 ; selon une étude du CREDOC (Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie), 70 % des personnes interrogées perçoivent l'institution judiciaire dans sa face pénale, d'où les comportements anxieux, TERRÉ (F.), « Sur l'image de la Justice », in mél. P. DRAI, *op. cit.*, p. 121 s., sp. p. 127.

³ VALLANSAN (J.), Le rôle du juge dans les procédures préventives, *RPC*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 7.

⁴ JEANTIN (M.), Le paradoxe de la prévention, *PA*, 15 déc. 1993, p. 12 s.

⁵ MACORIG-VENIER (F.), L'impartialité ou les limites de la prévention-détection informelle, *RTD com.*, 2001, p. 780 s.

⁶ MENJUCQ (M.), La détection précoce (...), *RPC*, 2010, *op. cit.*

§ 2. Les prérogatives du juge-administrateur attentatoires aux droits des parties

242. Fonction administrative du juge. Il peut être curieux d'évoquer la fonction *administrative* du juge¹ eu égard à la séparation des fonctions². Pourtant, dans certaines hypothèses, il est considéré agir comme un administrateur³. C'est notamment le cas lorsqu'il se saisit d'office ou pourvoit à la bonne administration de la justice⁴. Dans cette fonction, le juge use seulement de son *imperium*⁵, c'est-à-dire de la part de puissance publique qui lui est reconnue afin d'imposer une décision. Il ne fait pas œuvre de *jurisdictio*⁶. Se plaçant hors contestation⁷, la fonction de l'autorité judiciaire est non juridictionnelle.

243. Critique. Particulièrement en droit des entreprises en difficulté⁸, l'exercice judiciaire d'une fonction administrative est contestable. S'il peut être louable de reconnaître une mission non juridictionnelle de surveillance des entreprises défailtantes ou de permettre, sur un plan organisationnel, l'administration de la justice aux fins du bon - et prompt - déroulement de la procédure de traitement, cette activité du juge est susceptible d'impliquer un certain degré de juridicité. Ses décisions ne sont certes pas juridictionnelles, mais elles sont judiciaires⁹. Or, ces actes administratifs¹⁰, « étrangers à la mission ordinaire du juge »¹¹, atteignent profondément les droits des parties en leur faisant perdre en partie la maîtrise de la procédure. Cela vise le débiteur principalement, mais, aussi, les créanciers, poursuivants ou non, les représentants du personnel ou salariés, voire le ministère public, en termes brefs, toute partie intéressée¹². Ils sont tantôt privés du droit de déclencher une instance judiciaire, tantôt du droit d'exercer un recours contre la décision de justice. C'est en considération de ces atteintes que l'exercice par le juge d'une

¹ « Si la fonction normale d'un juge est d'accomplir des actes juridictionnels, il est des éventualités assez nombreuses où ce juge se livre à une activité *purement administrative*, même lorsqu'elle emprunte des formes *judiciaires* », VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, *op. cit.*, sp. n° 197 ; également, PERROT (R.), *Le rôle du juge dans la société moderne*, GP, 1997/1, p. 91 s., sp. p. 96.

² Principe de séparation des fonctions administrative et judiciaire, GUINCHARD (S.) et al., *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, sp. n° 84 et 86 ; imposant *a priori* une distinction des autorités, AUBY (J.-M.), *Autorités administratives et autorités juridictionnelles*, AJDA, 1995, p. 91 s., mais l'auteur relève l'existence de possibles traits communs entre les deux types d'autorités.

³ Sur la qualification de « juge-administrateur », WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », *op. cit.* ; sur l'assimilation de son rôle à celui d'un administrateur, D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 259 ; ou à une autorité administrative, HÉRON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, sp. n° 335 ; « On peut, en effet, observer que le juge agit à la fois comme une autorité administrative et comme une autorité judiciaire », VOINOT (D.), *Le renvoi dans la procédure collective*, RGDP, 1998/2, p. 197-217, sp. p. 198.

⁴ BRENNER (C.), *Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée*, *Procédures*, 2007, n° 8-9, étude 13, sp. n° 5-6.

⁵ V. *supra*, sp. n° 109.

⁶ Il ne dit pas le droit, VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 43.

⁷ Et donc, hors matière gracieuse, D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 259 ; v. *supra*, sp. n° 225.

⁸ Not. CAGNOLI (P.), th. précit., sp. p. 162 s. ; SALHI (K.), *Contribution à une théorie générale des voies de recours*, th., T. LE BARS (dir.), Caen, 2004, 635 p., sp. p. 123 s. ; WIEDERKEHR (G.), « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », in méf. D. SCHMIDT, *op. cit.*, sp. p. 490 s.

⁹ Sur la qualification d'acte judiciaire non juridictionnel, CADIEU (L.) et al., *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n° 241.

¹⁰ BANDRAC (M.), « De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in méf. P. DRAI, *op. cit.*, p. 171-183.

¹¹ HÉRON (J.), LE BARS (T.), *op. cit.*, sp. n° 335 ; PERROT (R.), *Le rôle du juge (...)*, *op. cit.*, sp. p. 96.

¹² Toute personne ayant intérêt à agir et qualité pour agir, CPC, art. 31 ; sur la notion de « partie » en la matière, v. STAES (O.), th. précit., sp. n° 281 s. ; DERRIDA (F.), *La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation des entreprises*, PA, 2 déc. 1988, p. 9 s. et D., 1989, chron., p. 77 s., sp., n° 37.

fonction administrative apparaît peu compatible¹ avec la fonction judiciaire qui en ressort dénaturée².

244. Plan et justification. Jusqu'à sa récente abrogation³, le droit des entreprises en difficulté offrait l'un des rares exemples⁴ autorisant la saisine d'office de la juridiction. Or, elle constitue l'illustration typique d'une fonction administrative du juge. Malgré l'intervention du législateur à sa disparition, son étude (A) demeure d'intérêt pour saisir le caractère exorbitant et attentatoire de cette prérogative. En outre, elle trouve encore une certaine résonance dans certaines hypothèses de conversion ou de transmission au ministère public⁵.

En dehors de ces cas, un autre exemple de cette fonction administrative du juge peut être rapporté par ailleurs et tout aussi attentatoire aux droits des parties : il s'agit des mesures d'administration judiciaire (B).

A. La saisine d'office et l'atteinte à la maîtrise de la procédure

245. Illustration d'une fonction administrative. Agissant comme un administrateur des entreprises en difficulté, l'autorité judiciaire, désignée pour leur traitement, serait légitime à s'autosaisir. Cette faculté est justifiée par l'intérêt général⁶, lequel est spécifiquement mis en cause par la défaillance de l'entreprise⁷. Le juge n'a alors pas à être limité par l'initiative des parties ou de tiers. La saisine d'office n'est pas un acte juridictionnel⁸ en ce qu'elle ne présume pas nécessairement l'ouverture d'une procédure collective. Seule celle-ci constituera le véritable jugement. Autrement dit, lorsque la juridiction se saisit elle-même, elle ne prendrait aucune décision de nature juridictionnelle. Tout en usant de son *imperium*, elle ne fait pas œuvre de *jurisdictio*⁹. La fonction n'est pas de trancher un litige entre sujets de droit mais d'exercer une mission de surveillance, voire de police, laquelle justifie un pouvoir d'auto-saisine¹⁰. L'autorité

¹ HÉRON (J.), L'apport du droit de l'entreprise au droit privé, in Actes du colloque, 25^e FNDE, 1996, *JCP E*, 1997, n° suppl. 2, p. 30 s. ; elles sont « inconciliables », WIEDERKEHR (G.), *loc. cit.*, sp. p. 493.

² BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 95

³ V. *infra*, sp. n° 246.

⁴ Autre ex., en matière de tutelle, C. civ., art. 391 ; HAUSER (J.), Droit des personnes protégées, *varia*, *RTD civ.*, 2014/2, p. 339 s.

⁵ Sur la conversion, v. *infra*, sp. n° 247 ; et sur le rôle du ministère public, v. *supra*, sp. n° 211-213.

⁶ Cons. constit., 7 déc. 2012 précit., cons. n° 4.

⁷ Alors appréhendée comme un contentieux purement objectif, GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, *op. cit.*, sp. n° 382 s.

⁸ Il y a une « incompatibilité fondamentale » entre la saisine d'office et la procédure juridictionnelle, WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », *op. cit.*, sp. p. 385 ; en outre, ce ne peut être un acte gracieux, car il suppose une juridiction sollicitée et, non, imposée, MELEDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 354 ; MARTIN (R.), La saisine d'office (...), *JCP G*, 1973, *op. cit.*, sp. p. 234.

⁹ VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 43.

¹⁰ GUINCHARD (S.) et al., *op. cit.*, sp. n° 382.

judiciaire agit comme un organe administratif¹ qui appréhende une situation qui touche à l'ordre public. C'est en ces termes que la saisine d'office est particulièrement illustratrice d'une fonction administrative du juge². Cependant, admettre que le juge puisse se comporter en administrateur, c'est corrélativement restreindre les droits des parties quant à la maîtrise du procès.

246. Ouverture d'office et initiative des parties. La loi dispose au premier article du Code de procédure civile que « seules les parties introduisent l'instance ». Par déduction, c'est reconnaître aux parties l'exclusivité du droit d'initier un procès³. *A contrario*, c'est affirmer que la juridiction ne peut pas se saisir elle-même. La règle est ancienne et universelle⁴. Il est considéré que « les juges ne font pas d'office respecter les droits privés, ils ne sont saisis que par la demande en justice »⁵, sauf à devenir pour le juge « un tyran »⁶ qui « ne rendrait pas des jugements, mais donnerait des ordres »⁷. « Fondamentalement, l'essence même de la justice s'évanouirait »⁸ selon le professeur Wiederkehr. Pour ces raisons, la saisine d'office de l'autorité judiciaire « paraît fondamentalement hétérogène à notre système de valeurs »⁹. Néanmoins, la loi ne consacre pas un monopole de l'initiative aux parties, le législateur peut en disposer autrement¹⁰.

Dans cette brèche, il faut souligner que la saisine d'office a été traditionnelle en droit des entreprises en difficulté¹¹. Elle aurait été le pendant de l'absence du ministère public devant les juridictions d'exception et, en l'occurrence, dans les affaires, à charge pour les juridictions

¹ Qui dispose, lui, du pouvoir de se saisir d'office, MENEURET (J.-J.), La saisine d'office du Conseil de la concurrence au regard de l'article 6 de la CEDH, CCC, 2002/1, chron. 1.

À ce sujet, il est intéressant de relever qu'il y a réciproquement une confusion des fonctions juridictionnelle et administrative reprochée aux autorités administratives qui exercent un certain pouvoir de sanction et alors qualifiées de « quasi-juridiction » ; COSTA (D.), L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ?, *RFDA*, 2005/6, p. 1174 s. ; MARTIN (R.), La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence, *JCP G*, 1990/44, I, 3469 ; POÉSY (R.), La nature juridique de l'Autorité de la concurrence, *AJDA*, 2009, p. 347 s.

² C'est purement et simplement un « mécanisme de droit administratif », CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 315 ; HÉRON (J.), LE BARS (T.), *op. cit.*, sp. n° 335 ; MARTIN (R.), *loc. cit.*, sp. n° 27 ; WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », *op. cit.*, sp. p. 387.

³ C'est le « principe d'initiative », MOTULSKY (H.), Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *D.*, 1972, chron., p. 91-102, sp. n. n° 44 ; également, CADIET (L.) et al., *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n° 240.

C'est l'un des principes directeurs du procès ; sur le sujet, not. : BOLARD (G.), Les principes directeurs du procès civil, Le droit positif depuis Motulsky, *JCP G*, 1993, I, 3093 ; CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in méf. P. BELLET, Litec, 1991, p. 83-100 ; VERGÈS (E.), *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, th., S. CIMAMONTI (dir.), Aix-Marseille III, 2000, 551 p. ; pour une synthèse, NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès », in *Dictionnaire de la justice* précit., sp. p. 1038-1046.

S'il peut en être rapproché, il n'est toutefois pas le principe dispositif : il serait davantage un élément du principe accusatoire dont le principe dispositif est l'un des aspects, HÉRON (J.), LE BARS (T.), *op. cit.*, sp. n° 261 ; VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, *op. cit.*, sp. n° 533 s.

⁴ *Nemo iudex sine actu* qui régit tous les contentieux, *Lexique juridique des expressions latines* précit.

⁵ GLASSON (E. D.), TISSIER (A. A.), MOREL (R. L.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 1925, 3^e éd., sp. n° 191.

⁶ MARTIN (R.), *op. cit.*, sp. n° 27 ; la saisine d'office fait naître un risque d'arbitraire, BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », in méf. P. DRAI, *op. cit.*, p. 225-241 ; FRICERO (N.), « Le droit à un tribunal indépendant et impartial », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 1999, n° 2131 s., sp. n° 2139.

⁷ WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », *op. cit.*, sp. p. 389.

⁸ *Ibid.*

⁹ MARTIN (R.), *op. cit.*, sp. n° 27 ; WIEDERKEHR (G.), « Les procédures collectives (...) », in méf. D. SCHMIDT, *op. cit.*, sp. p. 489.

¹⁰ « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. », CPC, art. 1^{er}.

¹¹ C. com. 1807, anc. art. 449 ; elle est traditionnelle, DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 58 ; ROLLAND (B.), « Réflexions sur la saisine d'office », in méf. G. WIEDERKEHR, *De Code en Code*, Dalloz, 2009, p. 685-694.

consulaires d'assurer une police du commerce¹. Cependant, elle enfreignait toujours le droit judiciaire des parties d'initier l'instance². Plus encore, « le droit des procédures collectives est certainement la seule branche du droit dans laquelle le justiciable est contraint de faire appel à un tribunal »³ au point, si nécessaire, de l'imposer d'office. Cependant, la juridiction, en se saisissant elle-même des difficultés d'une entreprise, privait nécessairement les parties du droit d'initier un traitement. Cela était d'autant plus fort que la procédure ouverte par suite était soit un redressement ou une liquidation judiciaires⁴, autrement dit, des procédures elles-mêmes restrictives des droits des parties⁵. En termes brefs, l'exercice d'une fonction administrative - typiquement illustrée ici par le pouvoir de se saisir d'office - permettait aux juridictions de ne pas se contraindre au respect des principes fondamentaux du droit judiciaire privé. Il y avait là une profonde négation de la nature judiciaire du juge⁶.

Quoi qu'il en soit, le Conseil constitutionnel⁷ et le législateur⁸ ont abrogé d'une manière générale cette prérogative exorbitante du droit commun. Le juge n'est plus admis à se comporter comme un administrateur, privant les parties du droit d'initiative.

247. Conversion d'office et immutabilité des prétentions. Les cas de saisine d'office à l'ouverture de la procédure collective⁹ et ceux assimilés¹⁰ ont été abrogés¹¹. Toutefois, le législateur n'a pas supprimé totalement cette prérogative du droit des entreprises en difficulté. Entre autres cas¹², il faut d'abord réserver celui où la cour d'appel statue sur le jugement

¹ NORMAND (J.), th. précit., sp. n° 59 ; VALLENS (J.-L.), « Procédure civile et procédures collectives : les faux-amis », in méf. A. HONORAT, *op. cit.*, p. 245-253, sp. p. 249.

² NORMAND (J.), th. précit., sp. n° 60 ; également, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 215 s. ; STAES (O.), th. précit., sp. n° 143 s.

³ CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 11 ; obligation de saisir le tribunal en cas de cessation des paiements, C. com., art. L. 631-4.

⁴ Pour un RJ, C. com., anc. art. L. 631-5, al. 1^{er}, pour une LJ, anc. art. L. 640-5, al. 1^{er}.

⁵ Ouvrant une procédure contentieuse et, non, gracieuse alors que ce devrait être la logique, VALLENS (J.-L.), *loc. cit.*, sp. 249 ; WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », *op. cit.*, sp. n° 6.

⁶ En ce sens, MARTIN (R.), *op. cit.*, sp. n° 7 ; également, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 15 ; VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 43.

⁷ Déclaration d'inconstitutionnalité sur le fondement de l'impartialité de la juridiction (DDHC, art. 16) concernant la saisine d'office aux fins d'ouverture d'un RJ : Cons. constit. 7 déc. 2012 précit., sp. cons. n° 4 ; not. *JCP E*, 2013/4, 1048, n. N. FRICERO ; pour la LJ, Cons. const., 7 mars 2014, n° 2013-368 QPC ; *GP*, 2014, n° 101-102, p. 11-14, n. D. FALLON.

⁸ Essentiellement le fait de la réforme de 2014 (ord. 12 mars 2014 précit., art. 60) même si la loi de Sauvegarde avait déjà amorcé ce mouvement notamment à propos du prononcé d'une sanction contre le débiteur, par ex. : C. com., anc. art. L. 653-7 et L. 653-8.

⁹ Pour le RJ, C. com., art. L. 631-5 ; et la LJ, art. L. 641-1 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 16, 20, 49, 58-60 ; complétée par ord. 26 sept. 2014 précit., art. L. 631-7 et L. 641-1.

¹⁰ Extension de procédure, décès du débiteur, résolution du plan de sauvegarde, échec de la procédure de conciliation, C. com., art. L. 621-2, al. 2, L. 631-7, L. 641-1, I ; L. 631-3, al. 2, L. 640-3, al. 2 ; L. 626-27 ; L. 631-4, al. 2, L. 640-4, al. 2, L., 640-5, al. 1^{er}.

¹¹ Sur le sujet, not. : BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes (...), *D.*, 2014, p. 2248 s., *op. cit.* ; CAGNOLI (P.), Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ?, *RPC*, 2016/1, dossier 7, *op. cit.* ; LAPORTE (C.), Procédures collectives : Adieu à la saisine d'office ?, *RLDA*, 2014/96, p. 69-72 ; ROLLAND (B.), « Réflexions sur la saisine d'office », *op. cit.*, sp. p. 693 s. ; SAINTOURENS (B.), Ouverture des procédures : mise aux normes constitutionnelles et nouveautés procédurales, in Dossier, 2014, un nouveau souffle pour les procédures collectives, *RPC*, 2014/2, dossier 16 ; THÉRON (J.), Aspects procéduraux de l'ordonnance du 12 mars 2014 (...), *GP*, 2014/147, *op. cit.*, p. 4 s.

¹² La question a été soulevée à propos de l'injonction de déposer les comptes délivrée par le président du tribunal (C. com., art. L. 611-2, II) y voyant là une hypothèse de saisine d'office car il la prononce, y compris sous astreinte, qu'il liquide lui-même ; toutefois cela est reconnu conforme, Cons. Constit n° 2016-548 QPC, 1^{er} juill. 2016 précit. ; v. *supra*, sp. n° 185, n. n° 4.

d'ouverture¹. Ensuite, il est encore possible pour le tribunal de procéder, de lui-même, à la conversion de la procédure collective. Ainsi la loi - bien qu'elle en ait, entre temps et curieusement, supprimé l'une des hypothèses² - organise entre la sauvegarde et le redressement ou la liquidation judiciaires, des passerelles³. Cela n'est pas considéré comme portant atteinte au monopole d'initiative des parties puisqu'il ne s'agit pas d'ouvrir *ab initio* une procédure de traitement. Celle-ci est considérée par le Conseil constitutionnel comme étant déjà ouverte et donc, seulement convertie⁴. Autrement dit, ce n'est que la poursuite d'un traitement judiciaire déjà initié⁵.

Cependant, le raisonnement, qui suppose une certaine subtilité⁶, ne paraît pas encore exempt de toute critique au regard du respect des droits des parties. Tout en respectant le principe du contradictoire⁷, il est possible d'y voir là une forme d'atteinte⁸ au principe dispositif⁹, selon lequel « le procès est la chose des parties »¹⁰. Plus précisément, le juge fait une entorse au principe d'immutabilité des prétentions à son égard¹¹. Bien que l'objectif de célérité du traitement puisse le justifier¹², le tribunal modifie nécessairement les demandes des parties¹³ lorsqu'il convertit une procédure de sauvegarde en un redressement, voire une liquidation

¹ Effectivement, il demeure une forme dérivée (elle n'a pas lieu *ab initio*) de saisine d'office à cette occasion : « La cour d'appel qui annule ou infirme un jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire peut, *d'office*, ouvrir la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire », C. com., art. R. 631-6 ; il était attendu qu'il soit, lui aussi, abrogé, VOINOT (D.), Les modifications intéressant la liquidation judiciaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014, *GP*, 2014/98, p. 23 s., sp. n. 10.

² Conversion d'office de la sauvegarde en RJ dès le jugement d'ouverture, maintenue par ord. 12 mars 2014 précit. ; C. com., anc. art. L. 621-12, al. 2 ; puis abrogée, ord. 26 sept. 2014 précit., art. 2 ; pourtant déclarée conforme, Cons. constit., 16 janv. 2015, n° 2014-438 QPC, *aff. SELARL GPF Claeys* ; la volonté du législateur serait de préserver le caractère attractif de la sauvegarde ; toutefois, elle n'est pas totalement épargnée puisque la conversion peut avoir lieu par la suite, ce qui atteint la cohérence du dispositif, BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), Les saisines d'office (...), *D.*, 2014, *op. cit.*

³ Pour la sauvegarde, C. com., art. L. 622-10, al. 2 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 22 ; en RJ, art. L. 631-15, II ; ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 précit., art. 81 ; MASTRULLO (T.), La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, *RPC*, 2008/2, étude 19. En jurisprudence, par ex. : conversion du RJ en LJ, CA Montpellier, 14 oct. 2014, n° 14/03892 ; *Sociétés*, 2015, n° 8-9, comm. 156, n. J.-P. LEGROS.

⁴ Cons. constit., 6 juin 2014, n° 2014-399 QPC, cons. n° 9 ; CERATI-GAUTHIER (A.), La saisine d'office n'est pas définitivement condamnée, *Journal des sociétés*, 2014/124, p. 50 s. ; THÉRON (J.), La constitutionnalité des pouvoirs exercés d'office par le tribunal au sein d'une instance, *GP*, 2014/252, p. 21-22 ; HENRY (L.-C.), Les subtilités de la saisine d'office et les décisions du Conseil constitutionnel, *Rev. sociétés*, 2014/9, p. 527-528 ; *adde.* 16 janv. 2015 précit., cons. n° 9 ; ROLLAND (B.), Retour sur la saisine d'office en cas de conversion de procédure, *Procédures*, 2015/4, p. 34-35.

⁵ Par ex., le tribunal peut modifier la durée de la période d'observation « *restant à courir* », C. com., art. L. 622-10, al. 5.

⁶ HENRY (L.-C.), Le Conseil constitutionnel plus subtil que le législateur !, *Rev. sociétés*, 2015/3, p. 201 s.

⁷ Le tribunal doit entendre les différents intéressés, C. com., art. L. 622-10, al. 3 ; art. L. 631-15, al. 4 ; conforme à CPC, art. 14-16.

⁸ STAES (O.), th. précit., sp. n° 150 et plus qu'une dérogation, une véritable « exclusion » d'un principe, sp. n° 154.

⁹ Qui reconnaît aux parties le droit de disposer de la matière litigieuse ; en ce sens, est souvent assimilé le principe d'initiative, car les parties, en décidant « d'intenter un procès, disposent de son contenu », CADIET (L.) et al., *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n° 219.

¹⁰ « Les parties sont maîtresses du litige », MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, th., P. ROUBIER (préf.), M.-A. FRISON-ROCHE (rééd.), Dalloz, 2002 (1948), sp. n° 83.

¹¹ « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. », CPC, art. 4 et « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. », art. 5.

Assimilant le principe dispositif et le principe d'immutabilité du litige à l'égard du juge, HÉRON (J.), LE BARS (T.), *op. cit.*, sp. n° 271 ; faisant le lien entre la « mutation de la fonction juridictionnelle » et les principes dispositif et d'immutabilité du litige, MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 667 s.

¹² Le principe d'immutabilité est principalement justifié par la nécessité de ne pas faire durer sans limite le procès, BLÉRY (C.), Principes directeurs du procès, *Jcl. proc. civ.*, fasc. n° 500-30, sp. n° 25 ; en l'occurrence, la conversion permet précisément une accélération du traitement quand le cadre initial ne le permet plus.

¹³ À considérer que l'objet du litige est la procédure de sauvegarde et non, le traitement des difficultés toutes procédures confondues.

judiciaires¹. Bien sûr, il entend les parties pour cela², mais la conversion n'en a pas moins lieu d'office³. Il est possible de douter que le respect du contradictoire suffise à couvrir le changement d'objet des demandes par le juge lui-même. Les effets de l'une ne sont pas comparables aux autres⁴ et le débiteur qui avait volontairement pu prendre l'initiative d'une sauvegarde peut dès lors se trouver dessaisi de ses pouvoirs de gestion de l'entreprise⁵. Par ailleurs, cela concerne les coobligés⁶, salariés de l'entreprise⁷ et les créanciers⁸ également impactés, puisque le bénéficiaire⁹ des dispositions de la sauvegarde ne leur profite plus. C'est en ces termes que la conversion d'office fait perdre au débiteur et créanciers poursuivants la maîtrise de l'objet de leurs demandes¹⁰ et en l'occurrence, la stratégie de traitement de leurs propres difficultés qu'ils avaient pu mettre en place¹¹.

248. Transition. La saisine d'office de la juridiction porte une atteinte profonde au droit des parties d'initier elles-mêmes ou non le traitement judiciaire de leurs propres difficultés. Son abrogation générale permet d'atténuer la critique de la fonction d'un juge-administrateur, sans y mettre totalement fin en raison des hypothèses conservées de conversion d'office de la procédure¹², mais aussi, la possibilité pour le juge de prendre des mesures d'administration

¹ Il statue *extra petita*, CADIET (L.) et *al.*, *op. cit.*, sp. n° 220 ; sur la proximité avec l'*ultra petita*, BLÉRY (C.), *loc. cit.*, sp. n° 28 ; or, d'après la loi, « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat », CPC, art. 7, al. 1^{er}.

² Le respect du contradictoire pourrait autoriser le juge à introduire des faits non allégués par les parties, mais révélés *au cours* du procès dans le débat, MIGUET (J.), *Immutabilité et évolution du litige*, th., P. HÉBRAUD (*préf.*), LGDJ, 1977, 703 p., sp. n° 241 s. ; *contra*, considérant que l'allégation des faits est en toute hypothèse le monopole des parties, HÉRON (J.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, sp. n° 273 ; quoi qu'il en soit, la portée du CPC, art. 7, al. 1^{er} doit être relativisée : « Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions », al. 2 ; tel pourrait être le cas de la cessation des paiements

³ La question se pose de savoir si l'immutabilité du litige vis-à-vis du juge s'oppose à ce qu'il relève d'office des moyens de droit (CPC, art. 12, anc. al. 3), modifiant l'objet du litige ; il n'y aurait dans ce cas pas de violation du principe dispositif grâce au respect du contradictoire, v. Cass. 2^e civ., 21 oct. 2004, n° 02-17.254 ; n.p.B. ; *JCP*, 2005, I, 125, n° 8, n. Y.-M. SERINET ; *RTD civ.*, 2005, p. 183, n. R. PERROT ; toutefois, il s'agit d'une interprétation *a contrario* de l'arrêt, de sorte que la règle ne peut être affirmée et il est possible de douter que le respect du contradictoire suffise à couvrir le changement, CADIET (L.) et *al.*, *loc. cit.*, sp. n° 220 ; HÉRON (J.), LE BARS (T.), *op. cit.*, sp. n° 272.

⁴ Par ex., sur la fixation de la date de cessation des paiements et de la période suspecte, MASTRULLO (T.), La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, *RPC*, 2008, *op. cit.*, sp. n° 34 s.

⁵ Bénéfice de la sauvegarde comp. au RJ et LJ, C. com., art. L. 622-1, I.

⁶ C. com., art. L. 622-28 et L. 626-11, al. 2 ; MASTRULLO (T.), *op. cit.*, sp. n° 40.

⁷ Garanties de l'Association nationale pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS), C. com., art. L. 625-7 s ; comp. C. tr., art. L. 3253-8, 1^o ; en jurisprudence, pour un maintien malgré la conversion, Cass. soc., 21 janv. 2014, n° 12-18.421 ; *Bull.*, V, n° 25 ; *RPC*, 2014, p. 33, n. D. JACOTOT ; comp. soc., 8 nov. 2011, n° 10-14.357 ; n.p.B. ; soulevant la discussion, MASTRULLO (T.), *op. cit.*, sp. n° 46.

⁸ Not. postérieurs et apporteurs d'argent frais (*new money*), C. com., art. L. 622-17 ; MASTRULLO (T.), *op. cit.*, sp. n° 44 ; également, LELIÈVRE (Y.), BOURU (O.) et *al.*, Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2014/3, 2.

⁹ Par ex., C. com., art. L. 622-26, al. 2.

¹⁰ STAES (O.), th. précit., sp. n° 151.

¹¹ « Bien que son pragmatisme réponde aux besoins de la pratique du droit des entreprises en difficulté, la conversion de la sauvegarde en redressement n'est pas sans susciter d'importantes interrogations. De fait, elle perturbe la stratégie que le débiteur adopte pour lutter contre les problèmes auxquels son entreprise est confrontée. De même, elle est de nature à altérer la situation des différents protagonistes de la procédure qui se voient soumettre alternativement à deux procédures judiciaires distinctes. », MASTRULLO (T.), *op. cit.*, sp. n° 7.

¹² Par ex., C. com., art. L. 631-15, II.

judiciaire. Elles ont pour point commun avec la saisine d'office d'être des décisions judiciaires mais non juridictionnelles¹, privant les parties de recours².

B. L'administration de la justice et la privation des voies de recours

249. Mesures d'administration judiciaire. En dehors de la saisine d'office, le juge se comporte encore en administrateur lorsqu'il assure le bon déroulement de l'instance, en termes de temps par exemple³. D'une manière générale, il pourvoit au bon fonctionnement du service public de la justice⁴. Cela revient à gérer, sur un plan purement administratif, le procès. Pour préserver l'indépendance de la justice⁵, les décisions judiciaires relatives à ces questions seront alors qualifiées de mesures⁶ d'administration judiciaire⁷. Il faut immédiatement souligner l'exceptionnalité de leur régime juridique à propos duquel la loi dispose expressément que les règles relatives au jugement ne s'appliquent pas⁸, C'est dire à quel point ces actes sont extraordinaires au regard des décisions prises par une juridiction⁹. Outre de ne pas faire l'objet d'une qualification légale¹⁰ systématique¹¹, la nature réelle de ces mesures interroge.

¹ CADIET (L.) et al., *Théorie générale du procès*, op. cit., sp. n° 241 ; qualifiant par ailleurs la saisine d'office d'« acte d'administration judiciaire », VALLENS (J.-L.), « Procédure civile et procédures collectives : les faux-amis », op. cit., sp. p. 249

² Sur la privation de recours en cas de saisine d'office en raison de l'absence de caractère juridictionnel, Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 1987, n° 85-17.126 ; *Bull.* I, n° 207 ; *adde.* 1^{ère} civ., 8 fév. 2005, n° 02-10.739 ; *Bull.*, I, n° 72 ; *RTD civ.*, 2005, p. 365, n. J. HAUSER..

Cependant, les décisions de conversion d'office sont, elles, susceptibles de recours, C. com., art. L. 661-1, 4° ; ce qui interroge leur véritable nature, VALLENS (J.-L.), La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal, op. cit., sp. n° 8.

³ « Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires. », CPC, art. 3 ; il exerce alors une fonction administrative, THÉRON (J.), Mesures d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification, *D.*, 2010/34, p. 2246 s.

⁴ VOINOT (D.), Le renvoi dans la procédure collective, *RGDP*, 1998, op. cit., sp. p. 204 s. ; sur le sujet, v. GABARDA (O.), L'intérêt d'une bonne administration de la justice, *RDP*, 2006/1, p. 153 s.

⁵ WIEDERKEHER (G.), « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », op. cit., sp. p. 490 ; dans le même sens, CHOLET (D.), Le contrôle de l'activité non juridictionnelle des juridictions, *GP*, 2007/286, p. 8 s.

⁶ Il faut souligner l'emploi de ce terme qui semble bien vouloir minimiser l'acte du juge, n'étant pas une véritable décision.

⁷ Définies comme « mesure de caractère non juridictionnel (non susceptible de recours) destinée à assurer le fonctionnement de la juridiction soit d'une façon globale, soit à l'occasion d'un litige », *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Mesure d'administration judiciaire, p. 656 ; ou « mesure d'ordre intérieur dont le critère est l'absence ou la faiblesse du grief mais qui pour autant modifie l'ordonnancement juridique en ayant un effet procédural », DEGOFFE (M.), JEULAND (E.), « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in méf. J. NORMAND, op. cit., p. 141-16, sp. n° 22 ; dans la loi, par ex. « Le juge chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction (...) est compétent pour assurer le contrôle des mesures d'instruction ordonnées en référé », CPC, art. 819, al. 1^{er} ; délégation de la mission de conciliation, art. 129-6 ; connexité d'une affaire entre différentes formations de la juridiction, art. 107.

⁸ « Les dispositions du présent titre ne sont pas applicables aux mesures d'administration judiciaire », CPC, art. 499 ; DEGOFFE (M.), JEULAND (E.), loc. cit., sp. n° 3 s.

⁹ Elles sont « aux antipodes les uns des autres », THÉRON (J.), Mesures d'administration (...), *D.*, 2010, op. cit. ; également, CADIET (L.), JEULAND (E.), loc. cit., sp. n° 102 ; CHOLET (D.), op. cit.

¹⁰ Renvoyant la question à la jurisprudence, cela suscite des hésitations ; par ex., est cassé le jugement qualifié de mesure d'administration judiciaire mettant fin à la mission du commissaire à l'exécution du plan en raison de sa bonne exécution, Cass. com., 8 sept. 2015, n° 14-11.393 ; n.p.B. ; *JCP G*, 2015/41, 1065, n. J. THÉRON.

¹¹ Proposant, à défaut, leur propre classification, DEGOFFE (M.), JEULAND (E.), loc. cit. ; GROULIER (C.), Remarques sur la notion de mesure d'administration de la justice, *RDP*, 2011/2, p. 405 s. ; PERDRIAU (A.), Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation, *GP*, 2002/66, p. 2 s., sp. n° 6 s.

250. Fermeture des voies de recours, illustration en droit des entreprises en difficulté.

Concrètement, il peut être pris l'exemple de la décision du tribunal de proroger le délai d'examen de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire. À ce propos, la loi exige une motivation¹, ce qui est de nature à laisser penser qu'elle ouvre un droit à l'exercice d'une voie de recours². Ce n'est cependant pas la solution de la Cour de cassation qui retient la qualification de mesure d'administration judiciaire pour en déduire, conformément à la loi³, l'impossibilité d'un recours et ajoute, au surplus, « fût-ce pour excès de pouvoir »⁴. Cette dernière précision interroge car elle ferme double toute voie de recours, ordinaire *et* pour excès de pouvoir. Quel est l'intérêt de la motivation alors ? Il n'y a aucune possibilité de contrôle. Pourtant, le législateur l'a bien prévue, semblant ne pas vouloir abandonner totalement cette décision à l'appréciation discrétionnaire des juges.

Il faut rappeler les enjeux de la matière qui sont susceptibles de faire grief, alors même que le juge est supposé seulement organiser l'instance. Dans cet exemple, le *jugement* - l'emploi du terme est d'ailleurs révélateur - de prorogation étend la durée de la procédure. Or, le facteur temporel est un élément essentiel de tout procès⁵ et particulièrement en droit des entreprises en difficulté⁶ dont le traitement requiert une certaine célérité⁷, causant, à défaut, une aggravation de la situation et une privation excessive des droits du débiteur⁸, voire des créanciers⁹. La décision de prorogation ici met bien en jeu cet élément, comme le relève le professeur Voinot, « c'est une question de liberté fondamentale »¹⁰. Mais la qualification de mesure d'administration judiciaire fait ici définitivement obstacle au droit des parties de former un recours, et, plus précisément,

¹ C. com., art. L. 643-9, al. 1^{er}.

² Règle générale déduite de l'obligation de motivation en droit ; sur le sujet, v. CHEVALLIER (B.), *La motivation des actes juridictionnels*, th., Rennes I, 1974, 2 vol., 289 p., sp. p. 160 s.

³ « Les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours », CPC, art. 537.

⁴ A propos d'une erreur matérielle, mais dont la portée invite à l'étude : « Le jugement de prorogation du délai d'examen de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire est une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours, fût-ce pour excès de pouvoir », Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-13.193 ; *Bull.*, IV, n° 118 ; *RPC*, 2014/1, p. 30, n. P. CAGNOLI ; *D. actu.*, 24 juill. 2013, n. X. DELPECH ; *Dict. perm. diff. entr.*, veille perm., 9 sept. 2013, n. P. ROUSSEL GALLE ; *GP*, 2013/344, p. 41, n. J. THÉRON et oct. 2013, n° 272-274, p. 26, chron., n. D. VOINOT ; *adde. com.*, 22 mars 2016, n° 14-21.919 ; p.B ; la fermeture du recours pour excès de pouvoir est de jurisprudence constante ; à propos d'une décision de radiation du rôle, Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2004, n° 02-14.528 ; *Bull.*, I, n° 266 ; *D.*, 2005, p. 332, n. P. JULIEN et N. FRICERO.

⁵ Le respect d'un délai raisonnable compose le droit au procès équitable, CEDH, art. 6, § 1.

⁶ Par ex., condamnation de la France pour violation des libertés fondamentales en raison de la durée excessive d'une LJ (21 ans), CEDH, 5^e sect., 22 sept. 2011, n° 60983/09, *aff. Tetu c/ France* ; *GP*, janv. 2012, p. 6, n. J.-F. RENUCCI ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 728, n. P. ROUSSEL-GALLE ; *RPC*, 2012, étude 3, n. B. SAINTOURENS, P. DUPRAT.

⁷ C'est d'ailleurs en ce sens que la loi de Sauvegarde (art. 121) a prévu l'obligation de fixer, dès le jugement d'ouverture, du délai au terme duquel la liquidation judiciaire devra être clôturée, C. com., art. L. 643-9, al. 1^{er} ; d'une manière générale, CHAPUT (Y.), « Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (de la "chronojuridicité") », *in* mélanges D. TRICOT, *op. cit.*, p. 411-422 ; SOINNE (B.), *Le temps*, *RPC*, 2010/1, repère 1.

⁸ Not. du droit à disposer de ses biens, CEDH, protocole add., art. 1^{er} ; la LJ emporte le dessaisissement du débiteur, C. com., art. L. 641-9, I ; et du droit d'exercer actions et recours sur les biens de son patrimoine, CEDH, art. 13 ; ils sont exercés par le liquidateur, C. com., art. L. 641-9, I ; v. CEDH, 22 sept. 2011, *aff. Tetu c/ France* précit., sp. n° 60.

⁹ Suspension des poursuites, C. com., art. L. 622-17 et L. 622-21 ; outre l'espoir d'être payé.

¹⁰ VOINOT (D.), Absence de recours contre le jugement de prorogation du délai d'examen de clôture de la procédure de liquidation judiciaire, n. sous Cass. com., 9 juill. 2013 précit., *GP*, 2013/274, chron., p. 26 s.

toute forme de recours¹. Il est par ailleurs possible d'expliquer cette privation en développant un autre effet de la mesure d'administration judiciaire.

251. Absence d'autorité de chose jugée, illustration en droit des entreprises en difficulté. La mesure d'administration judiciaire se caractérise également par l'absence d'autorité de chose jugée². Bien que la loi n'en généralise pas expressément la règle à l'instar de la fermeture des voies de recours³, elle est une conséquence de ce que les attributs ordinaires du jugement ne s'appliquent pas à ces mesures⁴. Pour l'illustrer, la Cour de cassation, qualifiant comme telle l'ordonnance du juge-commissaire de dispense de vérification des créances, affirme que celle-ci n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée et en tire donc la conclusion qu'elle peut être modifiée à tout moment⁵. Ce dernier élément est critiquable. Alors que la fermeture des voies de recours a pour principale vertu d'apporter une certaine stabilité à la mesure par son impossibilité à être remise en cause, c'est le résultat inverse qui a lieu. La mesure peut être rapportée à chaque instant.

N'étant *a priori* pas une décision juridictionnelle, cela n'est pas considéré comme susceptible de porter atteinte au principe fondamental de sécurité juridique⁶. Cependant, en droit des entreprises en difficulté, une telle solution semble au contraire affecter les prévisions légitimes des parties dans un domaine - l'admission des créances - qui ne doit pourtant faire l'objet d'aucun doute⁷. Cela est par ailleurs peu protecteur des droits des créanciers - comme ceux du débiteur - considérant les conséquences procédurales que cette décision entraîne⁸. Une

¹ Le critiquant VOINOT (D.), *loc. cit.* ; également, CHOLET (D.), *Le contrôle (...)*, *GP, op. cit.* ; THÉRON (J.), *op. cit.*

² BRENNER (C.), *Les décisions dépourvues d'autorité (...)*, *Procédures*, 2007, p. 15 s., *op. cit.*, sp. n° 6.

³ Contrairement à l'absence de voie de recours, CPC, art. 537.

⁴ Pour rappel, CPC, art. 499.

⁵ « C'est à bon droit que la cour d'appel a énoncé que la mesure, par laquelle le juge-commissaire dispense de la vérification des créances ou remet en cause cette décision en ordonnant la vérification, est une mesure d'administration judiciaire qui n'a pas autorité de chose jugée, de sorte qu'elle pouvait être modifiée à tout moment », Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-30.158 ; *Bull.*, IV, n° 133 ; *RPC*, 2014/1, comm. 4, n. P. CAGNOLI ; *GP*, 2014/14, p. 28, chron., n. P.-M. LE CORRE ; *D.*, 2013, chron., 2555, n° 4, n. H. GUILLOU ; *JCP E*, 2014/3, p. 35, n. P. PÉTEL ; *Procédures*, 2013/12, p. 27, n. B. ROLLAND ; *Rev. sociétés*, 2013, 730, n. P. ROUSSEL GALLE ; *BJE*, 2013/6, p. 371, n. J. THÉRON ; *RTD com.*, 2014, p. 199, chron. J.-L. VALLENS.

⁶ Droit au procès équitable, CEDH, art. 6, § 1 ; SICILIANOS (L.-A.), *Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Rép. dr. euro.*, sp. n° 97.

⁷ Sur l'irrévocabilité en matière d'admission des créances, THÉRON (J.), *Réflexions sur la nature de l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective*, *RTD com.*, 2010, p. 635 s., sp. n° 3.

⁸ TABOUROT-HYEST (C.), *Dispense de vérification du passif chirographaire, une mesure d'administration judiciaire*, n. sous arrêt précit., *PA*, 05 nov. 2014, p. 7 s. ; ainsi, lorsque le juge-commissaire revient sur son ordonnance, il redonne aux créanciers « l'espoir d'être payés », CAGNOLI (P.), *Décisions susceptibles de recours, Mesures d'administration judiciaire*, *RPC*, 2014/1, comm. 4 ; THÉRON (J.), *Des actes assimilables aux mesures d'administration judiciaire, et de ceux qui ne le sont pas*, *GP*, 2013/344, p. 41 s., chron. ; à relativiser pour le passif chirographaire, VALLENS (J.-L.), *La dispense de vérification du passif chirographaire est une mesure d'administration judiciaire*, *RTD com.*, 2014, p. 199 s.

fois encore, la prétendue¹ mesure d'administration judiciaire est abandonnée à l'arbitraire du juge² et ici, à un juge unique³.

252. Qualification globalement critiquable. La prise de telles mesures pose problème en droit des entreprises en difficulté. Elles reposent sur le postulat qu'elles ne font nécessairement pas grief⁴. Or, les enjeux de la matière et la multiplicité d'intérêts en présence inextricables remettent en cause la réelle justesse de la qualification de mesures d'*administration* judiciaire. Précisément, au regard de leurs conséquences effectives, la frontière entre la simple administration et les conséquences de décisions judiciaires est si mince qu'avec versatilité, les effets de telles mesures peuvent toujours basculer dans le juridictionnel et, comme le souligne le professeur Théron⁵, « de véritables jugements peuvent être assimilés par erreur à des mesures d'administration judiciaire, et ainsi être “déjuridictionnalisés”, c'est-à-dire privés à tort de leurs attributs juridictionnels »⁶.

Les exemples pourraient être multipliés et particulièrement en droit des entreprises en difficulté⁷. Est encore qualifiée de mesure d'administration judiciaire, l'ordonnance du président du tribunal statuant - d'office - sur l'application des dispositions relatives à la liquidation judiciaire simplifiée alors même que celle-ci permet la vente rapide et sans contrôle des biens du débiteur⁸. L'importance des enjeux ne fait là aucun doute et, partant, la possibilité d'un grief non plus⁹. Cependant, la qualification - qu'elle soit justifiée ou non - laisse les parties dans

¹ Déniant le fait que la décision soit prise dans l'intérêt du service public de la Justice, sauf à sacrifier l'intérêt des créanciers, THÉRON (J.), *op. cit.*

² À nuancer, si le pouvoir discrétionnaire du juge constitue le fondement même de la notion de mesure d'administration judiciaire, il n'est pas *de facto* synonyme d'arbitraire, DEGOFFE (M.), JEULAND (E.), « Les mesures d'administration judiciaire (...) », *in* méf. J. NORMAND, *op. cit.*, sp. n° 3, il le devient en raison des atteintes qu'il porte aux droits des parties, sp. n° 22.

Sur le risque d'arbitraire du juge, BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », *in* méf. P. DRAL, *op. cit.*

³ Espérant que le juge-commissaire use de ce pouvoir avec « sagesse », CAGNOLI (P.), *loc. cit.* et v. Réflexions critiques sur les restrictions jurisprudentielles au pouvoir juridictionnel du juge-commissaire (...), *RPC*, 2009/5, étude 23, *op. cit.*, sp. n° 12-13.

⁴ *A contrario*, doit être cassé l'arrêt de la cour d'appel qui prononce une mesure qualifiée de mesure d'administration judiciaire alors qu'elle est susceptible d'affecter les droits et obligations des parties, Cass. soc., 24 mai 1995, n° 92-10.483 ; *Bull. civ.*, V, n° 168, p. 122 ; *RTD civ.*, 1995, p. 958, n. R. PERROT ; par ex., com., 8 sept. 2015, n° 14-11.393 précit.

Ainsi, dès lors que la mesure affecte ou est susceptible d'affecter l'existence ou le contenu des droits et obligations des parties, « elle échappe à la pure administration judiciaire, pour verser dans le juridictionnel avec possibilité de recours », PERROT (R.), Mesures d'administration judiciaire, *RTD civ.*, 1995, p. 958 s. ; sur la notion de « grief » comme critère de qualification, THÉRON (J.), Mesures d'administration judiciaire (...), *D.*, 2010/34, *op. cit.* ; également, DEGOFFE (M.), JEULAND (E.), *op. cit.*, sp. n° 6.

⁵ THÉRON (J.), *loc. cit.* ; d'une manière générale, CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, sp. n° 102 ; soulignant la fragilité de la frontière, PERDRIAU (A.), Les mesures d'administration (...), *GP*, 2002/66, *op. cit.*, sp. n° 62.

⁶ THÉRON (J.), Mesure d'administration judiciaire (...), *op. cit.*

⁷ Outre ceux déjà apportés (*supra*, ce paragraphe), autre ex. : autorisation du juge-commissaire de constituer des comités de créanciers en deçà des seuils et contre le gré du débiteur, C. com., art. L. 626-29 et R. 626-54 ; critique, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n. n° 817 ; la décision (même d'office) de renvoi à une autre juridiction lorsque « les intérêts en présence le justifient », art. L. 662-2 et R. 662-7, al. 7 ; critique, VOINOT (D.), Le renvoi (...), *RGDP*, 1998, *op. cit.* ; en dehors du droit des entreprises en difficulté, cette décision est juridictionnelle, BRENNER (C.), Les décisions dépourvues (...), *Procédures*, 2007, *op. cit.*, sp. n° 6. D'une manière générale, soulignant le nombre croissant d'actes qualifiés comme tels (une dizaine à la fin du XX^e s. à près d'une quarantaine aujourd'hui), THÉRON (J.), *op. cit.*

⁸ Sur la qualification, C. com., art. R. 644-1, al. 2 ; sur les conséquences de la LJ simplifiée (LJS), art. L. 641-2, al. 1^{er} ; critique, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1224 ; à ce propos, cas d'une vente d'un immeuble dans le cadre d'une LJS (sans contrôle) alors qu'il en aurait dû être exclu au regard des seuils requis par les textes (C. com., art. D. 641-10), Cass. com. 4 mars 2008, n° 07-10.033 ; *Bull.*, IV, n° 51 ; *D.*, 2008, p. 847, n. A. LIENHARD ; *Procédures*, 2008/147, n. B. ROLLAND ; *Act. proc. coll.*, 2008/7, comm. 105 et 117, n. O. STAES ; *RTD com.*, 2008, p. 631, n. J.-L. VALLENS.

⁹ Considérant que le critère du grief n'est pas respecté, THÉRON (J.), *loc. cit.*

l'impuissance, notamment privées du droit de s'y opposer¹. Le juge est au contraire souverain, sa décision entièrement discrétionnaire. Il semble par-là s'arroger tout pouvoir en prenant une décision dans le cadre d'une instance judiciaire tout en la privant de ses attributs traditionnels, autorité de la chose jugée et contrôle juridictionnel. Le raisonnement est en définitive inversé : alors que la mesure d'administration judiciaire se justifie afin d'empêcher une immixtion de l'administration dans la justice, c'est au constat contraire qu'il est abouti². C'est le juge qui s'immisce dans le pouvoir administratif³.

253. Conclusion et transition. En exerçant un rôle administratif, le juge est autorisé à prendre des actes exorbitants du droit judiciaire privé. Mais c'est alors nier la nature profonde de l'autorité judiciaire et sa fonction essentielle. Outre la confusion des fonctions que cela entraîne, il y a une atteinte aux droits des parties dans la maîtrise du traitement de leurs propres difficultés. Le juge s'apparente à une autorité toute puissante. C'est l'effet d'interventions non juridictionnelles, mais également, de dires économiques.

Section II. La déformation de la fonction de dire le droit par l'exercice d'une magistrature économique

254. Droit des entreprises en difficulté, un droit économique. Le droit des entreprises en difficulté présente une particularité susceptible de déformer la fonction classique consistant à dire le droit pour le juge : celle d'être un droit qui peut être qualifié d'« économique »⁴. Le droit économique fait l'objet d'une importante littérature⁵ qu'il est possible d'appréhender de manière

¹ Critique, THÉRON (J.), *loc. cit.*

² WIEDERKEHER (G.), « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », *op. cit.*, sp. p. 490.

³ Rappelant qu'en principe, la possibilité pour le juge de prendre des mesures d'administration judiciaire permet d'empêcher l'immixtion de l'administration dans le domaine judiciaire, mais qu'en droit des entreprises en difficulté, c'est au constat inverse qu'il est abouti, c'est-à-dire « l'immixtion de la justice dans le domaine administratif. », *ibid.*

⁴ Not. VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, sp. n° 3-6 qui souligne une prise de conscience récente, sp. n° 31 ; également, FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, Puf, 2004, 209 p., sp. p. 85 ; PIETRANSCOTA (A.), VERMAEILLE (S.), Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit, perspectives d'avenir ?, *RJC*, 2010/2, p. 104-147, sp. n° 157 ; TEYNIER (E.), La règle de droit de la faillite et le sort économique des entreprises défailtantes, *RTD com.*, 1985, p. 57 s. ; car il a pour objet l'entreprise, TURLUTTE (E.), *th. précit.*, sp. n° 691 et n° 693.

⁵ Not. CHAPUT (Y.), « Crise du droit des affaires et/ou révolution économique du droit », in *Le droit au défi de l'économie*, *op. cit.*, p. 11 s. ; DE KIRALY (F.), « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in *mél. F. GÉNY, Recueil d'études sur les sources du droit*, Sirey, 1934, vol. 3, p. 111 s. ; FARJAT (G.), *loc. cit.* ; JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), *Le droit économique*, Puf, 1982, 3^e éd., sp. p. 87 s. ; LUBY (M.), Le droit économique aujourd'hui : brèves sur un droit typique et conquérant, *RLDA*, 2006/6, p. 347 s. ; TURLUTTE (E.), *th. précit.*, sp. n° 691 s. ; SUEUR (J.-J.), « Droit économique et méthodologie du droit », in *mél. G. FARJAT, Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, Frison-Roche, 1999, p. 291 s.

générale¹ comme étant la définition d'un droit² de l'organisation, en termes économiques, de l'entreprise et du cadre dans lequel elle évolue, c'est-à-dire le marché³. Il n'est donc pas le simple couple du Droit *et* de l'Économie⁴, il procède, par jeu d'influences réciproques⁵, d'une véritable association⁶ des genres. Il signifie que telle branche du droit entre dans le champ économique. Tel est le cas notamment⁷ du droit des entreprises en difficulté dont le traitement n'a plus vocation à concerner exclusivement le seul commerçant, mais, bien plus largement, tous les professionnels exerçant une activité économique⁸, de même que ce droit n'est plus seulement objet de répression du débiteur⁹, mais de sauvegarde de l'« entreprise »¹⁰, ce qui a pour effet notamment de déplacer la définition de l'ordre public sur le terrain économique¹¹.

¹ À défaut de définition précise, BOY (L.), PIROVANO (A.), Ambiguïtés du droit économique, *Rev. Procès*, 1981/7, p. 33 s. ; FARJAT (G.), La notion de droit économique, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1992, t. 37, p. 27-62 ; VEDEL (G.), « Le droit économique existe-t-il ? », in mél. P. VIGREUX, t. 2, IPA-IAE, PU Toulouse, 1981, p. 767-783.

² Tantôt conçu comme une nouvelle technique, JACQUEMIN (A.) et SCHRANS (G.), *loc. cit.*, sp. p. 96 ; ou une nouvelle méthode d'approche du droit, CHAMPAUD (C.), Contribution à la définition du droit économique, *D.* 1967, 2, chron., p. 215-220, sp. n° 4 ; voire une nouvelle branche du droit, FARJAT (G.), *loc. cit.*, sp. p. 40.

³ RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit des affaires, du droit commercial au droit économique*, d'après L. VOGEL, M. GERMAIN (dir.), *op. cit.*, sp. n° 8 ; également, FRISON-ROCHE (M.-A.), TERRÉ (F.), Avant-propos, in Dossier, La sociologie du droit économique, *L'Année sociologique*, 1999, vol. 49 ; ULLRICH (H.), Les magistratures économiques à l'intersection des réalités économiques et des règles juridiques : un état des lieux, in Dossier, Les magistratures économiques, *RIDE*, 1997, n° sp. 2, p. 143-164., sp. p. 144.

⁴ C'est-à-dire comme deux sciences distinctes ; les logiques et les valeurs de chacune sont respectées ; BIENAYME (A.), « Droit et économie : je t'aime, moi non plus », in mél. P. DIDIER, *op. cit.*, p. 23 s. ; FARJAT (G.), *op. cit.*, sp. p. 32-35 ; OPPETIT (B.), « Droit et économie », in *Droit et modernité*, Puf, 1998, p. 169-181 et « Développement économique et développement juridique », in mél. A. SAYAG, *op. cit.*, p. 71 s.

Pour précision, ne doit pas être non plus confondu l'« économie du droit » qui consiste, cette fois, à l'appréhension du droit par l'économie, JAMIN (C.), v. « Economie et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique* précit., p. 578 s, sp. p. 580 ; et qui fait naître une nouvelle activité : l'analyse économique du droit, HARNAY (S.), « Rationalité économique et décision judiciaire », in rapp. Sénat, *L'office du juge* (2006) précit., p. 388-395 ; MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz-Themis, 2008, 2^e éd., 728 p. ; OGUS (A.), FAURE (M.), *Economie du droit, le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002, 176 p. ; également, FRISON-ROCHE (M.-A.), L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, in Dossier, Analyse économique du droit, quelques points d'accroche, *PA*, 19 mai 2005, n° sp., p. 15-22 ; KIRAT (T.), *Economie du droit*, La Découverte, 2012 (rééd), 125 p. ; TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 696 s. ; critique, BERNARD (A.), *Law and Economics*, une science idiote ?, *D.*, 2008, p. 2806 s.

⁵ Phénomène d'internormativité entre le droit et d'autres systèmes normatifs ; mouvements en principe autonomes, CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, sp. p. 287-306 ; ou phénomène d'interpénétration entre les ordres juridiques, OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2002, sp. p. 198 ; conciliant les deux concepts (interaction et interpénétration), CHEVALLIER (J.), « L'internormativité », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées, Théorie des sources du droit*, FUSL, 2012, vol. 4, p. 689 s., sp. p. 701 ; PEZET (E.), SÉNÉCHAL (J.), « Introduction générale. L'internormativité entre normes juridiques et normes managériales », in E. PEZET et J. SÉNÉCHAL (dir.), *Normes juridiques et normes managériales, Enjeux et méthode d'une nouvelle internormativité*, LGDJ, 2014, p.7-16 ; par ailleurs, rejetant fermement la vision interdisciplinaire du droit et de l'économie, pour retenir, au contraire, une unidisciplinarité, MARTIN (R.), Loi économique et règle de droit, *D.*, 1990, p. 259 s., sp. n° 11.

⁶ Il est difficile de juger du degré du phénomène d'internormativité entre le droit et de l'économie ; pour certains, le droit, norme supérieure, conserverait ses propres propriétés en toute hypothèse, CARBONNIER (J.), *loc. cit.*, sp. p. 292 ; l'économie demeurerait ainsi seulement l'auxiliaire du droit, VOGEL (L.), « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in. mél. A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 605-614, sp. p. 610 ; ce qui, en droit des entreprises en difficulté, peut être discuté.

⁷ D'autres branches du droit sont aussi concernées, par ex. : le droit de la distribution ou de la concurrence, LUBY (M.), Le droit économique aujourd'hui (...), *RLDA*, 2006/6, *op. cit.*, sp. n° 4 ; VOGEL (L.), *loc. cit.*

⁸ V. *supra*, sp. n° 134 ; et pour une unification, *infra*, sp. n° 294 s.

⁹ Sur cette finalité du droit ancien, v. *supra*, sp. n° 2.

¹⁰ Dont la définition relève d'abord des sciences économiques, DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, th. précit., sp. n° 6 ; sur la notion, not. : FRISON-ROCHE (M.-A.), BONFILS (S.) (dir.), *Les grandes questions du droit économique*, Puf, 2005, sp. p. 83-84 ; JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), *op. cit.*, sp. p. 104-106 ; et v. *supra*, sp. n° 6.

¹¹ CABRILLAC (M.), « Le rôle du Juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », in Travaux de l'association Henri CAPITANT, *Le rôle du Juge en présence de problèmes économiques*, Dalloz, 1997, p. 152-166, sp. p. 158 ; également, CHAMPAUD (C.), La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé, *RJC*, 1976/20, p. 253-258, sp. p. 255.

255. Modification de la fonction du juge. Si la fonction traditionnelle du juge est de dire le droit, l'interférence de l'économie dans la détermination de la règle juridique la perturbe inévitablement. Il faut dire que les logiques sont fondamentalement différentes¹ : d'une certaine fixité de la règle de droit, les affaires se manifestent par une constante évolution. D'une application *a priori* stricte de la règle de droit, l'économie repose sur l'interprétation, l'appréciation des faits, *in concreto*. C'est au juge que revient cette tâche ardue d'exercer ce qui est qualifié de « magistrature économique »². Le phénomène consiste globalement à voir exercer une fonction juridictionnelle ou para-juridictionnelle en droit économique³. L'expression, ici appliquée à l'autorité judiciaire⁴, est empreinte d'une connotation péjorative en ce qu'elle exprime l'exercice d'une autre fonction, octroyant alors un pouvoir discrétionnaire⁵. Le juge ne dit plus seulement le droit, mais, aussi, l'économique, interrogeant sa légitimité.

256. Plan. L'exercice d'une magistrature économique modifie la fonction classique du juge qui va devoir apprécier des faits juridiques en termes économiques (§ 1), ce qui lui confère un certain pouvoir d'opportunité (§ 2).

§ 1. Apprécier économiquement les difficultés de l'entreprise

257. Plan. Soit le droit économique fait référence à des notions directement issues des sciences économiques (A), soit il se caractérise par l'emploi de standards particulièrement souples (B). Dans les deux cas, la fonction classique du juge de dire le droit est bouleversée par la nature originale du droit économique.

¹ SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, th., G. CANIVET (préf.), LGDJ, 2008, 883 p., sp. introduction.

¹ LUBY (M.), *loc. cit.*, sp. n° 14.

² Formulée en 1949 par un économiste, BYÉ (M.), *Le pouvoir économique*, in Actes de la 36^e session des semaines sociales de France, Réalisation économique et progrès social, Lille, 1949, p. 197-211, sp. p. 209 ; puis, reprise en droit de l'entreprise, BLOCH-LAINÉ (F.), *Pour une réforme de l'entreprise*, Le Seuil, 1967, 191 p., sp. p. 170 s. ; d'une manière générale, not. : JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.) (dir.), *La Magistrature économique*, Actes du colloque, Oyez-Bruylant, 1976 et sp. « Éléments structurels d'une magistrature économique », in Dossier, *RTD com.*, 1977/3, p. 421-434 ; MERCADAL (B.), GULPHE (P.), « Magistrature et droit des affaires », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 1037-1067 ; par la suite, CHAMPAUD (C.), *L'idée d'une magistrature économique (...)*, *Justices*, 1994/1, p. 61 s., *op. cit.* ; MARTENS (P.) et al., *Les Magistratures économiques*, *RIDE*, 1997, n° sp., n° 2.

³ De manière synthétique, MARTENS (P.), *Rapport introductif*, *RIDE*, 1997, *op. cit.*, sp. n° 1.

⁴ Au sens large, la notion peut être appliquée à des autorités administratives, v. *infra*, sp. n° 271, n. 3 ; pour une typologie, ALFANDARI (E.), *Droit des affaires*, *op. cit.*, sp. p. 45-47 ; MARTENS (P.), *loc. cit.*, sp. n° 1.

⁵ Cela ne correspond pas à la fonction juridictionnelle classique en droit français, DABIN (L.), « Exposé de synthèse », in *La Magistrature économique*, *loc. cit.*, p. IV.0-1 à -31, sp. p. 13 s. et SAVY (R.), « L'expérience française de la magistrature économique », p. IV.2-1 à -22 ; cela renvoie au « gouvernement des juges », BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.) et HEUSCHLING (L.) (dir.), « D'un non-sujet vers un concept scientifique ? », Introduction », in *Gouvernement des Juges et démocratie*, PU Sorbonne, 2001, 373 p. ; LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz, 2005, 276 p. ; TROPER (M.), *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, PU Laval, 2006, 51 p. ; or, cela confond la séparation des pouvoirs au regard de la conception française de manière critiquable ; en ce sens, qualifiant le juge d'« usurpateur » d'une « compétence politique », DE BÉCHILLON (D.), *Le gouvernement des juges, une question à résoudre*, *D.*, 2002/12, p. 973-978.

A. Les difficultés d'un droit technique

258. Notions économiques. Le droit des affaires, en régissant les activités de marché, donne particulièrement lieu à l'application des principes économiques¹. Le droit des entreprises en difficulté n'y déroge pas, tant il est un contentieux technique². À diverses reprises, il fait référence à des notions directement issues de sciences économiques et suppose de jauger concrètement les difficultés et les perspectives d'avenir d'une entreprise. Ainsi, pour savoir si l'actif disponible de l'entreprise permet de faire face au passif exigible³, il faut analyser non seulement le bilan comptable, mais, aussi, les capacités financières dont elle dispose. De même que connaître les chances de redressement de l'entreprise⁴ suppose d'évaluer l'état du marché. Encore, l'adoption d'un plan repose sur l'appréciation du bilan économique et social de l'entreprise élaboré par les organes de la procédure, voire des experts désignés⁵. Cela peut également consister en une cession d'activité qui nécessite alors de comparer les différentes offres de reprises de l'entreprise⁶. Le vocable employé par la loi l'illustre au renfort : trésorerie, pertes, apports, capital social, capitaux propres, titres, parts sociales, valeurs mobilières, prix, cession, etc⁷. Indéniablement le droit des entreprises en difficulté est pénétré de considérations de nature économique⁸, ce dont l'autorité judiciaire doit tenir compte pour rendre sa décision.

259. Difficultés d'appréciation du juge. L'exercice économique que nécessite l'appréhension des difficultés de l'entreprise peut se révéler particulièrement périlleux pour l'autorité judiciaire. Dire le droit consiste également ici à être juge de l'économie⁹. Il est en effet attendu de lui¹⁰ qu'il applique ces notions économiques, qu'il apprécie leur réalisation dans les

¹ HILAIRE (J.), « Le Code de commerce de 1807, les affaires économiques et la création de la chambre commerciale », in *1807-200, Bicentenaire du Code de commerce*, op. cit., p. 1-21, sp. p. 14.

² MAGENDIE (J.-C.), Pour une justice commerciale renouée et réhabilitée, Club des juristes, *JCP G*, 2013/29, doct. 853.

³ Définition de la cessation des paiements, C. com., art. L. 631-1, al. 1^{er} ; sans être une notion purement comptable, BERTHELOT (G.), *La cessation des paiements (...)*, *JCP E*, 2008/41, 2232, op. cit.

⁴ « Perspectives de redressement », C. com., art. L. 626-2, al. 2 ; « redressement manifestement impossible », art. L. 640-1, al. 1^{er}.

⁵ C. com., art. L. 623-1, al. 1-2.

⁶ Contenu des offres, C. com., art. L. 642-2, II ; et arrêt par le tribunal, art. L. 642-5.

⁷ Ces termes sont employés par C. com., not. art. L. 611-1, al. 1^{er} ; L. 626-32, al. 2 ; L. 626-30-2, al. 2 ; L. 631-10, al. 1^{er} ; L. 626-3, al. 2 ; L. 612-1, al. 2 ; L. 631-19-1, al. 2 ; L. 642-3, al. 1^{er} ; L. 642-4, al. 2 ; L. 642-1, al. 1^{er}.

⁸ AUBERT (F.), « Les finalités des procédures collectives », in méf. M. JEANTIN, op. cit., p. 367 s., sp. p. 371 ; BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 171 s. ; CANIVET (G.), La formation du juge à l'économie, in *Le juge de l'économie*, *RJC*, nov. 2002, p. 63-73, sp. p. 65 s. ; MARTIN (R.), *Loi économique et règle de droit*, *D.*, 1990, op. cit., sp. n° 13 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 707 et n° 30 s. ; NEUVILLE (S.), *Le plan en droit privé*, th. précit., sp. n° 127 ; VOINOT (D.), *Droit économique (...)*, op. cit., sp. n° 3 s. et 31 ; d'une manière générale, v. la revue *Décideurs Juridiques et Financiers*, not. SIMONT ((J.-C.), CAVET (S.), De la financiarisation du droit des procédures collectives, 2011/129, p. 64 s. ; SPIZZICHINO (L.), La réforme annoncée de la loi de sauvegarde devra être en prise avec les réalités économiques, 2013/151, p. 12 s.

⁹ Le juge doit être « économiste », BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 45 ; BÉZARD (P.), NUSSENBAUM (M.) et Association droit et commerce (dir.), *Le juge de l'économie*, *RJC*, nov. 2002, n° sp., op. cit. ; CABRILLAC (M.), « Le rôle du Juge en présence des problèmes économiques (...) », op. cit. ; LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, th., B. SAINTOURENS (dir.), PUAM, 2004, 961 p.

¹⁰ À la question de savoir ce qui est attendu du juge de l'économie : « un juge qui statue dans le domaine de l'économie, qui le connaît donc », ARMAND-PRÉVOST (M.), Rapport introductif, *RJC*, 2002, op. cit., p. 8-14, sp. p. 9.

faits. Or, rappelant présentement l'interrogation relative à sa compétence économique¹, le magistrat de carrière souffrirait d'une formation peu adéquate² et le juge consulaire serait privé d'une vision d'ensemble des professions³. Cela remet en cause leur légitimité à dire utilement le droit lorsque celui est de nature économique⁴.

Certes, l'autorité judiciaire peut être aidée dans son appréciation économique des faits par le recours à l'expert⁵ et, cela, dès la procédure de conciliation⁶. De plus, nombre d'acteurs⁷ de la procédure viennent lui faire rapport de la situation de l'entreprise en difficulté lorsqu'il est appelé à statuer⁸. Cependant, le problème ne paraît pas davantage résolu⁹. D'abord, le risque est de voir substituer à l'appréciation du juge celle de l'expert économique désigné¹⁰. L'autorité judiciaire doit savoir tirer elle-même les conclusions de l'expertise faite. Il lui revient toujours d'apprécier économiquement les faits. Ensuite, parce que la loi précise que le tribunal détermine la mission de l'expert qu'il nomme¹¹. Le recours à l'expert économique ne peut donc combler la lacune de ce que le juge doit dire l'économique en droit des entreprises en difficulté.

260. Transition. Le droit économique ne se caractérise pas seulement par l'emploi de notions techniques issues des sciences économiques, mettant alors le juge en difficulté dans sa fonction de dire le droit. Il s'appuie par ailleurs sur des concepts dont l'appréhension juridique est délicate.

¹ V. *supra*, sp. n° 173.

² Not. Institut Montaigne, *Les Juges et l'économie : une défiance française* (2012), étude précit. ; critique, LYON-CAEN (A.), *Les juges français et l'économie : une défiance française ? Regard sur le nouveau rapport de l'Institut Montaigne*, D., 2013/3, p. 232 s.

³ Le droit des affaires étant devenu un domaine si vaste, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La légitimité des juridictions consulaires », in *La légitimité des Juges*, op. cit., sp. p. 177 ; sur l'évolution du droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 130.

⁴ DRAI (P.), *Le monde des affaires et ses juges*, RJC, 1990/34, p. 327 s., sp. p. 320 ; également, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 8 ; BOY (L.), « Les formes du traitement juridictionnel du contentieux économique », in A. PIROVANO (dir.), *Changement social et droit négocié*, Actes du colloque, Economica, 1988, 466 p., sp. p. 17.

⁵ D'une « ardente nécessité » pour le juge, ARMAND-PRÉVOST (M.), op. cit., sp. p. 11 ; relevant peu à peu un « glissement de compétence » du législateur, vers le juge et du juge vers l'expert, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 8.

⁶ C. com., art. L. 611-6, al. 5 ; apport ord. 12 mars 2014, art. 5 ; le recours à l'expert est généralisé en droit des entreprises en difficulté, par ex. : art. L. 621-1, al. 3-4 ; art. L. 631-12, al. 2 ; art. L. 641-1, al. 4 ; experts-comptables, art. L. 622-6-1 ; techniciens, art. L. 621-9, al. 2 ; LESAULNIER (A.), *L'expert judiciaire et le droit des entreprises en difficulté*, *Procédures*, 2015/3, étude 3 ; NUSSENBAUM (M.), « Le rôle de l'expert économique », in Dossier, *Le juge de l'économie*, RJC, 2002, op. cit., p. 112 s.

⁷ Not. expert, technicien, juge commis, administrateurs et mandataires judiciaires.

⁸ Par ex., bilan économique et social par l'AJ, C. com., art. L. 623-1 s. ; au tribunal, art. L. 626-9.

⁹ L'expertise ne dispense pas le juge « d'entrer dans la logique économique », JENNY (F.), *La formation des juges, condition de l'efficacité des politiques de concurrence*, RLDC, 2007/13, perspectives.

¹⁰ BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 164 ; CHAMPAUD (C.), « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la *jurisdictio* », in mélanges J. BEGUIN, op. cit., p. 71-106, sp. p. 77 ; soulevant la question, CABRILLAC (M.), op. cit., sp. 166 ; CHAPUT (Y.), *L'indépendance renforcée du juge économique*, RJC, 2002, op. cit., p. 74 s., sp. p. 77 ; COUARD (J.), *Affaire Métaeurop : éclairages sur le comportement d'une société mère au chevet de sa filiale mourante*, PA, 3 fév. 2012, p. 5 s. ; MARTENS (P.), op. cit., sp. n° 12 ; sur le sujet, v. LECLERC (O.), *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, th., A. LYON-CAEN (préf.), LGDJ, 2005, 471 p.

¹¹ C. com., art. L. 621-4, al. 2.

B. Les difficultés d'un droit souple

261. Notions floues. Le droit économique est typique de l'emploi de standards juridiques¹. Leur caractéristique est d'être génériques², volontairement larges, indéterminés et à contenu variable. Ils ne sont pas d'une application stricte, à l'instar de la règle de droit³. S'ils sont, certes, juridiques⁴, c'est-à-dire susceptibles d'effets en droit, ils se différencient cependant par une faible densité et une relative inconsistance juridique.

Pour l'illustrer, tel est le cas de l'ouverture de la procédure de sauvegarde lorsque le législateur évoque des « difficultés » que le débiteur « n'est pas en mesure de surmonter »⁵ en supprimant⁶ toute référence, même hypothétique, à la cessation des paiements qui paraissait impliquer une démonstration trop contraignante⁷. La jurisprudence contribue à la précision de la notion⁸, mais elle demeure intrinsèquement indéterminée. Il y a nombre d'exemples en droit des entreprises en difficulté⁹. Il faut dire que les termes d'« entreprise » et de « difficulté » sont eux-mêmes - volontairement¹⁰ - non définis¹¹. Ainsi, le plan de sauvegarde doit déterminer « les perspectives de redressement » et, cela, « en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles »¹². Cette détermination relève de

¹ « Norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques », *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Standard, p. 988 ; en droit, le standard renvoie donc à un concept mou qui admet plusieurs acceptions : il peut être opposé à la règle de droit en ce qu'il laisse au juge l'appréciation d'un fait pour aller vers le droit, s'éloignant alors du légalisme ; il demeure néanmoins une norme juridique puisqu'il est susceptible de produire des effets en droit bien que son contenu soit indéterminé ; en tout état de cause, cela interpelle car le système juridique français est essentiellement fondé sur la loi et non l'appréciation du juge, CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, op. cit., sp. p. 239-260.

Sur les standards juridiques, not. : BLOUD-REY (C.), « Standard », in *Dictionnaire de culture juridique* précit., p. 1439-1441 ; DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, 1997, sp. p. 231-236 ; LAFAY (F.), *La modulation du droit par le juge, Étude de droit privé et sciences criminelles*, th., PUAM, 2006, t. I, sp. p. 81 s. ; NÉRON (S.), Le standard, un instrument juridique complexe, *JCP G*, 2011/38, doct. 1003 ; RIALS (S.), « Les standards, notions critiques du droit », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (pub.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39-53 ; sur le droit mou : THIBIERGE (C.), Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, p. 599 s. ; en lien, sur la notion de « concept », BERGEL (J.-L.), À la recherche de concepts émergents en droit, *D.*, 2012, p. 1567 s. ; LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, G. FARJAT et E. LE DOLLEY (préf.), J.-L. BERGEL et T. BONNEAU (post.), LGDJ, 2010, 478 p.

² MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 132.

³ Le droit économique repose sur une « pseudo-législation », JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), « Éléments structurels d'une magistrature économique », op. cit., sp. p. 427 ; il souffre d'« une pathologie normative », MARTENS (P.), op. cit., sp. n° 2.

⁴ Insistant sur ce point, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 276.

⁵ C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er}.

⁶ Ord. 18 déc. 2008 précit., art. 12.

⁷ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), (...) un droit enfin arrivé à maturité, *DP*, 2009, op. cit. ; il y a une « facilitation de l'accès à la procédure », TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 578.

⁸ Par ex., « le débiteur qui est confronté à une demande de paiement d'une créance excédant de manière notable son actif disponible justifie d'une difficulté, qu'il n'est pas en mesure de surmonter », Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988 s., *aff. Cœur Défense* ; *Bull.*, IV, n° 3 ; *LEDEN*, 2011/7, repère 106, n. B. SAINTOURENS ; *RLDA*, 2012, p. 56, n. A. LECOURT ; *Dr. Sociétés*, 2011/9, p. 33, n. J.-P. LEGROS ; *D. actu.*, 2011/11, p. 743, n. A. LIENHARD ; et sous l'empire du droit ancien, com. 26 juin 2007, n° 06-17.821 et 06-20.820, *aff. Euler Hermes* ; *Bull.*, IV, n° 176 et 177 ; sur le sujet, TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 576 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), L'ouverture de la procédure de sauvegarde, *RPC*, 2008/2, dossier 3 ; VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 172.

⁹ Le soulignant, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 272 et v. n° s. ; THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 123.

¹⁰ Permettant d'appréhender les notions dans des contextes différents, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 286 et v. p. 273-290.

¹¹ Le soulignant, not. JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 103 s. ; MERCADAL (B.), « La notion d'entreprise », in mél. J. DERRUPÉ, *Les activités et les biens de l'entreprise*, Joly-Litec, 1991, p. 9-16 ; PAILLUSSEAU (J.), Le big bang du droit des affaires (...), *JCP G*, 1988, op. cit., sp. n° 30 s. ; sur les « difficultés », DRUMMEN (J.-B.) et al., La détection précoce (...), *RPC*, 2010, op. cit., entretien 1.

¹² C. com., art. L. 626-1, al. 1^{er}.

la juridiction qui doit adopter le projet de plan. L'autorité judiciaire peut alors éprouver des difficultés à appréhender la réalité de données économiques pour en répercuter l'effet juridique. Ce n'est pas, cette fois, par insuffisance de connaissances¹, mais en raison de l'impossible référence à des notions clairement définies. C'est la conséquence d'une « déjuridicisation »² du droit des entreprises en difficulté³.

262. Modification de la fonction du juge. L'emploi de notions floues bouleverse la fonction de dire le droit par le juge⁴. Il va devoir faire, dans son appréciation des faits, ce que le professeur Mercadal a appelé de la technique juridique des affaires⁵. La raison d'un standard est précisément de déléguer le pouvoir créateur de droit à l'autorité d'exécution⁶. En l'occurrence, c'est reporter sur l'autorité judiciaire l'interprétation, alors créatrice⁷, des concepts de « difficultés » et autres employés par le législateur. Pour ce faire, le juge doit avoir une vision très pragmatique, directement en prise avec la réalité économique⁸. Il est vrai que la pratique des affaires évoluant constamment, la juridiction saisie doit interpréter, adapter et parfois, innover⁹. Elle est amenée à transcender, à renouveler voire à se détacher d'une appréciation purement juridique par l'application stricte d'une règle de droit, la mobilité des règles économiques l'ayant probablement rendue obsolète ou inadéquate¹⁰. Le droit des entreprises en difficulté est bien caractérisé par cette mouvance, en perpétuelle réforme¹¹, nécessaire à son adaptation.

¹ Étude de l'Institut Montaigne, *Les juges et l'économie* précit. ; v. *supra*, sp. n° 173.

² Affaiblissement de l'aspect purement normatif au profit d'un assouplissement par l'introduction de considérations extra-juridiques - telles que le fait économique - laissant ainsi au juge une certaine marge d'appréciation ; c'est un phénomène général du droit, EDELMAN (B.), La déjuridicisation du fait de la loi, regards un peu sombres sur les lois Auroux, *Dr. social*, 1984, p. 290-296 ; HAUSER (J.), Rapport de synthèse, *PA*, 8 oct. 1997, p. 38 s. ; LUBY (M.), Le droit économique aujourd'hui (...), *RDLA*, 2006/6, *op. cit.* ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie, *PA*, 28 déc. 2000, p. 4 s. ; WOOG (J.-C.), Diorama d'un demi-siècle, *GP*, 2000/148, p. 5 s.

³ BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 26 et p. 164 ; DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 8 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 46-47.

⁴ BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 17 s. et p. 168 s. ; CABRILLAC (M.), « Le rôle du Juge en présence des problèmes économiques (...) », *op. cit.*, sp. p. 153 ; dans un sens proche, les lacunes *intra legem* de la loi remettent en cause la vision traditionnelle du juge subordonné à la loi, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 125, ce qui modifie le sens de dire le droit, sp. n° 136.

Contra, affirmant que l'emploi de standards, courant en droit des entreprises en difficulté, ne modifie pas la mission traditionnelle du juge, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 271 s., qui adopte alors une conception très large de « dire le droit », en admettant la particulière grande souplesse des règles en présence, sp. n° 381.

⁵ Comme élément de définition de la magistrature économique, MERCADAL (B.), « Première voix », avec P. GULPHE, « Magistrature et droit des affaires », *op. cit.*, sp. p. 1041-1046.

⁶ C'est l'une des trois fonctions identifiées du standard juridique, RIALS (S.), « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 39 s. ; également, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 112 s. et n° 122 s.

⁷ D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 32 s. et p. 34 s. ; en droit des entreprises en difficulté, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 163 ; sur le pouvoir créateur des juges, v., DE BÉCHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, P. BON (préf.), *Economica*, 1996, 577 p. ; BELAÏD (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, th., M. VILLEY (préf.), LGDJ, 1974, 360 p. ; THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 86 s. ; et, d'une manière générale, les travaux de G. TIMSIT.

⁸ CHAPUT (Y.), L'indépendance renforcée du juge économique, *RJC*, 2002, n° sp., *op. cit.*, sp. p. 79.

⁹ C'est-à-dire « créer la règle chaque fois qu'il le peut », MERCADAL (B.), *loc. cit.*, sp. p. 1041.

¹⁰ Le jeu économique évolue vite, ce que la loi ne peut prévoir à tout moment, « le droit des affaires appelle ainsi le magistrat à se montrer un technicien novateur », MERCADAL (B.), *op. cit.*, sp. p. 1041 ; également, JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), « Éléments structurels d'une magistrature économique », *op. cit.*, sp. p. 426 ; c'est ce qui expliquerait « le déclin des magistrats de carrière dans ces types de contentieux », moins par manque de spécialisation qu'en raison de « leur esprit juridique qui s'adapte mal aux mutations rapides de la vie économique », BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 6.

¹¹ Ce qui constitue une difficulté de son étude, v. *supra*, sp. n° 15.

263. Critique. Le risque est l'insécurité juridique qu'entraîne l'appréhension très factuelle des données économiques, moins juridiques, suscitant par ailleurs une attitude dynamique du juge, prompt à de nouvelles interprétations, au gré de la conjoncture¹. En effet, le droit économique se caractérise par des règles d'une grande plasticité et mobilité², ce qui invite à des appréciations d'espèce. De plus, quand bien même il présenterait « une certaine stabilité, c'est par suite de l'imprécision »³ de ses notions, laissant de fait toute marge au juge pour l'appliquer dans des perspectives nouvelles. Le changement comme l'indétermination, ou, plutôt, l'indéterminabilité⁴, sont sources d'insécurité pour les justiciables. Cela est d'autant plus craint lorsque l'appréciation est abandonnée à un magistrat, juge unique⁵. C'est en ces termes que l'exercice d'une magistrature économique participe à la remise en cause de la légitimité du juge dans le traitement des entreprises.

264. Transition. L'appréciation économique des difficultés d'une entreprise fait échapper le processus décisionnel à la pure détermination juridique⁶. À défaut d'attendre du juge une expertise économique, le législateur procède par référence à des concepts malléables. L'abandon d'une grande part de liberté dans l'application de la règle à l'autorité judiciaire n'est pas sans danger au regard de sa fonction de dire le droit.

§ 2. Décider opportunément du traitement des difficultés

265. Plan. La liberté d'appréciation des difficultés économiques de l'entreprise introduit une part d'opportunité dans la prise de décision du juge (A), qui peut alors exercer sur les entités défaillantes une forme de dirigisme judiciaire (B).

¹ CHAPUT (Y.), L'indépendance renforcée (...), *op. cit.*, sp. p. 75 et « La légitimité de l'intervention du juge (...) », *op. cit.*, sp. p. 36.

² JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), *op. cit.*, sp. p. 426.

³ *Ibid.*, sp. p. 427.

⁴ RIALS (S.), « Les standards, notions critiques du droit », *op. cit.*, sp. p. 48

⁵ À l'instar des pouvoirs de prévention du président du tribunal ; par ex., sur le pouvoir de convocation, il doit apprécier l'existence de « difficultés » qui sont « de nature à compromettre la continuité de l'exploitation », C. com., art. L. 611-2, I ; ce qui est particulièrement vague.

⁶ DE BÉCHILLON (D.), « Comment légitimer l'office du juge ? », *in rapp. Sénat, L'office du juge précit.*, sp. p. 476-477.

A. La modification du raisonnement judiciaire dans le processus décisionnel

266. Raisonnement factuel et inductif. Le droit économique des entreprises en difficulté, par son objet finalisé¹, tend à infléchir le raisonnement du juge². Concrètement, plutôt que s'assurer de la réunion des conditions légales pour l'application de la règle de droit aux faits, la logique serait inverse, partant des faits pour remonter jusqu'à la règle de droit potentiellement éligible. Le juge ne procède donc pas par syllogisme³, mais de manière factuelle et inductive⁴. Par exemple⁵, l'autorité judiciaire, face à un débiteur en état de cessation des paiements, peut retenir l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire en faisant varier utilement le critère de la chance de redressement selon l'objectif de poursuite de l'activité⁶. Encore, le tribunal décide, selon l'intérêt de l'entreprise, de l'application ou non des régimes simplifiés malgré les seuils édictés⁷. Dans ces hypothèses, le juge *peut* appliquer la règle concernée⁸, du moins, il peut hésiter entre plusieurs décisions⁹. Certes, c'est la loi qui dispose des conditions de l'option. Mais, relevant de l'indétermination du standard juridique¹⁰, le tribunal a l'opportunité du choix¹¹ selon l'objectif recherché¹².

267. Raisonnement conséquentialiste. La dernière proposition selon laquelle le tribunal raisonne en fonction de la finalité du traitement induit une autre modification dans le processus décisionnel. L'exercice de l'option suppose en outre de projeter dans l'avenir les effets du traitement qui serait vraisemblablement retenu par le juge. En ce sens, l'ouverture d'une

¹ Le droit des entreprises en difficulté est devenu « l'instrument d'une finalité économique », CANIVET (G.), La formation du juge à l'économie, *RJC*, 2002, *op. cit.*, sp. p. 64 ; le tribunal exerce donc une activité finalisée, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 310 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 323.

² BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 437 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 4.

³ Raisonnement classique et traditionnel, conséquence de la constatation, il est donc de type déductif, CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile, op. cit.*, sp. p. 92 ; or, le syllogisme suppose une certaine structure de la règle, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 119 ; v. également, D'AMBRA (D.), th. précit., sp. p. 104 s. et p. 114 s. ; élément de précision et détermination que ne possède pas systématiquement le droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 261.

⁴ C'est-à-dire qu'il part d'une observation des faits dont il détermine les effets réels au regard du jeu de la concurrence, de l'intérêt social ou du « redressement » de l'entreprise et il les compare aux bienfaits effectifs qu'on en attend », CHAMPAUD (C.), L'idée d'une magistrature économique (...), *Justices*, 1994/1, *op. cit.*, sp. p. 86 et « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la *jurisdictio* », in méf. J. BEGUIN, *op. cit.*, sp. p. 84 s.

⁵ Donnant diverses illustrations, v. th. précit. : BERLINER (H.), sp. p. 42 s. ; CAGNOLI (P.), sp. n° 272 s. ; STAES (O.), sp. n° 123.

⁶ Coordination de C. com., art. L. 631-1 et L. 641-1, al. 1^{er} ; dans le même schéma, elle peut retenir la continuation de l'activité par la voie du redressement ou de la cession de l'entreprise, art. L. 631-1, al. 2 et L. 642-1, al. 1^{er} ; le tribunal décide de la cession d'activité partielle ou totale selon les offres présentées, art. L. 642-1, al. 2 ; encore, il décide de l'inaliénabilité de biens selon qu'il les estime indispensables ou pas à la poursuite de l'activité, art. L. 642-10, al. 1^{er} ; THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 75.

⁷ Et « à tout moment » il peut décider de ne plus en faire application, C. com., art. L. 644-6 ; autre ex. dans la désignation de l'AJ, art. L. 621-4, al. 4.

⁸ Il a le *choix*, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 122.

⁹ CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 281 ; THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 124.

¹⁰ C'est une conséquence directe, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 270 ; CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 283.

¹¹ « Le juge choisit la solution », BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 168 ; « La règle de Droit est optionnelle », MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 125-128 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 48.

À noter que la notion de « norme optionnelle » dispose d'une autre définition, DEUMIER (P.), « La force normative optionnelle », in C. THIBIERGE (*dir.*), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ-Lextenso, Bruylant, 2009, p.165-170.

¹² « La fin justifie ici les moyens. », BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 446 ; CHAMPAUD (C.), La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé, *RJC*, 1976/20, p. 253-258, sp. p. 256.

procédure ne correspond pas à la fin d'un litige, mais à une affaire à suivre¹ et à la prescription d'une solution pour le futur². L'exercice est délicat, particulièrement lorsque le juge doit le réaliser dans un contexte d'avant-crise, c'est-à-dire en phase de prévention³. Il faut évaluer les chances de redressement de l'entreprise ou, au contraire, les conséquences de sa disparition sur le marché, permettre alors la poursuite ultérieure de l'activité. Cela a lieu non seulement d'un point de vue juridique, mais, aussi, économique, en termes d'efficacité⁴. Le traitement judiciaire mis en œuvre doit être efficient ou, à défaut, justifier une autre solution. Pour le juge⁵, c'est procéder à une analyse juridique, mais, surtout, économique⁶ de la décision projetée⁷ sur le tissu économique. Son raisonnement est conséquentialiste⁸. Cela bouleverse encore sa méthode juridictionnelle⁹, l'instrumentalise, incluant des finalités économiques pour une décision optimale.

268. Impact sur la décision judiciaire. Considérant le pouvoir discrétionnaire du juge et potentiellement arbitraire¹⁰, le jugement relatif à l'entreprise en difficulté n'apparaît pas être de pur droit, mais empreint d'opportunité¹¹. Celle-ci se traduit par une certaine adaptabilité de la

¹ CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile, op. cit.*, sp. n° 17, p. 95.

² Le plan ne met pas seulement « un terme à un contentieux ; il est tout entier orienté vers l'avenir », CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 266 et v. n° 311 s. ; dans le même sens, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 9 ; JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 214 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 696 ; NEUVILLE (S.), *Le plan en droit privé*, th. précit., sp. n° 127.

³ NOUGEIN (H.-J.), Le juge de la prévention, in Dossier, Le juge de l'économie, *RJ com.*, nov. 2002, n° sp., p. 30-43, sp. p. 31.

⁴ Sur la notion d'efficacité, CANIVET (G.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et KLEIN (M.) (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, 156 p. ; comp. avec celle d'« efficience », TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 717 s.

⁵ CANIVET (G.), La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge, *PA*, 19 mai 2005, p. 23 s. ; DEFFAINS (B.), Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, *PA*, 19 mai 2005, p. 6 s.

⁶ Bien que l'objet de l'analyse soit ici les effets d'une décision de justice à venir sur le marché, cela peut être ressortir de l'analyse économique du droit dont le résultat permet globalement d'apporter des réponses juridiques adéquates à des préoccupations économiques, FRISON-ROCHE (M.-A.), L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, *PA*, 19 mai 2005, p. 15 s. ; sur le courant normatif de l'analyse économique, DEFFAINS (B.), *loc. cit.* ; critique, BERNARD (A.), (...) une science idiote ?, *D.*, 2008, *op. cit.* ; sur le sujet, not. : BLAZY (R.), *La faillite : éléments d'analyse économique*, th., P. MORIN (dir.), *Economica*, 2000, 331 p. ; CHOPARD (B.), *Analyse économique du droit des entreprises en difficulté*, th., R. DELOCHE (dir.), Franche-Comté, 2002, 242 p. ; TARBALOUTI (É.), *Analyse économique du droit de la faillite*, th., B. LEMENNICIER (dir.), Paris II, 1999, 378 p. ; TURLUTTE (E.), précit., sp. n° 696 s.

⁷ En ce sens, CHAMPAUD (C.), L'idée d'une magistrature (...), *Justices*, 1994, *op. cit.*, sp. p. 86.

⁸ Il « part de l'analyse des conséquences pour en inférer la meilleure règle », SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, th. précit., sp. n° 19.

⁹ TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 707 ; également, FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'idée même de mesurer économique du droit », in *Mesurer l'efficacité économique du droit, loc. cit.*, sp. p. 24 et « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », in Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie, op. cit.*, p. 45-60, sp. p. 46 ; SIBONY (A.-L.), th. précit., sp. n° 23.

¹⁰ Lorsque l'hypothèse est trop vague, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 119, mais pour une nuance, v. n° 139.

¹¹ Sur ce constant, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 9 ; CABRILLAC (M.), « Le rôle du Juge en présence des problèmes économiques (...) », *op. cit.*, sp. p. 153 ; CHAMPAUD (C.), L'idée d'une magistrature économique (...), *op. cit.*, sp. p. 75 ; JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), « Éléments structurels d'une magistrature économique », *op. cit.*, sp. p. 428 ; JAZOTTES (G.) et al., « La juridiction commerciale : d'un juge du commerce à un juge de l'économie (approche comparatiste) », in C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Actes du colloque, LGDJ, 2009, p. 329-337, sp. p. 330 ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 606 ; MERCADAL (B.), GULPHE (P.), « Magistrature et droit des affaires », *op. cit.*, sp. p. 1047 ; NEUVILLE (S.), th. précit., sp. n° 127 ; TEYNIER (E.), La règle de droit de la faillite et le sort économique des entreprises défaillantes, *RTD com.*, 1985, p. 57 s. ; THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 126 s. ; STAES (O.), th. précit., sp. n° 16.

Contra, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 269, mais, pour une nuance, v. sp. n° 266, 283 et 381 ; il est possible de relativiser l'opposition en doctrine en affirmant une part d'opportunité dans la décision judiciaire, mais sans exclure un fondement en droit ; il s'agit davantage de souligner une déformation du raisonnement judiciaire par l'adaptabilité de la règle de droit.

loi¹ par le juge² pour un traitement efficace. Ce n'est que la conséquence des constatations précédentes : d'un droit qualifié d'économique, ce dernier a vocation à appréhender le fait économique pour définir une solution d'avenir, le législateur reportant sur l'autorité judiciaire le soin de déterminer l'application concrète de la règle de droit, ce qui, inévitablement³, consacre un pouvoir judiciaire d'opportunité⁴.

269. Critique. La fonction originelle de dire le droit apparaît dénaturée⁵. L'indétermination de la règle de droit conduit le juge à modifier son raisonnement en recherchant non seulement ce qui est juste⁶, mais aussi, ce qui est économiquement efficace⁷. Or, cela est contestable essentiellement pour deux motifs. L'opportunité qu'elle introduit dans la décision judiciaire est, d'une part, source d'incertitude juridique⁸, dangereuse pour les affaires⁹ ; d'autre part, elle constitue un risque d'arbitraire¹⁰ pour les justiciables, qui dépend, en outre, de considérations économiques¹¹ dont l'appréciation par les juges du fond peut se révéler délicate¹². Ce qui soulève par ailleurs la question du contrôle par la Cour de cassation¹³ et de la mise en œuvre des voies de recours¹⁴. L'enjeu est pourtant fondamental puisque le choix exercé pourra avoir lieu au détriment d'une des parties¹⁵, la matière mêlant de manière inextricable de multiples intérêts.

270. Transition. Admettre une part d'opportunité dans la décision judiciaire de traitement des entreprises en difficulté mène à observer un autre phénomène, tout aussi contestable. À

¹ Pouvant, au besoin, « faire jouer l'esprit de la loi contre sa lettre », BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 83.

² Sur ce sujet, v. LAFAY (F.), *La modulation du droit par le juge*, (...), th. précit., sp. n° 36 s.

³ STAES (O.), th. précit., sp. n° 127.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Contra*, mais dont l'opposition peut être nuancée, car est admis un pouvoir d'opportunité du juge, STAES (O.), th. précit., sp. n° 136 ; *contra*, réfutant un tel pouvoir, mais admettant la particulière souplesse des règles dont le parti pris du législateur change la nature de la mission du juge, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 381.

⁶ Correspondant à la fonction de dire le droit, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 132 et 136 ; conséquence de l'emploi de standards dans la loi, GÉNIAUT (B.), « La force normative des standards juridiques, Éléments pour une approche pragmatique », in *La force normative*, *op. cit.*, p. 183-197, sp. p. 183, quoique cela constitue déjà une première altération de la fonction dire le droit puisque la règle de droit est censée prédéterminer le sens du juste, GÉNIAUT (B.), *ibid.*, sp. p. 192.

⁷ En droit des entreprises en difficulté, « la solution juste est la solution efficace », BERLINER (H.), th. précit., sp. 167.

⁸ Incertitude du droit, absence de prévisibilité des solution : « on en arrive au point où la règle ne peut prendre forme qu'au moment de son application judiciaire », OPPETIT (B.), « Développement économique et développement juridique », in *mél. A. SAYAG*, *op. cit.*, p. 71-82, sp. p. 81.

⁹ MERCADAL (B.), GULPHE (P.), *op. cit.*, sp. p. 1042.

¹⁰ Par ex., disparités des solutions selon les tribunaux, BERLINER (H.), th. précit., sp. 163 ; JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 93 et v. n° 660 s. ; ce qui est source d'inégalité, THÉRON (J.), th. précit., sp. n° 119.

¹¹ Sur l'influence déterminante du contexte économique en droit des entreprises en difficulté, CANIVET (G.), La formation du juge à l'économie, *RJC*, 2002, *op. cit.*, sp. p. 65-66 ; prépondérance des données économiques, BERLINER (H.), th. précit., sp. 168.

¹² PONCEBLANC (G.), Les juridictions consulaires et les plans de redressement des entreprises en difficulté : choix cornélien ou simple pragmatisme ?, *GP*, 1991, *doctr.*, p. 441 s.

¹³ Qui ne s'étend pas aux faits, COJ, art. L. 411-2, al. 2 ; et est la limite de l'intervention de la Cour de cassation.

¹⁴ Traditionnellement restreintes, BOLARD (G.), « Les voies de recours », in *Dossier, Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RJC.*, 1987, n° sp., n° 2, p. 59-86 ; STAES (O.), Aspects procéduraux de la réforme des difficultés des entreprises, *DP*, 2005/146, p. 60 s.

¹⁵ Par ex., ceux des créanciers, SOINNE (B.), Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives), *RPC*, 1997, p. 105 s., sp. n° 8.

l'échelle macro-économique, c'est permettre à l'autorité judiciaire de modeler les politiques publiques relatives aux entreprises défaillantes¹.

B. Vers un dirigisme judiciaire sur les entreprises en difficulté

271. Fonction politique. La part d'opportunité dans la prise de décision permet aux juridictions et à leurs membres de conduire sur les entreprises en difficulté de leur ressort un dirigisme judiciaire². C'est d'ailleurs en ce sens que le terme de « magistrature », pourtant non spécifique à la fonction de juger³, a été retenu⁴ pour décrire le phénomène. C'est le magistrat, en tant qu'autorité publique étatique, qui est visé et, par déviance, l'aspect politique d'une fonction publique. Le professeur Mercadal complétait ainsi sa définition de la magistrature économique en ce que le juge ne s'essaye pas seulement à la technique juridique des affaires, il œuvre également à la définition de la politique juridique des affaires⁵.

272. Éléments d'un dirigisme judiciaire. Le dirigisme judiciaire est à l'instar du phénomène de magistrature économique une notion ressortant du concept. Son appréhension est délicate. Par un néologisme construit à partir du verbe « diriger », le terme a un sens public. Il est défini comme la « politique d'autorité tendant à soumettre l'économie à un ordre public de contrôle et de direction »⁶. Tel est le cas lorsqu'en la matière⁷, le juge exerce une fonction d'organisation⁸, de planification⁹ et de régulation¹⁰ économique. En termes brefs, il dirige¹¹ le traitement des entreprises en difficulté, décide et maîtrise les solutions qu'il retient¹².

¹ En ce sens, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 465.

² BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 160 ; VASSEUR (M.), *Le crédit menacé (...)*, JCP E, 1985/44, 14569, op. cit., sp. n° 10 ; GUILLAUMOND (R.) et al., *Droit des faillites et restructuration du capital*, PU Grenoble, 1982, p. 173-192, sp. p. 175 ; également, relevant un « dirigisme juridico-politique dans le droit de la faillite », JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 187.

³ *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Magistrature, sp. p. 632 ; la magistrature économique peut être le fait de tout officier public, autorité juridictionnelle, administrative ou politique, dans le domaine du droit économique, WITTERWULGHE (R.), « La commission bancaire : une expérience originale de magistrature économique », in *La Magistrature économique*, op. cit., sp. I.5-1 s.

⁴ Il ne s'agit pas d'une judicature, mais bien d'une magistrature, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 160 ;

⁵ MERCADAL (B.), « Première voix », avec P. GULPHE, « Magistrature et droit des affaires », op. cit., sp. p. 1047-1050 ; pour le premier terme de la définition, v. *supra*, sp. n° 262 ; dans le même sens, BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 163 ; GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, th. précit., sp. n° 450 ; MARTENS (P.), *Les magistratures économiques*, op. cit., sp. n° 5.

⁶ *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. Dirigisme, sp. p. 350.

⁷ Alors considérée de droit public, « le tribunal jouant le rôle de l'Administration en exerçant le pouvoir de redresser les entreprises », DERRIDA (F.), JULIEN (P.), « Le droit procédural du redressement et de la liquidation judiciaires et le droit judiciaire privé », in *mél. P. DRAI*, op. cit., p. 285-300, sp. p. 286.

⁸ CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 311 ; JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 176 s. ; MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 351 ; STAES (O.), th. précit., sp. n° 300 ; sur le sujet, v. PAILLUSSEAU (J.), *Le droit est aussi une science d'organisation*, RTD com., 1989, p. 3 s. et Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, *D.*, 1997, chron., p. 97-106, sp. p. 98, op. cit.,

⁹ Qui est par ailleurs une technique courante de l'administration, MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. n° 118.

¹⁰ BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 255 ; PAGÈS-GIRODAN (J.), *Juge interprète de la norme (...)*, RIDE, 1997, n° sp., op. cit., sp. n° 1.

¹¹ BON (J.), *Le rôle du Juge, in Dossier, Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, RTD com., 1987, n° sp., p. 45-52 ; également, BADINTER (R.), *Les ambitions du législateur*, RTD com., 1976, op. cit.

¹² DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), op. cit., sp. n° 7 ; JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 180 ; VASSEUR (M.), op. cit., sp. n° 10 ; critique, POUILLE (A.), *Le pouvoir judiciaire et les Tribunaux*, Masson, 1985, 388 p., sp. p. 8.

En outre, le traitement des entreprises en difficulté suppose d'arbitrer entre les intérêts en présence et, plus encore, de hiérarchiser des valeurs fondamentales¹. Les intérêts privés sont alors transcendés par l'intérêt général² auquel l'autorité judiciaire veille. Sa décision vise la réalisation d'un objectif supérieur³, par exemple la sauvegarde de l'entreprise⁴, la protection de l'emploi⁵ ou, au contraire, du crédit⁶ et l'élimination rapide des entreprises moribondes⁷. La question renvoie indirectement à différentes idéologies de politique économique publique⁸. Par l'opportunité dans ses décisions, l'autorité judiciaire donne à l'ordre public économique⁹ son sens, façonne sa consistance et octroie son effectivité, orientant le curseur du traitement des entités économiques et sociales défaillantes vers un ordre public de direction ou de protection¹⁰. C'est en ces termes que le dirigisme judiciaire traduit une « mainmise »¹¹ de l'autorité judiciaire sur le traitement des entreprises en difficulté. Elle participe concrètement à la politique économique publique qu'elle applique par ailleurs. Il y a place à « de véritables politiques publiques judiciaires »¹² « conçues et menées directement par l'autorité judiciaire seule »¹³ comme le relève un magistrat.

273. Confusion des fonctions. Tout comme le phénomène de magistrature économique, celui d'un dirigisme économique exercé par l'autorité judiciaire comporte intrinsèquement une connotation péjorative. Il signifie l'exercice d'autres fonctions, ici politiques, dénaturant sa fonction juridictionnelle. Multiplier et confondre les différentes fonctions sur la seule tête du juge ne paraît pas raisonnable¹⁴ et, en l'occurrence, faire reposer sur lui la réalisation de l'objectif supérieur de sauvegarde des entreprises. La séparation des fonctions est l'ultime garantie contre

¹ En ce sens, BÉZARD (P.), « Le nouveau visage du juge économique et financier », *in* méf. A. SAYAG, *op. cit.*, sp. p. 159 ; MARTENS (P.), *op. cit.*, sp. n° 7 ; STAES (O.), *th. précit.*, sp. n° 2 ; VASSEUR (M.), *op. cit.*

² STAES (O.), *th. précit.*, sp. n° 2 et v. n° 11 s.

³ CAGNOLI (P.), *th. précit.*, sp. n° 318.

⁴ Not. la L. du 26 juill. 2005 qui en porte l'intitulé.

⁵ Par ex., C. com., art. L. 611-7, al. 1^{er}, L. 620-1, al. 1^{er}, L. 626-2, al. 3, L. 626-10, al. 2, L. 631-1, al. 2, etc.

⁶ JEANNEROT (P.), *th. précit.*, sp. n° 55 s.

⁷ Liquidation directe, C. com., art. L. 641-1, rapidement clôturée, art. L. 643-9, al. 2, voire écartée, art. L. 645-1, al. 1^{er}.

⁸ Sur le sujet, v. GREFFE (X.), *Economie des politiques publiques*, *op. cit.*

⁹ MÉLÉDO-BRIAND (D.), *th. précit.*, sp. n° 132 et v. n° 146 s. ; par son application et, partant, sa détermination concrète, le juge contribue nécessairement à sa définition ; sur l'introduction de l'économie dans la définition étatique de l'ordre public, not. : FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, *th.*, B. GOLDMAN (*préf.*), LGDJ, 1963, 543 p., sp. p. 10 s. et sa définition, sp. p. 30 s. ; OPPETIT (B.), Les autorités publiques et l'entreprise privée (...), *RJC*, 1983, n° sp., p. 166 s., *op. cit.* ; RICHER (L.), L'évolution des rapports entre l'Administration et les entreprises privées, *RDP*, 1981, sp. p. 919 s., *op. cit.* ; SAVATIER (R.), L'ordre public économique, *D.*, 1965, chron. p. 37 s. et soulignant son caractère opportuniste, sp. p. 41 ; d'une manière générale, FRANCO (O.), *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ?*, *th. précit.*, sp. n° 75 ; rapp. annuel Cour de cassation, *L'ordre public*, 2013, 764 p., sur l'ordre public économique, sp. p. 286 s., sur le droit des entreprises en difficulté, sp. p. 208 s.

¹⁰ Sur le sujet, v. GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in* *Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 77-97, sp. p. 87 s.

¹¹ « Les techniques permettent aux tribunaux, organes de l'État, de mettre la main sur l'ensemble des entreprises en état de cessation des paiements », CAGNOLI (P.), *th. précit.*, sp. n° 310, possible grâce à l'obligation du débiteur de déclarer sa cessation des paiements et, sinon, par la saisine d'office, sp. n° 312 s. ; aujourd'hui abrogée.

¹² INGALL-MONTAGNIER (P.), Prévenir, sanctionner, réparer, *CDE*, 2015, *op. cit.*, dossier 27.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ VASSEUR (M.), *op. cit.*, sp. n° 10 ; il faut au contraire s'en méfier, MARTENS (P.), *op. cit.*, sp. n° 5.

l'arbitraire¹. Par le dépassement de sa fonction traditionnelle de dire le droit, l'exercice politique corrompt cette séparation. Le juge n'est plus juge, il est désormais acteur² des solutions, voire par l'empiètement sur les autres pouvoirs, « dictateur »³ du traitement des entreprises en difficulté.

¹ DUDH, art. 16 ; soulignant le risque d'une « dérégulation active », MARTENS (P.), *op. cit.*, sp. n° 2.

² POUILLE (A.), *Le pouvoir judiciaire (...)*, *op. cit.*, sp. p. 213-214 ; JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 175.

³ MARTENS (P.), *op. cit.*, sp. n° 13.

Conclusion du Chapitre II

274. Multiplicité des fonctions du juge dans le traitement des entreprises en difficultés. Dans le cadre du traitement judiciaire des entreprises en difficulté, le juge est amené à exercer de multiples missions : de tutelle, de gestion, d'expertise économique¹ ou encore, d'administration² et d'information³ notamment. Il doit agir à la sauvegarde de l'entreprise⁴, à la détection préventive de ses difficultés⁵ et, aussi, à la moralisation des affaires⁶, voire l'élimination des entreprises non-viables⁷. Ces fonctions sont la conséquence de l'évolution et, plus exactement, de la transformation de ce droit qui n'est plus seulement répressif et réservé à une catégorie spécifique de débiteurs⁸.

275. Impact sur l'office du juge. Si la fonction juridictionnelle se définit comme dire le droit et trancher les litiges⁹, alors, concernant le traitement des entreprises en difficulté, le juge n'est plus seulement juge¹⁰. La diversification de ses missions l'entraîne à intervenir en dehors de son office classique. Tel est le cas lorsqu'il doit détecter les possibles difficultés d'un débiteur : le juge doit intervenir en enquêteur occulte¹¹ qui, s'il relève « des difficultés de nature à compromettre »¹² l'activité, devient un magistrat informateur¹³ afin d'alerter personnellement - sans, dorénavant, pouvoir plus agir¹⁴ - le chef d'entreprise.

En outre, le droit des entreprises en difficulté comprend une part d'économique qui fait attendre du juge une expertise économique, ainsi qu'une évaluation des choix et des prévisions pour l'avenir¹⁵. Cela modifie profondément sa fonction de dire le droit, d'autant qu'il se compose

¹ Pour l'ensemble, v. *supra*, sp. n° 255 s.

² Illustration typique de la saisine d'office ; c'est aussi celle des mesures d'administrations judiciaires, v. *supra*, sp. n° 242 s.

³ Dans un but de prévention-détection, v. *supra*, not. n° 229 s.

⁴ Objectif L. 26 juill. 2005, v. *supra*, sp. n° 121 s.

⁵ C'est particulièrement le rôle du président du tribunal, v. *supra*, sp. n° 188 s.

⁶ Particulièrement, à travers l'action du parquet ; v. *supra*, sp. n° 206 s.

⁷ C'est ce qui justifiait la saisine d'office, v. *supra*, sp. n° 246.

⁸ Sur cette évolution, v. *supra*, sp. n° 2, n° 128-134 et n° 158.

⁹ Not. D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher des litiges*, th. précit. et v. *supra*, sp. n° 221.

¹⁰ WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », *op. cit.*, sp. p. 387.

¹¹ Not. par le biais des cellules de détection instituées *praeter legem* au sein des juridictions, v. *supra*, sp. n° 229 s.

¹² Termes exacts de la loi, C. com., art. L. 611-2, I et L. 611-2-1.

¹³ Sans, en théorie, basculer dans une fonction de conseil, ce peut être délicat en pratique, v. *supra*, sp. n° 236.

¹⁴ Par l'effet de l'abrogation de la saisine d'office (Cons. constit., 4 mai 2012 précit.), v. *supra*, sp. n° 186 ; il peut encore seulement adresser une « note informative » au ministère public (C. com., art. L. 631-3-1.) ; critique, v. *supra*, sp. n° 213.

¹⁵ V. *supra*, sp. n° 267 s.

en l'espèce de nombreux concepts économique-juridiques dont le juge doit adapter la définition au gré des situations factuelles qui lui sont présentées¹.

276. Critique. La dénaturation de la fonction classique du juge est critiquable en ce qu'elle dilue le caractère juridictionnel des interventions judiciaires et, surtout, confond l'autorité judiciaire avec d'autres rôles et d'autres fonctions. Or, en sortant de son office traditionnel et, véritablement, en faisant du juge une autorité omnipotente sur les entreprises en difficulté, cela porte nécessairement atteinte aux droits des parties² et aux principes essentiels du droit judiciaire³, voire, d'une manière générale, à la séparation des pouvoirs⁴. C'est ce qui abouti à la remise en cause du choix « tout judiciaire » pour le traitement des difficultés des entreprises⁵.

¹ V. *supra*, sp. n° 259 s.

² V. *supra*, sp. n° 231 s. ; n° 238 s. ; et n° 242 s.

³ V. *supra*, sp. n° 246 s. et n° 250 s.

⁴ Par ex., v. *supra*, sp. n° 238 ou n° 273.

⁵ V. *supra*, not. sp. n° 12, n. 3bis ; n° 143 ; sur les tribunaux de commerce, n° 165, n. 4.

277. Diversification, morcellement et dispersion du traitement judiciaire des entreprises en difficulté. Face au maintien du choix du judiciaire pour traiter les entreprises en difficulté, l'autorité judiciaire a diversifié les figures de son autorité, les formes de son intervention et le contenu de ses missions. Ainsi, il n'y a pas une juridiction, mais plusieurs juridictions compétentes¹, dont la composition est en plus profondément différente, et avec d'autres magistrats également compétents². De la même manière, en dehors de dire le droit et trancher les litiges³, la fonction du juge est aussi d'être un magistrat préventif⁴ et l'administrateur du traitement⁵, devant apprécier le fait économique⁶ et décider du sort de l'entreprise⁷.

278. Remise en cause du choix du judiciaire. Le maintien du choix de recourir à l'autorité judiciaire malgré les évolutions du droit des entreprises en difficulté fait constater un excès des interventions judiciaires qui entraîne, *in fine*, sa remise en cause. En effet, l'autorité judiciaire paraît se travestir dans d'autres fonctions qui ne lui appartiennent pas⁸ et par conséquent, portent atteinte à ses principes fondamentaux tenant à la détermination de son rôle et à l'organisation de la société⁹. La contestation du traitement judiciaire contamine par suite l'autorité judiciaire elle-même, affectant les qualités notamment d'impartialité et de contrainte¹⁰ qui, au juste, légitimaient son rôle en ce domaine. D'une manière générale, les critiques émises relèvent du dépassement de la fonction juridictionnelle et de la dilution du caractère judiciaire, le choix du judiciaire perdant alors de son sens, de sa substance et de sa cohérence. En somme, c'est mettre en lumière la dépréciation du choix de l'autorité judiciaire par son maintien immuable pour l'entier traitement des entreprises en difficulté.

¹ Tribunal de commerce, TGI et, potentiellement, juridictions pénales, v. *supra*, sp. n° 148 s.

² Not. Président du tribunal, juge-commissaire et ministère public, v. *supra*, sp. n° 178 s.

³ Au titre de l'office classique du juge, D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle (...)*, th. précit. et v. *supra*, sp. n° 221.

⁴ À propos des prérogatives du président du tribunal, v. *supra*, sp. n° 181 s. et n° 234 s.

⁵ V. *supra*, sp. n° 242 s.

⁶ C'est le phénomène de magistrature économique, v. *supra*, sp. n° 255 s.

⁷ C'est le phénomène de dirigisme judiciaire, v. *supra*, sp. n° 271 s.

⁸ Not. par les fonctions de juge-administrateur ou d'expert économique, v. *supra*, sp. n° 242 s., n° 253 et n° 259.

⁹ Par ex., droit d'initiative des parties, principe de transparence et d'impartialité de la justice, voire séparation des pouvoirs, v. *supra*, sp. n° 246, n° 232, n° 238 et n° 273.

¹⁰ V. *supra*, sp. n° 98 s. et n° 109 s.

279. D'un choix justifié à un choix contesté. Comparativement à d'autres modes envisageables, le choix du judiciaire se révèle être le plus approprié en cas de difficultés des entreprises. Deux qualités l'expliquent notamment : contrairement à l'accord amiable entre les parties¹, l'autorité judiciaire dispose du pouvoir de contrainte, de même qu'à la différence du traitement administratif², le juge est une autorité désintéressée.

S'il en ressort un véritable attrait pour le mode judiciaire, il est cependant remis en cause. Il est vrai que pour répondre à l'extension du droit des entreprises en difficulté, le traitement judiciaire se trouve dispersé entre une pluralité d'autorités³ et une multiplicité de fonctions⁴. Il est alors contestable, car, d'une manière générale, il outrepassa sa propre définition. La diversité des autorités est ainsi critiquée parce qu'elle atteint la lisibilité et, partant, l'efficacité du traitement⁵. Il serait pourtant temps de tirer les conclusions de l'évolution de la notion d'« entreprise » que le droit appréhende de plus en plus largement contre l'éclatement du judiciaire. De plus, ces autorités n'ont pas toutes le même statut ni la même compétence⁶, ce qui interroge sur le bien-fondé et la rationalité⁷ de leurs interventions. Quant à la diversification des fonctions, elle entraîne le juge en dehors des bornes traditionnelles de son office, exerçant alors d'autres rôles⁸, ce qui est préjudiciable aux principes fondamentaux de la Justice⁹. Une fois encore, il est possible de conclure à la nécessité de diversifier la nature du traitement face à l'extension du champ des interventions. En somme, d'un choix initialement justifié, la judiciarisation du traitement des entreprises en difficulté l'a fait basculer dans un excès qui porte atteinte à la légitimité de l'autorité judiciaire elle-même dans ce domaine¹⁰.

¹ Soulignant la précarité de l'accord amiable, v. *supra*, sp. n° 44 s.

² L'État opérant une sélection des entreprises jugées « méritantes », v. *supra*, sp. n° 61 s.

³ Not. tribunal de commerce (spécialisé ou non), TGI, juridiction pénale, président du tribunal, juge-commissaire et ministère public, v. *supra*, sp. n° 146 s. ; sur le juge commis, chargé d'instruire l'affaire ou de mise en état, v. *supra*, sp. n° 10, n. 8.

⁴ Not. détection, prévention, administration et gestion, v. *supra*, sp. n° 229 s., n° 234 s., n° 242 s. et n° 268 s.

⁵ Not. à propos des incidents de compétence entre les juridictions, v. *supra*, sp. n° 155 s. ; ou le partage des pouvoirs avec le juge-commissaire, v. *supra*, sp. n° 202 s.

⁶ À propos des juges consulaires et leur expérience des affaires, des magistrats de profession et leur formation juridique, ainsi que les membres du parquet, v. *supra*, sp. n° 171 s. et n° 215 s.

⁷ Par ex., à propos du partage du pouvoir de sanction, v. *supra*, sp. n° 160 ; ou de la prévention, n° 183.

⁸ Par ex., en détection et prévention, v. *supra*, sp. n° 232 et n° 241 ; tutelle des entreprises ou gestionnaire pour l'avenir, sp. n° 222 s.

⁹ V. *supra*, sp. n° 228 s.

¹⁰ V. *supra*, sp. n° 5, n. 3, n° 12, n. 3bis et n° 143, n. 2-5.

280. Analyse. Le fait à l'origine de cette contestation serait l'évolution du droit des entreprises en difficulté elle-même. Effectivement, au cours du temps, son champ d'application et ses finalités ont été profondément modifiés. Il n'est plus question de seulement réprimer un débiteur qui a failli à ses engagements, mais de sauvegarder une entreprise¹, ce qui implique d'intervenir le plus tôt possible et, concrètement, détecter pour prévenir la survenance de toute difficulté². Ce changement de conception a permis d'intégrer un plus grand nombre de débiteurs, en dehors même d'une quelconque activité commerciale³. Pourtant, malgré ces évolutions, il y a un paramètre qui a été maintenu, commun à la mise œuvre de l'ensemble des dispositions : le choix du mode judiciaire. Pour y satisfaire, cela a nécessité de diversifier ses formes - ses autorités et ses interventions -, mais contribuant dans le même temps à sa dilution et sa perte de sens. Ainsi, ce n'est pas tant en soi le recours au juge qui est contesté, que son omniprésence et omnipotence dans le traitement des difficultés des entreprises. À l'instar de la théorie du déclin du droit⁴, c'est considérer que le maintien en toute hypothèse du juge a consommé la légitimité de l'autorité judiciaire pour la sauvegarde des entreprises en difficulté⁵.

281. Vers une restructuration du traitement des entreprises en difficulté. Comme pour le mode privé ou administratif, le mode judiciaire présente également ses propres limites⁶. C'est le sens de la conclusion du professeur Percerou : « il semble que, en persistant à essayer de traiter la question par recours à une intervention judiciaire on se condamne, en fait, (...) alors que l'objectif à atteindre (...) est infiniment plus vaste »⁷. Par une restructuration générale du traitement des entreprises en difficulté, il serait possible de prévoir, prenant en compte leurs qualités spécifiques, une place raisonnable pour chacun.

¹ Sur la distinction du sort de l'homme et de l'entreprise, v. *supra*, sp. n° 2, n° 120 et n° 123.

² Sur le développement de la prévention, v. *supra*, sp. n° 123 s.

³ V. *supra*, sp. n° 134.

⁴ Analyse de RIPERT selon laquelle l'inflation législative entraîne un déclin du droit, RIPERT (G.), *Le déclin du droit, étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1998, 225 p. ; sur cette analyse, not. MALAURIE (P.), Le déclin du droit, *JCP G*, 2010/52, 1292 ; PERROT (A.), « La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit », in Y. POIRMEUR et al., *La doctrine juridique*, CURAPP, Puf, 1993, p. 181-209 ; en droit des entreprises en difficulté, CHAPUT (Y.), « Crise du droit des affaires et/ou révolution économique du droit », in Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, PU Sorbonne, 2002, p. 11-14 ; d'une manière générale, RIPERT (G.), *Le déclin du droit, étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1998, 225 p.

⁵ Not., BERLINER (H.), th. précit., sp. p. 5 s. ; JEANNEROT (P.), th. précit., sp. n° 135 ; également, dans un sens proche, STAES (O.), th. précit., sp. n° 11 ; d'une manière générale, sur la question de la légitimité, v. réf. citées *supra*, sp. n° 12, n. 3bis et n° 143, n. 5.

⁶ Contre le juge « Tout-puissant », BERGEL (J.-L.), « Introduction générale », in rapp. Sénat, *L'office du juge* précit., p. 12-25, sp. p. 14 ; il y aurait un « acharnement thérapeutique » par la surestimation des capacités du traitement judiciaire dans la sauvegarde des entreprises en difficulté, VERMEILLE (S.), BARDASI (S.), La réforme des tribunaux de commerce : un autre regard, Dans quelle mesure le droit des entreprises en difficulté nuit-il au fonctionnement des tribunaux ?, *RTDF*, 2014/2, p. 46-53, sp. p. 48

⁷ PERCEROU (R.), « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté, mythe ou possibilité réelle ? », *op. cit.*, sp. p. 509 ; également, dans un sens proche, « au final, déceler l'émergence d'une magistrature économique, c'est ouvrir le débat sur les modes de réalisation du droit », MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., conclusion générale, sp. n° 709.

DEUXIÈME PARTIE.

LA RESTRUCTURATION DU TRAITEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

282. Nécessité d'une restructuration générale. Bien que la restructuration soit une technique traditionnelle du droit des entreprises en difficulté¹, envisager celle du traitement judiciaire peut surprendre. Elle est néanmoins nécessaire. En effet, le législateur a remarquablement fait évoluer ce droit² en l'ouvrant à un grand nombre de débiteurs, en couvrant une grande variété de difficultés et en atténuant son aspect répressif dans le but d'anticiper la défaillance des entreprises. Pourtant, malgré la diversification de ses critères d'appréhension et de ses finalités, le droit des entreprises en difficulté a maintenu systématiquement un recours au juge³. Or, le monopole du judiciaire est critiquable car le rôle du juge s'en trouve dénaturé⁴ et ses qualités d'impartialité et d'autorité atteintes. De plus, son intervention rigide est peu adaptée à certaines situations de fait.

Repenser la place du juge en droit des entreprises en difficulté permettrait de retrouver sa pleine légitimité à ce rôle. Cet objectif suppose alors une réflexion globale sur le processus d'appréhension de la défaillance des entreprises qui n'a manifestement pas été menée à

¹ Concrètement, restructuration de la dette (par ex., remises de dettes dans le plan de sauvegarde, C. com., art. L. 626-5), voire de l'entreprise elle-même (par ex., par la cession d'une branche d'activité dans le cadre de la liquidation judiciaire, art. L. 642-1, al. 1^{er}) ; sur le sujet, v. CHEMLALI (H.), *La restructuration anticipée de l'entreprise en difficulté : l'anticipation du débiteur*, th., B. BRIGNON (dir.), 2015, Aix-Marseille, accès en ligne réservé ; DE GIRVAL (C.), *Restructurations financières et droit français des entreprises en difficulté*, th., H. CROZE (dir.), 2015, Lyon 3, 296 p., accès en ligne réservé ; POUJADE (H.), *La restructuration des entreprises en difficulté*, th., C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Toulouse 1, 2014, à publier.

De plus, la restructuration est une notion centrale dans la définition des procédures d'insolvabilité du droit européen, règl. UE, n° 2015/848, 20 mai 2015, *relatif aux procédures d'insolvabilité* précit., sp. cons. n° 10, 11, 44, 45, 48, etc.

Pour une appréhension générale de la notion de « restructuration » en droit, v. MASQUEFA (C.), *La restructuration*, th., B. TEYSSIÉ (préf.), LGDJ, 2000, 495 p., sp. n° 2-10.

² Not. PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in mél. R. HOUIN, *op. cit.* ; v. *supra*, sp. n° 2 et n° 120 s.

³ V. *supra*, sp. n° 116 s.

⁴ V. *supra*, sp. n° 222 s.

l'occasion des différentes réformes législatives¹. C'est en envisageant le traitement dans sa globalité qu'une place, mieux justifiée, pourra être reconnue à l'autorité judiciaire.

283. Éléments de la restructuration. Le traitement des entreprises en difficulté commence classiquement par une phase de détection, laquelle peut donner lieu, en cas de défaillance avérée, à la mise en œuvre d'une procédure spécifique, préventive ou curative. Dans cette optique, le traitement des difficultés se conçoit comme un processus, composé de plusieurs étapes, les premières déterminant les suivantes.

Par ailleurs, la restructuration du traitement repose sur le postulat que le choix du mode de traitement dépend de l'étape précisément en cause. En d'autres termes, c'est considérer que selon la phase de détection ou de résolution des difficultés, la fonction et la nature de l'autorité appelée varient.

Pour rappel², trois modes de traitement des difficultés ont été identifiés à titre principal : il s'agit du mode judiciaire, administratif ou privé. Le législateur a consacré la primauté du premier, reléguant les deux autres, soit en ne l'intégrant pas au droit des entreprises en difficulté³, soit, au contraire, en l'intégrant, mais à la compétence de l'autorité judiciaire⁴. Or, toutes les étapes du processus de traitement, de même que toutes les décisions qui y sont relatives, ne nécessitent pas le recours au juge. Par exemple, certaines requièrent une approche souple et légère. D'autres n'appellent aucune fonction juridictionnelle particulière. Dans la perspective d'une redéfinition du rôle de l'autorité judiciaire, ces modes, alternatifs au traitement judiciaire, pourraient être revisités. La restructuration du traitement des entreprises en difficulté permettrait alors une meilleure coordination entre eux.

284. Première étape de la restructuration. La restructuration du traitement des entreprises défaillantes nécessite de repenser la phase fondamentale de détection des difficultés (**Titre I**). C'est par elle qu'a lieu toute procédure de traitement à proprement parler. Or, le droit des entreprises en difficulté ne connaît la détection qu'à travers la prévention et plus précisément, par l'alerte donnée au chef d'entreprise⁵. Il n'envisage pas spécifiquement la détection, c'est-à-dire de manière autonome et en dehors de la mise en œuvre d'une procédure préventive. C'est donc la pratique qui y pourvoit. Notamment, les juridictions ont spontanément institué des

¹ Le dénonçant, not. MÉLÉDO-BRIAND (D.), th. précit., sp. conclusion générale, n° 709 ; soulignant un droit du « tatônement », FRISON-ROCHE (M.-A.), Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites, D., 1994, p. 17 s. ; également, v. *supra*, sp. n° 13 et n° 15.

² Première partie de thèse, v. *supra*, sp. n° 18 et n° 24.

³ À propos du traitement administratif, v. *supra*, sp. n° 57 s.

⁴ À propos du mode amiable, v. *supra*, sp. n° 42 s.

⁵ Que ce soit par le président du tribunal, C. com., art. L. 611-2, I, v. *supra*, sp. n° 234 s. ; par les groupements de prévention agréés pour les entreprises adhérentes, art. L. 611-1, v. *infra*, sp. n° 286 ; ou par les organes internes de certaines entreprises, par ex. le commissaire aux comptes, art. L. 612-3, v. *infra*, sp. n° 123, n. 4bis et *infra*, n° 430.

cellules de détection¹. Elles ont vocation à informer le président du tribunal pour lui permettre d'exercer effectivement son droit légal d'alerte auprès de l'entreprise. Mais, parallèlement, d'autres pratiques existent, qu'elles ressortent de comités administratifs ou d'acteurs privés. L'ensemble crée un enchevêtrement de compétences peu lisible et parfois, contre-productif, les initiatives prises par l'un pouvant se doubler par ailleurs. Une nouvelle approche de la détection des difficultés permettrait d'accroître l'efficacité de cette phase cruciale dans leur traitement.

285. Deuxième étape de la restructuration. Le constat de difficultés entraîne logiquement la mise en place d'un traitement approprié. Il est défini par la loi, laquelle prévoit une procédure spécifique pour chaque degré de difficulté. Cependant, une fois encore, le recours au juge ne paraît pas systématiquement justifié. D'abord, certains traitements peuvent demeurer simplement légers, maîtrisés par les parties. Ensuite, dans la perspective de la procédure judiciaire, quelques tâches peuvent être accélérées en se passant du recours au juge. Il s'agirait donc de différencier, au sein même du traitement, les étapes qui ne nécessitent pas d'intervention judiciaire, ce qui permettrait de renforcer la légitimité de l'autorité judiciaire dès lors qu'elle est indispensable au traitement des entreprises en difficulté (**Titre II**).

TITRE I. Une approche renouvelée de la détection des difficultés

TITRE II. Une organisation rationalisée du traitement des difficultés

¹ V. *supra*, sp. n° 229 s.

TITRE I. Une approche renouvelée de la détection des difficultés

286. Insuffisances du droit positif. Le droit des entreprises en difficulté n'organise pas particulièrement la détection des difficultés. D'abord, il la rattache nécessairement à la prévention¹. Pour l'illustrer, la loi prévoit que le président du tribunal qui connaît « des difficultés de nature à compromettre »² l'activité peut convoquer les dirigeants concernés. Pourtant, il est possible de scinder cette disposition en deux étapes distinctes avec, d'une part, la détection pure, c'est-à-dire l'information, et, d'autre part, la prévention à son degré le plus faible, soit l'alerte faite au chef d'entreprise.

Ensuite, il ne connaît pas de critère spécifique de détection. Par exemple, lorsqu'il définit l'alerte donnée au chef d'entreprise, les expressions varient : il s'agit tantôt « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »³, « des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise »⁴, « des indices de difficultés »⁵ ou « des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »⁶. Autrement, c'est renvoyer aux critères d'application propres à chacune des procédures de traitement.

Enfin, il n'orchestre pas ses acteurs. En effet, les trois modes de traitement identifiés⁷ réalisent, à chacun, une détection des difficultés des entreprises. Le mode judiciaire a mis en place *praeter legem* des cellules⁸ spécifiques au sein des juridictions. Le mode administratif renvoie à l'action, non consacrée⁹, des différents organes de l'État auxquels il est confié une mission de détection des entreprises en difficulté¹⁰. Quant au mode privé, les professionnels du secteur privé se sont également investis pour la détection des difficultés des entreprises, en

¹ ADDA (J.-L.), « Détection-prévention des entreprises en difficulté », in mél. A. LAMBERT, LexisNexis, 2014, p. 123-145, sp. p. 137.

² C. com., art. L. 611-2, al. 1^{er}; sur les prérogatives du président du tribunal, v. *supra*, sp. n° 181 s.

³ Pour le commissaire aux comptes, « à l'occasion de ses fonctions », C. com., art. L. 612-3, al. 1^{er}, v. *supra*, sp. n° 430.

⁴ Pour le comité d'entreprise, C. tr., art. L. 2323-50, al. 1^{er}, v. *supra*, sp. n° 123, n. 4bis.

⁵ Pour les GPA, C. com., art. L. 611-1, al. 3, v. n. *infra*, ce paragraphe.

⁶ Pour le président du tribunal, C. com., art. L. 611-2, I.

⁷ Judiciaire, privé ou administratif, v. *supra*, sp. n° 18 et n° 24.

⁸ V. *supra*, sp. n° 229 s.

⁹ Critique, v. *supra*, sp. n° 81.

¹⁰ Par ex., les CODEFI, v. *supra*, sp. n° 4 et n° 79.

développant leurs propres mécanismes¹. Dans chacun des cas, la détection est essentiellement le fait de la pratique. Les textes ne font référence qu'à la mission de détection des groupements de prévention agréés², mais ils sont quasi inexistant en fait³.

287. Pour une nouvelle approche. La restructuration du traitement des difficultés débute logiquement par la phase préalable de détection des difficultés en concevant, en l'occurrence, son renouveau. Il faut reconnaître que le droit des entreprises en difficulté ne la prévoit pas spécifiquement, de manière distincte. Et si la pratique permet d'y parer, il y a un enchevêtrement, une redondance des procédés qui tient à l'absence d'harmonisation, nuisible à la lisibilité et à l'efficacité de la détection. Par conséquent, un renouvellement de la détection s'impose afin de faciliter, d'améliorer et d'accroître la prise en charge des débiteurs défaillants. La détection serait définie pour elle-même, c'est-à-dire comme une phase à part entière, et dans son intégralité, tant dans son aspect actif que passif⁴. Cela suppose d'adopter une nouvelle approche de la matière pour permettre le développement autonome de cette phase, ce qui donnerait lieu à la détermination d'un critère et d'une autorité spécifiques de détection, tout en tenant compte de ses impératifs propres, c'est-à-dire la discrétion et la souplesse. L'enjeu fondamental est en effet de réaliser le juste dévoilement des difficultés de nature à préserver les chances de redressement de l'entreprise⁵, sans porter une atteinte excessive au secret des affaires⁶.

288. Détermination d'un critère de détection. L'approche renouvelée du droit des entreprises en difficulté implique de rechercher un critère susceptible de constituer un point d'entrée unique dans la matière. Autrement dit, dès qu'il est constaté, il pose la question d'un traitement des difficultés, sans être encore défini ou précisé. Ainsi, le critère dégagé doit être assez spécifique pour justifier l'application de règles spéciales, distinctes du droit commun, mais aussi suffisamment général afin de couvrir l'ensemble des procédures de traitement prévues par

¹ Par ex., l'assurance-santé économique des entreprises (ASE) qui met en place une prise en charge des coûts liés à la prévention des difficultés, BRICARD (A.), Tous pour la prévention avec l'assurance santé entreprises, *Lettre de l'OCDE*, 2013/39, p. 1 s. ; MONTÉLAN (T.), BRICARD (A.), et al., Le nouveau droit des entreprises en difficulté : conseils pratiques, par Y. LELIÈVRE, *RPC*, 2014/4, dossier 40 ; sur d'autres initiatives privées, v. *supra*, sp. n° 46, n. 1 ; sur les CIP, v. *infra*, sp. n° 435 ; sur les divers professionnels, v. *infra*, sp. n° 470.

² (GPA), C. com., art. L. 611-1 ; L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 33 ; reposant sur l'initiative privée, libes de forme (sociétaire, association ou autre ; comp. art. D. 611-2) mais nécessitant un agrément administratif (art. D. 611-3 s.) ; BOUKRIS (A.), Les groupements de prévention agréés (Loi du 1^{er} mars 1984), *GP*, 1984, 2, doctr., p. 338-39 ; CHAPUT (Y.), Les groupements de prévention agréés, *PA*, 29 nov. 1985, p. 9 s ; LEGAIS (D.), Les groupements de prévention agréés, in Journée d'étude, Poitiers, 1987, La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application, *JCP E*, 1987, II, 15066 ; PEYRAMAURE (P.), Groupements de prévention agréés, *PA*, 11 mars 1988, p. 16-18 ; ROGER-MACHART (J.), Les groupements de prévention agréés, *PA*, 13 juin 1984, p. 54 s.

³ À l'origine, mission d'information du président du tribunal ; mais face à l'échec du dispositif (absence de création et d'adhésion des chefs d'entreprise, LEGAIS (D.), *loc.cit.* ; SOINNE (B.) Traité précit., sp. n° 89), leur mission de détection judiciaire a été étendue à l'alerte au dirigeant ; néanmoins, ils demeurent d'une grande faiblesse : v. chiffres, rapp. Sénat n° 335, au nom de la commission des Lois, *sur le projet de loi (...) de sauvegarde des entreprises*, J.-J. HYEST (*rapp.*), 11 mai 2005, 869 p., sp. sous art. 3.

⁴ La détection peut s'entendre dans un aspect actif (recherche de renseignements) et aussi, passif (simple révélation des difficultés).

⁵ C'est l'idée que « prévenir, c'est guérir », GALOKHO (C.), Les atteintes à la liberté du commerce (...), *RTD com.*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 4.

⁶ V. *supra*, sp. n° 20, n. 11.

la loi et la diversité des situations de fait. L'actuelle variété des critères du droit des entreprises en difficulté ne permet pas de répondre à cette question. Il serait possible d'en retenir un, regroupant les différents critères existants, sans n'exclure aucun indice susceptible de révéler une difficulté. *L'impossibilité économique d'exécuter* pourrait être ce critère (**Chapitre I**).

289. Désignation d'une autorité de détection. Pour mettre en œuvre ce nouveau critère, une autorité spécifique doit être instituée (**Chapitre II**). Elle ne serait pas judiciaire considérant l'absence de fonctions juridictionnelles à cette étape et le besoin de souplesse et de rapidité¹. C'est alors la voie administrative qui serait choisie et justifiée.

Chapitre I. Un critère unique de détection des difficultés

Chapitre II. Une autorité non judiciaire de détection des difficultés

¹ Sur l'évaluation de la détection judiciaire, v. *supra*, sp. n° 183, n° 185 et n° 229 s.

Chapitre I. Un critère unique de détection des difficultés

290. Critère de détection. Le renouveau de la détection, appréhendée comme étape à part entière dans la restructuration du traitement, nécessite de déterminer un critère approprié pour sa réalisation. En forme d'entonnoir, il doit permettre d'appréhender le plus largement possible toute situation économique caractérisant une difficulté et pour laquelle le droit des entreprises aurait vocation à s'appliquer. Par conséquent, ce même critère unique doit parvenir à couvrir toutes les situations factuelles de défaillance sans exclure, de prime abord, l'une d'elles. Il faut alors rechercher parmi les dispositions du droit des entreprises en difficulté notamment un critère commun susceptible de remplir cette fonction (**Section I**).

291. Utilité du critère. La détermination d'un critère unique dans la détection des difficultés permettrait de faciliter la prise en charge du débiteur défaillant et de sécuriser la mise en œuvre d'une procédure de traitement (**Section II**). Sans encore préciser laquelle, il s'agit seulement de mettre en évidence un état de fait : la défaillance du débiteur. Une certaine unification et harmonisation peuvent en découler, permettant d'impulser au traitement des difficultés un nouvelle approche.

Section I. La détermination du critère

292. Recherche du critère. La détermination d'un critère général d'application des règles du droit des entreprises en difficulté amène une recherche sur le fond du droit. Il faut identifier son fondement¹, autrement dit, ce qui justifie et explique l'édiction de règles spécifiques et, cela,

¹ Sur la méthodologie juridique et l'importance du fondement juridique, BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Puf, 2001, 408 p., sp. p. 102 s. ; DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2015, 3^e éd., sp. n° 43 s. ; également, CAFARELLI (F.), *Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoires en droit public français*, th., J.-L. AUTIN (dir.), Montpellier I, 2007, 589 p., sp. p. 20 s.

au-delà du prisme historique du droit ancien de la faillite¹. Une fois identifié (§ 1), il doit permettre la détection des difficultés et donc présenter un contenu suffisamment large pour ce faire (§ 2).

§ 1. L'identification du critère

293. Plan. C'est à partir du droit des entreprises en difficulté (A) et en tirant du droit civil ses enseignements fondamentaux (B) que le traitement des difficultés peut être appréhendé sous un nouvel angle.

A. L'apport du droit des entreprises en difficulté

294. Approche commune par l'impossibilité économique d'exécuter. Pour chaque procédure de traitement des difficultés, le droit des entreprises en difficulté procède d'un critère de qualification spécifique, qu'il s'agisse entre autres du mandat *ad hoc*, de la conciliation, de la sauvegarde, du redressement ou la liquidation judiciaires². Or, il est recherché un critère permettant de dépasser cette diversité au profit d'une approche commune, générale à l'ensemble des procédures et mesures de traitement des difficultés.

En prenant du recul sur les dispositions du droit des entreprises en difficulté et par une analyse globale du problème, aussi bien en fait qu'en droit, il apparaît qu'est invariablement en cause un débiteur n'étant pas en mesure d'exécuter ses obligations. Le motif tient systématiquement à une insuffisance des moyens en termes économiques et vise invariablement une obligation d'exécuter qui, concrètement, va porter sur un paiement, souvent, une dette d'argent. Bien sûr, à chaque degré de cette impossibilité, correspond une échelle particulière, de sorte que l'absence de moyens, l'étendue de l'incapacité et la consistance de la dette peuvent varier. Mais, globalement, dans toutes ces hypothèses, le fait générateur est identique, soit une *impossibilité économique d'exécuter*.

295. Dispositions du droit des entreprises en difficulté. La notion d'impossibilité retenue transparait à travers les diverses dispositions du droit des entreprises en difficulté qui y font régulièrement référence. Ainsi, le redressement judiciaire s'adresse à tout débiteur qui est

¹ C'est-à-dire un droit réservé à une catégorie restrictive de débiteurs (commerçants), déclenché à partir d'un critère unique (cessation des paiements), dans une seule perspective liquidative et tourné vers une finalité répressive, v. *supra*, sp. n° 2118 et 130.

² Respectivement, C. com., art. L. 611-3, L. 611-4, L. 620-1, L. 631-1 et L. 640-1.

« dans l'impossibilité de faire face au passif exigible »¹. La liquidation judiciaire est ouverte à tout débiteur « dont le redressement est manifestement *impossible* »². La cession de l'entreprise est ordonnée « si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement »³. Et même si le renvoi n'est pas exprès, d'autres expressions s'y rapportent significativement. Par exemple, la sauvegarde repose sur la demande du débiteur qui « justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »⁴. La conciliation admet, elle, un état - limité - dans lequel le débiteur cesse ses paiements⁵. Bien qu'exprimée à un moindre degré, il y a, pour chaque procédure, l'idée d'une impossibilité d'exécuter, au moins conformément à l'obligation ou en partie. Elle apparaît être le trait commun à l'ensemble des procédures collectives.

296. Rapprochement avec les dispositions d'autres branches du droit : le surendettement. Sous l'angle de l'impossibilité économique d'exécuter, l'approche se révèle en réalité plus large que le domaine du droit des entreprises en difficulté. En retenant comme critère d'application la seule situation économique de défaillance, le cas du débiteur particulier vient intégrer l'hypothèse. En effet, l'impossibilité économique d'exécuter est aussi connue du droit de la consommation. La référence légale est expresse, claire et nette, puisque les textes disposent que le surendettement est caractérisé par « l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes »⁶. La même idée d'impossibilité, ici de payer ses dettes, transparaît. Elle est au demeurant en lien avec l'évolution du surendettement lui-même qui ne résulte plus d'une accumulation excessive de crédits à la consommation⁷, mais davantage d'un état passif⁸, cause d'une précarité sociale, comme en atteste la recodification de ses dispositions⁹.

297. Droit européen et international. Au fond, c'est l'ensemble du droit de l'insolvabilité qui se trouve concerné. Terme propre à la législation européenne¹⁰ - alors même qu'elle ne le

¹ C. com., art. L. 631-1, al. 1^{er}.

² C. com., art. L. 640-1, al. 1^{er} et de même, art. L. 631-5, al. 3.

³ C. com., art. L. 631-22, al. 1^{er}.

⁴ C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er} ; de plus, le débiteur demande « la conversion en redressement judiciaire si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement *impossible* », art. L. 622-10, al. 2 et « si le redressement est manifestement *impossible*, une procédure de liquidation judiciaire. », art. L. 626-27, al. 3.

⁵ C. com., art. L. 611-4.

⁶ C. consom., art. L. 711-1, al. 1^{er}.

⁷ Dans les années 1980 avec la libéralisation financière et l'encadrement du crédit, les ménages et particuliers recourent à l'endettement comme mode courant de consommation et d'accès à la propriété immobilière, GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, th. précit., sp. n° 35 s.

⁸ Sur le changement de nature du surendettement, v. *infra*, sp. n° 398 ; le rapprochant de la véritable *impossibilité* de payer, MORRIS-BECQUET (G.), *L'insolvabilité*, th. précit., p., sp. n° 2.

⁹ Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016 précit. qui dissocie désormais surendettement (C. consom., Livre VII) et crédit (Livre III) ; comp. anc. Titre III ; critique, CLARET (H.), PAISANT (G.), La nouvelle codification administrative du droit de la consommation (...), *JCP G*, 2016/27, *op. cit.*, sp. n° 14.

¹⁰ Règl. UE, n° 2015/848, 20 mai 2015, *relatif aux procédures d'insolvabilité*, précit. ; v. *supra*, sp. n° 6, n. 12.

définit pas¹ -, de même qu'à celle internationale², l'insolvabilité est une notion générale se définissant précisément comme l'« impossibilité globale de payer »³ ou encore, une « impossibilité durable de règlement »⁴ et autrement, comme un empêchement « insurmontable »⁵, voire une « incapacité du débiteur à faire face »⁶. Ainsi, elle ne désigne pas particulièrement un type de débiteur ou un degré précis de difficulté, mais elle fait de l'impossibilité une notion centrale dans la définition de l'insolvabilité. Cela s'explique par sa racine latine *insolubilis*, signifiant « Qui ne peut payer ce qu'il doit »⁷. Il est communément bien question de « pouvoir »⁸, d'aptitude du débiteur à tenir ses engagements, ce qu'il est possible d'exécuter ou non.

298. Conclusion et transition. À la lumière des dispositions du droit des entreprises en difficulté et, d'une manière générale, de l'insolvabilité, la notion d'impossibilité apparaît être le fondement commun et spécifique de cette législation. Il faut dire que la notion d'impossibilité est connue généralement du droit civil.

B. L'apport de la théorie générale des obligations

299. Obligation d'exécuter, inexécution. Le paiement de la dette n'est autre que l'exécution d'une obligation à laquelle tout débiteur est tenu⁹, contractuellement ou par l'effet

¹ Il renvoie aux procédures inscrites en Annexe A (règl. 20 mai 2015 précit., art. 2, 4) ; il faut déduire la définition des éléments retenus par le texte (not. art. 1^{er}), MENJUCQ (M.), Un élargissement du champ d'application essentiellement procédural, *RPC*, 2015/1, dossier 2 ; et dans le même numéro, LENZING (K.), La nouvelle définition des procédures d'insolvabilité couvertes par le champ d'application du règlement « Insolvabilité », dossier 3.

² Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) *sur l'insolvabilité internationale*, 30 mai 1997 (ci-après « Loi-type sur l'insolvabilité ») ; et guides d'interprétation, par ex. : Guide pour l'incorporation et l'interprétation, 2013 ; POILLOT-PERUZZETTO (S.), Les méthodes de la CNUDCI, le choix de l'instrument, in Actes du colloque, La CNUDCI, à propos de 35 ans d'activité, *PA*, 18 déc. 2003, p. 43 s. ; VALLENS (J.-L.), La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, *D.*, 1998, chron., p. 157 s. et Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ?, *D.*, 2004, p. 2420 s. ; là encore, l'insolvabilité n'est pas circonscrite à une définition expresse et stricte (art. 2).

³ KHARROUBI (K.), Réflexions sur la notion d'insolvabilité dans le droit français des procédures collectives, *PA*, 1^{er} fév. 1985, p. 20.

⁴ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 439 ; « La défaillance correspond à un phénomène banal consistant pour un débiteur à ne pas payer ses dettes soit en raison d'une impossibilité l'en empêchant », VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 2.

⁵ GOUNON (S.), *L'insolvabilité en droit privé*, th. précit., sp. n° 2 ; MORRIS-BECQUET (G.), th. précit. ; VALLENS (J.-L.), De la cessation des paiements à l'insolvabilité, *JCP G*, 2008, I, 148 et *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, op. cit., sp. n° 40.

⁶ MAILLY (M.), *L'application du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité aux groupes de sociétés : approches française et anglaise*, th., D. FASQUELLE et S. VIGNERON (dir.), Lille 2, 2014, 615 p., sp. p. 189 ; également, FRANCO (O.), th. précit., sp. n° 391 s.

⁷ *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. « Insolvabilité, insolvable » ; d'où la définition de l'insolvabilité comme l'« incapacité à payer générale et durable », plus en conformité avec l'éthymologie du terme, HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, th. précit., sp. n° 47 ; cela correspond par ailleurs à la définition de l'insolvabilité du droit anglais qui retient dans l'*Insolvency Act* de 1986 l'incapacité du débiteur à payer ses dettes (*inability to pay debts as they fall due*), MAILLY (M.), th. précit., sp. p. 189.

⁸ GOUNON (S.), th. précit., sp. n° 2.

⁹ L'obligation prenant fin par le paiement ; C. civ., art. 1342 ; c'est la maxime : *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* ; sur le paiement, not. : CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, th., J. CARBONNIER (préf.), LGDJ, 1961, 353 p. ; GRUA (F.), « L'obligation et son paiement », in mél. Y. GUYON, op. cit., sp. p. 483 ; MIGNOT (M.), LASSERRE CAPDEVILLE (J.) (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, 2014, 298 p. ; et sur l'impayé, PERRU (E.), *L'impayé*, th., G. GOUBEUX (préf.), LGDJ, 2005, 668 p., sp. n° 2 ; sur le lien d'obligation, v. *supra*, sp. n° 31 s.

de la loi. À défaut de réalisation volontaire, le droit est un recours pour le créancier insatisfait qui pourra forcer le débiteur à ce paiement. Or, dans l'hypothèse présente, les voies d'exécution forcée sont vaines¹ contre le débiteur insolvable qui n'a, précisément, plus les moyens économiques de s'exécuter. La contrainte est inutile², ce qui n'est pas sans rappeler l'adage³ d'après lequel il pourrait être dit qu'à l'impossible, nul ne peut être forcé et, surcroît, tenu. Dès lors, « le concept d'endettement suggère un retour aux sources du droit des obligations »⁴.

300. Réponse juridique. L'impossibilité d'exécuter du débiteur appelle nécessairement une réponse du droit en ce qu'elle contrarie profondément le caractère impératif de l'obligation et, plus généralement, de la règle de droit⁵. C'est une « pathologie du rapport obligatoire »⁶ que rappelait particulièrement Ripert⁷. De sorte que l'impossibilité d'exécuter ne peut conduire, en droit des obligations, à une « inexécution licite »⁸ qu'en cas de force majeure (1), ou, à tout le moins, à une révision des obligations contractuelles en cas d'imprévision (2). Une recherche sur ces deux éléments de la théorie générale des obligations⁹ permettrait, peut-être, d'éclairer¹⁰ le fondement du droit des entreprises en difficulté.

¹ De droit commun, C. proc. ex., art. L. 111-1 s. ; d'une manière générale, CAYROL (N.), *Droit de l'exécution*, LGDJ, 2013, sp. n° 13.

² Au sens juridique ; sur la contrainte physique, v. *supra*, sp. n° 34, n. 4 ; sur « l'utile et l'impossible » à propos des sanctions de l'inexécution, LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th., H. MUIR WATT (préf.), LGDJ, 2004, 660 p., sp. n° 236 s.

³ *Impossibilium nulla obligatio ; ad impossibilia nemo tenetur*, *Lexique juridique des expressions latines* précit. ; également, ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 1999, 4^e éd., sp. n° 18 et n° 166 ; sur cet adage, CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. 4, Puf, 1994, sp. n° 4 : « Le possible » ; RABEL (E.), « Origine de la règle “*Impossibilium nulla obligatio*” », in mélanges A.-C. GÉRARDIN, éd. L. Larose et L. Tenin, 1907, p. 473-512, sp. p. 499 s. ; en jurisprudence, par ex. : Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-60.520 ; *Bull.*, V, n° 199 ; *RJS*, 2009/12, p. 835 ; *JCP S*, 2009/46, p. 38, n. L. DAUXERRE.

⁴ REYGROBELLET (A.), *Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises (...)*, *RTD com.*, 2001, *op. cit.*, sp. n° 7.

⁵ Respect des conventions, *pacta sunt servanda* ; C. civ., art. 1103 (anc. art. 1134, al. 1-2).

⁶ GJIDARA (S.), th. précit., sp. n° 430 ; cela entame la sécurité juridique et d'une manière générale, la qualité de la démocratie et la vie en société, VERKINDT (P.-Y.), *La sécurité juridique et la confection de la loi*, *Dr. social*, 2006, p. 720 s.

⁷ RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité de droit civil* précit., sp. n° 701, p. 304-305 ; RIPERT (G.), *Le droit de ne pas payer ses dettes*, *D. H.*, 1936, chron. 57, sp. n° VI ; sur cette dernière formule, ANCEL (P.), *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?*, in Actes du colloque, *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *DP*, mai 1998, p. 88 s. ; PUTMAN (E.), *Retour sur « le droit de ne pas payer ses dettes »*, in *Memoriam G. RIPERT*, *RJJ*, 1994/1, p. 109 s. ; VOINOT (D.), « Les droits du contractant vulnérable à l'épreuve des procédures collectives », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larquier, 2016, p. 63-72.

⁸ CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, th., J. GHESTIN et D. MAZEAUD (préf.), LGDJ, 2002, 548 p., sp. n° 1.

⁹ Considérée comme fondamentale, GRUA (F.), *Les divisions du droit*, *RTD civ.*, 1993, p. 59 s., sp. n° 9-10 ; TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 10^e éd., sp. n° 104 ; SÉRIAUX (A.), v. « Droit civil », in *Dictionnaire de la culture juridique* précit., p. 435-439, sp. p. 435-436

¹⁰ Soulignant l'intérêt de se référer aux principes généraux du droit civil et, particulièrement, des obligations et des contrats pour comprendre les règles du droit commercial, RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), *Traité de droit des affaires* précit., sp. n° 3 ; de même, « On ne peut comprendre le droit commercial que si l'on connaît aussi le droit civil. », GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, *op. cit.*, sp. n° 9 ; car « les principes généraux du droit civil se dispersent inévitablement dans d'autres matières spécialisées », BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, sp. n° 90.

1. Les apports de la théorie de la force majeure

301. Impossibilité d'exécuter et force majeure. Le droit civil connaît et appréhende l'impossibilité d'exécution. Il le fait notablement au travers de la force majeure. Si la théorie est ancienne¹, comme pour le souligner, la réforme du droit des obligations² consacre une nouvelle section expressément intitulée : « L'impossibilité d'exécuter »³, au sein de laquelle est définie⁴ la force majeure⁵.

302. Définition de la force majeure. La théorie de la force majeure⁶ reposait originellement⁷ sur un triptyque d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité de l'événement alors qualifié de force majeure. D'une manière générale, elle constitue pour le débiteur un obstacle à s'exécuter aboutissant à l'exonération de toute responsabilité⁸. Toutefois, ses caractères sont discutés⁹.

¹ EXNER (A.), *La notion de force majeure, Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, th., E. SELIGMAN (trad.), 1892, 132 p. ; en jurisprudence, consacrant son autonomie, Cass. ch. réun., 13 févr. 1930, *aff. Jand'heur* ; DP, 1930, 1, p. 57, n. G. RIPERT.

² Ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016 précit. ; not., BÉNABENT (A.), AYNÈS (L.) (dir.), Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, Actes du colloque, *RDC*, 2016/ hors-série et auteurs de : Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, *D.*, 2016, p. 434-437 ; CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, 1093 p. et Blog de la Réforme, Dalloz (en ligne) ; MAINGUY (D.), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JCP E*, 2016/7, act. 151 et sous sa dir., Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, UMR-CNRS 5815, 340 p. (livre électronique) ; MEKKI (M.), L'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le volet des contrats, l'art de refaire sans défaire, *D.*, 2016, p. 494 s.

³ C. civ., Titre IV, Chap. IV : « L'extinction de l'obligation », Section 5 : « L'impossibilité d'exécuter », art. 1351 s. ; ord. 10 fév. 2016 précit., art. 3.

⁴ Donnant l'occasion d'une définition légale et non plus jurisprudentielle.

⁵ En matière contractuelle, « événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées » et qui empêche l'exécution de l'obligation ; Si l'empêchement est temporaire, l'exécution est « suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 », C. civ., art. 1218, al. 1-2 ; BOUCARD (H.), Article 1218 : la force majeure contractuelle, *RDC*, 2015, p. 779 s. ; BROS (S.), La force majeure, *DP*, 2016/259, p. 40 s. ; CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *loc. cit.*, sp. n° 617 s. ; LAOITHIER (Y.-M.), Les règles relatives à l'inexécution du contrat, *JCP G*, 2015/21, n° suppl., p. 47 s., sp. n° 8 s. ; OUDOT (P.), Des remèdes aux sanctions : le retour de la faute au galop !, *JCP G*, 2016/26, doct. 769, sp. n° 5 s. ; MEKKI (M.), Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, *GP*, 2015/120, sp. n° 4 s.

⁶ Elle fait l'objet d'une importante littérature, not. : ANTONMATTEI (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, th., B. TEYSSIE (préf.), LGDJ, 1992, 315 p. ; MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, t. 2, F. CHABAS (éd.), Montchrestien, 1998, 9^e éd., sp. n° 573 s. ; MOURY (J.), Force majeure : éloge de la sobriété, *RTD civ.*, 2004, p. 471-480 ; TERRE (F.), SMILER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, op. cit.*, sp. n° 581 s. ; ROBACZEWSKI (C.), « La force majeure », in D. MAZEAUD (dir.), *Droit de la responsabilité, Lamy*, actualisation 2016, sp. n° 273.

Sur l'assimilation du cas fortuit (C. civ., anc. art. 1148), THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, th., L. AYNÈS (préf.), Economica, 2011, sp. n° 226 et n° 236.

⁷ Dès le Code civil de 1804, THIBIERGE (L.), th. précit., sp. n° 246-247 ; également, BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 1, L. BARDE (collab.), Sirey, 1906-1908, 3^e éd., sp. n° 456 s.

⁸ C. civ., art. 1231-1 et v. art. 1351 ; comp. anc. art. 1148 ; responsabilité contractuelle (éteint l'obligation) et délictuelle (ne donne pas lieu à dommages-intérêts), ZUYLEN (J.), « Du fait justificatif à la force majeure, les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », in méf. N. SIMAR, *Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurance*, Anthemis, 2013, p. 263 s.

⁹ Pour un autre triptyque : inévitabilité, irrésistibilité et imprévisibilité, ANTONMATTEI (P.-H.), Ouragan sur la force majeure, *JCP G*, 1996, I, 3907 ; AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), Le retour à la condition d'imprévisibilité pour caractériser la force majeure contractuelle, *DP*, 2006/152, p. 99-101.

Pour un autre diptyque : extériorité et inévitabilité, LE MAGUERESSE (Y.), *Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations*, th., P. LE TOURNEAU et D. R. MARTIN (préf.), PUAM, 2007, 692 p., sp. n° 153.

Pour une harmonisation des différents critères, LE MAGUERESSE (Y.), De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle, *PA*, 6 juill. 2006, p. 14-22 ; MEKKI (M.), La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, *RLDC*, 2006/29, p. 17-23.

L'extériorité¹ apparaît délaissée², l'imprévisibilité est relativisée³ et l'irrésistibilité se révèle prégnante⁴, ce qui aboutit à une « loterie judiciaire de la force majeure » comme le relevait le professeur Viney⁵. Quoiqu'il en soit, il est possible de considérer que la force majeure n'est qu'une « application de bon sens » de l'adage « à l'impossible, nul n'est tenu »⁶, lequel lie fondamentalement irrésistibilité et impossibilité d'exécuter⁷. Ainsi, l'impossibilité d'exécuter est au cœur de la force majeure. Quoiqu'il en soit, la conséquence est l'extinction de l'obligation⁸. Parce que « le possible tempère l'exigible, le pouvoir et le devoir »⁹, l'impossibilité agit sur le caractère impératif de l'obligation.

303. Force majeure et insolvabilité. Ces éléments rappelés, il pourrait être tenté d'appliquer la théorie de la force majeure en cas d'insolvabilité. À ce propos, le droit romain réservait la procédure de *cessio bonorum* - vente globale des biens aux créanciers - aux débiteurs en mesure de démontrer que leur insolvabilité était le résultat d'un cas de force majeure¹⁰. La conception de la force majeure paraît profondément éloignée dans le droit

¹ L'extériorité est originellement rattachée à l'idée de faute du débiteur, EXNER (A.), th. précit., sp. p. 95-96 ; ANTONMATTEI (P.-H.), th. précit., sp. n° 36 ; elle doit donc se réaliser « hors la sphère dont le débiteur doit répondre », c'est une cause de « non-imputabilité » MAZEAUD (H., L. et J.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, H. Capitant (préf.), Montchrestien, 1970, 6^e éd., sp. n° 1461.

Toutefois, la maladie du débiteur, imprévisible et irrésistible, est reconnue comme cas de force majeure alors qu'elle est, par définition, « interne » à la personne du débiteur, MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, op. cit., sp. n° 873-876 ; de même à propos de la grève interne d'une entreprise, suscitée par un mouvement de contestation d'ampleur de ses propres employés, ANTONMATTEI (P.-H.), Quand la grève devient un cas de force majeure, n. sous Cass. 1^{ère} civ. 11 juin 1996, *Dr. social*, 1997, 377 ; par ex., Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-18.215 ; *Bull.*, V, n° 16 ; *D.*, 2000, p. 53 ; *Cah. sociaux du Barreau de Paris*, 2000/119, p. 492, n. C. CHARBONNEAU ; *Dr. social*, 2000, p. 404, n. A. CRISTAU.

² Alors que certains auteurs tels que Domat ou Pothier avaient pu placer ce critère au cœur de la théorie (THIBIERGE (L.), th. précit., sp. n° 236, 243), l'analyse ultérieure du triptyque en a relativisé la portée ; aboutissant à son rejet par une partie de la doctrine, RODIÈRE (R.), « La responsabilité civile », in C. BEUDANT (dir.), *Cours de droit civil français*, t. 9^{bis}, R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (éd.), Rousseau, 1952, 2^e éd., sp. n° 1414 ; RADOUANT (J.), *Du cas fortuit et de la force majeure*, Rousseau et C^{ie}, 1920, 178 p., sp. p. 223 ; la jurisprudence n'y faisant plus systématiquement référence, par ex. : Cass. AP, 14 avril 2006, n° 04-18.902 et 02-11.168 (2^e esp.) ; *Bull. AP*, n° 5-6 ; *D.*, 2006, 2638, n. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RCEA*, 2006/6, p. 5, n. L. BLOCH ; *D.*, 2006, p. 1131, n. I. GALLIMESTER ; *GP*, 2006, 2496, concl. R. DE GOUTTES ; *JCP*, 2006, II, 10087, n. P. GROSSER ; *Deffrénois*, 2006, 1212, n. E. SAVAUX ; le commentaire de la réforme du droit des obligations retient son abandon, rapp. au prés. Rép., relatif à l'ord. n° 2016-131 (...), sp. sous la sect. 5 ; toutefois, la nouvelle définition (C. civ., art. 1218, al. 1^{er}) pourrait encore y faire écho par la condition d'un « événement échappant au contrôle du débiteur », à condition de l'entendre au sens de « non-imputabilité », v. n. *supra* ; GROSSER (P.), Observations, *PA*, 4 sept. 2015, p. 78-95.

³ Reprenant l'exemple de la maladie, est censuré l'arrêt de la cour d'appel qui avait pu juger que, considérant l'âge avancé, la maladie n'était pas imprévisible et qu'il n'y avait donc pas de force majeure, Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 2002, n° 99-21.203 ; *Bull.* I, n° 258 ; CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), op. cit., sp. n° 617.

⁴ Not., VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, J. GESTHIN (dir.), LGDJ, 2013, 4^e éd., sp. n° 395-396 ; JOURDAIN (P.), Force majeure : la prééminence de l'irrésistibilité et le rôle de l'imprévisibilité ou de l'inévitabilité, *RTD civ.*, 1998, p. 12 s. ; cela ne signifie pas que sa définition soit plus aisée : par ex., distinguant l'irrésistibilité dans la survenance ou dans ses effets, BOUCARD (H.), Article 1218 (...), *RDC*, 2015, op. cit.

⁵ VINEY (G.), La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ?, *RDC*, 2006/4, p. 1207 s.

⁶ V. *supra*, sp. n° 299, n. 3.

⁷ Étant précisé qu'il s'agit d'une impossibilité absolue ; par ex., Cass. 3^e civ., 22 janv. 2014, n° 12-28.246 ; *Bull.*, III, n° 6 ; *GP*, 2014, p. 28, n. D. HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2014, 1351, n. J.-B. SEUBE et P. GRIGNON ; et non une simple difficulté accrue ou un surcoût, civ., 4 août 1915, *aff. Maison Agnès c/ Dlle Maalderinck* ; *DP*, 1916, I, p. 22 ; *Dr. social*, 1916, I, p. 17, n. WAHL ; *adde. com.*, 12 nov. 1969 ; *JCP G.*, 1971, II, 16791, n. M. DE JUGLART et E. DU PONTAVICE ; de même qu'elle doit être totale et ne pas seulement engendrer une inexécution partielle, être permanente et non simplement temporaire ; encore, le débiteur doit avoir pris toutes les mesures pour éviter la réalisation de l'événement et doit être motivée ; pour l'ensemble, SAINT-PAU (J.-C.), Droit à réparation, Exonération de la responsabilité contractuelle, Inexécution imputable à une cause étrangère, *Jcl. civ.*, fasc. 11-30, sp. n° 10-14.

⁸ Not. RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité précit.*, sp. n° 686.

⁹ CORNU (G.), *L'apport des réformes récentes du Code à la théorie du droit civil*, Les cours de droit, 1971, 240 p., sp. p. 237.

¹⁰ RENAUT (M.-H.), La déconfiture du commerçant - du débiteur sanctionné au créancier victime, *RTD com.*, 2000, p. 533 s., op. cit.

moderne de la défaillance du débiteur insolvable. Il est pourtant possible de souligner des éléments dans l'affinement de la théorie qui semblent être d'une certaine proximité, au moins du point de vue du raisonnement.

C'est le cas d'une jurisprudence des années 1970. La Cour de cassation, au titre de violences de fait, reconnaît dans la mise au chômage un cas de force majeure car il y a là, pour le débiteur, une impossibilité à s'exécuter¹. Le raisonnement était le suivant : la perte de l'emploi et, plus concrètement, la privation de ressources financières, engendre de graves difficultés plaçant, de fait, le débiteur dans une situation d'incapacité à respecter ses engagements. La reconnaissance d'un cas de force majeure dans le chômage² permettait alors au débiteur, dans l'impossibilité de s'exécuter, de se délier de ses obligations, en l'occurrence, du paiement d'une somme d'argent³. Cependant, le législateur a mis un terme à cette interprétation⁴ en adoptant des dispositions spéciales en matière de crédit⁵.

Une autre solution jurisprudentielle peut encore être relevée. Sous l'empire de l'ancien Code pénal⁶, l'insolvabilité du débiteur d'aliments était susceptible de constituer un fait justificatif du délit d'abandon de famille dès lors lorsqu'elle relevait d'une impossibilité absolue, présentant les caractères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité propre à la contrainte⁷. Dans cette hypothèse précise, le débiteur peut avancer son insolvabilité comme cas de force majeure l'empêchant d'exécuter son obligation⁸.

304. Rejet de la force majeure. En dehors de ces exemples particuliers, l'assimilation de la défaillance du débiteur insolvable à la force majeure atteint ses limites. Elle ne paraît pas tenable. D'une part, l'application de la théorie aux difficultés économiques est extensive au

¹ « Attendu qu'en statuant de la sorte, sans recherche si l'état de chômage, invoqué par X dans ses conclusions, n'était pas un événement de nature à l'empêcher d'exécuter ses obligations, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé. », Cass. 3^e civ., 19 avril 1972, n° 71-10.505 ; *Bull. civ.*, III, n° 247, p. 117 ; *D.*, 1973, 205, n. H. SOULEAU ; *RTD civ.*, 1973, p. 581, n° 11, n. G. DURRY ; et sur renvoi : CA Orléans, aud. sol., 25 oct. 1973 ; *GP*, 1969, 2, som., p. 45 ; *D.*, 1974, 66, n. H. SOULEAU ; puis sur 2^e pourvoi (rejeté) : Cass. 3^e civ., 10 avril 1975, n° 74-10.379 ; *Bull. civ.*, III, p. 87, n° 115 ; *RTD civ.*, 1976, 151, n° 21.

² Comp. cas de la maladie du débiteur (v. *supra*, sp. n°, n.) ; par ex., à propos d'un élève en cours d'année : « cette maladie, irrésistible, constituait un cas de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci », lui permettant alors de s'exonérer des frais de scolarité, Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1998, n° 96-13.316 ; *Bull.*, I, n° 53, p. 34 ; *D.*, 1998, p. 539, n. D. MAZEAUD ; *JCP G*, 1998, II, 10124, n. G. PAISANT ; v. NOGUÉRO (D.), La maladie du débiteur cas de force majeure, *D.*, 2006, 1566 ; WILLMANN (C.), Le chômage du débiteur, *RDSS*, 1998, p. 691 s. ; cependant, depuis Cass. AP, 14 avril 2006 précit., cette solution est exclue.

³ WILLMANN (C.), Le chômage du débiteur, *RDSS*, 1998, p. 691 s., sp. n° 3.

⁴ MOURY (J.), Force majeure (...), *RTD civ.*, 2004, *op. cit.*, sp. n° 29.

⁵ Par ex., l'exécution peut être suspendue par ordonnance du juge d'instance « notamment en cas de licenciement » L. n° 78-22, 10 janv. 1978, art. 8 ; *JORF*, 11 janv., p. 299 ; en matière immobilière, L. n° 79-596, 13 juill. 1979, art. 14 ; *JORF*, 14 juill., p. 1836.

⁶ CP, anc. art. 357.

⁷ L'ex-époux en LJ et cessant de verser la rente compensatrice à son ex-épouse, CA Aix-en-Provence, 5 sept. 2001, n° 1314/D/2001 ; DE LAMY (B.), L'insolvabilité comme cause d'exonération de la responsabilité pénale, *Dr. famille*, 2002/6, comm. 72.

⁸ REBUT (D.), Abandon de famille (synthèse du contentieux), *Dr. famille*, 2000/2, chron. 3.

regard des critères constitutifs¹, voire excessive par rapport à l'appréciation *in abstracto*². D'autre part, l'atteinte à la force obligatoire est trop importante³. La sécurité juridique⁴ doit primer sur les solutions pratiques⁵. Il faut dire que, par nature, l'objet de l'insolvabilité est un obstacle à généraliser l'assimilation.

305. L'argent, chose non périssable. C'est ainsi que, s'agissant d'obligations monétaires, il est considéré que la force majeure ne peut jouer « car il est toujours possible au débiteur de se procurer des espèces sonnantes et trébuchantes, chose de genre par excellence »⁶, c'était déjà l'un des enseignements de Pothier⁷. La Cour de cassation a consacré expressément cette solution en 2014 en affirmant doctement⁸ que « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure »⁹. Par une application stricte de la règle concernant les choses fongibles¹⁰ à propos desquelles l'argent illustre une fongibilité parfaite¹¹, il n'existe pas de « force majeure

¹ Par ex., dans l'hypothèse du chômage : le débiteur qui est dans cette situation (non extériorité) peut retrouver un emploi (non irrésistibilité), elle est de plus ordinaire dans une économie de marché (non imprévisibilité) ; il y avait là une grande souplesse à admettre la force majeure, PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th., G. COUTURIER (préf.), LGDJ, 1989, sp. n° 186.

² Classique pour la force majeure ; sur sa signification, ANTONMATTEI (P.-H.), th. précit., sp. n° 107 s. ; THIBIERGE (L.), th. précit., sp. n° 239 ; TUNC (A.), Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, *RTD civ.*, 1945, p. 243 s., sp. n° 16-17 ; VOIRIN (P.), *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, th., F. GÉNY (dir.), Nancy, Impr. Vagner, 1922, 307 p., sp. p. 84 ; pour des tempéraments, TUNC (A.), La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle, *Journal (belge) des tribunaux*, 16 juin 1946, p. 313 s., sp. p. 317, n° 22 et v. n° 20 ; tenant incidemment compte de la conjoncture de l'espèce, DEJEAN DE LA BATIE (N.), *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, th., H. MAZEAUD (préf.), LGDJ, 1965, sp. n° 4.

³ Par ex., faisant primer la force obligatoire du contrat face à la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde dans le but d'imposer au prêteur la modification d'une clause devenue plus onéreuse, CA Paris, 25 fév. 2010, n° 09/22756 ; *D.*, 2010, p. 579, n. R. DAMMAN et G. PODEUR ; *Act. proc. coll.*, 2010/8, repère 112, n. B. SAINTOURENS ; *GP*, 2010, p. 13, n. P.-M. LE CORRE ; sur l'imprévision, v. *infra*, sp. n° 308 s.

⁴ L'insolvabilité ne saurait constituer une condition résolutoire tacite générale, GOUNON (S.), th. précit., sp. n° 405.

⁵ Par ex., l'absence de législation sur le surendettement pouvait expliquer les solutions jurisprudentielles admettant la force majeure pour libérer le débiteur ; critique, ANTONMATTEI (P.-H.), th. précit., sp. n° 176 ; PIOTRAUT (J.-L.), L'impossibilité d'exécuter un contrat, *PA*, 20 mai 1994, n° 60, sp. n° 31.

⁶ PAISANT (G.), Contrat de scolarité : caractère de force majeure de la maladie et caractère abusif de la clause relative au paiement du prix, n. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1998, *JCP G.*, 1998/30, II, 10124, sp. n° 6 ; également, CHABAS (F.), GRÉAU (F.), « Force majeure », *Rép. civ.*, sp. n° 47 ; GROSSER (P.), Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matières délictuelle et contractuelle, *JCP G.*, 2006/23, II, 10087.

⁷ « L'extinction des obligations par l'extinction de la chose due ne peut tomber sur les obligations d'une somme d'argent ou de quelque quantité », POTHIER (R. J.), *Traité des obligations*, J.-L. HALPÉRIN (préf.), Dalloz, 2011, 469 p., sp. n° 658 ; v. THIBIERGE (L.), th. précit., sp. n° 242.

⁸ Sans motivation plus approfondie, CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, sp. n° 622.

⁹ Maladie grave ayant contraint le débiteur à cesser de travailler, remettant en cause son engagement de caution solidaire auprès de la banque, Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306 ; *Bull.*, IV, n° 118 ; *RTD civ.*, 2014, p. 890, n. H. BARBIER ; *JCP N.*, 2014/14, p. 33, chron. R. BOFFA ; *Rev. sociétés*, 2015, p. 23, n. J. CHRISTOPHE ; *D.*, 2014, p. 2217, n. J. FRANÇOIS ; *RDC*, 2015/1, p. 21, n. Y.-M. LAITHIER et p. 27, n. O. DESHAYES ; *RLDC*, 2014, p. 15, n. C. LE GALLOU et p. 36, n. J.-J. ANSAULT ; *RDB*, 2014, p. 39, n. D. LEGEAIS ; *JCP G.*, 2014, p. 1117, n. V. MAZEAUD ; *JCP E.*, 2014, p. 1157, n. V. MAZEAUD ; *DP*, 2015, p. 85, n. J.-P. MATTOUT et Z. PRÜM ; *JCP G.*, 2014, p. 2034, n. P. SIMLER et P. DELEBECQUE ; toutefois, sur la maladie (rejet), v. Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1998 précit.

¹⁰ *Genera non pereunt, Lexique juridique des expressions latines* précit. ; aussi, *incendium oere alieno non exuit debitorem* (le débiteur d'une somme d'argent n'est point libéré par l'incendie de ses effets).

¹¹ La pièce de monnaie est identique à toute autre et l'argent constitue un genre inépuisable dans le monde, RADOUANT (J.), *Du cas fortuit et de la force majeure*, th. précit., sp. p. 44-45 et v. p. 37-38 ; également, LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, th., P. MAYER (préf.), LGDJ, 1992, 423 p., sp. n° 469 s.

financière »¹ ni « économique »². Le débiteur en état de défaillance pour cause d'insolvabilité ne peut donc pas appeler la force majeure à son secours pour se libérer de ses engagements parce qu'il n'y a jamais une réelle *impossibilité* au sens juridique³, mais une difficulté⁴.

Or, le raisonnement tiendrait de l'absurde comme le reconnaît Radouant⁵ par l'affirmation absolue⁶ selon laquelle l'argent ne manque jamais et, donc, qu'il ne peut y avoir *impossibilité*⁷. Pour l'insolvable, c'est s'interroger concrètement sur ses alternatives en l'absence de ressources financières⁸. Le crédit, soumis à l'accord des établissements bancaires prêteurs, ne permet pas en toute hypothèse d'y suppléer⁹. De manière réaliste, cet état peut constituer un obstacle insurmontable pour le débiteur et, de fait, irrésistible à se procurer de nouvelles espèces. L'existence d'une législation spécifique du surendettement¹⁰ avec notamment l'effacement des dettes¹¹, tend à faire montre de cette réelle impossibilité pour le débiteur en situation d'insolvabilité¹². La règle *genera non pereunt* doit, dans son cas, être tempérée. C'est ce que concédait Carbonnier : le rejet de l'impossibilité économique en raison de la règle concernant les choses de genre est l'un « des postulats, sur lesquels le droit lui-même est sans illusion (il sait que l'insolvabilité existe) »¹³.

306. Cas du placement de l'entreprise en procédure collective. Si la force majeure n'est pas applicable à la situation d'insolvabilité faute d'irrésistibilité, les autres caractères de la force majeure ne paraissent pas être d'un plus grand secours. Par exemple, le placement de l'entreprise en procédure collective¹⁴ n'était pas constitutif d'un cas de force majeure à défaut d'extériorité¹⁵ et d'imprévisibilité¹⁶. Ainsi, la Cour de cassation a pu rappeler que l'ouverture

¹ BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, 2016, 15^e éd., sp. n° 347 ; également, ANTONMATTEI (P.-H.), th. précit., sp. n° 84 ; DURRY (G.), Pas de force majeure dite financière, n. sous Cass. com., 23 janv. 1968, *RTD civ.*, 1969, p. 136-137 ; en jurisprudence, par ex. : « les difficultés financières et de fonctionnement de l'association ne pouvaient à elles seules caractériser la force majeure », Cass. soc., 20 fév. 1996, n° 93-42.663 ; *Bull.*, V, n° 59, p. 42 ; *D.*, 1996, jur., p. 633, n. C. PUIGELIER.

² FRANÇOIS (J.), Force majeure et exécution d'une obligation monétaire, *D.*, 2014, p. 2217-2221, sp. n° 12.

³ DREVEAU (C.), Sort de l'obligation devenue impossible à exécuter, *AJDI*, sept. 2009, p. 611 s. ; ANTONMATTEI (P.-H.), th. précit., sp. n° 84.

⁴ CHABAS (F.), GRÉAU (F.), *op. cit.*, sp. n° 45, lesquels renvoient à la théorie des risques, voire à l'imprévision, v. *infra*, sp. n° 308 s.

⁵ Sur la prétention qu'il n'existerait jamais d'impossibilité réelle de payer une somme d'argent, RADOUANT (J.), th. précit., sp. p. 45.

⁶ Le dénonçant à propos de la règle *Genera non pereunt*, *ibid.*, sp. p. 47

⁷ « Dire qu'il n'y a impossibilité de livrer une chose de genre que si nul exemplaire ne s'en peut trouver sur toute la terre, c'est exiger bien l'impossible. (...) L'insolvabilité est pourtant une chose qui se rencontre », *ibid.*, sp. p. 45-46 ; sur la distinction des termes « impossibilité » et « difficulté », *ibid.*, sp. p. 23 s., sp. p. 28.

⁸ Le droit du surendettement disposait originellement : « L'insolvabilité du débiteur caractérisée par l'absence de ressources ou de biens saisissables de nature à permettre d'apurer tout ou partie de ses dettes », C. consom., anc. art. L. 331-7-1.

⁹ *Contra* : « Chose de genre au suprême degré, l'argent n'est censé manquer à personne et le crédit, qui peut y suppléer, être ouvert à tous », CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, sp. n° 162 tout en tempérant cette affirmation.

¹⁰ Droit des entreprises en difficulté, C. com., Livre VI ; droit du surendettement, C. consom., Livre VII.

¹¹ Droit des entreprises en difficulté, C. com., art. L. 645-11 ; droit du surendettement, C. consom., art. L. 741-3 et L. 741-4.

¹² Par sa consécration légale (surendettement), l'insolvabilité correspond à l'impossibilité absolue et irrémédiable de paiement, GOUNON (S.), th. précit., n° 425.

¹³ CARBONNIER (J.), *Droit civil, loc. cit.*, sp. n° 162.

¹⁴ Un arrêt ancien l'affirme, cass. civ., 15 mai 1945 ; *D.*, 1946, p. 35.

¹⁵ DERRIDA (F.), La mise en redressement judiciaire ne constitue pas en soi un cas de force majeure, *D.*, 2000, p. 5 s.

¹⁶ Dans un contexte de marché, la situation n'est pas sureprenante et il est possible de prévoir les risques, DIEBECQ (A.) et ROUSSEL GALLE (P.), La prévision et le droit des entreprises en difficulté, *GP*, 2010/364, p. 8 s.

par le tribunal d'un redressement judiciaire « ne constitue pas *en soi* un cas de force majeure »¹ pour le dirigeant qui doit assumer les conséquences de la rupture des contrats de travail. Il est vrai que l'état de cessation des paiements, quelle que soit sa cause, est inhérent à l'entreprise et que les difficultés ne sont pas totalement imprévisibles dans une économie de marché.

Toutefois, si la formulation de la Cour de cassation relève *a priori* de l'affirmation - l'exclusion de la force majeure est absolue -, elle souligne par ailleurs une certaine ambiguïté par l'ajout des termes « en soi ». Est-ce signifier, qu'à d'autres conditions, la force majeure est possible ? Le critère d'extériorité connaît des tempéraments² et les évolutions du marché sont, certes, prévisibles, mais jusqu'à un certain degré.

307. Conclusion et transition. Certes, il n'est pas de force majeure économique ou financière en droit civil. Elle ne peut donc accueillir le cas du débiteur insolvable en raison de ses conditions extrêmement strictes d'application. Elle présente néanmoins le double mérite de fonder, sur la notion d'impossibilité, un régime spécifique, ce qui permettrait de valider le critère dégagé au regard du droit des entreprises en difficulté. En réalité, il faudrait appréhender la notion d'impossibilité avec davantage de souplesse, considérant qu'elle n'est peut-être pas parfaitement impossible juridiquement, mais, aussi, difficile. En ce sens, la théorie de l'imprévision pourrait être un relais plus adapté.

2. Les apports de la théorie de l'imprévision

308. Imprévision et révision. La défaillance du débiteur dans le paiement de la dette peut encore s'expliquer en raison d'un bouleversement des circonstances, lesquelles compromettent par suite l'exécution de l'obligation en raison de son imprévision³. À la différence de la force majeure, l'imprévision s'entend davantage comme une difficulté accrue, un surcoût dans l'exécution de l'obligation en l'état. Dans cette situation, la Cour de cassation⁴ a formellement rejeté toute possibilité de révision judiciaire du contrat, laquelle, par une redéfinition de l'obligation, permettrait une exécution plus raisonnable pour le débiteur. L'arrêt

¹ Cass. soc., 6 mai 1998, n° 96-40.867 ; *Bull.*, V, n° 235, p. 177 ; *D.*, 1998, p. 611, n. M. VASSEUR ; de même, à propos d'une LJ, soc., 20 oct. 1993 ; *Bull. civ.*, V, n° 240 ; *RPC*, 1994, p. 55, n° 1, n. E. KERCKHOVE.

² *V. supra*, sp. n° 302.

³ Elle fait aussi l'objet d'une importante littérature, not. : AYNÈS (L.), L'imprévision en droit privé, *RJC*, 2005/5, p. 397-406 ; BÉNABENT (A.), *La chance et le droit*, th., J. CARBONNIER (préf.), LGDJ, 1973, 231 p. ; HEINICH (J.), *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th., J. MESTRE (dir.), Aix-Marseille, 2013, 607 p. ; STOFFEL-MUNCK (P.), *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, 178 p. ; distinguant l'imprévu de l'imprévisible et de l'incertitude, THIBIERGE (L.), th. précit., sp. introduction (non numérotée).

⁴ Cass. civ., 6 mars 1876, *aff. De Gallifet c/ Commune de Pélissanne*, dit « arrêt du Canal de Craponne » ; *Bull.*, 25 ; *S.*, 1876, 1, p. 161 ; *DP*, 1876, 1, p. 193, n. A. GIBOULOT ; d'une manière générale, v. CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 2015, 13^e éd., sp. n° 165 ; pour une actualisation, FAUVARQUE-COSSON (B.), *Le changement de circonstances*, *RDC*, 2004/1, p. 67 s.

du Canal de Craponne¹ a ainsi durablement et profondément fixé le droit français, donnant toute sa puissance à la force obligatoire des conventions² et au principe d'intangibilité³, à la différence du droit public⁴ et des législations étrangères, anglo-saxonne⁵ ou allemande⁶ par exemple⁷. Or, « à n'observer l'imprévu qu'au travers du prisme de la théorie de la force majeure, on néglige une multitude de cas »⁸ tel que celui du débiteur en difficultés économiques, et, en tout état de cause, « ne prodigue aucune thérapeutique »⁹. Il y aurait place, notamment en matière économique, à admettre un accueil plus favorable à l'imprévision.

309. Crise économique. Dans la lignée de la jurisprudence du Canal de Craponne, les bouleversements économiques invoqués comme motifs d'impossibilité à exécuter un contrat ne devraient pas permettre une révision des obligations, quand bien même cela entraînerait la ruine du débiteur¹⁰. Or, la crise économique d'ampleur, soudaine et brutale, pourrait modifier

¹ Cass. civ., 6 mars 1876 précit.

² C. civ., art. 1103.

³ C. civ., art. 1193 ; *Clausula rebus sic stantibus* ; aussi dit principe de « immutabilité de l'accord » ; BRUN (P.) et al., Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Colloque, Chambéry, 1997, *DP.*, 1998, p. 41 s. ; CARTIER-MARRAUD (M.-L.), AKYUREK (O.), Crise économique et révision des contrats, Une approche pratique des règles applicables, *GP*, 2009/167, p. 2 s. ; CHAZAL (J.-P.), De la signification du mot loi dans l'article 1134 du Code civil, *RTD civ.*, 2001/2, p. 267-283 ; LAGARDE (X.), Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats, *D.*, 2005, p. 2745 s. ; RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*

⁴ Admettant la révision pour imprévision dans les contrats administratifs, CE, 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, aussi dit arrêt « Gaz de Bordeaux » ; *Rec.*, p. 125 ; *GAJA*, 2013, sp. n° 30 ; *D.*, 1916, III, p. 25, concl. CHARDENET, n. M. HAURIUO ; pour une comparaison droit public/privé, ANTOINE (J.), La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations, *RFDA*, 2004/1, p. 80-88 ; DUBREUIL (C.-A.), Regards croisés droit public/droit privé : Théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ?, entretien réalisé avec F. BUY, *JCP A*, 2014/43, 2295.

⁵ Par ex., le droit anglais fait produire de plein droit un effet libératoire en cas d'impossibilité pratique (*frustration of the purpose of the adventure*) ; le concept de *frustration* étant plus large que celui de la force majeure ; mais appliqué avec rigueur ; concrètement, l'impossibilité pratique est difficilement admise pour ceux qui ont simplement fait de mauvaises affaires, BELL (J.), « Incidence du changement de circonstances sur les contrats de longue durée, section II - Rapport anglais », in D. HARRIS et TALLON (D.) (*dir.*), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 233-251, sp. n° 59 s.

Pour un ex. de la jurisprudence américaine : la Cour, déclarant l'exécution du contrat impossible en considération d'une extrême augmentation du prix, modifie le contrat, *aff. Aluminum Company of America (ALCOA) v. Essex Group, Inc.*, 499 F. Sup. 53, 59 (W.D.Pa.1980), HAERI (K.), RAZAVI (M.), La prévision dans le contrat, la prévision dans le procès, *GP*, 2010/364, p. 14 s. ; LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions (...)*, th. précit., sp. n° 249.

⁶ C'est également le cas en droit allemand (*BGB*, § 313) qui prend en compte divers critères, not. économiques ; de plus, la partie lésée du contrat bénéficie d'un droit de retrait si un ajustement du contrat n'est pas possible, § 313 (3), RIDDER (P.), WELLER (M.-P.), Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law, *Rev. euro. dr. privé*, 2014, vol. 22, n° 3, p. 371-391, sp. n° 5 et 5.4.

⁷ Par ailleurs, le droit européen relatif aux contrats du commerce international est favorable à la réception de l'imprévision (*hardship*), Principes Unidroit (2010), art. 6.2.3 ; v. également, *Change of circumstances, The principles of european contract law (PECL)*, 2002, art. 6:111.

Pour d'autres éléments de droit comparé, v. not. : CABRILLAC (R.), *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2016, 2^e éd., 191 p. ; DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », in mél. A. JAUFFRET, Aix-Marseille, 1974, p. 211-229 ; FAUVARQUE-COSSON (B.), *op. cit.*, sp. n° 13-15 ; LAITHIER (Y.-M.), th. précit., sp. n° 249 ; TALLON (D.), « La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in mél. A. SAYAG, *op. cit.*, sp. p. 403 s.

⁸ THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, th. précit., sp. n° 4, p. 5

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Par ex., Cass. civ., 4 août 1915 précit. ; le dénonçant, JAMIN (C.), Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, in Dossier, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *DP*, 1998/58, p. 46-57.

cette conception traditionnelle. Elle met nécessairement à mal tout acte de prévision¹. Certains arrêts semblaient pouvoir porter cet augure², particulièrement celui de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu en 2010³. Il vient censurer la cour d'appel qui n'a pas recherché qu'elle était l'incidence du changement de circonstances économiques sur le caractère sérieusement contestable de l'obligation⁴. Il faut reconnaître que « le principe de la force obligatoire du contrat perd de sa légitimité lorsqu'une application mécanique conduit un de ses cocontractants au désastre économique ou à la détresse sociale »⁵. La jurisprudence ouvre ainsi la voie à un assouplissement du refus d'application de la théorie de l'imprévision en cas de changement des circonstances économiques⁶.

310. Réforme du droit des obligations. La réforme du droit des obligations a modifié sa substance pour répondre à la situation d'imprévision. Le texte nouveau⁷ vise le changement de circonstances - sans autre précision - imprévisible lors de la conclusion du contrat rendant l'exécution excessivement onéreuse - plus étroitement que le bouleversement de l'économie générale du contrat et compromis entre la seule difficulté et la véritable impossibilité de la force majeure⁸ - pour le cocontractant qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. En pareille hypothèse, les parties peuvent renégocier ou résilier ensemble le contrat, mais, aussi, de manière

¹ AYNÈS (L.), rapport introductif, in Actes du colloque, Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique, *RDC*, 2010/1, p. 380 s. ; CABRILLAC (M.), Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision, *RIDC*, 2014/2, p. 337-344 ; CARTIER-MARRAUD (M.-L.), AKYUREK (O.), Crise économique et révision des contrats, *op. cit.* ; CAVALIÉ (B.), Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision, *RLDC*, 2009/62 ; SAVAUX (E.), L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français, *RDC*, 2010/3, p. 1057 ; sur la conception du contrat, acte de prévision, LÉCUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in méf. F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 643 s.

² Les arrêts Huard et Chevassus-Marche tempèrent l'application du principe d'intangibilité, mais avec la précision que dans chacun, le comportement du cocontractant n'était pas étranger aux difficultés du débiteur qui demandait une renégociation ; ainsi, condamnant la société à indemniser son distributeur pour n'avoir pas consenti à une révision du contrat alors qu'il conduisait ce dernier à la ruine, Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *aff. Huard* ; *Bull. civ.*, IV, n° 338, p. 241 ; *Defrénois*, 1993, 35663, n° 131, obs J.-L. AUBERT ; *RTD civ.*, 1993, p. 124, n. J. MESTRE ; *JCP G*, 1993, II, 22164, n. G. VIRASSAMY ; VIPREY (R.), Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ?, *D.*, 1997/29, p. 918 s. ; ou encore, com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *aff. Chevassus-Marche* ; *Bull. civ.*, IV, n° 277, p. 232 ; *CCC*, 1999, comm. 56, n. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Defrénois*, 1999, p. 371, n° 16, n. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1999, p. 98, n. J. MESTRE ; *JCP G*, 1999, II, n° 10210, n. Y. PICOD ; et CA Nancy, 26 sept. 2007, n° 06/02221 ; *D.*, 2008, p. 2965, n. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2008, p. 295, n. B. FAGES ; *JCP G*, 2008, II, 10091, n. M. LAMOUREUX ; *RDC*, 2008/3, p. 738, n. D. MAZEAUD et p. 759 rapp. du groupe, C. cass. sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, sp. n° 44.

³ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *aff. SA Soffimat c/ SAS SEC* ; n.p.B ; *D.*, 2011, p. 472, n. S. AMRANI-MEKKI ; *DP*, 2011, p. 68, n. L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.*, 2010, p. 782, n. B. FAGES ; *D.*, 2010, 2481, n. D. MAZEAUD et 2485, n. T. GENICON ; *JCP E*, 2010, 2108, comm. S. LE GAC-PECH ; *RDC*, 2011/1, p. 34, n. E. SAVAUX ; *Defrénois*, 2011, 39229, n° 4, n. J.-B. SEUBE ; sur la portée de cet arrêt, DEUMIER (P.), Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ?, *RTD civ.*, 2011/2, p. 87-89.

⁴ Précisément, « si l'évolution des circonstances économiques (...) n'avait pas eu pour effet (...) de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution », Cass. com., 29 juin 2010 précit.

⁵ MAZEAUD (D.), Contrats et obligations, Chambre commerciale de la Cour de cassation : de l'audace, toujours de l'audace !, *Defrénois*, 1999/6, p. 371 s. ; pour une critique du rejet de la révision pour imprévision, not. : AYNÈS (L.), L'imprévision en droit privé français, *RJC*, 2005, p. 397 s. ; FAUVARQUE-COSSON (B.), Le changement de circonstances, *op. cit.* ; MAZEAUD (D.), La révision du contrat, *PA*, 30 juin 2005, p. 4-23 ; STOFFEL-MUNCK (P.), *Regards sur la théorie d'imprévision*, th. précit.

⁶ En ce sens, FAVARIO (T.), La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion, *JCP G*, 2010/43, 1056 ; MEKKI (M.), Hardship et révision des contrats. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?, *JCP G*, 2010/49, doctr. 1219 ; SAVAUX (E.), L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, *RDC*, 2010, p. 1057 s. ; et v. les commentaires de la décision précit.

⁷ C. civ., art. 1195, al. 1^{er} : changement de circonstances, al. 2 : échec des négociations, pouvoir du juge.

⁸ CABRILLAC (R.), L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision, *RDC*, 2015/3, p. 771 s.

inédite, saisir le juge aux fins d'adaptation. Une gradation est alors organisée. Dans un premier temps, cela n'a lieu que d'un commun accord, ce qui relativise l'intervention de l'autorité judiciaire dans le contrat¹. Dans un second temps, à défaut de renégociation, la partie lésée peut unilatéralement demander au juge de réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Alors que le projet de 2015 s'en tenait à la seule fin anticipée², l'ordonnance du 10 février 2016 a fait entrer dans le Code civil la révision judiciaire, ce qui donnera à considérer le pouvoir d'appréciation des juges du fond³. Quoiqu'il en soit, le législateur consacre de manière emblématique⁴ la théorie de l'imprévision.

311. Conclusion sur les apports du droit civil et autonomie du fondement. Si la théorie de la force majeure exclut de son champ d'application celle économique, elle enferme en son cœur l'impossibilité d'exécuter que la réforme du droit des obligations consacre par ailleurs, de manière autonome, dans une section particulière⁵. Cette même réforme accueille par ailleurs la révision - sous conditions - pour imprévision lorsque l'exécution devient avec le temps, non pas proprement impossible, à l'instar de la force majeure, mais excessivement onéreuse, pouvant conduire le débiteur à sa ruine. Est apportée, tout en prévoyant une réponse juridique appropriée, une certaine souplesse dans l'appréhension de l'impossibilité d'exécution. Sans qu'il ne soit question d'étendre leur champ d'application⁶, c'est repérer que ces théories se fondent sur cette même essence d'impossibilité, ou, à tout le moins, de grande difficulté, d'exécution des obligations pour justifier l'édiction de règles spéciales et déroatoires à la force obligatoire des conventions ou au régime classique de responsabilité civile. C'est au demeurant la position d'autres législations étrangères⁷ telles que le droit allemand qui, contrairement au droit français⁸,

¹ LATINA (M.), « L'imprévision », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), Blog de la Réforme du droit des obligations, Dalloz (en ligne), 23 mars 2015 et avec CHANTEPIE (G.), *La réforme du droit des contrats, op. cit.*, sp. n° 529 ; MOLFESSIS (N.), Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP G*, 2015/52, 1415, sp. n° 2.

² « À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe », projet d'ordonnance, 25 fév. 2015, art. 1196 ; STOFFEL-MUNCK (P.), La réforme en pratique, *AJCA*, 2015, p. 262 s. et, après l'adoption de l'ordonnance, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, in Dossier, La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, *RDC*, avril 2016, n° sp., p. 30-38.

³ Qualifié alors d'« extraordinaire », STOFFEL-MUNCK (P.), L'imprévision (...), *loc. cit.* ; sur la question, AUQUE (F.), Retour du juge par la loi ?, *AJDI*, 2016, p. 184 s. ; FRION (J.-J.), Le juge et la réforme du droit des contrats, *RLDC*, 2015/132, suppl. ; MOLFESSIS (N.), *loc. cit.* ; et Dossier spécial, Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, Actes du colloque, *RDC*, 2016/2 et not. REVET (T.), Le juge et la révision du contrat, p. 373 s. et MEKKI (M.), Le juge et les remèdes à l'inexécution (...), *op. cit.*, p. 400 s.

⁴ CABRILLAC (R.), *op. cit.* ; critique d'une consécration symbolique sur le plan théorique, mais insuffisante sur le plan pratique, BUCHER (C.-E.), Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice, *CCC*, 2016/5, dossier 6.

⁵ V. *supra*, sp. n° 301.

⁶ Sur les interactions possibles, DOMENGET-MORIN (C.), POUSET (B.), Imprévision et sauvegarde, De nombreuses interactions à prévoir entre l'imprévision et le droit des entreprises en difficulté, Le Club des juristes, *JCP G*, 2016/16, doct. 481, p. 830.

⁷ Notion de *frustration* du droit anglais, permettant de reconnaître *a supervening impracticability*, v. *supra*, sp. n° 308, n. 5.

⁸ Sur sa spécificité, LAITHIER (Y.-M.), th. précit., sp. n° 238 ; TALLON (D.), « L'article 1184 du Code civil, Un texte à rénover ? », in mélanges. Univ. Paris II, *Clés pour le siècle*, Bruylant, 1992, p. 254-264, sp. n° 296 ; comp. ord. 10 fév. 2016 précit., art. 3.

a fait de « l'impossibilité d'exécuter » (*Unmöglichkeit*) une notion juridique autonome¹, directement applicable².

À l'appui des théories du droit civil³, il serait possible de déduire que le droit des entreprises en difficulté repose sur ce même fondement, tout en se caractérisant par des éléments propres et appelants des règles originales. En d'autres termes, puisque le droit civil s'oppose à sa prise en compte, ou, du moins, se révèle insuffisant et insatisfaisant⁴, l'impossibilité d'exécution, en tant que fondement juridique, serait pour le droit des entreprises en difficulté une sorte de déclinaison au domaine économique. Il pourrait même se révéler être par suite une source d'inspiration pour le droit commun⁵. Quoiqu'il en soit, distinguée de l'impossibilité matérielle, juridique ou morale⁶, l'impossibilité *économique* d'exécuter ses obligations acquiert alors sa propre autonomie, susceptible de faire naître, pour l'ensemble du phénomène d'insolvabilité, un corps de règles spécifiques et, partant, d'impulser une nouvelle structuration du traitement.

312. Transition. Dans une approche renouvelée du droit des entreprises en difficulté, est retenu un critère général d'application, soit l'*impossibilité économique d'exécuter*. Pour son effectivité, il faut à présent déterminer son contenu.

¹ Elle constitue une catégorie juridique à part entière, *BGB*, § 275 ; RIDDER (P.), WELLER (M.-P.), *op. cit.*, sp. n° 4.1 s. ; également, PIOTRAUT (J.-L.), *op. cit.*, sp. n° 7 s. ; critiquant la dispersion des dispositions relatives aux défauts d'exécution, RANIERI (F.), « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand, rapport », in M. FONTAIRE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 811-835, sp. p. 813 s. ; depuis, la réforme allemande a reconcentré un droit des troubles dans l'exécution des obligations autour du concept unitaire de « violation d'obligations » ; bien que la notion d'impossibilité d'exécution ne soit plus au cœur de la législation, elle apparaît encore (§ 275) et dont les conséquences sont réglées aux § 326 s., WITZ (C.), La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, *D.*, 2002, p. 3156 s.

² Dans la partie intitulée « obligation de payer », la responsabilité est par principe exclue lorsque l'exécution est « impossible pour le débiteur ou n'importe qui », *BGB*, § 275 (1) ; c'est donc une impossibilité factuelle, à l'appréciation des tribunaux, RIDDER (P.), WELLER (M.-P.), *op. cit.*, sp. n° 4.1 ; le débiteur pourra refuser de s'exécuter (§ 313) dès lors que cela nécessite un effort (une dépense) exagérément disproportionné au regard de l'intérêt du créancier (§ 275 (2)) ; seront pris en compte la nature de l'obligation, la bonne foi et l'éventuelle faute du débiteur, *ibid.*, sp. n° 4.2 et 4.4.

³ C'est également la démarche de S. GOUNON pour sa définition de l'insolvabilité, th. précit., sp. n° 413 et n° 430 (conclusion) ; dans le même sens, FAGES (B.), Cœur de défense contre Canal de Craponne ?, *RTD civ.*, 2011, p. 351-352.

⁴ - La force majeure conduisant à une exonération de responsabilité du débiteur, or il s'agit ici d'organiser le réaménagement de la dette, voire la libération du débiteur, les finalités diffèrent donc ; en ce sens, distinguant l'inexécution non sanctionnée par le droit, soit la force majeure - sorte d'« excuse » reconnue par le droit - de l'inexécution « licite » par le droit - soit le traitement juridique de la dette qui permet au débiteur de ne pas s'exécuter -, CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, th. précit., sp. n° 2 et n° 5 s. - L'imprévision repose sur un déséquilibre significatif dans les obligations réciproques, soit une exécution plus onéreuse, or il s'agit ici d'« un affaiblissement général des capacités de l'un des cocontractants d'exécuter non seulement le contrat mais l'ensemble de ses obligations », DIESBECQ (A.), ROUSSEL GALLE (P.), La prévision et le droit des entreprises en difficulté, *GP*, 2010/364, p. 8 s.

⁵ En ce qu'il permet notamment la modification, voire, dans les situations irrémédiables, la disparition de l'obligation ; en ce sens, THIBIERGE (L.), th. précit., sp. n° 7 et v. n° 721 s.

⁶ Qui constituent, selon P. Grosser, les trois formes principales d'impossibilité d'exécution, GROSSER (P.), Observations, *op. cit.*, bien qu'il n'existe pas de théorie générale de l'impossibilité d'accomplir, CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4, *op. cit.*, sp. n° 4.

§ 2. Le contenu du critère

313. Fonction du critère. L'impossibilité économique d'exécuter doit permettre de distinguer les situations qui appellent un traitement spécifique de celles relevant du droit commun relatif à l'inexécution du contrat. Toutefois, elle ne précise pas encore quelle procédure exactement doit être appliquée. En réalité, cela n'est que subsidiaire au regard de sa fonction : l'impossibilité économique d'exécuter doit être comprise comme un critère permettant de révéler les états de fait qui nécessitent l'application de règles spéciales. Il s'agit donc d'un indice de détection, ce qui appelle une définition suffisamment large et souple pour couvrir la multitude des hypothèses factuelles.

314. Standard juridique. Dans une fonction de détection des situations factuelles, l'impossibilité d'exécuter d'ordre économique relèverait du standard juridique¹. La notion n'aurait pas véritablement de contenu intrinsèque², mais renverrait à une diversité de sous-critères que le droit positif s'est déjà attaché à définir. Elle intègrerait ainsi la catégorie³ des notions à contenu variable (A) dont la vocation est précisément d'être un critère général, sans encore exclure ou restreindre l'approche qui peut en être faite. C'est alors par la réunion de plusieurs indices factuels concordants qu'a lieu la détection d'une impossibilité économique d'exécuter (B).

A. Le contenu variable du critère

315. Critère général de détection. En tant que dénominateur commun à l'ensemble des dispositions du droit des entreprises en difficulté et, plus globalement, du droit de l'insolvabilité, l'impossibilité économique d'exécuter peut être conçue comme un critère de détection. Sa révélation appellerait la mise en œuvre d'un traitement sans qu'il ne soit encore exactement défini. Par conséquent, l'impossibilité économique doit être envisagée comme un critère général. Par exemple, il n'est pas question d'opposer l'impossibilité, qui serait alors absolue et définitive à l'instar de la force majeure⁴, à la simple difficulté. Au contraire, l'impossibilité doit être entendue comme une notion globale, comprenant également en son sein la simple difficulté d'exécution. La généralité du critère a pour corollaire l'unicité, ce qui signifie que l'impossibilité

¹ Sur le standard en droit, v. *supra*, sp. n° 261.

² Caractéristique propre du standard juridique, DEL CONT (C.), *Propriété économique, op. cit.*, sp. p. 231 s.

³ PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.) (*dir.*), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, *op. cit.*

⁴ V. *supra*, sp. n° 302.

est conçue comme un critère unique, recouvrant la diversité des aspects de l'impossibilité¹. Pour l'illustrer, est autant visée l'impossibilité du redressement de l'entreprise que les difficultés qu'elle ne peut surmonter. Dans le même sens, les sources de l'impossibilité peuvent être aussi variées, c'est-à-dire économiques, financières, juridiques ou autres. Ces données n'interfèrent pas en soi dans le constat de défaillance, indépendamment de son degré ou de sa nature. La conséquence est par ailleurs de rejeter dans la définition du critère d'application toute énumération fastidieuse² ou d'exclure, de prime abord, certains débiteurs³. Au stade de la détection des difficultés, c'est une approche souple qui doit être favorisée afin de pouvoir appréhender la multiplicité des cas, reproduisant alors la forme de l'entonnoir dans le processus de traitement.

316. Sous-critères du droit positif. La généralité du critère de détection ne fait pas nécessairement obstacle à sa concrétisation. Au contraire, dans la perspective d'appréhender une grande variété de situations de fait, c'est une multiplicité de sous-critères qui ont vocation à entrer en compte. Globalement, il s'agira de mettre en évidence un passif important au regard de l'actif existant. À ce titre, les critères du droit positif peuvent servir à appuyer la révélation de d'une impossibilité économique d'exécuter, autrement dit, de paiement de la dette. Le droit des entreprises en difficultés en connaît une pluralité par les différentes procédures qu'il porte. La cessation des paiements, c'est-à-dire l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible⁴, est particulièrement significative en tant que critère identifié et durable des procédures collectives⁵. L'approche souple qui peut être faite au stade de la détection permet par ailleurs de se détacher des discussions relatives à sa portée et sa définition⁶, tout en englobant les formes variantes qui lui sont prêtées, soit la cessation des paiements légère⁷ ou les difficultés de

¹ En ce sens, RADOUANT (J.), *Du cas fortuit à la force majeure*, th. précit., sp. p. 48.

² Comp. C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; pour une simplification, v. *supra*, sp. n° 134 et 294 s.

³ Par référence à l'exclusion des dispositions du droit du surendettement, C. consom., art. L. 711-3, al. 1^{er}.

⁴ C. com., art. L. 631-1, al. 1^{er} ; sauf réserves de crédit ou moratoires, al. 2 ; ord. 18 déc. 2008 précit., art. 75.

⁵ Si son approche juridique ou comptable est discutée, de même que sa portée distinctive (v. *supra*, sp. n° 127), la cessation des paiements reste une notion centrale par son exigence ou son exclusion, TEBOUL (G.), La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace, *RPC*, 2015/2, étude 6 ; TRICOT (D.), Propos conclusifs : la cessation des paiements, une notion stable, souple et sûre, *PA*, 14 juin 2007, p. 44 s.

⁶ Not. BONNET (F.), La cessation des paiements, approche financière de la loi sur les faillites, *Rev. fid.*, Guide gestion, 2000, p. 62 s., sp. p. 112 ; BERTHELOT (G.), La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible, *JCP E*, 2008, 2232 ; DERRIDA (F.), « Sur la notion de cessation des paiements », in mél. P. SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 73-86 ; DIZEL (M.), « Critères et temps d'intervention dans les entreprises en difficulté », in mél. P. VIGREUX, *op. cit.*, p. 305-326 ; GRELON (B.), « Prévention et cessation des paiements », in mél. D. TRICOT, *op. cit.*, p. 423-442 ; MARTY (J.-P.), De la cessation des paiements (...), *RLDA*, n° 80 (supp.), 2005, *op. cit.* ; SAINTOURENS (B.), La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain, *RPC*, 2016, *op. cit.* ; TEBOUL (G.), L'entreprise éligible, (...), *GP*, 2008/178, *op. cit.* et La cessation des paiements : une définition sans avenir, *GP*, 2007, *op. cit.* ; VALLANSAN (J.), Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (...), *RPC*, 2012/3, *op. cit.* ; VALLENS (J.-L.), De la cessation des paiements à l'insolvabilité, *JCP G*, 2008, I, 148 ; rapp. Office parlementaire d'évaluation de la législation, n° 120, *La législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises*, J.-J. HYEST (dir.), déc. 2001, sp. p. 30 s.

⁷ De moins de 45 jours pour la conciliation, C. com., art. L. 611-4.

nature à conduire à une cessation des paiements¹. En dehors de celui-ci, les autres critères du droit positif ont également vocation à être intégrés, tels que les mécanismes d'alertes² mis en place par le droit des entreprises en difficulté³, notamment à travers l'information comptable⁴ et celle judiciaire⁵, celui du surendettement dont la définition large et souple de l'impossibilité *manifeste* s'étend aux dettes à échoir et à l'actif prévisible⁶, ce qui pourrait être rapproché encore de l'insolvabilité notoire du droit applicable dans les départements d'Alsace et de Moselle⁷.

317. Éléments divers. En dehors des critères propres au droit des entreprises en difficulté ou au surendettement, diverses autres données factuelles peuvent contribuer à révéler une impossibilité, voire une difficulté économique d'exécuter. En tant que fait juridique, sa révélation peut passer par de nombreux éléments⁸ : par exemple, la multiplication de demandes tendant à obtenir des moratoires aux créanciers ou au juge⁹, la succession de retards dans le paiement, voire l'accumulation d'impayés ; cela pourrait être encore un endettement excessif au regard des capacités de remboursement du débiteur, le recours systématique au découvert bancaire et le dépassement général des conditions d'autorisations bancaires ; voire, la faiblesse du fond de roulement et de la trésorerie globale, la recherche de nouveaux crédits, l'emploi de réserves, la multiplication des inscriptions de privilèges et autres garanties des créanciers, la mise en œuvre infructueuse de voies d'exécution forcée, la délivrance d'injonctions de payer ou l'assignation en justice à cette fin, également les demandes ou assignations en procédure collectives, y compris celles qui ont été rétractées, etc. Les faits signalant une impossibilité économique de paiement de l'obligation sont d'une grande variété et font état d'un degré plus ou moins avancé de défaillance du débiteur. Puisqu'à ce stade prime la seule révélation d'un état de fait et non encore la détermination exacte du traitement adéquat, tout élément factuel lié à des difficultés

¹ Pour la sauvegarde selon L. 26 juill. 2005, C. com., art. L. 620-1, anc. al. 1^{er} ; MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, *D.*, 2005, p. 1356 s. ; pour une approche souple, mi-préventive, mi-curative, VOINOT (D.), La nouvelle procédure de sauvegarde, *GP*, 2005/251, p. 24 s., sp. n° 5-6.

² Not. C. com., art. L. 611-1 s. et L. 612-3 s.

³ Issu de L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 34 : « dont les comptes font apparaître une perte nette comptable supérieure à un tiers du montant des capitaux propres en fin d'exercice. » ; remplacé par la formule éternelle : « tout fait [ou des difficultés] de nature à compromettre la continuité de l'exploitation », L. n° 94-475 du 10 juin 1994 précit., art. 3.

⁴ Not. le rôle du commissaire aux comptes, C. com., art. L. 612-3 ou du président du tribunal de commerce, art. L. 232-24.

⁵ Not. par le biais du RCS (non-dépôt des comptes, la perte de capital), C. com., art. L. 611-2, II ou par l'activité juridictionnelle elle-même, telles que les injonctions de payer délivrées contre un débiteur.

⁶ C. consom., art. L. 711-1, al. 2 ; le critère est donc plus large que la cessation des paiements du droit des entreprises en difficulté, GJIDARA (S.), th. précit., sp. n° 460 ; VALLANSAN (J.), *op. cit.*, sp. n° 23 ; pour une comparaison, LEDAN (S.), Analyse comparative de la procédure de surendettement des particuliers et celle relative à la sauvegarde des entreprises, *CCC*, 2006/7, ét. 15, sp. n° 1 s.

⁷ C. com., art. L. 670-1, al. 1^{er} ; l'insolvabilité notoire ne correspond pas à la cessation des paiements, mais à un état d'insolvabilité connu d'un assez grand nombre de créanciers, Cass. com., 5 déc. 1989, n° 88-15.029 ; *Bull. civ.*, IV, n° 303 ; elle se rapproche de la notion allemande *Zahlungsunfähigkeit*, soit l'incapacité de payer ses dettes, VALLENS (J.-L.), La faillite civile, *JCP G*, 1989, I, 3387. Sur le droit particulier d'Alsace-Moselle, not. : ANCEL (P.), D traitement des situations de surendettement des particuliers de 1989 à 1998 : du redressement à la liquidation judiciaire civile ?, *DP*, 1998/64, p. 53 s. ; dans le même numéro, STORCK (M.), La faillite civile en Alsace-Moselle, p. 62 s. ; SANDER (E.), Fiche pratique : faillite civile d'Alsace-Moselle, *AJF*, 2011/1, p. 36 s. ; VALLENS (J.-L.), Alsace-Moselle, Faillite civile, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, *Jcl. proc. coll.*, n° 3115, sp. n° 23.

⁸ ADDA (J.), « Détection-prévention (...) », in méf. A. LAMBERT, *op. cit.* ; GRELON (B.), *op. cit.*

⁹ Sur le fondement du droit commun, C. civ., art. 1343-5, al. 1^{er}.

d'exécution concernant notamment un paiement pour un motif économique doit être pris en compte. À ce propos, il faut ajouter que l'impossibilité économique ne doit pas seulement s'entendre d'un contenu matériel. Elle peut aussi prendre en compte la psychologie du débiteur¹ qui ressentirait et, alors, exprimerait une impossibilité générale à assumer ses obligations dans son environnement. Cela peut mener concrètement au refus de payer une dette déterminée qui, s'il ne correspond pas à une véritable impossibilité matérielle de s'exécuter², doit néanmoins être pris en charge en ce que le résultat est, juridiquement, l'inexécution de l'obligation³.

318. Transition. Par son contenu variable, le critère général d'impossibilité économique d'exécuter est constaté par la réunion de plusieurs indices concordants.

B. La réunion d'indices concordants

319. Appréciation factuelle. La détection d'une situation d'impossibilité économique d'exécuter repose sur une appréciation factuelle, *in concreto*, d'éléments propres à son constat. Les critères du droit positif, s'ils permettent, par leur caractérisation, la révélation d'un tel état, ne sont, à ce stade, ni fondamentalement nécessaires, ni définitivement restrictifs. De manière souple et pragmatique, la détection de difficultés économiques nécessitant un traitement peut avoir lieu hors ces critères légaux. L'ensemble repose donc sur une appréciation souveraine des faits, la détection ne déterminant pas l'application d'un traitement encore spécifié, mais seulement l'existence d'un état de fait d'inexécution des obligations fondé sur un motif économique.

320. Méthode du faisceau d'indices. C'est par la réunion d'un ou plusieurs éléments⁴, alors qualifiés d'indices en raison de leur tangibilité, que peut être détectée une impossibilité

¹ Proche, soulignant la nécessité d'une approche subjective de la cessation des paiements, MONTÉRAN (T.), L'état de cessation des paiements (...), *op. cit.*, *RPC*, 200/1 ; du point de vue du débiteur comme du créancier, BERTHELOT (G.), *op. cit.*, sp. n° 13 ; sur l'aspect psychologique de ce droit, DIESBECQ (A.), La souffrance morales des entrepreneurs, *CDE*, 2016, *op. cit.*; v. *supra*, sp. n° 12 ; n° 46 et n° 240.

² La jurisprudence rappelle sa distinction avec la cessation des paiements, Cass. com., 27 avril 1993, n° 91-16.470 ; B. ; *adde.* Cass. com., 23 janv. 2001, n° 98-14.934 ; n.p.B.

³ Le refus de payer était intégré au C. com. 1807, anc. art. 441 : « L'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce : son époque est fixée soit (...) par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce. », C. com., anc. art. 441 ; sur l'importance ancienne accordée au refus de paiement, DIZEL (M.), *op. cit.*, sp. p. 311 ; et favorable à l'établissement d'une présomption de cessation des paiements, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 368.

⁴ Le recours à la méthode du faisceau d'indices est connu d'une manière générale ; en droit des entreprises en difficulté, par ex. pour déterminer (et renverser la présomption réfragable) le centre des intérêts principaux du débiteur, règl. UE, n° 2015/848 précit., critère de compétence territoriale, art. 3 et faisceau d'indices, cons. n° 30 ; pour une application, CJUE, 20 oct. 2011, n° C-396/09, *aff. Interdil*, cons. n° 53 ; en droit du surendettement, par ex. pour apprécier la bonne foi du débiteur, FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 2012, 4^e éd., 484 p., sp. n° 113.41 (ci-après noté « manuel ») ; ou dans d'autres matières, par ex. en droit du travail pour l'identification du contrat de travail, Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40572, *aff. Labbane* ; ou en droit administratif, COLIN (F.), L'utilisation d'indices concordants en droit administratif, *AJDA*, 2007, p. 18 s.

pour un débiteur de payer ses dettes. Ces éléments doivent donc être concordants et pertinents. À ce titre, il est possible que tous les faits relevés n'aient pas la même valeur. Un seul peut, par exemple, suffire, ou, au contraire, nécessiter la concordance de plusieurs autres. Bien qu'il ne s'agisse que de simple détection, sans préjuger de l'application d'un traitement en particulier, un faisceau d'indices élargi paraît le plus opportun dans l'établissement d'un constat assuré. Par exemple, le simple retard de paiement est un élément trop léger dans l'appréciation d'un état d'impossibilité économique d'exécuter¹. Néanmoins, la conjonction de cet élément avec d'autres faits d'impayés fiscaux ou sociaux et le recours systématique au découvert bancaire sont de nature à révéler un état de difficulté économique assez avancé. La déclaration du débiteur de son incapacité générale à s'acquitter de ses dettes, honorer ses obligations ou l'assignation en justice du créancier aux fins d'ouverture d'une procédure collective constituent certainement les indices capitaux de la révélation d'une impossibilité économique de s'exécuter, à condition toutefois de pouvoir être vérifiés. Ils doivent correspondre à la réalité de la situation économique présentée. Une hiérarchisation, une recherche et une analyse approfondie des indices réunis constitue la phase suivante de la détection².

321. Conclusion et transition. Le droit des entreprises en difficulté reposerait, selon l'analyse des textes et de son fait générateur³, sur un critère fondamental qui est l'impossibilité économique d'exécuter. La notion est connue par ailleurs : du droit du surendettement⁴, formant, avec le droit des entreprises en difficulté, le droit de l'insolvabilité, c'est-à-dire, *insolubilis*, « celui qui ne peut payer ce qu'il doit »⁵, et, aussi, du droit civil, qui apporte de ses théories, un régime spécifique en cas d'impossibilité, ou, du moins, de grande difficulté à exécuter⁶. La notion serait ici déclinée au domaine économique et financier, mais ne disposerait pas d'un contenu intrinsèque afin d'intégrer la diversité des critères du droit positif. Par sa généralité au regard des différents états de fait, mais aussi sa spécificité par distinction des règles du droit commun, l'impossibilité économique d'exécuter constituerait un critère de détection permettant le déclenchement d'un traitement. Alors, il ferait adopter une conception renouvelée de la division actuelle des branches du droit, opposant le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement. En effet, envisagé comme une porte d'entrée unique, le critère ainsi formulé

¹ Pour un exposé de la jurisprudence sur les différentes hypothèses distinctes de la réelle impossibilité de payer, MARTINEAU-BOURGINAUD (V.), La cessation des paiements, notion fonctionnelle, *RTD com.*, 2002, p. 245 s.

² Sur la mise en œuvre de sa fonction, v. *infra*, sp. n° 443 s. et n° 461 s.

³ V. *supra*, sp. n° 294.

⁴ C. consom., art. L. 711-1, al. 2 ; v. *supra*, sp. n° 296.

⁵ Sur cette signification, v. *supra*, sp. n° 297 ; sur le rapprochement des législations commerciales et consuméristes, v. *infra*, sp. n° 351 s.

⁶ Sur l'apport de la force majeure ou de l'imprévision, v. *supra*, sp. n° 301 s.

aurait pour conséquence de confondre les différentes catégories de débiteurs, intégrant le consommateur¹. En réalité, cela serait toute son utilité.

Section II. L'utilité du critère

322. Impact du critère dégagé. L'adoption d'un critère unifié de détection, faisant *a priori* abstraction de l'exercice d'une activité professionnelle ou non et de la détermination de sa nature, intègre le cas du consommateur, actuellement hors champ légal du droit des entreprises en difficulté². En effet, le droit positif distingue les situations de défaillance économique selon la qualité et l'activité du débiteur, renvoyant à deux corps de règles distincts, Code de commerce ou Code de la consommation. Dans cette perspective, le critère retenu simplifie nombre de cas où la répartition entre ces deux branches du droit est douteuse (§ 1). Par ailleurs, il opère une harmonisation entre des législations qui connaissent, substantiellement, des éléments de convergence dans le traitement mis en œuvre (§ 2).

§ 1. La simplification de la répartition entre le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement

323. Application du droit des entreprises en difficulté ou du surendettement. Dans l'hypothèse d'une défaillance économique, le droit positif raisonne non seulement de manière alternative selon l'activité exercée par l'application soit des dispositions du Code de commerce, soit du Code de la consommation, mais, en plus, de manière distributive, selon le patrimoine, ou, plus exactement, la masse du patrimoine du débiteur concernée. De sorte que ce n'est plus un seul et unique traitement qui peut être mis en œuvre pour une même personne physique³, mais, possiblement, plusieurs procédures, issues de branches différentes du droit. C'est l'effet de

¹ Selon la définition du consommateur, C. consom., art. liminaire, couplée avec art. L. 711-1, al. 1-2 ; à ce sujet, v. *infra*, sp. n° 356.

² C. consom., art. L. 711-3, al. 1^{er}.

³ Il sera raisonné sur le cas du débiteur personne physique ; le droit du surendettement ne s'applique qu'à lui (C. consom., art. L. 711-1, al. 1^{er}) ; toutes les personnes morales de droit privé relèvent indistinctement du droit des entreprises en difficulté, C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} et cela, sans critère de l'activité exercée contrairement aux personnes physiques ; sur le sujet, v. SAVATIER (J.), « Contribution à une étude de la profession », in mélanges J. HAMEL, *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1961, p. 3-17, sp. n° 13 ; elles seront donc exclues de l'étude ne soulevant pas de difficultés quant à la répartition.

D'une manière générale sur le cas de la personne physique, v. AUSSEL (V.), N. BORGA (N.) et *al.*, *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, J. RAYNARD (*avant-propos*), F. PÉROCHON (*préf.*), Actes du Colloque, Montpellier, M.-P. DUMONT-LEFRAND et C. LISANTI (*dir.*), LexisNexis, 2015, vol. n° 31, 143 p.

l'évolution de la conception¹ unitaire² du patrimoine³ selon laquelle toute personne a un patrimoine⁴ et un seul patrimoine⁵, d'où la règle de principe que le débiteur est tenu de répondre de ses dettes sur l'ensemble de son patrimoine.

324. Critère de facilitation. La formulation d'un critère unique permettrait, au regard du droit positif, de faciliter, d'améliorer et de sécuriser la prise en charge d'un débiteur en situation d'impossibilité économique d'exécuter. Il est vrai que, dans nombreux de cas, la répartition des règles entre le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement se révèle d'une grande complexité. Deux séries d'hypothèses peuvent être relevées en ce sens : d'abord celles qui, globalement, résultent de l'affectation du patrimoine (**A**) et, ensuite, d'autres qui tiennent à la particularité du statut du débiteur (**B**).

A. La complexité née de l'affectation du patrimoine

325. Double complexité. Non seulement la technique de l'affectation du patrimoine met en doute l'applicabilité ou non du droit des entreprises en difficulté (**1**), mais, lorsqu'elle est par la suite mise en défaut, soumet le traitement à une grande insécurité juridique (**2**). Ce sont ces deux sources d'incertitudes que le critère unique de détection permettrait de résoudre.

1. Les effets de l'affectation du patrimoine sur le traitement des difficultés

326. Affectation du patrimoine. Considérant la sévérité de la règle de l'unité du patrimoine en ce que l'ensemble des biens du débiteur constitue le gage général des créanciers,

¹ Dogme hérité d'Aubry et Rau (*Droit civil français*, t. VI, par P. ESMEIN (éd.), LGDJ, 1951, 6^e éd., 635 p., sp. p. 229 s.) dont la pensée a fait l'objet d'une interprétation excessive ; pour une relecture, DENIZOT (A.), L'étonnant destin de la théorie du patrimoine, *RTD civ.*, 2014/3, p. 547-566 ; WESTER-OUISSE (V.), Aubry et Rau et la division du patrimoine, *PA*, 14 déc. 2009, p. 4 s. ; comp. avec un autre courant de pensée similaire (le patrimoine comme somme d'éléments appartenant à un même sujet), MEVORACK (N), Le patrimoine, *RTD civ.*, 1936, p. 811 s., sp. p. 825.

² Principe d'unité (unicité) du patrimoine, Cass. com., 5 juill. 2005, n° 04-13.266 ; *Bull.*, IV, n° 152 p. 164 ; THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), *L'unité du patrimoine : essai critique*, th., D. TOMASIN (préf.), Defrénois, 2007, 541 p., sp. n° 135-137.

³ Sur la notion de patrimoine, not. CATALA (P.), La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *RTD civ.*, 1966, sp. n° 25 ; DENIZOT (A.), *op. cit.* ; DUPICHOT (P.), *loc. cit.* ; FROMION-HEBRARD (B.), *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th., M. GRIMALDI (dir.), Paris2, 1998, 478 p. ; GRIMALDI (M.), Le patrimoine au XII^e siècle, *Defrénois*, 2000, art. 37199 ; HIEZ (D.), *Etude critique sur la notion de patrimoine en droit privé actuel*, th., P. JESTAZ (préf.), LGDJ, 2003, 459 p. ; SÉRIAUX (A.), La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *RTD civ.*, 1994 ; THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), th. précit. ; ZÉNATI (F.), Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, *RTD civ.*, 2003, p. 667-678 et in M. POUGHON (dir.), *Aubry et Rau, leurs œuvres, leurs enseignements*, PU Strasbourg, 2006, p. 63-78.

⁴ Il est un attribut de la personnalité juridique.

⁵ Appréhendé en valeur, le patrimoine comprend d'une part l'actif et d'autre part le passif ; mais il n'en constitue pas moins une universalité juridique ; et à raison de l'unité de la personne, le patrimoine est indivisible, AUBRY (C.), RAU (C.), *loc. cit.*, sp. p. 231 ; ce qui se distingue de la conception du droit romain, ZÉNATI (F.), *loc. cit.*, sp. p. 67.

différentes techniques¹ ont, dans un premier temps, pu limiter cet effet. Cependant, elles maintenaient le principe d'unité du patrimoine, or il devenait urgent de mettre fin au « scandale qui voulait qu'un artisan, un commerçant, un professionnel libéral ou un agriculteur puisse, après un revers professionnel, perdre l'ensemble de ses biens personnels et se retrouver littéralement à la rue, ruiné, sans possibilité de rebondir »². Deuxième temps de l'évolution, la loi du 15 juin 2010³ permet à l'entrepreneur individuel⁴ de créer un véritable patrimoine d'affectation séparant ainsi les biens indispensables - et, facultativement, les biens nécessaires⁵ - à son activité professionnelle de ceux réservés à sa vie privée. Désormais, il n'est nul besoin de créer une personne morale pour séparer l'activité professionnelle de l'activité privée⁶, pour une même personne physique, plusieurs patrimoines distincts peuvent être identifiés⁷.

327. Cloisonnement des patrimoines. Afin de donner à l'affectation toute son efficacité, il en découle un principe de cloisonnement des patrimoines⁸ : le patrimoine affecté est distingué de celui non-affecté. Cela a pour conséquence directe une diminution corrélative du droit de gage

¹ En dehors du choix du régime matrimonial et de la création d'une société personne morale : création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), L. n° 85-697, 11 juill. 1985 ; la fiducie, L. n° 2007-211, 19 fév. 2007 ; C. civ., art. 2011 s. ; DAMMANN (R.), PODEUR (G.), Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?, *D.*, 2007, p. 1359-1363 ; PODEUR (G.), La procédure collective du fiduciaire : quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire ?, *D.*, 2014, p. 1653-1658 ; ou encore, la déclaration d'insaisissabilité, L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003, art. 8 ; AUTEM (D.), L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Deffrénois*, 2004/5, p. 327 s. ; opposable à la procédure collective sous condition d'antériorité, Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-15.482 ; *Bull.*, IV, n° 109 ; *JCP E*, 2011/30, 1551, comm. F. PÉROCHON ; *adde.* com. 24 mars 2015, n° 14-10.175 ; p. B. ; *JCP E*, 2015/22, 1245, n. A. CERATI-GAUTHIER ; PÉROCHON (F.), Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ?, *RPC*, 2014/4, dossier 25 ; mais intégrant désormais la liste des actes nuls conclus après la date de cessation des paiements, C. com., art. L. 632-1, 2^o, I ; LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 (...), *D.*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 46 ; NOTTÉ (G.), Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JCP E*, 2014/13, act. 230 ; VAUVILLÉ (F.), Regard notarial sur la réforme des procédures collectives, *Deffrénois*, 2014/14, p. 743 s. ; également, BORGA (N.), « L'insaisissabilité des actifs immobiliers », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives quels nouveaux enjeux ?*, *op. cit.*, p. 23-38 ; avec la protection légale d'insaisissabilité de la résidence principale, L. n° 2015-990, 6 août 2015 précit., art. 206 ; C. com., art. L. 526-1 ; not., LE CORRE (P.-M.), La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté, *GP*, 2015/293, p. 7-25 ; LEGRAND (V.), L'insaisissabilité de la résidence principale : le cadeau empoisonné de la loi Macron ?, *PA*, 9 sept. 2015, p. 6-9 ; avant, PÉROCHON (F.), L'art de mal légiférer : l'insaisissabilité de la résidence principale, *BJE*, 2015/2, p. 65 s., puis L'insaisissabilité après la loi Macron, *Deffrénois*, 2016/10, p. 532 s.

² CR intégral débats, Sénat, projet de loi n° 302 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (procédure accélérée), séance du 8 avril 2010, interv. H. NOVELLI.

³ L. n° 2010-658, 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) ; C. com., art. L. 526-6, al. 1^{er} ; not., SAINTOURENS (B.), L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *Rev. sociétés*, 2010, 351 ; PIEDELIÈVRE (S.), L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, *Deffrénois*, 2010, 1417 ; VAUVILLÉ (F.), Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *Deffrénois*, sept. 2010, p. 1649-1672, art. 3914 ; sur l'EIRL, not. : GREVET (A.), *L'EIRL : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, éd. d'Organisation-Eyrolles, 2011, 47 p. ; PÉROCHON (F.), Les patrimoines de l'EIRL, *RPC*, 2011/1, dossier 13 et sous sa *dir.*, Approches critiques de l'EIRL, *BJE*, mars 2011, p. 52 s., sp. n° 11 s. ; TERRÉ (F.) (*dir.*), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, LexisNexis-Litec, 2010, 300 p. ; VAUVILLÉ (F.), La procédure collective de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *Deffrénois*, janv. 2011, p. 137-152 et L'entrepreneur individuel après l'ordonnance du 12 mars 2014, in D. VOINOT (*dir.*), Réforme des procédures, nouveau rebond pour le débiteur, *DP*, 2014/242.

⁴ Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), le type d'activité professionnelle est pour lui indifférent.

⁵ C. com., art. L. 526-6, al. 2 ; FIRLEY (L.), EIRL et affectation des « biens nécessaires » : les précisions déceptives du décret du 30 janvier 2012, *BJE*, mai 2012, p. 196 s.

⁶ Sous condition du respect du formalisme exigé, v. *infra*, sp. n° 331.

⁷ Il peut y avoir autant de patrimoines affectés que d'activités professionnelles, LEGRAND (V.), L'avènement des multiples patrimoines de l'EIRL : les avantages de la schizophrénie ou le risque de paranoïa ?, *PA*, 2 janv. 2013, p. 12-17 ; TERRÉ (F.), La personne et ses patrimoines, Des pépins par milliers, *JCP G*, 2010/52, doct. 1328.

⁸ C. com., art. L. 526-6 ; LE CORRE (P.-M.), L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté, *D.*, 2011 ; aussi dit principe d'autonomie, de séparation, d'étanchéité, etc., PÉROCHON (F.), Les patrimoines de l'EIRL, *op. cit.*

des créanciers¹ à l'assiette du seul patrimoine concerné. L'hypothèse de l'impossibilité économique d'exécuter se révèle alors saillante puisque les créanciers non désintéressés et dont les droits sont nés postérieurement à l'affectation ne pourront atteindre l'ensemble des biens du débiteur comme l'aurait classiquement permis le principe d'indivisibilité du patrimoine. En dehors des biens affectés à l'activité à l'occasion de laquelle la créance est née, les éventuels autres biens du débiteur seront inatteignables.

328. Conséquence sur le traitement des difficultés économiques. Du cloisonnement des patrimoines résulte la mise en œuvre de procédures distinctes. Il faut raisonner patrimoine par patrimoine. Concrètement, en cas de défaillance économique, le débiteur pourra se trouver pour son patrimoine affecté sous le coup d'une procédure du droit des entreprises en difficulté et, concernant le patrimoine non affecté, suivre la procédure du surendettement. Il est donc parfaitement possible qu'un même débiteur se voit appliquer concurremment les dispositions issues du Code de commerce et celles du Code de la consommation ou deux procédures collectives de traitement des entreprises en difficulté distinctes². Pourtant, le principe est que « faillite sur faillite ne vaut »³, c'est-à-dire que l'ouverture d'une procédure fait en principe obstacle à ce qu'une autre soit, dans le même temps, également mise en œuvre tant que la première n'est pas achevée pour un même débiteur. La technique de l'affectation fait clairement exception à cette règle⁴ puisqu'il peut y avoir autant de procédures de traitement des difficultés économiques - et de natures différentes - que de patrimoines du même débiteur. La rupture avec le principe d'unité du patrimoine qui imposait une procédure unique complexifie grandement le traitement de l'impossibilité économique de s'exécuter d'un entrepreneur individuel.

329. Transition. Plus complexe que l'application alternative, le traitement appliqué de manière distributive respecte cependant, de manière plus conforme, la frontière entre le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement. Il ne prend en compte que la masse du patrimoine concernée. Or, cette répartition se trouve entièrement mise en échec lorsque l'affectation est privée d'effet.

¹ Selon que l'affectation leur soit opposable et que leurs droits soient nés à l'occasion ou non de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, C. com., art. L. 526-12, 1° et 2°.

² SAINT-ALARY-HOUIN (C.), L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL, *GP*, 2011/139, p. 33 s.

³ Formulé en jurisprudence, par ex. : Cass. com., 19 fév. 2002, n° 96-22.702 ; *Bull.*, IV, n° 39, p. 39 ; *RTD com.*, 2002, p. 376, n. J.-L. VALLENS ; et codifié par la loi de Sauvegarde, C. com., art. L. 620-2, al. 2 pour la sauvegarde, art. L. 631-2, al. 2 pour le RJ et art. L. 640-2, al. 2 pour la LJ ; sur cette règle et son lien avec le principe d'unicité du patrimoine, DERRIDA (F.), GODÉ (P.), SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires (...)*, *op. cit.*, sp. n° 180 et note n° 663

⁴ REGNAUT-MOUTIER (C.), EIRL, Adaptation de la règle « faillite sur faillite ne vaut », *in* Dossier EIRL et droit des entreprises en difficulté, *RPC*, 2011/2, art. 18 p. 83 s.

2. *L'insécurité de l'échec de l'affectation dans le traitement des difficultés*

330. Dangers de l'affectation. Mal venue pour les créanciers, l'institution d'un patrimoine d'affectation apparaît *a priori* heureuse pour l'entrepreneur puisqu'elle protège ses biens personnels. Il croit alors exercer son activité en sûreté. En situation d'insolvabilité, la procédure de liquidation judiciaire par exemple laissera saufs les biens personnels. Or, dans les faits, il peut arriver que le cloisonnement des patrimoines ne soit pas si étanche et que l'affectation se trouve *in fine* privée d'effet. Cela est remarquablement néfaste dans l'hypothèse des difficultés économiques comme le relève une partie de la doctrine¹. Au demeurant, le danger ne concerne pas seulement l'entrepreneur², mais, aussi, les créanciers³. Pour l'expliquer, l'affectation donne une image de solvabilité du débiteur qui, en cas d'échec, se révèle fautive *a posteriori*, de la même manière qu'un bien qui était *a priori* mis en sûreté, se voit finalement appréhendé. Non seulement la protection initialement mise en place tombe, mais, en plus, en cas d'inexécution, la procédure de traitement du patrimoine concerné va pouvoir atteindre la totalité des actifs du débiteur, réintégrant des biens qui auraient dû être hors procédure. Un nouveau bouleversement se produit dans l'application distributive des règles du droit des entreprises en difficulté et du surendettement, la logique devient au contraire une saisie globale du patrimoine.

331. Exemples d'affectations inefficaces en raison d'un élément interne. Dans différentes hypothèses l'affectation est susceptible de ne pas produire les effets attendus en raison d'un élément propre à sa constitution. Quelques exemples peuvent en être rapportés. « Avec l'EIRL, la protection est donc au prix du respect de **formalités** de tous les instants »⁴, c'est-à-

¹ Not. BEYNEIX (I.), Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique, *PA*, 19 sept. 2011, p. 17 s. ; DOUAOUI (M.), L'adaptation du droit du surendettement à l'EIRL, *RDB*, 2011/1, p. 29 s. ; FAGES (B.), Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence, *DP*, 2005, p. 73 s. ; GUESMI (A.), EIRL versus EURL, à l'aune du droit des procédures collectives, *D.*, 2011 ; LEBEL (C.), « Le principe de l'unité du patrimoine à l'épreuve des procédures collectives », in méf. G. GOUBEAUX, *Liber amicorum*, LGDJ, 2009, p. 331 s. ; LE CORRE (P.-M.), L'heure de vérité (...), *D.*, 2011, *op. cit.* ; LEGRAND (V.), L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ?, *D.*, 2010, p. 2385-2391 et Le chapitre II de l'ordonnance du 9 déc. 2010 concernant le surendettement de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : premiers constats et déception, *D.*, 2011 ; LUCAS (F.-X.), L'EIRL en difficulté, in Dossier, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : quel avenir ?, *PA*, 28 avril 2011, p. 39 s. ; PÉROCHON (F.) (*dir.*), Le traitement des difficultés de l'entreprise à l'épreuve des cloisonnements de patrimoines : vers l'implosion de la procédure collective, *BJE*, 2013/5, p. 328 s. ; PÉTEL (P.), L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL, *JCP E*, 2011/5, p. 1071 s. ; TEXIER (A.-S.), EIRL et procédures collectives : rapport introductif, in Dossier, EIRL et procédures collectives, *CDE*, 2011/3, p. 19 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MERCIER (J.-L.), L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL, in Dossier, Entreprises et patrimoine : destins croisés, *GP*, 2011/139, p. 33-41 ; SÉNÉCHAL (M.), Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives, in Dossier, Le patrimoine professionnel d'affectation (première analyse de l'EIRL), *DP*, avril 2010, p. 89 s. ; VALLANSAN (J.), L'EIRL en difficulté, Les principes de l'ordonnance du 9 déc. 2010 (...), *RPC*, 2011/1, étude 2 et La difficile application du Livre VI à la personne physique, *RPC*, 2010/6, dossier 3 ; VALLENS (J.-L.), L'entrepreneur face à la défaillance de l'entreprise, *RLDA*, 2011/57, p. 87-89.

² ROUSSEL (F.), VAN STEENLANDT (P.), Le chef d'entreprise face au dilemme de la protection de son patrimoine, *JCP N*, 2011/9, p. 1093 s.

³ MACORIG-VENIER (F.), EIRL : les créanciers de l'EIRL en difficulté, *RPC*, 2011/2, dossier 20.

⁴ DUBUISSON (E.), Risques de l'entreprise et protection de l'entrepreneur et de sa famille : de l'EURL à l'EIRL, *JCP N*, 2011/25, p. 1204 s., sp. n° 13.

dire qu'outre la déclaration de volonté, il faut encore que celle-ci ait lieu en bonne et due forme¹. Pour l'illustrer, l'entrepreneur doit pouvoir justifier de l'accord exprès de son conjoint s'il affecte des biens communs même s'il n'y a pas de cogestion². À défaut, le professionnel qui se croyait protégé devra répondre de ses dettes sur son patrimoine personnel³. En dehors du formalisme, entre aussi en compte une condition de **temporalité**. Effectivement, l'affectation n'est pas opposable aux créanciers qui lui sont antérieurs et pour lesquels l'intégralité des patrimoines du débiteur constitue l'assiette de leur gage⁴.

Par ailleurs, **l'insuffisance du patrimoine non affecté** pour répondre des dettes contractées est une autre hypothèse où l'affectation peut se révéler inefficace. En principe, celle-ci constitue pour les créanciers professionnels un gage séparé. Or, la carence du patrimoine non affecté va se répercuter sur le patrimoine affecté puisque les créanciers personnels sont autorisés dans un tel cas à saisir le bénéfice réalisé dans l'entreprise⁵. Cela conduit à la « neutralisation totale du cloisonnement patrimonial »⁶.

Il faut également aborder la question des **usages mixtes** qui mettent en doute la portée de l'affectation. Selon les textes⁷, un bien ne peut être affecté à l'actif que d'un seul patrimoine⁸. Ainsi, un bien *a priori* personnel et, également, exploité à titre personnel, peut être rattaché à l'activité professionnelle. Il se trouvera *de facto* hors d'atteinte des créanciers personnels⁹, ce qui remet en cause la logique du patrimoine d'affectation. De plus, en pratique, il est fréquent que le créancier postérieur, averti de cette déclaration¹⁰, soumette la conclusion d'un contrat à la renonciation expresse du débiteur à propos de l'affectation d'un bien, ou, à défaut, demande la constitution d'une garantie sur l'autre patrimoine¹¹. Le jeu du cloisonnement des patrimoines

¹ Sur les formalités, C. com., art. L. 526-6 s. dont, essentiellement, l'enregistrement notarié, art. L. 526-2.

² C. com., art. L. 526-11 ; SÉNÉCHAL (J.-P.), L'affectation de biens communs ou indivis, *BJE*, 2011/1, p. 62 s. ; HENRY (L.-C.), EIRL : Quid des biens communs et des biens indivis affectés ?, *RPC*, 2011/2, dossier 23 ; ROUSSEL GALLE (P.), Les biens communs et les biens légués, *RPC*, 2011/1, dossier 8.

³ C. com., art. L. 526-10, al. 4.

⁴ Par une lecture *a contrario* du C. com., art. L. 526-12, al. 1^{er}.

⁵ C. com., art. L. 526-12, al. 10.

⁶ PÉROCHON (F.), REILLE (F.), La neutralisation du statut de l'EIRL, *CDE*, 2011/3, dossier 19, sp. n° 2.

⁷ C. com., art. L. 526-6, al. 2 ; le texte vise les biens et aussi les droits et obligations ; donc un contrat ne pourrait être rattaché à plusieurs patrimoines, VALLANSAN (J.), L'EIRL en difficulté (...), *RPC*, 2011/1, *op. cit.*, sp. n° 20 ; MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), Brèves réflexions sur les contrats et l'EIRL, *BJE*, 2011/1, p. 65 s.

⁸ De manière simplifiée, c'est la règle du « tout ou rien » ; sauf pour les immeubles, C. com., art. L. 526-9 ; ou à pouvoir circonscrire matériellement la fraction employée, PÉROCHON (F.) Les patrimoines de l'EIRL, *op. cit.*, sp. n° 15.

⁹ Solution déduite du C. com., art. L. 526-12, al. 6, 1^o et 2^o.

¹⁰ C. com., art. L. 526-6, al. 4 et art. L. 526-12, al. 2.

¹¹ PÉROCHON (F.), EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre, La validité des sûretés constituées au titre d'un patrimoine de l'EIRL en garantie des dettes de l'autre patrimoine, *RPC*, 2011/2, dossier 25.

D'une manière générale sur les sûretés, not. : BORGA (N.), L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles, *BJE*, mars 2011, p. 76 s., sp. n° 7 et dans le même numéro, CABRILLAC (S.), L'EIRL : illusions garanties, p. 79 s., sp. n° 8 ; MACORIG-VENIER (F.), Observations sur l'EIRL et les sûretés, *BJS*, 2011, p. 253 s., n° 106 ; PIEDELIÈVRE (S.), « Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés », *in* mélanges P. LE CANNU, *op. cit.*, p. 547-557 et dans le même ouvrage, SÉNÉCHAL (M.), « Sûretés et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre », p. 771-780.

Sur les clauses conventionnelles de réunion des patrimoines (inefficacité), REVET (T.), Introduction, *in* Dossier, Le patrimoine professionnel d'affectation, *DP*, avril 2010, p. 56-60 ; C. com., art. L. 526-16 est d'ordre public, LEROYER (A.-M.), Entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *RTD civ.*, 2010/3, p. 632-646.

tombe dans ces hypothèses¹. Dans le même cadre, il peut aussi exister des dettes mixtes, c'est-à-dire qu'elles vont naître à l'occasion de l'activité professionnelle et de l'activité privée². Si les textes disposent que le patrimoine affecté comprend les dettes nées à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle³, il n'existe pas particulièrement de clé de répartition à ce propos⁴, laissant aux juges du fond la liberté d'apprécier souverainement.

Sans multiplier les exemples⁵, l'affectation fait montre d'un risque de porosité entre les patrimoines, plus que d'un solide cloisonnement. L'effet est alors invariablement le même : l'extension de la procédure de traitement des difficultés économiques.

332. Extension de la procédure collective. En dehors de l'hypothèse d'un vice interne à l'affectation qui prive celle-ci d'effet, le droit des entreprises en difficulté prévoit par ailleurs une action spécifique permettant de contrer cette protection lorsqu'elle est artificielle. Contrairement au principe selon lequel les dispositions du Code de commerce sont « appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (...) patrimoine par patrimoine »⁶, il est possible de **réunir à l'actif** les différents patrimoines du débiteur, ayant pour effet d'étendre la procédure commerciale du patrimoine affecté à l'ensemble des éléments. Il n'y aura désormais place que pour une seule procédure de traitement des difficultés économiques, celle du Code de commerce. Tel est le résultat de l'action en confusion des patrimoines⁷ avec l'originalité⁸ que, dans le cas présent, elle a lieu pour réunir plusieurs patrimoines dont le détenteur est unique. Le débiteur est juridiquement une seule et même personne. Pour l'illustrer, en dehors du cas de la fraude, ce peut être le fait d'une mauvaise gestion : concrètement, l'entrepreneur individuel, par les opérations qu'il effectue, confond les différents patrimoines⁹. Il faut reconnaître que l'administration de patrimoines distincts est

¹ D'une manière générale, DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), EIRL : la mise en concurrence conflictuelle des procédures civiles et commerciales d'exécution, *RLDA*, 2011/62, p. 69-75.

² Conformément à l'exemple donné *supra*, tel est le cas du crédit nécessaire à l'achat du véhicule à usage mixte.

³ C. com., art. L. 526-12, 1°.

⁴ Pour une ventilation, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 307-308 et Les patrimoines de l'EIRL, *op. cit.*, sp. n° 13 s. ; *contra*, l'exercice étant trop complexe, MACORIG-VENIER (F.), (...) les créanciers de l'EIRL en difficulté, *RPC*, 2011, *op. cit.*, sp. n° 10.

⁵ Pourrait être ajouté le cas de la fraude, mais l'échec de l'affectation est ici une sanction, C. com., art. L. 526-10, al. 8 ; Livre proc. fiscales, art. L. 273 B, I.

⁶ C. com., art. L. 680-1 ; ord. n° 2010-1512, 9 déc. 2010, art. 8 ; *GP*, 2011, p. 138, n. C. SAINT-ALARY-HOUIN et J.-L. MERCIER.

⁷ C. com., art. L. 621-2, al. 3, premier cas ; à rapprocher de l'action en réunion à l'actif qui suit le même régime juridique, art. L. 621-2, al. 2 ; de manière générale, DERRIDA (F.), « À propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire », *in* méf. M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p. 687 s. ; JACQUEMONT (A.), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Exploitation en commun et confusion des patrimoines, *Jcl. proc. coll.*, n° 2165 ; REILLE (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, th., P. PÉTEL (préf.), Litec, 2006 ; pour l'entrepreneur individuel, BEYNEIX (I.), Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique, *PA*, 19 sept. 2011, p. 17 s., sp. n° 62 s. ; DUBUISSON (E.), L'EIRL face aux difficultés de l'entreprises, une exception va-t-elle confirmer la règle ?, *JCP N*, 2011/1, p. 1002 s., sp. n° 27-37 ; SAINTOURENS (B.), EIRL : le risque de réunion des patrimoines, *RPC*, 2011/2, dossier 30 ; en jurisprudence, par ex. : Cass. com. 13 avril 2010, n° 09-12.642 ; *Bull.* IV, n° 81 ; *D.*, 2010, p. 1450, n. A. LIENHARD.

⁸ D'origine jurisprudentielle, la solution avait vocation à réunir les patrimoines de sociétés différentes (mère et filles), v. Cass. 1^{ère} civ., 30 nov. 1976 : *Bull. civ.*, IV, n° 283 ; *D.*, 1979, p. 283, n. A. HONORAT ; com. 17 juin 1980, n° 78-16.247 ; *Bull.*, IV, n° 258 ; *RTD com.*, 1981, p. 602, n. F. DERRIDA, P. MERLE ; *D.* 1981, som. com., p. 202, n. A. HONORAT.

⁹ Par ex., ne tenant pas une comptabilité autonome, C. com., art. L. 526-13.

périlleuse¹. Quoi qu'il en soit, la protection née de l'affectation tombe et le gage des créanciers professionnels retrouve son périmètre maximum. La solution est sévère², mais c'est là la force du droit des entreprises en difficulté, dont les effets sont redoutables au point de « se demander si l'action en extension pour confusion de patrimoines ne va pas venir sonner le glas des EIRL »³.

333. « Les élus malgré eux »⁴. La mise en échec de l'affectation porte une autre conséquence, peut-être plus insidieuse, mais particulièrement remarquable au titre de la distinction entre le droit des entreprises en difficulté et le droit de la consommation. Effectivement, l'extension de procédure, telle que prévue par le Code de commerce, va avoir pour effet d'intégrer des débiteurs qui, *a priori*, n'y auraient pas été nécessairement éligibles⁵. Dépourvues de caractère professionnel, leurs dettes n'auraient pas justifié l'application du droit des entreprises en difficulté pour relever du droit du surendettement. Mais par l'action en réunion à l'actif, ils vont finalement y entrer en raison de la confusion des patrimoines. Ce résultat déroge au critère de l'activité exercée⁶ alors qu'il constitue la clé fondamentale de répartition entre les deux dispositifs légaux de traitement⁷. C'est constater « un retour vers la personne pourtant consciencieusement exclue »⁸ par le législateur, ce qui n'est pas sans danger au regard de l'organisation du droit⁹. C'est au demeurant souligner l'effet particulièrement invasif du droit des entreprises en difficulté, exerçant une force d'attraction sur les hypothèses de surendettement pour les ramener dans sa sphère d'application.

334. Transition. La division et l'affectation du patrimoine constituent la principale source de complication dans la répartition des règles de traitement entre le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement. Mais elle n'est pas la seule hypothèse révélant l'incohérence en pratique de la distinction. D'autres cas relatifs à la forme d'exercice de l'activité professionnelle font aboutir au même constat.

¹ LEGRAND (V.), (...) l'EIRL : les avantages de la schizophrénie ou le risque de paranoïa ?, *PA*, 2013/3, *op. cit.* ; CROZE (C. et H.), L'adaptation du droit des entreprises en difficulté à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : petite leçon de schizophrénie juridique, *Dr. sociétés*, 2011/2, p. 12-13 ; TERRÉ (F.), La personne et ses patrimoines, Des pépins par milliers, *JCP G*, 2010, *op. cit.*

² VALLANSAN (J.), Vigilance ! La procédure concernant un patrimoine peut être facilement étendue aux autres patrimoines, *Act. proc. civ.*, janv. 2011, alerte 9.

³ BORGA (N.), BERTHOLOT (G.), L'EIRL en difficulté, entre respect et négation de l'affectation, *BJE*, 2011/2, p. 155 s., sp. n° 18.

⁴ MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), Le périmètre quant aux personnes des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, *RPC*, 2011/1, dossier 3, sp. n° 17.

⁵ *Ibid.*

⁶ Il n'est effectivement pas besoin de rechercher la qualité du débiteur (en l'espèce, celle de commerçant), Cass. com. 8 janv. 2008, n° 06-15.977 ; n.p.B ; *GP*, avril 2008, p. 13, n. F. REILLE.

⁷ Ensemble, C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} et C. consom., L. 711-1, al. 1-2.

⁸ MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), L'EIRL et le droit des entreprises en difficulté, *BJS*, 2011/108, p. 270 s., sp. n° 10

⁹ LEGRAND (V.) L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ?, *D.*, 2010, p. 2385 s., *op. cit.* ; *contra*, validant la solution, VALLANSAN (J.), Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective, *JCP E*, 2010/4, p. 36 s., sp. n° 10 ; comp. SÉNÉCHAL (M.), Le patrimoine affecté à l'épreuve des procédures collectives, *DP*, 2010, *op. cit.* ; et ajoutant les difficultés d'une extension *en cours* d'une procédure de surendettement, CAGNOLI (P.), SALHI (K.), La répartition des procédures (...), *RPC*, 2009/4, ét. 17, *op. cit.*, sp. n° 15 s.

B. La complexité liée au statut particulier du débiteur

335. Plan. Dépassant le primat du critère de l'activité¹ exercée pour l'application - ou non - du droit des entreprises en difficulté, certains débiteurs vont se trouver comme aspirés par la procédure commerciale (1). D'autres vont s'en trouver exclus, alors qu'ils y auraient été éligibles (2).

1. L'appréhension du patrimoine par le droit des entreprises en difficulté

336. Cas de l'auto-entrepreneur. En permettant à toute personne physique d'être son propre entrepreneur², y compris lorsqu'est déjà exercée une activité professionnelle³, se pose la question du droit applicable en cas d'impossibilité économique d'exécuter. Sans affectation particulière du patrimoine⁴, l'application distributive des règles n'est pas justifiée et l'appréciation d'une certaine quotité de dettes dans l'exercice de l'activité auto-entrepreneuriale, particulièrement délicate et aléatoire.

La réponse donnée⁵ est la suivante : le Code de commerce faisant désormais référence, pour des motifs aujourd'hui discutables⁶, non plus à la qualité⁷, mais à l'exercice

¹ C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; v. *supra*, sp. n° 134.

² L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 1-20 ; CASTAGNÉ (S.), Le statut d'auto-entrepreneur : un nouveau cadre fiscal et social, aménageant le système d'immatriculation, principalement pour des activités complémentaires, L. n° 2008-776, *JCP N*, 2008/50, p. 25-29 ; ROUSSEL (F.), MROZ (H.), Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, *DP*, 2008/174, p. 30-37 ; s'il s'agissait initialement d'un régime social et fiscal, le législateur est revenu sur la dispense d'immatriculation, L. n° 2014-626, 18 juin 2014, art. 27 ; LEGRAND (V.), Les poussins rentrent dans les rangs, à propos de la loi n° 2014-626 (...), *PA*, 26 juin 2014, p. 6 s. ; sur les conséquences pour les artisans, AZARIAN (H.), MARON (A.), Droit de l'artisanat, *JCP E*, 2015/15, 1179, sp. n° 8. D'une manière générale sur l'auto-entrepreneur, LEGRAND (V.), DE FAULTRIER (J.), *Entreprise individuelle, EURL, EIRL, auto-entrepreneur : création, gestion, évolution*, Delmas, 2015, 13^e éd., 570 p. ; DELPECH (X.), La création de l'entreprise individuelle simplifiée, *RLDA*, 2011/57, p. 63 s. ; GALLOIS-COCHET (D.), Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME, *JCP E*, 2009/17, p. 25 s..

³ Indifférence de la situation professionnelle, salarié à titre principal ou secondaire, chômeur, retraité ou fonctionnaire, LAVAL-MADER (N.), Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?, *AJDA*, 2009/23, p. 1230-1236 ; voire libéral, L. n° 2009-179, 17 fév. 2009 ; DELPECH (X.), Élargissement du statut de l'auto-entrepreneur au secteur libéral, *D. actu.*, 2009, p. 2920 s. ; REYGROBELLET (A.), L'« auto-entrepreneur » : vers un statut de l'activité indépendante, *RLDA*, mars 2009, p. 77 s., sp. n° 15.

⁴ L'unité de patrimoine est de ce point de vue préservée ; sur le concept de « pro-personnalité », expliquant la jouissance d'une personnalité spécifique dédiée à l'exploitation du patrimoine professionnel, SAVARY (O.), DUBUISSON (E.), Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de « pro-personnalité », in Dossier spécial, *DP*, 2009/180, p. 38 s. et n° 181, p. 30 s. ; également, DE LA RIVIÈRE (C.), Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité, *DP*, 2010/190, p. 63 s. ; THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : une nouvelle personne physique ?, *Réflexions sur une différenciation d'ordre personnel et patrimonial, Dr. fam.*, 2012/9, dossier 8.

⁵ Rép. min. Com., QE n° 62294, R. DE SALLES ; *JOAN*, 6 avril 2010, p. 3929 ; *D. actu.*, 19 avril 2010, Statut d'auto-entrepreneur et surendettement : quelle articulation ?, n. S. LAVRIC.

⁶ Justifiée en 2008 par l'absence d'immatriculation de l'auto-entrepreneur, la loi lui impose désormais de le faire, L. n° 2016-626, 18 juin 2014, art. 27 ; abrogation de C. com., art. L. 123-1-1 ; VINCENT (C.), La qualité du débiteur dépourvu d'entreprise, *JCP E*, 2016/26, 1340, sp. n° 3.

⁷ « Qu'en statuant ainsi, alors que la seule qualité de gérante d'une société, ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ des dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers, le jugement a violé les textes susvisés. », Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984 ; *Bull.*, II, n° 20 ; *JCP E*, 2010, p. 30, n. C. LEBEL ; *RTD com.*, 2010, p. 437, n. G. PAISANT.

d'une activité professionnelle¹ dont la définition repose sur l'exercice habituel², c'est ce dernier critère qui compte, qu'il soit exclusif, principal ou secondaire³. Plus remarquablement, est tout aussi indifférent le fait que le débiteur bénéficie actuellement d'une procédure de surendettement⁴ ou qu'un plan de redressement civil soit en cours d'exécution⁵, nonobstant la simultanéité des procédures. Ainsi, dès lors que l'endettement en cause a une origine professionnelle, le débiteur est soumis aux dispositions du droit des entreprises en difficulté, ce qui n'est pas sans susciter des difficultés⁶.

L'application des règles commerciales interpelle. L'unité de patrimoine est certes maintenue, permettant l'unicité de procédure, contrairement à la technique de l'affectation⁷. Mais, à l'analyse, le champ d'application du surendettement est peu respecté. Par exemple, le débiteur ayant à titre principal une activité autre que celle visée par le Code de commerce⁸ - un salarié -, va finalement, par une activité auto-entrepreneuriale résiduelle alors même que son passif est essentiellement personnel⁹, en relever¹⁰. Par extension, l'auto-entreprise instituée en cours d'exécution d'un plan de surendettement ferait relever le débiteur auto-entrepreneur du droit des entreprises en difficulté¹¹. Comment vont alors se coordonner les procédures ? En outre, il faut rappeler que la décision de recevabilité d'un dossier de surendettement n'est pas judiciaire¹², ce que peut donc remettre en cause l'ouverture d'une procédure collective.

C'est la primauté du droit des entreprises en difficulté qui explique ces solutions. Le droit du surendettement ne serait en réalité que subsidiaire¹³. Il est pourtant possible de douter de cette affirmation à l'instar du récent rapport parlementaire relatif au surendettement qui réclame par ailleurs l'ouverture de l'accès aux procédures de surendettement pour les entrepreneurs individuels dont le montant des dettes professionnelles est marginal comparativement au passif personnel¹⁴. Il ne paraît pas juste¹⁵ que ces personnes soient *de facto* privées du traitement offert

¹ C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; ord. 18 déc. 2008 précit.

² VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 126.

³ Le critiquant, VOINOT (D.), L'ouverture des procédures collectives (...), *GP*, 2009/66, *op. cit.*, p. 10 s.

⁴ Rép. min. Éco., QE n° 10318, P. MARIANI ; *JO Sénat*, 25 mars 2010, p. 758.

⁵ À la condition que cela ne compromette pas les modalités de remboursement prévues par ledit plan, rép. min. QE n° 62294 précit.

⁶ VOINOT (D.), *loc. cit.* ; également, SAINTOURENS (B.), Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *RPC*, 2009/1, dossier 4, sp. n° 4-5.

⁷ Laquelle retenait la règle du cumul, v. *supra*, sp. n° 328.

⁸ Art. L. 620-2, al. 1^{er}, C. com.

⁹ TC Caen, 12 janv. 2011, n° 2010/014613 ; *Act. proc. coll.*, 2011, n° 4, alerte 69, p. 5 ; *D.*, 2011, p. 512, n. X. DELPECH ; *RPC*, 2011, n° 5, p. 33, comm. 124, n. S. GJIDARA-DECAIX ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 189, n. P. ROUSSEL GALLE.

¹⁰ Autre ex., le fonctionnaire revendant régulièrement en ligne des objets en ligne achetés dans différentes brocantes (but lucratif), PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 281 ; et v., CAGNOLI (P.), SALHI (K.), *op. cit.*, sp. n° 3 ; LAVAL-MADER (N.), *op. cit.*

¹¹ Rép. min., Q. n° 62294, R. DE SALLES précit.

¹² Elle relève de la commission de surendettement, C. consom., art. L. 712-1.

¹³ L'illustrant, T. Caen, 12 janv. 2011 précit. ; caractère déduit du C. consom., art. L. 711-3, al. 1^{er} ; sur ce principe, BORGIA (N.), Livre VI du Code de commerce et surendettement des particuliers, concurrence ou complémentarité ?, *BJE*, 2012/5, p. 31 s., sp. n° 1.

¹⁴ Rapp. Sénat n° 602, au nom de la commission l'application des lois sur l'application de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 portant réforme du crédit à la consommation, M. DINI et A.-M. ESCOFFIER (*rapp.*), 19 juin 2012, sp. prop. n° 16, p. 68 s.

¹⁵ *Ibid.*

par les dispositions du Code de consommation, dont certaines modalités se distinguent nettement du droit des affaires¹.

337. Cas du professionnel retiré. La loi prévoit que, nonobstant sa situation actuelle de simple particulier, le professionnel ayant cessé son activité relève assurément des dispositions commerciales². Dès lors qu'existe un passif professionnel ancien, le droit du surendettement est élué, que les dettes soient marginales et la cessation d'activité ancienne, cela est désormais indifférent³. Or, cela « peut paraître incongru eu égard aux finalités d'une telle procédure (le maintien de l'activité et de l'emploi) »⁴, « qu'un entrepreneur retraité n'ait qu'un euro de dette liée à son activité passée, et le voilà soumis aux procédures issues du Code de commerce ! »⁵.

338. Cas de l'associé commerçant. Par l'effet de la loi, l'associé d'une société en nom collectif (SNC) a la qualité de commerçant⁶. Si l'application du droit des entreprises en difficulté n'était pas douteuse, la nouvelle formulation du critère de l'exercice d'une activité commerciale⁷ a pu remettre en cause cette affirmation de principe⁸. En effet, cette qualité est une simple détermination de la loi, l'associé de SNC n'exerçant pas à titre personnel d'activité commerciale⁹. De fait, les juges du fond ont refusé l'ouverture d'une procédure collective à son égard en l'absence d'exercice effectif¹⁰. Alors que la solution semblait acquise¹¹, la Cour de cassation en a pris le contrepied¹² par la réintégration de l'associé¹³ de SNC¹⁴ dans le giron des

¹ Par ex., l'accompagnement personnalisé social ou budgétaire, C. consom., art. L. 712-9.

² C. com., art. L. 631-3, al. 1^{er} et L. 640-3 ; en jurisprudence, par ex. : pour une ancienne infirmière libérale, Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-13.460 ; *Bull.*, IV, n° 74 ; *RPC*, 2011/124, n. S. GJIDARA-DECAIX ; ou 2^e civ., 6 mai 2010, n° 09-15.106 ; n.p.B. ; *RPC*, 2010, comm. 199, n. S. GJIDARA-DECAIX.

³ Suppression de la condition d'antériorité de la cessation des paiements à l'arrêt de l'activité et du délai, L. 26 juill. 2005 ; C. com., anc. art. L. 621-15 et L. 622-1 ; sauf en cas d'assignation des créanciers, art. L. 631-5, et L. 640-5, 1^o-2^o.

⁴ CAGNOLI (P.), SALHI (K.), La répartition des procédures (...), *RPC*, *op. cit.*, sp. n° 6.

⁵ *Ibid.*

⁶ C. com., art. L. 221-1, al. 1^{er} ; sur l'associé commandité, v. *infra*, ce paragraphe, sp. n. 9 et n. 13.

⁷ C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; ord. 18 déc. 2008 précit., sp. art. 164

⁸ VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 141 ; également, v. CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, th., J. MESTRE (préf.), PUAM, 2002, 567 p., sp. n° 192 s. ; LUCAS (F.-X.), « Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom », in méf. A. HONORAT, *op. cit.*, p. 281-290, sp. p. 281.

⁹ Sur la SNC, v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2015, 28^e éd., sp. n° 1229 s.

¹⁰ CA Paris, 6 juill. 2010, n° 10/05415 ; *D.*, 2010, 2222, n. A. LIENHARD ; *BJE*, 2010, p. 905, n. F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés*, 2010, p. 536, n. P. ROUSSEL GALLE ; *adde.* à propos d'un associé commandité, CA Paris, 5 avril 2012, n° 11/03323 ; *JCP E*, 2012, 1736, n. J.-P. LEGROS ; *RPC*, 2013, comm. n° 1, p. 26, n. B. SAINTOURENS.

¹¹ Not. LUCAS (F.-X.), *loc. cit.*, sp. p. 284 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., 8^e éd., sp. n° 274 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit. 8^e éd., sp. n° 389 ; VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 141 ; également, FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (Vmanuel précit., sp. n° 111.54 et n° 112.21 ; *contra* : GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, sp. n° 195.

¹² Cass. 2^e civ., 5 déc. 2013, n° 11-28.092 (rectif. 27 fév. 2014) ; *Bull.*, II, n° 231 ; *JCP E*, 2014, 1207, n. C. LEBEL ; *Actu. proc. coll.*, 2014, comm. 20, n. N. BORGA ; *Rev. sociétés*, 2014, p. 199, n. L.-C. HENRY ; *D. actu.*, 11 déc. 2013, p. 291, n. A. LIENHARD ; *BJS*, 2014, 184, n. F.-X. LUCAS ; *CCC*, 2014, comm. 83, n. G. RAYMOND ; *JCP G*, 2014, 96, n. P. ROUSSEL GALLE ; cet arrêt est conforme à l'avis de la chambre commerciale : com., avis 9 juill. 2013, n° 9003.

¹³ L'arrêt précise l'« associé gérant », ce qui pourrait être une restriction au regard du C. com., art. L. 221-1, al. 1^{er}.

¹⁴ Solution transposable au cas de l'associé commandité, C. com., art. L. 222-1 (simple), art. L. 226-1 (par actions) ; CERATI-GAUTHIER (A.), L'associé gérant d'une société en nom collectif est éligible aux procédures du livre VI du Code de commerce, *JCP E*, 2014/3, 1021, sp. n° 1 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 417.

À noter, l'associé gérant d'une entreprise agricole à responsabilité limitée (EARL) relèverait du droit des entreprises en difficulté, car par son affiliation à la mutualité sociale agricole, il est « réputé participer à titre personnel aux travaux agricoles par son travail de gestion juridique et financière, et (...) [participer] directement à l'exploitation agricole au sens de l'art. L. 311-1, C. rur. », Cass. com., 4 nov. 2014, pourvoi n° 13-20.711 ; n.p.B. ; *BJE*, janv. 2015, p. 13, n. A. CERATI-GAUTHIER et p. 26, n. B. BRIGNON ; solution discutable au regard du critère de l'art. L. 620-2, al. 1^{er} (agriculteur).

procédures commerciales puisqu'il est « réputé exercer une activité commerciale »¹. Autrement dit, en cette seule qualité fondée sur une présomption² - voire, une « fiction »³ - et indifféremment de l'activité effectivement exercée par le débiteur⁴, est exclue la procédure de surendettement. La primauté du droit des entreprises en difficulté est critiquable, « les associés de SNC bénéficient ainsi d'une mesure qui ne repose sur aucune réalité économique et qui conduit à dévoyer des procédures conçues pour sauvegarder les entreprises »⁵.

339. Cas du conjoint du débiteur entrepreneur. En cas de difficultés économiques, la règle est que l'entrepreneur relève du droit des entreprises en difficulté tandis que son conjoint se voit appliquer la procédure de surendettement⁶, les dettes ayant à son égard une nature non-professionnelle⁷. Existe alors en pratique un risque de télescopage⁸ des procédures, notamment quant au périmètre de chacune.

Sous l'empire du droit antérieur, jouait la présomption mucienne⁹ concernant les **biens communs**¹⁰. Ainsi, ceux acquis durant le mariage étaient considérés comme ayant été nécessairement achetés avec les finances provenant de l'exploitation commerciale¹¹. Ils étaient donc automatiquement intégrés à la procédure collective du débiteur, à charge pour le conjoint de démontrer que tel n'était pas le cas. Malgré la disparition de cette présomption en 1967¹², le mandataire judiciaire, en apportant la preuve de l'acquisition grâce aux moyens issus de l'activité professionnelle, pouvait toujours les réunir à l'actif de la procédure¹³. Considérant l'atteinte,

¹ Cass. 2^e civ., 5 déc 2013 précit.

² Qualifiée de désuète, LUCAS (F.-X.), « Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom », *op. cit.*

³ BORGA (A.), Pourquoi faire simple ? Les associés en nom, ces commerçants comme les autres..., *Act. proc. coll.*, 2014, repère 20.

⁴ En contradiction avec l'exigence d'activité devenue centrale, QUIQUERREZ (A.), Un accueil forcé de l'associé en nom au sein des procédures du livre VI du code de commerce, *Rev. sociétés*, 2014/7, sp. n° 12 ; également, CERATI-GAUTHIER (A.), *loc. cit.*, sp. n° 1.

⁵ MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), La soumission des associés de SNC au Livre VI : chercher la cohérence, *DP*, 2014/239, chron.

⁶ Par ex., à propos du conjoint d'un auto-entrepreneur, Cass. 2^e civ., 26 sept. 2013, n° 12-17.100 ; *Bull.*, II, n° 184 ; *RPC*, 2014, p. 20, n. S. GJIDARA-DECAIX ; *PA*, 2013, p. 20, n. V. LEGRAND ; *RDB*, 2013, comm. 202 S. PIEDELIEVRE.

Pour précision, le simple fait d'être marié à un commerçant écartait *de facto* les dispositions du surendettement, par ex. : 2^e civ., 24 mai 2007, n° 06-12.169 ; n.p.B ; *RPC*, 2007, p. 207, n. S. GJIDARA-DECAIX ; de même pour le conjoint professionnel, débiteur solidaire, par ex. : 1^{ère} civ., 17 mai 1933, n° 92-04.075 ; *Bull. civ.*, I, n° 181 ; *D.*, 1993, IR 160.

Sur les droits du conjoint en procédure collective, C. com., art. L. 624-5 s. ; not., ANTONINI-COCHIN (L.), « Pour le meilleur et pour le pire... » ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective, *JCP G*, 2010/21, doct. 584 ; LAMBERT (S.), Le sort du conjoint in bonis engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective, *RTD com.*, 2007 ; STORCK (M.), Le redressement ou la liquidation judiciaire d'un époux séparé de biens : les illusions perdues, *in* méf. A. HONORAT, *op. cit.*, sp. p. 235 s. ; VAUVILLÉ (F.), La situation du conjoint in bonis face aux procédures collectives professionnelles, *RLDA*, 2013/86 et « Le conjoint de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *in* méf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, p. 552 s.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n° 90-04.064 ; *Bull. civ.*, I, n° 108 ; *JCP G*, 1992, II, 21942, n. G. PAISANT ; *CCC*, juin 1992, n° 123, n. G. RAYMOND.

⁸ DERRIDA (F.), « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de la communauté légale », *in* méf. A. COLOMER, *Litec*, 1993, p. 153-160 ; v. également, LAFOREST TACCHINI (V.), *La procédure de traitement du surendettement à l'épreuve des régimes matrimoniaux*, th., G. PAISANT (*dir.*), La Mouette, 2001, 354 p., sp. n° 506 s.

⁹ C. com., anc. art. 559 ; DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en difficulté*, t. 5, Puf, 1995, sp. p. 451 s.

¹⁰ RUBELLIN (P.), Retour sur le statut du conjoint du débiteur commun en biens, *B/E*, 2014/1, p. 62-64.

¹¹ HENRY (L.-C.), Une abrogation acquise, une réforme attendue, *JCP E*, 2012/17, 1255 ; ANTONINI-COCHIN (L.), *op. cit.*

¹² L. 13 juill. 1967 précit., art. 56.

¹³ C. Com., anc. art. L. 624-6 ; en jurisprudence, par ex. : Cass. com., 16 janv. 2007, n° 04-14.592 ; *Bull.*, IV, n° 3, p. 2 ; *RPC*, 2007, p. 124, n. C. LEBEL ; *RJPF*, 2007, p. 21, n. F. VAUVILLÉ ; sur cette action, BRÉMONT (V.), Les moyens de défense de l'époux faisant l'objet d'une action en « réunion d'actif », *JCP N*, 2006/17, 1170 ; OBELLIANNE (S.), La discrète résurrection de la présomption mucienne, *RPC*, 2008/1, étude 7.

disproportionnée, au droit de propriété, le Conseil constitutionnel a abrogé le texte en 2012¹. Il semble néanmoins en demeurer une marque par le jeu, selon l'expression de Marc Sénéchal², de l'effet réel de la procédure³. Concrètement, la procédure collective appréhende l'intégralité des biens du débiteur⁴, y compris - s'il est marié sous le régime de la communauté - les biens communs⁵. En conséquence, les créanciers personnels sont également soumis à l'obligation de déclaration des créances⁶ dans la procédure collective et la confiscation⁷ frappant le débiteur rejaillit sur le conjoint *in bonis* qui ne pourra plus disposer de ces biens communs⁸. Le liquidateur a un pouvoir exclusif⁹ sur ceux-ci. Leur vente dans le cadre de la liquidation judiciaire est opposable au conjoint¹⁰. A cet égard, le caractère *commun* du bien à l'égard de l'époux, simple particulier, paraît effacé¹¹. Le problème pourrait être plus simplement exposé par l'hypothèse d'un bien commun comptabilisé dans un premier temps à l'actif d'une procédure de surendettement et recueilli, eu égard à l'effet réel, par la procédure collective ouverte dans un second temps.

Par ailleurs, la question touche également le cas des **dettes communes**¹². Leur appréhension est d'autant plus délicate que la Cour de cassation reconnaît qu'une même dette

¹ Atteinte disproportionnée au droit de propriété du conjoint du débiteur, déclarée contraire à la Constitution et abrogation (art. 62), Cons. constit., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC, cons. n° 7 ; *Rec.*, p. 84 ; *GP*, 2012, p. 41, n. L. ANTONINI-COCHIN ; *JCP E*, 2012, 1255, n. L.-C. HENRY ; *Rev. sociétés*, 2012, p. 192, n. P. ROUSSEL GALLE ; *D.*, 2012, p. 373, n. M. SÉNÉCHAL.

² SÉNÉCHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, th., M.-H. MONSÉRIÉ-BON (préf.), Litec, 2002, 959 p. et définition, sp. n° 5 s., sur les biens communs du couple, sp. n° 124 s. et à propos de la présomption mucienne, son évolution et, d'une manière plus générale, la reconstitution en nature, sp. n° 595 s.

³ Soit « l'effet de saisie de l'ensemble des biens du débiteur par ses créanciers », SÉNÉCHAL (M.), th. précit., sp. n° 5 ; en jurisprudence, « Le dessaisissement du débiteur en liquidation des biens est d'ordre public ; qu'il embrasse l'intégralité de son patrimoine sans exception, y compris les biens communs », Cass. AP, 23 déc. 1994, n° 90-15.305 ; *Bull. AP*, n° 7, p. 13 ; *D.*, 1995, 145, rapp. Y. CHARTIER et n. F. DERRIDA ; *JCP E.*, 1995, II, n° 660, n. P. PÉTEL ; *adde.* « La vente de gré à gré des biens communs, soumis dès son prononcé à l'effet réel de la procédure collective », à propos d'une première LJ clôturée avant l'ouverture d'une seconde à l'égard du conjoint, cassation de l'arrêt qui considère que les biens communs sont recueillis par cette dernière, faisant produire un effet rétroactif à la reprise de la première procédure, laquelle voit « ressusciter » l'effet réel et donc l'appréhension des biens communs com., 16 mars 2010, n° 08-13.147 ; *Bull.*, IV, n° 55 ; *GP*, 2010, p. 13, n. L. ANTONINI-COCHIN ; *D.*, 2010, p. 825, n. A. LIENHARD et p. 1820, n. F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; *DP*, 2013, p. 60, n. P. ROUSSEL GALLE ; *RLDA*, 2011, p. 99, n. J.-L. VALLENS ; *adde.*, à propos de LJ successives de deux époux et d'un immeuble commun, « en conformité avec l'effet réel de la procédure de liquidation judiciaire première ouverte, à percevoir la totalité du prix de vente de l'immeuble » et rappelant subsidiairement l'illicéité de la clause de l'acte authentique par laquelle le liquidateur de la première procédure accepte de ne percevoir que la moitié du prix, com., 26 janv. 2016, n° 14-13.851 ; p.B. ; *BJE*, 2016/2, p. 25, n. M. SÉNÉCHAL.

⁴ SÉNÉCHAL (M.), th. précit., sp. n° 59 ; sauf biens et droits acquis (ou en indivision) au titre d'une succession ouverte après l'ouverture ou le prononcé de la LJ, C. com., art. L. 641-9, IV ; ord. 12 mars 2014, art. 66.

⁵ C. civ., art. 1413 ; les biens personnels du conjoint *in bonis* ne sont pas concernés.

⁶ Cass. AP, 23 déc. 1994 précit. ; DERRIDA (F.), La situation des créanciers personnels du conjoint du débiteur soumis à une procédure de redressement-liquidation judiciaires : bilan, *D.*, 1997, p. 117 s.

⁷ Tenant soit au dessaisissement complet (LJ), soit aux différents modes de contrôle ou surveillance de la gestion (RJ, sauvegarde).

⁸ Le bien est indisponible, LEBEL (C.), Les indisponibilités en droit des procédures collectives, in Dossier, L'indisponibilité en droit des affaires, *DP*, 2014/232, p. 34-36 et dans le même numéro, VAUVILLÉ (F.), *op. cit.*, p. 41-44.

⁹ A l'exclusion des créanciers personnels, Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-12.610 ; *Bull.*, IV, n° 193, p. 209 ; *JCP E*, 2005/6, 1243, n. B. BEIGNER ; *D.*, 2006, p. 79, n. P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS.

¹⁰ Irecevabilité de la tierce opposition formée par le conjoint, Cass. com., 28 avril 2009, n° 08-10.368 ; *Bull.*, IV, n° 58 ; *RPC*, 2010/3, comm., n. S. GORRIAS et V. MANIE (2^e esp.).

¹¹ Un bien, même affecté, ne devrait pas perdre son caractère de bien commun de ce seul fait, KARM (A.), Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux, *Deffrénois*, 2011/6, p. 576 s., sp. n° 10.

¹² C'est-à-dire contractées conjointement ; par ex., Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 2000, n° 99-04.091 ; *Bull. civ.*, I, n° 242 ; *JCP E*, 2001, p. 854, n. N. COCQUEMOT-CAULIER ; *RTD com.*, 2001, p. 251, n. G. PAISANT ; ou qu'elles soient la conséquence du régime matrimonial ; voire, le résultat de la solidarité entre les époux pour les charges du mariage, C. civ., art. 220.

peut avoir un caractère professionnel pour l'un et personnel pour l'autre¹. Bien entendu, elle ne peut être intégrée dans chacune des procédures - sauf à créer une collision entre elles -. C'est le passif du débiteur en liquidation judiciaire qui les absorbera². Mais alors, le conjoint du débiteur, à propos duquel la dette commune a un caractère personnel, ne pourra plus invoquer les dispositions du Code de la consommation. Il s'en trouve exclu³ et, surtout, démuné face aux créanciers du ménage⁴. D'une manière générale, cela souligne l'impérialisme⁵ du droit des entreprises en difficulté.

340. Cas du conjoint collaborateur. Le problème peut s'amplifier lorsque le conjoint a collaboré à l'activité professionnelle de son époux⁶. Conformément à la nouvelle rédaction du texte du Code de commerce⁷, la preuve d'une activité professionnelle pourrait faire entrer ce conjoint dans le dispositif commercial⁸. Pourtant, dans le cas du couple, le critère de l'indépendance, nécessaire à la reconnaissance d'une activité professionnelle⁹, est défaillant. Il faut rappeler la présomption légale¹⁰ du mandat d'administration donné au conjoint collaborateur¹¹ et celle de non-commercialité¹². En conséquence, le conjoint ayant collaboré, y compris celui inscrit au registre du commerce et des sociétés comme conjoint collaborateur, est renvoyé *a priori* aux dispositions consuméristes¹³.

¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, n° 94-04.155 ; n.p.B. ; CCC, 1996/191, n. G. RAYMOND.

² Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2002, n° 01-04.020 ; *Bull. civ.*, I, n° 25 ; *RTD com.*, 2002, 552, n. PAISANT ; CCC, 2002/103, n. G. RAYMOND

³ La recevabilité du dossier de surendettement est conditionnée à l'appréhension ou non des dettes de l'époux/se par la procédure collective de l'entrepreneur individuel selon la jurisprudence, « Qu'en statuant ainsi, sans (...) rechercher si elles [les dettes] avaient été incorporées à la procédure collective ouverte à l'égard de M. X [son mari, artisan à la retraite], le juge (...) n'a pas donné de base légale à sa décision », Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2012, n° 11-21.085 ; n.p.B. ; également, « Et attendu que ne peut prétendre au bénéfice de la procédure de surendettement des particuliers le débiteur dont le passif est inclus dans la procédure collective de son conjoint », 2^e civ., 6 janv. 2011, n° 09-72.485 ; *Bull.*, II, n° 6 ; *RPC*, 2011, p. 76, n. M.-P. DUMONT-LEFRAND et comm. 124, n. S. GJIDARA-DECAIX ; sur le sujet, v. LEGRAND (V.), Conditions de recevabilité du dossier de surendettement du conjoint d'un EIRL et regard prospectif sur le sort du conjoint d'un EIRL, *BJE*, 2012/6, p. 358 s.

⁴ REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), Le périmètre d'application des procédures collectives : la répartition entre la procédure commerciale et la procédure consumériste, *RPC*, 2011/1, dossier 2, sp. n° 38 s.

⁵ CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, th. précit., sp. n° 13 ; CABRILLAC (S.), L'impossibilité pour les créanciers du conjoint in bonis de saisir ses gains et salaires ou l'impérialisme des procédures collectives, n. sous Cass. com. 16 nov. 2010, *BJE*, 2011/2, p. 150 s.

⁶ Pour rappel, le conjoint du chef d'entreprise doit opter pour l'un des trois statuts : conjoint collaborateur (déclaration au RCS), conjoint salarié ou conjoint associé, L. n° 2005-882, 2 août 2005, art. 12 s. ; pour un tableau de synthèse, CASTAGNÉ (S.), Le statut du conjoint collaborateur : presque une réalité !, *JCP N*, 2006, n° 51-52, p. 2442-2448.

Cela vise le conjoint marié ou pacsé, L. 4 août 2008 (LME) précit. ; *RTD com.*, 2008, p. 688, n. B. SAINTOURENS.

⁷ Art. L. 620-2, al. 1^{er}, C. com. ; ord. 18 déc. 2008 précit., art. 164.

⁸ Critique, sur un risque de détournement du critère, SAINTOURENS (B.), Les conditions d'ouverture (...), *RPC*, 2009/1, *op. cit.*, sp. n° 5 ; toutefois, en jurisprudence, a été déclaré recevable à demander l'ouverture d'une LJ le conjoint non immatriculé exerçant la profession de loueur de meubles, CA Lyon, 13 juin 2013, n° 12/07316 ; *Act. proc. coll.*, 4 oct. 2013, p. 2

⁹ VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 128 s. ; sur le sujet, v. BERT (D), th. précit., par exclusion d'autres professionnels, sp. n° 9 et sur le critère d'indépendance lui-même, n° 224-225 ; v. *supra*, sp. n° 134.

¹⁰ Présomption simple ; critique, VOINOT (D.), L'extension d'une procédure de liquidation judiciaire sur demande du conjoint collaborateur, n. sous arrêt (CA Douai, 13 mars 1997), *D.*, 1997, p. 433 s.

¹¹ C. com., art. L. 121-6 ; en jurisprudence, par ex. : Cass. com., 11 fév. 2004, n° 01-00.430 ; *Bull.*, IV, n° 28, p. 27 ; *D.*, 2004, p. 565, n. A. LIENHARD ; *DP*, 2004/101, n. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; *RTD com.*, 2004, p. 243, n. B. SAINTOURENS.

¹² C. com., art. L. 121-3 ; pour un rapprochement du cas de l'agriculteur, « l'aide apportée par l'épouse à son mari dans les tâches agricoles ne confère pas à celle-ci la qualité d'agriculteur », Cass. com., 5 avril 1994, n° 91-18.766 ; *Bull. civ.*, IV, n° 145.

¹³ Cassation de l'arrêt déclarant irrecevable au traitement du surendettement le débiteur inscrit au RCS en qualité de conjoint collaborateur sans avoir recherché s'il n'était lui-même commerçant ou artisan, Cass. 2^e civ., 14 sept. 2006, n° 05-16.143 ; n.p.B. ; *Act. proc. coll.*, 2006/188, n. J. VALLANSAN.

En tout état de cause, par le biais de la preuve de l'exercice d'une activité professionnelle, l'exploitation en commun ne devrait conduire qu'à une communauté de passif¹. L'ouverture d'une procédure collective ne concernerait donc que l'époux défaillant. Or, la théorie de la confusion des patrimoines vient ici se greffer et il peut être délicat de la distinguer en pratique de la co-exploitation² qui, pourtant, aboutit à des solutions opposées³.

341. Insuffisance du traitement juridique pour les situations des couples et familles.

D'une manière générale, le traitement de l'insolvabilité invite à infléchir la conception individuelle du droit positif, qu'il s'agisse des dispositions relatives aux entreprises en difficulté comme aux particuliers, au profit d'une vision globale du patrimoine. Particulièrement dans l'hypothèse du couple, la répartition entre le caractère professionnel ou non professionnel s'étiolo nécessairement en raison des interférences. La procédure de l'époux devient en fait celle du couple⁴, de même que l'actif commun, celui de la procédure collective⁵. Cela est d'autant plus vrai que le Code de la consommation ne précise pas la teneur du patrimoine non-professionnel⁶. Les juges du fond relèvent cette difficulté à trancher quant à l'existence d'un passif réellement personnel⁷, voire à motiver concrètement leur décision⁸. L'effet réel joué par les procédures collectives permet davantage ce traitement global, contrairement au surendettement qui, de ce point de vue⁹, est destiné au célibataire¹⁰. Cela est pourtant paradoxal pour un droit dont l'objectif est la sauvegarde de la seule entreprise¹¹ face à une matière en lien naturel¹² avec le droit de la

¹ REILLE (F.), *La notion de confusion des patrimoines*, th. précit., sp. n° 559-560.

² L'illustrant, Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-13.136 ; n.p.B. ; *Act. proc. coll.* 2005/81, n. J. VALLANSAN ; *D.*, 2005, p. 952, n. A. LIENHARD et p. 2013 n. F.-X. LUCAS ; également, com., 15 fév. 2000, n° 97-12.997 ; n.p.B. ; *RJPF*, juin 2000, p. 13 n. F. VAUVILLÉ ; CA Douai, 13 mars 1997, n° 96/05527 ; *D.*, 1997, jurisp., p. 433, n. D. VOINOT ; sur le sujet, v. CABRILLAC (M.), « L'extension de la procédure collective du commerçant à son conjoint collaborateur », *in* méf. A. HONORAT, *op. cit.*, p. 81-87.

³ L'extension de la procédure fait abstraction de la nature du passif et appréhende l'intégralité des éléments du patrimoine, tandis que la co-exploitation conduit en principe à l'ouverture de deux procédures distinctes pour chaque époux.

⁴ BEIGNER (B.), Administration des biens communs dans une liquidation judiciaire prononcée à l'encontre d'un des époux, *JCP E*, 2006/6, 1243 ; les difficultés de l'un rejaillissent nécessairement sur l'autre, REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), « "Faillite" des entreprises et surendettement des particuliers », *in* méf. J. HÉRON, *op. cit.*, p. 443-472, sp. p. 456.

⁵ VAUVILLÉ (F.), La situation du conjoint *in bonis* (...), *DP*, 2014, *op. cit.* ; critique, MARTIN-SERF (A.), Être ou ne pas être dans la procédure collective, *RJC*, 1996, p. 337 s.

⁶ C. consom., art. L. 711-1, al. 2.

⁷ Par ex., faute de pouvoir déterminer un passif purement personnel, la cour d'appel rejette la demande d'ouverture d'une procédure de surendettement au conjoint d'un artisan, CA Pau, 29 mai 1991, n° 1968/91.

⁸ Par ex., à propos des dettes du conjoint d'un entrepreneur individuel, cassation de l'arrêt qui n'a pas « caractériser en quoi les dettes de Mme X. présentaient un caractère professionnel à son égard », Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2012, n° 11-21.085, précit.

⁹ En pratique, les commissions de surendettement font conjointement signer des deux époux la déclaration de surendettement, bien que cela outrepassent leurs pouvoirs, KHAYAT (D.), *Le surendettement des ménages*, Puf, 1999, 127 p., sp. p. 45 ; critique, JULIEN (J.), L'escalier de Penrose, Peut-on résorber le surendettement ?, *CCC*, 2015/11, étude 14, sp. n° 5.

Comp. pratique juridictionnelle du droit des entreprises en difficulté qui consiste à prononcer simultanément l'ouverture de la procédure collective et l'étendre, dans le même jugement, au conjoint, RUBELLIN (P.), Retour sur (...), *BJE*, 2014, *op. cit.*, sp. p. 63.

¹⁰ WIART (B.), Le conjoint hors procédure de surendettement, *RLDA*, 2013, 86 ; LAFOREST-TACCHINI (V.), th. précit., sp. n° 56 s.

¹¹ REVEL (J.), Surendettement et régime matrimonial, *GP*, 2003/58, p. 47 s.

¹² VAUVILLE (F.), Famille et surendettement : propos introductifs, *DP*, 2001/90, p. 28 s. ; c'est l'intitulé de la loi Neiertz : « surendettement des particuliers et des familles », L. n° 89-1010, 31 déc. 1989.

famille¹. C'est en ce sens que le critère de l'activité ou de la nature des dettes doit être dépassé pour retrouver une cohérence² dans l'appréhension des difficultés économiques.

342. Transition. Alors que certains débiteurs se trouvent, de manière discutable, appréhendés par le droit des entreprises en difficulté bien qu'ils n'aient, *a priori*, pas vocation à y entrer, il est au contraire d'autres cas où il y a une exclusion, tout aussi contestable, du champ d'application des procédures commerciales³.

2. Le rejet du débiteur vers le droit du surendettement

343. Cas de l'avocat en société. Lorsque l'avocat exerce en société, l'application du droit des entreprises en difficulté est mise en doute. Elle pourrait être justifiée par la possibilité de développer, en tant que professionnel libéral⁴, sa propre clientèle ainsi que sa responsabilité personnelle et indéfinie⁵ en cas de fautes commises dans l'exercice de ses fonctions⁶. Différentes juridictions du fond avaient statué en ce sens⁷, l'association ne mettant pas fin *ipso facto* à

¹ Le traitement du surendettement du couple fait l'objet d'une importante littérature juridique ; outre les réf. précit., v. également : BETCHEN-ABOUEM (D.), *Les objectifs et les réalisations du législateur en matière de surendettement des particuliers*, th., N. MOLFESSIS (dir.), Paris II, 2005, sp. n° 292 ; BLARY-CLÉMENT (E.), « Personne, famille, commercialité », in mél. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, p. 399 s. ; CABRILLAC (R.), « Conditions d'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés », in mél. J. CALAIS AULOY, *op. cit.*, p. 217 s. ; GJIDARA-DECAIX (S.), La vie à deux et le surendettement, *RPC*, 2004/4, p. 336 s. ; HÉNAFF (G.), « Les familles, oubliées des procédures de surendettement des particuliers », in mél. J. HAUSER, *op. cit.*, p. 179 s. et Les difficultés d'application de la procédure de surendettement aux personnes mariées, *Defrénois*, mai 1996, doct., p. 561-579 ; LAFOREST-TACCHINI (V.), th. précit., favorable à une procédure unique pour les couples mariés, sp. n° 543 s. et Procédure de traitement du surendettement à l'épreuve du pacte civil de solidarité, *Dr. fam.*, janv. 2003, chron. 3, p. 13 s. ; LEBEAU (M.), Le couple et le surendettement, *RDB*, 2012/3, dossier 23 ; LÉCUYER (H.), Entreprise et famille, *GP*, 2011/139, p. 51 s. ; PAISANT (G.), Le redressement judiciaire civil à l'essai, *JCP G*, 1991/24, I, 3510, sp. n° 12 ; PLOT (S.), *Les enjeux d'une mise en risque, La construction du surendettement comme problème public (1989-2010)*, th., B. GAÏTI (dir.), Paris-Dauphine, 2011 ; TAISNE (J.-J.), La loi Neiertz face au droit patrimonial de la famille, *DP*, 2001/90, p. 30 s.

² Critique de la juxtaposition des procédures commerciale et civile au sein du couple, REVEL (J.), *loc. cit.* ; également, LECOURT (A.), La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille, *RTD com.*, mars 2004, p. 1-34. En dehors du couple, cela atteint l'apparence de solvabilité pour les créanciers ; par ex., le créancier personnel de l'époux ne peut saisir ses revenus car « les salaires d'un époux marié sous un régime de communauté sont des biens communs frappés par la saisie collective au profit des créanciers de l'époux mis en procédure collective qui ne peuvent être saisis, pendant la durée de celle-ci, au profit d'un créancier de l'époux, maître de ses biens », Cass. com. 16 nov. 2010, n° 09-68.459 ; *Bull. civ.*, IV, n° 176 ; *D.*, 2010, p. 2904, n. A. LIENHARD.

³ Sur la distinction des « élus malgré eux » et des « exclus errants », MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), Le périmètre (...), *RPC*, 2011, *op. cit.*

⁴ Intégrés au C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; CERATI-GAUTHIER (A.), Application de la loi de sauvegarde (...), *JCP E*, 2008, *op. cit.*

⁵ Y compris dans les sociétés d'exercice libéral (SEL).

⁶ Pour l'associé « actif », étant précisé que la société est tenue solidairement avec eux ; pour les sociétés civiles professionnelles (SCP), L. n° 66-879, 29 nov. 1966, art. 16, al. 1 et 2 ; pour les SEL, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 16.

⁷ Faisant abstraction de la qualité d'associé d'une société professionnelle pour retenir celle de professionnel libéral et donc, appliquer le droit des entreprises en difficulté, CA Paris, 29 sept. 2009, n° 09/08231 ; *D. actu.*, 2009, p. 2485, n. A. LIENHARD ; *adde.* « Le fait que l'avocat exerce ses fonctions uniquement au nom de la société ne crée aucun lien de dépendance entre celle-ci et l'avocat qui en est membre », CA Paris, 26 juin 2008 ; *GP*, 2008, p. 19, n. F. IACOVELLI ; « La loi du 26 juillet 2005 ne subordonne pas son application aux personnes physiques exerçant une profession indépendante à la condition qu'elles n'exercent pas en société », CA Paris, 18 sept. 2008, n° 07/17034 ; *JCP E*, 2008, 2436, n. A. CERATI-GAUTHIER ; CA Montpellier, 20 mai 2008 ; *Dr. sociétés*, 2009/59, n. J.-P. LEGROS ; au contraire, CA Paris, 20 nov. 2007, n° 06/18921 ; *D. actu.*, 2007, p. 3074, n. A. LIENHARD.

l'activité professionnelle libérale¹. Or, la Cour de cassation² a tranché en faveur de la solution inverse : l'exercice en société fait obstacle à un exercice indépendant, critère de l'activité professionnelle du Code de commerce³. D'abord, cette affirmation est discutable parce que, par diverses modalités, la loi tend à protéger cette indépendance⁴ et les dettes sociales revêtent ce caractère professionnel⁵. Ensuite, plusieurs situations de fait⁶ sont susceptibles de mettre à mal cette solution. Par exemple, l'avocat, en devenant associé, cesse toute activité libérale propre, mais s'il éprouvait quelque temps plus tard des difficultés financières et qu'il était établi que son passif provenait de son activité ancienne⁷, alors il se trouverait éligible à la procédure de redressement judiciaire. Enfin, d'une manière générale, il faut relever une distorsion des règles de traitement dans le cas de l'avocat en société au regard de l'ensemble de la profession libérale qui, elle, est admise aux procédures du droit des entreprises en difficulté⁸.

344. Cas du gérant. Le critère de l'indépendance dans l'exercice de l'activité professionnelle marque également le cas du gérant de société. Dans le cas d'une société à responsabilité limitée (SARL), la Cour de cassation refuse l'accès aux procédures commerciales considérant que le gérant agit en tant que **représentant de la société**⁹. Est-ce déduire que tout mandat de représentation s'oppose nécessairement à un exercice indépendant ?¹⁰ Entrerait en réalité un autre critère, celui de l'entreprise¹¹ : le gérant de SARL n'est pas une entreprise à redresser. Cependant, la solution est incohérente au regard de l'associé - gérant - de SNC pour

¹ La profession d'avocat est libérale et indépendante quel que soit le mode d'exercice, D. n° 2005-790, 12 juill. 2005, art. 2.

² Par trois arrêts le même jour : « l'avocat, qui a cessé d'exercer son activité à titre individuel pour devenir associé d'une société d'exercice libéral, n'agit plus en son nom propre », com., 9 fév. 2010, n° 08-15.191, 08-17.144 et 08-17.670 ; *Bull.*, IV, n° 35, n° 36 et n° 38 ; rapp. annuel C. cass., 2010, p. 373 ; *JCP E*, 2010, 1267, n. A. CERATI-GAUTHIER ; *RPC*, 2010, p. 13, n. R. BONHOMME ; *D.*, 2010, p. 434, n. A. LIENHARD ; *JCP E*, 2010/12, p. 25, n. P. PÉTEL ; *GP*, 2010, p. 19, n. F. REILLE ; *RPC*, 2010/4, p. 42, n. B. SAINTOURENS ; *adde. com.*, 16 sept. 2014, n° 13-17.147 ; p.B. ; *JCP E*, 2014, 1550, n. A. CERATI-GAUTHIER ; *Dr. sociétés*, 2014, n° 12, p. 30, n. J.-P. LEGROS ; *D.*, 2014, p. 1869, n. A. LIENHARD ; *GP*, 2015/20, p. 14, n. F. REILLE.

³ En l'espèce, C. com., art. L. 631-2, al. 1^{er} ; sur la définition de l'activité professionnelle, v. *supra*, sp. n° 336.

⁴ Pour l'exercice en société : en SCP, tous les associés doivent être des professionnels, L. n° 66-879, 29 nov. 1966, art. 3 ; en SEL, plus de la moitié du capital social et des droits de vote doivent être détenus par des professionnels en exercice et eux seuls peuvent être dirigeants, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 6 et 12 ; et de même pour les dirigeants de SCP, L. 29 nov. 1966 précit., art. 11.

⁵ La loi impose la déclaration au RCS de l'identité des associés tenus indéfiniment des dettes sociales pour les sociétés civiles, SNC et les commandités (SELCA), C. com., art. R. 123-54, 1^o ; ce qui donne une visibilité à l'égard des tiers.

D'une manière générale, les dettes contractées dans le cadre de la SCP et dont les associés sont indéfiniment responsables ont nécessairement une nature professionnelle : « En effet, la qualité d'associé a été acquise pour les besoins de leur activité professionnelle. Par conséquent, les dettes qui résultent de cette qualité d'associé sont nées au titre de leur activité professionnelle et répondent à la définition jurisprudentielle de dette professionnelle », CAGNOLI (P.), SALHI (K.), *op. cit.*, sp. n° 10.

⁶ Pour d'autres exemples, REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), Le périmètre d'application (...), *RPC*, 2011, *op. cit.*, sp. n° 34.

⁷ Application du cas du professionnel retiré, v. *supra*, sp. n° 337 ; Cass. com., 9 fév. 2010 précit.

⁸ C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; même pour un passif non-professionnel, Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2002, n° 01-04.020 précit.

⁹ « Le gérant d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante », com. 12 nov. 2008, n° 07-16.998 ; *Bull. civ.*, IV, n° 191 ; *JCP E*, 2009, 10023, concl. R. BONHOMME, n. C. LEBEL ; *BJE*, 2009, p. 278, n. P.-M. LE CORRE ; *D.*, 2008, p. 2929, n. A. LIENHARD ; il est donc éligible au surendettement, 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19.984 ; *Bull.*, II, n° 20 ; *CCC*, 2010, comm. 142, n. G. RAYMOND ; même lorsque la société est elle-même en difficulté, com., 26 mai 2010, n° 09-10.178 ; n.p.B. ; *RPC*, 2010, comm. 199, n. S. GJIDARA-DECAIX.

¹⁰ Doutant de la réponse affirmative, CERATI-GAUTHIER (A.), Le professionnel libéral associé n'exerce pas une activité professionnelle indépendante, *JCP E*, 2010/11, 1267, sp. n° 1.

¹¹ *Ibid.*

lequel le critère n'est pas opérationnel¹. Quoiqu'il en soit, c'est vers le droit du surendettement qu'il faut se tourner.

Le cas du gérant soulève une autre difficulté lorsque ce dernier est **responsable d'un passif professionnel** qu'il a lui-même généré au cours de ses fonctions². Dans l'hypothèse où la société, personne morale, censée lui faire écran n'est pas elle-même en difficulté, la procédure de surendettement ne peut s'ouvrir : le passif est nécessairement de nature professionnelle. Le dirigeant ne relèverait alors d'aucune des procédures existantes³.

Dans le prolongement, doit être envisagé l'hypothèse de la **condamnation au comblement du passif**. Concrètement, c'est l'exemple d'un gérant de SARL qui, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, voit déployée la procédure à son égard afin de combler le passif en cause. Pourrait alors être envisagée l'application uniforme du droit des entreprises en difficulté, considérant l'endettement d'ordre professionnel. Or, la Cour de cassation tient le raisonnement selon lequel ce n'est pas la procédure collective qui lui est étendue - en l'occurrence, le passif social -, mais le prononcé d'une sanction personnelle⁴. Le passif n'est pas professionnel, renvoyant donc à l'application du droit du surendettement. Cependant, pour la faillite personnelle⁵, la Cour de cassation avait jugé de la solution inverse, c'est-à-dire l'exclusion des dispositions du Code de la consommation⁶. Il y a là une incohérence⁷. En tout état de cause, à propos de la sanction, il paraît délicat de nier le caractère professionnel de la dette⁸ puisque c'est *au titre* de son activité professionnelle qu'il a, par sa faute, à assumer celle-ci. De plus, renvoyer le dirigeant reconnu fautif au droit du surendettement contrarie d'une manière générale l'exigence légale de bonne foi qu'il pose⁹.

Dans un cas, le législateur est venu clairement préciser la répartition entre les deux branches du droit. Il s'agit de l'engagement en tant que caution des dettes de la société. Initialement exclue des dispositions du Code de la consommation¹⁰, la définition du

¹ *Ibid.* ; sinon, il devrait être théoriquement exclu du droit des entreprises en difficulté ; or, v. *supra*, sp. n° 338.

² Par ex., les cotisations sociales dues par le gérant.

³ MARIANI-RIELA (M.-C.), Les frontières des procédures de surendettement des particuliers, *RDB*, 2012/3, dossier 19, sp. n° 23.

⁴ Selon l'arrêt : « une action en comblement de passif, qui n'exclut pas en soi le bénéfice des mesures de traitement du surendettement », 2^e civ., 12 avril 2012, n° 11-10.228 ; *Bull. civ.*, II, n° 77 ; *D.*, 2012, p. 1120, n. V. AVENA-ROBARDET ; *RPC*, 2012, comm. 119, n. S. GJIDARA-DECAIX ; *GP*, août 2012, p. 22, n. F REILLE.

⁵ Qui, au demeurant, n'importe pas *a priori* d'incidences patrimoniales (interdiction de gérer), C. com., art. L. 653-2.

⁶ « Qu'en statuant ainsi, alors que c'est seulement si une procédure de redressement judiciaire (...) est ouverte à son encontre ou une mesure de faillite personnelle prononcée, que le gérant d'une société à responsabilité limitée relève de la loi du 25 janvier 1985 », 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 02-04.212 ; *Bull.*, II, n° 386, p. 323 ; *BJE*, 2005, p. 237, n. B. SAINTOURENS.

⁷ FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 112.22 ; sauf à annoncer un revirement de jurisprudence pour la faillite personnelle, GJIDARA-DECAIX (S.), Qualité, Gérant faisant l'objet d'une action en comblement de passif, *RPC*, 2012/4, 119.

⁸ En ce sens, CERATI-GAUTHIER (A.), Le gérant personne physique condamné à supporter le passif social est éligible aux procédures de surendettement, *JCP E*, 2012/22, 1338 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLASAN (J.), in méf. J. HÉRON, *op. cit.*, sp. p. 455.

⁹ C. consom., art. L. 711-1, al. 1^{er} ; toutefois, sur l'appréciation de la notion de bonne foi, v. Cass. 2^e civ., 8 déc. 2011, n° 10-23.312 ; n.p.B. ; *DP*, 2012/217, p. 106, n. F. MACORIG-VENIER.

¹⁰ « Ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner (...) la dette (...) d'une société *dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant* de celle-ci », C. consom., anc. art. L. 330-1, al. 1^{er} ; MACORIG-VENIER (F.), La protection du dirigeant caution, *CDE*, 2012/3, dossier 16, sp. n° 2.

surendettement a été modifiée¹ afin d'intégrer les débiteurs cautions² de dettes *professionnelles*, incluant la situation du dirigeant de société³.

345. Limite du surendettement. Alors que le droit des entreprises en difficulté, dans de multiples cas, appréhende l'intégralité des dettes d'un débiteur, le droit du surendettement paraît sur ce plan plus limité⁴. Il pose *a priori*⁵ l'exclusion des dettes professionnelles⁶. Les dispositions du Code de commerce ne s'embarrassent pas de cette distinction⁷. Elles visent généralement le professionnel indépendant lequel est défini eu égard à son activité⁸. Le particulier est déterminé en considération de son passif non professionnel, ce qui semble redoubler le critère de l'activité professionnelle ou non. C'est un élément qui renforce les difficultés pratiques de détermination du droit applicable. Peut-être que la récente intervention du législateur à propos du dirigeant caution en surendettement serait une marque d'évolution également en ce sens⁹, c'est-à-dire vers une prise en charge générale.

346. Conclusion sur le critère unique. Au regard de ces complications dans l'application du droit des entreprises en difficulté en perspective du droit du surendettement, le critère unique de détection pourrait avoir un impact positif en ce qu'il permet d'adopter une vision générale¹⁰ de l'impossibilité économique d'exécuter ses obligations, indépendamment des critères prévus par le droit positif et qui se révèlent, dans différentes situations de fait, peu opérationnel et insatisfaisant. La définition d'une porte d'entrée généralisée pour l'application d'un traitement des difficultés permettrait de faciliter la prise en charge du débiteur et, plus encore, d'éviter l'insécurité juridique qui résulte d'apparences *a posteriori* contredites. Le droit positif se

¹ LME du 4 août 2008 précit., art. 14 ; codifié par L. n° 2013-672, 26 juil. 2013, art. 68-69 ; *RLDA*, 2013/87, p. 37, G. HÉNAFF.

² Ne visant que le seul engagement de caution, cela interroge quant au sort des autres sûretés personnelles.

³ « L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement », C. consom., art. L. 711-1, al. 3 ; en jurisprudence, par ex. : Cass. 2^e civ., 27 sept. 2012, n° 11-23.285 ; n.p.B. ; *RPC*, 2013, comm. 102, n. S. GJIDARA-DECAIX ; il sera rappelé que le caractère professionnel de la dette ne se déduit pas de la nature de l'obligation principale garantie, mais de la personne même, 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n° 91-04.028 ; *Bull. civ.*, I, n° 107 ; sur le sujet du dirigeant caution, GIBIRILA (D.), Le dirigeant caution, *Journal des sociétés*, 2014/116, p. 50-55.

⁴ Critique, PÉTEL (P.), « Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, brève étude de droit français comparé », in méf. J. CALAIS-AULOY, *Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 835 s., sp. p. 839 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), *op. cit.*, sp. p. 452.

⁵ Seulement au stade de l'appréciation de l'état de surendettement qui dépend de la seule prise en compte des dettes, Cass. 2^e civ., 8 avril 2004, n° 03-04.013 ; *Bull. civ.*, II, n° 190 ; *RTD com.*, 2004, 820, G. PAISANT ; *D. actu.*, 2004, 1383 n. C. RONDEY ; une fois la procédure ouverte, s'il existe des dettes professionnelles, elles pourront être traitées dans un plan global de redressement, par ex. en rééchelonnant « le paiement des dettes de toute nature », C. consom., art. L. 733-1, 1° ; Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n° 90-04.024 ; *Bull. civ.*, I, n° 111, p. 75 ; *D.*, 1992, p. 317, n. G. PAISANT.

⁶ C. consom., art. L. 711-1, al. 2.

⁷ Comp. C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er}.

⁸ N'excluant pas toute complication puisque le législateur procède par énumération, C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; pour une simplification, v. *supra*, p. n° 134 et 294 s.

⁹ C'est un premier pas, CAGNOLI (P.), SALHI (K.), *op. cit.*, sp. n° 12 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), *op. cit.*, sp. p. 469.

¹⁰ Favorable à une approche globale du phénomène de défaillance économique, DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), EIRL : la mise en concurrence conflictuelle des procédures (...), *RLDA*, 2011, *op. cit.*, sp. n° 22 ; également, MARIANI-RIELA (M.-C.), Les frontières des procédures (...), *op. cit.*, sp. n° 26.

trouverait alors modifié sur ce point, agrégeant, s'agissant de la révélation des difficultés, le cas des débiteurs surendettés aux côtés des entreprises en difficulté.

347. Transition. À l'analyse de situations de fait, la distinction du droit des entreprises en difficulté et du surendettement paraît profondément obsolète considérant les potentialités d'organisation du patrimoine du débiteur. Ce constat peut se prolonger par la mise en lumière d'éléments de législation faisant œuvre de rapprochement.

§ 2. L'harmonisation des législations commerciale et consomériste

348. Plan. Relevant de deux codes distincts, le critère unique de détection permettrait de dépasser la traditionnelle opposition de la législation commerciale et consomériste (A), que le droit européen met, en tout état de cause, à mal (B).

A. La convergence des législations au plan interne

349. Plan. S'il est classique d'opposer le traitement des entreprises en difficulté et le traitement du surendettement, il est au contraire possible de relever une essence commune (1) permettant de dépasser la distinction traditionnelle en droit français (2).

1. L'essence commune du traitement

350. Origine du dispositif du surendettement. Pour encourager la consommation des ménages, les autorités publiques ont mis en place une politique d'incitation au crédit dans les années 1980¹, ce qui a précipité² le particulier dans le problème du « sur » endettement³. L'effet était déjà connu antérieurement des entreprises⁴ à propos de l'investissement. Par la libération du crédit, les entreprises peuvent recourir à d'autres financements que bancaires. Les

¹ Conçue comme instrument de relance économique au lendemain des chocs pétroliers, GAU-CABÉE (C.), Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant, *RTD civ.*, 2010, *op. cit.* ; KHAYAT (D.), *Le surendettement des ménages*, *op. cit.*, sp. p. 5 s. ; LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, *op. cit.*, sp. n° 16 s. ; PERRU (E.), *L'impayé*, th. précit., sp. n° 17 ; VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.), CARDINI (C.), *Droit du surendettement des particuliers* (ci-après noté « manuel »), LexisNexis, 2012, 2^e éd., 562 p., sp. n° 2.

² LAGARDE (X.), Prévenir le surendettement des particuliers, *JCP G*, 2002/38, I, 163, sp. n° 1.

³ BETCHEN-ABOUEM (D.), *Les objectifs et les réalisations du législateur en matière de surendettement (...)*, th. précit., sp. n° 21-197.

⁴ Dans les années 1960-70, les autorités publiques ont incité les entreprises à recourir à l'endettement en maintenant un coût très bas du crédit ; il était alors possible pour celles n'entrant pas dans ce jeu de se trouver finalement pénalisée et financièrement perdantes du fait des diverses incitations et déductions fiscales, ARBILLOT (P.), MABILLE (P.) et SABATHIER (N.), La dette, vice ou vertu de l'entreprise ?, *Marchés et techniques fin.*, 1989/10, p. 11 s. ; GJIDARA (S.), th. précit., sp. n° 32 s. ; PERRU (E.), th. précit., sp. n° 15 ; de manière générale sur la question du crédit dans l'endettement, MAAREK (G.), Le rôle macro-économique de l'endettement, *REF*, 1998/46, p. 43-57 ; REYGROBELLET (A.), Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises, *RTD com.*, 2001, *op. cit.*

établissements de crédit substituent à leur habituelle clientèle d'entreprises les particuliers¹ et créent à cette occasion de nouveaux instruments de crédit particulièrement dangereux². À l'origine du dispositif de traitement du surendettement³, les lois Scrivener⁴ ont tenté d'encadrer - voire, de protéger - les consommateurs. Mais insuffisantes à endiguer le phénomène, le législateur est appelé à intervenir⁵. Il est vrai que, parallèlement, le droit des entreprises en difficulté s'affine encore avec les lois de 1984 et 1985⁶, alors que le particulier demeure hors champ. Sous la verve de cette législation⁷, l'extension de la faillite civile est envisagée⁸ sans toutefois être retenue⁹ par la loi du 31 décembre 1989¹⁰. Quoiqu'il en soit, le droit des entreprises en difficulté a bien constitué une source d'inspiration au nouveau dispositif. Est ainsi institué un « redressement judiciaire civil »¹¹, visant l'obtention d'un plan de redressement¹², dont il faut souligner la similitude des termes, volontairement recherchée¹³. Existe également une procédure de règlement amiable, sensiblement calquée sur celle issue de la Loi de 1984 pour les entreprises¹⁴. La volonté est, comme pour ces dernières, de suggérer la résolution amiable des difficultés avant toute mesure contraignante. Une différence essentielle¹⁵ réside dans le fait que la conciliation est confiée, non à l'autorité judiciaire, mais à une commission administrative départementale. Alors que les parlementaires s'interrogent sur cette institution¹⁶, le rapporteur

¹ LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, op. cit., sp. n° 15 et n. n° 71.

² Not. le crédit revolving, renouvelable et donc durable ; en 2001, il représentait jusqu'à 80 % de la part d'endettement dans les dossiers de surendettement déposés, Banque de France, *Enquête typologique 2001 sur le surendettement*, 55 p., sp. p. 3.

³ Sur l'origine plus ancienne du traitement que la loi Neiertz, PLOT (S.), *La construction du surendettement(...)*, th. précit., sp. p. 45.

⁴ L. n° 78-22, 10 janv. 1978 ; L. n° 79-596, 13 juill. 1979 ; dites « Loi Scrivener ».

⁵ Il est possible d'entendre au cours des débats parlementaires : « Pourquoi permettre le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale civile et non d'une personne physique ? Il y a quelque chose-là qui heurte le bon sens et le sens juridique. Et, pour tout dire, pourquoi n'avoir pas saisi cette occasion [la discussion du projet de loi de 1967] pour organiser la déconfiture civile que notre code civil laisse actuellement (...) dans un état de complète anarchie ? », AN, CR intégral, 38^e session, 2^e séance, 6 juin 1967, interv. M. MASSOT ; *JOAN*, 7 juin 1967, n° 43, p. 1616..

⁶ L. 1^{er} mars 1984 et 25 janv. 1985 précit.

⁷ Soulignant l'influence de la loi de 1985, DE JUGLART (M.), IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial, Procédures collectives de paiement*, t. 6, par E. KERCKHOVE, Montchrestien, 1998, 3^e éd., sp. n° 42 ; également, BETCHEN-ABOUEM (D.), th. précit., sp. n° 417 ; et du droit d'Alsace-Moselle, ROULAUD (L.), *L'insolvabilité en droit positif*, th., D. MAZEAUD (dir.), Paris-Est, 2011, sp. n° 1184.

⁸ Amendement, Sénat, *procédure de redressement judiciaire civil*, 13 avril et 31 mai 1989 ; *JO Sénat*, 1989, p. 226 et p. 1005.

Sur l'extension de la faillite civile aux particuliers, not. CHVIKA (E.), th. précit., sp. n° 173-175 ; LAGARDE (X.), loc. cit., sp. n° 65.

⁹ AN, CR intégral, 1^{ère} séance, 9^e légis., 5 déc. 1989, interv. R. DE SALLES ; *JOAN*, débats parlementaires, p. 5985 s. ; défavorable, LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers : étude critique*, LGDJ, 1999, (1^{ère} éd. avant refonte), 226 p., sp. p. 217.

¹⁰ L. n° 89-1010, 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite « loi Neiertz » ; codifiée par L. n° 93-949, 26 juill. 1993 relative au Code de la consommation ; not., LE CANNU (P.), Règlement amiable et redressement judiciaire civil, *Bull. Joly*, 1990, p. 135 s. ; KERCKHOVE (E.), LE CORRE (P.-M.), Le règlement des situations de surendettement des particuliers, *RPC*, 1990, p. 289 s. ; PAISANT (G.), La loi du 31 déc. 1989 relative au surendettement des ménages, *JCP G*, 1990, I, 3457 et Le redressement judiciaire civil à l'essai (Questions sur l'application de la loi), *JCP G*, 1991/24, I, 3510 ; VALLENS (J.-L.), La loi sur le surendettement des particuliers, *ALD*, 1990, p. 87 s.

¹¹ L. 31 décembre 1989 précit., Chap. II « Du redressement judiciaire civil », art. 10 s.

¹² À l'instar du plan de redressement commercial, NEUVILLE (S.), Le traitement planifié du surendettement, *RTD com.*, 2001, sp. n° 2

¹³ « De cette manière, on institue implicitement une procédure collective de redressement judiciaire », CR intégral, débats parlementaires, Sénat, 14^e séance, 30 oct. 1989, interv. J. SIMONIN ; *JO Sénat*, 31 oct. 1989, n° 70, p. 2820 ; le terme « surendettement » n'apparaîtra que plus tard, avec la suppression du chapitre II précit. par L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003.

¹⁴ L. 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable (...) précit. ; DE JUGLART (M.), IPPOLITO (B.), op. cit., sp. n° 42.

¹⁵ L'institution de commissions est considérée comme « l'innovation majeure » du dispositif, CR, débats parlementaires, Sénat, 1989 précit., interv. J. SIMONIN ; *JO Sénat*, sp. p. 2839 ; également, PERRU (E.), th. précit., sp. n° 125.

¹⁶ « Quel est ce pari hasardeux d'une conciliation devant une commission ? », rapp. AN n° 1049, au nom de la commission des lois, sur le projet de loi n° 995, P. LEQUILLER (rapp.), 30 nov. 1989, interv. P. LEQUILLER.

au projet de loi affirme expressément¹ l'influence du traitement administratif des entreprises en difficulté : ainsi, le traitement du surendettement est « concrétisé par la création de commissions départementales dont la composition s'inspire des circulaires du 12 juillet 1982 sur les Codefi à destination des entreprises, et du 10 octobre 1988 concernant les difficultés des agriculteurs »². D'une manière générale, à l'adoption du dispositif Neiertz, se pose clairement la question de l'harmonisation des législations³.

351. Des mesures de traitement comparables. En dehors de l'origine du traitement du surendettement, il est possible de repérer une influence réciproque avec le droit des entreprises en difficulté quant aux mesures de traitement. Cela s'explique par des objectifs qui se révèlent communs à la mise en œuvre d'un traitement, surpassant les différences du domaine d'application, tels que par exemple la protection du patrimoine débiteur⁴ ou, encore, son rebond. Ainsi, la réforme du surendettement a institué en 2003⁵ une procédure de rétablissement personnel⁶ élaborée sur le modèle de la faillite civile⁷ et qui s'apparente aux procédures collectives, notamment à la liquidation judiciaire en ce qu'elle se fonde sur une discipline collective⁸, débute par une période d'observation, permet la nomination d'un mandataire judiciaire⁹ et peut être clôturée en cas d'insuffisance d'actifs¹⁰. Sinon, le juge peut¹¹ prononcer

¹ Affirmant à l'occasion le caractère administratif de la commission, « Pour la composition de la commission prévue (...), on s'est fondé sur les circulaires qui ont créé les Codefi (...) et la Commission départementale chargée de régler les difficultés des agriculteurs. Autrement dit, c'est une commission administrative que l'on crée », CR, débats parlementaires Sénat 1989 précit., interv. de V. NEIERTZ, secrétaire d'État à la Consommation et rapporteur au projet de loi ; *JO Sénat*, sp. p. 2818 et 2850.

² *Ibid.*

³ Question renouvelée après l'adoption de la loi Neiertz, à l'occasion de la réforme suivante du droit du surendettement, AN, CR intégral, débats parlementaires, n° 401, 1^{ère} séance, avril 1997, amendement au projet de loi du 29 juill. 1998, députés NEIERTZ, JANQUIN, CATALA et BARTOLONE *pour l'extension de la faillite civile aux particuliers* ; *JOAN*, 18 avril, p. 2691 ; MADER (R. C.), « Surendettement : une nouvelle impulsion », in Dossier Endettement/surendettement, *REF*, 1998/46, p. 105 s.

⁴ Par ex., protection devenue de droit de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, C. com., art. L. 526-1, al. 1^{er} ; L. 6 août 2015 précit., art. 206 (v. *supra*, sp. n° 326, n. 1) ; comp. disposition nouvelle du surendettement qui vient préciser que le seul fait d'être propriétaire de son logement ne prive pas de l'application de ses règles, C. consom., art. L. 711-1, al. 2 ; L. n° 2013-672, 26 juill. 2013, art. 68 ; AUBRY (H.), *Droit de la consommation*, D., 2016, p. 617 s.

⁵ L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003, art. 35 s. ; modif. par L. n° 2010-737, 1^{er} juill. 2010, art. 44 s. ; not., BOUTEILLER (P.), La procédure de rétablissement personnel de la loi du 1^{er} août 2003, *DP*, 2003/120, p. 34 s. ; PAISANT (G.), La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1^{er} août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine, *RTD com.*, 2003/4, p. 671 s. ; RAYMOND (G.), Quatrième étape pour le surendettement : Le redressement personnel, *CCC*, 2003/8, p. 7 s. ; VAUVILLÉ (F.), Les praticiens du droit face à la réforme du surendettement, *DP*, 2004/126, p. 38-43.

⁶ C. consom., Livre VII, Titre IV ; ALBIGES (C.) et *al.*, La procédure de rétablissement personnel, premières applications, in Actes du colloque, Univ. Montpellier, 2005, *CCC*, 2005/10, p. 7 s.

⁷ CROZE (H.), Débiteurs, le législateur vous souhaite un prompt rétablissement, *Procédures*, 2003/10, comm. 221 ; FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 41.08.

⁸ Concrètement, l'ouverture entraîne l'interdiction des poursuites (C. consom., art. L. 742-7 ; comp. C. com., art. L. 622-21) ; l'établissement d'une liste des créances (C. consom., art. L. 742-10 s. ; comp. C. com., art. L. 622-24) ; et l'interdiction de paiement des créances antérieures (C. consom., art. L. 722-5 ; comp. C. com., art. L. 622-7, al. 2) ; PÉTEL (P.), La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du code de commerce, *CCC*, 2005/10, p. 15 s., sp. n° 8 ; REYGROBELLET (A.), Caractère collectif de la procédure et traitement du surendettement des particuliers, *RPC*, 2012/3, dossier 20 ; sans toutefois consacrer un principe d'égalité des créanciers comme en droit des entreprises en difficulté, LEDAN (S.), Analyse comparative (...), *CCC*, 2006, *op. cit.*, sp. n° 12 ; par ex., Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 1993, n° 92-04.184.

⁹ Mandataire-liquidateur issu de la liste des AJMJ au RJ et LJ, C. consom., art. R. 742-5 ; leur rôle est identique, par ex. C. consom., art. L. 742-10 ou L. 742-14 ; comp. C. com., art. L. 640-1, al. 2.

¹⁰ C. consom., art. L. 742-21, al. 2 ; comp. C. com., art. L. 643-9.

¹¹ Sous respect des conditions légales, not. la bonne foi, C. consom., art. L. 742-3.

un effacement des dettes¹ du débiteur, alors libéré de ses créanciers². Le but est de lui offrir une « nouvelle chance »³, solution directement issue du régime du Code de commerce applicable aux personnes morales⁴. Le rétablissement personnel du droit du surendettement procède en ces termes d'un rapprochement substantiel⁵ avec le droit des entreprises en difficulté, la réforme législative de 2003 marquant un réel⁶ changement d'esprit dans le traitement des particuliers.

En retour, le traitement alors affiné du surendettement inspire celui des entreprises en difficulté par l'introduction en 2014 du rétablissement professionnel⁷. Une fois encore, la similitude de termes est révélatrice⁸, d'autant plus que c'est l'expression de « rétablissement personnel » qui apparaissait dans le projet initial⁹. Il faut dire, qu'à nouveau, existait un décalage entre, cette fois, le traitement du surendettement qui prévoyait un véritable effacement des dettes et celui des entreprises en difficulté, se limitant à une suspension définitive des poursuites des créanciers¹⁰. L'objectif est de favoriser pareillement le rebond du débiteur, personne physique¹¹. Empruntant alors au droit du surendettement¹² l'exigence de bonne foi¹³ et sans pleinement

¹ Effacement total des dettes non professionnelles, C. consom., art. L. 742-22, al. 1^{er} ; ou partiel, incluant les dettes professionnelles, art. L. 733-7, 2^o ; critique, VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), manuel précit., sp. n^o 567 ; REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), in mél. J. HÉRON, *op. cit.*, sp. p. 45.

² Extinction du droit de poursuites des créanciers, comp. C. com., art. L. 643-11, I.

³ Exposé des motifs, projet de loi *d'orientation et de programmation pour la vie et la rénovation urbaine*, texte n^o 950, AN, 18 juin 2003 ; comparable au « rebond » du débiteur en droit des entreprises en difficulté, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le rebond du débiteur, vrai ou faux départ ? », in mél. D. TRICOT, *op. cit.*, p. 578-591.

⁴ Pour lesquelles la LJ constituait déjà une forme, indirecte, d'effacement des dettes en raison de la dissolution de la personne morale, REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), *op. cit.*, sp. p. 463 ; la volonté était alors de procéder à un alignement des deux situations, CAMPANA (M.-J.), L'effacement des dettes, *GP*, 2003/58, p. 44 s.

⁵ PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n^o 19 ; également, COTE (N.), Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers, *JCP G*, 2003/46, I, 175, sp. n^o 29 ; LEBLOND (N.), L'expérience du surendettement des particuliers, *DP*, 2014/242 ; PÉTEL (P.), *loc. cit.*, sp. n^o 12 ; REYGROBELLET (A.), *loc. cit.*, sp. n^o 4 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Le périmètre du droit de la défaillance économique, Propos introductifs, *RPC*, 2011/1, dossier 1, sp. n^o 11 ; VALLANSAN (J.), L'évolution des personnes (...), *RLDA*, 2005, *op. cit.* ; VIGNEAU (V.) et *al.*, manuel précit., sp. n^o 24.

⁶ La L. 1^{er} juill. 2010 précit. renforce le rapprochement par la suspension et l'interdiction automatique des voies d'exécution sur les biens du débiteur, C. consom., art. L. 722-2.

⁷ C. com., art. L. 645-1 s. ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 85 ; not., MACORIG-VENIER (F.), Le rétablissement professionnel, *DP*, 2014/238, p. 52 s. ; ROUSSEL GALLE (P.), Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond, à propos de l'ordonnance du 12 mars 2014, *GP*, 2014/96, p. 32 s. ; VALLANSAN (J.), Situation du débiteur, De la liquidation judiciaire au rétablissement professionnel, in Dossier, Le nouveau droit des entreprises en difficulté version 2014, *CDE*, 2015/1, p. 35-41 ; pour une comparaison, PÉTEL (P.), *loc. cit.*

⁸ Volontairement choisie en ce sens, rapp. au Prés. République relatif à l'ordonnance n^o 2014-326 (...) précit.

⁹ Fiche d'impact au projet de texte, NOR : JUSX1401954R, 23 janv. 2014 (dossier législatif en ligne) ; une erreur matérielle s'est d'ailleurs glissée dans le rapport fait au Président de la République précit. puisque l'expression apparaît encore, sp. IV-1 ; sur le projet d'ordonnance initial, BRIGNON (B.), Projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (2^e partie), *JCP E*, 2014/7, act. 123.

¹⁰ VOINOT (D.), L'impossibilité de reprise des poursuites individuelles n'équivaut pas à un effacement de dettes, *GP*, 2014/14, p. 26 s. ; sur la signification de l'effacement des dettes, STEFANIA (M.), *Effacement du passif et non-reprise des poursuites*, th., P. LE CANNU (*dir.*), Paris I, 2001, 422 p.

¹¹ VOINOT (D.) (*dir.*), Réforme des procédures collectives, nouveau rebond pour le débiteur en difficulté ?, in Actes du Colloque, Univ. Lille 2, 2014, *DP*, 2014/242, p. 45-75.

¹² C. consom., art. L. 711-1, al. 1^{er} ; CHATAIN (P.-L.), Surendettement des particuliers et des familles : la notion de bonne foi à l'épreuve de la jurisprudence, *JCP E*, 1992/7, 121 ; indifférente en droit des entreprises ; par ex., excluant les mobiles du débiteur, Cass. com., 8 mars 2011, n^o 10-13.988 et 10-13.990, *aff. cœur défense* ; *adde.* com., 3 juill. 2012, n^o 11-18.026, *aff. Sodimédical*.

¹³ C. com., art. L. 645-9 ; STEFANIA (T.), La procédure de rétablissement sans liquidation judiciaire en droit des entreprises en difficulté, *JCP E*, 2014/26, 1345, sp. n^o 3 ; VALLENS (J.-L.), La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté, *BJE*, 2015/1, p. 9 s. ; toutefois, dans le cadre de la procédure de rétablissement professionnel, il ne s'agirait que d'une « apparence » de bonne foi, THÉRON (J.), « Vers une consommation des procédures : la procédure de rétablissement professionnel », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, *op. cit.*, p. 39-54, sp. p. 51 ; et elle n'est pas une condition restrictive d'ouverture du rétablissement, mais seulement de son maintien, LE CORRE (P.-M.), Le rétablissement professionnel, Dix questions-réponses, *GP*, 2016/24, p. 73 s., sp. n^o 4.

connaître des caractères traditionnels des procédures¹ collectives², le résultat est identiquement l'effacement des dettes³. Il y a, de ce point de vue, une « convergence tangible »⁴ dans les finalités. L'esprit consumériste⁵ paraît avoir irrigué⁶ et enrichi⁷ de ses solutions le traitement des entreprises en difficulté.

352. Logique de traitement commune. Sans raisonner mesure par mesure, il semble par ailleurs que le traitement des entreprises en difficulté ou du surendettement répondent d'une même logique d'ensemble. Cela peut être observé tant sur l'esprit des textes que des étapes de traitement. Notamment, il existe communément la volonté d'appréhender le plus en amont possible les difficultés du débiteur⁸, de même qu'est favorisée une résolution amiable des difficultés⁹. À défaut, des mesures plus énergiques sont mises en œuvre¹⁰ dont le but est identiquement d'obtenir un plan d'apurement du passif¹¹. Quant au traitement lui-même, il y a d'abord nécessairement et préalablement une phase d'information et d'instruction¹², reprenant, de la manière la plus complète possible, les éléments d'actif et de passif afin d'établir un état général et exact de la situation patrimoniale du débiteur¹³. Celui-ci permet ensuite de déterminer

¹ Ce ne serait même pas une procédure, REILLE (F.), Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel, *RPC*, 2014/2, dossier 22.

² Outre l'absence de suspension automatique des poursuites individuelles des créanciers (saisine du juge, C. com., art. L. 645-6, al. 1^{er}) et de dessaisissement du débiteur (pouvoirs du mandataire, art. L. 645-7) ; c'est surtout l'absence de discipline collective - sauf à considérer l'effacement comme tel - qui se remarque, HENRY (L.-C.), ANDRÉ (M.), La nouvelle procédure de rétablissement, *RPC*, 2014/4, dossier 31, sp. n° 6 s. ; SÉNÉCHAL (M.), Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes, *BJE*, 2014/3, p. 196 s. ; STEFANIA (T.), *loc. cit.*, sp. n° 4 ; c'est pourtant un caractère fondamental du droit des entreprises en difficulté, FRISON-ROCHE (M.-A.), Le caractère collectif des procédures collectives, *RJC*, 1996, p. 293 s. ; et traditionnel de l'opposition avec le droit du surendettement, REYGRÖBELLET (A.), *op. cit.*, sp. n° 9 ; LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, *op. cit.*, sp. n° 49 ; mais à ce propos, est observé un affaiblissement général de ce caractère en droit des entreprises en difficulté, LUCAS (F.-X.), Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée, *RPC*, 2012, *op. cit.*, sp. n° 7 et 15 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), De la procédure de sauvegarde financière accélérée (...), *RPC*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 30

³ Cette fois, y compris les dettes non professionnelles puisque la loi ne distingue pas, LE CORRE (P.-M.), *loc. cit.*, sp. n° 6 ; ce qui constitue une différence remarquable avec le rétablissement personnel, v. *supra*, sp. n° 351, n. 1 et 3bis ; HENRY (L.-C.), ANDRÉ (M.), *loc. cit.*, sp. n° 14-17 ; mais non applicable pour les coobligés et garants, LEGRAND (V.), Rétablissement professionnel : quel sort réserver à la caution du débiteur bénéficiaire de la procédure ?, *PA*, 1^{er} janv. 2015, p. 7-9 ; et seulement pour les créances qui ont été portées à la connaissance du juge commis, art. L. 645-11, C. com.

⁴ GOUNON (S.), *L'insolvabilité en droit privé*, th. précit., sp. n° 424.

⁵ Soit la protection du contractant faible, CABRILLAC (C.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in méf. G. MARTY, *op. cit.*, p. 235-254, sp. p. 237 ; il y aurait ainsi une « consumérisation » du droit des entreprises en difficulté, THÉRON (J.), *loc. cit.*, p. 39-54, sp. p. 40.

⁶ LEBLOND (N.), *loc. cit.*

⁷ PÉTEL (P.), « Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises (...) », in méf. J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, sp. n° 7.

⁸ Certes, la prévention est plus développée en droit des entreprises (C. com., Livre VI, Titre 1^{er}) ; la loi Neiertz n'ayant créé qu'un Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP), C. consom., Livre VII, Titre V ; sur sa portée, v. *infra*, sp. n° 403, n. 3 et n° 435 ; pour rappel, le surendettement comprend une part d'anticipation par l'intégration des dettes à échoir, art. L. 711-1.

⁹ La conciliation existe dans les deux dispositifs : en surendettement, C. consom., art. L. 732-1 ; et en droit des entreprises en difficulté, C. com., art. L. 611-4.

¹⁰ D'un côté, recommandations et mesures imposées, C. consom., art. L. 733-1 ; de l'autre côté, ouverture d'une procédure collective, C. com., art. L. 620-1, L. 631-1, et art. L. 641-1.

¹¹ Plan conventionnel de redressement, C. consom., art. L. 732-1 ; et plan du RJ, C. com., art. L. 631-1, al. 2.

¹² Sur les pouvoirs d'instruction de la commission de surendettement, C. consom., art. L. 712-6 ; sur les pouvoirs d'investigation du juge-commissaire et l'établissement d'un bilan économique et social par l'AJ, C. com., art. L. 623-1 à L. 623-3.

¹³ La commission de surendettement examine la recevabilité de la demande (C. consom., art. L. 722-1), dresse l'état du passif (art. L. 723-1), évalue l'actif et les ressources du débiteur (art. L. 724-1, al. 1^{er}) et détermine les capacités de remboursement (art. L. 731-1) ; l'administrateur judiciaire dresse « le bilan économique et social de l'entreprise », C. com., art. L. 623-1, al. 1^{er}.

la solution la plus appropriée correspondant au niveau de difficulté éprouvé¹. Le dénouement doit enfin permettre le rebond du débiteur personne physique². Le schéma du traitement est, dans les deux cas, similaire et la parenté « n'a rien de surprenant puisqu'il s'agit de traiter le même type de situation »³.

353. Des effets similaires. Au-delà du traitement, la Cour de cassation admet elle-même la proximité entre les deux dispositifs de traitement en assimilant leurs effets dans le cadre d'un conflit d'application de lois dans l'espace⁴. En effet, elle affirme *in expresso* que, concernant une procédure de surendettement, « les effets sont du même ordre que ceux d'une procédure collective en cas d'insolvabilité »⁵. Si la solution est à rattacher à un contexte supranational particulier⁶, la Cour de cassation n'en procède pas moins à une analogie entre le traitement du surendettement et celui des entreprises en difficulté⁷ considérant que leurs effets sont tout à fait comparables.

354. Conclusion et transition. Le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement ne s'ignorent pas, au contraire. Leur élaboration et leur mise en œuvre font montre de facteurs tangibles de convergence. Si le droit positif en reste à les distinguer, la détermination d'un critère unifié pourrait donner l'impulsion nécessaire à dépasser la vision binaire du droit.

¹ De la même manière existe une gradation des procédures selon le niveau de gravité, REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), *op. cit.*, sp. p. 445.

² D'où, particulièrement, les rétablissements personnel et professionnel, v. *supra*, sp. n° 351.

³ PÉTEL (P.), La procédure de rétablissement personnel (...), CCC, 2005, *op. cit.*, sp. n° 3.

⁴ À propos d'un établissement de crédit allemand, créancier d'un débiteur en situation de surendettement domicilié en France, qui demande à ce que sa créance soit écartée de la procédure de surendettement et l'application du droit allemand, ce que la juridiction française rejette pour retenir sa compétence ; le critère de compétence est celui du lieu où réside le débiteur, C. consom., art. R. 712-13 ; et s'applique le privilège des juridictions française, C. civ., art. 14.

⁵ « La circonstance que la dette résulterait d'un contrat de crédit soumis à une loi étrangère ne saurait faire obstacle à l'application de la loi du 8 février 1995, modifiée, relative au traitement des situations de surendettement des particuliers, dont les effets sont du même ordre que ceux d'une procédure collective en cas d'insolvabilité et qui s'imposent indifféremment aux créanciers nationaux et aux créanciers étrangers », Cass. 1^{ère} civ., 10 juil 2001, n° 00-04.104, *aff. Société BHW* ; *Bull. civ.*, I, n° 210, p. 133 ; rapp. cass., 2001, 417 ; *PA*, 30 avr. 2002, n. N. CAYROL ; *RTD com.*, 2001, 985, n. G. PAISANT ; CCC, 2001, n° 167, n. G. RAYMOND ; *D. actu.*, 2001, p. 2412, n. C. RONDEY ; *adde.* avec un considérant formulé dans des termes exactement identiques, 1^{ère} civ., 20 déc. 2001, n° 01-04.024 ; n.p.B. ; ensemble, *GP*, 2002/204, p. 13, n. M.-N. JOBARD-BACHELLIER et L'élaboration d'un régime de surendettement international : emprunts au régime de la « faillite » internationale ?, *GP*, 2003/58, p. 27 s.

⁶ CAYROL (N.), Une analogie entre le surendettement et les procédures collectives, *PA*, 30 avril 2002, p. 18 s., sp. n° 6.

⁷ C'est ce qui lui permet de retenir en l'occurrence que la créance litigieuse s'incorpore à la procédure de surendettement de la même manière que les procédures collectives du Code de commerce appréhendent l'ensemble du patrimoine.

2. Le dépassement du raisonnement par branches spéciales du droit

355. Droit commercial dépassé. Par son évolution extensive¹, le droit des entreprises en difficulté a dépassé le critère originel de la commercialité comme le souligne la thèse de Daniel Bert². Fondamentalement, cela interroge le devenir du droit *commercial*³ en tant que droit spécial⁴. Il apparaît obsolète⁵ dans le sens où il ne reflète plus la réalité de l'étendue de son champ d'application : « paradoxalement, le droit commercial, conçu comme les lois particulières du commerce, souffre de son succès ; l'extension de ses techniques et de ses concepts aux opérations du monde des affaires civiles, atténuée par ricochet l'originalité du droit commercial »⁶. Le régime des procédures issues du Code de commerce aurait donc perdu de son caractère exceptionnel⁷. « Le droit spécial se généralise »⁸ et dans cette perspective, le rattachement du droit des entreprises en difficulté au socle commercial paraît trop étroit. Par une analyse substantielle⁹, il y aurait lieu à dépasser l'appréhension de l'impossibilité économique par le seul prisme des branches spéciales du droit. Mais alors, le constat d'une dilution de la commercialité amène presque naturellement vers une perspective plus vaste.

356. Pour un dépassement de l'opposition avec le droit de la consommation. Le droit des entreprises en difficulté, en s'intéressant désormais globalement à l'activité professionnelle exercée¹⁰, se différencie par définition des cas où il n'y a pas d'activité *professionnelle*. Dans la législation, l'opposition est claire : non seulement le droit du surendettement caractérise cet état par référence exclusivement aux « dettes non professionnelles »¹¹, mais en outre, dispose expressément que les procédures du Livre VI du Code de commerce sont exclues¹². La

¹ V. *supra*, sp. n° 120 s.

² BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité indépendante*, th. précit., sp. n° 248 s. et n° 138.

³ BÉGUIN (J.), « L'affirmation de l'autonomie du droit commercial », in M. BEAUBRUN et al., *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 73-83 ; CABRILLAC (M.), « Vers la disparition du droit commercial ? », in méf. J. FOYER, *op. cit.*, p. 329-339 ; LEFEBVRE (D.), « Réflexions sur la distinction : droit civil et droit commercial », in méf. R. PERCEROU, *op. cit.*, p. 189-192 ; MARTY (J.-P.), La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, *RTD com.*, 1981, p. 681 s. ; RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op. cit.*, sp. p. 337.

⁴ Bien qu'il existe différentes conceptions de la division du droit : en branches (métaphore de l'arbre) ou en réseau (métaphore du rhizome), not. : CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in méf. J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 279 s. ; GRUA (F.), Les divisions du droit, *RTD civ.*, 1993/1 ; POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial et retour », in méf. Y. GUYON, *op. cit.*, p. 925 s. ; SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun, droit spécial*, th., J. DERRUPPÉ (dir.), Bordeaux I, 1986, 771 p. ; le droit commercial est considéré comme un droit spécial au regard du droit civil, qui constitue alors le droit commun, not. RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit des affaires* précit., t. 1, sp. n° 3.

⁵ BERT (D.), th. précit., sp. n° 549 s. ; PAILLUSSEAU (J.), Le droit des activités économiques (...), *D.*, 2003/4, *op. cit.*

⁶ VIANDIER (A.), VALLANSAN (J.), *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, Puf, 1992, 2^e éd., sp. n° 49 et v. n° 99.

⁷ GUYON (Y.), « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », in méf. J. GHESTIN, *op. cit.*, sp. n° 3.

⁸ Par réf. à la formule connue de COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2015, 10^e éd., sp. n° 8-9 ; dans le même sens, POLLAUD-DULIAN (F.), *loc. cit.*, sp. p. 929.

⁹ FARJAT (G.), L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *RIDE*, 1986/1, p. 9 s. ; MARTIN (G. J.), Le droit économique aujourd'hui, avec la collaboration de L. BOY, I. DOUSSAN et al., Credeco (Nice), *D.*, 2010/23, p. 1436 s.

¹⁰ Comp. liste détaillée C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; ord. 18 déc. 2008 précit. ; v. *supra*, sp. n° 134.

¹¹ C. consom., art. L. 711-1, al. 2.

¹² C. consom., art. L. 711-3, al. 1^{er}.

recodification de 2016¹ vient encore l'accentuer par les définitions nouvelles qu'elle apporte aux notions de professionnel et de non-professionnel ou de consommateur². À ce propos, et pour l'application du droit du surendettement, les dispositions doivent être couplées pour retenir en substance la notion de consommateur³. Le droit des entreprises en difficulté rejette donc le cas du débiteur agissant dans sa sphère personnelle. Pourtant, « pourquoi continuer à se plier à la distinction de l'entreprise et de l'individu dans sa vie privée, lequel a néanmoins une activité économique en ce qu'il travaille le plus souvent et consomme toujours ? »⁴. Il est effectivement possible de mettre en lumière, dans le critère de la professionnalité⁵ lui-même, un élément qui soit également applicable au cas du particulier. Il s'agit de l'activité *économique*⁶. En d'autres termes, le droit des entreprises en difficulté, trop étroitement rattaché au droit commercial et *a priori* opposé au droit de la consommation, pourrait trouver un pont d'harmonisation à travers l'*économique*⁷. Dans le cadre du particulier, c'est considérer que sa consommation constitue une activité économique. Au-delà du terme « activité », c'est appréhender « une réalité économique et sociale unique »⁸, c'est-à-dire celle d'un débiteur défaillant. Dès lors, pour son traitement, en cas d'impossibilité *économique*, cela suppose de dépasser « les vieilles distinctions des branches du droit »⁹. En ce sens, le professeur Voinot envisage l'évolution prochaine qui consisterait à « créer un code de l'endettement qui intégrerait les particuliers et les professionnels dans une problématique qui leur est commune et qui appelle de plus en plus de réponses similaires »¹⁰. À

¹ Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016 précit. ; not., CLARET (H.), PAISANT (G.), La nouvelle codification administrative du droit de la consommation (...), *JCP G*, 2016/27, *op. cit.* ; LATINA (M.), La recodification par ordonnance de la partie législative du Code de la consommation, *LEDC*, 2016/4, p. 1 s. ; PIEDELÈVRE (P.), Le nouveau Code de la consommation est arrivé, *GP*, 2016/13, p. 11 s. ; SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBRY (H.), Recodification du droit de la consommation (...), *JCP E*, 2016/15, *op. cit.*

² C. consom., art. liminaire.

³ Le droit du surendettement s'applique aux débiteurs personnes physiques pour leurs dettes non-professionnelles, C. consom., art. L. 711-1, al. 1-2 ; comp. art. liminaire ; critique, CLARET (H.), PAISANT (G.), *loc. cit.*, sp. n° 4 ; PIEDELÈVRE (S.), Nouveau droit de la consommation (...), *JCP N*, 2016/18, *op. cit.* ; il faut dire que le droit européen ne distinguait pas de la sorte le professionnel du non-professionnel, dir. PE et Cons. UE, n° 2011/83/UE, 25 oct. 2011, art. 2 ; *JOUE*, n° L.304/64 ; VOINOT (D.), Transposition de la directive relative aux droits des consommateurs en droit français : ultime étape avant l'adoption d'un nouveau code de la consommation ?, *REDC*, 2014/4, p. 355 s. ; elle pourrait par ailleurs remettre en cause certains solutions jurisprudentielles ; par ex., les syndicats de copropriétaires, exclus de la qualification de consommateur, Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2014, n° 13-13.779 ; *Bull.*, I, n° 102 ; au profit du non-professionnel, 1^{ère} civ., 25 nov. 2015, n° 14-20.760 ; p.B. ; *JCP G*, 2016, 260, n. N. DISSAUX ; cela est d'autant plus critiquable que la codification était censée être prise à droit constant ; MOLFESSIS (N.), Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique, *RTD civ.*, 2000, p. 186 s.

⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), « La cohérence juridique de la loi du 10 juin 1994 », *in sous sa dir., Le Nouveau droit des défaillances d'entreprises, op. cit.*, p. 23 s., sp. n° 41.

⁵ Sur ses composantes, not. BERT (D.), *th. précit.*, sp. n° 215 s.

⁶ FRISON-ROCHE (M.-A.), *loc. cit.*, sp. p. 23-37 ; également, VALLANSAN (J.), L'évolution des personnes (...), *RLDA*, 2005, *op. cit.*

⁷ Cela correspond d'une manière générale à l'évolution du droit commercial vers un droit économique, RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), *Traité de droit des affaires précit.*, sp. n° 8 ; sur le droit économique, v. *supra*, sp. n° 254.

⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), *loc. cit.*, sp. n° 42.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ VOINOT (D.), *op. cit.*, sp. p. 367 et v. « Pour un code économique européen », *in méf. P. MANIN, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, éd. A. Pédone, 2010, p. 537-551, sp. p. 547 ; également, JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), L'élaboration d'un régime du surendettement international (...), *GP*, 2003, *op. cit.* ; REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), *op. cit.*, sp. p. 463 s. ; SOINNE (B.), « Surendettement » et « faillite » : unité ou dualité des régimes ?, *PA*, 22 déc. 1997, p. 4 s.

l'appui d'une partie de la doctrine¹, le constat de difficultés économiques rendant impossible l'exécution des obligations tend à dépasser et unifier la vision binaire du droit.

357. Transition. En dehors des considérations de droit interne, la prise en compte des législations supranationales concourt également à admettre une unification des droits du surendettement et des entreprises en difficulté dans le cadre du traitement de l'insolvabilité.

B. L'unification par l'effet des législations européenne et étrangères

358. Contenu des droits étrangers. L'étude des droits étrangers² met en lumière que tous ne connaissant pas nécessairement l'opposition traditionnelle du droit français entre le droit civil et le droit commercial³ : ce serait pour certains⁴ un fait de l'histoire. Si la plupart contiennent un droit de l'insolvabilité autonome, certains l'intègrent, non pas au droit commercial, mais parmi les dispositions du droit civil⁵. À la question : « est-il légitime de traiter distinctement les particuliers surendettés et les entreprises en difficulté ? »⁶, les pays de *Common Law*⁷ notamment ne répondent pas de façon positive car leur ordre interne repose sur une unité du droit privé. La notion de « commerçant » est purement et simplement inconnue⁸. La Grèce par exemple lui substitue une notion plus globalisante⁹. D'autres États tels que l'Italie ne sont dotés que d'un

¹ Le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN a pu proposer en ce sens un droit de la défaillance économique, lequel appréhende tant le cas du professionnel que du consommateur, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Propos conclusifs*, *DP*, 2009, *op. cit.* et avec MONSÛRIÉ-BON (M.-H.) et MACORIG-VENIER (F.), *Le droit de la défaillance économique en quête de clarification*, *DP*, 2010/196 ; sous sa *dir.*, *Le périmètre du droit de la défaillance économique*, Actes du colloque, *RPC*, 2011/1 ; a ainsi été créé l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) à Toulouse.

Également favorables, not. : FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les orientations de la réforme restituées dans leur contexte », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprise*, *op. cit.*, p. 27-33 ; LEDAN (S.), *Analyse comparative*, *op. cit.* ; MARIANI-RIELA (M.-C.), *op. cit.* ; pour « un droit unique de l'insolvabilité », REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), *op. cit.*, sp. p. 463 s. ; sur « l'harmonisation indispensable », SOINNE (B.), *Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives)*, *D.*, 2004, p. 1506 s., sp. n° 9 et *loc. cit.*, *PA*, 1997 ; VALLANSAN (J.), *L'évolution des personnes (...)*, *op. cit.* ; VOINOT (D.), *op. cit.*, sp. p. 367 ; *contra*, LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, *op. cit.*, sp. n° 70 et *Le choix des intervenants dans les deux procédures : rôle des créanciers du juge et du ministère public*, *GP*, 2003/58, p. 33 s. qui admet toutefois la nécessité de reconstituer l'unité d'esprit qui doit régner entre les deux procédures ; de manière pragmatique, « Une telle harmonisation (...) est sans doute envisageable mais au prix de très gros efforts d'adaptation qui risquent de générer plus de difficultés qu'elle n'en résoudra », REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), *op. cit.*, sp. p. 464.

² Pour un approfondissement, v. réf. citées *supra*, sp. n° 3.

³ Sur le sujet, MAZEAUD (L.), « Vers la fusion du droit civil et du droit commercial français », in M. ROTONDI (*dir.*), *L'unité du droit des obligations*, CEDAM, 1974, p. 333 s. ; POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial (...) », in mélanges Y. GUYON, *op. cit.*, p. 925-950 ; TALLON (D.), « Réflexions comparatives (...) », in mélanges A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 649 s.

⁴ Les manuels de droit espagnols qualifient le droit commercial de « catégorie historique », FRANCO (O.), *th. précit.*, sp. n° 74.

⁵ V. diagramme, VALLENS (J.-L.), GIORGINI (G. C.) (*dir.*), *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, *op. cit.*, sp. p. 90

⁶ Colloque par le Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique, Nanterre, 2 fév. 2002, *GP*, 26 fév. 2003/58, p. 4 s.

⁷ La *law merchant* ayant été absorbée par la *common law*, MORÉTEAU (O.), *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, sp. n° 6 s. ; MUIR WATT (H.), *Personal Insolvency en droit anglais : un autre découpage*, *GP*, 2003, *op. cit.*, p. 21 s. ; également, HAMEL (J.), LAGARDE (G.), JAUFFRET (A.), *Traité précit.*, sp. n° 40.

Il faut faire cas à part des États-Unis qui se sont dotés d'un Code de commerce (*Uniform Commercial Code*), GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, *op. cit.*, sp. n° 15 ; FARNSWORTH (A.), *Le droit commercial aux États-Unis*, *RIDC*, vol. 14, 1962/2, p. 309-320.

⁸ BERT (D.), *th. précit.*, sp. n° 564.

⁹ Celle d'« entreprise », SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 249.

Code civil unique¹. En dehors de l'Espagne², il n'y pas de juridictions commerciales spéciales³. En termes brefs, il existe à l'étranger une relative unité du droit privé⁴, la reconnaissance d'un droit commercial n'apparaît pas fondamentale⁵, s'agissant du traitement de l'insolvabilité.

359. Droit européen. Le règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, que ce soit dans sa version originelle comme dans celle révisée⁶, n'exclut pas les procédures des droits nationaux qui sont applicables au cas du débiteur particulier. Au contraire, l'annexe A liste certaines d'entre-elles⁷. C'est en pleine conformité avec le texte qui dispose expressément s'appliquer « aux procédures d'insolvabilité que le débiteur soit une personne physique ou morale, un commerçant ou un particulier »⁸. La lecture des considérants le conforte par ailleurs : « le champ d'application du présent règlement devrait s'étendre aux procédures déclenchées *par des situations* dans lesquelles le débiteur rencontre des difficultés »⁹. C'est donc bien d'une *situation* que dépend l'ouverture d'une procédure et, non, en fait, de la qualité du débiteur. En conséquence, l'inscription à la suite du règlement de procédures également applicables au cas du particulier force leur reconnaissance automatique sur le territoire national¹⁰, mettant en échec la différenciation du droit français des entreprises en difficulté et du surendettement. Sous l'effet du droit européen, il y a une déformation, voire une implosion¹¹ des catégories juridiques internes. De sorte que le maintien de deux dispositifs légaux de traitement est « peu pertinent face à un règlement européen qui a vocation à s'appliquer à tous les types de débiteurs »¹², « il ne sert donc à rien de conserver un critère d'ouverture strict, si, par le biais de la reconnaissance

¹ ROTONDI (M.), L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie, *RTD civ.*, 1968, p. 1 s.

² Et encore qu'il faille préciser que les *juzgados de lo mercantil* récemment (ré)introduits (SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 249 ; L. organique 8/2003, 9 juill. 2003 modifiant la *Ley concursal*, art. 8) sont compétents pour tous les débiteurs, civils et commerciaux, FRANCO (O.), *th. précit.*, sp. n° 416.

³ En droit anglais, c'est la *High Court* qui est compétente ; si l'expression de tribunal de la faillite est connue en droit allemand (*Insolvenzgericht*) et en droit italien (*Tribunale fallimentare*), elle ne désigne en fait que les juges de la juridiction de droit commun qui examine l'affaire, FRANCO (O.), *th. précit.*, sp. sa note n° 258.

⁴ Ce qui n'exclut pas des tempéraments ; par ex., le *Codice civile* italien contient des règles commerciales et l'Angleterre connaît une branche du droit appelée la *commercial law* et des *Commercial Court*, mais, hors ces éléments, la distinction demeure marginale, HAMEL (J.) LAGARDE (G.), JAUFFRET (A.), *Traité précit.*, sp. n° 5-1.

⁵ Sans pouvoir être un constat définitif ; par ex., l'Allemagne connaissait qu'une procédure unique d'« insolvabilité », laquelle était applicable à tout débiteur personne physique, il n'y avait alors pas de particulière distinction du commerçant, BAUER (D.), *Le droit allemand en matière de faillite*, *PA*, 15 mars 1996, p. 18 s. ; toutefois, la réforme de 1999 a procédé à des adaptations en distinguant les professionnels des consommateurs, MERLE (W.), *Le droit allemand à travers l'Insolvenzordnung*, *GP*, 2003/58, p. 17 s.

⁶ Règl. UE n° 2015/848, 20 mai 2015 précit. ; règl. CE, n° 1346/2000, 29 mai 2000 précit. ; v. *supra*, sp. n° 6, n. 12.

⁷ Par ex., pour l'Italie, la *procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore* ; pour la Belgique, le règlement collectif des dettes ; elles sont donc des procédures d'insolvabilité, comp. règl. n° 2015/848 précit., art. 2, 4.

⁸ Règl. n° 2015/848 précit., cons. n° 9 et, identiquement, règl. n° 1346/2000 précit.

⁹ « À condition que ces difficultés engendrent une menace réelle et grave pour la capacité actuelle ou future du débiteur à payer ses dettes à l'échéance », règl. n° 2015/848 précit., cons. n° 17 ; ce qui rappelle en outre le critère d'impossibilité économique d'exécuter.

¹⁰ « Toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité rendue par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture. La règle énoncée au premier alinéa s'applique également lorsqu'un débiteur, du fait de sa qualité, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans d'autres États membres. », règl. n° 2015/848 précit., art. 19, 1.

¹¹ FABRIES-LECEA (E.), *Le règlement « insolvabilité », apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, *th.*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (*préf.*), Bruylant, 2012, 612 p., sp. n° 151.

¹² FABRIES-LECEA (E.), *th. précit.*, sp. n° 138.

de plein droit d'une procédure ouverte dans un autre État membre, cette condition est contournée »¹.

Sur ce point, la refonte de 2015 a exactement reconduit le contenu du texte initial et en termes strictement identiques². Plus encore, il est possible de considérer qu'elle l'a étendu. En effet, de manière comparée, un considérant est ajouté³ et indique *in expresso* que « le champ d'application devrait également être étendu aux procédures prévoyant la décharge ou l'ajustement de dettes en ce qui concerne des consommateurs »⁴, n'hésitant pas, pour donner pleine effectivité à cet énoncé, à modifier fondamentalement la définition même de ce qu'est une procédure d'insolvabilité au sens du Règlement⁵. Il faut dire que des États membres⁶ avaient pu se trouver privés d'inscrire à l'annexe certaines de leurs procédures en raison de cet obstacle⁷. L'intégration du débiteur particulier était au demeurant un point déjà abordé et encouragé dans la recommandation de la Commission européenne précédant la révision⁸ parue le même jour⁹ que la réforme du droit français des entreprises en difficulté¹⁰. Concrètement, celle-ci invitait les États membres « à étudier la possibilité d'appliquer au surendettement et à la faillite des consommateurs »¹¹ les procédures d'insolvabilité. Autrement dit, il appartient au législateur national de le prendre en compte. Inscrivant par ailleurs les nouvelles procédures préventives au titre des procédures d'insolvabilité¹², le surendettement aurait également pu y apparaître. C'est une occasion manquée¹³ au regard d'un droit européen, voire international¹⁴ qui tend à l'unité du traitement de l'insolvabilité.

¹ VALLENS (J.-L.), De la cessation des paiements à l'insolvabilité, *JCP G*, 2008, I, 148, spéc n° 15.

² Formulé dans des termes strictement identiques, règl. n° 1346/2000 précit., anc. cons. n° 9 et art. 16.

³ Règl. n° 2015/848 précit., cons. n° 10.

⁴ *Ibid.*

⁵ Tenant au dessaisissement du débiteur et à la désignation d'un praticien de l'insolvabilité, lequel devient facultatif, *ibid.* ; alors que dans le texte originel, la désignation d'un syndic constituait un élément de définition d'une procédure d'insolvabilité, règl. n° 1346/2000 précit., anc. art. 1^{er} ; désormais, le critère est celui d'un organe de contrôle, comp. règl. n° 2015/848 précit., art. 1^{er}, c).

⁶ Not. Finlande et Suède à propos de laquelle, CJUE, n° C-461/11, 8 nov. 2012, *aff. Ulf Kazimierz* ; *D.*, 2013, p. 2293, n. S. BOLLÉE.

⁷ Not. la nécessité de la désignation d'un praticien ; sur ce point, v. HENRY (L.-C.), Le nouveau règlement « insolvabilité » : entre continuité et innovations, *D.*, 2015, p. 979 s., sp. n° 7.

⁸ Recomm. n° 2014/135/UE, C(2014) 1500 final, Bruxelles, 12 mars 2014 ; *JOUE*, L. 74, 14 mars, p. 65.

⁹ Soulignant la « coïncidence des calendriers », MENJUCQ (M.), 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives, *RPC*, 2014/2, p. 34 s. ; à laquelle il est possible d'ajouter la circulaire intervenue le même jour en matière de surendettement, circ. min. Just., 12 mars 2014, *de présentation des dispositions de la loi n° 2013-672 du 26 juill. 2013 (...)*, NOR : JUSC1405600C, précit.

¹⁰ Ord. n° 2013-326, 12 mars 2014 précit.

¹¹ Recomm. n° 2014/135 précit., cons. n° 15.

¹² La PSA et la SFA figurent à l'annexe A du règl. n° 2015/848 précit. ; or, leur caractère semi-collectif faisait douter du bien-fondé de leur inscription, MENJUCQ (M.), Un élargissement du champ d'application essentiellement procédure, *RPC*, 2015/1, dossier 2.

¹³ LEGRAND (V.), Le nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité transfrontalières et les procédures de surendettement, L'occasion manquée de la France ?, *D.*, 2015/5, p. 276-277 ; également, FABRIÈS-LECÉA (E.), th. précit., sp. n° 67 ; JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), L'élaboration d'un régime de surendettement international (...), *GP*, 2003/58, *op. cit.*

¹⁴ Soulignant l'unité de la faillite en droit international privé (om intègre les particuliers), JUDE (J.-M.), *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*, th., B. ANCEL (*préf.*), PUAM, 2003, sp. n° 383 ; sur la Loi-type, v. *supra*, sp. n° 297, n. 2.

Conclusion du Chapitre I

360. Restructurer le traitement des difficultés par la phase initiale et primordiale de détection. Il est une phase nécessaire et préalable à la mise en œuvre d'un traitement : la détection des difficultés. Elle se révèle essentielle en ce qu'elle est susceptible de conditionner la suite du traitement. C'est donc par elle que s'initie la restructuration générale du processus de traitement des difficultés pour permettre une redéfinition du traitement *judiciaire* des entreprises.

361. Définition du critère de détection. Le renouvellement de la détection suppose de rechercher le critère justifiant l'application du droit des entreprises en difficulté. Il serait unique, permettant, sans encore définir lequel, le déclenchement du processus de traitement. Il faut dire que le droit des entreprises en difficulté connaît à ce propos un brouillage¹, compliquant l'identification de ses règles. Par conséquent, c'est le dénominateur commun à l'ensemble de ses dispositions qui doit être dégagé, la détection reproduisant la forme de l'entonnoir. À l'étude des textes de loi, l'observation du fait générateur² et à l'appui de la théorie générale des obligations³, il est possible de retenir l'*impossibilité économique d'exécuter*. Concrètement, il manifeste la situation où le débiteur n'a plus les moyens économiques d'exécuter son obligation. Le critère est volontairement large, ne précisant pas le degré d'impossibilité, ni le contenu de l'obligation en cause ou, encore, sa nature⁴. Il serait une notion générale à contenu variable, reprenant les sous-critères du droit positif. L'objectif est d'appréhender sans exclure ni, déjà, qualifier⁵, toutes les situations factuelles potentiellement concernées par la mise œuvre d'un traitement spécifique.

362. Impact et utilité du critère de détection. Le critère retenu s'intéresse moins à la qualité ou à l'activité du débiteur, qu'en réalité à sa situation de fait, c'est-à-dire sa défaillance économique. Or, tel n'est pas le contenu du droit positif. Le droit des entreprises en difficulté énumère limitativement les débiteurs concernés par ses procédures⁶, bien qu'il ait notablement

¹ V. *infra*, sp. n° 127.

² V. *supra*, sp. n° 294.

³ V. *supra*, sp. n° 301 s.

⁴ V. *supra*, sp. n° 314.

⁵ Ce sera l'objet de l'instruction, v. *infra*, sp. n° 485 s.

⁶ C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er}.

étendu¹ la liste des entreprises à traiter. Quoi qu'il en soit, les débiteurs hors liste sont renvoyés à l'application du dispositif du surendettement issu du droit de la consommation². L'un et l'autre sont exclusifs³. Mais pour nombre de cas, la détermination *a priori* de l'activité du débiteur, de sa nature et de sa qualité est délicate et pose des difficultés dans la répartition du contentieux⁴. De sorte que la distinction entre les deux branches du droit pour un problème qui peut être analysé comme reposant sur le même fait générateur, soit l'impossibilité économique d'honorer ses obligations, ne paraît plus opportune. Le critère ainsi dégagé permettrait, concernant la phase de détection⁵, d'unifier les deux dispositifs de traitement et de simplifier la prise en charge du débiteur.

363. Vers la détermination de l'autorité compétente pour la détection. La nouvelle approche de la détection par l'impossibilité économique d'exécuter suppose à présent de déterminer l'autorité compétente pour sa mise en œuvre. Si elle est judiciaire en droit des entreprises en difficulté⁶, la restructuration du processus de traitement inviterait à envisager un autre mode, plus en adéquation avec les spécificités de cette phase.

¹ V. *supra*, sp. n° 134.

² C. consom., art. L. 711-1, al. 1-2.

³ Expressément, C. consom., art. L. 711-3, al. 1^{er}.

⁴ Rapportant diverses illustrations, v. *supra*, sp. n° 336 s.

⁵ La distinction sera opérée stade du traitement, v. *infra*, sp. n° 485.

⁶ Le critiquant, v. *supra*, sp. n° 149 s. et n° 219.

Chapitre II. Une autorité non judiciaire de détection des difficultés

364. Rejet de la multiplicité des acteurs pour la détection des difficultés des entreprises. À partir du nouveau critère de détection, doit être désignée une autorité pour sa mise en œuvre. Les entreprises en difficulté connaissent une pluralité d'acteurs à cette fin, sans particulièrement que le droit ne procède à l'harmonisation des pratiques entre eux. Conformément au choix du traitement judiciaire, le rôle semble revenir à l'autorité judiciaire et, plus précisément, aux tribunaux de commerce qui ont spontanément mis en place des cellules de détection en leur sein¹. Leur institution est néanmoins critiquable notamment en raison du caractère judiciaire, peu compatible avec les exigences de la détection². Le législateur a par ailleurs institutionnalisé des groupements spécifiques dont c'est la mission³. Agréés par le préfet, leur création repose sur l'initiative privée, ce qui limite leur institution⁴. Pour sa part, l'État a confié à des comités administratifs décentralisés de restructuration des entreprises une mission de détection⁵. Les professionnels des entreprises - experts-comptables, conseils financiers ou juridiques, consultants, managers de crise entre autres - contribuent également au dépistage des difficultés⁶. De cet ensemble, nait un enchevêtrement d'organes, tous à la fois acteurs de la détection des difficultés des entreprises.

Or, cette multiplicité d'acteurs ne paraît pas optimale. La détection suppose une certaine discrétion que la dispersion des informations met à mal. De plus, elle requiert un large champ d'investigation alors que son éclatement la limite à un aspect particulier.

365. Rejet du choix de l'autorité judiciaire pour la détection. À l'analyse, la détection en tant que telle n'appelle pas d'attributs juridictionnels. D'abord, il n'est pas question de *juger* de l'impossibilité économique d'exécuter ou, plus exactement, de déjà traiter, mais seulement de mettre en lumière un état de fait. Ensuite, le cadre judiciaire ne paraît pas approprié à une phase où le dévoilement des difficultés est craint, que ce soit de la part des débiteurs à propos des

¹ Cellules de détection-prévention, v. *supra*, sp. n° 229 s.

² Par ex., confidentialité, v. *supra*, sp. n° 232.

³ Groupements de prévention agréés (GPA), C. com., art. L. 611-1 ; v. *supra*, sp. n° 286.

⁴ LEGEAIS (D.), Les groupements de prévention agréés, *JCP E*, 1987, *op. cit.*

⁵ Not. les CODEFI, circ. 9 janv. 2015, sp. n° 1.2.1 ; v. *supra*, sp. n° 4, n° 79 et n° 85.

⁶ Sur l'action des CIP ou des CCI, v. *supra*, sp. n° 232, n. 7bis et n° 435 ; sur ces professionnels, v. *infra*, sp. n° 470.

conséquences de cette révélation¹ ou des créanciers, usant d'une pression judiciaire sur le débiteur pour obtenir un paiement². Enfin, l'institution judiciaire apparaît trop souvent « en remorque de l'évènement »³, « dépendante du signalement ou du non-signalement »⁴ des acteurs de la détection.

Il est possible d'adopter une autre vision de la détection des difficultés. La centralisation des informations ressortirait davantage d'une fonction administrative que judiciaire. Il s'agit effectivement d'une collecte de renseignements à laquelle l'administration publique procède naturellement à travers les différentes déclarations imposées au débiteur, qu'il soit chef d'entreprise ou simple particulier, sur sa situation patrimoniale. De sorte que les créanciers publics sont généralement prioritairement alertés des difficultés économiques du débiteur, leur créance n'étant pas essentielle à son activité professionnelle ou de consommation. De plus, la prise en charge des débiteurs en difficulté, que ce soit leur accueil comme leur information, peut être regardée comme relevant d'une mission d'ordre public. Sa défaillance est susceptible d'intéresser la collectivité par ses répercussions, il revient donc à l'État d'agir à la préservation du tissu économique ou à la lutte contre l'exclusion sociale⁵. Par ailleurs, la détection peut encore s'apparenter à une forme de régulation économique et sociale, fonction proprement administrative. C'est en ce sens qu'existe déjà un traitement administratif des difficultés des entreprises⁶ - et spécifiquement, des agriculteurs⁷ -, mais aussi, en dehors de droit. Le droit du surendettement, remarqué comme « laboratoire d'idées dans le domaine de l'office du juge »⁸, renvoie à titre principal sa mise en œuvre à une commission administrative⁹. L'ensemble pourrait alors inspirer une autorité harmonisée de détection des difficultés qui soit non judiciaire.

366. Pour une autorité nouvelle de détection. Si le choix administratif est privilégié, d'autres qualités seraient par ailleurs recherchées, nécessitant l'institution d'une autorité nouvelle pour la détection de l'impossibilité économique de payer. Cela est en outre la conséquence d'un critère nouveau, neutralisant la distinction entre le droit des entreprises en

¹ V. *supra*, sp. n° 240.

² C'est la pratique dite de l'« assignation-pression », v. *infra*, sp. n° 439, n. 6bis.

³ INGALL-MONTAGNIER (P.), Prévenir, sanctionner, réparer, (...), *CDE*, 2015/5, dossier 27, *op. cit.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Concernant les entreprises, v. *supra*, sp. n° 57 ; pour le surendettement, *supra*, n° 350 ; de manière commune, *infra*, sp. n° 398.

⁶ V. *supra*, sp. n° 4 et n° 79.

⁷ Ils connaissent, pour leur soutien et traitement, des commissions départementales d'orientation de l'agriculture (CDOA), anciennes commissions départementales d'aides aux agriculteurs en difficulté, encore dites « commissions Nallet », circ. AED-DEPSE, n° 7027, 10 oct. 1988 ; C. rur., art. R. 313-5 ; LEBEL (C.), Traitement administratif des exploitations agricoles en difficulté, *RPC*, 2009/2, comm. 34 ; MACORIG-VENIER (F.), Dispositif de soutien aux entreprises agricoles en difficulté, *RTD com.*, 2009, p. 447 s.

⁸ FRION (J.-J.), Le juge et la réforme du droit des contrats, *RLDC*, 2015/132, suppl., *op. cit.* ; soulignant la nature expérimentale de ce droit et l'office des tribunaux d'instance, PAISANT (G.), Le redressement judiciaire civil à l'essai, *JCP G*, 1991/24, *op. cit.*, sp. n° 5

⁹ Caractère administratif par leur origine (arrêté préfectoral) et leur présidence (préfet), C. consom., art. R. 12-1 s. ; sur cette nature marquée dès l'origine, v. *supra*, sp. n° 350 ; mais au vu de l'importance des attributions, sa nature est discutée, v. *infra*, sp. n° 397, n. 5.

difficulté et le droit du surendettement, qui appelle de ce fait la désignation d'une nouvelle autorité.

Pour sa constitution d'abord, il s'agirait de réunir l'ensemble des compétences utiles à la détection, réalisant à la fois un accès aisé à l'information et son analyse. Mais, tout en même temps, serait retenu son caractère unitaire afin de permettre la centralisation des renseignements et de faciliter son identification dans l'hypothèse d'une révélation. L'autorité de détection serait donc unique, mais sa composition serait, elle, collégiale, ce qui mettrait fin à la diversité désorganisée des acteurs de la détection en l'état du droit des entreprises en difficulté. Pour sa mission ensuite, la détection serait conçue comme une fonction exclusive de cette autorité, uniquement tournée vers sa concrétisation. Elle l'exercerait en toute autonomie, autrement dit, de manière indépendante, ce qui constituait la limite du mode administratif dans le traitement des entreprises en difficulté¹.

367. Plan. L'institution d'une autorité administrative indépendante (**Section I**) serait de nature à satisfaire la fonction de détection des situations factuelles d'impossibilité économique d'exécuter (**Section II**).

Section I. L'institution d'une autorité administrative indépendante

368. Modèle. L'autorité judiciaire n'a pas l'apanage de la prise en charge de situations délicates. Le droit du surendettement notamment ne connaît pas son omniprésence², il a développé le recours à une commission administrative³. C'est également le fait d'autres réglementations en lien avec l'insolvabilité qui se tournent, avant⁴ la saisine du juge, vers des autorités administratives d'intervention. Toutefois, dans ces derniers cas, un caractère spécifique leur est attribué, qui est l'indépendance. C'est alors faire référence au modèle des autorités administratives indépendantes (AAI).

¹ V. *supra*, sp. n° 59, n° 61 s. et n° 74.

² Au contraire, son rôle est secondaire, VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), manuel précit., sp. n° 221-222 ; critique, MAZEAUD (D.), L'endettement des acquéreurs, *RDI*, 1995, p. 641 s. ; pour une synthèse de son rôle, RUSSO (E.), La réforme de la procédure de surendettement de particuliers dans la loi du 1^{er} juill. 2010, *PA*, 5 juill. 2010, p. 3 s., sp. n° 18-22.

³ Voire, a fait basculer vers elle l'entier traitement, JULIEN (J.), L'escalier de Penrose, *CCC*, 2015/11, *op. cit.*, sp. n° 3 ; la recodification du Code de la consommation (ord. 2016-301, 14 mars 2016 précit.) le met particulièrement en avant en ce que le chapitre consacré à la compétence du juge ne comporte qu'un seul article.

⁴ Voire, en lieu et place (à propos des autorités disposant d'un pouvoir de sanction) ; v. *infra*, sp. n° 386.

369. Plan. L'idée de recourir à une AAI provient en réalité du contexte général de leur développement (§ 1) dont les qualités font envisager son institution dans le cadre de la restructuration du traitement des difficultés (§ 2).

§ 1. Le mouvement favorable aux autorités administratives indépendantes

370. Plan. Il existe un mouvement général de développement d'autorités indépendantes à l'échelle européenne (A) et nationale (B), appuyant le choix non judiciaire d'intervention.

A. L'incitation au niveau européen

371. Plan. Au niveau européen, le traitement de l'insolvabilité n'impliquerait pas nécessairement la désignation d'une autorité judiciaire, il laisse au contraire possible le choix d'une autorité administrative (1). Il faut dire que, d'une manière générale, l'Union européenne incite notablement les États membres à se doter d'autorités qui soient indépendantes (2).

1. La possibilité d'un traitement administratif de l'insolvabilité

372. Contenu du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité. Malgré la refonte du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité¹, le droit européen demeure assez imprécis sur la question de l'autorité compétente. Comparativement au texte originel, les dispositions nouvelles précisent les cas où c'est l'organe *judiciaire* des États membres qui doit intervenir². Mais il ne procède pas à une harmonisation complète. Il reprend à la suite l'ancienne définition de la juridiction qu'il explicite dans un considérant rédigé en termes identiques. Explicitement, doit être entendu au sens de « juridiction » : « l'organe judiciaire ou tout autre organe compétent d'un État membre habilité »³. Le considérant éclaire en ce sens que : « les procédures d'insolvabilité n'impliquent pas nécessairement l'intervention d'une autorité judiciaire. Par conséquent, le terme "juridiction" employé dans le présent règlement devrait, dans certaines dispositions, être pris au sens large et viser également une personne ou un organe habilité par le

¹ Règl. UE n° 2015/848, 20 mai 2015 précit., v. *supra*, sp. n° 6, n. 12.

² Règl. n° 2015/848 précit., art. 2, § 6, *i*).

³ Règl. n° 2015/848 précit., art. 2, § 6, *ii*) ; le texte nouveau a seulement substitué le terme « organe » à celui d'« autorité » ; comp. règl. n° 1346/2000 précit., art. 2 ; VALLENS (J.-L.), « Article 2. Définitions », in L. SAUTONIE-LAGUIONIE (*dir.*), *Règlement (UE) n° 2015/848 (...), op. cit.*, p. 38-57, sp. n° 6.

droit national à ouvrir des procédures d'insolvabilité »¹. Cela signifie que le droit européen n'impose pas obligatoirement, systématiquement et définitivement le recours à un juge.

373. Mise en perspective avec le droit international. Le droit international relatif à l'insolvabilité² ne se révèle pas plus précis dans ses dispositions que le droit européen. En effet, selon la Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, la procédure étrangère désigne dans le droit de l'État adoptant « une procédure collective judiciaire ou administrative »³. Quant à la définition du tribunal étranger, elle retient expressément « une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère »⁴. Le Guide pour l'incorporation explicite le recours au terme « tribunal » aux fins de simplification, comme générique⁵.

374. Enjeux de la question. Malgré les imprécisions des textes, il faut souligner l'importance du choix de l'autorité dans le contexte d'insolvabilités transfrontalières. En effet, le droit européen lie la compétence de l'autorité à la détermination de la loi applicable⁶. La règle est logique - l'organe qui ouvre la procédure, applique son droit national⁷ -, mais l'effet est considérable car la décision d'ouverture est opposable de plein droit aux autres États membres⁸. Ainsi, la question de l'autorité compétente conditionne l'application du droit national.

Conscient de la portée de la règle, le nouveau texte du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité semble y parer en prévoyant que la juridiction - ou tout autre organe habilité - qui ouvre la procédure, doit vérifier elle-même sa propre compétence⁹. En effet, cet examen a lieu d'office¹⁰. Il n'y a pas de contrôle externe et *a priori* de la décision d'ouverture¹¹. Le texte permet seulement - si le droit national le prévoit¹² - la possibilité de former un recours

¹ Règl. n° 2015/848 précit., sp. cons. n° 20 ; identiquement à règl. n° 1346/2000 précit., anc. cons. n° 10.

² Loi-type sur l'insolvabilité, CNUDCI, 1997, précit., v. *supra*, sp. n° 297, n. 2 ; la France n'a pas adopté la Loi-type, notamment en raison du principe d'universalité de la faillite qu'elle applique, CHERIEF (I.), CORNAND (C.), Le traitement juridique de l'insolvabilité à l'échelle internationale : vers des procédures internationales de faillite des entreprises dans les pays émergents, *REF*, 2003/72, p. 347 s. ; si la jurisprudence a précisé les conditions d'application du principe, not. Cass. 1^{ère} civ., 7 janv. 1964, *aff. Munzer* ; *RTD com.*, 1964, 454, n. Y. LOUSSOUARN ; son adoption est recommandée pour une plus grande sécurité et prévisibilité, VALLENS (J.-L.), *Codifier le droit international privé en matière de procédures collectives ?*, D., 2007, p. 1225 s.

³ Loi-type précit., art. 2, a).

⁴ Loi-type précit., art. 2, e).

⁵ « Une procédure étrangère répondant aux conditions énoncées à l'alinéa a de l'article 2 doit être traitée de la même façon, qu'elle ait été ouverte et supervisée par un organe judiciaire ou par un organe administratif. Pour éviter de devoir mentionner une autorité non judiciaire étrangère à chaque fois qu'il est fait référence à un tribunal étranger, la définition de l'expression "tribunal étranger" à l'alinéa e englobe donc également les autorités non judiciaires », Guide pour l'incorporation (2013) précit., § 87.

⁶ Règl. n° 2015/848 précit., art. 4, § 1.

⁷ C'est la règle de la *Lex fori concursus*, c'est-à-dire que la loi applicable est celle de l'État où la procédure est ouverte, règl. n° 2015/848 précit., art. 7.

⁸ Règl. n° 2015/848 précit., art. 19, § 1.

⁹ Règl. n° 2015/848 précit., art. 4, § 1.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ MARÉCHAL (C.), « Article 4. Vérification de la compétence », in *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, op. cit., p. 70 s., sp. p. 73.

¹² Le droit national pourrait donc fermer cette possibilité en ne prévoyant pas les modalités de mise en œuvre de ce recours ; sur la faible portée de cette disposition donc, MARÉCHAL (C.), « Article 5. Contrôle juridictionnel de la décision d'ouverture d'une procédure principale », in *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, op. cit., p. 74 s., sp. p. 76-77.

contre la décision d'ouverture pour des motifs de compétence¹. Mais cela atteint alors le principe de confiance mutuelle entre les États membres², s'opposant à la remise en cause des décisions prises aux fins de célérité, sécurité et prévisibilité. De plus, c'est l'objectif du règlement européen d'éviter les conflits de compétence³. Et le risque est d'autant plus grand qu'il peut y avoir un double intérêt à critiquer celle-ci : pour la nature de l'autorité, mais aussi, son degré d'intervention⁴. Typiquement⁵, c'est l'opposition du droit français des entreprises en difficulté, particulièrement judiciarisé, au droit anglais où le rôle du tribunal est limité⁶. Dans ce contexte, l'autorité compétente constitue un critère de compétitivité du droit national, sujet au *forum shopping*⁷ contre lequel le règlement doit lutter⁸. En effet, toute manipulation⁹ des critères de compétence faite à mauvais escient¹⁰ est source d'insécurité¹¹ pour le traitement de l'insolvabilité¹².

¹ Règl. n° 2015/848 précit., art. 5, § 1.

² Règl. n° 2015/848 précit., cons. n° 61 et 65.

³ MÉLIN (F.), *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (préf.), Bruylant, 2008, 511 p., sp. n° 6.

⁴ Le soulignant comme entrave au marché intérieur, « Certaines législations accordent de larges pouvoirs discrétionnaires aux juridictions, tandis que pour d'autres, les pouvoirs sont beaucoup plus limités », comm., Comm. euro., *Une nouvelle approche européenne de la faillite et l'insolvabilité*, COM (2012) 742 final, 12 déc. 2012, sp. point 3.6.

⁵ V. *supra*, sp. n° 3 et not. BRULARD (Y.), Les groupes et les procédures de pré-insolvabilité : le signe d'un changement de nature du nouveau Règlement insolvabilité ?, *RPC*, 2015/1, dossier 4 ;

⁶ Par ex., pour les *Schemes of Arrangement*, le tribunal n'intervient ni à l'ouverture, ni à la clôture de la procédure, mais seulement pour un contrôle formel de la procédure, BRULARD (Y.), « Les procédures nationales entrant dans le champ d'application du Règlement », in *Le nouveau règlement insolvabilité (...)*, loc. cit., p. 25-59, sp. n° 5 ; cette procédure n'est pas inscrite à l'annexe A du règlement, contrairement aux *Voluntary arrangements under insolvency legislation* où c'est un administrateur qui dirige la procédure, *ibid.*, sp. n° 23.

⁷ Saisine du tribunal appelé à rendre la décision la plus favorable, *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. « Forum – shopping », sp. p. 475 ; à rapprocher d'autres expressions, telles *law shopping*, VALLENS (J.-L.), « La faillite internationale entre universalité et territorialité : les enjeux », in D. ROBINE et F. JAULT-SESEKE (dir.), *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, Dalloz, 2004, 185 p., p. 5-13 ; ou *forum conveniens, non conveniens* ou *more conveniens*, SAGAUT (J.-F.), CAGNIART (M.), Regard communautaire sur le forum shopping et le forum conveniens, *PA*, 14 avril 2005, p. 51 s.

Sur le *forum shopping* en matière d'insolvabilité, not. DAMMANN (R.), Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de forum shopping, *D.*, 2005/26, p. 1779-1786 ; MAILLY (M.), *L'application du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité aux groupes de sociétés (...)*, th. précit., sp. p. 15 s. et p. 33 s. ; VALLENS (J.-L.), Tourisme judiciaire et insolvabilité : les risques du forum shopping, *RPC*, 2012/4, étude 21 et Forum shopping, *CDE*, 2009/5, dossier 30.

⁸ Règl. n° 2015/848 précit., cons. n° 28-30 ; FABRIÈS-LECÉA (E.), « Article 3 », in *Le nouveau règlement (...)*, op. cit., p. 58-69.

⁹ Sur ce terme, MAYER (P.), HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, LGDJ-Lextenso, 2014, 11^e éd., 788 p., sp. n° 276 ; DAMMANN (R.), loc. cit.

¹⁰ Il sera rappelé que le *forum shopping* n'est pas nécessairement une hypothèse de fraude à loi ; le choix, bien qu'il prenne en considération des éléments d'opportunité, est possible du fait même de l'existence d'une diversité de règles applicables, LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 2013, 10^e éd., 1170 p., sp. n° 874 s. ; il existe donc un *forum shopping bonus* ou *malus*, DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), Le forum shopping devant les juridictions françaises, *Trav. com. fr. DIP*, 1998-1999, p. 49-70, sp. p. 51 s. ; également, SAGAUT (J.-F.), CAGNIART (M.), loc. cit.

¹¹ D'où la définition des procédures d'insolvabilité à partir de leur caractère public qui permet notamment aux parties d'en prendre connaissance et, partant, d'assurer une prévisibilité, règl. n° 2015/848 précit., cons. n° 13 s. ; par ex. à l'attention des créanciers qui ne pouvait ignorer que le centre des intérêts principaux (COMI) (règl. n° 2015/848 précit., art. 3) était en France, bien que le siège statutaire soit déclaré en Italie, rapportant différents éléments objectifs qui témoignaient de cette prévisibilité, TC Nanterre, 15 fév. 2006, n° 2006P00152, *aff. Emtec* ; *BJS*, mai 2006, p. 575, n. F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE ; *D.*, 2006, p. 651, n. A. LIENHARD ; *GP*, 2006, p. 12, n. F. MÉLIN ; *D.*, 2006, p. 793, n. J.-L. VALLENS ; cela est conforme à la position de la jurisprudence européenne : sur les conclusions de l'avocat général, « l'insolvabilité constitue un risque qui doit être prévisible pour les créanciers. Dans la mesure où la désignation de la compétence détermine le droit applicable, les créanciers doivent être en mesure d'intégrer dans leur analyse les risques du droit matériel applicable en cas d'ouverture de la procédure », CJCE, C-314/04, 2 mai 2006, *aff. Eurofood*, § n° 33 ; *Rec.*, 2006, I, 3813 ; *JCP E*, 2006, n° 27-28, 2071, étude, n. J.-L. VALLENS.

¹² Par ex., sur un cas de *forum shopping* frauduleux de la saisine des juridictions françaises avant l'adoption du règlement européen, Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1987, n° 85-14.778, *aff. Garrett* ; *Bull.*, I, n° 304, p. 218 ; *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 364, n. G. DROZ ; pour un autre exemple, postérieur, CA Versailles, 4 sept. 2003, n° 2003/05038, *aff. Daisytex* ; *RJDA*, 2004/1, chron., p. 3, n. F. MÉLIN ; *JCP G*, 2004/3, p. 88, n. M. MENJUCQ ; *D.*, 2003, jurispr., p. 2352, n. J.-L. VALLENS.

375. Analyse. L'importance des enjeux interroge la définition particulièrement vague du terme « juridiction » dans le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité. Plus qu'une absence de condition¹, ce pourrait être la volonté² de ne pas trancher définitivement en faveur du juge. Effectivement, sur d'autres points de définition tels que le dessaisissement du débiteur³, le règlement révisé est parvenu à un accord, quitte à revoir ses positions, voire à innover⁴. Le traitement de l'insolvabilité pourrait donc relever d'autres organes, non judiciaires. Cette analyse peut être par ailleurs renforcée en ce que le texte énumère précisément les cas où le recours à l'autorité judiciaire est obligatoire⁵. De plus, la recommandation de la Commission européenne précédant la réforme invitait expressément les États membres à limiter l'autorité judiciaire à ses interventions nécessaires⁶. Il pourrait donc être recouru à une autorité administrative⁷.

376. Cas des établissements financiers et recours à une autorité administrative. Le règlement européen est précis par ailleurs sur son champ d'application, excluant formellement une catégorie de débiteurs : globalement, les institutions financières⁸. Cela s'explique en raison de leur nature et du rôle joué dans les économies nationales⁹. À leur propos, une harmonisation substantielle¹⁰ a pu avoir lieu, y compris sur la question de l'autorité : elle est administrative. En

¹ RAIMON (M.), *Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ, 2007, 320 p., sp. n° 102 et n° 109.

² V. le rapport Virgós-Schmit à l'origine des considérants du règlement n° 1346/2000 : « L'exigence de l'intervention d'une autorité judiciaire fut volontairement exclue, afin de permettre l'application de la convention aux procédures collectives non judiciaires », rapp. CE, n° 6500/1/96, *sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité du 23 novembre 1995*, M. VIRGÓS et E. SCHMIT (rapp.), 8 juill. 1996, sp. § 52, p. 36.

³ Règl. n° 2015/848 précit., art. 1^{er}, §, (a) ; et introduisant la définition de « débiteur non dessaisi », art. 2, 3) ; permettant ainsi d'introduire les législations allemande (procédure de redressement) et belge (procédure de réorganisation judiciaire) ; soulignant à ce propos une modification « radicale », BRULARD (Y.), « Les procédures nationales entrant (...) », *op. cit.*, sp. n° 22.

⁴ MENJUCQ (M.), « Rapport de synthèse », in *Le nouveau règlement (...)*, *op. cit.*, p. 229-239, sp. p. 232 s.

⁵ Règl. n° 2015/848 précit., art. 2, § 6, i).

⁶ À propos d'un cadre de restructuration préventif : « L'intervention des juridictions compétentes devrait être limitée aux situations où elle est nécessaire et proportionnée pour protéger les droits des créanciers et des autres parties concernées par le plan de restructuration », « pour permettre un gain d'efficacité et minimiser les délais et les coûts, les cadres de restructuration préventifs devraient comporter des procédures souples limitant les formalités judiciaires aux situations dans lesquelles elles sont nécessaires et proportionnées », *recomm. Comm.ission euro.*, 12 mars 2014 précit., sp. cons. n° 7 et n° 17.

⁷ Sur l'exemple de l'Italie et l'*Amministrazione straordinaria* qui relève globalement du ministre v. *supra*, sp. n° 3.

⁸ Entreprises d'assurance, établissements de crédit, entreprises d'investissement et autres firmes, établissements ou entreprises, pour autant qu'ils relèvent de la directive 2001/24/CE ou organismes de placement collectif, règl. n° 2015/848 précit., art. 1, § 2, désignées ci-après « institutions financières ou bancaires ».

⁹ MÉLIN (F.), *Le règlement communautaire (...)*, *op. cit.*, sp. n° 27 et n° 94 ; v. également, SUSSET (E.), Enjeux de la résolution bancaire, *RDB*, 2013/4, dossier 36.

¹⁰ DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), Aperçu rapide de la gestion spécifique et administrative du risque des défaillances bancaires : justification et cadre légal, *GP*, 2014/354, p. 7 s., sp. n. n° 10 ; plus précisément, un système unique, une autorité unique de résolution ou de supervision et un fonds unique.

effet, le droit européen spécial¹ prévoit expressément pour les défaillances bancaires la désignation par chaque État membre d'une autorité de résolution² qui est une autorité administrative publique³. Si la prégnance des intérêts publics⁴ motive cette solution, l'évincement⁵ d'un traitement judiciaire⁶ n'en est pas moins remarquable⁷. Il est justifié en outre par des considérations de rapidité⁸ que le mode judiciaire ne permet pas suffisamment⁹. Or, il s'agit précisément d'organiser une intervention précoce¹⁰ dans le traitement de l'insolvabilité. Pour illustrer le traitement administratif des institutions financières, il peut être pris l'exemple du conseil de résolution unique¹¹ qui constitue l'autorité au niveau européen pour la mise en œuvre de la politique de résolution unique dans le cadre de l'Union bancaire¹². Il peut notamment

¹ Dir. PE. et Cons. UE, n° 2014/59/UE, 15 mai 2014 *établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant (...)* ; *JOUE*, L. 73/190, 12 juin ; BONNEAU (T.), Des règles harmonisées pour les établissements de crédit et entreprises d'investissement en difficulté applicables dans tous les États membres, *RPC*, 2014/5, comm. 141 ; MULLER (A.-C.), Regards sur la directive Résolution n° 2014/59/UE, *BJB.*, déc. 2015, p. 578-583.

Pour précision, existe l'Union bancaire européenne (règl. uniforme européen (*single rulebook*), 2012) dont le troisième pilier « Redressement des banques et résolution de leurs défaillances » comprend un mécanisme de surveillance unique (MSU) (règl., PE et Cons. UE, n° 1024/2013, 15 oct. 2013) et un mécanisme de résolution unique (MRU) (règl., PE et Cons. UE, n° 806/2014/UE, 15 juill. 2014 ; *JOUE*, L. 225/1, 30 juill.), sous la surveillance de la Banque centrale européenne (BCE) ; sur le sujet, not. : BONNEAU (T.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2016, 3^e éd., sp. p. 65 s. ; ECKHOUDT (M.), Le cadre européen de redressement et de résolution des défaillances bancaires, *PA*, 11 juill. 2013, p. 6 s. et Le traitement de la faillite bancaire, *Rev. Banque*, 2012/747, p. 43 s. ; ROUSSEL GALLE (P.) et DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.) (*dir.*), Les défaillances bancaires et financières : un droit spécial ?, Actes du colloque, Paris V, *RDB*, 2014/6, dossier 44 s.

² Qui met en œuvre les mesures de résolution du MRU ; elle se distingue des autorités nationales compétentes chargée de la supervision et de l'intervention précoce ; la détection et la mise en œuvre d'une procédure de résolution relèvent donc de deux autorités (ou deux fonctions) distinctes, dir. n° 2014/59 précit., cons. n° 15 ; de plus, en cas de pluralité d'autorités désignées par un État, il devra nommer « une seule autorité, en tant qu'autorité de contact, aux fins de coordination », dir. n° 2014/59 précit., art. 3, § 10 ; l'ensemble fait œuvre d'une grande rationalisation.

³ Elle « correspond à une autorité administrative publique ou investie de compétences administratives publiques », dir. n° 2014/59 précit., art. 3 ; en principe, il ne peut s'agir que d'une incitation, les États membres demeurent libres de transposer bien qu'« une telle harmonisation faciliterait la coordination », dir. n° 2014/59 précit., cons. n° 15 ; pour la France, il s'agit de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ; ord. n° 2015-1024, 20 août 2015 ; v. *infra*, sp. n° 388, n. 6.

⁴ C'est une condition même de l'intervention de l'autorité de résolution, dir. n° 2014/59 précit., art. 32, § 5.

⁵ Par ex., au plan interne, toute procédure collective (sauvegarde, RJ ou LJ) ne peut être ouverte qu'après avis conforme de l'ACPR, CMF, art. L. 613-27, al. 1^{er} ; toutefois, le juge demeure compétent en cas de recours, dir. n° 2014/59 précit., art. 32, § 5 ; il n'y a donc pas d'exclusion totale du judiciaire, VALLENS (J.-L.), La défaillance des établissements de crédit et le recours au juge, *RDB*, 2014/6, dossier 51 ; dans le même numéro, BOURDEAUX (G.), Le traitement judiciaire des institutions financières en difficulté, dossier 49 ; mais davantage l'affirmation de la primauté du traitement administratif sur celui judiciaire, BONNEAU (T.), Le « Bank exit », in Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 21, sp. n° 5.

⁶ Le soulignant, BONNEAU (T.), Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières, in Dossier précit., *RDB*, 2014/6, dossier 48, sp. n° 1 et v. n° 7 s. ; dans le même numéro, CHAPUT (Y.), Propos introductifs, dossier 45, sp. n° 7 ; ROUSSEL GALLE (P.), Propos conclusifs, dossier 57, sp. n° 7.

⁷ Surtout au regard du droit des entreprises en difficulté, DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), Droit commun des entreprises en difficulté et droit des défaillances bancaires et financières : convergences et influences réciproques ?, *RDB*, 2014/6, dossier 50, sp. n° 3.

⁸ Dir. n° 2014/59 précit., cons. n° 15.

⁹ « Pour parvenir à la pleine harmonisation des procédures d'insolvabilité transfrontalières au sein de l'Union européenne (...) : l'établissement d'une procédure administrative de liquidation pour les établissements financiers (...) afin de rendre possible une liquidation plus rapide et plus ordonnée que ne le permet la procédure judiciaire classique », Commission Aff. éco. et mon., avis n° 2011/2006 (INI) *contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés*, S. BOWLES (*rapp.*), 12 juil. 2011, sp. n° 9.

¹⁰ Dir. n° 2014/59 précit., art. 27.

¹¹ (CRU), règl. PE et Cons. UE, n° 806/2014, 15 juill. 2014 précit., art. 1^{er} ; se compose not. des représentants des autorités de résolution nationales (art. 43, § 1.) ; il est l'organe de décision et gère le Fonds de résolution unique (art. 67, § 2) dans le cadre du MRU ; GOURIO (A.), Le mécanisme de résolution unique : les nouveaux instruments et pouvoirs des autorités de résolution bancaires, *RDB*, 2014/6, dossier 30.

¹² Pour précision, a été par ailleurs instituée une autorité bancaire européenne (ABE) (ex comité européen des superviseurs bancaires (CEBS), règl., PE et Cons. UE, n° 1093/2010, 24 nov. 2010 ; qui fait partie du Système européen de supervision financière (SESF) aux fins de coordination des autorités nationales (v. *infra*, sp. n° 378, n. 2) ; à ne pas confondre avec la BCE qui relève du MSU, règl. n° 1024/2013 précit. ; c'est donc une répartition à deux niveaux, micro-prudentiel et macro-prudentiel ; pour une synthèse, PRÜM (A.), Le nouveau cadre européen du traitement des faillites bancaires à vol d'oiseau, *RDB*, 2014/6, dossier 30.

se substituer aux autorités de résolution nationales¹ concernant les établissements de crédit des États membres dont la défaillance est prévisible ou avérée². Outre le caractère administratif, celui d'autorité unique est tout aussi marquant face à la diversité des autorités nationales.

377. Transition. Si le règlement européen de l'insolvabilité demeure assez imprécis - voire, indécis - quant au choix de l'autorité de traitement, dans le cas des défaillances financières, le droit européen affirme clairement le choix administratif. Il y aurait alors la possibilité d'une harmonisation à partir d'une forme non judiciaire d'autorité. Il faut dire que, à l'instar du dernier exemple étudié³, l'Union européenne promeut particulièrement l'institution d'agences administratives *et* indépendantes.

2. La promotion des agences européennes indépendantes

378. Pratique courante de l'Union européenne. Initiée dans les années 1970, la création d'agences européennes pour la mise en œuvre de la politique de l'Union est devenue une pratique courante⁴. De deux agences historiques⁵, elles se sont, depuis⁶, multipliées « dans une ampleur sans précédent »⁷ comme le souligne le rapport du Sénat. La Commission européenne a souhaité engager la discussion sur ce constat, dès lors qu'elles font partie du fonctionnement de l'Union⁸. En effet, des pans entiers d'intervention publique leur sont confiés. Pour l'illustrer, aux côtés de l'autorité bancaire européenne⁹, il existe l'autorité européenne des marchés financiers¹⁰ - également, agence européenne¹¹ -, formant, avec l'autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles¹² le trio des autorités européennes de surveillance qui intègre, au

¹ Pour l'établissement et l'adoption de plan de résolution, règl. n° 806/2014 précit., art. 5, § 1.

² Selon la définition du champ de compétence (règl. n° 806/2014 précit., art. 2, a), la procédure de résolution et le critère d'intervention (art. 18, § 1).

³ Concernant le CRU, qui est une agence européenne (règl. n° 806/2014 précit., art. 42, § 1), c'est-à-dire à la fois une structure administrative (art. 43, § 5) et une autorité indépendante grâce à l'octroi de la personnalité juridique (art. 42, § 1, § 2 ; art. 47). Pourrait également être repris celui de l'ABE, règl. n° 1093/2010 précit., art. 5, § 1 ; v. n. *supra*, ce paragraphe.

⁴ Rapp. Sénat n° 17 d'information sur l'évaluation de l'activité des agences européennes, D. BADRÉ (*rapp.*), 7 oct. 2009.

⁵ Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (Cedefop), règl. (CEE) n° 337/75, 16 fév. 1975 ; Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (EUROFOUND), règl. (CEE) n° 1365/75, 26 mai 1975.

⁶ À partir des années 1990, suite à la déconcentration communautaire ; puis, dans les années 2000, par l'effet des nouveaux piliers de l'Union selon le Traité de Nice ; règl. CE n° 28/2003, 19 déc. 2002 ; ainsi, près de 24 agences ont été créées en dix ans. COUZINET (J.-F.) (*éd.*), *Les agences de l'Union européenne, Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, PU Toulouse, 2002.

⁷ Rapp. Badré précit., sp. p. 9.

⁸ Comm., Commission euro. au PE et Cons. UE, *Agences européennes, Orientations pour l'avenir*, COM(2008) 135 final, Bruxelles, 11 mars 2008, sp. introduction.

⁹ (ABE), v. *supra*, sp. n° 376, n. 12.

¹⁰ (AEMF), règl. PE et Cons. UE, n° 1095/2010, 24 nov. 2010 ; BONNEAU (T.), *Régulation bancaire (...)*, *op. cit.*, sp. n° 84 s.

¹¹ Dotée de la personnalité juridique, règl. n° 1095/2010 précit., art. 5, § 1.

« Dans l'exécution de ses tâches, l'Autorité agit de manière indépendante et objective », règl. n° 1095/2010 précit., art. 1^{er}.

¹² (AEAPP), règl. PE et Cons. UE, n° 1094/2010 ; qualifiée d'« organisme de l'Union » et dotée de la personnalité juridique, art. 5.

niveau micro-prudentiel¹, le système européen de surveillance financière². Ainsi, la régulation financière, domaine essentiel³ d'intervention publique au lendemain de la crise financière et face au risque systémique, relève d'agences européennes.

379. Approche commune. Considérant leur nombre⁴, la diversité des secteurs concernés⁵ et des tâches qui leur sont déléguées⁶, les institutions européennes ont adopté à leur égard une déclaration commune⁷ pour les intégrer plus solidement. Cette consécration permet en outre une approche harmonisée⁸ et une catégorisation⁹. Il est vrai que leur appellation n'est pas un critère fiable¹⁰, mais il est possible de mettre en lumière à leur propos trois caractéristiques marquantes¹¹. Il s'agit de la reconnaissance d'une personnalité juridique propre, corrélée à une indépendance fonctionnelle¹² et opérationnelle¹³, aux fins de réalisation d'une mission spécifique. C'est alors insister sur l'autonomie dont ces autorités bénéficient, au-delà de la simple acquisition de la personnalité juridique et en dehors du caractère administratif de leur structure.

380. Forme privilégiée. Les agences européennes apparaissent comme un paramètre nouveau et, surtout, amélioré, de gouvernance et de régulation au niveau européen¹⁴. Leur recours tient doublement à l'absence d'administration européenne¹⁵ et à l'insuffisance de l'intervention publique de certains pays¹⁶ et, plus significativement, à leur légitimité de

¹ Comp. Union bancaire européenne et not., au MSU (niveau macro-prudentiel) ; v. *supra*, sp. n° 376, n. 1.

² (SESF) ; créé pour remédier aux carences de la supervision financière mises en exergue par la crise financière, rapp. Larosière (2009) précit. ; Comm. euro., COM(2009) 252 final, *Surveillance financière européenne*, Bruxelles, 27 mai 2009 ; pour une synthèse de la législation, v. en ligne, Commission européenne, rubrique « Surveillance financière » ; sur le sujet, not. : KOVAR (J.-P.), Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ?, *RDB*, 2011/4, p. 70-74 ; MARTUCCI (F.), LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et KOVAR (J.-P.), Le système européen de surveillance financière, *Europe*, 2011/6, étude 6 ; MULLER (C.), La réforme du système européen de surveillance financière : organisation et fonctionnement des autorités européennes de surveillance, *RDB*, 2011/2, p. 17-19 ; PRÜM (A.), *op. cit.*

³ Le soulignant, FRISON-ROCHE (M.-A.), « Régulation financière, régulation bancaire », in mél. P. DIDIER, *op. cit.*, p. 173-187.

⁴ Aujourd'hui, plus d'une quarantaine ; v. recensement en ligne, site Europa, rubrique « Agences et autres organes de l'UE ».

⁵ Not. La compétitivité et la croissance pour l'emploi, la liberté, la sécurité et la justice, ou, encore, la citoyenneté ; pour un classement par secteurs, v. rapp. Badré précit., sp. annexe n° 2.

⁶ Par ex., collecter et analyser des informations, assister directement la commission, surveiller, coordonner, etc. ; pour une classification selon le type de fonction, MOLINIER (F.), Agences européennes, *Rép. dr. européen*, sp. n° 23.

⁷ Déclaration commune (PE, Cons. UE et Commission euro.) *sur les agences décentralisées*, Strasbourg, 12 juin 2012.

⁸ Rapp. Comm. euro., *Progrès réalisés dans la mise en œuvre de l'approche commun concernant les agences décentralisées de l'UE*, COM (2015) 179 final, Bruxelles, 24 avril 2015.

⁹ Agences décentralisées (ex communautaires) ; agences exécutives ; agences de l'Euratom, v. en ligne, site Europa précit.

¹⁰ Parfois qualifiées d'autorités ou d'organes de l'Union, sans que l'expression d'« agence européenne » ne soit expressément employée ; par ex., l'AEAPP (v. *supra*, sp. n° 378, n. 12) ; *a contrario*, certaines appellations se révèlent trompeuses ; par ex., l'agence spatiale européenne (ASE) est une organisation intergouvernementale.

¹¹ DERO-BUGNY (D.), Agences européennes, *Jcl. Europe Traité*, n° 245, sp. n° 12 s. ; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), Les agences de régulation européennes, quels problèmes juridiques ?, in mél. Y. JÉGOUZO, *Terres de droit*, Dalloz, 2009, p. 57-70 ; MOLINIER (J.) (*dir.*), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, 264 p. ; avec toutefois des nuances qui influent par ex. sur l'autonomie budgétaire ; rapp. Badré précit., sp. p. 23.

¹² Par ex., la désignation en interne du directeur de l'agence ou la jouissance de ressources humaines propres.

¹³ Not. absence de pouvoir hiérarchique sur l'action de l'agence, MOLINIER (F.), Agences européennes, *op. cit.*, sp. n° 69-77 et not. pour les agences de régulation en matière financière contrairement aux agences exécutives, sp. n° 76.

¹⁴ CHEVALLIER (J.), « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », in mél. G. DUPUIS, *Droit public*, p. 47 s., sp. p. 47.

¹⁵ L'appui sur les autorités administratives nationales nécessite leur coordination, rapp. AN n° 3069, au nom de la délégation pour l'UE, d'information *sur les agences européennes*, C. PHILIP (*rapp.*), 3 mai 2006, 116 p., sp. n° 33.

¹⁶ En ce sens, LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, th., J. FOURNIER (*préf.*), Bruylant-LGDJ, 2002, 546 p., sp. p. 29.

compétence¹. En effet, la spécialisation et un savoir-faire renforcé crédibilisent² l'action européenne dans des domaines techniques³. Leur indépendance permet en outre de préserver l'équilibre entre les intérêts des États membres et l'éventuelle politisation des instances européennes classiques⁴. Ces qualités font des agences une forme privilégiée d'intervention pour l'Union européenne⁵ qui leur reconnaît, de plus, une véritable puissance d'intervention. En effet, elles disposent d'un véritable pouvoir de décision individuelle produisant des effets juridiquement contraignants⁶. Leur rôle n'est donc pas purement consultatif. Par exemple⁷, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur⁸ jouit non seulement de la personnalité juridique, d'une indépendance d'action et d'un rôle d'exécution du programme des instances européennes, mais il constitue de plus l'autorité compétente pour décider de l'enregistrement ou non des marques et autres au niveau européen.

381. Incitation au plan national. Forte du mouvement général de développement des agences, l'Union européenne encourage leur institution à l'échelle nationale. Il faut pourtant rappeler le principe d'autonomie procédurale et institutionnelle⁹ laissant libre choix aux États membres de recourir ou non à ce type d'autorité. Néanmoins, dans le secteur de la communication par exemple, le législateur européen recommande expressément la création d'« une ou plusieurs autorités publiques (...) chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées »¹⁰ et qui « exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies »¹¹. L'exemple vaut aussi pour le secteur de la concurrence¹², entraînant pour de nombreux États membres la nécessité de créer une autorité spécifique pour y satisfaire¹³, au risque sinon de voir la transposition remise en cause par la Commission européenne¹⁴.

¹ Sur la légitimité démocratique, ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, éd. du Seuil, 2010, sp. « La légitimité d'impartialité », p. 121 s. et p. 139 s.

² Rapp. Sénat n° 58, *Les agences européennes : l'expert et le politique*, M.-T. HERMANGE (rapp.), 27 oct. 2005, 45 p., sp. p. 11.

³ DERO-BUGNY (D.), *loc. cit.*, sp. n° 67.

⁴ Rapp. Philip précit., sp. n° 24.

⁵ MULLER-QUOY (I.), « L'apparition et le développement des agences de l'Union européenne », in *Les agences de l'Union européenne, op. cit.*, p. 13 s., sp. p. 17 ; sur les motifs de création, Comm. euro., *Agences euro., Orientations pour l'avenir*, 2008.

⁶ Pour les parties et à l'égard des tiers, en termes d'opposabilité ; sur l'encadrement des pouvoirs de décision, comm. Comm. euro., COM (2001) 428 final, *Gouvernance européenne, livre blanc* et COM (2002) 718 final, *L'encadrement des agences de régulation*.

⁷ De pour l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV) règl. CE, n° 2100/94 qui use d'un pouvoir de décision.

⁸ (OHMI), règl. CE, n° 40/94 *sur la marque communautaire*, 20 déc. 1993 ; modif. par règl. CE, n° 207/2009, 26 fév. 2009.

⁹ TFUE, art. 288 et art. 291, § 2 ; les pays membres sont libres quant à la mise en œuvre des directives européennes.

Le contenu du principe est discuté quant à son unité, SIMON (D.), *Chronique de jurisprudence de la CJUE, Annuaire français de droit international*, janv. 2009, p. 819 s. ; ou sa dualité comprenant l'autonomie procédurale (voies de droit, procédures) et celle institutionnelle (dimension organique), BONICHOT (J.-C.), *Loin des théories : le refus de la Cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen*, *RDP*, 2008/3, p. 745 s..

¹⁰ Dir. PE et Cons. UE, n° 95/46/CE, 24 oct. 1995, art. 28 ; *JOUE*, L. 281/31, 23 nov.

¹¹ *Ibid.*

¹² Règl. CE, n° 1/2003, 16 déc. 2002 ; *JOUE*, L. 1, 4 janv. 2003.

¹³ Ce fut l'hypothèse de la France avec l'Autorité de la concurrence ; sur celle-ci, v. *infra*, sp. n° 388.

¹⁴ Par ex., dir. 97/67/CE, 15 déc. 1997 *des services postaux* ; transposition interne L. n° 99-533, 25 juin 1999 ; avis d'incompatibilité entre la réglementation française et les obligations de la directive, Comm. euro., 25 juin 2002 ; modif. L. n° 2005-516, 20 mai 2005 ; institution de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP).

Au-delà de la question de l'institution, l'Union européenne protège encore le champ d'intervention de ces autorités. Pour l'illustrer, en 2009¹, l'Allemagne a pu être condamnée pour manquement² en ce qu'elle a restreint les pouvoirs de l'autorité de surveillance nationale alors que la directive-cadre³ dans le secteur des télécommunications avait défini les missions des autorités nationales⁴ de manière harmonisée⁵. Au regard du principe de l'autonomie procédurale, cet arrêt apparaît audacieux⁶. Les autorités de régulation nationales sont des émanations de la puissance publique, les États seraient donc pleinement libres d'en limiter les pouvoirs. Telle n'est pas la position de Cour de Justice qui use de son pouvoir d'appréciation sur la transposition dans le droit interne des directives européennes pour protéger le contenu du droit européen de toute incursion du législateur national qui viendrait en réduire la portée⁷. Cela n'est pas sans effet sur le droit interne, au contraire⁸.

382. Conclusion et transition. Le choix du judiciaire n'est clairement pas privilégié à l'échelle européenne, du moins, il n'est pas exclusivement envisagé. L'Union européenne marque une réelle préférence pour l'institution d'autorités souples dans le domaine de la régulation économique, c'est-à-dire d'organes dont l'essence est administrative, mais qui se démarquent par leur indépendance d'action. Ce mouvement au plan européen crée *de facto* un cadre favorable⁹ au développement des autorités administratives indépendantes connues au plan interne.

¹ CJUE, C-424/07, 3 déc. 2009, *aff. Comm. euro. c/Allemagne* ; *Rec.*, 2009, I-11431 ; *RFDA*, 2010, p. 901, n. J. ZILLER.

² Sur le fondement du Traité CE, anc. art. 226.

³ En l'occurrence, dir. PE et Cons. UE, n° 2002/21/CE, 7 mars 2002 ; *JOUE*, L. 108/33, 24 avril.

⁴ (ANR) ou (ARN) ; sur leur mission en l'espèce, dir. 2002/21 précit., art. 1, § 1.

⁵ Fixant un cadre harmonisé, les tâches des autorités et les procédures, dir. 2002/21 précit., art. 1 § 1.

⁶ Voir « révolutionnaire », BOUVERESSE (A.), Étendue du pouvoir des autorités réglementaires nationales en matière de communications électroniques, n. sous arrêt précit., *Europe*, 2010/2, p. 25 s.

⁷ BOUVERESSE (A.), *op. cit.* ; doit être distingué la « titularité » de la compétence qui appartient pleinement aux États membres et les potentialités de son exercice qui peuvent être encadrées par le droit européen, ZILLER (J.), Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne, *RFDA*, 2010/5, p. 901-906.

Par ailleurs, l'obligation de loyauté (TFUE, art. 4, § 3) fait découler l'obligation de prendre toutes les dispositions nécessaires pour permettre la mise en œuvre du droit européen de manière utile, CJCE, n° 6/64, 15 juill. 1964, *aff. Costa c/ ENEL* ; *Rec. CJCE*, 1964, p. 1141 ; sur ce principe, SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Puf, 2001, 3^e éd., 779 p., sp. n° 100.

⁸ 13 AAI françaises seraient le fait de prévisions européennes, rapp. Sénat n° 126 *sur le bilan et le contrôle de la création de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, t. 1, J. MÉZARD (*rapp.*), 2015, sp. p. 17.

⁹ DUBOS (O.), *Droit administratif et droit communautaire*, *Jcl. adm.*, fasc. n° 24, sp. n° 28.

B. Le développement au niveau national

383. Plan. Un engouement semblable au développement des agences européennes existe en France¹ sous l'appellation d'autorités administratives indépendantes (AAI)². Leur création est un phénomène continu³. Elles font partie intégrante du paysage institutionnel français⁴. Toutefois, leur appréhension est délicate, ne faisant pas encore l'objet d'une systématisation⁵. C'est en effet l'objet de la prochaine réforme⁶. Il faut alors présenter ce qu'est une AAI (1) et saisir les motifs de son recours (2) pour en prendre la mesure.

1. L'appréhension du phénomène

384. Administrative. Si l'appellation diffère du droit européen, les termes d'AAI sont en eux-mêmes significatifs, sans toutefois qu'il faille en être prisonniers⁷. D'emblée, apparaît celui d'autorité *administrative* spécificité française qui ne trouve pas écho dans la législation européenne⁸, ni auprès des États étrangers⁹. Pourtant, globalement, les fonctions sont identiques¹⁰. C'est alors insister sur leur caractère administratif¹¹ en raison de leur mission de

¹ Conclusions de la commission des lois, rapp. Sénat, n° 332, *sur la proposition de loi (...) portant statut général des AAI et des autorités publiques indépendantes (API) (...)*, J. MÉZARD (rapp.), 2016, sp. p. 9 ; aussi, rapp. AN, n° 3166, Sénat, n° 404, Office parlementaire d'évaluation de la législation *sur les autorités administratives indépendantes*, P. GÉLARD (rapp.), 15 juin 2006, t. 1, 138 p., sp. p. 21 ; GROS (J.-M.), *La doctrine française et les autorités administratives indépendantes*, th., J.-L. AUTIN (dir.), Montpellier I, 1995, 2 t., 986 p., sp. p. 1.

² Aussi qualifié d'autorité indépendante (AI) ou d'autorité publique indépendante (API) ; d'une manière générale, not. : AUTIN (J.-L.), *Les autorités administratives indépendantes*, *Jcl. adm.*, fasc. n° 75, actualisé par E. BREEN ; GROS (J.-M.), th. précit. ; SABOURIN (P.), *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*, th., J.-M. AUBY (préf.), LGDJ, 1966, 393 p. ; COLLIARD (C.-L.) et TMSIT (G.) (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Puf, 1988 ; GUÉDON (J.-L.), *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 1991 ; *Les autorités administratives indépendantes*, Actes du colloque, C. cass., *RFDA*, 2010/5, p. 873-936.

³ Voir en accélération, rapp. AN, n° 2925, d'information sur *les AAI*, R. DOSIÈRE et C. VANNESTE (rapp.), 28 oct. 2010., sp. p. 27 ; 11 nouvelles AAI ont été créées depuis : rapp. Sénat n° 616, d'information *sur les AAI (bilan)*, P. GÉLARD (rapp.), juin 2014, sp. p. 8 ; leur nombre est aujourd'hui fixé à une quarantaine ; v. liste actualisable en ligne, sur le site Légifrance.

⁴ Rapp. Dosièrre et Vanneste (2010) précit., sp. considérations générales, p. 374.

⁵ En principe d'origine légale, elle relève à défaut de la méthode du faisceau d'indices ; la reconnaissance est alors jurisprudentielle : par ex., Cons. constit., n° 96-378 DC, 23 juill. 1996 ; *Rec.*, p. 99 ; doctrinale, TRAORÉ (S.), La Commission consultative du secret de la Défense nationale, Une autorité administrative sui generis ?, *Rev. adm.*, 1999/311, p. 508 s. ; ou objet d'un rapport public : CE, 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, M. POCHARD (rapp.), études & doc. n° 52, La Documentation française, 2001, p. 251-462, sp. p. 289 s. ; critique et appelant à une qualification légale, rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 67, prop. n° 1.

⁶ Deux propositions de lois sont en cours de discussion : ordinaire, *portant statut général des AAI et API*, texte n° 225 et organique *relative aux AAI et API*, texte n° 226 ; déposées au Sénat par M.-H. DES ESGLAUX, J.-L. DUPONT et J. MÉZARD, 7 déc. 2015 ; rapp. Sénat n° 663, au nom de la commission des lois, *sur les propositions de lois (...)*, J. MÉZARD (rapp.), 25 mai 2016, 375 p. ; adoptés en 2^e lecture, TA AN n° 3803 et 3804, 2 juin 2016 ; renvoyés à la commission des lois (en attente d'être convoqués).

⁷ GROS (J.-M.), th. précit., sp. p. 50.

⁸ Correspondant davantage à celle d'autorité nationale de régulation et évoquant de manière générale des autorités *indépendantes*.

⁹ La conception d'AAI en Allemagne n'existe pas sauf à les identifier dans les autorités fédérales supérieures qui ont une mission administrative et font montre d'autonomie ; aux États-Unis, c'est le terme d'« agence » qui est retenu, à l'instar du droit européen ; mais les appellations diffèrent d'une manière générale ; aux Royaume-Uni, il s'agit de *QuANGOS*, PONTIER (J.-M.) (dir.), Étude de droit comparé sur les AAI, Synthèse des rapports nationaux, rapp. Sénat n° 404, 15 juin 2006, t. 2 (annexes), sp. p. 171-185 et dans le même rapport, FRISON-ROCHE (M.-A.), *Étude pour un bilan des AAI en France*.

¹⁰ Not. de régulation, contrôle, médiation, protection des libertés, consultation, etc. ; catégorisation, rapp. Pochard précit., sp. p. 307.

¹¹ Sur ce caractère et l'appréciation de la doctrine depuis la thèse de P. SABOURIN, GROS (J.-M.), th. précit., sp. p. 154 s.

nature administrative¹ et de leur origine, administrative. Les AAI connaissent en effet plusieurs éléments de rattachement, tels que le budget alloué², la désignation des membres³ ou le régime de responsabilité⁴.

385. Indépendante. Paradoxalement⁵, les AAI sont conçues⁶ comme des autorités *indépendantes* au regard de l'exécutif qui ne peut exercer sur elles de pouvoir hiérarchique, de tutelle ou de discipline⁷. L'indépendance⁸ tient principalement aux conditions singulières d'exercice de leurs attributions. De sorte que si les AAI sont *a priori* des organismes administratifs qui agissent au nom de l'État, elles bénéficient, au sein de la sphère administrative, d'un statut particulier⁹. Cette indépendance se concrétise sur un plan organique d'abord, puis fonctionnel¹⁰. C'est généralement viser une composition collégiale, libre et diverse, tout en prévoyant les garanties nécessaires d'incompatibilité, de secret professionnel ou de durée de mandat notamment. L'indépendance fonctionnelle¹¹ renvoie quant à elle à l'octroi de moyens, propres, ce qui touche particulièrement à la question du financement et de la personnalité juridique¹². L'ensemble peut contribuer à une indépendance plus ou moins étendue, y compris au-delà du pouvoir exécutif¹³.

¹ Mission de régulation, du latin *regere*, « diriger », considérée comme proprement administrative, CALANDRI (L.), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, th., S. REGOURD (préf.), LGDJ-Lextenso, 2009, sp. p. 41 s.

² Le financement des AAI est variable ; soit le ministère concerné leur attribue un budget, soit elles sont « adossées » à une administration publique ; sachant que toute dotation publique impose une réédition des comptes devant le Parlement sans entraver la liberté d'affectation des ressources, LOLF n° 2001-692, 1^{er} août 2001 ; certaines AAI se distinguent alors nettement par leur véritable autonomie financière (API), AUTIN (J.-L.), *op. cit.*, sp. n° 76.

³ Par ex., le Médiateur de la République (Défenseur des droits) est qualifié d'autorité administrative « en raison de son mode de nomination » (conseil des ministres), CE, ass., n° 05130, 10 juill. 1981, *aff. Retail* ; *Rec.* p. 302

⁴ Responsabilité de la puissance publique, AUTIN (J.-L.), *op. cit.*, sp. n° 166.

⁵ Il est *a priori* curieux de lier les termes « administration » et « indépendance » considérant la Constitution 1958, art. 20, al. 1-2 : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration » ; mais l'existence des AAI est reconnue conforme, par ex. Cons. constit., n° 84-173 DC, 26 juill. 1984, sp. cons. n° 4 ; *Rec.*, p. 63 ; v. également l'inscription du Défenseur des droits dans le texte de la Constitution, art. 71-1 ; L. constit. n° 2008-724, 23 juill. 2008.

⁶ Not. pour une définition en ce sens, rapp. Pochard, 2001, précit., sp. p. 257.

⁷ GROS (J.-M.), th. précit., sp. p. 196 ; GROSHENS (J.-C.), Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, *AJDA*, 1966, 140 ; MANSON (S.), *La notion d'indépendance en droit administratif*, th., D. TRUCHET (*dir.*), Paris II, 1995, sp. p. 93 s.

⁸ Pour une analyse, MANSON (S.), th. précit., sp. p. 59.

⁹ LONGOBARDI (N.), Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique, *RFDA*, 1995/2, p. 383 s. ; c'est donc au sein de l'administration que se distingue celle subordonnée/indépendante, MANSON (S.), th. précit., sp. p. 67

¹⁰ Sur ces deux éléments, AUTIN (J.-L.), *op. cit.*, sp. n° 33 s. ; pour des observations pragmatiques sur la réelle indépendance, rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 34 s. ; considérant que l'indépendance organique prime celle fonctionnelle qui n'est qu'une confirmation, GROS (J.-M.), th. précit., sp. p. 273 s. ; sur les notions d'indépendance et d'autonomie, MANSON (S.), th. précit., sp. p. 30 s.

¹¹ GUERLIN (G.), « Regard sur la dépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes », in N. DECOOPMAN (*dir.*), *Le désordre des autorités administratives indépendantes (L'exemple du secteur économique et financier)*, Puf, 2002, p. 79-96.

¹² Cas des API, v. *infra*, sp. n° 388 ; mais toutefois sur l'incertitude de la qualification, *infra*, sp. n° 387 et n° 414.

¹³ Par ex., vis-à-vis de l'autorité judiciaire ou des administrés eux-mêmes ; sur la conception moniste ou pluraliste de l'indépendance des AAI, GROS (J.-M.), th. précit., sp. p. 192 s.

386. Autorité. L'indépendance contribue à conférer aux AAI la reconnaissance d'une véritable *autorité*¹. Sans être l'égale de celle judiciaire², elle dépasse³ la seule fonction consultative, disposant d'un véritable savoir d'influence⁴. Il est vrai que les AAI disposent d'une compétence spéciale dans un domaine technique⁵, notamment en faisant appel à des personnalités qualifiées⁶. Certaines AAI peuvent par ailleurs édicter des normes et des règlements⁷, bénéficier de pouvoirs d'investigation et, exceptionnellement, user de prérogatives juridictionnelles de sanction⁸. Son action produit alors des effets juridiquement contraignants. En termes brefs, l'AAI constitue une véritable autorité, autorisant à certains égards la mise en perspective avec l'autorité judiciaire⁹ et, aussi, le pouvoir exécutif¹⁰ et législatif¹¹.

387. Obstacle à une définition précise et uniforme. Malgré l'apparente clairvoyance des termes, il est difficile de préciser davantage la consistance juridique des AAI¹² tant leurs

¹ Sur son analyse, GROS (J.-M.), th.précit., sp. p. 61 s. ; l'amplification des pouvoirs octroyés (not. réglementaire) tend à une uniformisation des nouvelles AAI par l'emploi du terme « autorité » ; comp. diversité des appellations anciennes (conseil, commission, agence, autorité, comité), MENEURET (J.-J.), *Bientôt des AAI territoriales*, *JCP G*, 2013/49, doctr. 1290, sp. n. n° 14.

² COLLOMBAT (P.-Y.), « Les AAI ou comment gouverner sans le peuple et sans risque ? », rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 109.

³ Ce qui brouille la conception classique de séparation des pouvoirs, rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 32 ; les qualifiant ainsi de « quatrième pouvoir, non théorisé par Montesquieu », rapp. Dosière et Vanneste 2010 précit., sp. p. 17 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles, *PA*, 29 sept. 2011, p. 25 s., sp. n° 4 ; de même à propos des agences indépendantes américaines, LONGOBARDI (N.), *loc. cit.* ; ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique*, *op. cit.*, sp. p. 132, n. 1 ; *contra*, critiquant cette formule, AUTIN (J.-L.), *Le devenir des autorités administrative indépendantes*, *RFDA*, 2010/5, p. 875 s.

⁴ Rapp. Gélard 2006 précit., sp. p. 52 s. ; quelle que soit l'étendue du pouvoir réglementaire, GENTOT (M.), *Les AAI*, Montchrestien, 1991, 160 p., sp. p. 14-15 ; sur la magistrature morale, JESTAZ (P.), *Pouvoir juridique et pouvoir moral*, *RTD civ.*, 1990, sp. p. 628.

⁵ TEITGEN-COLLY (C.), « Histoire d'une institution », in C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (*dir.*), *Les AAI*, *op. cit.*, sp. p. 24 et p. 27.

⁶ Recours à des personnalités qualifiées choisies en raison de leurs connaissances et expérience, par ex. : C. consom., art. R. 534-1.

⁷ Par ex., la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), dispose du pouvoir d'établir certaines normes ou d'édicter des règlements types, L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11 s. ; GASSIN (R.), Attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes et droit pénal : le cas de la CNIL, *RRJ*, 2001/5, p. 2251 s.

⁸ Par ex., le conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, art. 42-1 s. ; sur sa conformité, Cons. constit., n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, cons. n° 27 s. ; *Rec.*, p. 18 ; mais cela demeure exceptionnel au regard des autres AAI.

⁹ En raison du pouvoir de sanction, LEFEBVRE (J.), *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, th., N. DECOOPMAN (*dir.*), Picardie, 1997 ; ce qui interroge leur nature, BEN HADJ YAHIA (S.), La nature juridictionnelle des autorités de régulation, *RRJ*, 2004/4, p. 2505 s. ; DERIEUX (E.), Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, *PA*, 15 mars 2005, p. 3 s. ; FRISON-ROCHE (M.-A.), Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ?, *REF*, 2000/60, p. 85 s. ; PIWNICA (E.), La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes, *RFDA*, 2010, p. 915 s. ; PRALUS-DUPUY (J.), Réflexions sur le pouvoir de sanction disciplinaire reconnu à certaines autorités administratives indépendantes, *RFDA*, 2003, p. 554 s. ; QUILICHINI (P.), Réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique, *AJDA*, 2004, p. 1060 s. ; faisant application des principes du procès équitable (CEDH, art. 6, § 1), CE, ass., n° 207434, 3 déc. 1999, *aff. Didier* ; *Rec.*, p. 399 ; *RFDA*, 2001, p. 1306, n. M. LASCOMBE et X. VANDENDRIESSCHE ; SUDRE (F.), « Le droit à un procès équitable "hors les juridictions ordinaires" », in méf. L. DUBOIS, *op. cit.*, p. 205-220.

¹⁰ Par l'octroi d'un pouvoir réglementaire qui appartient au Premier ministre et est délégué aux ministres, Constitution 1958, art. 21 ; mais s'agissant d'un pouvoir réglementaire *spécial* faisant l'objet d'une habilitation législative, cela est reconnu conforme, Cons. const., n° 86-217 DC, 18 sept. 1986, cons. n° 58 ; *Rec.*, p. 141 ; critique, GROS (J.-M.), th. précit., sp. p. 88 s. et p. 95 s.

¹¹ Les AAI sont productrices d'un droit « souple », CE, étude annuelle, *Le droit souple*, 2013, sp. p. 8 ; NOGUELLOU (R.), Le Conseil d'État publie son étude annuelle consacrée au droit souple, *Rev. adm.*, 2013/12, alerte 97 ; ce qui perturbe le système normatif : à propos de normes « interlopes », DREYFUS (J.-D.), « Pourquoi des AAI ? Approche phénoménologique », in B. BOULOC (*dir.*), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006, p. 9-13, sp. p. 9 ; GROS (J.-M.), th. précit., sp. p. 88 s.

¹² Soulignant que, d'emblée, la catégorie relevait d'une certaine indétermination, CHEVALLIER (J.), Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ?, *RFDA*, 2010/5, p. 896-900.

caractères sont variables¹. Leur définition est une question persistante², mais qui pourrait trouver à se résoudre³ par l'adoption d'un statut général⁴, légal ou constitutionnel⁵.

388. Exemples. Dans l'attente d'une harmonisation, l'approfondissement du modèle des AAI nécessite d'étudier des exemples concrets. Le domaine économique et financier en fournit de multiples⁶. Effectivement, le droit des marchés financiers recourt largement à des AAI⁷ et, notamment, à l'**autorité des marchés financiers (AMF)**⁸ qui veille globalement à la stabilité financière⁹. C'est une autorité publique indépendante (API)¹⁰ dont le collège est librement

¹ DRAGO (R.), Pour ou contre les autorités administratives indépendantes, *Académie des Sciences morales et politiques*, Séance publique, 29 oct. 2007 ; également, BEN HADJ YAHIA (S.), Controverses autour des autorités de régulation, *JCP E*, 2010/18, 1437 ; CHEVALLIER (J.), Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes, *JCP G*, 1986/30, I, 3254 ; SABOURIN (P.), Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle, *AJDA*, mai 1983, p. 275 s.

² Nombre de rapports publics tentent d'en apporter une définition ou de les recenser ; rapp. précit., not. (ordre antéchronologique) : Mézard, 2015 ; Dosièrre et Vanneste, 2010, sp. annexe 5 ; Gélard 2006 (et bilan, 2014, sp. annexe 1) ; Pochard, 2001 ; surtout, rapp. Gélard 2014 (bilan) précit. intitulé : « Une question persistante : qu'est ce qu'une autorité administrative indépendante ? ».

³ Qualifiées alors d'« objet juridique non identifié », rapp. Gélard 2006, titre du rapport ; concluant à « une impossibilité de cerner une notion unique d'autorités administratives indépendantes », SABOURIN (P.), *loc. cit.*, sp. p. 292 et p. 295.

⁴ V. propositions de lois portant statut général des AAI et API et organique relative aux AAI et API en cours, *supra*, sp. n° 383, n. 6.

⁵ Constitution 1958, Titre XI bis, art. 71-1 s., statut du Défenseur des droits : L. organique, n° 2011-33, 29 mars 2011 précit.

⁶ Il est un terrain de développement, FRISON-ROCHE (A.-M.), QPC, Autorités de concurrence (...), *op. cit.* ; LOUVARIS (A.), Impartialité des organes de régulation, *D.*, 2001, p. 2665 s., sp. n° 1 ; sur le sujet, not. : BOULOC (B.) (*dir.*), *Autorités de régulation et vie des affaires*, *op. cit.* ; DECOOPMAN (N.) (*dir.*), *Les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier*, 2000, 301 p. et critiquant leur prolifération dans ce domaine, (sous sa *dir.*), *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier*, Puf, 2002 ; PENICHON (C.), « Les mesures d'urgence en matière économique et financière », in mélanges G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 371 s. ; PLETZER (P.) et THIRION (N.) (*dir.*), *La régulation économique dans la vie des affaires*, Bruylant, 2007 ; RAMBAUD (R.), *L'institution juridique de régulation : recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, th., G. MARCOU (*préf.*), L'Harmattan, 2012, sp. n° 1396 s.

⁷ Par ex., commission des opérations de bourses (COB), ord. n° 67-833, 28 sept. 1967 ; née suite à la suppression des droits de douane dans le marché commun, TEITGEN-COLLY (C.), « Histoire d'une institution », *op. cit.*, sp. p. 33.

Autre ex., l' autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ; ord. n° 2010-76, 21 janv. 2010 ; modif. L. n° 2013-672, 26 juill. 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires ; chargée de la supervision des banques et des assurances ; elle dispose d'un pouvoir de sanction justifiant une structure bicéphale (distinction des phases d'instruction/sanction) ; BOURETZ (E.), EMERY (J.-L.), *Autorité de contrôle prudentiel*, Rev. Banque éd., 2010 ; PUGLIESE (M.), L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution : pouvoirs de contrôle et garanties procédurales, *RLDA*, 2014/93, p. 109 s. ; toutefois, elle n'est pas intégrée à la liste des AAI par la selon la proposition de loi portant statut général des AAI et API (TA n° 3803) précit., sp. art. 1^{er}.

⁸ CMF, art. L. 621-1 ; L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003 de sécurité financière, art. 2 ; elle fusionne la Commission des opérations de bourse (COB), le Conseil des marchés financiers (CMF) et le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) ; BONNEAU (T.), DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, 3^e éd., sp. n° 249 s. ; CONAC (P.-H.), La nouvelle Autorité des marchés financiers, in Dossier, La loi de sécurité financière, *DP*, 2003/121 ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les contours de l'Autorité des marchés financiers », in mélanges AEDBF-France, *Droit bancaire et financier*, éd. Banque, 2004, p. 165 s. ; THOMASSET-PIERRE (S.), « L'Autorité des marchés financiers : une autorité publique ambivalente », in mélanges AEDBF-France, *loc. cit.*, sp. p. 417 s. ; rapp. au prés. Rép. et Parl., année 2014, G. RAMEIX (*prés.*), avril 2015.

⁹ Fonction de régulation, cumulant un pouvoir de réglementation générale (CMF, art. L. 621-6, al. 1^{er}), de contrôle (enquêtes et prise de décision individuelles, actes administratifs motivés et susceptibles de recours, art. L. 621-30 ; COQUELET (M.-L.), « Recours contre les décisions de l'Autorité des marchés financiers : la nouvelle partition du dualisme juridictionnel », in mélanges AEDBF-France, *loc. cit.*, p. 119 s.) ; et de sanction (administrative ou disciplinaire, art. L. 621-15 ; ce qui interroge sa nature : refusant la qualification de juridiction, mais appliquant le principe du contradictoire, CE, n° 269001, 4 fév. 2005 ; *Rec.*, p. 28 ; *Banque et droit*, 2005/101, p. 44, n. J.-J. DAIGRE et H. DE VAUPLANE ; *BJB*, 2005, p. 227, n. N. DECOOPMAN ; *D. actu.*, 2005, p. 716, n. A. LIENHARD ; COSTA (D.), L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ?, *RFDA*, 2005/6, p. 1174-1182 ; LE CORRE (C.), Les droits de la défense mis à l'épreuve par l'évolution des pouvoirs d'enquête de l'AMF, *RLDA*, 2014/93, p. 95-101).

¹⁰ Elles disposeraient généralement de la personnalité morale (rapp. Gélard précit., sp. p. 65 s.) ; comp. ACPR (dépourvue) et AMF (pourvue) ; ce qui accroît leur indépendance, d'où le terme « public » et non d'« administratif » ; mais le critère n'est pas systématique et significatif pour l'indépendance, rapp. Gélard 2014 précit., sp. p. 18 s. ; TRAORÉ (S.), Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ?, *Dr. adm.*, 2004, étude 16 ; il est néanmoins repris par la proposition de loi portant statut général des AAI et API précit., art. 2.

composé¹ en fonction de compétences techniques². Sa structure est bicéphale³, distinguant sa fonction de détection de celle répressive⁴. Elle dispose par ailleurs d'un médiateur⁵. D'une manière générale, l'AMF, dont l'intervention est particulièrement efficace⁶, s'intègre dans un ensemble plus vaste, liant son action à celle d'autres acteurs⁷.

Un autre exemple peut être pris dans le domaine de la concurrence. **L'autorité de la concurrence**⁸ tend à réguler la concurrence en contrôlant les pratiques commerciales et en veillant à son libre-jeu. Cette AAI⁹ dispose de pouvoirs d'importance : consultation parfois obligatoire¹⁰, négociation et conclusion d'actes juridiques¹¹, décision contraignante¹², action en justice¹³, injonction¹⁴, mesure conservatoire¹⁵, voire sanction des manquements¹⁶, ce qui la

¹ Sauf s'agissant de la présidence du collège (non des sanctions) qui ressort du pouvoir exécutif, CMF, art. L. 621-2, II, 1° et 2° ; en outre, le directeur général du Trésor peut assister à toutes les formations de l'AMF (sans voix délibérative), art. L. 621-3, al. 1^{er}.

² Expérience et compétence financière et juridique, CMF, art. L. 621-2 ; ce qui a pu faire craindre une professionnalisation, et, partant, une privatisation, COQUELET (M.-L.), Brèves remarques à propos d'une fusion attendue : la création de l'autorité des marchés financiers, *PA*, 14 nov. 2003, p. 10 s. ; *contra*, rappelant le caractère administratif par la présidence, ROUSSEL (F.), Les autorités de marché, *RJC*, nov. 2003, n° sp., p. 25 s. ; soulignant le caractère ambivalent du collège, THOMASSET-PIERRE (S.), *op. cit.*, sp. p. 417.

³ En raison de son pouvoir de sanction ; comp. ACPR (*idem*) ; le cumul des poursuites pénales et administratives ayant été déclaré conforme, Cons. constit., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC ; *BJB*, 2015, p. 204, n. T. BONNEAU ; aussi, condamnation de la commission bancaire pour confusion des fonctions de poursuite et de jugement, Cons. constit., n° 2011-200 QPC, 2 déc. 2011, *aff. Banque populaire Côte d'Azur*, cons. n° 8 ; *Rec.*, p. 559 ; également, CEDH, n° 5242/04, 11 juin 2009, *aff. Dubus SA c/ France* ; malgré une nuance, CE, n° 240884, 30 juill. 2003, *aff. Sté Dubus SA* ; MOULIN (A.-M.), Les incidences de l'arrêt Dubus sur la Commission bancaire et l'Autorité de contrôle prudentiel, *RDB*, 2010/3.

⁴ Comprenant, d'une part, le secrétariat général qui mène les enquêtes et le collège, organe décisionnel, et, d'autre part, la commission des sanctions, CMF, art. L. 621-2 ; DUFOUR (O.), La commission des sanctions de l'AMF joue la transparence, *PA*, 28 oct. 2008, p. 3 s. ; GOLDBERG-DARMON (M.), GUÉRIN (G.), Les dernières réformes relatives à la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, *PA*, 11 fév. 2009, p. 3 s.

⁵ CMF, art. L. 621-19, al. 1^{er} ; COHEN-BRANCHE (M.), L'action du médiateur de l'AMF : son rôle, les évolutions, *RDB*, 2012, dossier 29 ; pour un bilan, rapp. d'activité annuel du Médiateur de l'AMF, 2014, 32 pp..

⁶ En ce sens, BONNEAU (T.), DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, *loc. cit.*, sp. n° 249-1.

⁷ Qu'il s'agisse d'autres AAI dans le domaine financier (par ex., ACPR), mais, aussi, des administrations publiques (Banque de France) et des professionnels financiers privés, ainsi qu'au niveau européen (intégration dans le SEFS) et au niveau international (organisation internationale des commissions de valeurs).

⁸ (ADLC) ; LME 4 août 2008 précit., art. 95 s. ; C. com., art. L. 461-1 s. ; se substituant au conseil de la concurrence (ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986) et d'autres organes anciens ; il y a eu une globalisation du contrôle de la concurrence mettant fin à la dualité tenant au contrôle des pratiques anticoncurrentielles (ancien conseil de la concurrence) et au contrôle des concentrations (ministre de l'Économie) ; DUFOUR (O.), Quand le Conseil de la concurrence s'apprête à laisser la place à l'Autorité de la concurrence, *GP*, 2008/199, p. 2 s. ; sur l'ADLC, BOSCO (D.), La nouvelle Autorité de la concurrence, *CCC*, 2008, p. 27 s. ; FERRIER (D.), BIANCONE (K.), L'Autorité de la concurrence, *D.*, 2009, p. 1031 s. ; NICINSKI (S.), L'Autorité de la concurrence, *RFDA*, 2009, p. 1237 s.

⁹ Dépourvue de la personnalité juridique, le lien avec le pouvoir exécutif est plus marqué ; par ex., le rapporteur général est nommé par le ministre de l'Économie, C. com., art. L. 461-4 ; mais sur avis de l'ADLC et les autres membres sont désignés par le rapporteur ; le commissaire du gouvernement peut transmettre ses observations, art. L. 463-2, al. 1^{er} ; le ministre de l'Économie peut demander à l'ADLC un examen approfondi d'une opération de concentration économique, art. L. 430-7-1 ; LASSERRE (B.), Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire, *CCC*, 2005/3, p. 42 s.

¹⁰ C. com., art. L. 462-2 s. ; l'ALDC émet en outre un rapport annuel rendu public, art. L. 461-5, al. 3.

¹¹ Avec les parties, C. com., art. L. 464-2, I, III, IV ; ou avec les autorités étrangères, art. L. 462-9, al. 6.

¹² Décisions contradictoires (C. com., art. L. 463-1), exécutoires (art. L. 464-8, al. 6) et susceptibles de recours (art. L. 464-7 s.) devant la cour d'appel de Paris exclusivement (art. L. 464-8, al. 1^{er}).

¹³ Son président peut former un pourvoi en cassation, C. com., art. L. 464-8, al. 4 ; c'est la personnalité contentieuse, CHAUVET (C.), La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes, *RDP*, 2007, p. 379 s. ; et elle est une partie à l'instance, art. R. 464-11 ; D. n° 2012-840, 29 juin 2012, art. 1^{er} ; CJUE, n° 439/08, 7 déc. 2010, *aff. Vebic*.

¹⁴ C. com., art. L. 462-6 et L. 465-1

¹⁵ Par ex., tendant à la suspension de la pratique commerciale visée, C. com., art. L. 464-1.

¹⁶ C. com., art. L. 462-6 s. et L. 465-1 s. ; comp. AMF ; exceptionnel au regard des autres AAI.

rapproche d'une juridiction¹. Elle respecte donc² la séparation de ses fonctions³. Globalement, l'ADLC a le « pouvoir de modeler le marché *a priori* »⁴ et agit en lien avec les autres autorités compétentes, européennes⁵, ministérielles⁶ et judiciaires⁷. Son rayonnement tient également à sa composition par des membres particulièrement qualifiés⁸, ce qui lui confère la qualité d'« organisme expertal indiscuté »⁹. Ainsi, l'ADLC a « progressivement acquis une réelle légitimité »¹⁰, d'où son titre d'autorité élite selon le classement mondial des autorités de la concurrence¹¹.

389. Transition. Face à la diversité et l'absence de statut harmonisé, un autre angle d'approche peut permettre d'appréhender le phénomène des AAI : les raisons qui mènent à leur création.

2. Les raisons du phénomène

390. Nouvelle forme d'intervention de l'État. Globalement¹², les AAI représentent une modalité nouvelle de l'intervention étatique dans des domaines où les modes classiques se sont

¹ DANET (D.), *La nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, th., C. CHAMPAUD (dir.), Rennes, 1991 et Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée ?, *RIDE*, 1993/1, p. 5 s. ; DONNEDIEU DE VABRES (J.), Le Conseil de la concurrence, *CCC*, 1987/37, p. 10 s. ; LUCAS DE LEYSSAC (C.), Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?, *RJC*, 1992, p. 273 s. ; MARTIN (R.), La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence, *JCP G*, 1990, I, 3469 ; POÉSY (R.), *Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles, Etude des rapports entre le juge judiciaire et le conseil de la concurrence*, th., A. PIROVANO (dir.), Nice, 2000 et La nature juridique de l'Autorité de la concurrence, *AJDA*, *op. cit.*

Qualifiée d'« autorité de nature non juridictionnelle », les principes du procès équitable lui sont néanmoins appliqués, Cons. constit., n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, cons. n° 18 ; *Rec.*, p. 71 ; *adde.* « Le principe de la séparation des pouvoirs (...), ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis », Cons. const., n° 2012-280 QPC, 12 oct. 2012, *aff. Canal Plus*, cons. n° 19 ; *Rec.*, p. 529 ; *RLDA*, 2012/77, p. 144, n. C. MATHONNIÈRE.

² Sous peine d'être condamnée, CEDH, 11 juin 2009, précit. ; conséquence du pouvoir de sanction, v. *supra*, sp. n° 386, n. 9.

³ Les services d'instruction et de sanction fonctionnent en indépendance, les membres du collège ne peuvent connaître du dossier avant l'achèvement de l'enquête et, réciproquement, les membres de l'instruction ne pourront assister aux délibérations du collège, C. com., art. L. 463-1 s. ; ZIVY (F.), La séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein de l'ADLC, *JCP E*, 2012, 1142.

⁴ NICINSKI (S.), L'Autorité de la concurrence, *RFDA*, 2009, *op. cit.*

⁵ Transmission des informations aux autorités européennes, C. com., art. L. 462-9, al. 1^{er}.

⁶ Ministre chargé de l'Économie, du secteur concerné ou de la Justice, C. com., art. L. 462-4 s.

⁷ L'ADLC peut être consultée par les juridictions pour toute question, C. com., art. L. 462-3, al. 1^{er} ; prévoyant en outre la transmission des informations au ministère public, art. L. 462-6, al. 2.

⁸ Personnalités spécialement compétentes en la matière et ayant une expérience dans les secteurs concernés (10 membres sur 17) ; son président est de surcroît « nommé en raison de ses compétences », C. com., art. L. 461-1, II ; par ailleurs, en dehors du collège, existe un conseiller auditeur « possédant la qualité de magistrat ou offrant des perspectives d'indépendance et d'expertise équivalente », art. L. 461-4, al. 4 et dont le « positionnement est celui d'un expert procédural », LASSERRE (B.), *loc. cit.*

⁹ POÉSY (R.), La nature juridique de l'Autorité de la concurrence, *AJDA*, 2009, *op. cit.*

¹⁰ Avis AN, n° 895, au nom de la commission des lois constit. *sur le projet de LME*, E. CIOTTI, 15 mai 2008, sp. art. 23, n° 139 s.

¹¹ La *Global Competition Review (GCR)* lui décerne pour la 4^e fois consécutive les 5 étoiles - score maximal -, rapp. annuel 2014, ADLC, *La concurrence au service des consommateurs et des entreprises*, présentation à la presse, 8 juill. 2015, sp. p. 6 s. ; *GCR, The annual ranking of the world's leading competition authorities*, 2013, vol. 16/6 ; de plus, elle a aussi acquis le prix de l'autorité européenne de l'année, *GCR awards*, 5^e cérémonie, Washington, 14 avril 2015, v. sur son site en ligne, A la une, 17 avril 2015.

¹² FRISON-ROCHE (M.-A.), Étude pour un bilan des autorités administratives indépendantes, rapp. Gérald 2006 précit., sp. p. 9 et v. le rapport, sp. p. 20 s. ; livrant d'une manière générale la même analyse pour les pays étrangers, même rapport, PONTIER (J.-M.) (*dir.*), Étude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes précit., sp. p. 171.

révélés inadaptés¹. Effectivement, dans sa forme centralisée², l'action de l'État peut être trop rigide et pesante³. Il y a un besoin de distancer les influences politiques au profit d'une compétence technique et pointue. Les AAI constituent alors une nouvelle forme de régulation de l'action publique⁴, indépendante et spécialisée.

391. Alternative au juge. Par ailleurs, les AAI sont conçues comme une voie alternative⁵ - voire, concurrente⁶ - à l'autorité juridictionnelle⁷, laquelle est en principe limitée par sa fonction de *jurisdictio*⁸ et son cadre procédural lourd⁹. Dans cette perspective, les AAI procèdent d'une forme de déjuridictionnalisation¹⁰ en proposant une intervention en amont, souple, détachée de l'idée de contrainte ou de répression et permettant des ajustements rapides tout en se parant de la vertu d'indépendance.

392. Nouveaux champs d'intervention. D'une manière générale, le recul des modes traditionnels d'intervention est lié à l'apparition de nouveaux champs qu'il faut maîtriser ou de nouveaux besoins qu'il faut satisfaire¹¹. Par exemple, le développement des libertés individuelles appelle une régulation d'ordre social¹², de même concernant la mise en place du marché commun pour une régulation d'ordre économique¹³. L'enjeu est de dominer ces secteurs nonobstant l'imbrication d'enjeux divers ou de haute technicité, tout en maintenant les pouvoirs traditionnels - encadrement public, défense des intérêts publics, réalisation d'objectifs économiques, contrôle juridictionnel -. Ainsi, pour le domaine économique - considéré comme une terre d'élection¹⁴ -, l'institution d'AAI correspond à « une attitude nouvelle de l'État dans l'économie »¹⁵, mi-directive, mi-correctrice. Il faut dire que la fonction de régulation est particulièrement recherchée

¹ GROS (J.-M.), th. précit., sp. p. 55 s. et pour appréciation de l'expérience institutionnelle, sp. p. 559 s.

² Les AAI se démarquent de la tradition française d'un État centralisé, FRISON-ROCHE (M.-A.), QPC, Autorités de concurrence (...), *PA*, op. cit., sp. n° 4 ; sur le sujet, BOTTINI (F.) (*dir.*), *L'État interventionniste, Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, 2012, 192 p.

³ En ce sens, ROSANVALLON (P.), op. cit., sp. p. 129 .

⁴ AUTIN (J.-L.), Le devenir des autorités (...), op. cit. ; également, MAILLARD (D.), DU LOÛ (D.), *Institutions administratives*, Puf, 2^e éd., 599 p., sp. n° 10 ; TEITGEN-COLLY (C.), « Histoire d'une institution », op. cit., sp. p. 26.

⁵ AUTIN (J.-L.), loc. cit.

⁶ Eu égard à l'octroi d'un pouvoir de sanction, v. *supra*, sp. n° 386, n. 9 ; les AAI sont alors « envisagés comme des substituts au juge », rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 29.

⁷ AUTIN (J.-L.), loc. cit.

⁸ Sauf à la dépasser, comme cela est contesté en droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 255 s.

⁹ Soulignant la rigidité de l'intervention judiciaire, POÉSY (R.), La nature juridique (...), *AJDA*, 2009, op.cit., p. 347 s.

¹⁰ CHEVALLIER (J.), v. « Autorités administratives indépendantes », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 94 s., sp. p. 95 ; soulignant parallèlement à une « déjuridictionnalisation apparente », une « juridictionnalisation rampante », en raison du pouvoir de sanction de certaines AAI, *ibid.*, sp. p. 97 ; également, posant la question de « L'éviction du juge », rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 29-31.

¹¹ Sous l'effet de la mondialisation, COHEN (E.), *L'ordre économique mondial, Essai sur les autorités de régulation*, Fayard, 2002.

¹² MAISL (H.), « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », in C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (*dir.*), *Les AAI*, op. cit., sp. p. 75 s.

¹³ Nécessité de réguler l'économie de marché en raison du développement du marché commun, *ibid.*, sp. p. 34 ; également, DREYFUS (J.-D.), « Pourquoi des AAI ? », in *Autorités de régulation et vie des affaires*, op. cit., sp. p. 9-13.

¹⁴ V. *supra*, sp. n° 388.

¹⁵ LONGOBARDI (N.), *Autorités administratives indépendantes (...)*, *RFDA*, 1995, op. cit., sp. n° 3.

dans le domaine des affaires¹. Par « régulation »², il faut entendre une activité d'équilibrage de mouvements et d'intérêts divers, mais pas nécessairement divergents, impliquant parfois de limiter les effets néfastes ou de diriger une action vers l'issue la plus appropriée. Il n'est pas question de dire le droit dans le cadre d'un litige ou de régler un fait. En somme, la naissance des AAI peut être analysée comme partant de la volonté de permettre, voire de renforcer l'action publique et le contrôle juridictionnel, tout en organisant une prise de distance avec les modes d'intervention traditionnels.

393. Conclusion et transition. Au plan institutionnel, il y a un développement incontestable des autorités indépendantes, que ce soit à l'échelle européenne ou nationale. « L'acuité du débat académique s'atténue et (...) les AAI semblent prendre définitivement place dans notre dispositif institutionnel »³. Elles représentent un mode nouveau d'intervention, favorisant la compétence et l'indépendance, ce qui, pour le traitement des difficultés économiques, est singulièrement recherché. Cette nouvelle forme d'intervention permettrait de se substituer au mode judiciaire⁴, tout en améliorant celui administratif⁵. Et il correspondrait à la mission de détection des en raison de sa souplesse, dans un cadre non rigide, tout en étant spécialisé dans le domaine économique. Bien que soit attendue l'adoption législative d'un statut général des AAI⁶, ce modèle inspire fortement la création d'une AAI pour la détection des situations d'impossibilité économique d'exécuter.

¹ SAUVÉ (J.-M.), Les autorités administratives indépendantes, par C. VANNESTE et R. DOSIÈRE, 11 fév. 2010, 8 p., sp. p. 5, discours en ligne (site CE) ; pour toute activité économique, FRISON-ROCHE (M.-A.), Définition du droit de la régulation économique, *D.*, 2004, sp. n° 3 s. ; sur le lien entre le droit économique et celui de la régulation, CANIVET (G.), « Principes et modalités du contrôle juridictionnel sur les décisions individuelles de l'autorité chargée de la régulation des marchés financiers », in mél. G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 131 s., sp. 131 ; CHAMPAUD (C.), Régulation et droit économique, *RIDE*, 2002, t. 16, n° 1, p. 23 s.

² La notion est polysémique, sans ; elle désigne une intention, une intervention servant à « guider », pouvant impliquer de diriger ou de corriger ; elle est généralement appliquée à un mouvement ; AUTIN (J.-L.), « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public », in M. MIAILLE (éd.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 43 s. ; CALANDRI (L.), *Recherche sur la notion de régulation (...)*, th. précit. ; FRISON-ROCHE (M.-A.), La régulation, objet d'une branche du droit, *PA*, 3 juin 2002, p. 3 s. ; LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux (...)*, th. précit., sp. intro., §1 ; RAMBAUD (R.), *L'institution juridique de régulation (...)*, th. précit. ; TEITGEN-COLLY (C.), *op. cit.*, sp. p. 47.

³ AUTIN (J.-L.), Le devenir des autorités administratives indépendantes, *op. cit.*

⁴ Sur la critique du mode judiciaire au stade de la détection, v. *supra*, sp. n° 226.

⁵ Sur les limites du mode administratif, v. *supra*, sp. n° 59 s.

⁶ Deux propositions de loi sont en cours de discussion portant statut général des AAI et API (AN, 2 juin 2016) ; v. *supra*, sp. n° 383, n. 6.

§ 2. Le recours à une autorité administrative indépendante

394. Plan. Considérant que le renouveau de la détection appelle une autorité nouvelle¹, sur le modèle des AAI, elle serait d'essence administrative (A), tout en étant une indépendante (B).

A. Une autorité d'origine administrative

395. Plan. L'institution d'une autorité administrative pourrait être considérée comme n'étant pas véritablement un choix, puisqu'un traitement administratif existe déjà (1). Il le devient par la composition propre de l'autorité nouvelle (2).

1. L'existence d'un traitement administratif

396. Entreprises en difficulté. L'approche commune par l'impossibilité économique d'exécuter, appréhendant le débiteur tant professionnel que particulier, peut être étayée par le traitement administratif qui est communément organisé. En droit des entreprises en difficulté, c'est rappeler² entre autres³ l'existence de comités administratifs de restructuration, tels que les CODEFI ou le CIRI⁴. Il existe ainsi tout un maillage composé des démembrements de l'État autour de l'entreprise, susceptible d'intervenir en cas de défaillance.

397. Commission de surendettement. Alors que le Code de commerce n'intègre pas, en tant que tel, le traitement administratif des entreprises en difficulté, le droit du surendettement renvoie au contraire à une autorité administrative⁵ : la commission départementale d'examen des situations de surendettement⁶. Elle est présidée⁷ par le représentant de l'État localement, c'est-

¹ V. *supra*, sp. n° 282 s.

² Étudié en première partie de thèse, v. *supra*, sp. n° 20 et n° 79.

³ Peuvent être cités aussi les CCSF, le Médiateur du crédit, les commissaires au redressement, etc.

⁴ Régis par circ. 9 janv. 2015 *relatives aux modalités d'accueil et de traitement des dossiers des entreprises (...)*, précit..

⁵ Choix du dispositif Neiertz (v. *supra*, sp. n° 350) ; le caractère administratif ressort principalement de leur président, le préfet (C. consom., art. R. 12-1) et des membres originels, principaux représentants des institutions administratives, VALLENS (J.-L.), La loi sur le surendettement (...), *ALD*, 1990, *op. cit.* ; mais l'évolution de ses attributions (par ex., prise de mesures contraignantes, art. L. 733-1) et de sa composition (personnalités qualifiées, art. R. 712-2) interroge sa nature, FERRIÈRE (F.), Nature juridique des commissions de surendettement, *D.*, 2006, p. 2531 s. ; la jurisprudence refuse expressément l'assimilation à un tribunal, Cass. 2^e civ., 18 déc. 2003, n° 02-04.149 ; *Bull. civ.*, II, n° 397 ; *CCC*, 2005, chron. 1, n° 4, n. S. GDJIDARA ; il y a néanmoins une certaine inflexion du caractère administratif, CHATAIN (P.), FERRIÈRE (F.), Le nouveau régime de surendettement des particuliers, *D.*, 1999.

⁶ Désignée ci-après « commission de surendettement » ; C. consom., art. L. 712-1 s. ; FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 21 s. ; VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), manuel précit., sp. n° 198 s. ; rapp. Sénat n° 60, *Surendettement : prévenir et guérir*, J.-J. HYEST et P. LORIDANT (*rapp.*), 1997 (ci-après noté « rapp. Hyest et Loridant »).

⁷ Permettant, en cas de partage égal des voix (4 membres min.), d'avoir une voix prépondérante, C. consom., art. R. 712-8.

à-dire le Préfet¹ qui désigne les autres membres², sauf³ le vice-président qui est le directeur départemental des finances publiques. C'est ce qui marque son caractère administratif.

Le rôle de la commission de surendettement doit être mis en perspective avec l'autorité judiciaire en ce que, pour le droit du surendettement⁴, elle occupe une place prépondérante⁵. Pour l'illustrer, elle est la seule autorité compétente pour recevoir les demandes de traitement⁶ et décider de leur recevabilité⁷, ce qui entraîne la suspension des poursuites⁸. De plus, elle procède à l'instruction du dossier grâce à des pouvoirs d'investigation étendus⁹, dresse l'état d'endettement¹⁰ et oriente vers la solution de traitement qu'elle estime adaptée¹¹. Cela peut consister en diverses options qui, une fois encore, ressortent de sa maîtrise : conciliation et établissement d'un plan conventionnel de redressement¹² ou recommandations facultatives ou obligatoires de mesures de désendettement¹³. Ce n'est que lorsque la situation est irrémédiable¹⁴ qu'elle ne relève plus de sa compétence, tout en conservant la prérogative de saisine du juge.

398. Intérêt public et politique. Le recours à des autorités administratives pour le traitement du surendettement et des entreprises est justifié par l'intérêt de l'État pour leur défaillance. En effet, l'entreprise cristallise une réalité multiple : activité économique, production de richesses, savoir-faire, emplois, etc.¹⁵. Quant au consommateur, le surendettement,

¹ C. consom., art. R. 712-2, al. 1^{er}.

² C. consom., art. R. 712-2, 2^o et 3^o.

³ Également, le secrétariat qui est assuré par le représentant de la Banque de France, C. consom., art. R. 712-2, 1^o.

⁴ Contrairement au droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n^o 11.

⁵ LAGARDE (X.), Le choix des intervenants dans les deux procédures : rôle des créanciers, du juge et du ministère public, *GP*, 2003/58, p. 33 s. ; VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), manuel précit., sp. n^o 221 s. ; en raison de l'accroissement des pouvoirs à partir de L. n^o 95-125, 8 fév., art. 27 s. qui supprime l'ancienne dualité entre la procédure amiable et judiciaire pour ne conserver qu'une entrée unique par la commission de surendettement ; JULIEN (J.), L'escalier de penrose, *CCC*, 2015/11, *op. cit.* ; avec la recodification, un seul article au chapitre relatif à la compétence du juge lui est consacré, C. consom., art. L. 713-1 ; critiquant cette répartition, MAZEAUD (D.), L'endettement des acquéreurs, *RDI*, 1995, p. 641 s. ; d'une manière générale, PONS (D.), Le traitement judiciaire du surendettement, *RDB*, 2012/3, dossier 48.

⁶ C. consom., art. L. 721-1 ; le juge ne peut être directement saisi *ab initio*.

⁷ C. consom., art. L. 722-1.

⁸ C. consom., art. L. 722-2 ; apport L. n^o 2010-737, 1^{er} juill. 2010, art. 40 ; mais la saisine de la commission entraîne l'inscription au FICP, art. L. 752-2.

⁹ Sans se voir opposer le secret, C. consom., art. L. 712-6.

¹⁰ Ou « l'état du passif », C. consom., nouvel art. L. 723-1 ; elle définit également la capacité de remboursement, art. L. 731-1.

¹¹ C. consom., art. L. 724-1 s. ; la décision doit être motivée, art. R. 724-1.

¹² C. consom., art. L. 732-1 ; soulignant la particulière liberté des commissions dans ce rôle, LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, *op. cit.*, sp. p. 158 s. ; tentant d'apporter des précisions, circ. min. Éco., n^o 2011/50806 FI, relative à la procédure de traitement des situations des particuliers, 29 août 2011, 31 p.

¹³ C. com., art. L. 733-1 s. ; apport L. du 1^{er} juill. 2010 précit., art. 42 ; FLORÈS (P.), La réforme de la procédure de surendettement du 1^{er} juillet 2010, *AJ fam.*, 2011, p. 10 s. ; GJIDARA-DECAIX (S.), Nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers, *RDB*, 2010/4, étude 14 ; PECQUEUR (E.), Appréciations sur la réforme du surendettement : le point de vue du juge d'instance, *RDB*, 2011/6, dossier 95.

¹⁴ Nécessitant un rétablissement personnel, C. consom., art. L.712-2, L. 724-1, L. 741-2 et L. 742-1.

¹⁵ Sur la notion d'entreprise, v. *supra*, sp. n^o 6.

également¹ né des conséquences pathologiques² de politiques publiques³, est source d'exclusion sociale, ce qui préoccupe aussi les autorités publiques⁴.

D'une manière générale, c'est souligner l'effet de contagion et le lien qui existe entre les phénomènes. Pour l'illustrer, la politique pour le maintien des emplois⁵ touche de prime abord les entreprises, mais aussi, *in fine*, les particuliers dans leur sphère personnelle, selon qu'ils perdent ou accèdent à l'emploi⁶. Il est vrai que le surendettement n'est plus essentiellement le fait du consommateur excessif, mais d'une situation passive⁷, dépendante du contexte économique et soumise aux aléas de la croissance. Inversement, la politique de lutte contre le chômage comprend une politique d'incitation⁸ à la création d'entreprise⁹, amenant en réalité les plus fragiles à déposer le bilan¹⁰. L'ensemble dessine la nécessité d'une prise en charge publique générale.

399. Transition. Le choix du mode administratif constitue en réalité déjà l'existant. À son appui, il s'agirait de recomposer cette intervention administrative diverse et distinguée selon le cas du professionnel ou du particulier autour d'une autorité nouvellement constituée.

¹ La politique publique d'endettement a aussi touché les entreprises (1960-70) avec ses effets pervers, v. *supra*, sp. n° 350.

² BETCHEN-ABOUEM (D.), *Les objectifs et les réalisations du législateur en matière de surendettement (...)*, th. précit., sp. n° 26 s.

³ Pour les ménages, politique publique d'incitation au crédit conçue comme outil de relance de l'économie (1970-80), v. *supra*, sp. n° 296 et n° 350 ; y participent, des aides publiques qui prennent la forme de prêts ; par ailleurs, la libération du crédit entraîne un renouveau des mécanismes financiers : pour les entreprises, financements autres que bancaires ; pour les banques, substitution d'une clientèle de particuliers avec de nouveaux instruments de crédit pour eux dont le crédit *revolving*, particulièrement dangereux (v. *supra*, sp. n° 350, n. 2bis), LAGARDE (X.), Prévenir le surendettement des particuliers, *JCP G*, 2002/38, I, 163, sp. n° 1 et *L'endettement des particuliers*, op. cit., sp. p. 7s.

⁴ Rapp. Hiest et Loridant précit., sp. exposé des motifs ; rapp. AN n° 856 sur le projet de loi d'orientation relatif à la lutte contre les exclusions, J. LE GARREC (rapp.), t. I, avril 1998 et n° 1062, J. LE GARREC, A. CACHEUX et V. NEIERTZ (rapp.), juill. 1998 ; en en faisant l'étude, PLOT (S.), *Les enjeux d'une mise en risque, La construction du surendettement comme problème public (1989-2010)*, th. (sciences politiques) précit., sp. p. 215 ; également, BETCHEN-ABOUEM (D.), th. précit., sp. n° 180-183 et n° 479-486.

⁵ Sur celle-ci et ses effets en droit des entreprises en difficulté, SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 29.

⁶ Concrètement, la disparition de l'entreprise entraîne une mise au chômage, privant les salariés de leur revenu ce qui peut les mener à une situation de surendettement, c'est-à-dire à l'impossibilité de faire face aux besoins de la vie courante.

⁷ Passage d'un « surendettement actif, caractérisé par une accumulation exagérée de crédits eu égard aux revenus, à un surendettement passif, déclenché par l'apparition d'un événement extérieur qui affecte gravement la capacité de remboursement », rapp. Hiest et Loridant précit. ; selon ce rapport, en 1991, dans 24% des cas, le chômage était la cause du surendettement ; en 2003, 75% des surendettés sont victimes d'un surendettement passif, Banque de France, *Étude typologique 2007 sur le surendettement*, sept. 2008, 29 p., sp. p. 5 ; également, MORRIS-BECQUET (G.), *L'insolvabilité*, th. précit., sp. n° 2 ; pour une nuance de cette opposition, considérant une réalité plus complexe, JULIEN (J.), *Droit de la consommation*, LGDJ-Lextenso, 2015, sp. n° 370.

⁸ Par ex., Aide aux chômeurs créateurs ou repreneurs d'entreprise (ACCRE) qui consiste not. en l'exonération du paiement de charges sociales ; autre ex., facilitation de la création d'entreprise, L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003 (plus de capital social min. SARL).

⁹ L'EIRL et l'auto-entreprise en sont des exemples ; LEGRAND (V.), *L'auto-entrepreneur EIRL : un costume taillé sur-mesure*, PA, 26 avril 2011, p. 9 s. ; SOINNE (B.), L'EIRL : une révolution juridique, un espoir économique et social, *RPC*, 2011/1, repère 1.

¹⁰ V. tableau, Deloitte-Altarea, *L'entreprise en difficulté en France, dans l'antichambre de la reprise*, mars 2015, 36 p., sp. p. 24 et 31 ; soulignant les dangers de cette politique, MOULIN (R.), BRUNET (P.), *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007, sp. n° 27 ; SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 36 et n° 53.

2. L'autorité nouvelle

400. Principe de collégialité. Une autorité nouvelle pourrait être instituée. Elle serait alors idéalement collégiale. Cela est conforme au principe général du droit¹, rempart contre l'arbitraire² et permet, à l'instar de la commission de surendettement ou des comités de restructurations des entreprises, une pluralité de compétences. Il faut donc prévoir sa composition.

401. Composition. La composition de l'autorité reflèterait globalement son caractère administratif en ce que ses membres seraient majoritairement représentants d'administrations publiques ou d'institutions parapubliques³. Considérant l'intérêt public au traitement des difficultés économiques, le choix des membres dépend directement de leur intérêt ou implication dans ce problème.

Concrètement, est visé le Trésor public⁴ en raison des obligations dues au titre des divers impôts, de la fiscalité ou des participations de l'État dans l'économie. Sont également appelés les organismes chargés du recouvrement des cotisations sociales, tels que l'URSSAF⁵. Par ailleurs, est concernée la Banque de France⁶, chapeautant les établissements bancaires avec

¹ Sur le principe de collégialité comme mode d'organisation traditionnel : pour les juridictions, not. administratives (CJA, art. L. 3), v. *supra*, sp. n° 178, n. 1 ; le modèle juridictionnel devenant sur ce point un modèle de référence, MANSON (S.), th. précit., sp. p. 156 ; le principe étant d'une manière générale valable pour tout organe délibérant ; par ex., au niveau européen, TUE, art. 17, § 6 et 8 ; en matière arbitrale, LEBOULANGER (P.), « Principe de collégialité et délibéré arbitral », in méf. F. KNOEPLER, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 259-267 ; y compris pour les AAI, IDOUX (P.), *Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales*, RFDA, 2010, p. 920 s.

² Par la confrontation des opinions ; pour la Justice, prévenant le risque de partialité et d'erreur judiciaire, VILLACÈQUE (J.), Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques, *D.*, 1995, p. 317 s.

³ N'ayant pas un statut strictement public, mais connaissant un lien de rattachement, par ex. en raison de l'exercice d'une mission d'utilité publique telle que la Banque de France ; sur cette notion, LINOTTE (D.), « Très libres et très brefs propos pour en finir avec l'identification organique du service public », in méf. J.-M. RAINAUD, *Les métamorphoses du droit*, L'Harmattan, 2009, p. 311-321.

⁴ Bien que n'étant pas une institution uniforme, mais un ensemble de services dépendants du ministère des Finances, l'expression est employée afin de synthétiser sa mission ; ainsi, « Le Trésor public est un service de l'État chargé d'une part d'assurer les grands équilibres des finances publiques, d'autre part de favoriser l'intervention de la puissance publique en matière économique et financière. », BOTTIN (M.), v. « Trésor public », in *Dictionnaire de la culture juridique* précit., sp. p. 1485 ; au sens financier, le Trésor public désigne une caisse unique : celle de l'État, ALBERT (J.-M.), *Finances publiques*, L. SAÏDJ (*collab.*), Dalloz, 2011, 7^e éd., sp. n° 269 ; et un corps unique de fonctionnaires, LE GRAND (G.), GIRAULT (A.) et al., *Les trésoriers payeurs généraux et Receveurs des finances : les hauts fonctionnaires d'un grand service public (1865-2012)*, éd. Gestion et finances publiques, 2012.

⁵ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) ; il s'agit d'organismes de droit privé, mais assurant une mission de service public, arrêté du 18 juin 2013 ; *JORF*, 28 juin, n° 148 ; plus précisément, c'est l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) qui coiffe les différents organismes, elle est la caisse nationale du réseau des URSSAF et contrairement à eux, reconnue établissement public à caractère administratif (EPA), CSS, art. L. 225-2 ; néanmoins, sera retenu l'expression plus courante d'URSSAF, d'autant que les négociations avec le débiteur ressortent plus souvent des organismes régionaux et non de l'agence ; sur le sujet, ALBERT (J.-M.), *loc. cit.*, sp. n° 547 ; à ce propos, v. RONET-YAGUE (D.), *Les créances de sécurité sociale et l'entreprise en difficulté : vers la contribution des organismes percepteurs au soutien de l'activité économique*, th., A. BUGADA (*préf.*), PUAM, 2012, 718 p.

⁶ Plus précisément, Banque centrale de la France ; elle s'intègre au Système européen des banques centrales (SEBC) et n'est donc plus rattachée à l'État, L. n° 93-980, 4 août 1993 ; elle est indépendante et dispose de la personnalité juridique, DUPRAT (J.-P.), L'indépendance de la Banque de France : aspects constitutionnels et européens, *PA*, 22 avril 1994, p. 4-10 ; ainsi, la jurisprudence a pu la qualifier d'établissement public *sui generis* puisqu'elle n'en avait pas le statut, mais, pour autant, ne correspond pas à un établissement privé, son capital est détenu par l'État, elle a donc une nature particulière, CE, n° 20354, 203855 et 204029, 22 mars 2000, *aff. Synd. nat. autonome du personnel de la Banque de France* ; *AJDA*, 2000, p. 410, n. M. GUYOMAR et P. COLLIN.

l'appui du médiateur du crédit¹. Elle agit aussi dans un intérêt public et, en l'occurrence, au traitement du surendettement² et des entreprises en difficulté³. L'ensemble de ces représentants institutionnels⁴, qui se rencontrent dans les faits de manière informelle pour échanger sur la situation des débiteurs⁵, est considéré comme essentiel à la détection des difficultés économiques.

402. Justification. Le processus d'endettement est généralement opaque⁶. C'est ce qui justifie notamment qu'à l'ouverture d'une procédure de traitement soit organisé un appel aux créanciers et une déclaration des créances. Dans ce contexte, l'information relative à l'état de la situation économique du débiteur se révèle être un élément crucial et déterminant pour tout traitement⁷. C'est ce qui permet une intervention rationnelle⁸, d'où la légitimité de ces représentants institutionnels.

403. Information prioritaire. Concrètement, qu'il s'agisse du débiteur particulier comme du professionnel, les signaux d'une potentielle défaillance se matérialisent généralement par des retards répétés et prolongés de paiement, voire, purement et simplement, par des impayés. À cet égard, il est possible de remarquer que certains types de créanciers vont prioritairement ressentir ces difficultés, contrairement à d'autres qui sont indispensables au quotidien du débiteur. Pour l'expliquer, le débiteur, aux premiers stades des difficultés économiques, doit opérer des choix stratégiques en assurant le paiement des partenaires nécessaires à son maintien immédiat. Cela se fait par préférence à d'autres, moins essentiels de son point de vue. En fait, ce sera le cas du fournisseur des matières premières - par exemple, gaz et électricité -. Par distinction, les premiers impayés se rapportent le plus souvent⁹ aux divers impôts, taxes et autres cotisations. Aux côtés

¹ Sur lequel, v. *supra*, sp. n° 4 et n° 82.

² Not. par la participation du directeur de la succursale de la Banque de France du chef-lieu du domicile du débiteur ; le représentant local de la Banque de France assure d'une manière générale le secrétariat de la commission de surendettement, C. consom., art. R. 712-1 et R. 712-2, 1° ; lequel reçoit initialement les demandes de traitement des surendettés, art. R. 721-1 ; et peut, en cas d'urgence, saisir le juge compétent en matière de surendettement, art. L. 721-4, al. 2 ; en outre, c'est encore la Banque de France qui tient le FICP, art. L. 751-1, al. 2.

³ Not., elle peut être appelée à formuler un avis sur la situation de l'entreprise, C. com., art. L. 611-11, al. 4 ; elle présente une véritable autorité morale, MASSE (H.), CONSTANT (P.) et *al.*, « Les acteurs sur le terrain : vers une prévention coordonnée », in J. VINCENT (*dir.*), *La prévention des difficultés d'entreprise*, Actes du colloque, CGJCF, 2009, table ronde n° 2 ; et sur le rôle des établissements bancaires dans la résolution des difficultés, BOUTHINON-DUMAS (V.), *Le banquier face à l'entreprise en difficulté*, th., A. GHOZI (*préf.*), Revue Banque éd., 2008, 321 p. ; MATHIEU (M.), La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JCP E*, 1986/46, 14805.

⁴ Ce sera l'expression retenue dans la suite de la thèse pour désigner cet ensemble.

⁵ MASSE (H.), CONSTANT (P.) et *al.*, *loc. cit.* ; il ressort de cette table ronde l'existence, informelle, d'une structure de concertation permanente qui rassemble précisément le préfet, le trésorier-payeur général, le directeur de la Banque de France, auxquels est associé le directeur de l'Industrie et du Travail ; en 2009, près de 600 entreprises auraient été suivies par cette structure, *ibid.*, M. MASSE.

⁶ REYGROBELLET (A.), Essai sur le concept juridique d'endettement (...), *op. cit.*, sp. n° 13 et n° 21.

⁷ Le soulignant d'une manière générale, OULD ÉBA (M.), *Le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté*, th., G. JAZOTTES (*dir.*), Toulouse 1, 2013, 399 p., voire au-delà du cas des entreprises, *ibid.*, sp. n° 10.

⁸ ZABALA (B.), Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public, *JCP E*, 2008/19, 1598.

⁹ Rapportant que l'entreprise, face à un manque de trésorerie, se tournera prioritairement vers l'administration fiscale, c'est-à-dire le Trésor et l'URSSAF, NACHIN (D.), Les URSSAF et la prévention des entreprises en difficulté, *Dr. social*, 1994, p. 302 s. ; également, CASROLA (F.), Sécurité juridique et entreprises en difficulté : rapport de synthèse, *PA*, 12 janv. 1994, n° 5.

des comptables publics, les établissements bancaires sont également concernés¹ en ce qu'ils seront sollicités pour toute demande de prêts, de paiements différés ou de dépassements du découvert autorisé et qu'ils traiteront des émissions de chèques sans provision, de l'inscription de privilèges, etc. Le législateur commercial en a eu particulièrement conscience lorsqu'il a institué la sauvegarde financière accélérée². C'est en ces termes que les représentants institutionnels peuvent être considérés comme les premiers renseignés des symptômes de difficultés économiques d'un débiteur. Cela ne concerne pas seulement les entreprises, au contraire, pour les particuliers, les informations détenues par ces créanciers constituent la seule voie de révélation des difficultés. Il n'existe pas d'autres moyens de prévention³. Certes, pour les entreprises, il existe différents canaux d'information sur leur situation⁴. Mais, en dehors, ce sont précisément les créanciers institutionnels qui ont l'occasion d'être les premiers conscients d'une possible défaillance économique. Or, quand elle existe, il n'est pas raisonnable de s'en tenir à la seule discipline interne⁵ pour réagir face à la survenance de difficultés économiques⁶. La portée des documents comptables peut être discutée⁷ et particulièrement pour les entreprises individuelles et, surtout, dans les petites sociétés⁸. En ce sens, il est possible de considérer que la mise en place - qu'il faut rappeler, *praeter legem* - dans les tribunaux de cellules de détection-prévention des difficultés repose sur ce même constat. Ainsi, la faiblesse des mécanismes d'alerte

¹ Ils font partie des acteurs pouvant découvrir les indices de difficultés, sont sensibles aux capacités de l'entreprise et à son niveau de solvabilité, BOURRIÉ-QUENILLET (M.), Nouvelles approches de la prévention des entreprises en difficulté, *PA*, 23 oct. 2001, p. 6 s

² S'adressant exclusivement aux créanciers « financiers », L. 22 oct. 2010 précit. ; C. com., art. L. 628-9 ; v. *supra*, sp. n° 126.

³ En dehors de l'inscription au FICP, C. consom., art. L. 752-2 ; comp. avec le droit des entreprises en difficulté, LEDAN (S.), Analyse comparative (...), *CCC*, 2006/7, *op. cit.*, sp. n° 2-7 et v. *infra*, sp. n° 435 ; critique, COTE (N.), Le nouveau dispositif de traitement du surendettement, *JCP G*, 2003/46, *op. cit.*, sp. n° 2 et 5 ; KHAYAT (D.), FIORI-KHAYAT (C.), Prévention et fichier relatif à l'endettement, *PA*, 2003, *op. cit.* ; LEGRAND (V.), Proposition de loi tendant à prévenir le surendettement : du devoir de refuser un crédit excessif au droit de ne pas payer ses dettes, *D.*, 2012, p. 2901 s. ; RAYMOND (G.), Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, *CCC*, 2009/6, étude 6, sp. n° 41 ; rapp. Sénat, n° 602 (2012), M. DINI et A.-M. ESCOFFIER précit., sp. p. 21 ; l'institution d'un fichier positif ayant été censurée (disproportion), Cons. constit., n° 2014-690 DC, 13 mars 2014, cons. n° 41 ; *JORF*, 18 mars ; LEGEAIS (D.), La création du Registre national des crédits aux particuliers remise en cause par le Conseil constitutionnel, *RTD com.*, 2014/1, p. 163-167 ; LEPAGE (A.), L'échec du registre national des crédits aux particuliers devant le Conseil constitutionnel, *CCE*, 2014/5, p. 38-40.

⁴ Pour un développement, v. *infra*, sp. n° 436 s.

⁵ Ressortant des acteurs internes à l'entreprise, v. *supra*, sp. n° 123, n. 4bis.

⁶ Les informations comptables ayant vocation à être principalement diffusées dans l'entreprise, il est possible que le dirigeant ou les organes de contrôle qui en prennent connaissance ne réagissent pas nécessairement et ignorent un symptôme de défaillance.

⁷ Concernant l'obligation du dépôt des comptes sociaux, en cas de difficultés (ou de grand succès), il est une pratique (près de la moitié des entreprises concernées) qui consiste à ne pas satisfaire à cette obligation, alors que cela est pénalement sanctionné (C. com., art. R. 247-3), SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 162 ; l'amende étant une sanction peu dissuasive, DELATTRE (C.), Conditions de la sanction du non dépôt des comptes sociaux, *RPC*, 2011/6, comm. 152, sp. n° 6 ; et n'engendre pas la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actifs, Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-14.342 ; *RPC*, 2011, comm. 156, p. 278, n. C. DELATTRE ; pour remède, la loi ouvre le droit pour tout intéressé ou au ministère public d'en demander la communication auprès du président du tribunal (art. L. 123-5-1), lequel dispose en outre d'un pouvoir d'injonction (art. L. 611-2) ; en tout état de cause, le dépôt tardif perd de son utilité dans la détection.

De plus, les documents comptables ne sont exigés que périodiquement et pour les plus grandes entreprises ; petites entreprises et micro-entreprises (art. D. 123-200) en sont dispensées (par ex., art. R. 123-111-1).

⁸ La petitesse de la structure peut être un frein à la prise d'indépendance de l'assemblée générale pourtant nécessaire pour déclencher l'alerte ; d'une manière générale, sur leur vulnérabilité, not. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 178.

introduits par la loi du 1^{er} mars 1984 pourrait être compensée par le rôle donné aux créanciers institutionnels qui disposent d'une information de premier ordre sur l'état du débiteur¹.

404. Information privilégiée. La primeur de l'information s'explique parce que, précisément, les administrations publiques ou parapubliques en sont des destinataires directs. En effet, celles-ci centralisent² - peut-être plus naturellement que dans l'enceinte juridictionnelle³ - les renseignements d'ordre patrimonial délivrés par les débiteurs eux-mêmes à l'occasion des déclarations imposées régulièrement par la loi. Elles ont encore accès à des informations ministérielles dans certains domaines⁴. De plus, elles peuvent organiser en leur sein un service de détection⁵. En termes brefs, les institutions publiques bénéficient d'un accès direct à l'information économique.

405. Intervention économique et financière de proximité. Les représentants institutionnels possèdent une compétence économique et financière particulière en ce qu'ils sont, par définition⁶, chargés de la gestion de ces données. Au regard des débiteurs concernés, ils apparaissent comme des acteurs de proximité, spécifiquement aptes sur ces questions. C'est alors une action de terrain puisque ces représentants sont, à l'échelle territoriale concernée⁷, directement et quotidiennement confrontés aux particuliers ou entreprises. C'est un élément particulièrement remarquable au titre de la détection, permettant des réactions rapides de traitement.

406. Des membres déjà appelés au traitement des difficultés des entreprises ou des particuliers. Le recours à ces membres institutionnels concernant l'impossibilité économique d'exécuter et, concrètement, de payer ses dettes se constate en réalité déjà dans les faits.

¹ Suggérant la mise à charge d'une information obligatoire pour l'URSSAF et le Trésor, « premiers créanciers impayés », CASROLA (F.), *op. cit.* ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 50 ; une proposition de loi avait pu être faite à ce propos : « Désormais, le Trésor public et les organismes sociaux devront aviser le président du tribunal de commerce de tout retard de paiement atteignant trois mois à compter de la date d'exigibilité avec, comme sanction en cas de non-respect de cette disposition, la perte du privilège attaché aux pénalités, majorations et intérêts de retard », de même pour les organismes de prévoyance, mais rejetée lors des débats parlementaires, CR AN, 23 nov. 1993, prop. n° 310, J. BIGNON, *relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* et prop. n° 316, J. BARROT, *visant à réformer la L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984*, 1^{ère} à 5^e séance ; JOAN, 1993, p. 6165 s.

² Et pas seulement par leur qualité de créancier : par ex., la Banque de France centralise les incidents concernant les particuliers par le FICP, C. consom., art. L. 751-1, al. 2 ; pour les entreprises, elle attribue une cotation recensée dans le fichier bancaire des entreprises, (FIBEN) selon leurs capacités financières dans un horizon de 3 ans ; à noter, la mention 040 qui correspondait à la cotation du dirigeant ayant connu une LJ (CMF, anc. art. D. 114-12) a été supprimée, D. n° 2013-799, 2 sept. 2013 ; sur son rôle pour les entreprises, BARDOS (M.), *Détection précoce des défaillances d'entreprises*, *Bull. Banque de France*, sup. « Études », 3^e trim. 1995, p. 57 s. ; plus largement, CLÉMENT (J.-F.), *Le banquier, vecteur d'informations*, *RTD com.*, 1997, p. 203 s. Pour une remarque similaire à propos des URSSAF, NACHIN (D.), *Les URSSAF (...)*, *Dr. social*, 1994, *op. cit.*

³ À propos du RCS et ses informations sur les sociétés (par ex., C. com., art. L. 232-23), tenu par le greffe de la juridiction.

⁴ Par ex. par la veille économique mise en place par les ministères économiques et financiers (Minefi) ou le recours à son médiateur, compétent en cas de litiges fiscaux ou avec l'URSSAF ; PANDO (A.), *Médiateur du Minefi : bilan 2013*, *PA*, 19 mai 2014, p. 3 s. ; portail d'accès du Minefi en ligne ; également, jusqu'en 2005, la mission interministérielle sur les mutations économiques (MIME).

⁵ Par ex., définissant les critères de détection des populations en situation de fragilité financière pour les établissements de crédit, D. n° 2014-738, 30 juin 2014, art. 1^{er}.

⁶ Par ex., la Banque de France gouverne les données bancaires ; le Trésorier public tient la comptabilité financière de l'État.

⁷ Reposant sur la décentralisation de l'État (ministre, préfet, collectivités territoriales) ou sur les déclinaisons locales des institutions parapubliques (Banque de France, URSSAF) ; différents niveaux d'intervention à une échelle variable de proximité du débiteur.

Cependant, ce qui interpelle les concernant, c'est que cela a lieu en ordre dispersé. En d'autres termes, la présence des représentants des administrations ou institutions parapubliques est requise dans autant d'autorités administratives compétentes en la matière. Sans en faire une liste exhaustive, par exemple, pour les comités permanents de restructuration des entreprises¹, le directeur de l'URSSAF siège à la fois dans les CODEFI et au CIRI², en principe compétents selon la taille de l'entreprise³. Leurs secrétariats s'appuient pareillement sur les services de la direction du Trésor⁴. Le commissaire au redressement productif, compétent pour traiter les entreprises en difficulté et désigné comme instance de coordination des dispositifs publics⁵, se voit désormais formé par le CIRI⁶. Si le directeur de la Banque de France est membre du CODEFI⁷, son représentant local l'est également dans la commission de surendettement⁸. Plus encore, le Préfet préside le CODEFI⁹ et la commission départementale de surendettement¹⁰. Pourrait être également évoquée, la composition des Commissions des Chefs des Services Financiers (CCSF) qui ajoute à cet inventaire, notamment concernant l'URSSAF¹¹, les réunions des cellules judiciaires de détection-prévention qui intègrent le directeur de l'URSSAF, le receveur divisionnaire, le trésorier-payeur général, ou encore, le directeur de la Banque de France¹². De plus, lorsqu'ils ne composent pas un organe en particulier, ils peuvent encore être appelés à participer directement au traitement des difficultés économiques tel que c'est prévu par le Code de commerce, en prévention¹³, au cours d'une procédure¹⁴, par une remise de dettes¹⁵,

¹ Pour leur étude, v. *supra*, sp. n° 4 et n° 79 s.

² Circ. min Fin. et Éco., 9 janv. 2015 *relative aux modalités d'accueil et de traitement des entreprises(...)* précit., sp. 1.2.2.

³ Selon le nombre de salariés (400) sans que ce critère soit définitif, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.1.

⁴ Pour le CIRI, la DGFIP et pour les CODEFI, conformément à leur critère de compétence, la direction départementale des finances publique (DDFIP), circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.

⁵ D'après le texte à l'origine de leur institution, circ. min. Redressement productif, 14 juin 2012 précit., sp. n° 2.

⁶ Au moins 2/an, formations également ouvertes aux membres des CODEFI et des CCSF, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.1.

⁷ Membre de plein droit, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.2.

⁸ Représentant désigné par le gouverneur de la Banque de France, C. consom., art. R. 712-4 ; outre la qualité de membre, au surplus, les services de la Banque de France assurent son secrétariat, art. R. 712-2, 1°.

⁹ Préfet de département, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.2.

¹⁰ C. consom., art. R. 712-2, al. 1^{er} ; ce qui a nécessité de prévoir qu'il puisse se faire représenter, art. R. 712-3.

¹¹ Les directeurs des organismes de sécurité sociale et autres sont membres des CCSF, D. n° 2007-686, 4 mai 2007 précit., art. 2.

¹² VALLENS (J.-L.), Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de « prévention-détection » ?, *D.*, 2010, *op. cit.*, sp. n° 2 ; composition variable en raison de leur institution *praeter legem*.

¹³ Par les GPA, v. *supra*, sp. n° 286 ; « A la diligence du représentant de l'Etat, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés. Les services de la Banque de France peuvent également (...) être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes. Les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides des collectivités territoriales », C. com., art. L. 611-1, al. 4.

¹⁴ En droit des entreprises en difficulté, par ex. en conciliation, C. com., art. L. 611-7, al. 3 : « Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage (...) et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes ».

En droit du surendettement, C. consom., art. L. 712-7 : « Les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale procèdent, à sa demande [commission de surendettement], à des enquêtes sociales ».

¹⁵ En procédure de sauvegarde, C. com., art. L. 626-6 ; pour laquelle, il n'y a plus de restriction, L. n° 2009-179, 17 fév. 2009, art. 20 ; et dont la responsabilité est allégée, art. L. 650-1, al. 1^{er} ; par rapport au droit ancien, DELPECH (X.), Responsabilité pour soutien financier abusif d'un organisme de sécurité sociale, *D.*, 2004, p. 136 ; modif. par ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 précit., art. 19 ; ROBINE (D.), L'article L. 650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?, *D.*, 2006, p. 69 ; toutefois, v. art. D. 626-9 s. Le droit du surendettement vise plus largement des « dettes de toute nature », par ex. : C. consom., art. L. 733-1, 1°.

par leur désignation en tant que contrôleurs¹ ou, *a minima*, par leur simple audition². Cet enchevêtrement nuit à la cohérence d'un traitement administratif, malgré son intérêt³. En cela, l'institution d'une autorité qui comprendrait une composition harmonisée des représentants institutionnels s'impose⁴.

407. Conclusion et transition. En prenant en compte l'actuel traitement réalisé par les autorités administratives, l'autorité nouvelle proposée serait collégiale, se composant principalement des représentants institutionnels, prioritairement informés des difficultés économiques des débiteurs. Mais d'autres qualités sont ajoutées à cette composition, participant à l'indépendance de l'autorité.

B. Une autorité indépendante

408. Pour une intervention indépendante. S'éloignant de l'application des politiques publiques et de la prise à partie d'intérêts publics, constituant les limites du mode administratif de traitement⁵, est recherchée une autorité qui soit indépendante. Cette qualité a déjà été soulevée par ailleurs, à propos de l'autorité judiciaire dans le traitement des difficultés⁶. C'est donc en déclinant la vertu⁷ à une autorité se composant de représentants publics.

409. Statut des AAI. C'est ici que le modèle des AAI inspire, particulièrement leur indépendance. Si aucun statut général n'est encore adopté - la réforme se faisant attendre⁸ -, son indétermination peut être conçue comme l'occasion de modeler spécifiquement le modèle aux attentes.

¹ En droit des entreprises en difficulté, les administrations financières, organismes de sécurité sociales et autres institutions, en leur qualité de créancier, peuvent désormais être nommés contrôleurs, C. com., art. L. 621-10, al. 2 et pour leur fonction, art. L. 621-11 ; ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 précit., art. 19.

² La réforme du droit des entreprises en difficulté a prévu au titre des « dispositions générales de procédure » que le tribunal puisse entendre toute personne incluant nouvellement et expressément « le représentant de l'État à sa demande », C. com., art. L. 662-3, al. 3 ; ordo. 12 mars 2014 précit., art. 91.

En droit du surendettement, la commission comprend déjà ce représentant en tant que membre, néanmoins il est fait rappel qu'au cours de la procédure, celle-ci peut nonobstant toute disposition contraire, « obtenir communication, auprès des administrations publiques, des établissements de crédit (...) des organismes de sécurité et de prévoyance sociale ainsi que des services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement », C. consom., art. L. 712-6.

³ Le soulignant, notamment à propos des dettes fiscales, *recomm. Comm. euro.*, 12 mars 2014 précit., sp. cons. n° 14.

⁴ NACHIN (D.), *Les URSSAF (...), Dr. social*, 1994, *op. cit.*

⁵ V. *supra*, sp. n° 59 et n° 61 s.

⁶ Mais alors liée à l'impartialité, v. *supra*, sp. n° 94 s. ; si les notions présentent un lien, l'impartialité serait la neutralité vis-à-vis des usagers et l'indépendance, la prise de distance vis-à-vis du pouvoir exécutif, MANSON (S.), *th. précit.*, sp. p. 34.

⁷ Il y a sur ce point une « attraction du modèle juridictionnel », MANSON (S.), *th. précit.*, sp. p. 89, sur l'indépendance comme titre de légitimité, sp. p. 110 s. et source de confiance des usagers, sp. p. 176 s.

⁸ Propositions de lois *portant statut général des AAI et API* et organique, v. *supra*, sp. n° 383, n. 6.

410. Plan. L'indépendance est d'abord appréhendée sur un plan organique, notamment du point de vue des membres (1), puis sur un plan fonctionnel, permettent un exercice libre de la mission (2).

1. L'indépendance organique

411. Composition diversifiée par l'adjonction de membres spécialement qualifiés. C'est d'abord quant à la constitution de l'autorité elle-même que l'indépendance est recherchée, c'est-à-dire sur un plan organique. À ce titre, considérant la complexification du phénomène d'endettement, la composition collégiale de l'autorité peut être complétée par le recours à des personnalités particulièrement qualifiées¹. Les AAI² répondent d'une manière générale à ce principe³ de composition⁴, elles ne sont pas spécialement tenues de recruter uniquement des fonctionnaires⁵, justifiant ainsi leur légitimité par la compétence⁶. En la matière et particulièrement en droit du surendettement, la commission départementale a vu sa composition être modifiée au fil du temps afin d'intégrer pareillement de tels membres, désignés en fonction de leur expérience, diplôme ou représentativité⁷. C'est également le fait du droit des entreprises en difficulté qui connaît - certes, par le biais de l'autorité judiciaire -, le recours à des experts⁸ et, cela, dès la procédure de conciliation⁹. Quant aux comités administratifs de restructuration des entreprises, outre la possibilité « d'associer d'autres intervenants dont la participation est jugée pertinente »¹⁰, l'objet de leur mission est précisément de décider de l'emploi d'outils techniques d'expertise, tels que l'audit¹¹. Il n'est par ailleurs pas rare que le CIRI mène les

¹ Le terme est emprunté à la composition des AAI, telles que l'AMF ou l'ADLC., v. *supra*, sp. n° 386 ; mais aussi dans d'autres organismes : par ex., le CSM, Constitution 1958, art. 65.

² Par ex., l'ADLC comprend 10 membres sur 16 choisis en raison de leur compétence ou expérience ; de même pour le président, C. com., art. L. 461-1, II.

³ Il s'agit bien d'un principe général ; le Médiateur de la République, personnalité unique, y fait par exemple exception.

⁴ CANIVET (G.), « Principes et modalités du contrôle juridictionnel sur les décisions individuelles de l'autorité chargée de la régulation des marchés financiers », in m. G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, sp. n° IV (introduction) ; également, DECOOPMAN (N.), « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires », in *Autorités de régulation et vie des affaires*, *op. cit.*, p. 15-26 ; toutefois, pour une appréciation (critique) en pratique, rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 73 s., prop. n° 3.

⁵ Par déduction de L. n° 84-16, 11 janv. 1984, art. 3, 3° ; BURST (J.-J.), FERRIER (D.) et *al.*, Montagne ou souris, commentaire de la loi du 30 décembre 1985 de la concurrence, *JCP E*, 1986/2, 14682, sp. n° 90.

⁶ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique*, *op. cit.*, sp. p. 121 s.

⁷ Plus précisément, en dehors du président et du vice-président, ainsi que du secrétaire, la commission se compose de 4 membres : 2 désignés sur proposition d'associations et 2 autres justifiant d'une expérience ou d'un diplôme, C. consom., art. R. 712-2, 2°-3° ; L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003 précit., art. 35 ; la volonté du législateur était de renforcer l'expertise des commissions, exposé des motifs, à propos de l'art. 27 ; mais ils ne disposaient à l'origine que d'une voix consultative, anc. art. R. 331-6-1, al. 2 ; prenant conscience de leur apport technique bénéfique, ils disposent désormais d'une pleine voix délibérative et sont adjoints 2 autres membres qualifiés : un juriste et un spécialiste en économie sociale ; L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010 précit., art. 37.

⁸ Par ex., le Président du tribunal peut nommer un expert pour établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur, C. com., art. L. 611-6 et L. 621-4, ou assister le mandataire judiciaire dans cette mission, art. L. 631-12, al. 2 ; de même, le juge-commissaire peut faire appel à un technicien, art. L. 621-9.

⁹ Apport de l'ord. du 12 mars 2014 précit., art. 5 ; C. com., art. L. 611-6, al. 5.

¹⁰ À propos des CODEFI, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1.2.2.

¹¹ Circ. 9 janv. 2015 précit., sp. annexe 1.

négociations avec l'appui de différents conseils¹. Il est intéressant de relever que la réforme en 1982, fusionnant les anciens CIASI² avec le CIRI³, s'était accompagnée de la création d'une « réserve de spécialistes » constituée dans un fichier permanent⁴. Aujourd'hui, et intégrée au Code de commerce⁵, le législateur prévoit l'existence d'un vivier d'experts à disposition du tribunal, les experts en diagnostic d'entreprise⁶.

C'est en ce sens que la composition de l'autorité doit être diversifiée pour comprendre, en l'occurrence, ce niveau d'expertise. Ainsi, il ne s'agit pas uniquement de représenter les administrations publiques ou parapubliques concernées par le problème du non paiement, mais aussi de réunir une pluralité de *compétences* directement en lien avec lui. La qualification particulière peut se révéler de diverses manières - diplôme, expérience, représentativité notamment - et dans différents domaines - économique, financier, juridique et social principalement -. Ce pourrait être par exemple l'appel à un magistrat de l'ordre judiciaire en raison de sa compétence juridique et, aussi, juridictionnelle, surtout lorsqu'il a participé au traitement des entreprises en difficultés. Conformément à la dualité de juridictions compétentes en cette matière, serait également adjoint un magistrat consulaire, élu par le collège électoral élargi⁷ en termes d'expérience et de représentativité. Par ailleurs, une personnalité compétente en matière économique justifiant d'un diplôme ou d'un titre spécifique pourrait compléter cette composition, de même qu'en matière sociale, mais au titre de l'expérience de l'accompagnement social de débiteurs en situation de précarité au sein de la société. En tout état de cause, il serait idéal, d'une part, que la composition de l'autorité respecte un nombre restreint de membres pour permettre la prise rapide de décisions et, d'autre part, que celui des créanciers publics et des représentants institutionnels tels que la Banque de France soit, *a minima*, en nombre égal afin de lier, à une légitimité de compétence, une légitimité d'impartialité.

¹ Par ex., des conseils stratégique, financier et juridique ou des managers de crise, rapp. d'activité, 2014, CIRI, *L'État au service des entreprises*, 32 p., sp. p. 11 ; et rapp. d'activité 2011, CIRI, précit., sp. p. 7.

² Comités interministériel d'aménagement des structures industrielles (CIASI) ; v. *supra*, sp. n° 79, n. 5.

³ Arrêté Premier min., 6 juill. 1982 *relatif à la création d'un comité interministériel de restructuration industrielle* précit., art. 8.

⁴ Il s'agissait de spécialistes volontaires, préalablement formés, poursuivant leur carrière dans les entreprises nationales ou sortant des grandes écoles, GARÇON (J.-P.), th. précit., sp. p. 48 ; PEYRAMAURE (P.), *L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté*, *RJC*, 1983, *op. cit.*, sp. p. 110 et p. 112 ; aujourd'hui, le recours à des conseils demeure, mais il n'existe plus de liste spécifique (sauf informelle, V. PHAM NGOC, CRP NPdC, entretien personnel, DIRECCTE Nord, Lille, 3 avril 2013).

⁵ Contrairement précisément au CIRI.O

⁶ Chaque cour d'appel inscrit sur une liste les experts de cette spécialité qui doivent répondre à certaines conditions d'exercice ; ils sont réunis en une Compagnie Nationale (CNEDE) à Paris et ont principalement pour mission d'« établir un rapport sur la situation économique et financière d'une entreprise en cas de procédure de conciliation ou de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire », C. com., art. L. 813-1 ; L. 25 janv. 1985, art. 30-31 et D. n° 85-99, 27 déc. 1985, art. 83-90 ; GANDUR (R.), *L'expertise judiciaire en diagnostic d'entreprise*, *GP*, 1985, 2, doct., p. 698 s. ; OLIVIER (M.), Un nouveau venu en matière d'expertise, « l'expert en diagnostic d'entreprise », *GP*, 1985, 1, doct. 191 ; ces derniers intègrent d'une manière générale le régime général des experts judiciaires (L. n° 71-498, 29 juin 1971, art. 2) et ne disposent *a priori* pas de monopole prévu par la loi, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 856 ; toutefois, CA Paris, n° 14/07270, 15 janv. 2015 ; *LEDEN*, 2015/3, p. 1, n. F.-X. LUCAS.

⁷ Sur ce point, v. *supra*, sp. n° 167.

412. Indépendance de l'autorité. L'adjonction de personnalités issues de la société civile aux côtés des représentants institutionnels est également recherchée aux fins d'indépendance dans la détection de l'impossibilité d'exécuter. Cela permettrait de tempérer l'origine essentiellement administrative de certains membres et réaliser une détection impartiale des faits appréhendés. Pour ces derniers, doit avoir lieu un détachement vis-à-vis de la sphère administrative. Élément spécifique de la forme générale des AAI¹, l'autorité et les membres qui la composent sont soustraits à la hiérarchie administrative classique. Celle-ci ne peut exercer sur eux de pouvoir hiérarchique, de tutelle ou de discipline². Concrètement, le pouvoir exécutif ne doit pas pouvoir lui adresser d'ordres ou d'instructions particuliers³ susceptibles d'affecter la réalisation de sa mission. Pareillement, les considérations de carrière ne doivent pas entraver l'activité des membres au sein de l'autorité. Au-delà de la seule sphère administrative, c'est souligner la nécessité générale d'une prise de distance avec tout intérêt extérieur, susceptible d'influencer le bon déroulement de la détection. En ce sens, le statut peut définir les modalités relatives au mandat des membres pour garantir le libre exercice de leur mission⁴. Il serait prévu pour une durée fixe, suffisamment longue pour permettre la stabilité tout en limitant le renouvellement⁵. Durant celui-ci, les membres seraient irrévocables par le pouvoir exécutif ou tout autre organe à l'origine de leur nomination⁶. En contrepartie, il faudrait déterminer certaines incompatibilités d'exercice⁷. Les fonctions au sein de l'autorité ne pourraient se cumuler, par exemple, avec celles exercées au sein d'une autre autorité indépendante, de même qu'avec un mandat public, électif ou avec l'exercice concomitant de fonctions judiciaires. Cela est visé tant pour l'impartialité de l'autorité, qu'également, la préservation du secret des informations révélées et la disponibilité des membres⁸. L'incompatibilité pourrait être en outre personnelle dans l'hypothèse où le membre est désigné en fonction de sa représentativité⁹. Il faut d'une manière générale éviter toute prise d'intérêts qui pourraient interférer avec la mission de l'autorité. À ce propos, l'impartialité et l'indépendance dans l'exercice de telles fonctions

¹ V. *supra*, sp. n° 385.

² Par ex., à l'instar de la CNIL, L. n° 78-17, 6 janv. 1978, version consolidée au 17 fév. 2016, art. 11 et 21.

³ Ni recevoir, ni solliciter, proposition de loi *portant statut général des AAI et API* (rapp. n° 332) précit., art. 10.

⁴ C'est le sens des dispositions relatives à la fonction publique de l'État qui exclut du statut général : « Les emplois (...) de certaines institutions administratives spécialisées de l'État dotées, de par la loi, d'un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission », ce qui renvoie au cas des AAI, L. 11 janv. 1984 précit., art. 8.

⁵ Pour une durée de 3-6 ans, non renouvelable ou une fois, proposition de loi *portant statut général des AAI et AAI* précit., art. 5, 8.

⁶ À l'instar du Statut de la magistrature, art. 4 qui garantit l'inamovibilité des magistrats du siège et Constitution 1958, art. 64, al. 4 ; sur ces qualités, MANSON (S.), th. précit., sp. p.375 s., p. 382 s. ; le proposant, loi *portant statut général (...)* précit., art. 7, al. 1^{er}.

En jurisprudence : illégalité de la révocation d'un membre par le gouvernement, CE, n° 56627, 7 juill. 1989, *aff. Ordonneau*.

⁷ Propositions de lois *portant statut général des AAI et API* précit., art. 9, 11 s. ; et organique *relative aux AAI et API* précit., art. 3 ; également, les incompatibilités prévues par C. élect., art. L.O. 145 ; renforcées par une déclaration d'intérêts, comp. L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, art. 4 ; à rapprocher également des conditions d'éligibilité des magistrats consulars, C. com., art. L. 713-3 s.

⁸ Par ex., pour la commission de surendettement, si le président constate une absence répétée sans motif légitime, il peut mettre fin au mandat avant l'expiration du terme, C. consom., art. R. 331-4, al. 2, de même, R. 331-5, al. 3.

De même, est requise « une participation continue et stable » pour les membres des CODEFI, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1.2.2.

⁹ Sur le modèle du C. élect., art. L. 6 ou, pour les magistrats élus, C. com., art. L. 723-2.

semblent ressortir également d'une certaine distance par rapport aux cas susceptibles d'être examinés¹. L'échelle départementale de la commission de surendettement, des CODEFI² ou des commissions agricoles³ pourrait être raisonnable à condition qu'elle n'entrave pas la nécessaire proximité de l'activité de détection⁴ et pourra en conséquence justifier la création de structures supplémentaires selon les besoins du territoire.

413. Transition. Une fois la composition de l'autorité renforcée par l'adjonction de membres extérieurs et spécialement compétents, l'indépendance peut être recherchée sur un plan organisationnel.

2. L'indépendance fonctionnelle

414. Indépendance fonctionnelle. L'indépendance de l'autorité se constate par ailleurs sur un plan fonctionnel. Cela signifie que les moyens nécessaires à l'existence de l'autorité et à l'exercice de sa mission, tels que les ressources financières et matérielles, ne doivent pas constituer un biais pour soumettre l'autorité, que ce soit au pouvoir exécutif ou à toute autre autorité. Par exemple, l'autorité de détection, par le biais de son collègue, doit pouvoir librement recruter les membres appelés à le compléter⁵. Par ailleurs, sur un plan budgétaire, s'il est possible d'envisager un financement public⁶ ou l'adossement à certaines structures existantes⁷, l'autorité doit pouvoir librement disposer des fonds aux fins de réalisation de sa mission⁸. Cela renvoie d'une manière générale à la question de l'octroi de la personnalité juridique à l'autorité indépendante⁹. Sur ce point, l'étude des AAI - et la présumée différence avec les API¹⁰ - ne permet pas véritablement de trancher quant à sa justification¹¹. Elle apparaît comme la

¹ À propos des juges consulaires, CAPASHEN (G.), *Petites histoires à propos de la juste distance pour juger...*, D., 2004, p. 2939 s. ; COMMARET (D. N.), *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat*, D., 1998, p. 262 s. ; et v. *supra*, sp. n° 167.

² C. consom., art. L. 712-4 al. 1^{er}, avec la possibilité d'en créer une supplémentaire, art. L. 712-4, al. 1^{er} ; pour les CODEFI, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1.1.

³ Commission départementale d'orientation de l'agriculture (CDOA), C. rur., art. R. 313-5.

⁴ Sur ce point, v. *infra*, sp. n° 425 s.

⁵ Proposition de loi *portant statut général des AAI et API* précit., art. 17.

⁶ Les AAI disposant de crédits budgétaires (dotations) inscrits au budget général de l'État, rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 51.

⁷ Par ex., les CODEFI et le CIRI s'appuient sur les services de la direction générale ou départementale du Trésor qui en assure le secrétariat, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. 1.1., 1.2. ; la commission de surendettement repose sur les structures locales (succursales, centres et comptoirs) de la Banque de France qui tient son secrétariat, C. consom., art. R. 331-1, al. 2.

Pour précision, les commissaires, membres des commissions de surendettement (circ. min. Éco. et du Budget, 29 août 2011, 2011/50806 FI, sp. p. 3), comme les juges consulaires (C. com., art. L. 722-16) sont bénévoles.

⁸ Sans exclure un contrôle, rapp. Mézard 2015 précit., sp. p. 82 s. ; le prévoyant, proposition de loi *portant statut général des AAI et API* précit., art. 22 s et proposition de loi organique *relative aux AAI et API* précit., art. 4.

⁹ Favorable pour l'autonomie matérielle et juridique ; défavorable en raison du régime de responsabilité ; pour une présentation de la question, y compris sur les éléments d'indifférence de la distinction, AUTIN (J.-L.), AAI, *op. cit.*, sp. n° 68

¹⁰ Sur la différence entre les AAI et API, v. *supra*, sp. n° 388 et n° 414 ; critique, rapp. Gélard 2014 précit., sp. p. 17 s.

¹¹ L'autonomie financière ou la capacité d'ester en justice, attributs de la personnalité juridique, ne sont pas systématiquement vérifiés ; par ex., l'ADLC, dépourvue de personnalité juridique, dispose de « la personnalité contentieuse » (v. *supra*, sp. n° 388, n. 5bis) ; la personnalité juridique n'est donc pas un critère, PONTIER (J.-M.), *La personnalité publique, notion anisotrope*, RFDA, 2007/5, p. 979.

formalisation de la prise d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique¹, mais sans réellement être indispensable, dès lors que des garanties statutaires permettent d'atteindre un résultat similaire.

415. Organisation bicéphale. L'indépendance de l'autorité peut enfin être réfléchi sur un plan organisationnel. Outre la libre organisation interne à l'autorité, il est un autre principe que connaissent certaines AAI - notamment celles ayant un pouvoir de sanction des manquements² - et qui peut être retenu ici. Il s'agit de leur structuration bicéphale, distinguant les services d'enquête, de poursuites ou de supervision de ceux de jugement³. Comme y invite le respect des principes de la Convention européenne des droits de l'Homme aux fins d'impartialité⁴, il serait possible d'envisager, en dehors du pouvoir de sanction, une différence entre la phase de détection proprement dite et l'organe décisionnel⁵, tout au moins par la formation d'un collège plus restreint pour ce dernier. Ainsi, les faits révélés en amont seraient appréciés en toute objectivité par rapport à leur origine ou leur provenance et en préservant, en plus, leur confidentialité. Cette séparation des fonctions dans le traitement de l'impossibilité économique constituera par ailleurs la trame fondamentale de la restructuration.

416. Conclusion et transition. Si le choix de l'autorité judiciaire est rejeté s'agissant de la détection des difficultés, celui administratif pourrait être privilégié pour son renouvellement. En effet, les représentants des administrations publiques et d'autres organes institutionnels disposent d'une information privilégiée sur la situation économique des débiteurs⁶. De sorte que leur implication actuelle⁷ dans le traitement des difficultés pourrait être repensée et concrétisée, de manière unifiée, dans l'institution d'une autorité nouvelle. Toutefois, il ne faut pas oublier les limites du mode administratif⁸. Il serait possible d'y parer par l'organisation d'un statut qui prévoit l'indépendance de l'autorité vis-à-vis du pouvoir exécutif, mais, aussi, la haute compétence de son intervention économique. C'est alors que le modèle des AAI⁹ inspire

¹ En ce sens, à propos de la « personnalité politique », SABOURIN (P.), Les AAI, une catégorie nouvelle ?, *AJDA*, *op. cit.*, sp. p. 283.

² Par ex., l'ADLC, v. *supra*, sp. n°

³ Ce peut être une simple distinction des fonctions ; par ex., le CSA, L. n° 2013-1028, 15 nov. 2013, art. 6 ; voire, plus véritablement, l'institution d'un organe distinct au sein même de l'autorité ; par ex., l'ACPR comprend un collège de supervision et de résolution et une commission des sanctions, CMF, art. L. 612-4, al. 1^{er}.

⁴ CEDH, art. 6, § 1 ; pour une application, CEDH, 11 juin 2009, *aff. Dubus* précit. ; cela renvoie à la double définition de l'impartialité subjective et objective, CEDH, 24 mai 1989, *aff. Hauschildt* précit., sp. § 46-48 ; v. *supra*, sp. n° 100 ; c'est un élément remarquable car, si l'impartialité subjective était connue à travers le principe de neutralité du service public (CE, 1999, *aff. Didier* précit.), il était traditionnellement considéré que les organes administratifs décisionnels n'avaient pas spécialement à respecter le principe d'impartialité objective (LOUVARIS (A.), Impartialité des organes de régulation, *D.*, 2001, *op. cit.*, sp. n° 49 ; BOISSARD (S.), Des pouvoirs de la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance, *AJDA*, 2001, p. 387 s., sp. n° 2.) ; cette structuration bicéphale renforce l'impartialité générale de l'AAI, not. celle ayant un pouvoir de sanction ; , en ce sens, proposition de loi portant statut général des AAI ou API précit., art. 9 ; également, Cons. constit., 13 déc. 2013, n° 2013-359 QPC, cons. n° 6-7.

⁵ Sur la prise de décision v. *infra*, sp. n° 491..

⁶ V. *supra*, sp. n° 403 s.

⁷ Aussi à propos des entreprises en difficulté que du surendettement, v. *supra*, sp. n° 406.

⁸ Se limitant à certaines entreprises selon le mérite qu'elles présentent, v. *supra*, sp. n° 61 s.

⁹ Pour une présentation, v. *supra*, sp. n° 384 s.

particulièrement. S'associant au mouvement de leur remarquable développement¹, il pourrait être créé une AAI selon ses propres données d'organisation². L'ensemble est réfléchi à une fin particulière dans le cadre de la restructuration du traitement des difficultés : la détection de l'impossibilité économique d'exécuter. Telle serait la fonction de l'autorité nouvelle.

Section II. La fonction de l'autorité administrative indépendante

417. Mission de détection. À partir d'un critère unique de détection et l'institution d'une autorité originale, l'ensemble trouverait à se concrétiser par l'exercice d'une mission de détection de situations factuelles d'impossibilité économique d'exécuter. Elle est essentielle dans la perspective d'une restructuration générale du traitement des difficultés : c'est par cette voie, cette porte d'entrée, que le débiteur et, plus vraisemblablement, sa situation économique pourra être appréhendée. Elle conditionne le déclenchement, à temps opportun, d'une procédure de traitement.

418. Mise en œuvre. Différentes manières peuvent concourir à détecter l'impossibilité économique de s'exécuter. L'axe principal tient à l'attitude du débiteur : soit il adopte un comportement réactif face à sa propre défaillance (§ 1), soit il demeure passif (§ 2). Chacune de ces attitudes induit une approche différente de l'exercice de sa mission de la part de l'autorité, toutefois, cette présentation, simple et binaire, doit être comprise comme formant une seule et même fonction, aboutissant à diagnostiquer ou non un tel état de défaillance (§ 3).

¹ Aussi bien au plan national qu'à l'échelle européenne, v. *supra*, sp. n° 383, n° 390 s. et n° 378.

² V. *supra*, sp. n° 400 s.

§ 1. La fonction de détection face au débiteur actif

419. Plan. Le débiteur, réactif face à ses propres difficultés économiques (A), doit pouvoir identifier clairement l'autorité à laquelle s'adresser (B).

A. L'initiative du débiteur défaillant

420. Connaissance des difficultés. Par sa propre position, le débiteur apparaît naturellement comme le premier informé et concerné par ses propres difficultés économiques. Il assure la gestion de sa trésorerie et se trouve en principe conscient du volume de ses dettes et de sa capacité à y répondre. En conséquence, il serait le premier à pouvoir réagir en cas de déséquilibre. De plus, afin d'accroître la connaissance du débiteur, diverses alertes à son égard ont été définies par la loi ou mises en place en pratique. Pour certaines entreprises et certains professionnels, une alerte peut être réalisée par les groupements de prévention agréés¹ ou par ses organes internes², destinée à susciter la vigilance du dirigeant. À titre d'illustration, le commissaire aux comptes doit informer ce dernier lorsqu'il relève, à l'occasion de sa mission, des *faits* - comptables ou non - de nature à compromettre la continuité de l'exploitation³. Concernant les particuliers, les établissements bancaires notamment ont mis en place différents moyens à cette fin, tels que la consultation facilitée des comptes bancaires, des alertes automatisées lorsque la position du compte courant dépasse un certain seuil, voire le rejet automatique d'une demande de paiement faite sans provision. D'une manière générale, ces éléments tendent à éclairer la connaissance – au moins théorique - du débiteur de sa propre situation économique, qui, en cas de difficultés, devrait logiquement conduire à sa réactivité.

421. Réaction du débiteur. La connaissance de difficultés suppose, avant toute action, un arbitrage interne de la part du débiteur, à savoir le dévoilement de sa situation ou, au contraire, la préservation de la confidentialité des informations. S'il opte pour la première solution considérant que ses difficultés sont sérieuses et significatives, le débiteur va prendre l'initiative

¹ (GPA) ; v. *supra*, sp. n° 286 ; adhésion ouverte à « toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée et toute personne morale de droit privé » ; signalement en cas « d'indices de difficulté », fait au chef d'entreprise, C. com., art. L. 611-1, al. 1-3.

² Pour certaines sociétés, alerte faite au dirigeant ou associés, v. ensemble, C. com., art. L. 223-36, L. L. 225-232, L. 226-1 et L. 227-1 ; et pour l'information des salariés, de la part du comité d'entreprise, C. tr., art. L. 2323-50.

³ C. com., art. L. 612-3 ; L. 1^{er} mars 1984 précit., v. *supra*, sp. n° 123, n. 4bis et *infra*, sp. n° 430 ; ou encore, l'établissement de rapports explicatifs qui permettent de compléter et commenter l'information des documents comptables, art. L. 232-1 et R. 232-4 ; sur le sujet, AYMOND THIN (C.), Les commissaires aux comptes, in Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et sociale, CDE, 2015/5, dossier 36 ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. précit., sp. n° 41 ; ZATTARA-GROS (A.-F.), Les commissaires aux comptes et les difficultés des entreprises, GP, 2012/224, p. 14 s.

de mettre en place une solution de résolution. Il est alors acteur de sa propre situation économique. Différents moyens se présentent à lui selon ses estimations. Cela peut être par exemple le recours au crédit, l'emploi de réserves, la négociation avec ses créanciers, ou, enfin, l'appel à une assistance extérieure, comme le propose les GPA.

422. Contenu du droit positif. Il peut être intéressant de rappeler que le droit du surendettement fait entièrement reposer la saisine de la commission départementale, autorité compétente, sur l'initiative exclusive du débiteur¹. Cela mérite d'être souligné, particulièrement au regard du droit des entreprises en difficulté qui aborde une conception différente de l'initiative du débiteur. Certes, dans certains cas, la saisine de l'autorité judiciaire lui revient exclusivement également - mandat *ad hoc*, conciliation, sauvegarde² -. Mais dans les autres cas, c'est au contraire la loi qui impose³ et surtout sanctionne⁴, l'obligation pour le débiteur de formuler à temps⁵ une telle demande, ce à quoi la jurisprudence veille rigoureusement⁶, voire largement⁷. Cela peut apparaître curieux en ce que « volontarisme » et « coercition » apparaissent comme des termes antinomiques⁸.

423. Transition. La réactivité du débiteur peut se trouver contrainte par la difficulté à identifier l'autorité compétente. L'unicité de l'autorité de détection devrait permettre d'y parer.

¹ À l'exclusion des créanciers, du juge ou de l'auto-saisine de la commission elle-même, C. consom., art. R. 331-8-1, al. 1^{er}.

² C. com., art. L. 611-3, al. 1^{er} (mandat *ad hoc*) ; art. L. 611-6, al. 1^{er} (conciliation) ; art. L. 620-1, al. 1^{er} (sauvegarde) ; pourrait être ajouté le cas du rétablissement professionnel, mais il est accompagné d'une demande d'ouverture d'une LJ, art. L. 645-1, al. 1^{er}.

³ C. com., art. L. 631-4 et L. 640-4.

⁴ Omission volontaire ; selon l'appréciation des juges, interdiction de diriger (C. com., art. L. 653-8, al. 1^{er}), faillite personnelle (art. L. 653-8, al. 3) ou comblement du passif (art. L. 651-2).

⁵ 45 jours de cessation des paiements maximum.

⁶ Par ex., la déclaration de cessation des paiements du débiteur doit avoir lieu malgré l'assignation du créancier, Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29.807 ; *Bull.*, IV, n° 8 ; *RLDA*, 2014, 91 ; pour précision, le projet d'ordonnance (projet n° 2014-1, art. 65) réformant le droit des entreprises en difficulté proposait de supprimer cette obligation en cas d'omission par le débiteur et d'assignation du créancier ayant provoqué l'ouverture de la procédure, non retenu par ord. 12 mars 2014 précit. ; C. com., art. L. 653-8, al. 3 ; BERGER-TARARE (C.), L'autonomie de l'obligation faite au débiteur de déclarer l'état de cessation des paiements, *D.*, 2014, p. 595 s.

⁷ Sanction du dirigeant de n'avoir pas mis en œuvre une mesure préventive alors même qu'il avait connaissance que son activité était déficitaire, ce qui constitue une faute de gestion justifiant la condamnation à combler le passif, CA Douai, n° 12/00803, 29 nov. 2012 ; *RTD com.*, 2013, p. 334, n. F. MACORIG-VENIER ; *RPC*, 2013/6, comm. 171, n. A. MARTIN-SERF ; *BJE*, 2013/2, p. 74, n. P. RUBELLIN ; également, TC Valenciennes, n° 2012000586, 9 juill. 2012 ; *LEDEN*, sept. 2012, p. 1, n° 130, n. F.-X. LUCAS ; CA Toulouse, n° 08/02103, 29 avr. 2009 ; *RPC*, 2009, comm. n° 144, n. C. DELATTRE ; cette jurisprudence a été consacrée par la réforme qui en prévoit désormais la sanction, C. com., art. L. 653-8, al. 3 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 88.

⁸ TEBOUL (G.), La cessation des paiements, une définition sans avenir ?, *GP*, 2007/319, p. 2 s.

B. La fonction de guichet unique

424. Identification et accès facilité pour tout débiteur en difficulté. Le débiteur qui souhaite partager ses difficultés peut se trouver confronté à l’embarras d’une pluralité d’autorités, d’institutions, d’organismes ou de personnalités tierces susceptibles de résoudre ses difficultés¹. Ou, encore, lorsqu’elle est apparemment clairement désignée par la règle de droit², il faut avec justesse identifier celle applicable au cas d’espèce, ce qui n’est pas sans obstacle³. Par ailleurs, il faut encore que l’autorité compétente soit accessible pour le débiteur. Cela sous-entend non seulement une disponibilité, mais, aussi, sur un plan psychologique, que sa saisine ne soit pas source de méfiance, ce qui, dans le cas des tribunaux judiciaires, peut faire douter⁴. C’est dans ce contexte qu’est envisagée l’institution d’une autorité locale, unique, non judiciaire et indépendante. Le débiteur en situation d’impossibilité doit pouvoir identifier aisément et de manière fiable l’autorité compétente à sa résolution. En ce sens, l’autorité de détection a vocation à constituer un guichet unique⁵ susceptible d’accueillir le débiteur qui en fait la démarche.

425. Fonction d’accueil. Recevoir le débiteur en difficulté est primordial dès lors que la mise en œuvre d’un traitement en dépend. En cela, l’accueil doit être envisagé comme une fonction à part entière, non seulement dans un sens passif - c’est-à-dire par la réception d’informations -, mais, aussi, actif - recevoir le débiteur qui en fait la démarche -. Trois caractéristiques générales peuvent être soulignées à cette fin. Tout d’abord, c’est insister sur l’accès en ce qu’il doit être clairement repérable et simplifié. À l’instar de la commission de surendettement, il s’agit de réserver cette fonction à un organe unique, lequel, selon les nécessités, renverra aux mesures et autorités compétentes. En termes brefs, la conception de l’accueil ici retenue reproduit la forme d’un entonnoir. Dans cette perspective et considérant les enjeux de la défaillance économique, y compris d’ordre sociétal, l’accueil relève d’un intérêt public à prendre en charge le débiteur qui se présente avec des difficultés économiques. Pour son efficacité, cette fonction suppose ensuite une certaine permanence, offrant une grande disponibilité. Les comités administratifs de restructuration des entreprises en difficulté, CODEFI

¹ De nature privée, telle que les établissements bancaires, les conseils de crise, les associations de consommateurs et d’assistance au crédit ; de nature administrative ou institutionnelle, telle que les CODEFI, CCSF, Banque de France, Médiateur du crédit ou commission de surendettement ; de nature judiciaire, tribunaux de commerce, de grande instance ou tribunal d’instance.

² Par ex., pour les entreprises en difficultés, C. com., art. L. 610-1 et L. 621-2, al. 1^{er} ; pour les surendettés, C. consom., art. R. 331-1 et R. 331-8.

³ V. *supra*, sur l’incohérence de la dualité de juridictions pour les entreprises en difficulté, sp. n° 148 s. et sur les difficultés de répartition entre le droit des entreprises en difficulté et le surendettement, sp. n° 324 s. et n° 343 s.

⁴ V. *supra*, sp. n° 12 et n° 240.

⁵ V. *infra*, sp. n° 426.

et CIRI, connaissent cet impératif par l'institution généralisée de secrétariats permanents¹, pleinement accessibles aux dirigeants. Cela sous-tend une suffisante proximité de la localisation afin de rendre l'accueil physiquement possible, la distance et l'éloignement pouvant constituer des freins à la détection des difficultés. Celle-ci pourra, pour assurer toute son efficacité, être complétée par l'adjonction de moyens dématérialisés pour une prise de contact encore plus facilitée. Enfin, c'est un climat de confiance² qui doit être instauré afin que le débiteur ne soit pas freiné dans la révélation des difficultés par un aspect répressif ou un risque de divulgation des informations³.

426. Guichet unique. Remplissant cette fonction d'accueil des débiteurs en difficultés, il est envisagé, comme pour d'autres matières⁴, la mise en place d'un guichet unique⁵. Il est ici conçu comme une porte d'entrée unique pour toute situation d'impossibilité économique d'exécuter, sans restriction *a priori*. Il faut insister sur l'unicité de ce guichet, couvrant la diversité des autorités compétentes en l'état du droit et de la pratique. Également, est soulignée l'absence de critères restrictifs à sa saisine. Le droit américain constitue à ce titre une source d'inspiration en ce qu'il connaît une procédure de réorganisation sans que la loi ne précise de prime abord de critères restrictifs à son ouverture⁶. C'est certainement ce qui explique que dans la presque totalité des cas, le déclenchement d'une procédure de traitement aux États-Unis relève

¹ Reproduisant l'institution du secrétariat général (SG) du CIRI, depuis 2004 les CODEFI sont également dotés de secrétariats permanents, circ. Premier ministre, 25 nov. 2004 *sur l'action de l'État dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises* précit., sp. n° 1.1.

² Not. CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, th. précit., sp. n° 376.

³ Obligation au secret prévue en droit du surendettement, C. consom., art. L. 712-5 ; et en droit des entreprises en difficulté, par ex., C. com., art. L. 611-15.

⁴ L'institution du guichet unique est connue à d'autres égards ; par ex., en 2013 a été mis en place pour les entreprises un « guichet entreprise » : adresse unique pour la création d'entreprise ; à l'échelle européenne, la Commission européenne a mis en place une plateforme de résolution des litiges entre consommateurs et commerçants qui constitue un « guichet unique », comm. presse, I-16-297, Bruxelles, 15 fév. 2016 ; par ailleurs, les juridictions connaissent l'institution du Guichet Unique de Greffe (GUG) ; issue du rapp. min. Just., *Réflexions sur l'amélioration de l'accès à la justice par la mise en place d'un guichet unique (...)*, F. CASORLA (rapp.), 1997, sp. p. 52 s. ; elle est reprise par le rapp. Guinchard (2008) précit., sp. p. 19 s., prop. n° 24 ; à l'essai dans des juridictions de 1^{ère} instance (service d'accueil unique du justiciable (SAUJ) ; ayant vocation à être généralisée dans le cadre de la réforme de la justice du XXI^e s., rapp. Klès et Détraigne (2013) *sur la justice de première instance* précit., sp. recomm. n° 1.

⁵ L'expression a déjà été employée dans la matière ; en droit du surendettement, dans les travaux préparatoires à la loi Neiertz, à propos de la commission, rapp. AN n° 856, au nom de la commission spéciale, projet de loi d'orientation *relatif à la lutte contre les exclusions*, t. IV, V. NEIERTZ (rapp.), 23 avril 1998, interv. H. MIGNON ; également dans le rapport de la mission de modernisation de l'action publique à la demande du ministère du Redressement productif comme axe d'amélioration des informations sur les aides et soutiens aux entreprises, rapp. n° 2013-M-016-02, *Pour des aides simples et efficaces au service de la compétitivité*, J.-P. DEMAËL, P. JURGENSEN et J.-J. QUEYRANNE (rapp.), juin 2013, 96 p., sp. p. 7

⁶ Sous la protection de la justice, Code des faillites des États-Unis (*US Bankruptcy Code, USC*), Titre 11, Chap. 11, par opposition au chapitre 7 qui concerne les sociétés et le chapitre 13, relatif aux particuliers ; sur cette procédure, HAZARD (J.), États-Unis, *RJC*, sept. 2003/9, p. 71 s. et Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis, *PA*, 16 juin 2005, p. 12 s. ; sur l'absence de critères restrictifs, STEFF (A.), La philosophie des procédures de surendettement des particuliers : l'exemple américain, *RDB*, 2012/3, dossier 25, sp. n° 8 s. ; d'une manière générale, TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, th. précit. ; TURLUTTE (E.), th. précit., sp. n° 564 (qualité du débiteur), n° 586 s. (absence de critère de difficulté pour un droit souple), et v. p. 588 (loi modèle) ; pour une étude de cas (décision *Manville*, Bankr. E.D.N.-Y., 1985, *aff. Setzer*), STANKIEWICZ MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté, Vers un rapprochement des droits ?*, th. précit., sp. p. 25.

d'une démarche volontaire du débiteur¹. Deuxièmement, l'organe doit en ce sens se présenter comme un comptoir général pour tout débiteur, à l'instar des comptoirs de la Banque de France², comme le rappelle la définition ancienne du terme, c'est-à-dire « table massive sur laquelle les commerçants étalaient toutes leurs marchandises avant de procéder à leur vente »³. Quelle que soit sa qualité, la sphère dans laquelle elle ressent des difficultés, de même que la réalité de son impossibilité de s'exécuter, toute personne physique doit pouvoir s'adresser à ce guichet unique.

427. Déclinaisons territoriales. Les principes d'unicité et de généralité ne doivent pas s'opposer à, matériellement, en prévoir la déclinaison locale sur l'ensemble du territoire. C'est un fait connu des dispositifs administratifs de traitement des difficultés des particuliers et des entreprises⁴, mais, aussi, de la Justice elle-même qui tente de combattre l'isolement du justiciable en position de difficulté⁵. Ses vertus sont nombreuses : accessibilité, disponibilité, rapidité. Surtout, elle permet de désamorcer la survenance de conflits de manière préventive⁶. La connaissance de son propre champ territorial de compétence est un élément d'efficacité dans la détection. Or, « bien souvent, les tribunaux ignorent, faute de moyens de détection (...), les difficultés des entreprises relevant de leur propre juridiction »⁷. Sur le modèle de cette déconcentration judiciaire⁸, les guichets uniques doivent se répartir sur différents ressorts territoriaux. S'il est possible de relever alors une hétérogénéité des pratiques locales, la déjudiciarisation⁹ de l'accueil de proximité doit précisément faire montre de souplesse. Ainsi, les limites géographiques éventuellement établies ne devront pas, là encore, constituer des limites définitivement restrictives à la démarche du débiteur en difficulté. La dématérialisation pourra compléter par ailleurs cette répartition territoriale.

428. Transition. Accueillir le débiteur en difficulté serait l'un des aspects de la mission de détection de l'autorité dont l'unicité devrait faciliter. Il faut à présent soulever l'hypothèse où

¹ Près de 90 % des procédures de liquidation, Étude de législation comparée, Sénat, n° 135, *La sauvegarde des entreprises en difficulté*, juin 2004, 69 p., sp. p. 14 ; ce comportement particulièrement actif des débiteurs aux États-Unis peut notamment s'expliquer en ce que le simple enregistrement de la demande volontaire du débiteur permet de suspendre *de facto* les poursuites individuelles des créanciers et autorise le débiteur à suspendre le paiement des dettes antérieures, libérant ainsi la trésorerie de l'entreprise pour continuer l'activité durant le temps de la réorganisation, *General stay*, § 362, USC.

² Il peut être fait référence aux comptoirs de la Banque de France (succursale ou bureau) qui assurent cette fonction d'accueil général des particuliers, rapp. Sénat n° 254, commission des Finances, *sur le réseau de la Banque de France*, J. ARTHUIS (rapp.), 2003, annexe I, sp. n° 1.

³ *Dictionnaire Larousse* précit., v. « Comptoir ».

⁴ Commission départementale de surendettement, CODEFI compétents à l'échelle départementale, commissaires au redressement productif, CCSF, etc. ; v. *supra*, sp. n° 4, 79 et n° 412.

⁵ Sur la justice de proximité, rapp. Marshall, *Les juridictions du XXI^e siècle, une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens (...)*, 2013 précit., sp. proposition n° 5.3 s.

⁶ HUMANN (C.), Les juridictions de proximité sont mortes, vive les juges de proximité !, *PA*, 9 fév. 2012, p. 3 ; également, DALLE (H.), Le juge et la justice de proximité, *GP*, 2003/303, p. 31 s.

⁷ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 236.

⁸ MOUTOUH (H.), La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire, *D.*, 2002, chron., p. 3218 s.

⁹ Sur ce constat à propos de la justice de proximité, ARMANI MEKKI (S.), La déjudiciarisation, *GP*, 2008, *op. cit.*, sp. n° 23 et n° 44.

le débiteur ne prend pas une telle initiative. La révélation de son impossibilité économique à s'exécuter doit avoir lieu par un autre aspect.

§ 2. La fonction de détection face au débiteur passif

429. Détection externe. Dans l'appréhension des situations de d'impossibilité d'exécuter d'ordre économique, il ne serait pas raisonnable de s'en tenir à la seule initiative du débiteur en ce qu'il peut demeurer passif (A). Ce sont alors d'autres informations, hors la personne du débiteur, qui permettent la révélation d'un état de fait (B).

A. L'inertie du débiteur défaillant

430. Inconscience du débiteur. Si, en principe, le débiteur est le premier concerné par la survenance de ses propres difficultés, il n'est pas nécessairement réactif et diligent. Il peut effectivement adopter divers comportements dont le résultat est, d'une manière générale, l'ignorance de la situation de fait. Par exemple, la présumée connaissance des difficultés de l'entreprise peut se trouver en pratique occultée dans l'hypothèse où le débiteur ne dispose pas directement de l'ensemble des données comptables ou encore la gestion patrimoniale est diluée entre plusieurs organes ou personnes. Typiquement et malgré les différentes sources d'alerte interne¹, ce peut être la situation du chef d'entreprise. D'abord, toutes les entreprises ne sont pas soumises à l'obligation d'information économique prévue par la loi². Ensuite, l'alerte donnée par le commissaire aux comptes ou le comité du personnel notamment a une portée limitée³ au cadre de leur fonction⁴ au sein de l'entreprise et à sa diffusion au chef d'entreprise en principe⁵. Elle n'est pas systématique et pas nécessairement suivie d'effet.

¹ Not. commissaire aux comptes (C. com., art. L. 612-3) ; comité d'entreprise (C. tr., art. L. 2323-50) ou délégués du personnel (art. L. 2313-14) ; actionnaires SA (C. com., art. L. 225-32) ou associés SARL (art. L. 223-36) ; COUTURIER (G.), th. précit., sp. n° 32 s.

² Dispense pour les petites et micro-entreprises, C. com., art. L. 123-16 s.

³ Critique, COUTURIER (G.), th. précit., sp. n° 81 s. ; GINESTET (C.), La prévention et la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *D.*, 1994, p. 203 s., sp. n° 4 ; également, MORAND (M.), Les représentants du personnel et le déroulement de la procédure d'alerte interne, *JCP E*, 1988, II, 15357 ; SAVATIER (J.), Le comité d'entreprise et la prévention des entreprises en difficulté, *JCP E*, 1987, II, 15066 ; pour une appréciation générale, PIERRE (N.), Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte, *RTD com.*, 2006, p. 733 s.

⁴ Le commissaire aux comptes est nommé et rémunéré par l'entreprise ; AYMOND THIN (C.), Les commissaires aux comptes, *CDE*, 2015/5, dossier 36, *op. cit.* ; et, inversement, l'entreprise est cliente du commissaire aux comptes, DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises, *JCP E*, 1995/40, 493 ; de même à propos du comité d'entreprise qui représentant les salariés que l'entreprise emploie, GINESTET (C.), *loc. cit.*, sp. n° 4.

⁵ Le commissaire aux comptes peut *in fine* « informer de ses démarches » le président du tribunal, C. com., art. L. 612-3, al. 4 ; sa responsabilité civile et disciplinaire peut toujours être engagée s'il néglige l'information, ou, au contraire, déclencher, de mauvaise foi, l'alerte, ce qui limite, encore, la portée de sa prérogative, AYMOND THIN (C.), *loc. cit.*

D'une manière générale, au-delà du seul cas du chef d'entreprise, le débiteur, même informé, peut ne pas être lucide sur la réalité de sa situation et faire montre d'un positivisme exagéré. Il croit en un avenir nécessairement meilleur. Ou, encore, conscient de ses difficultés économiques, le débiteur peut se trouver embarrassé face à la multitude des outils à sa disposition pour la résolution de ses difficultés – cadre amiable, recours à des professionnels, organismes administratifs ou à l'autorité judiciaire - et demeurer alors dans une position d'attentisme. Son comportement passif a lieu par défaut d'identification de la réponse appropriée qu'il doit apporter à ses propres difficultés. En termes brefs, la connaissance et la prise de conscience de la situation économique ne sont pas nécessairement liées.

431. Choix volontaire. *A contrario*, l'attitude passive du débiteur en difficulté peut relever d'un choix volontaire. Il préfère consciemment ignorer son état de défaillance. Là encore, les raisons internes à ce choix sont multiples. Cela peut être par exemple par stratégie face à un concurrent ou pour ne pas rompre un lien de confiance établi avec un partenaire considéré comme vital, voire la méfiance vis-à-vis de l'autorité compétente¹ et la crainte de conséquences sévères.

432. Conséquence. En tout état de cause, l'ensemble des ces comportements aboutit au même résultat de non-révélation de l'impossibilité économique d'exécuter. Or, dans la mise en œuvre d'un traitement des difficultés, le facteur temporel est crucial². Dès la prise de conscience d'un tel état de défaillance économique, une réaction doit avoir lieu, qu'elle émane du débiteur, mais, aussi, d'autres acteurs de la détection.

433. Transition. Afin de dépasser l'absence d'initiative du débiteur, l'autorité nouvelle doit procéder à la détection de toute situation d'impossibilité économique d'exécuter en dehors de sa personne.

B. La fonction de centralisation des informations

434. Fonction de détection. D'une manière générale, détecter, c'est « relever des indices », « déceler la présence » ou « l'existence »³ d'un fait. La détection relève donc d'une action qui, décomposée, comprend d'une part la réception et la centralisation d'informations diverses et, d'autre part, l'analyse d'informations concordantes. Il est possible de considérer ces

¹ Sur celle du chef d'entreprise face aux tribunaux judiciaires, not. TEBOUL (G.), L'entreprise éligible, La cessation des paiements (...), *GP*, 2008/178, *op. cit.* et v. *supra*, sp. n° 12 et n° 240.

² Not. SOINNE (B.), Le temps, *RPC*, 2010/1, repère 1 ; CHAPUT (Y.), « (...) chronojuridicité », in mél. D. TRICOT, *op. cit.*

³ Pour l'ensemble, *Dictionnaire Larousse* précit., v. « détecter ».

deux éléments comme deux étapes distinctes et, alors, de viser initialement la réunion d'informations provenant de sources extérieures à la personne du débiteur¹.

435. Techniques existantes. La loi et la pratique connaissent déjà une détection des difficultés hors la personne du débiteur. Pour le surendettement, il s'agit du Fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP) tenu à l'échelle nationale par la Banque de France qui est seule habilitée à centraliser les informations sur la solvabilité des emprunteurs à destination des établissements de crédit ou de paiement². C'est donc un fichier unique pour l'ensemble des établissements financiers, sans distinction, à visée préventive³. Outre le signalement des incidents de paiement caractérisés, la commission de surendettement - ou le juge ayant à en connaître⁴ - transmet également pour inscription⁴ les éléments du traitement d'un surendettement dès le dépôt de la demande par un particulier⁵.

Comparativement, la détection en droit des entreprises en difficulté au moyen d'informations extérieures paraît plus développée, mais toutefois moins uniformisée et institutionnalisée. Dans l'enceinte juridictionnelle, est tenu par chaque greffe⁶ du tribunal de commerce le registre du commerce et des sociétés qui remplit la fonction de renseignement centralisé sur les entreprises⁷. Mais il ne constitue pas la source exclusive d'informations des cellules judiciaires de détection-prévention⁸ qui, possiblement, invitent aux réunions informelles qu'elles tiennent : les créanciers publics du Trésor, de l'URSSAF ou le service de la Banque de France chargé de la gestion du FICP⁹. De la même manière, hors cadre légal, les CODEFI disposent par exemple de cette même fonction générale de détection des difficultés par l'information de ces différents membres¹⁰. Peut être ajouté le rôle d'organismes professionnels qui assurent également une telle activité par la collecte d'informations tels que les Centres

¹ L'analyse des informations est étudiée dans le paragraphe suivant, v. *infra*, sp. n° 461 s.

² Plus précisément, établissement de crédit et sociétés de financement, de monnaie électronique et de paiement (CMF, Livre V, Titre I-II) et autres organismes notamment d'assurance (CMF, art. L. 511-6), C. consom., art. L. 751-2.

³ Doit être obligatoirement déclaré tout incident de paiement *caractérisé* (C. consom., art. L. 751-1, al. 1^{er} et L. 752-1 ; arrêté du 26 oct. 2010 précit., art. 13) et consulté pour la délivrance d'un crédit (art. L. 312-16) sans que l'inscription entraîne une interdiction de délivrance d'un crédit ; de plus, le débiteur peut obtenir la radiation immédiate en procédant au paiement ; et les informations ne sont conservées que pendant un temps limité (expressément, art. L. 751-2, al. 1^{er} et 752-1, al. 2) ; critique et sur le rejet d'un registre positif, v. *supra*, sp. n° 403, n. 3.

⁴ Sur recours de l'intéressé ou en cas de rétablissement personnel et effacement des dettes, C. consom., art. L. 752-2.

⁵ Dépôt de la demande, instruction du dossier et plan conventionnel, C. consom., art. L. 752-2 et 752-3.

⁶ Au niveau national, le registre national du commerce et des sociétés (RNCS) est tenu par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), C. com., art. R. 123-80.

⁷ Par ex., dépôt des comptes annuels et rapports de gestion pour certaines sociétés, bordereaux Dailly, inscriptions de privilèges, résultats du capital, informations sur les procédures collectives, y compris de conciliation (accord homologué) etc.

⁸ Sur les cellules de détection-prévention au sein des tribunaux de commerce, v. *supra*, sp. n° 229.

⁹ MODAT (P.), Les cellules de prévention, *RPC*, 2011/2, *op. cit.*, sp. n° 8.

¹⁰ Pour les CODEFI, circ. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.1.

régionaux d'information sur la prévention (CIP)¹ sous l'impulsion des experts-comptables². Une coordination de principe a lieu entre ces différents acteurs³ sans autre formalisation ou harmonisation.

436. Fonction de l'autorité de détection. Face à cette diversité, l'autorité de détection peut avoir pour fonction de réaliser de manière uniformisée la centralisation de l'ensemble des informations relatives à la situation économique des débiteurs. Il est vrai que celle-ci apparaît comme étant davantage de nature administrative que juridictionnelle⁴. Elle est par ailleurs le relais naturel d'une composition comprenant divers représentants d'administrations publiques ou parapubliques et qui, précisément, sont titulaires directement de renseignements intéressant le patrimoine des personnes. Il s'agit seulement à ce stade de regrouper et réunir une pluralité d'informations, ce qui impose corrélativement un strict respect de la confidentialité. La centralisation par les détenteurs directs du renseignement administratif notamment et l'uniformisation de la détection des difficultés par une autorité unique permet à juste titre de ménager l'impératif du secret.

437. Sources objectives de renseignement. Diverses sources d'informations peuvent être employées par l'autorité de détection. À ce titre, différents registres et autres fichiers existent et peuvent être considérés d'une manière générale comme une source objective et statique de renseignement. C'est notamment⁵ le cas du registre du commerce et des sociétés⁶ et, aussi, d'autres plus spécialisés, tels que le registre des protêts reprenant globalement les informations des notaires et des huissiers⁷ et celui des sûretés⁸, consignnant les incidents de paiements des dettes fiscales et sociales⁹. L'autorité de détection peut s'appuyer sur ces registres pour l'exercice de sa mission, se substituant à l'actuelle tenue dans l'enceinte juridictionnelle¹⁰ qui paraît peu

¹ (CIP), associations (loi 1901), trio formé d'un avocat, expert-comptable et ancien juge consulaire qui offre au chef d'entreprise une information renforcée sur l'existence des différents outils permettant la résolution des difficultés des entreprises, voire, à la demande du chef d'entreprise, un accompagnement dans leur mise en œuvre, v. site en ligne, cip-national.fr ; MONTÉLAN (T.), Pour une cause nationale : les CIP au secours des entreprises en difficulté, *BJE*, 2014/2, p. 120 s. ; sans pouvoir être assimilé aux dépositaires du droit d'alerte, leur mission étant de simple information, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 47.

² V. en ligne, leur site dédié et mis en place avec les CIP, entrepriseprevention.com ; par ailleurs, TOGNACCIOLI (J.-F.), L'avocat et l'expert-comptable, pour une convergence de compétences au service de l'entreprise en difficulté, *RPC*, 2010/1, alerte 1.

³ Not., elle est prévue dans les circulaires régissant les CODEFI et CIRI (cir. 9 janv. 2015 précit., sp. n° 1.2.1) ; par le décret régissant les CCSF (D. n° 2007-686 du 4 mai 2007 précit., art. 5) ; elle est de pratique concernant les cellules judiciaires, VALLENS (J.-L.), Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de « prévention-détection » ?, *D.*, 2010, *op. cit.*, sp. n° 1.

⁴ V. *supra*, sp. n° 365 et n. *infra*, ce paragraphe.

⁵ Il peut être visé par ailleurs les registres étrangers puisque le règl. n° 2015/848 précit., art. 24, § 1 impose la création de registres d'insolvabilité aux États membres, SOULARD (A.-C.), « L'interconnexion des registres d'insolvabilité », in F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE (dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité (...)*, *op. cit.*, p. 199-207.

⁶ (RCS) ; C. com., art. L. 123-1 s.

⁷ État nominatif des protêts, C. com., art. L. 511-56.

⁸ CGI, art. 1929 *quarter* et CCS, art. L. 243-5 ; sur ces registres, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 165 s.

⁹ Dont la publicité est désormais obligatoire afin de conserver leur privilège, art. 175, L. 26 juill. 2005 précit.

¹⁰ Le RCS est tenu par le greffe des TC sous la surveillance du président (ou d'un juge commis), art. L. 123-6, al. 1^{er} ; pour le registre des protêts, art. L. 511-56,

justifiée¹. Ce n'est au demeurant pas la situation du registre équivalent pour les artisans² et pour les agriculteurs³ qui relèvent des institutions professionnelles compétentes et non, du greffe du tribunal de commerce. La Banque de France tient également, en tant qu'organisme externe d'évaluation du crédit, certains fichiers susceptibles de constituer une source objective d'information pour l'autorité de détection. Outre le FICP particulièrement indicatif pour le surendettement⁴ et dont elle a l'exclusivité, la Banque de France dispose de la même manière du fichier bancaire des entreprises⁵ qui permet une cotation des entreprises grâce aux informations communiquées par les établissements de crédit⁶, ainsi que la centrale des bilans et le service central des risques qui contient les informations communiquées par les entreprises volontaires⁷.

438. Sources subjectives d'information. L'autorité de détection peut encore s'appuyer sur d'autres informations pour réaliser sa mission et qu'il est possible de considérer comme étant subjectives et actives au regard de leur source. En effet, hors la personne du débiteur, les créanciers insatisfaits constituent un renseignement d'importance dans la révélation des difficultés d'un débiteur. Ils peuvent ainsi signaler des retards dans le paiement, répétés ou considérablement prolongés, voire, plus définitivement, des impayés. Cette information peut être leur propre fait comme transparaître de la mise en œuvre, vaine, de procédures de recouvrement forcé, d'assignations en paiement et injonctions de payer⁸, voire, plus intensément, d'une assignation en justice.

439. Cas particulier de l'information des créanciers en droit des entreprises en difficulté. Alors que le droit du surendettement ignore l'action des créanciers aux fins de traitement d'un débiteur surendetté⁹, telle n'est pas la position du droit des entreprises en difficulté, au contraire. Il faut rappeler qu'il admet l'ouverture judiciaire d'une procédure collective sur assignation des créanciers et le texte précise « quelle que soit la nature de sa

¹ Elle pourrait être dissocié du greffe, rapp. Marshall précit. sp. prop. n° 10.7 ; VALLENS (J.-L.), L'honneur est sauf : les tribunaux de commerce ne sont pas contraires à la Constitution, *D.*, 2012, p. 1413 s., sp. n° 5 ; sans néanmoins remettre en cause l'efficacité du travail actuel des greffes des tribunaux de commerce dans cette fonction, v. *supra*, sp. n° 185 et n° 229 ; sur la pratique, DELATTRE (C.), La tenue de l'audience des procédures collectives, *BJE*, 2013/6, p. 399 s. ; la justification serait en réalité économique, BOBET (P.), « Notre modèle économique repose sur la diffusion payante de l'information, si l'on touche à cela, on remet en cause toute l'économie des greffes des tribunaux de commerce », par O. DUFOUR, *PA*, 1^{er} déc. 2015, p. 4 s.

² Répertoire des métiers (RM), tenu par la chambre des métiers, C. artisanat, art. 23-1, 5°.

³ Registre de l'agriculture, tenu par l'assemblée des chambres d'agriculture, C. rur., art. L. 311-2.

⁴ V. *supra*, sp. sp. n° 403, n. 3 et 435.

⁵ (FIBEN), CMF, art. L. 131-85.

⁶ CMF, art. L. 141-6, I ; toutefois, suppression de l'indicateur (040) de l'ouverture d'une procédure de LJ, art. D. 144-12 ; v. *supra*, sp. n° 404, n. 2 ; pour une critique des indicateurs dirigeant 050/060, not. PÉROCHON (F.), Comment oublier les plus combattifs : un raté de « l'indicateur dirigeant », éditorial, *BJE*, 2013/5, p. 257 s.

⁷ Critique en raison de l'absence de systématisation de l'information, BORDAS (F.), Devoirs professionnels des établissements de crédit, secret bancaire, *Jel Banque, crédit, bourse*, fasc. n° 141, sp. n° 267 s.

⁸ Fondement, C. civ., art. 1103 ; requête, CPC, art. 1405.

⁹ Seul le débiteur a le droit de saisine exclusif de la commission, solution déduite, C. consom., art. L. 721-1 et R. 721-1 s.

créance »¹. Cette dernière précision est source de facilitation pour les créanciers pour lesquels la saisine n'est pas, pour ce critère, restrictive², quoi qu'il faille encore assigner devant la juridiction compétente³. En tout état de cause, c'est une faculté remarquable qui est reconnue aux créanciers professionnels. Il s'agit d'une véritable citation en justice⁴. C'est donc un élément particulièrement informatif.

Cependant, la pratique tempère la portée de cette information. Le demandeur à l'action doit, conformément aux règles du droit commun⁵, apporter la preuve nécessaire à son soutien, en l'occurrence, la cessation des paiements de son débiteur⁶. Condition d'ouverture du redressement judiciaire, la liquidation judiciaire impose en plus de prouver l'impossibilité manifeste d'un redressement⁷, ce qui alourdit la charge de la preuve. Or, il faut s'interroger sur la réelle possibilité du créancier de démontrer l'impossibilité de son débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible⁸. Cela est d'autant plus délicat que la jurisprudence se montre particulièrement stricte quant à son admission⁹. Dans les faits, le créancier va devoir patienter¹⁰ jusqu'à un stade de défaillance de son débiteur suffisamment avancé pour pouvoir se constituer une telle preuve. Le droit antérieur exigeait même la preuve supplémentaire de la mise en œuvre, préalable et vaine, de la part du créancier demandeur des voies d'exécution forcée du droit commun¹¹. Quoi qu'il en soit, l'assignation du créancier aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement et de liquidation judiciaires¹² doit être exclusive - sous peine d'irrecevabilité qui doit être soulevée d'office par le juge - de toute autre requête¹³, par exemple, il n'est pas possible pour le créancier de demander au principal, l'ouverture d'une procédure

¹ Pour le RJ, C. com., art. L. 631-5, al. 2 et la LJ, art. L. 640-5, al. 1^{er} ; à l'exclusion de la sauvegarde, art. L. 620-1, al. 1^{er}.

Le créancier doit tout de même faire mention de la nature et du montant de la créance dans sa demande, à titre informatif, art. R. 631-2, al. 1^{er} ; l'absence de ces mentions pourrait alors constituer une fin de non-recevoir pour le tribunal, CA Paris, 4 nov. 1986.

² D'autres - en dehors de la question de la nature de la créance - existent, tels que l'absence de conciliation en cours ou le respect d'un délai de prescription en cas de cessation de l'activité.

³ *Ratione loci et materiae* ; tribunal de commerce ou TGI, C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er}.

⁴ Interrompant le délai de prescription, C. civ., art. 2242 ; par ex., Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-10.852 ; *Bull. civ.*, IV, n° 97 ; CAGNOLI (P.), Prescription et procédures collectives, *RPC*, 2011/3, étude 12.

⁵ C. civ., art. 1353

⁶ C'est-à-dire la preuve que le débiteur ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible, par ex. : Cass. com., 22 juin 2009, n° 97-14.518 ; n.p.B. ; *RPC*, 2000, p. 45, n. J.-M. DELENEUVILLE ; La cessation des paiements est un fait juridique qui se prouve par tous moyens, C. com., art. R. 631-2, al. 1^{er}.

⁷ Expressément, C. com., art. R. 640-1, al. 3.

⁸ Critique, considérant inapplicables les dispositions de la loi, VALLENS (J.-L.), La preuve de la cessation des paiements, *RPC*, 2009/5, étude 25, sp. n° 12 et 17 ; qualifiant la preuve de « diabolique », PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 368.

⁹ La cessation des paiements se distingue de simples difficultés et ne se présume pas du seul non-paiement de la créance ; par ex., Cass. com., 25 fév. 1997, n° 95-18.607 ; n.p.B. ; *D.*, 1997, p. 484.

¹⁰ TEBOUL (G.), La cessation des paiements : approche de l'avocat, *PA*, 25 juill. 2002, p. 4 s.

¹¹ Si le texte ancien exigeait, *in expresso*, la mention des procédures éventuellement engagées avant l'assignation (D. n° 85-1388, 27 déc. 1985, art. 7), le terme « éventuellement » fut supprimé (D. n° 94-910, 21 oct. 1994, art. 15), ce dont la jurisprudence a déduit l'obligation de mettre en œuvre préalablement les procédures de recouvrement du droit commun ; l'absence de cette mention dans l'acte d'assignation était qualifiée de fin de non-recevoir, Cass. com., 1^{er} mars 2005, n° 03-12.425 ; *Bull.*, IV, n° 41, p. 47 ; puis l'exigence d'une telle mention a été totalement supprimée en 2005, D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 178 et 354 ; LIENHARD (A.), Sauvegarde des entreprises : présentation du décret d'application n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, *D.*, 2006/2, p. 150 s.

¹² Encore par la réforme du droit, celui-ci admet que le créancier accompagne la demande d'ouverture d'un RJ d'une demande subsidiaire d'ouverture d'une LJ, C. com., art. R. 631-2, al. 2 et réciproquement pour la LJ ; D. n° 2009-160, 12 fév. 2009.

¹³ C. com., art. R. 631-2 et R. 631-2, al. 2.

collective, et, à titre subsidiaire, le paiement de sa créance¹. Cela limite fortement l'intérêt de l'action pour le créancier insatisfait. Il en va de même quant à l'aboutissement de sa demande puisque, selon l'appréciation souveraine des juges du fond, elle autorise seulement l'ouverture d'une procédure collective, ce qui ne signifie pas nécessairement le paiement de la créance en cause². À défaut, si l'action se révèle infondée³, c'est la responsabilité du créancier demandeur qui peut être engagée, ce à quoi les juges veillent particulièrement en faisant montre « d'une grande bienveillance envers des débiteurs mauvais payeurs et d'une non moins grande férocité à l'encontre de créanciers dont le seul tort est d'insister pour être payés »⁴ et en recourant, s'il le faut, à la responsabilité délictuelle du droit commun⁵. Il est certain que la mise en œuvre d'une telle action par le créancier constitue une formidable prérogative⁶, notamment au regard du traitement du surendettement.

En conséquence, en pratique, l'assignation ne peut être le fait que de quelques créanciers qui se trouvent, pour sa mise en œuvre, dans une situation privilégiée⁷. Cela vise les créanciers institutionnels - URSSAF, Trésor public, établissements financiers notamment - qui sont à même de se constituer la preuve d'une cessation des paiements véritable et, sinon, à pouvoir supporter la responsabilité qui en résulterait.

440. La prise en compte de l'information des créanciers impayés par l'autorité de détection. Dans ce contexte, l'information privilégiée de, non seulement, certains créanciers avantagés, mais, aussi, plus largement, de tout créancier impayé – y compris le créancier non

¹ Pour un exemple récent, TC Valenciennes, 29 avril 2013, n° 2013002197 et 2013002198, *aff. URSSAF NPDC* ; *Act. proc. coll.*, mai 2013, alerte 115 ; il a été jugé que cette solution ne s'applique pas à la demande d'extension de la procédure, Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-16.635 ; *Bull.*, IV, n° 119 ; not. *RPC*, 2014, comm. 1, n. P. CAGNOLI ; *Procédures*, 2013, comm. 291, n. B. ROLLAND ; pour la jurisprudence ancienne contraire, com., 1^{er} déc. 1992, n° 90-20.409 ; *Bull. civ.*, IV, n° 383 et com., 17 fév. 1998, n° 95-14.839 ; *Bull. civ.*, IV, n° 74.

² C'est donc seulement espérer par l'ouverture d'une procédure collective, la promesse d'un paiement échelonné ou provoquer la réalisation d'actifs pour un paiement hypothétique à condition d'être classé en rang utile ou, encore, la possibilité pour un créancier concurrent de se présenter comme un repreneur, VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 222 ; pour rappel, les créanciers peuvent proposer un plan de redressement, C. com., art. L. 631-19, al. 2.

³ L'action est qualifiée d'abusives, y compris lorsqu'elle exercée un peu trop légèrement, sans besoin de caractériser particulièrement l'élément intentionnel de la définition classique de l'abus en droit ; par ex., Cass. com., 5 déc. 1989, n° 88-10.340 ; *Bull. civ.*, IV, n° 305 ; *RDB*, 1990, p. 140, n. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; critique au regard de la notion d'abus, MESTRE (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in méf. P. RAYNAUD, Dalloz, 1985, p. 439 s., sp. n° 28 ; d'une manière plus générale sur la notion d'abus, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La moralisation des procédures collectives : regards sur la jurisprudence récente », in méf. G. FARJAT, *op. cit.*, p. 503-515.

⁴ PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 386.

⁵ Par ex., considérant « que la demande de mise en redressement judiciaire ne peut être utilisée comme moyen de pression pour obtenir le règlement de dettes », engage la responsabilité délictuelle du créancier assignant, Cass. com., 1^{er} oct. 1997, n° 95-13.262 ; *Bull.*, IV, n° 233, p. 204 ; *D. aff.*, 1997, p. 1258 ; *JCP E*, 1998, p. 469, n. F.-X. LUCAS ; également, v. MESTRE (J.), Le droit pour le créancier de recouvrer son dû... et ses limites, *RTD civ.*, 1990, p. 477 s.

⁶ A ainsi lieu la pratique des « assignations-menaces » qui consistent, pour le créancier impayé, à initier une telle action pour exercer une pression judiciaire sur le débiteur défaillant afin qu'il s'exécute ; le créancier retirant sa demande dès l'obtention du paiement ; par ex., DELATTRE (C.), L'assignation « pression » existe toujours, n. sous arrêts (TC), *RPC*, 2009/6, comm. 142 ; PÉTEL (P.), Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, *JCP G*, 1998/7, I, 111, sp. n° 45 ; ROBINE (D.), n. sous Cass. com., 1^{er} mars 2005, *GP*, 2006/173, p. 40 s. ; sur le sujet, v. LUCAS (F.-X.), « L'assignation téméraire en redressement judiciaire », in méf. AEDBF-France, t. II, éd. Banque, 1999, p. 271-284 ; le risque principal pour l'entreprise est le dévoilement de ses difficultés.

⁷ Ce qui peut aboutir à une rupture du principe d'égalité de tous devant la Justice, CEDH, art. 6, § 1 et, au plan interne, issu du principe d'égalité devant la loi, DDHC, art. 6.

professionnel, impuissant pour l'ouverture d'une procédure de surendettement -, peut être reçue par l'autorité de détection sans *de facto* connaître des griefs qui sont portés contre l'assignation en redressement ou liquidation judiciaires. Dans un cadre extrajudiciaire, ce signalement peut être pris plus aisément en compte et, surtout, être favorisé. Il est nécessaire que la méfiance à l'égard du créancier agissant soit dépassée pour, véritablement, retenir l'élément informatif que sa demande contient. Cela est d'autant plus vrai que le législateur lui-même tend à effacer le caractère répressif des procédures collectives, de sorte que l'ouverture d'une procédure collective ne tend plus à être considérée comme un mal pour le débiteur, mais, au contraire, un bénéfice¹. Dès lors, l'autorité doit pouvoir accueillir, à l'instar du débiteur défaillant, les créanciers qui ne parviennent pas à obtenir le paiement en raison de la défaillance de leur débiteur. Leur renseignement participe assurément, avec d'autres et en cas d'inertie du débiteur, à la révélation des difficultés, lesquelles peuvent être par ailleurs anticipées². Il n'y a pas lieu à ce qu'il soit, *in facto*, l'apanage réservé de certains créanciers et, juridiquement, refusé aux créanciers non professionnels du débiteur quand le droit des entreprises en difficulté ne distingue pas la nature de la créance³.

441. Transition. La détection de l'impossibilité économique d'exécuter a nécessairement lieu par différents canaux, l'attitude du débiteur n'étant pas toujours égale dans sa révélation. Il appartient alors à l'autorité de détection de procéder à son constat.

§ 3. La constatation d'une impossibilité économique d'exécuter

442. Rôle de coordination. L'autorité de détection, afin d'exercer sa mission, doit se présenter d'une manière générale comme une institution centralisatrice des indices de difficultés et coordinatrice des acteurs compétents. Elle tend à dépasser la pluralité des autorités et des autres institutions de détection qui existe et regrouper, pour un cas particulier, diverses informations. C'est le caractère d'unicité de l'autorité de détection qui a vocation ici à

¹ PÉROCHON (F.), « Le "bénéfice" sélectif de la procédure collective », *in* mél. C. MOULY, *op. cit.* ; ROUSSEL GALLE (P.), Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ?, *RPC*, 2012/3, *op. cit.* et (...) Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, *JCP E*, 2006, *op. cit.*, sp. n° 5 ; TRICOT (D.), Rapport de synthèse, *RPC*, 2012, *op. cit.*, sp. n° 3 ; VOINOT (D.), L'extension d'une procédure de liquidation judiciaire (...), *D.*, 1997, *op. cit.* ; dans le même sens et spécialement à propos de l'assignation des créanciers à l'ouverture d'une procédure collective qui n'est plus destinée à leur paiement, mais pour l'intérêt général, LUCAS (F.-X.), LE CORRE (P.-M.), Droit des entreprises en difficulté (nov.-mai 2005), n. sous Cass. com. 7 mars 2006, *D.*, 2006, p. 2250.

² La preuve de la cessation des paiements suppose une action tardive pour parvenir à sa démonstration ; l'assignation permet donc de meilleurs résultats, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 438 et n. n° 29 ; dans le même sens, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 1097 ; y compris pour les créanciers avantagés, COCHETEUX (E.), Assignation en liquidation judiciaire des professionnels libéraux par les comptables publics, *RPC*, 2008/1, étude 11.

² C'est-à-dire le passif exigible couvert par l'actif disponible, cass. 22 juin 2009 précit.

³ C. com., art. L. 631-5, al. 2.

s'exprimer. Par celui-ci, elle va pouvoir confronter l'ensemble des informations relatives à la situation économique d'un débiteur. L'objectif est d'aboutir à une vision globale¹ de la défaillance du débiteur et, non plus, dispersée.

443. Établir un diagnostic. La centralisation des informations peut donner lieu au constat d'une impossibilité d'exécuter. Il s'agit alors d'établir ce qu'il est possible d'appeler, usant volontairement d'un vocabulaire médical², un diagnostic. À partir d'un ensemble d'éléments symptomatiques, la question est de mettre en lumière la défaillance économique du débiteur. Or, au stade de la simple détection, ce diagnostic doit être rapide et bref. Il s'envisage comme une synthèse orientée vers la formulation d'un tel constat d'une variété d'informations. Concrètement, dès lors que différents indices, appréhendés uniformément, corroborent un état caractérisé de difficultés économiques, un diagnostic doit prestement le mettre en évidence. Il n'est donc pas un examen particulièrement approfondi, détaillé et analysé de la situation. C'est au contraire un diagnostic global, qui reprend l'ensemble des éléments donnés en indice sans, de prime abord, attribuer la faveur à l'un et, moins encore, ignorer un autre. La finalité du diagnostic est d'arrêter un constat à un instant déterminé. Il justifie alors la poursuite ou non de la mission de détection vers une phase plus avancée. Il doit être compris comme préalable et indispensable à toute mise en œuvre d'un traitement. Sans préciser encore lequel, il doit être un signal suggérant son déclenchement.

444. Compétences techniques. Si la composition d'origine administrative permet d'appréhender directement les informations détenues par les différents créanciers publics, institutionnels ou autres représentants sur la situation de fait du débiteur, la présence à ce stade de membres experts permet de traiter les indices de manière objectivée et précisée. Effectivement, l'établissement du diagnostic constatant un état d'impossibilité économique d'exécuter peut nécessiter plusieurs compétences techniques, d'ordre financier, économique, juridique ou social. Par exemple, le régime matrimonial du débiteur ou le secteur d'activité, comme les aspects spécifiques de l'endettement sont autant d'éléments susceptibles d'avoir une incidence sur la constatation ou non d'un tel état et qui peuvent requérir des connaissances ou

¹ Sur la nécessité de réaliser une vision globale du passif à restructurer, en lieu et place des distinctions du droit positif (notamment, droit du surendettement/droit des entreprises en difficulté), DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), *L'adaptation et l'articulation délicates des procédures d'exécution à l'EIRL*, *RDB*, 2010/5, étude 23, sp. n° 22.

² Courant en la matière, not. PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1 ; sur le terme de diagnostic, BARON (J.), PARTOUCHE (N.) et ROUSSEL GALLE (P.), *Restructurations d'entreprises : les aspects financiers*, table ronde, *CDE*, 2015/2, entretien 2 ; PONCEBLANC (G.), *Diagnostic et thérapeutique des entreprises en redressement judiciaire : méthodes expérimentales ou sciences exactes*, *GP*, déc. 1989, p. 742 s. ; cela s'expliquerait par le fait que la démarche est comparable, NAVARRE (C.), *Contribution à une théorie du diagnostic d'entreprise*, th., J.-P. DEBOURSE (prés.), Lille I, 1978, 364 p., sp. « Valeur et portée de l'analogie entre le diagnostic médical et le diagnostic d'entreprise », p. 18 s.

une expérience particulières. Le droit recourt déjà à de tels experts à cette fin, notamment¹ le droit des entreprises en difficulté qui fait appel à une catégorie juridique originale que sont les experts en diagnostic d'entreprise². Ces derniers sont spécialement compétents en la matière³, ils éclairent le juge par l'établissement d'un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise⁴. C'est donc une assistance technique sur un point particulier et complexe. De la même manière, les membres experts de l'autorité de détection sont amenés à remplir cette fonction d'expertise.

¹ Pour le droit du surendettement, il peut être rappelé que quatre personnalités choisies en fonction de leur compétence, connaissance et diplôme spécifique composent la commission de surendettement, C. consom., art. R. 712-2, 2°-3° ; v. *supra*, sp. n° 411.

² C. com., art. L. 813-1 ; institués par L. 25 janv. 1985 précit., art. 30-31 et D. n° 85-99, 27 déc. 1985 précit., art. 83-90 ; statut initialement autonome, mais suite à sa modification en 2004 (L. n° 2004-130, 11 fév. 2004 ; D. n° 2004-1463, 23 déc. 2004, art. 53 ; *GP*, 2004/167, p. 2, M. OLIVIER) et en 2011 (L. n° 2011-331, 8 mars 2011, art. 20), les experts en diagnostic intègrent désormais le statut général des experts judiciaires (CPC, art. 145) par leur inscription sur une même liste, art. L. 813-1, al. 3 ; toutefois, cela ne met pas fin à leur spécificité en ce qu'ils sont constitués, en leur sein, en une catégorie particulière pour l'application des dispositions du droit des entreprises en difficulté ; BAUDRAN (A.-S.), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Expert en diagnostic d'entreprise, *Jcl. proc. coll.*, fasc. n° 2250 ; GANDUR (R.), L'expertise judiciaire en diagnostic d'entreprise, *GP*, 1985/2, doct., p. 698-701 ; OLIVIER (M.), Un nouveau venu en matière d'expertise, « l'expert en diagnostic d'entreprise », *GP*, 1985/1, doct. 191.

³ Considérant que, lorsqu'il est précisé que le tribunal peut nommer un ou plusieurs experts pour la mission qu'il détermine (C. com., art. L. 621-4, al. 3), cela fait nécessairement référence aux experts en diagnostic d'entreprise, CA Paris, RG n° 14/07270, 15 janv. 2015 ; *LEDEN*, 2015/3, p. 1, n. F.-X. LUCAS.

⁴ C. com., art. L. 813-1, al. 1^{er}.

Conclusion du Chapitre II

445. Détection des difficultés et choix de l'autorité compétente. La nouvelle approche de la détection¹ permet de déterminer une autre autorité que le juge pour sa mise en œuvre. En effet, considérant l'inadéquation du mode judiciaire² avec cette phase qui suppose rapidité, souplesse et, surtout, confidentialité, un autre mode peut être désigné, d'autant qu'aucun attribut juridictionnel n'est ici appelé. La voie administrative est à cet égard intéressante : la prise en charge des débiteurs défaillants serait ainsi conçue comme une mission d'ordre public³, la détection relevant d'une activité de régulation propre à l'administration⁴ et l'alerte sur les difficultés économiques du débiteur étant prioritairement donnée par les représentants des administrations publiques et autres organismes institutionnels⁵. Toutefois, il ne faudrait pas oublier les griefs adressés à l'égard du mode administratif, tenant notamment à l'intérêt limité du traitement à certaines entreprises⁶. De sorte que, tout en retenant un caractère administratif en raison de la composition⁷ et la nature de la mission⁸, l'autorité de détection se distinguerait par une prise d'indépendance dans l'exercice de sa fonction.

446. Institution d'une autorité administrative indépendante (AAI). Les AAI constituent un modèle particulièrement adapté à l'autorité de détection suggérée. Elles correspondent à la recherche d'une forme nouvelle, plus souple, objective et transparente de l'intervention publique⁹, se distinguant notamment par son indépendance¹⁰ et son expertise¹¹. L'autorité de détection pourrait donc adopter ses caractéristiques générales¹², adjoignant notamment à sa composition administrative des membres spécialement qualifiés¹³ pour la détection des difficultés.

¹ Sur son critère, v. *supra*, sp. n° 293-311.

² Évaluée en première partie de la thèse, v. *supra*, not. n° 232 et en ce sens, n° 364.

³ V. *supra*, sp. n° 365, n° 398 et n° 424 s.

⁴ V. *supra*, sp. n° 392.

⁵ C'est pour cela qu'ils sont appelés à composer l'AAI proposée, v. *supra*, sp. n° 401-406.

⁶ L'État opère une sélection des entreprises lorsqu'il intervient, v. *supra*, sp. n° 61-65.

⁷ V. *supra*, sp. n° 401.

⁸ V. *supra*, sp. n° 365 et n° 436.

⁹ V. *supra*, sp. n° 390.

¹⁰ Bénéficiant d'un statut particulier de détachement au sein de l'administration, v. *supra*, sp. n° 385 et n° 408 s.

¹¹ Grâce à la présence de membres choisis en raison de leur compétence, v. *supra*, sp. n° 411.

¹² En conformité avec les propositions de lois portant statut général des AAI en cours de discussion, v. *supra*, sp. n° 383, n. 6.

¹³ Sur ces membres spécifiques, v. *supra*, sp. n° 411.

447. Rôle de l'autorité nouvelle. L'autorité proposée aurait pour mission de détecter les situations d'impossibilité économique d'exécuter. Cela implique pour elle d'adopter une double démarche : à la fois d'accueil des débiteurs réactifs¹ et de centralisation des informations. L'ensemble aboutirait à un diagnostic de détection², conditionnant le déclenchement ou non d'un traitement contraignant. Contrairement à la diversité des acteurs compétents en matière de détection, l'unité dans la mise en œuvre de cette fonction en faciliterait la réalisation, déchargeant notamment l'autorité judiciaire³ de cette mission.

¹ V. *supra*, sp. n° 420-421.

² V. *supra*, sp. n° 443.

³ Visant l'activité des cellules judiciaire de détection, v. *supra*, sp. n° 229 ; et les prérogatives du président du tribunal tenant à l'alerte du chef d'entreprise, v. *supra*, not. n° 236.

448. Renouveler la phase de détection des difficultés. Dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, c'est principalement l'autorité judiciaire qui prend en charge la fonction de détection, que ce soit de manière spontanée¹ ou par la loi². Or, cela dépasse son office classique³ en raison de l'exercice d'une mission qui n'est pas proprement juridictionnelle, appelant à jouer par ailleurs d'autres rôles⁴. C'est en partie ce qui explique que certaines pratiques ne soient pas ratifiées par le législateur⁵. Par conséquent, dans la perspective d'une restructuration générale du processus de traitement, il est nécessaire de revoir cette phase préalable et indivisible qu'est la détection des difficultés.

449. Nouvelle approche. Le renouvellement de la détection a lieu par la définition d'un nouveau critère d'appréhension des difficultés et l'institution d'une nouvelle autorité pour sa mise en œuvre. Concrètement, *l'impossibilité économique d'exécuter*⁶ constituerait cet indicateur et sa recherche serait confiée à une autorité copiée sur le modèle des autorités administratives indépendantes (AAI)⁷. Ces paramètres ne correspondent pas au contenu du droit positif en ce qu'ils différencient nettement la détection d'autres phases⁸, écartent le mode judiciaire et, surtout, procèdent communément quant à la qualité exacte du débiteur⁹ et le degré précis de difficultés¹⁰.

Alors que ces éléments peuvent paraître innovants, en réalité, ils mettent en lumière des données déjà existantes dans le traitement des entreprises en difficulté, mais de manière sous-jacente. Par exemple, à propos du choix du mode administratif, divers organes de nature administrative s'attachent en fait à la détection des difficultés des entreprises¹¹ bien qu'ils ne soient pas intégrés aux dispositions de ce droit¹². Quant au critère dégagé, la lecture des textes

¹ Y compris de manière spontanée, à propos des cellules de détection, v. *supra*, sp. n° 229-230.

² Plus précisément au président du tribunal, C. com., art. L. 611-2, I ; v. *supra*, sp. n° 234-237.

³ Sur sa définition, v. *supra*, sp. n° 221 ; en droit des entreprises en difficulté, n° 222 ; sa dénégation, n° 225 s. et n° 255 s.

⁴ Par exemple, celui de conseil du dirigeant, v. *supra*, sp. n° 229-230.

⁵ Concernant les cellules judiciaires, v. *supra*, sp. n° 229-230.

⁶ Sur l'établissement de ce critère, v. *supra*, sp. n° 294-311.

⁷ Faisant la proposition et envisageant sa concrétisation, v. *supra*, sp. n° 400-416.

⁸ Particulièrement la prévention, par ex. : à propos de la convocation du dirigeant par le président du tribunal, v. *supra*, sp. n° 284.

⁹ Ou de la nature de son activité, C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; v. *supra*, sp. n° 130-134.

¹⁰ Sur les différents degrés du droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 120-126.

¹¹ C'est le rôle des CODEFI et du CIRI notamment, circ. 9 janv. 2015 *relative aux modalités d'accueil et de traitement des entreprises (...)* précit., sp. n° 1.2.1 ; également des CCSF et CRP ; pour l'ensemble, v. *supra*, sp. n° 4 et n° 79-85.

¹² Critique, v. *supra*, sp. n° 81-82 ; pour sa confrontation avec le Code de la consommation qui renvoie d'une manière générale l'application de ses dispositions relatives au surendettement à une commission de nature administrative, v. *supra*, sp. n° 397.

de loi et la recherche du fait générateur mènent logiquement à son constat : il se révèle être le dénominateur commun¹.

450. Impact sur la détection et sur la restructuration du traitement judiciaire. La définition d'un critère et l'institution d'une autorité uniques et propres à la détection permettraient de simplifier et, partant, de sécuriser l'application des règles de droit. Il est vrai que la qualification exacte et *a priori* de la situation du débiteur n'est pas aisée², de même à propos de la saisine de la juridiction compétente³, ce qui justifie de retenir un critère commun. En outre, considérant les griefs adressés à l'autorité judiciaire sur ce point⁴, le choix du mode administratif pourrait permettre de préserver la souplesse et la confidentialité nécessaires à cette phase⁵. Le juge n'aurait plus alors à jouer le rôle d'alerte⁶ sur la survenance de difficultés et pourrait se concentrer sur le traitement même des entreprises. En tout état de cause, en adoptant une nouvelle approche de la détection, elle s'inscrirait comme une étape à part entière dans le processus général de traitement. Elle serait un préalable au déclenchement d'une procédure particulière.

451. Suite de la détection. La poursuite de la détection d'une impossibilité économique d'exécuter mène logiquement à la mise en œuvre d'une procédure de traitement. Mais alors, le renouvellement de cette phase et, plus précisément, l'institution d'une autorité administrative indépendante donne une nouvelle impulsion pour sa concrétisation. Elle ne relèverait pas exclusivement et systématiquement de l'autorité judiciaire.

¹ Faisant sa démonstration, v. *supra*, sp. n° 294-311.

² Que ce soit à propos de sa qualité ou de son activité précise dont dépend la compétence juridictionnelle, v. *supra*, sp. n° 155-157 et renvoyant tantôt au Code de commerce ou de la consommation, v. *supra*, sp. n° 322-345; ou sur le degré précis de ses difficultés, par ex., sur l'existence ou l'absence de cessation des paiements, C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er}; une cessation des paiements de moins ou de plus de 45 jours, comp. art. L. 611-4 et L. 631-4; v. *supra*, sp. n° 120-127.

³ Selon l'activité commerciale et artisanale du débiteur (tribunal de commerce) ou d'une autre nature (TGI), C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er}, v. *supra*, sp. n° 135 et n° 155-157.

⁴ V. *supra*, sp. n° 227 s.

⁵ V. *supra*, sp. n° 282, n° 287, n° 445; par ex., sp. n° 436, comp. n° 232.

⁶ Par référence aux prérogatives légales du président du tribunal, C. com., art. L. 611-2 s., v. *supra*, sp. n° 185-189 et n° 234-237; mais aussi, au fonctionnement *praeter legem* des cellules de détection-prévention, v. *supra*, sp. n° 229-231.

TITRE II. Une organisation rationalisée du traitement des difficultés

452. Processus de traitement. La détection d'une impossibilité économique d'exécuter donne lieu à un traitement résolvant ou mettant fin à cette situation. Or, cela suppose de déterminer différents aspects de l'impossibilité en cause : notamment, la nature des dettes concernées, l'activité du débiteur, les actifs pouvant être appréhendés et, aussi, la cause et l'ampleur des difficultés. Ce sont autant de données que la détection n'aura pu, avec exactitude et complétude, arrêter en raison de son caractère bref et général. La poursuite de la détection n'ouvrirait donc pas immédiatement une procédure particulière de traitement, mais elle amorcerait une phase préalable d'instruction. D'une manière générale, c'est rappeler ici que le traitement des difficultés est envisagé comme un processus général se déroulant en plusieurs étapes¹.

453. Autorités de traitement. Par rapport au droit des entreprises en difficulté², il ne s'agirait pas de confier l'entière poursuite du processus à l'autorité judiciaire, au contraire : son intervention doit être réservée aux cas où elle est justifiée. De plus, il est possible de considérer que la nouvelle approche de la détection modifie le rôle du juge dans le traitement à mettre en place. En effet, comme le relèvent les professeurs Jeantin et Le Cannu, le développement d'une phase de détection aux fins d'anticipation des difficultés modifie les formes de réalisation du droit et donne « une perception nouvelle du rôle de l'institution judiciaire [qui] n'est plus perçue comme la seule institution ; à ses côtés (...) figurent des interventions administratives, voire purement conventionnelles »³. Dans la perspective de restructuration générale du traitement, ces interventions doivent être intégrées. Pour cela, il est possible, sans solliciter encore le juge, de s'appuyer sur la nouvelle autorité instituée pour la détection : l'autorité administrative indépendante⁴.

¹ V. *supra*, sp. n° 283.

² Sur la remise en cause du « tout judiciaire », v. *supra*, conclusion à la première partie de la thèse, sp. n° 278.

³ JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial*, *op. cit.*, sp. n° 5.

⁴ V. *supra*, sp. n° 400-415.

454. Rationalisation des interventions. Considérant que l'autorité administrative indépendante a déjà eu à connaître de la situation d'impossibilité économique d'exécuter, il serait possible de lui réserver une place dans la poursuite du processus qu'elle a, elle-même, initié. Il ne s'agirait pas de préjuger de l'ouverture d'une procédure spécifique en lieu et place de l'autorité judiciaire, mais seulement de la préparer. Il faudrait par ailleurs tenir compte de la possibilité d'une résolution amiable de l'impossibilité économique d'exécuter, entre les parties consentantes, sans toutefois exclure le juge dès lors qu'il est appelé. Sans amoindrir son rôle, il est en réalité question d'affermir ses interventions essentielles. Dans cet ensemble, il y a donc un équilibre à trouver, une organisation à repenser pour la suite du traitement des difficultés.

455. Plan. L'organisation rationnelle du traitement des difficultés consisterait à distinguer les tâches qui n'appellent pas l'autorité judiciaire en raison de leur caractère seulement préparatoire (**Chapitre I**) de celles qui se réalisent nécessairement sous l'autorité du juge (**Chapitre II**).

Chapitre I. La déjudiciarisation du prétraitement des difficultés

Chapitre II. La rejudiciarisation du traitement des difficultés

Chapitre I. La déjudiciarisation du prétraitement des difficultés

456. Nécessité d'un prétraitement. Dans le cadre de la réorganisation du traitement, l'ouverture d'une procédure contraignante par l'autorité judiciaire¹ n'aurait pas lieu dès la détection des difficultés. Une étape intermédiaire viendrait s'intercaler entre ces deux phases. Son but est de déterminer, de manière sécurisée, la procédure appropriée. C'est une nécessité du fait de la diversification du droit des entreprises en difficulté² et, surtout, en raison du critère proposé pour la détection des difficultés. En effet, l'impossibilité économique d'exécuter est particulièrement large³, confondant *ab initio* les catégories de débiteurs. Le diagnostic de détection aura seulement permis de dégager à grands traits la situation de fait relevée. C'est ce qui justifie l'aménagement d'un prétraitement avant toute mise en œuvre judiciaire. L'objectif est, sans retarder la mise en œuvre d'un traitement⁴, d'assurer l'effectivité de la procédure visée.

457. Contenu du prétraitement. Le prétraitement consisterait à approfondir le diagnostic de détection afin de vérifier et d'analyser les données faisant état de l'impossibilité économique d'exécuter. C'est donc une phase d'instruction qui serait mise en œuvre et dont il faut définir les principaux éléments d'investigation (**Section I**).

Par ailleurs, l'objectif de l'instruction est de déterminer avec exactitude et précision la procédure adaptée au cas concerné. Plusieurs hypothèses peuvent alors se présenter et, notamment, la possibilité d'une résolution amiable entre les parties. Il y aurait alors place, dans ce cadre, à un traitement alternatif des difficultés (**Section II**).

458. Déjudiciarisation⁵. Dans le cadre du prétraitement, le recours à l'autorité judiciaire n'apparaît pas absolument nécessaire⁶ en raison de l'absence de fonction juridictionnelle.

¹ V. *infra*, sp. n° 543.

² Sur la démultiplication des procédures et des débiteurs concernés, v. *supra*, sp. n° 120 s.

³ Défini comme notion à contenu variable, v. *supra*, sp. n° 314 s.

⁴ V. *infra*, sp. n° 464 s.

⁵ Par opposition au terme « judiciariser » (v. *supra*, sp. n° 116) dans le sens d'un effacement de l'intervention judiciaire, CADIET (L.), « La déjudiciarisation, Rapport introductif », in O. BOSKOVIC (dir.), *La déjudiciarisation*, op. cit., p.9-35, sp. p. 10 ; également, AMRANI-MEKKI (S.), *La déjudiciarisation*, GP, 2008, n° 156-157, p. 2 s. ; JEAMMAUD (A.), v. « Judiciarisation/Déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 675-679.

⁶ D'autres éléments requièrent au contraire la décision du juge, tels que la suspension des poursuites des créanciers ; ils seront étudiés en *infra*, sp. n° 538.

Effectivement, il s'agit seulement de mettre en lumière un état de fait ou de concilier les parties. Cette phase pourrait donc être déjudiciarisée et être confiée à l'autorité administrative indépendante suggérée¹. Ce rôle serait justifié par sa connaissance antérieure de l'impossibilité économique d'exécuter, ce qui permettrait une accélération de l'instruction. En outre, la composition mixte de l'autorité² se prêterait particulièrement aux nécessités de l'investigation grâce aux sources d'information dont elle dispose et à l'expertise de ses membres. Par ailleurs, elle pourrait également constituer une autorité de conciliation tout en respectant des conditions de compétence et d'objectivité. Ici encore, elle bénéficierait de la connaissance du dossier et, usant de sa magistrature morale, elle pourrait donner l'impulsion nécessaire aux discussions entre le débiteur et les créanciers.

459. Objectifs. D'une manière générale, cette organisation rationnelle du traitement tend à allier célérité et sécurité en renforçant le choix de la procédure adéquate dans le processus général tout en désignant un mode de réalisation adapté. De plus, cela pourrait peut-être faire entrevoir une plus grande attractivité pour le débiteur défaillant et les créanciers, les incitant à participer et à s'impliquer véritablement dans la résolution de leurs propres difficultés.

460. Plan. D'une part, l'autorité administrative indépendante (AAI) aurait pour mission d'approfondir l'état d'impossibilité économique d'exécuter (**Section I**) et, d'autre part, de favoriser le traitement alternatif des difficultés (**Section II**).

Section I. L'instruction préalable au traitement

461. Étapes et réalisation de l'instruction. La détection et l'établissement d'un diagnostic a permis de mettre en lumière une impossibilité économique d'exécuter, mais, considérant la généralité du critère retenu, une grande diversité de situations de fait peuvent y être intégrées. Or, toutes ne nécessitent pas d'être approfondies en raison de leur spécificité (§ 1). Pour les autres, leur état doit être approfondi (§ 2) afin de se prononcer sur la procédure de

¹ Dans le cadre de la détection. *supra*, sp. n° 400 s.

² V. *supra*, sp. n° 401 et n° 411400.

traitement adaptée (§ 3). L'accomplissement de ces tâches serait renvoyé dans son ensemble à l'AAI instituée.

§ 1. Le filtrage des situations de fait

462. Plan. Certaines situations, particulièrement graves, nécessitent qu'il y soit rapidement mis fin (A), tandis que d'autres, en réalité très légères, n'appellent pas un traitement juridique contraignant généralisé (B). Dans les deux cas, il n'y a pas lieu de poursuivre le processus de traitement.

A. L'impossibilité économique d'exécuter manifestement irrémédiable

463. Situation économique irrémédiablement obérée. Si la détection des difficultés par la mise en œuvre d'un critère unique et général a vocation à anticiper la survenance d'une impossibilité économique d'exécuter, il est néanmoins possible qu'elle mette en exergue un état avancé de défaillance. Concrètement, dès le stade du diagnostic, le passif exigé¹ se révèle bien plus important que l'actif disponible et prévisible². Cela peut apparaître très clairement : *manifestement*, aucun redressement de la situation n'est possible, elle est *irrémédiablement* compromise. Ces critères sont ceux du droit des entreprises en difficulté³ et du surendettement⁴.

464. Pour une solution de traitement accélérée. Dans cette hypothèse où l'impossibilité économique d'exécuter est à son plus fort degré d'intensité, une prise en charge rapide doit avoir lieu, non seulement pour le débiteur lui-même, mais, surtout, pour éviter la propagation des difficultés économiques à ses partenaires. Il n'y a pas lieu à instruire plus au-delà la situation détectée. C'est ce que réalise le droit des entreprises en difficulté comme les dispositions relatives au surendettement⁵ en prévoyant une solution accélérée pour ces situations. Par exemple, en liquidation judiciaire, la loi ne prévoit pas de période d'observation de l'entreprise

¹ Sans même prendre en compte le passif exigible : comp. notion de cessation des paiements, v. *supra*, sp. n° 316.

² Par référence au droit du surendettement qui prend également en compte les actifs à réaliser dans l'établissement de la situation d'endettement, C. consom., art. L. 711-1, al. 2 et art. L. 724-1, al. 1^{er} ; v. *supra*, sp. n° 316.

³ Critère de la LJ, C. com., art. L. 640-1, al. 1^{er}.

⁴ « Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement », à propos du rétablissement personnel, C. consom., art. L. 724-1, al. 2.

⁵ Application du rétablissement personnel, C. consom., Livre VII, Titre IV, art. L. 741-1 s.

à l'instar du redressement judiciaire ou de la sauvegarde¹. Et une liquidation judiciaire peut être prononcée sans qu'une autre procédure judiciaire ne soit préalablement ouverte, elle est alors dite « immédiate », comme c'est la majorité des cas². Ou, encore, elle peut être fortement accélérée au point d'être réalisée dans un temps très bref comme le prévoit la liquidation judiciaire simplifiée³.

465. Autorité judiciaire compétente. L'AAI qui détecte une situation manifestement irrémédiable doit renvoyer le cas au juge afin qu'il prononce notamment la liquidation de la situation patrimoniale, ordonne le paiement des créanciers ou constate l'insuffisance d'actifs, voire permette le rétablissement - personnel ou professionnel - du débiteur. La fonction juridictionnelle du juge est ici appelée⁴.

466. Rôle de l'autorité administrative indépendante. Que l'état de fait d'impossibilité économique d'exécuter apparaisse dès le diagnostic de détection ou, plus tard, au cours de la phase d'instruction, la procédure consiste ici à saisir l'autorité judiciaire. Le rôle de l'AAI paraît se limiter à son terme le plus simple, c'est-à-dire renvoyer le cas de l'entreprise au juge. Il faut alors rappeler la complexité du droit positif et les hésitations qui naissent en pratique à ce sujet⁵. En effet, à propos d'une impossibilité économique d'exécuter, hors distinction de la qualité du débiteur ou de la nature de son activité, trois juridictions sont, en l'état du droit⁶, compétentes : tribunal d'instance pour les non-professionnels⁷, tribunal de grande instance pour les agriculteurs, les professionnels personnes physiques exerçant une activité indépendante et les personnes morales de droit privé ou le tribunal de commerce pour les débiteurs qui exercent une activité commerciale ou artisanale⁸. Dans ce contexte et considérant que toute saisine mal dirigée retarde le traitement, ce qui, dans l'hypothèse factuelle appelle au contraire une rapidité, le rôle de l'AAI est en réalité crucial. Elle serait dans cette perspective une sorte de « gare de triage »⁹.

¹ Antérieurement à la loi de Sauvegarde, le Code de commerce distinguait expressément ses dispositions selon que la liquidation était ouverte « sans période d'observation » ou « au cours de la période d'observation », sous-entendu, d'autres procédures collectives (C. com., anc. art. L. 622-1 s. et L. 622-5) ; cette distinction n'apparaît plus clairement, mais il n'est pas davantage fait référence à une période d'observation, sauf cas où la LJ est ouverte suite à une sauvegarde ou un RJ, art. L. 641-1, III, ou lorsqu'est envisagée une cession qui entraîne alors un maintien de l'activité, art. L. 641-10, al. 1^{er}.

Période d'observation en sauvegarde, C. com., art. L. 622-1 s. et en RJ, art. L. 631-1, al. 2.

² En 2014, sur 55 150 ouvertures de procédures collectives (sauvegarde, RJ et LJ), 36 059 sont des LJ immédiates, v. en ligne, CGJCF, *Tribunaux de commerce, Statistiques 2014*, avril 2015, 75 p., sp. p. 5.

³ C. com., art. L. 644-1 s., et réduite dans l'hypothèse de l'art. L. 641-2 à son plus court terme, soit une durée de 6 mois, art. L. 644-5, al. 1^{er}.

⁴ Pour un développement, v. *infra*, sp. n° 535 s.

⁵ Sur les incidents de compétence, v. *supra*, sp. n° 155 s. ; sur les difficultés à identifier la qualité/ l'activité du débiteur, n° 331 s.

⁶ Proposant leur unification, v. *infra*, sp. n° 558.

⁷ Application des dispositions du surendettement, C. consom., art. L. 713-1.

⁸ Application des dispositions du droit des entreprises en difficulté, C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} et L. 621-2, al. 1^{er} ; sur la dualité de juridictions, v. *supra*, sp. n° 148 s.

⁹ Ce rôle est connu des commissions de surendettement ; en ce sens, not. : « Les commissions de surendettement doivent continuer à exercer le rôle de "gare de triage" et transmettre au juge seuls les dossiers relatifs aux situations irrémédiablement compromises », débats parl., CR, Ass. Nat., n° 409, projet de loi n° 398 *d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine*, interv. P. LORIDANT, juill. 2003, sp. amendement n° 98.

Ce serait par ailleurs une alternative raisonnée à la saisine d'office des juridictions. C'est en effet l'AAI qui a connaissance, par sa fonction de détection, de telles situations et qui pourrait de manière justifiée saisir l'autorité judiciaire sans que soit mise en doute l'impartialité du tribunal et de ses magistrats. Serait réalisée une véritable déjudiciarisation¹ de la saisine d'office qui demeure, pour les difficultés économiques, utile².

467. Transition. À l'inverse de la situation manifestement irrémédiable, il y a également celle où les difficultés ne sont que très légères. Dans les deux cas, il n'y a pas lieu de poursuivre le processus réorganisé de traitement.

B. Les autres difficultés d'exécuter

468. Simples difficultés résorbables. L'autorité de détection peut avoir connaissance d'un cas d'impossibilité sans qu'il ne requière de véritable mesure de désendettement. C'est l'hypothèse de la difficulté très légère de paiement ou de l'impossibilité, mais qui n'est en réalité que passagère, voire, d'un autre ordre qu'économique et financier. Concrètement, ce peut être une gestion qui est, à court terme, imprévoyante ou la simple mauvaise affectation des ressources, pourtant suffisantes. Pour l'entreprise, c'est généralement la question de la trésorerie³. Ce serait encore une difficulté d'ordre psychologique, par exemple l'entrepreneur individuel qui ressent une impossibilité d'assumer ses dettes en raison de contraintes juridiques ou le chef d'une très petite entreprise qui ne parvient pas à faire face à ses charges ou exprime une inquiétude pour l'avenir de son activité. Dans toutes ces situations, c'est bien une difficulté de s'exécuter qui est en cause, mais elle n'est pas une impossibilité économique nécessitant l'application des dispositions relatives au surendettement ou aux entreprises en difficulté.

469. Rôle de l'autorité administrative indépendante. Malgré la légèreté des difficultés, ou l'absence de caractère économique et durable de l'impossibilité, cela ne signifie pas que les faits signalés doivent être ignorés, car, à terme, ils peuvent conduire à une réelle impossibilité. Une solution doit être mise en place. Elle ne résulte pas du droit des entreprises en difficulté ou du surendettement en raison la situation visée. De même, les modes judiciaire ou administratif

¹ Contrairement à son attribution au ministère public, v. *supra*, sp. n° 211 s.

² En dehors de la question de son mode de réalisation judiciaire, soulignant l'utilité de la saisine d'office, décision du Conseil constitutionnel qui l'a pourtant déclarée inconstitutionnelle, Cons. Constit., n° 2012-286, 7 déc. 2012, *Stés Pyrénées services pécit.*, sp. cons. n° 6 ; en doctrine, not. BRIGNON (B.), CERATI-GAUTHIER (A.), Les saisines d'office (...), *D.*, 2014, p. 2248 s., *op. cit.*

³ Et not. du besoin en fonds de roulement, souvent insuffisant pour les jeunes entreprises, SOINNE (B.), *Traité précit.*, sp. n° 23 ; également, DANET (D.), Le dirigeant et l'omnibus, *RTD com.*, 1994, p. 173 s., sp. n. n° 79 ; établissant une typologie des difficultés des entreprises, JEANNEROT (P.), Le choix entre les procédures, La procédure de sauvegarde ou le redressement judiciaire, *RPC*, 2015/3, étude 10.

ne se révèlent pas appropriés puisqu'aucune de leurs qualités n'est ici appelée. C'est donc au mode privé qu'il est renvoyé. Tel serait le rôle de l'autorité ayant détecté les difficultés : orienter le débiteur qui se serait, par exemple, présenté à elle vers les professionnels compétents. C'est en quelque sorte la prolongation et le parachèvement de sa fonction d'accueil des débiteurs¹.

470. Acteurs compétents. L'AAI se présenterait ici comme une autorité d'information, voire de conseil, renvoyant les débiteurs vers les acteurs susceptibles de les accompagner² pour résoudre leurs difficultés. Il est vrai qu'une fois encore peut être soulignée³ l'importante diversité des professionnels compétents pour ce faire : avocat, expert-comptable, expert en restructuration ou renégociation de dettes, consultant, conseiller financier, social, comptable, juriste, *manager* de crise, *chief restructuring officer* entre autres⁴. Les compétences sont variées, comme les corps de métiers, mais aussi le mode d'accompagnement qui peut être, par exemple, dématérialisé. Internet notamment⁵ offre un accès privilégié - à distance, quasi permanent et, surtout, anonyme - aux téléconseils, ce qui peut se révéler particulièrement opportun⁶ pour le chef d'entreprise ou le particulier.

Face à cette diversité, l'AAI pourrait établir une sorte d'annuaire des professionnels⁷ selon le type de difficulté ressentie. Il pourrait aussi être créé, à l'instar des « tiers de confiance »⁸, un réseau de partenaires en rapport avec la fonction informative de l'AAI auxquels les débiteurs pourraient s'adresser utilement. Il y aurait une plus grande lisibilité et, partant, efficacité dans la prise en charge personnalisée des débiteurs qui en font la demande. Cela réaliserait par ailleurs la déjudiciarisation recherchée de l'alerte aujourd'hui confiée au président du tribunal⁹ pour

¹ V. *supra*, sp. n° 425.

² En cas de difficultés de trésorerie, est préconisé un « accompagnement » des entreprises, DELPECH (X.), Publication du rapport 2012 de l'Observatoire des délais de paiement, rapport 2012, 1^{er} fév. 2013, *D. actu.*, 19 fév. 2014, sp. mesure n° 6.

³ Rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 59.

⁴ Sur les avocats, not. : CRÉHANGE (M.), Le rôle de l'avocat dans la procédure de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, *RJC*, fév. 1987, p. 116-123 ; ÉTIENNE-MARTIN (E.), PODEUR (G.), Avocats et administrateurs judiciaires, quelles places respectives au soutien du débiteur ?, *BJE*, 2012/5, p. 311 s. ; LECOURT (A.), L'avocat, acteur et victime de la procédure collective, *DP*, 2011/207, p. 59-68 ; MARTIN (J.-F.), Le rôle de l'avocat dans la prévention, *GP*, 1996, doct., p. 432 s. ; PIEUCHOT (S.), L'avocat de l'entreprise en difficulté et son dirigeant, *RPC*, 2006, p. 165 s. ; TOGNACCIOLI (J.-F.), L'avocat et l'expert-comptable, pour une convergence de compétences au service de l'entreprise en difficulté, *RPC*, 2010/1, alerte 1 ; pour les experts-comptables et la création des CIP, v. *supra*, sp. n° 435 ; de manière générale, BRICARD (A.), Tous pour la prévention (...), *LOCDE*, 2013/39, *op. cit.* ; SCHILLER (S.), Tribunaux de commerce et droit commercial, *Procédures*, 2007/10, étude 23.

⁵ Ou la téléphonie ; par ex., favorable à « étendre au niveau national, un dispositif de numéro vert permettant aux chefs d'entreprise de s'entretenir téléphoniquement, dans l'anonymat et le secret les plus complets, avec des experts de la prévention », rapp. Marshall (2013) précit., sp. prop. n° 15 ; cela a été mis en place notamment à Lyon (0811 65 04 99).

⁶ En ce sens, KATZ (M.), L'intérêt d'accroître l'information relative aux entreprises en difficulté, *D.*, 2009, p. 2852 ; favorable à son développement, rapp. Marshall précit., sp. prop. n° 2 (not., logiciel Portalis) ; pour une concrétisation de la dématérialisation du traitement des entreprises en difficulté, v. la création du portail pour les actes de procédures (C. com., art. L. 814-13), HUERTAS (X.), HERZOG (N.), Lancement du portail électronique par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires : le droit des entreprises en difficulté prend le virage du numérique, *RPC*, 2015/6, alerte 21.

⁷ Comp. annuaire et classement privés, par ex. : *Magazine Décideurs*, coll. Guide-Annuaire, classements par secteur, Réorganisation et restructuration ; *Magazine Option Finance*, Droit & Affaires, classements private equity (prix de vente moyen : 200 €).

⁸ Par ex., les Tiers de confiance de la médiation du crédit aux entreprises (TCM), qui sont des représentants du Médiateur du crédit au niveau local, généralement des conseillers bénévoles issus des différents réseaux socioprofessionnels et consulaires ; ils assistent les entreprises dans leur démarche pour l'obtention de crédits ; v. site en ligne, la Médiation du crédit, rubrique « Partenaires ».

⁹ V. *supra*, sp. n° 234 s.

confier à l'autorité de détection la tâche d'éclairer le débiteur sur les possibilités qui sont à sa disposition. Le mode administratif ne serait toutefois pas développé au-delà, le conseil et l'apport d'une assistance personnalisée relèveront de ces professionnels¹.

471. Transition. Suite à l'évacuation des situations soit irrémédiables, soit trop légères, la poursuite du processus de traitement donnerait lieu dans les autres cas à une phase d'approfondissement de l'impossibilité économique d'exécuter.

§ 2. L'approfondissement du diagnostic de détection

472. Plan. L'impossibilité économique d'exécuter détectée nécessite un examen approfondi (A) qui serait réalisé par l'AAI (B).

A. L'examen de l'impossibilité économique d'exécuter

473. Droit des entreprises en difficulté et réalisation du bilan de l'entreprise. Le droit des entreprises en difficulté connaît l'examen approfondi du cas de défaillance à travers l'établissement du bilan économique et social². Dès lors qu'il est justifié³ et utile⁴, la loi prévoit sa réalisation dans le cadre de la procédure collective de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁵. Pendant longtemps, il a été confondu avec le projet de plan de sauvegarde ou de redressement lui-même⁶ car il devait être présenté dans un rapport global qui contenait aussi ces

¹ De manière rémunérée ou non ; par ex., permanence gratuite des chefs d'entreprise mise en place par certaines CCI (Yvelines, Dordogne et autres), composée d'un ancien juge consulaire, un expert-comptable ou commissaire aux comptes, un avocat et un conseiller CCI ; ou proposant une prise en charge du coût : par ex., assurance-santé économique des entreprises (ASE), v. *supra*, sp. n° 286, n. 1bis ; le législateur tente d'encadrer les rémunérations de certains professionnels en droit des entreprises en difficulté tels que les AJMJ, C. com., art. L. 663-2 et R. 663-3 s. ; modif. par L. n° 2015-99, 6 août 2015 précit., art. 50 ; mais cela ne s'applique pas au cadre contractuel de la prévention, DRUMMEN (J.-B.), La rémunération des mandataires ad hoc et des conciliateurs, *BJE*, 2011/4, p. 283-285 ; ETIENNE-MARTIN (E.), Rémunération des AJMJ hors tarif, Des questions, mais peu de réponses, *RPC*, 2013/ 2, p. 33 s.

² Institué par L. 25 janv. 1985 précit., art. 8 ; LEBEL (C.), *L'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire*, th., D. TRICOT (*avant-propos*), A. MARTIN-SERF (*préf.*), PUAM, 2000, 384 p., sp. p. 59 s. ; PEYRAMAURE (P.), Droit des entreprises en difficulté : le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985, *JCP E*, 1986/7, act. 15167.

³ Plusieurs seuils sont établis pour sa réalisation ; selon les cas, le tribunal n'est pas tenu de désigner un AJ, C. com., art. L. 621-4, al. 4 et R. 621-11 ; il sera alors fait application des dispositions L. 627-1 s. ; il n'est alors pas dressé de bilan, art. L. 627-3, al. 1^{er}.

⁴ S'il n'est pas obligatoire, il peut néanmoins être utile ; par ex., en conciliation, le président du tribunal peut charger un expert d'établir un « rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur », C. com., art. L. 611-6, al. 5 ; ce qui s'apparente au bilan économique et social des procédures collectives ; concernant la LJ qui peut être ouverte à tout moment (art. L. 640-1, al. 1^{er}), ce peut être précisément le bilan réalisé en sauvegarde ou RJ qui révèle l'état irrémédiable du débiteur ; sinon, il n'est pas obligatoire et son incomplétude ne peut donc fonder un motif de cassation, CA Paris, 3 juill. 2012, n° 12/07985 ; *RPC*, 2012, comm. 168, n. J.-P. RUFFIÉ ; de même pour son absence en procédure simplifiée, Cass. com., 12 mai 1998, n° 96-14.526 ; n.p.B. ; *RTD com.*, 1998, p. 927, n. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁵ C. com., art. L. 623-1 s. en sauvegarde et applicable par renvoi en RJ, art. L. 631-7, al. 1^{er}.

⁶ Par ex. et ne justifiant pas un appel-nullité, CA Paris, 7 juill. 1992 ; *D.* 1994, somm. comm. p. 2, n. FDERRIDA.

propositions¹, ce qui semble en avoir terni sa portée en pratique². Il paraît ainsi partagé entre la période d'observation de l'entreprise et la véritable préparation du plan. Pourtant, il s'agit bien de deux étapes différentes, le législateur est venu à ce propos le marquer plus nettement³ indiquant expressément que c'est « au vu du bilan économique et social »⁴ qu'un projet de plan est envisagé. La finalité du bilan est donc d'évaluer la possibilité ou non pour le débiteur de proposer un plan⁵, à défaut, il faudra convertir la procédure⁶, d'où son importance dans le processus de traitement⁷.

474. Nouvelle perspective donnée au bilan dans le cadre de l'instruction. « Bien des procédures ont connu dans le passé l'échec parce que les mesures de redressement manquaient de réalisme et de sérieux car aucun diagnostic approfondi n'avait été réalisé »⁸. C'est ce constat qui a conduit le législateur de 1985 à imposer l'obligation d'élaborer un bilan économique et social de l'entreprise⁹. Cette importance fondamentale au traitement des difficultés est partagée. Néanmoins, et sur la voie de son renforcement, il est considéré qu'un tel bilan devrait être réalisé en amont du choix de la procédure de traitement¹⁰. Ainsi, le processus serait le suivant : suite au premier diagnostic de détection, a lieu un examen complet de la situation d'impossibilité économique d'exécuter. Ce serait donc un prolongement de l'étape précédente, mais avec l'avantage que le pré-examen ait peut-être déjà mis en lumière les pistes à investiguer, « ce qui est essentiel à l'efficacité de l'ensemble de l'opération »¹¹ et, partant, à l'application d'un traitement.

Dans cette optique, le bilan constitue un outil de décision dont la complétude et la précision permettent un choix éclairé sur l'orientation à donner au cas concerné. Cela permet d'éviter les potentielles erreurs de saisine, sa reformulation ou la conversion de la procédure dans le sens d'une plus grande sécurisation du traitement. Le déplacement du moment de réalisation du bilan de l'entreprise se justifie par ailleurs en raison du critère général retenu au stade de la détection.

¹ L. 25 janv. 1985 précit., art. 18 : « L'administrateur (...) est chargé de dresser dans un rapport le bilan économique et social de l'entreprise. Au vu de ce bilan, l'administrateur propose soit un plan de redressement, soit la liquidation judiciaire » ; C. com., anc. art. R. 623-1 ; sur l'absence de distinction du bilan et du rapport, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 858 et sa note n° 717 ; *contra*, considérant qu'il s'agit de deux documents distincts, LEBEL (C.), th. précit., sp. p. 77 s. et Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, *GP*, 2009/66, p. 46 s., sp. p. 47.

² Il se présente de manière stéréotypée et superficielle et demeure oral, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 926.

³ L. 26 juill. 2005 précit. et ord. 18 déc. 2008 précit., art. 36-37 et 55-57 ; FRAIMOUT (J.-J.), La réforme des plans de sauvegarde et de redressement, *RPC*, 2009, p. 84 s. ; LEBEL (C.), th. précit., sp. p. 77 et Les plans (...), *loc. cit.*, sp. p. 46 s. ; D. n° 2009-162, 12 fév. 2009, art. 28 ; C. com., nouvel art. R. 623-1 fait désormais directement référence au bilan et non plus au « rapport ».

⁴ C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er}.

⁵ PERRUCHOT (I.), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, organes, *Jcl. proc. coll.*, fasc. n° 2226, sp. n° 93.

⁶ C. com., art. L. 621-12, al. 1^{er} (sauvegarde en RJ) et art. L. 631-15, II (en LJ).

⁷ Le soulignant, LEBEL (C.), th. précit., sp. p. 65 s. et 79 s.

⁸ PEYRAMAURE (P.), *op. cit.*, sp. n° 1.

⁹ V. n. *supra*, sp. n° 473.

¹⁰ Ce qui semble au demeurant davantage correspondre à la logique suivie dans le cadre du surendettement, les commissions réalisant cet examen approfondi avant le prononcé de mesures de traitement pour déterminer l'orientation du dossier, VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), manuel précit., sp. n° 268, mais v. n° 269 ; C. consom., art. L. 724-1, al. 1^{er}.

¹¹ PEYRAMAURE (P.), (...) le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985, *JCP E*, 1986/7, *op. cit.*, sp. n° 13.

Confondant les catégories de débiteurs au profit de leur seule situation économique de défaillance, il convient à présent de déterminer la réunion des conditions propres à chaque procédure prévue par la loi pour en faire l'application.

475. Contenu du bilan. Considérant la portée conférée à la phase d'instruction, certains éléments essentiels doivent être approfondis afin de déterminer le plus précisément possible l'état de défaillance. Il est alors possible de retrouver de manière plus précise les critères d'application établis par le droit des entreprises en difficulté quant à l'activité professionnelle du débiteur¹ et l'importance de ses difficultés². Sur ce point, la vocation du bilan économique et social peut être reprise, à savoir préciser « l'origine, l'importance et la nature des difficultés »³. Pour ce dernier, il faut bien comprendre qu'il ne s'agit pas seulement d'un bilan comptable⁴, ni du simple relevé des éléments patrimoniaux⁵. Par ailleurs, il n'est pas l'équivalent du bilan social du droit du travail⁶. C'est un véritable examen complet de l'ensemble des éléments de l'entreprise en difficulté, de sorte qu'il peut être précisé par toute autre donnée utile à la détermination du traitement⁷.

¹ Conformément au C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er}; sur ce point, v. *supra*, sp. n° 130-134.

² Selon les conditions d'ouverture de la conciliation, C. com., art. L. 611-4 ; sauvegarde, art. L. 620-1 ; RJ, art. L. 631-1 ; LJ, art. L. 64-1, voire du rétablissement personnel, art. L. 645-1 ; sur les différents critères de difficulté, v. *supra*, sp. n° 120-126.

³ C. com., art. L. 623-1, al. 2.

⁴ SOINNE (B.), *Les mandataires de justice, Administrateurs, Mandataires judiciaires, Experts en diagnostic d'entreprise*, Litec, 2003, 597 p., sp. n° 380.

⁵ LEBEL (C.), Finalité du bilan économique et social, *RPC*, 2012/2, comm. 26 ; le droit des entreprises en difficulté prévoit pour sa part la réalisation d'un inventaire du patrimoine du débiteur, C. com., art. L. 622-6 s. et R. 622-4 s.

⁶ En droit du travail, C. tr., art. L. 2323-22. ; DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 169.

D'une manière générale, distinguant le bilan économique et social d'autres notions voisines, LEBEL (C.), th. précit., sp. p. 61 s.

⁷ Le contenu du bilan n'est pas limité par la loi, LEBEL (C.), th. précit., sp. p. 75 ; par ex., cela peut viser l'historique de la société, le système de pouvoir au sein de celle-ci, diagnostic social, diagnostic de l'activité/l'étude du produit, du marché de sa technologie, un diagnostic financier du « haut » (capitaux propres) et du « bas » (fonds de roulement notamment) du bilan, PONCEBLANC (G.), *Diagnostic et thérapeutique des entreprises (...)*, *GP*, 1989, *op. cit.*, sp. p. 743 ; a par ailleurs été ajouté un aspect environnemental au bilan, L. n° 2003-699, 30 juill. 2003, art. 24 ; C. com., art. L. 623-1, al. 3 ; ROLLAND (B.), Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial, après la loi n° 2003-699 du 30 juill. 2003, *JCP E*, 2004/10, 333 ; VOINOT (D.), Le sort des créances dans la procédure collective, L'exemple de la créance environnementale, *RTD com.*, 2001/3, p. 581-613 et Le bilan environnemental dans la procédure collective, *Dr. de l'environnement*, 2004/124, p. 280-284 et manuel précit., sp. n° 597-602 ; d'une manière générale sur l'aspect environnemental, MIQUEL (D.), MERCIER (J.-L.) et MOUSTARDIER (A.), Les procédures collectives confrontées au droit de l'environnement, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2011/1, entretien 1 ; en outre, par sa présentation au comité d'entreprise (ou délégués du personnel) et aux contrôleurs, le bilan comprend leurs observations, art. L. 626-8 ; ord. 2008 précit.

En droit du surendettement, pareille souplesse sur le contenu de l'instruction du dossier est laissée à l'appréciation des commissions, VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), manuel précit., sp. n° 270 s. ; ce qui est conforme aux textes qui vise, à propos de ses pouvoirs d'investigation, « tout renseignement », C. consom., art. L. 712-6.

476. Détermination du passif. Corrélativement à l'évaluation de l'actif du débiteur, par l'inventaire de ses biens¹ et des ressources dont il dispose², son passif doit être déterminé³, c'est-à-dire les créances en cause.

Sur ce point, le droit des entreprises en difficulté est, une fois encore, remarquable par son caractère entièrement judiciaire. En effet, selon la Cour de cassation, la déclaration des créances « équivaut à une demande en justice »⁴. Il est vrai qu'elle se déroule comme une véritable instance : les créanciers - ou le représentant détenant un pouvoir spécial⁵, sauf cas de la représentation par avocat⁶ - sont tenus d'une obligation de déclaration précise de leur créance⁷ qui emporte interruption de la prescription⁸. À défaut, elle sera exclue⁹. Le mandataire judiciaire va en vérifier le bien-fondé et formuler pour chacune d'entre elles une proposition d'admission à la procédure ou, au contraire, de rejet, voire, en cas de contestation, de renvoi à la juridiction compétente¹⁰. La liste des créances ainsi établie - comprenant, en plus, les observations du

¹ « Classique » dans les procédures collectives des entreprises (PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 667 s.), il a lieu dès l'ouverture de la procédure, par ex., C. com., art. L. 631-9, al. 3 (RJ) ; avec un assouplissement pour la sauvegarde ayant lieu sans prise en compte des actifs et sur déclaration du débiteur, art. L. 622-6 ; LEBEL (C.), Les mesures conservatoires dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, *RPC*, 2009/1, dossier 6, sp. n° 7 s. ; ce qui le rapproche du droit du surendettement qui connaît la détermination de l'actif à partir des déclarations du débiteur, C. consom., art. L. 721-1 et v. L. 724-1.

² Référence au droit du surendettement qui établit la capacité de remboursement du débiteur, encore dit « reste à vivre », C. consom., Livre VII, Titre III, Chap. 1^{er} ; FLORÈS (P.), La capacité de remboursement après le décret du 1^{er} fév. 1999, *CCC*, 2000/3, chron. 4 ; mais aussi connu du droit des entreprises en difficulté : le redressement est manifestement impossible lorsque le débiteur ne peut plus « faire face aux besoins de la vie courante », Cass. com., 22 sept. 2015, n° 14-15.588 ; n.p.B ; *RPC*, 2015/4, n. C. LEBEL.

³ Il sera souligné que si le droit de la consommation faisait référence à un « état d'endettement » (C. consom., anc. art. L. 331-3, II), la recodification (ord. n° 14 mars 2016) évoque désormais un « état du passif », C. consom., Livre VII, Titre II, Chap. III ; ce qui se rapproche davantage du droit des entreprises en difficulté, par ex. : C. com., art. R. 626-7, 1^o ou 631-3, 1^o.

⁴ Cass. AP, 4 fév. 2011, n° 09-14.619 ; *Bull. AP*, n° 2 ; *BJE*, 2011/2, p. 130, n. P.-M. LE CORRE ; *RTD com.*, 2011, 412, n. A. MARTIN-SERF ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 387, n. P. ROUSSEL GALLE ; selon une jurisprudence constante, com. 15 fév. 2011, n° 10-12.149 ; *Bull.*, IV, n° 26 ; com., 8 nov. 2011, n° 10-23.337 ; *Bull.*, IV, n° 182 ; AP, 26 janv. 2001, n° 99-15.153 ; *Bull. AP*, n° 1 ; com., 14 déc. 1993, n° 93-11.690 ; *Bull. civ.*, IV, n° 471 ; com., 15 oct. 1991, n° 90-11.657 ; *Bull. civ.*, IV, n° 297 ; en ce sens, CAGNOLI (P.), th. précit., sp. n° 174 ; GHOZI (A.), Nature juridique de la production des créances dans les procédures de règlement du passif, *RTD com.*, 1978, p. 1 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 765 ; VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 443.

⁵ Le pouvoir général n'était pas valable, Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-65.481 ; *Bull.*, IV, n° 113 ; *RTD com.*, 2010, p. 783, n. A. MARTIN-SERF ; *JCP E*, 2011/3, p. 49, n. P. PÉTEL ; la jurisprudence se montrait exigeante quant à la qualité requise (not. mandat de représentation) pour déclarer, à défaut l'acte est considéré comme irrégulier, com., 19 mars 1996, n° 93-16.874 s. (trois arrêts) ; n.p.B. ; critique, PAILLER (P.), Actualité de la déclaration de créance par voie de représentant, *RPC*, 2012/1, étude 4, sp. n° 1 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1533 s. ; PÉTEL (P.), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, *JCP E*, 2009/14, 1347, chron. n° 7 et « Déclaration de créance et représentation en justice, in méf. C. MOULY, t. 2, op. cit., p. 153-160 ; la réforme a assoupli ces conditions en autorisant la ratification par le créancier d'une déclaration faite en son nom, C. com., art. L. 622-24, al. 2 ; MARTIN-SERF (A.), Déclaration des créances (ord. n° 2014-326), *RTD com.*, 2014, p. 409 s.

⁶ Bénéficiaire d'un mandat *ad litem*, CPC, art. 416 et 853 ; affirmant la solution, Cass. AP, 26 janv. 2001, n° 99-15.153 ; *Bull. AP*, n° 210 ; *JCP E*, 2001/14, p. 617, n. M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *RDB*, 2001/2, p. 91, n. F.-X. LUCAS.

⁷ C. com., art. L. 622-24, al. 1^{er} ; avec les indications prévues aux art. L. 622-25, al. 1-2 et R. 622-23 ; par la personne ayant le pouvoir nécessaire, art. L. 622-24, al. 2 ; et dans le délai de 2 mois à compter de la publication du jugement, art. R. 622-24, al. 1^{er}. Pour précision, l'État est également un créancier soumis à l'obligation de déclarer sa créance, Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-19.184 ; *Bull.*, IV, n° 74 ; *GP*, 2013, p. 25, n. L.-C. HENRY ; mais la déclaration vaut d'abord à titre privosonnel, art. L. 622-24, al. 4, puis à titre définitif, art. L. 624-1, al. 1^{er} et R. 624-2, al. 2 ; avec une dérogation en cas de procédure administrative d'établissement en cours (créances fiscales), C. com., art. L. 622-24, al. 3 ; CAVALIER (C.), Le paiement des créances fiscales dans le droit des procédures collectives, *JCP E*, 2015/3, 1029, sp. n° 23 s. ; LE CORRE (P.-M.), L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications affectant la déclaration et la vérification des créances, *GP*, 2014/98, p. 47 s. et *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, sp. n° 682.61 ; RODRIGUEZ (K.), Le trésor face à l'obligation de déclaration des créances, *JCP G*, 2002/37, I, 161 ; VABRES (R.), Admission provisionnelle des créances : l'exception fiscale, *RPC*, 2016/1, dossier 20.

⁸ Valant acte de poursuite, C. com., art. L. 622-25-1.

⁹ Sauf à demander au juge-commissaire d'être relevé de la forclusion (impossibilité d'avoir pu déclarer qui n'est pas de son fait), le créancier est exclu dans les répartitions et les dividendes, la créance est inopposable au débiteur pendant la procédure et après l'exécution conforme du plan, C. com., art. L. 622-26.

¹⁰ C. com., art. L. 624-1 al. 1^{er}.

débiteur¹ - est transmise au juge-commissaire. Il va, « au vu des propositions du mandataire judiciaire »², mais demeurant souverain, entériner, rejeter, surseoir à statuer si une instance est en cours ou trancher selon les cas, avec la précision que seules les contestations non sérieuses ressortent de sa compétence juridictionnelle³. Ses décisions sont revêtues de l'autorité de la chose jugée et sont rendues en dernier ressort⁴. Elles sont portées sur un état des créances tenu par le greffe du tribunal⁵, dont toute personne peut en prendre connaissance et tout intéressé peut former une réclamation⁶. C'est donc une procédure très pointilleuse⁷, particulièrement complexe, longue et potentiellement coûteuse⁸, que la pratique met à mal⁹, notamment au plan supranational¹⁰.

Cependant, comme y invite le professeur Le Corre¹¹, il est possible d'avoir une autre vision de la déclaration de créance. Même si elle en produit certains effets dans le cadre de la procédure collective, la déclaration de créance ne serait pas en réalité une demande en justice, mais davantage un acte conservatoire du droit de créance¹², quasi administratif¹³. Il est vrai qu'une telle « sacralisation de l'action en justice n'est nullement inscrite dans la loi »¹⁴. Les

¹ C. com., art. L. 624-1, al. 2 et R. 624-2, al. 1^{er}.

² C. com., art. L. 624-2, al. 2.

³ C. com., art. L. 624-2 et R. 624-5, al. 2 ; sur ce point et les discussions suscitées en doctrine, v. *supra*, sp. n° 202-203.

⁴ Selon le montant de la créance qui ne doit pas excéder « le taux de compétence en dernier ressort du tribunal qui a ouvert la procédure », C. com., art. L. 624-4 ; sinon la voie de l'appel est ouverte, art. R. 624-6.

⁵ C. com., art. L. 624-3-1 et R. 624-8 ; les créanciers et le MJ sont avisés de cet état, art. R. 624-3 tout comme des décisions statuant sur la compétence du JC ou sur la contestation d'une créance, art. R. 624-4.

⁶ C. com., art. R. 624-8 ; procédure de la réclamation, art. R. 624-10 ; sachant que l'état des créances est susceptible d'évoluer et d'être complété au cours de la procédure, C. com., art. R. 624-9 ; pouvant emporter à chaque fois la possibilité de nouvelles réclamations.

⁷ Pour le créancier, c'est « le parcours du combattant », DUREUIL (B.), De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification des créances au passif du redressement judiciaire, *PA*, 18 mai 1992, p. 9 s.

⁸ CAMPANA (M.-J.), Le cautionnement et le redressement judiciaire, *GP*, 1986, I, doctr., pp. 717 s.

⁹ En pratique, lorsque des instances en cours entravent profondément la poursuite des opérations, le plan de sauvegarde ou de RJ peut être adopté alors que l'état des créances n'est pas complètement vérifié, cabinet MERCIER, administrateur judiciaire, Marcq-en-Baroeul (59), juin 2014 ; quoi qu'il en soit, l'absence de vérification n'entame pas le caractère juridictionnel de la déclaration de créance ni son caractère interruptif ; ainsi, la caution peut être poursuivie 10 ans après la clôture de la procédure de LJ, Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-17.783 ; *Bull.*, IV, n° 63 ; *JCP E*, 2005, 1860, n. P. SIMLER et P. DELEBECQUE ; également, peut être admise une attestation à déclarer pour autrui établie plus de 7 ans après l'expiration du délai de déclaration de créances, com., 31 mai 2011, n° 10-21.205 ; n.p.B ; *Actu. proc. coll.*, juill. 2011, alerte, 180 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1510.

¹⁰ Soulignant l'insécurité et le caractère nuisible des règles, PÈRES (A.), LOGER (J.), Technicolor : une restructuration riche d'enseignements, *BJS*, 2011/1, p. 64 s.

¹¹ LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique (...)*, op. cit., sp. n° 661.11 et Vers une nouvelle analyse de la déclaration de créance, *GP*, 2015/22, p. 5 s. et Déclaration et vérification des créances : quels changements ?, *GP*, 2015/3, p. 26 s. et L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications affectant la déclaration et la vérification des créances, *GP*, 2014, op. cit. et Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 (...), *D.*, 2014, op. cit. et Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile, *PA*, 28 nov. 2008, p. 72 s. ; également, BÉNILSI (S.), La dédramatisation de la déclaration de créance, *PA*, 4 fév. 2015, p. 7 s. ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1529 ; ROUSSEL GALLE (P.), La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014, Des outils plus performants, une plus grande sécurité juridique et des équilibres renouvelés, *Rev. sociétés*, 2014/6, p. 351 s., sp. n° 55 ; VALLENS (J.-L.), La déclaration n'est pas une demande en justice, *RTD com.*, mars 2009, p. 214-217 ; dans une position proche, sur la nature de la décision d'admission des créances, THÉRON (J.), Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission des créances (...), *RTD com.*, 2010, op. cit., sp. n° 13 s.

¹² LE CORRE (P.-M.), Vers une nouvelle analyse (...), loc. cit. qui définit le régime nouveau de la déclaration de créances et invite à déplacer dans le dépôt de la liste des créances déclarées établie par le MJ au greffe du tribunal l'acte de saisine du juge-commissaire en tant que simple acte conservatoire qui permet de préserver le principe de la créance, le créancier ne serait plus contraint par un délai trop rigide ou un contenu précis.

¹³ SOINNE (B.), La double nature de la déclaration de créance, *Banque*, 1993/356, p. 94 s.

¹⁴ PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1509.

modifications apportées par l'ordonnance de 2014 peuvent en outre être interprétées en ce sens¹ en ce qu'elle facilite l'établissement de l'état des créances en reconnaissant au débiteur le pouvoir de déclarer au nom du créancier et, à ce dernier, de ratifier la déclaration faite par un tiers². Cela tient par ailleurs au rôle relativement passif du juge-commissaire³ puisque, lorsqu'il admet la créance, il ne fait en réalité qu'apposer sa signature sur la liste établie par le mandataire⁴ et, en cas de contestation, sa compétence est limitée à l'absence de caractère sérieux, comme le précise la réforme de 2014⁵. Par ailleurs, cette même ordonnance a prévu, pour l'accélération de la procédure de sauvegarde, que la liste des créances est établie par le débiteur⁶. L'ensemble concourt à voir un changement de la nature de la déclaration de créances.

477. Comparaison avec le droit du surendettement. Dans ce contexte, l'étape consistant à établir la liste des créances pourrait être déjudiciarisée et intégrée à la phase de l'instruction. Au demeurant, cela correspond davantage à la conception du droit du surendettement. En effet, après la décision de recevabilité de la demande de traitement du débiteur, la commission de surendettement dresse l'état du passif du débiteur⁷ « au vu des éléments produits par les parties »⁸. Pour cela, elle fait publier un appel aux créanciers à déclarer et informe ces derniers sur le fondement des déclarations du débiteur⁹. Les éventuelles contestations¹⁰ sont transmises par la commission à l'autorité judiciaire à condition qu'il en soit fait une telle demande ou que la commission éprouve une difficulté à trancher¹¹. Sinon, c'est la commission qui se charge directement de la vérification¹². L'établissement de la liste des créances a donc un caractère

¹ LE CORRE (P.-M.), *loc. cit.* ; également, LAFFLY (R.), MARTIN (P.), Les innovations de l'ordonnance du 12 mars 2014, *JCP G*, 2014, 524 ; MACORIG-VENIER (F.), Les créanciers antérieurs hors comités après l'ordonnance du 12 mars 2014 : un vent de simplification en faveur de la reconnaissance de leur droit de créance, *BJE*, 2014/3, p. 185 s., sp. p. 186 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1509 et L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers tenus de déclarer, *BJE*, 2014/3, p. 133 s. ; PÉTEL (P.), Entreprises en difficulté : encore une réforme !, *JCP E*, 2014/18, 1223, sp. n° 33 ; ROUSSEL GALLE (P.), La réforme du droit des entreprises en difficulté (...), *Rev. sociétés*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 55 ; *contra*, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 765 ; de manière plus nuancée, TEBOUL (G.), La déclaration des créances : actualité et perspectives, *GP*, 2016/8, p. 21 s. ; THÉRON (J.), Aspects procéduraux de l'ordonnance du 12 mars 2014 (...), *GP*, 2014/147, *op. cit.*

Le rapport au président de la République indique que : « l'article 28 précise les effets de la déclaration *sans qu'il soit nécessaire de les déterminer par la qualification d'action en justice* », rapp. relatif à l'ord. du 12 mars 2014 précit., sp. II-1.

Toutefois, le projet de loi ordinaire de *modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., dans sa version initiale (TA n° 661, juill. 2015) et à propos de la ratification de l'ordonnance (art. 50), prévoyait la suppression de ce mécanisme (al. 45) ; ce qui n'est pas repris dans le projet de loi en nouvelle lecture (art. 50, al. 29).

² C. com., art. L. 622-24, al. 2-3 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 27.

³ En ce sens, LE CORRE (P.-M.), Déclaration et vérification (...), *GP*, 2015, *op. cit.* et Le rééquilibrage du rôle des acteurs : l'exemple des modifications intéressant la déclaration, la vérification et l'admission des créances, *Hebdo éd. aff.*, 2014/393 ; également, GAMBIER (B.) et al., Les nouveaux pouvoirs et les nouvelles missions (...), *RPC*, 2014/5, entretien 3, *op. cit.*

⁴ C. com., art. R. 624-3, al. 1^{er}.

⁵ C. com., art. L. 624-2, al. 1^{er} ; sur ce point, v. *supra*, sp. n° 203.

⁶ Dans le cadre de la PSA, C. com., art. L. 628-7 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 48.

⁷ « État d'endettement », C. consom., anc. art. L. 331-3, II ; substitué par « état du passif », Titre II, Chap. III.

⁸ C. consom., art. R. 723-5.

⁹ C. consom., art. L. 723-1 ; avec la précision que les déclarations inexactes ou faites de mauvaise foi, sont de nature à emporter la déchéance du débiteur du bénéfice des dispositions relatives au surendettement, art. L. 761-1, 1^o.

¹⁰ Celles des créanciers ne sont pas reprises, C. consom., anc. art. L. 331-3, al. 6 ; seulement celles du débiteur, art. L. 723-3 (ord. n° 2016-301, 14 mars 2016).

¹¹ Sur demande du débiteur, C. consom., art. L. 723-3 ; ou de son initiative, art. L. 723-4.

¹² À partir de la cohérence de l'ensemble des déclarations des parties, C. consom., art. R. 723-3.

déclaratoire¹ et, non, celui d'être une décision de justice² en droit du surendettement. Par ailleurs, dans le cadre du rétablissement personnel qui prévoit identiquement³ l'établissement d'un bilan économique et social⁴ par un mandataire⁵ judiciaire nommé sur la liste commune au droit des entreprises en difficulté⁶, c'est le mandataire qui dresse et vérifie l'état des créances, lequel est compris dans le bilan⁷.

Dans ce contexte, l'instruction qui tend à la détermination du passif pourrait intégrer l'établissement d'un état des créances. Il serait alors réalisé à ce stade du processus de traitement, dans un cadre déjudiciarisé. Cela permettrait d'évaluer le plus tôt possible le volume des dettes et, donc, d'analyser la réalité de l'état de défaillance. Sans se prononcer sur la validité de la créance, ni leur contestation, ce ne serait que la prise en compte, de manière conservatoire, du droit de créance existant. Il n'y a en ce sens aucune automaticité à voir saisir le juge.

478. Transition. L'instruction des différents aspects de l'impossibilité économique détectée relèverait de l'AAI instituée.

B. L'approfondissement par l'autorité administrative indépendante

479. Fonction. La phase d'instruction a pour finalité d'examiner l'ensemble des aspects constitutifs de l'impossibilité économique d'exécuter. Cela comprend une fonction d'investigation et une fonction d'analyse des renseignements rapportés. C'est donc l'approfondissement, en dehors des éventuelles contestations, des données factuelles. Il n'est pas

¹ FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 231.81 ; il peut être précisé que le caractère déclaratoire fait généralement référence à l'action déclaratoire qui consiste à faire constater par le juge une situation juridique, CADIET (L.), JEULAND (D.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, sp. n° 361 ; ou au jugement déclaratif, lequel se borne à reconnaître et consolider des droits mis en avant par les parties sans en consacrer de nouveaux, VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile, op. cit.*, sp. n° 192 ; ici, si ce même caractère est retenu, la compétence n'est pas celle de l'autorité judiciaire, mais de la commission de surendettement.

² VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.), CARDINI (C.), manuel précit., sp. n° 291 et n° 303 ; y compris lorsque le juge intervient aux fins de vérification, sa décision n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'instar d'un jugement sur le fond du droit (FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 231.112) car la vérification est opérée « pour les besoins de la procédure et afin de permettre à la commission de poursuivre sa mission », C. consom., art. R. 723-7 ; autrement dit, l'intervention du juge est directement liée à la mission de la commission de surendettement et s'arrête donc là l'autorité de sa décision, PAISANT (G.), La valeur juridique de la vérification des créances faite par le juge de l'exécution en vertu de l'art. L. 331-4, *RTD com.*, 2005, p. 426 s.

D'une manière générale sur la déclaration des créances, v. TAORMINA (G.), La vérification des créances dans les procédures de traitement de l'état de surendettement, *DP*, janv. 1995, p. 51-53.

³ Pour une comparaison avec le droit des entreprises en difficulté, LEBEL (C.), Les plans (...), *GP*, 2009/66, *op. cit.*

⁴ Référence au droit des entreprises en difficulté, C. com., art. L. 623-1.

⁵ C. consom., art. L. 742-10.

⁶ C. consom., art. R. 742-5, al. 2.

⁷ C. consom., art. R. 742-14 et d'une manière générale, art. L. 742-10 et L. 742-12.

émis de jugement à ce stade, de sorte que cette fonction peut être confiée à une autorité non judiciaire¹.

480. Droit des entreprises en difficulté. En droit des entreprises en difficulté, il est possible d'identifier au moins trois acteurs compétents à cette fonction d'investigation et d'analyse. Les organes de la procédure désignés à l'ouverture de la procédure par le tribunal² et, notamment³, l'administrateur judiciaire qui accomplit le bilan économique et social de l'entreprise⁴. Pour la détermination du passif, le mandataire judiciaire, également désigné établit la liste des créances⁵ dont il renvoie la finalisation avec le juge-commissaire⁶. Sur ce point, c'est lui qui dispose des principaux pouvoirs d'investigation⁷, à partir desquels selon la loi⁸ l'administrateur judiciaire va réaliser le bilan économique et social, même s'il dispose également de prérogatives d'investigation propres⁹. Par ailleurs, les juridictions, pour éclairer¹⁰ la décision d'ouverture d'une procédure de traitement, peuvent¹¹ commettre un juge dont le rôle est de mener une enquête préalable sur la situation du débiteur¹². Il est, comme le juge-commissaire, un membre du tribunal¹³. En termes brefs, c'est observer une dispersion de l'instruction et une

¹ Il est possible d'observer que, suite à la déclaration d'inconstitutionnalité de la saisine d'office des juridictions en droit des entreprises en difficulté (Cons. constit., 7 mars 2012 précit.) les tribunaux ont eux-mêmes opéré un certain retrait dans la mission d'approfondissement des informations en écartant les pratiques juridictionnelles qui auraient pu présenter un risque d'atteinte au droit du procès équitable, ROSSI (P.), et al., La simplification des procédures (...), *RPC*, 2013/3, entretien 2, *op. cit.*

² AMJ, C. com., art. L. 621-4, al. 3 ; inscrits sur une liste, art. L. 811-2 ; mission définie à l'art. L. 811-1.

D'une manière sur les AJMJ, BOURBOULOUX (H.), Introduction et conditions d'exercice des AJMJ en France, *PA*, 27 nov. 2009, p. 41 s ; CAGNOLI (P.), Entreprises en difficulté, Procédure et organes, *Rép. dr. comm.* ; CAVIGLIOLI (C.), La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire, *RLDA*, 2005, n° 80 (suppl.), p. 35 s. ; CHAVALUX (M.), Les acteurs des procédures, Les acteurs professionnels et en particulier l'administrateur judiciaire, *PA*, 20 mars 2007, p. 9 s. ; FROEHLICH (P.), « Administrateurs et mandataires judiciaires : une profession au service de la justice commerciale », in *Bicentenaire du Code de commerce, 1807-2007*, *op. cit.*, p. 567-572. ; HUERTAS (X.), SÉNÉCHAL (M.), « Les innovations introduites par l'ordonnance du 12 mars 2014 témoignent du rôle central que sont amenés à jouer les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires », interview réalisée par V. BOCCARA, in Dossier, Prévention et procédures collectives: nouvelle réforme !, F. PÉROCHON (dir.), *BJE*, 2014/3, p. 211 s. ; MERCIER (J.-L.), Que reste-t-il de la gouvernance dans une entreprise en difficulté ?, *GP*, 2014/240, p. 76 s. ; SOINNE (B.), *Les mandataires de justice*, *op. cit.*

³ Le bilan est réalisé avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'experts, C. com., art. L. 623-1, al. 1^{er} ; qui devraient être logiquement des experts en diagnostic d'entreprise, spécialement compétents en droit des entreprises en difficulté, art. L. 813-1, mais la loi ne précise pas, de sorte qu'il n'est pas possible d'affirmer leur monopole ; sur ces derniers, v. *supra*, sp. n° 444.

⁴ C. com., art. L. 623-1, al. 1^{er} ; sur le bilan économique et social, v. *supra*, sp. n° 473 s. ; sur le rôle des AJMJ à cette tâche, SOINNE (B.), Les conditions de l'intervention de tiers pour l'exécution des missions de mandataire de justice, *D.*, 2000, p. 721, sp. n° 7.

⁵ C. com., art. L. 624-1, al. 1^{er}

⁶ Compétence du juge-commissaire, C. com., art. L. 624-2 et v. *supra*, sp. n° 476.

⁷ Les pouvoirs sont décrits à C. com., l'art. L. 623-2.

⁸ La loi, après avoir détaillé les pouvoirs du juge-commissaire, dispose à propos du bilan que « L'administrateur reçoit du juge-commissaire tous renseignements et document utiles à l'accomplissement de sa mission », C. com., art. L. 623-3, al. 1^{er}.

⁹ La loi, après avoir énoncé que « l'administrateur reçoit du juge-commissaire tous renseignements », dispose que l'administrateur « entend toute personne susceptible de l'informer », C. com., art. L. 623-3, al. 1 et 3.

¹⁰ Le tribunal statue bien « au vu » du rapport du juge commis, C. com., art. R. 621-4, al. 1^{er} ; ce qui impose qu'il respecte les principes du procès équitable (not. contradictoire), DELATTE (C.), Le contradictoire et le rapport d'enquête de l'art. L. 621-1 du Code de commerce, *RPC*, 2011/6, comm. 160 ; par ailleurs, encourageant à l'ouverture de la procédure par le tribunal le recours à une enquête préalable pour soulager la tâche du ministère public (saisine), GAMBIER (B.) et al., Les nouveaux pouvoir (...), *RPC*, 2014/5, *op. cit.* ; le problème est souvent celui de son financement, *ibid.* ; ou encore, de la remise en cause de l'impartialité du tribunal lorsqu'il ouvrirait des enquêtes d'office dans le contexte du prononcé de l'inconstitutionnalité de la saisine d'office, ROSSI (P.) et al., La simplification des procédures (...), *RPC*, 2013/3, *op. cit.*

¹¹ Ce n'est qu'une faculté, ce qui laisse toute opportunité au tribunal ; le soulignant, VALLENS (J.-L.), Sanctions : l'enquête n'est qu'une simple faculté, *RTD com.*, 2002, p. 548 s.

¹² « Recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise », en sauvegarde, C. com., art. L. 621-1, al. 3 et par renvoi en RJ, art. L. 631-7, al. 1^{er} et en LJ, art. L. 641-1, I.

¹³ Mais il ne pourra, comme le juge-commissaire, siéger ou participer au délibéré, C. com., art. R. 621-4, al. 1^{er}.

superposition des pouvoirs d'investigations¹ entre les différents acteurs, tous judiciaires², nommés par le tribunal ou président ou membres du tribunal, sans être la juridiction elle-même.

481. Rôle de l'autorité administrative indépendante. Il serait possible de déjudiciariser la phase d'instruction des difficultés des entreprises considérant l'absence de nécessité d'attributs juridictionnels³ - l'enquête paraît au contraire avoir davantage une nature administrative⁴ - en la confiant à l'AAI instituée. En effet, elle bénéficie d'une place privilégiée au sein du processus, ayant déjà eu à connaître du cas du débiteur au stade de la détection des difficultés. L'instruction pourrait en être accélérée et la confidentialité des informations préservée, évitant leur dispersion et leur publicité⁵. Cela est d'autant plus vrai que les investigations nécessaires renvoient généralement vers les administrations ou les institutions parapubliques⁶, de sorte que la composition administrative de l'AAI favorise la réalisation de cette mission. La présence de membres choisis en raison de leur expertise⁷ - par exemple, les administrateurs et mandataires judiciaires professionnels⁸ - permettra par ailleurs d'analyser avec exactitude les informations rapportées. Dans cette perspective, l'AAI devra bénéficier des pouvoirs d'investigations équivalents à ceux du juge-commissaire notamment⁹ et s'appuyer de la même manière sur les professionnels compétents¹⁰, sans se voir opposer l'obstacle du secret¹¹. Elle pourra, comme c'est prévu tant en droit des entreprises en difficulté qu'en surendettement,

¹ Not. entre les AJMJ et le juge-commissaire.

² Ce qui n'est pas sans soulever de difficultés ; par ex., dans le cas du juge enquêteur, s'il est précisé qu'il ne pourra participer au délibéré, il peut par ailleurs être accompagné d'un expert qui est généralement en pratique un MJ, ce qui pose la question de sa nomination dans la procédure potentiellement ouverte à la suite du rapport fait par le juge enquêteur ; arguant en faveur d'une déjudiciarisation de l'enquête préalable, ROSSI (P.) et *al.*, *op. cit.*

³ Mais, durant l'instruction, certaines décisions peuvent nécessiter l'autorité judiciaire, v. *infra*, sp. n° 537 .

⁴ Qualifiant l'enquête préalable ouverte par le tribunal de « mesure purement administrative », GAMBIER (B.) et *al.*, *op. cit.*

⁵ Sur le paradoxe du cadre judiciarisé (publicité des débats) et la nécessité de la confidentialité des affaires, v. *supra*, sp. n° 232.

⁶ « Administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit (...) ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et incidents de paiement », que ce soit pour l'inventaire, C. com., art. L. 622-6, al. 3 ; ou la réalisation du bilan économique et social, art. L. 623-2.

Il en va de même en droit du surendettement : « la commission peut obtenir communication, auprès des administrations publiques, des établissements de crédit (...), des organismes de sécurité et de prévoyance sociale ainsi que des services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, de tout renseignement », C. consom., art. L. 712-6.

⁷ V. *supra*, sp. n° 411.

⁸ Soulignant l'importance de leur rôle dans le « nouveau droit des entreprises en difficulté », HUERTAS (X.), SÉNÉCHAL (M.), « Les innovations introduites par l'ordonnance du 12 mars 2014 témoignent du rôle central (...) », *BJE*, 2014/3, *op. cit.* et d'une manière générale, v. réf. citées *supra*, sp. note n° 480, n. 2.

Cela peut être étendu au surendettement puisque ce sont aussi les MJ qui sont compétents pour réaliser le bilan économique et social prévu par le C. consom., art. L. 742-10.

⁹ C. com., art. L. 623-2 ; v. *supra*, sp. n° 195.

¹⁰ D'une manière générale pour les débiteurs, notaire, huissier, avocat notamment ; spécialement pour l'entreprise, commissaire aux comptes, experts-comptables et autres conseils.

¹¹ À l'instar de ce qui est prévu pour les AJMJ ou le juge-commissaire, C. com., art. L. 622-6, al. 3 ou L. 623-2.

entendre toute personne dont l'audition est utile¹ ou susciter des enquêtes², autrement dit, des prérogatives similaires selon les deux branches du droit³.

482. Transition. Grâce à l'analyse de l'impossibilité économique d'exécuter, l'AAI est en mesure de se prononcer sur la procédure de traitement adaptée au regard notamment de l'état du passif ou la nature de l'activité du débiteur.

§ 3. L'orientation vers la procédure de traitement adaptée

483. Plan. La phase d'instruction trouve son terme dans le choix de la procédure de traitement. Cela suppose de qualifier précisément l'état d'impossibilité (A) pour pouvoir décider de l'orientation à donner (B).

A. La qualification juridique de l'état d'impossibilité économique d'exécuter

484. Résultat de la phase d'instruction. La détection des difficultés repose sur le critère général de l'impossibilité économique d'exécuter. L'instruction a pour objet d'examiner plus profondément et précisément ses différents aspects afin de pouvoir à présent qualifier exactement cet état de fait.

485. Critères de qualification. Il est possible de retrouver ici les critères connus du droit des entreprises en difficulté, propres à chaque procédure de traitement, pour mettre en œuvre de manière justifiée l'une d'entre elles. Globalement, trois critères d'importance peuvent être retenus pour qualifier la situation de défaillance : le premier tient à la personne du débiteur, le deuxième à la gravité des difficultés et le troisième, le cas échéant, à la taille de l'entreprise.

486. Qualité du débiteur, professionnel ou non professionnel. La qualification de la défaillance en cause suppose de déterminer la nature du passif en cause et pour cela, d'apprécier

¹ À l'instar de ce qui est prévu au titre des dispositions générales de procédure (ord. 12 mars 2014 précit., art. 15), le tribunal pouvant entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, C. com., art. L. 662-3, al. 3 ; outre les auditions obligatoires, par ex. des représentants du personnel, délégués du personnel, l'ordre professionnel (art. L. 621-1, al. 1-2) et les contrôleurs (art. L. 631-7). À noter, la formule est identique en droit du surendettement à l'égard de la commission qui peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile aux fins d'instruction, C. consom., art. L. 712-8.

² En droit du surendettement, la loi vise l'enquête sociale (C. consom., art. L. 712-7) ; qui est le « pendant de l'expertise ordonnée en matière commerciale », FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 231.51 ; soit l'enquête préalable par le juge commis, éventuellement assisté d'un expert, C. com., art. L. 621-1, al. 3 (v. *supra*, sp. n° 196 ; n° 480) ; la désignation d'un expert pour une mission déterminée par le tribunal, art. L. 621-4 ; désignation d'un technicien pour une mission déterminée par le juge-commission, art. L. 621-9.

³ FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), *ibid.*

l'activité du débiteur, entendue au sens d'activité professionnelle¹ et non comme son activité économique de consommation². C'est renvoyer ici à la distinction entre les branches du droit relatif aux entreprises en difficulté ou au surendettement.

Certes, les professionnels indépendants et les particuliers ont été appréhendés sous un angle commun, celui de la qualité de débiteur dans la situation d'impossibilité économique d'exécuter. Mais cela a lieu au stade circonscrit de la détection des difficultés et dans l'objectif de simplifier la prise en charge des débiteurs. Pour définir un traitement approprié, il est considéré que la nature du passif, professionnel ou non professionnel, est un critère d'importance pour la résolution des difficultés. En effet, l'entreprise comprend un objet multiple, à savoir une activité économique, des emplois, un savoir-faire spécifique notamment, que la loi s'attache expressément à sauvegarder lorsqu'elle définit les procédures de traitement³. Le particulier ne connaît pas ces différentes réalités⁴. Le prisme économique est particulièrement important dans le cas de l'entreprise⁵, sa pérennité tient à son activité économique. Dans le cas du particulier, c'est davantage l'aspect social qui est recherché dans le traitement, afin de lutter contre son exclusion au sein de la société⁶. La distinction de l'homme et de l'entreprise - au sens d'activité économique - n'aurait au demeurant aucun sens pour le débiteur particulier puisque son activité est intrinsèquement liée à sa vie personnelle. Par conséquent, son traitement n'intéresse pas les questions liées à l'implication des salariés, à la structuration du capital, à la forme de gouvernance ou à la compétitivité de l'activité économique au sein du marché⁷. Il s'agit plutôt celles relatives à la cellule familiale, la gestion du budget ou la pression du coût de la vie⁸. Si des parallèles peuvent être faits entre ces deux sphères, la recherche d'un traitement spécifiquement adapté nécessite de différencier le particulier du professionnel.

¹ Dans le cadre du surendettement, les dettes professionnelles sont celles « nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle », 2^e civ., 8 avril 2004, n° 03-04.013 ; *Bull. civ.*, II, n° 190 ; *CCC*, 2005, chron. 1, n. S. GJIDARA ; *RTD com.*, 2004, p. 820, n. G. PAISANT ; *D.*, 2004, p. 1383, n. C. RONDEY ; la formule se voulant restrictive sur le lien avec l'activité professionnelle ; comp. « à l'occasion de », 1^{ère} civ., 31 mars 1992, n° 91-04.011 (trois arrêts) ; *Bull.*, I, n° 107.

² Un angle d'approche commun avait pu être défini par l'activité économique, v. *supra*, sp. n° 356.

³ Objectif de la sauvegarde, permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. », art. L. 620-1, al. 1^{er} ; le RJ, la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. (...) », art. L. 631-1, al. 2 ; et la LJ, à éliminer du marché les entreprises économiquement non viables, PÉROCHON (F.) *Droit de la concurrence*, Présentation, *PA*, 11 juin 2008, p. 3 s.

⁴ Son intérêt est avant tout personnel, LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, *op. cit.*, sp. n° 70.

⁵ Sur ce point, v. *supra*, sp. n° 254 s.

⁶ C'est l'intitulé même de la réforme du surendettement opérée dix ans après la loi Neiertz, L. n° 98-657 du 29 juill. 1998 *relative à la lutte contre les exclusions*, art. 84 s. ; sur cette présentation, PÉTEL (P.), « Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises (...) », in *mél.* CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 835-842, sp. n° 3 ; également et d'une manière générale sur les objectifs du législateur en matière de surendettement, BETCHEN-ABOUEM (D.), *th. précit.*, sp. n° 185 s., n° 303 s. et n° 500 s.

⁷ Soulignant cette différence du contexte du « marché » pour l'entreprise à la différence du particulier, REYGROBELLET (A.), La notion de surendettement face à la cessation des paiements, *GP*, fév. 2003, p. 312 s., sp. p. 316 ; et sur les conséquences moindres sur l'environnement économique, LEDAN (S.), *Analyse comparative (...)*, 2^e partie, *CCC*, 2006/7, étude 15, *op. cit.*

⁸ En ce sens, considérant que la distinction des finalités entre le droit du surendettement et du surendettement entraîne de « nombreuses différences techniques » dans le traitement, LAGARDE (X.), *op. cit.*, sp. n° 70 et Le choix des intervenants dans les deux procédures (...), *GP*, 2003/58, p. 33 s., *op. cit.*, sp. p. 37.

Pour cette qualification, bien que le droit des entreprises en difficulté continue, malgré les sollicitations d'une partie de la doctrine¹, de procéder de manière énumérative quant aux débiteurs éligibles², le droit du surendettement paraît plus simple d'application³ en ce qu'il renvoie d'une manière générale aux dettes non professionnelles⁴. Et pour les hypothèses de dettes mixtes⁵, c'est une appréciation globale de la nature du passif qui permettra d'opter pour l'un ou l'autre des régimes juridiques de traitement des difficultés selon le besoin de protection du patrimoine privé ou professionnel. Ce critère de qualification permettra *in fine* de renvoyer soit à l'application du droit des entreprises en difficulté, soit du surendettement.

487. Intensité de l'impossibilité d'exécuter. S'il est constaté de manière générale une impossibilité d'exécuter, celle-ci peut recouvrir différents degrés d'intensité. Il sera rappelé qu'ont vocation à faire l'objet d'une appréhension spécifique les difficultés très légères ou, au contraire, celles manifestement irrémédiables⁶. Mais entre ces deux extrêmes, l'impossibilité peut être d'une gravité plus ou moins élevée qu'il faut qualifier. Peuvent être repris à cette fin les critères du droit des entreprises en difficulté, à savoir notamment l'existence de difficultés impossible à surmonter, un état de cessation des paiements, léger ou aggravé⁷. L'objectif est de pouvoir situer le débiteur sur une échelle de difficultés plus ou moins importantes.

488. Cause de l'impossibilité économique. Il serait également utile pour la détermination de la procédure de traitement de rechercher et d'identifier les causes⁸ de l'impossibilité économique. Elles peuvent effectivement être d'ordre structurel ou conjoncturel, avoir des sources diverses, par exemple, une origine financière lorsque c'est essentiellement un problème de trésorerie, économique lorsque l'activité est elle-même mise en péril, ou, encore, juridique lorsqu'une question de droit paralyse le fonctionnement, voire sociale si le comportement du débiteur est lui-même en cause. Le droit des entreprises en difficulté prévoit en ce sens un traitement spécifique en cas de difficultés essentiellement financières⁹. Également, la bonne foi

¹ Not. PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 275 ; VALLANSAN (J.), L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective, *RDLA*, 2005, suppl. n° 80, *op. cit.*, p. 12 et v. *supra*, sp. n° 134, n. 4.

² C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er}.

³ Ce que toutefois la recodification opérée pourrait en fait compliquer par la double définition du non-professionnel et du consommateur ; comp. C. consom., art. L. 711-1, al. 1-2 et art. liminaire ; ord. du 14 mars 2016 précit. ; sur ce point, v. *supra*, sp. n° 356.

⁴ C. consom., art. L. 711-1, al. 2 ; à propos de la définition de la dette professionnelle, v. *supra*, sp. n° 339.

⁵ Sur cette hypothèse factuelle et des difficultés qu'elle soulève, v. *supra*, sp. n° 331.

⁶ V. *supra*, sp. n° 463.

⁷ Condition de la sauvegarde, C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er} ; de la conciliation, art. L. 611-4 ; du RJ, art. L. 631-1.

⁸ Soulignant l'importance de l'évaluation des causes pour décider des mesures de restructuration qui s'imposent, BARON (J.), PARTOUCHE (N.) et ROUSSEL GALLE (P.), Restructurations d'entreprises : les aspects financiers, table ronde, *CDE*, 2015/2, entretien 2

⁹ Référence à la sauvegarde financière accélérée, C. com., art. L. 628-9 ; sur laquelle, v. *supra*, sp. n° 126.

du débiteur pourrait être prise en compte pour la mise en œuvre d'un rétablissement, comme le prévoit la loi, pour les situations personnelles ou professionnelles¹.

489. Taille de l'entreprise. En dehors de l'intensité ou de l'origine de l'impossibilité d'exécuter, c'est encore sa dimension² en termes de taille qui doit être analysée pour les entreprises. Autrement dit, il s'agit de repérer³, outre la personnalité physique ou morale du débiteur concerné, si est en cause une petite ou moyenne entreprise⁴ d'une part, ou, d'autre part, une grande entreprise et intégrant un groupe de sociétés⁵. Le droit des entreprises en difficulté connaît déjà de tels critères d'évaluation en distinguant selon le nombre d'emplois ou le chiffre d'affaires⁶. Les enjeux économiques et sociaux de la défaillance⁷ ne sont effectivement pas les mêmes selon qu'il s'agit d'une petite entreprise ou d'une grande entreprise ou d'une filiale d'un important groupe, partant, les éléments du traitement peuvent varier⁸. Concrètement, dans le cas d'une grande entreprise, ses difficultés sont susceptibles de se répercuter à grande échelle sur son environnement économique, ce qui explique l'intervention des autorités publiques⁹. De telles conséquences sont moins sensibles à l'égard d'une petite entreprise, notamment d'un entrepreneur individuel¹⁰. Cela ne signifie pas qu'une moindre attention doit leur être portée, au contraire, les micro-entreprises sans effectif ou les très petites entreprises de moins de dix salariés constituent l'essentiel des entreprises en difficulté¹¹. Pour elles, c'est une procédure simplifiée,

¹ Rétablissement personnel, C. consom., art. L. 711-1, al. 1^{er} et L. 742-3 ; rétablissement professionnel, C. com., art. L. 645-1 et L. 645-2, L. 645-9, al. 1^{er} ; sur ce critère commun, v. *supra*, sp. n° 351.

² Sur ce critère, GUYON (Y.), *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, sp. n° 1025.

³ Sur cette distinction, proposant de différencier entre les « petites insolvabilités » des autres, SOINNE (B.), « Surendettement » et « faillite » : unité ou dualité de régimes, *PA*, 22 déc. 1997, p. 4 s..

⁴ (PME) ; très petites entreprises (TPE) ; ou entreprise de taille intermédiaire (ETI).

⁵ Des définitions sont données de la micro, petite, moyenne, grande entreprise et du petit, moyen, grand groupe par la dir. PE et Cons. UE, 2013/34, 26 juin 2013 *relative aux états financiers (...) de certaines formes d'entreprises (...)*, art. 1^{er}, 8) s. ; *JOUE*, n° L. 182/19, 29 juin.

⁶ Par ex., en prévoyant l'obligation d'établir un bilan comptable annuel pour les entreprises dépassant un nombre de salariés ou un montant de chiffre d'affaires précisé par décret, C. com., art. L. 612-1, al. 1^{er} et R. 612-1 ; ou, au contraire, dispensant de publicité du compte de résultat (art. R. 123-111-11) pour les micro et petites entreprises (art. D. 123-200) ; encore, en prévoyant l'absence de désignation d'un AJ pour les entreprises ne dépassant pas un nombre de salariés et de chiffre d'affaires prévu par décret, art. L. 621-4, al. 4 ; une procédure simplifiée, art. L. 641-2 s. ; ou de bénéficier du rétablissement personnel, art. L. 645-1 ; sur le sujet, v. RÉMERY (J.-P.), Les seuils dans la réforme du droit des entreprises en difficulté, *JCP G*, 2006/16, I, 132.

⁷ Critiquant l'insuffisante prise en compte par le droit des entreprises des conséquences économiques et sociales de leur défaillance, RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), *Droit commercial* (t. 2), par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité précit.*, sp. n° 2812

⁸ En ce sens, il y aurait deux méthodologies dans l'élaboration du plan en fonction de la taille de l'entreprise, LEBEL (C.), Les plans (...), *GP*, 2009/66, *op. cit.* et pour le RJ, th. précit., sp. p. 65.

⁹ Sur les entreprises « méritantes » et la compétence notamment du CIRI, v. *supra*, sp. n° 61, n° 79 et n° 85.

¹⁰ Particulièrement sur son cas, DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), L'adaptation et l'articulation délicates des procédures d'exécution à l'EIRL, *RDB*, 2010/5, étude 23, *op. cit.*

¹¹ En 2015, sur 43 000 entreprises immédiatement liquidées, 33 000 concernent des entreprises de moins de 3 salariés, Altares, *Défaillances d'entreprises en France*, 4^e trimestre 2015 et Bilan annuel 2015 ; En 2012, les TPE représentaient 92% des entreprises en procédure collective, Altares, *Défaillances et sauvegardes d'entreprises en France, Bilan 2012* ; le soulignant également, VOINOT (D.), « Les petits professionnels », *op. cit.*, sp. p. 566 ; c'est au demeurant la spécificité du tissu économique français en comparaison d'autres pays tels que l'Allemagne qui se compose principalement d'entreprises employant peu de salariés, Deloitte-Altares, *L'entreprise en difficulté en France*, mars 2015, *op. cit.*, sp. p. 8.

protectrice du patrimoine¹ et favorisant le rebond qui doit être appliquée, le droit commun des entreprises en difficulté leur étant peu adapté². Ce critère de la taille pourrait par ailleurs permettre de prendre en compte les groupes de sociétés dans la définition d'un traitement globalisé³. C'est en ce sens que la réforme du droit des entreprises en difficulté de 2014 tend à mieux prendre en compte le critère de la taille et la dimension de l'entreprise⁴, certainement par prise de conscience de son importance dans l'élaboration de la mesure de traitement.

490. Transition. La qualification juridique de l'état d'impossibilité économique d'exécuter selon les différents critères du droit des entreprises en difficulté permet de se prononcer quant à la procédure de traitement appropriée.

B. La décision d'orientation de l'autorité administrative indépendante

491. Décision d'orientation. L'instruction s'achèverait par la prise de décision quant à l'orientation du cas examiné. Autrement dit, grâce à l'analyse approfondie des différentes données de l'impossibilité économique d'exécuter et à leur mise en correspondance avec les critères du droit des entreprises en difficulté, il s'agit de désigner, parmi les différentes procédures prévues par le législateur, celle qui se trouve adaptée au cas. Il n'y aurait pas ici d'atteintes ou de restrictions portées aux droits des parties nécessitant le recours au judiciaire⁵. Il est seulement question d'opérer un choix pour le traitement. En cela, cette fonction peut être

¹ Invitant à « protéger les intérêts personnels de l'homme au-delà de son entreprise » comme aboutissement de l'évolution de la distinction de l'homme et de l'entreprise, REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), (...), *in* m.él. J. HÉRON, *op. cit.*, sp. p. 467 ; soulignant par ailleurs les répercussions principalement sur le patrimoine personnel pour ces catégories d'entreprises, VOINOT (D.), « Les petits professionnels », *in* m.él. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Liberamicorum*, Montchrestien-Lextenso, 2012, p. 565 s., sp. p. 584 s.

² Relevant une inadéquation du droit des entreprises en difficulté aux PME, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 76 ; également, comme étant davantage réservé aux grandes entreprises, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 14 ; le surendettement se révélant à cet égard plus évolué, il devrait tenir lieu de « modèle » et devenir « le droit commun des petites insolvabilités », LAGARDE (X.), Le choix des intervenants dans les deux procédures (...), *GP*, 2003/58, *op. cit.*

Partageant ce constat, le solution pourrait être le choix pour les petites entreprises l'application des dispositions du surendettement ou des entreprises en difficulté pour une plus grande adaptation, REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), *loc. cit.*, sp. p. 471.

³ Le droit des entreprises en difficulté ne prévoit qu'une procédure individualisée pour ce type d'hypothèse, sauf à employer une « des solutions de contournement », « plus ou moins heureuses » (par ex., extension de la procédure pour confusion des patrimoines et fictivité de la personne morale, C. com., art. L. 621-2, al. 2), PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 328 et n. n° 152 ; l'ouverture d'une procédure collective commune est sinon refusée, Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-24.161 ; p.B. ; *JCP E*, 2015/11, 1122, n. D. DEMEYERE ; *Procédures*, 2015/3, p. 32, n. B. ROLLAND ; sur le sujet, v. *supra*, sp. n° 326 s.

⁴ Sur ce constat, à propos de l'entrepreneur individuel, du débiteur personne physique et de la petite entreprise, VOINOT (D.), Les modifications intéressant la liquidation judiciaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014, *GP*, 2014/98, p. 23 s.

À propos des groupes de sociétés, l'ord. du 12 mars 2014 précit., art. 93 et 116 prévoient la compétence étendue des organes de procédure ; C. com., art. L. 662-8, al. 1^{er} et v. art. R. 662-18 à 662-21 ; MENJUCQ (M.), Traitement procédural des groupes de sociétés : la coordination par la contractualisation, *RPC*, 2015/3, repère 3 ; il peut être ajouté au surplus l'apport de la réforme du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité qui consacre un chapitre au traitement des groupes de sociétés, règl. 2015/848/UE précit., chap. V, art. 56-60 ; DAMMAN (R.), MENJUCQ (M.) et ROUSSEL GALLE (P.), Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, *RPC*, 2015/1, étude 2, sp. n° 30 s. ; v. également, BOURBOULOUX (H.), LOSTE (A.), Vers une amélioration du traitement de l'insolvabilité des groupes, *RPC*, 2015/1, dossier 8 ; d'une manière générale, VALLANSAN (J.), « Libres propos sur l'application du droit des entreprises en difficulté aux groupes de sociétés », *in* m.él. J. PRIEUR, LexisNexis, 2014, p. 227 s.

⁵ V. *infra*, sp. n° 535 s.

confiée à l'AAI qui a instruit le dossier¹. Elle agirait en continuité de sa mission et pour les tâches préalables au véritable traitement des difficultés dans ses aspects contraignants. Toutefois, cela ne signifie pas que la décision d'orientation soit dénuée d'importance, au contraire, elle porte directement sur le sort de l'entreprise en exerçant sur celui-ci une force de direction. L'AAI doit véritablement se *prononcer*, c'est sa qualité d'« autorité » qui se manifeste ici. Il y a un acte d'évaluation dans cette décision qui pourrait supposer, par exemple, d'ajuster entre la réalité des faits et la qualification que la situation devrait revêtir de manière plus appropriée². Ce peut donc être une étape particulièrement délicate. Elle devrait en ce sens être matérialisée dans une décision écrite, spécialement motivée quant à ses éléments de choix.

492. Contenu de la décision d'orientation, choix de la procédure. La décision intervient globalement sur l'application des dispositions du droit des entreprises en difficulté ou du surendettement et, plus précisément, le choix de la procédure de traitement adaptée - notamment la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaires -, ainsi que le régime simplifié ou non. La décision doit évidemment être justifiée au regard des éléments issus de l'examen approfondi du dossier.

493. Désignation des organes de la procédure. La décision pourrait en outre comprendre déjà la désignation des organes de la procédure, à savoir les professionnels compétents pour sa mise en œuvre - les administrateurs et mandataires judiciaires -, ainsi que les représentants des parties à la procédure - le créancier contrôleur et le représentant des salariés de l'entreprise s'il y a lieu -³. Ce serait alors envisager la déjudiciarisation de cet élément du traitement des difficultés considérant qu'il n'implique pas d'attribut juridictionnel spécifique, les administrateurs et mandataires judiciaires étant inscrits sur une liste et les représentants pouvant être désignés par les parties concernées. L'AAI, en raison de sa connaissance du dossier, son contact potentiel avec les parties et, surtout, son indépendance vis-à-vis des collaborateurs de la

¹ En droit du surendettement, la commission procède de la même manière : au terme de la phase d'instruction, elle se prononce, sur l'orientation du dossier, C. consom., Chap. IV : « Orientation du dossier », art. L. 724-1 s., par une décision motivée, art. R. 724-1, al. 1^{er}, Chap. III : « L'orientation du dossier ».

Par ailleurs, cela renvoie d'une manière plus générale à la logique suivie dans le cadre d'une déjudiciarisation du prétraitement ; par ex., pour le droit du travail, le Conseil des prud'hommes connaît de manière distincte un bureau de conciliation *et* (nouvellement) *d'orientation*, modif. par L. n° 2015-990, 6 août 2015 précit., art. 258 ; C. tr., art. L. 1423-13 ; ce dernier dispose, en cas d'échec de la conciliation, d'un pouvoir d'orientation de l'affaire devant le bureau de jugement (formation la plus adaptée) ; pour précision, sa décision est qualifiée de mesure d'administration judiciaire, art. L. 1545-1-1, créé par L. 6 août 2015 précit. ; sur le sujet, v. not. ORIF (C.), Quels commandements pour la nouvelle procédure prud'homale ?, *Dr. social*, 2015, p. 819 s.

² WACHSMANN (P.), v. « Qualification », in *Dictionnaire de la culture juridique précit.*, p. 1277-1283, sp. p. 1280-1281.

³ Sur la désignation des AJMJ, C. com., art. L. 621-4, al. 3 ; sur le créancier désigné contrôleur, art. L. 621-10 ; pour le représentant des salariés, art. L. 621-4, al. 2 ; dispositions de la sauvegarde, applicables par renvoi en RJ, art. L. 631-9 et en LJ, art. L. 641-1 ; sur la modification du rôle du juge-commissaire, v. *supra*, sp. n° 480 s.

Justice¹, aurait pour rôle de pourvoir à la désignation des uns et reconnaître la représentation pour les autres. De plus, elle pourrait aussi définir la rémunération des professionnels, allant de pair avec leur désignation et n'étant que l'application d'un barème défini par le législateur². Ce serait préparer utilement - et efficacement³ - l'application du traitement à venir. Si le droit des entreprises en difficulté renvoie au tribunal, ce paramètre de la procédure pourrait être déjà intégré à la décision d'orientation du dossier.

494. Portée de la décision. La décision d'orientation a vocation à déclencher la mise en œuvre concrète d'une procédure de traitement. Par conséquent, elle devrait être communiquée aux parties, débiteur et créanciers, puisqu'elle engage le sort de l'entreprise. Elles auraient alors l'occasion de contester ces éléments, notamment la qualification juridique, la désignation des organes nécessaires ou la motivation, particulièrement quant à l'opportunité de la procédure choisie.

La décision d'orientation pourrait être également communiquée au ministère public qui se révélerait être ici, par son rôle et son statut⁴, le relais naturel⁵ entre la voie administrative et celle judiciaire. C'est ce qui semble ressortir de la fonction des commissions d'action publique en matière économique et financière⁶, d'autant que certains faits peuvent déjà, à ce stade, retenir l'attention du ministère public au titre d'agissements répréhensibles de la part du chef d'entreprise ou préjudiciables à la sauvegarde de l'entreprise.

¹ Référence aux AJMJ, qualifiés comme tels par la Cour de cassation ; à propos des MJ, 1^{ère} civ., 30 janv. 1996, n° 91-20.266 ; *Bull. civ.*, I, n° 51 ; *D.*, 1997, p. 83, n. A. LEGRAND ; *GP*, juill. 1997, p. 27, concl. J. SAINTE-ROSE ; *JCP G*, 1996, II, 22608, rapp. P. SARGOS, aussi valable pour les les AJ, sp. n° 21 ; sur le sujet, LEMAIRE (F.), La qualité de collaborateur du service public des mandataires de justice et ses conséquences, *RPC*, 1999, p. 10 s. ; SOINNE (B.), *Les mandataires de justice (...)*, op. cit., sp. n° 159. Sur les difficultés liés à la désignation des AJMJ par le tribunal, SOINNE (B.), L'exorcisme (à propos de l'avenir des professions d'administrateur et de mandataire judiciaires après les rapports parlementaire et ministériel), *PA*, 21 sept. 1998, p. 4 s.

² L. 6 août 2015 précit., art. 50 s. et D. n° 2016-230, 26 fév. 2016, art. 4 ; C. com., art. L. 444-3 s. et art. L. 663-2 et v. art. R. 663-3 s. ; PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), Conditions d'exercice des professions juridiques réglementées, *JCP E*, 2015/37, 1407 ; ROSSI (P.), Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII C. com., *Obstination ou obsession ?*, *RPC*, 2015/5, étude 15.

³ En ce sens, « La loi ne prévoit la désignation des organes que le jour du jugement d'ouverture. Il faudrait pouvoir décaler cette décision de façon transparente », « une solution serait de prévoir qu'au moment où l'entreprise dépose le bilan, le jugement n'est pas encore prononcé et que l'on va disposer de quinze jours au mieux, en amont, pour organiser la procédure », « Il pourrait donc s'agir d'une désignation en amont, confidentielle s'il le faut, des futurs organes de la procédure », ainsi, « On prépare le dossier, on a une équipe de travail qui se met en place (...). Nous sommes tous d'accord avec cela » ; certaines pratiques d'anticipation se mettent en place à cette fin : « Nous avons tous pratiqué l'anticipation sur des dossiers importants de façon insuffisamment transparente en allant voir le juge pour savoir quel mandataire allait être désigné », ROSSI (P.) et al., *La simplification des procédures (...)*, *RPC*, 2013/3, op. cit.

⁴ Pour son étude, v. *supra*, sp. n° 208 et 215.

⁵ La réforme de la justice commerciale devrait veiller en ce sens « à une articulation opérationnelle des informations détenues par les administrations à destination du ministère public afin d'éclairer au mieux l'autorité judiciaire dans ses prises de décision », comm. min. Just., *Efficacité de la justice commerciale, L'État est responsable de l'ordre économique et social*, actualité, 14 déc. 2012.

⁶ Circ. min. Just., *relative à la création de commissions d'action publique en matière économique et financière*, CRIM n° 2003-03, NOR : JUSC0220391C, 6 mars 2003 ; *BO min. Just.*, n° 2003/89, p. 109-117 ; à la diligence des procureurs généraux (près la cour d'appel) et placées sous leur présidence, elles se composent des différents représentants des administrations publiques et institutions parapubliques, notamment le représentant du Trésor, des services fiscaux, du travail et de l'emploi, de la concurrence, de la consommation et répression des fraudes (DGCCRF), de l'URSSAF, de la Banque de France, sans que cette liste soit exhaustive, circ. précit., sp. II.2 ; globalement, il s'agit d'organiser l'intervention du parquet plus en amont dans le traitement des difficultés et, surtout, de la procédure judiciaire ; ce dispositif serait « opérationnel dans la quasi-totalité des cours d'appel », rép. min. Just., QE n° 24542, C. VANNESTE ; *JOAN*, 10 fév. 2004.

D'une manière générale, en dehors de la communication aux parties intéressées, la décision d'orientation de l'AAI constituerait l'acte de saisine du tribunal compétent pour l'ouverture de la procédure judiciaire de traitement¹.

495. Transition. Si la décision d'orientation de l'AAI prise suite à l'examen approfondi de l'impossibilité économique d'exécuter mène à la saisine du juge pour l'ouverture d'une procédure judiciaire, le traitement peut avoir lieu par ailleurs de manière amiable.

Section II. L'alternative de traitement

496. Alternative à la judiciarisation. L'intervention du juge n'est pas toujours l'issue souhaitable² malgré l'existence d'un contexte conflictuel. Certaines de ses qualités et caractéristiques peuvent être peu adaptées, voire handicapantes³ pour la résolution des litiges et, en l'occurrence, le traitement de l'impossibilité économique d'exécuter. Par exemple, l'impartialité⁴, particulièrement exigeante dans le cadre judiciaire, nécessite le respect d'une séparation stricte des tâches, ce qui peut alourdir considérablement la procédure. Encore, l'*imperium* dont l'autorité judiciaire dispose peut se révéler trop rigide pour les parties dans la définition de la solution. Enfin, face à l'encombrement des juridictions, à l'allongement des délais et, d'une manière générale, à la « crise de la Justice »⁵, le besoin est de se tourner vers une

¹ V. *infra*, sp. n° 537 s.

² BOLZE (A.), Le procès, risque à éviter : les modes alternatifs de règlement des litiges, *RGDA*, juill. 2010, p. 841 s. ; NORMAND (J.), th. précit., sp. p. 2 ; c'est l'adage « Mauvais arrangement mieux vaut que bon procès », BALZAC, *Illusions perdues*, Pléiade, t. IV, p. 1054 ; ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, op. cit., sp. n° 218 ; le soulignant spécifiquement dans la vie des affaires, FRION (J.-J.), Le juge et la réforme des contrats, *RDL*, 2015/132, op. cit.

³ Critique, not. DESDEVICES (Y.), Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents du procédure civile, *D.*, 1981, chron., p. 241 s., sp. p. 243 ; JEAMMIN-PETIT (E.), *La mission de conciliation du juge*, th. précit., sp. p. 20 s. ; JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiations judiciaires*, th., S. GUINCHARD (préf.), PUAM, 2003, 476 p., sp. n° 270 s. ; PLUYETTE (G.), La médiation judiciaire, *GP*, juin 1998, doct., p. 702 s. ; soulignant un « affrontement de deux cultures » entre la médiation et l'institution judiciaire, GUILLAUME-HOFNUNG (M.), VERT (F.), Construire la confiance entre justice et médiation, *GP*, 2015/356, p. 9 s.

Pour des chiffres rapportant la faiblesse de médiation judiciaire, voire, dans un certain contentieux (par ex., en matière familiale), une baisse, v. rapp. Delmas-Goyon sur *Le juge du XXI^e s.* (2013) précit., sp. p. 58 s.

⁴ D'une manière générale, la double casquette du juge conciliateur met en doute son impartialité, GORCHS (B.), La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire, *Droit et Société*, 2006/62, p. 226 s.

⁵ Sur une « crise de la Justice », v. réf. citées *supra*, sp. n° 143 ; sur ce motif comme étant primaire dans le développement des modes alternatifs de règlement des conflits, CADRET (L.), « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in S. AMRANI-MEKKI et al., *La médiation*, Dalloz, Société de législation comparée, 2009, p. 13-27, sp. p. 17 ; GARAPON (A.), « Qu'est ce que la médiation au juste ? », in Centre d'études, de technique et d'évaluation législatives (*dir.*), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Institut suisse de droit comparé, 1992, sp. p. 211 ; JARROSSON (C.), La médiation et la conciliation : essai de présentation, in Dossier, Médiation et conciliation : nouveaux horizons pour les professionnels du droit, *DP*, 1999/77, n° sp., p. 36 s., sp. p. 39 ; JOLY-HURARD (J.), th. précit., sp. n° 8 ; REVET (T.), Commentaire de la loi n° 98-1163 du 18 déc. 1998, *RTD civ.*, 1999, p. 220 s. ; RIVIER (M.-C.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits, Un objet nouveau dans le discours

autre voie, alternative au traitement judiciaire. C'est en ce sens qu'est repris le terme d'« alterjudiciarisation »¹. Au-delà d'une déjudiciarisation² du traitement des entreprises en difficulté qui se traduirait, dans un sens restrictif par l'exclusion du juge, est recherchée une véritable *alternative* au mode judiciaire. Autrement dit, « c'est d'abord en termes d'altérité ou non de ces procédures dites amiables, et non en termes d'évitement pur et simple du procès, qu'il faut poser la question »³. L'alternative a lieu non pas contre le juge, mais de manière différenciée et présentant ses propres qualités. Surtout, elle aurait vocation à constituer ici une forme de traitement à part entière de l'impossibilité économique d'exécuter.

497. Traitement amiable. C'est principalement pour les parties qu'est envisagée la mise en œuvre d'une voie alternative de traitement. Elle doit constituer pour le débiteur et les créanciers une véritable option qui puisse leur être proposée en cas d'impossibilité économique, en raison de ses vertus bénéfiques pour eux⁴. Toutefois, le mode privé se réalisant dans un cadre purement extrajudiciaire contient intrinsèquement ses limites en termes d'effectivité et de réussite du traitement, comme en termes d'équilibre et de sécurité juridique⁵. Par conséquent, il est nécessaire de recourir à une autorité régulatrice, compétente pour impulser et, aussi, encadrer le déroulement de la conciliation. Quoi qu'il en soit, un tel traitement extrajudiciaire ne pourra avoir lieu que dans une perspective préventive et pour les difficultés simples d'exécution.

498. Plan. Le traitement de l'impossibilité économique d'exécuter pourrait avoir lieu par la voie amiable (§ 1), mais sous l'égide d'une autorité de conciliation (§ 2).

des juristes français ? », in P. CHEVALIER, Y. DESDEVICES et P. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003, p. 25-35, sp. p. 30 s. ;

Les MARD constituent à ce titre des « circuits de dérivation du contentieux », OPPETT (B.), Arbitrage, médiation et conciliation, *Rev. arbitrage*, 1984, p. 307 s., sp. p. 322 ; pouvant devenir alors des procédés d'évitement de la justice étatique, SERVERIN (E.), Le médiateur civil et le service public de la justice, *RTD civ.*, 2003, p. 229 s.

D'une manière générale, v. rapp. CA Paris, groupe de travail sur la médiation, *Célérité et qualité de la justice, La médiation une autre voie*, J.-C. MAGENDIE (prés.), oct. 2008, 100 p.

Le développement des modes alternatifs peut aussi viser à simplifier le droit, dont l'application amène sinon le rôle du juge, ZATTARA-GROS (A.-F.), « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », in méf. D. TRICOT, *op. cit.*, sp. n° 3 ; c'est un objectif du droit des entreprises en difficulté, ROSSI (P.) et al., La simplification des procédures (...), *RPC*, 2013/3, *op. cit.* ; sur les effets de l'inflation normative, v. not. FOYER (J.), « La judiciarisation en délire ou l'abus du droit en un sens nouveau », in méf. F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 749-759 et *supra*, sp. n° 116.

¹ GABORIAU (S.), Ombre et lumière, *AJ fam.*, 2008, p. 334 s. ; également repris par BUTRUILLÉ-CARDEW (B.), « La “collaborative law” », in J.-J. BARBIÈRI et al., *Construction européenne : approche pratique*, Lamy, 2012, *op. cit.*, p. 345-350, sp. p. 346 ; dans un sens proche, est employé le terme « juridiversité » pour signifier les alternatives aux pratiques judiciaires dans le domaine juridique, GABORIAU (S.), La déjudiciarisation et administration de la justice, promouvoir la « juridiversité », *PA*, 14 juin 2012, p. 31 s.

² CADIET (L.), « La déjudiciarisation, rapport introductif », in O. BOSKOVIC (dir.), *La déjudiciarisation*, *op. cit.*, p. 9-35, sp. n° 3 ; et dans le même ouvrage, FRANÇOIS (B.), « La déjudiciarisation en droit bancaire et financier », p. 265-311, sp. p. 266 ; d'une manière générale sur la déjudiciarisation, CADIET (L.), « Une justice contractuelle : l'autre », in méf. J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 189 s. ; CHEVALIER (P.), DESDEVICES (Y.) et MILBURN (P.) (dir.), *loc. cit.*, sp. p. 11 s. ; DELVOVÉ (P.), La justice hors du juge, *CDE*, 1984/4, p. 15 s. ; TIMSIT (J.), La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative, *GP*, 2001, 2, doctr. p. 1773 s.

³ BOLZE (A.), Le procès, risque à éviter : les modes alternatifs de règlement des litiges, *RGDA*, 2010, *op. cit.*, sp. n° 2 ; dans le même sens, JARROSSON (C.), Les modes alternatifs des conflits, présentation générale, *RIDC*, 1997/2, p. 311-345, sp. n° 13.

⁴ Formulant, dans sa conclusion générale, la proposition du maintien du droit commun pour l'entreprise, y compris en état de cessation des paiements, en restructuration, en dehors de l'intervention judiciaire du droit des entreprises en difficulté, CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, th. précit., sp. n° 386 et v. n° 388 s.

⁵ Sur l'ensemble de ces limites, v. *supra*, sp. n° 44-0.

§ 1. L'altérité du traitement extrajudiciaire pour les parties

499. Plan. Le mode amiable doit être envisagé comme une voie autonome de traitement de l'impossibilité économique d'exécuter (A). Il permettrait en droit des entreprises en difficulté de replacer le débiteur et les créanciers au cœur du processus de traitement (B).

A. La voie amiable comme mode traitement

500. Diversité et essor des modes amiables et traitement des difficultés. Le traitement de l'impossibilité économique d'exécuter pourrait relever de la définition générale des modes amiables de règlement des différends (MARD)¹, à savoir la résolution du litige par les parties, en dehors de la saisine du juge². Différents modes de règlement amiable des conflits peuvent alors être recensés³. Ils connaissent globalement un véritable essor⁴, malgré une certaine méfiance des pays occidentaux⁵ à se détacher du juge⁶.

¹ Les expressions sont diverses : mode de règlement ou de résolution, amiable ou alternatif, des conflits, des différends ou des litiges (MARC)/(MARD)/(MARL) ; aussi dit règlement extrajudiciaire des litiges (REL) ; et en anglais, *alternative dispute resolution* (ADR) ; connus au niveau national et européen, voire supra-national ; l'ensemble fait l'objet d'une importante littérature juridique ; v. *supra*, sp. n° 42, n. 1 ; il sera préféré ici celui de MARD en conformité avec les dispositions civiles (CPC) et la réforme de la justice du XXI^e s. qui reprend cette expression, projet de loi de modernisation précit., sp. Titre II ; d'une manière générale sur le sujet, not. : FRICERO (N.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2015, 2^e éd., 698 p. ; également CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, sp. n° 423 s. ; CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès, op. cit.*, sp. n° 47 s. ; et *supra*, sp. n° 42.

² Sur cette définition, JARROSSON (C.), Les modes alternatifs des conflits, présentation générale, *RIDC*, 1997/2, *op. cit.*, sp. p. 325 s.

³ Not. l'arbitrage, CPC, art. 1442 s., la conciliation et la médiation, la procédure participative, Livre V : « La résolution amiable des différends », art. 1528 s. ; sur le lien entre la médiation et la conciliation, v. *infra*, sp. n° 501, n. 6 ; transaction, compromis et convention de procédure participative, C. civ., art. 2044 s., 2059 s. et 2062 s. ; l'arbitrage se rapproche sensiblement de la fonction juridictionnelle car il tranche entre des intérêts frontalement opposés que l'arbitre doit départager, DE BOURNONVILLE (P.), *Droit judiciaire : l'arbitrage*, Larcier, 2000, sp. n° 9 s. ; la transaction correspond davantage à une forme particulière de résolution amiable du conflit (contrat écrit) qu'à un mode de résolution ; il impose en outre l'octroi de concessions réciproques, C. civ., art. 2044 s. et CPC, art. 1567 ; JARROSSON (C.), « La transaction comme modèle », in P. ANCEL et M.-A. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 58 s. ; la procédure participative correspond notamment à l'assistance de l'avocat dans la résolution du litige entre les parties, CPC, art. 1542 s. et v. *supra*, sp. n° 42, n. 2 ; ces modes ne seront pas étudiés ici.

⁴ La pratique est en réalité ancienne, BARRET (E.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail*, th., C. RADÉ (dir.), Bordeaux IV, 2006, sp. p. 5 ; l'origine est cependant discuté : du droit romain (*litis contestatio*), LEVELEUX-TEIXERA (C.), « L'ancien droit et le règlement non judiciaire des conflits de la vengeance à la grâce », in *La déjudiciarisation, op. cit.*, p. 111-145 ; ou exportée des pays de *Common law* (ADR), CADIET (L.), « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in *La médiation, op. cit.*, sp. p. 15 s. et « Propos introductif : "faire le lien" », in *La contractualisation de la production normative, op. cit.*, sp. p. 178 ; elle est en revanche nouvelle sur le plan juridique, DEGRANDI (J.), Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'Histoire, *GP*, 2008/187, p. 7 s. ; retraçant les origines contemporaines, TRICOIT (J.-P.), *La médiation dans les relations de travail*, th., B. BOSSU (préf.), LGDJ, 2008, 581 p., sp. n° 1.

⁵ Not. au regard d'autres régions du monde, par ex. l'Extrême et le Proche Orient ou le continent africain, dans lesquelles l'accord amiable constitue le droit commun et le procès, par les troubles qu'il cause, la voie subsidiaire ; par ex., au Japon et en Chine, le recours aux tribunaux est exceptionnel, DION (N.), *De la médiation, Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, J.-L. SOURIOUX (avant-dire), Mare&Martin, 2011, 266 p., sp. p. 178 ; y compris en cas de faillite, il faut dire que le droit japonais s'est fortement inspiré du code de commerce napoléonien et, donc, du caractère infamant de ses règles, donnant à contresens la préférence à l'accord informel, KOHARI (Y.), « Le droit de la faillite français et le Japon », in *Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007, op. cit.*, p. 723-733, v. *supra*, sp. n° 3.

⁶ Le soulignant, DION (N.), *loc. cit.*, sp. p. 179-180 ; DUFOUR (O.), Redécouvrir les vertus de la conciliation, *PA*, 24 juin 1998, p. 5 s. ; la méfiance provenant aussi de l'institution judiciaire elle-même, GUILLAUME-HOFNUNG (M.), VERT (F.), Construire la confiance entre justice et médiation, *GP*, 2015, *op. cit.*

501. Droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté connaît traditionnellement la voie amiable pour résoudre les difficultés du débiteur. Pour le rappeler, la loi du 13 juillet 1967¹ a remarquablement fait du concordat - déjà présent dans le droit antérieur² - une solution à part entière du plan de redressement, celle de 1984 a organisé le règlement amiable par la désignation d'un conciliateur³ et la loi de Sauvegarde en 2005⁴ a pleinement consacré la conciliation comme procédure autonome dans le Code de commerce au titre de la prévention⁵ des difficultés.

Parmi les différents MARD institutionnalisés, la conciliation consiste d'une manière générale en la recherche d'un accord entre les parties sous l'égide d'une autorité de conciliation⁶. Il est particulièrement insisté sur ces deux caractéristiques, c'est-à-dire la conception de la conciliation en tant que procédé - elle est la *recherche* d'un accord sans être nécessairement l'accord lui-même - et, dans sa perspective conventionnelle, l'autorité de conciliation est non judiciaire⁷. En droit des entreprises en difficulté, si l'esprit est *a priori* contractuel⁸, le cadre de

¹ L. n° 67-563 précit., art. 67 s. ; DERRIDA (F.), « Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire », in *Dix de droit de l'entreprise*, op. cit., p. 1013-1033.

² HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, op. cit., sp. n° 210-212 et v. *supra*, sp. n° 123.

³ Pour toute entreprise commerciale ou artisanale, C. com., anc. art. L. 611-2 ; L. 1^{er} mars 1984 précit., art. 35 s. ; CHAPUT (Y.), Le règlement amiable, À propos de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et du décret n° 85-293 du 1^{er} mars 1985, *JCP E*, 1985, II, 14435 ; COURET (A.), Brèves remarques sur le règlement amiable..., *PA*, 7 mai 1986, p. 24 s. ; GAVALDA (C.), MENEZ (J.), Le règlement amiable des difficultés des entreprises, *JCP G*, 1985, op. cit., p. 3196 s. ; HERLEMONT (M.), Une solution au redressement d'une entreprise : le règlement amiable, *JCP E*, 1988/44, II, 15298, p. 675-678.

⁴ L. 26 juill. 2005 précit., art. 5 ; symboliquement, consécration autonome du terme « conciliation » ; MACORIG-VENIER (F.), Du règlement amiable à la conciliation, *RPC*, 2005/4, 352 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La procédure de conciliation, *RPC*, 2006/2, p. 169 s.

⁵ C. com., Livre VI, Titre I^{er}, art. L. 611-4 ; sur celle-ci, v. *supra*, n° 125 et *infra*, sp. n° 507 ; la portée préventive comprend, néanmoins, à l'analyse, un aspect curatif considérant qu'est toléré un état de cessation des paiements de moins de 45 jours.

⁶ L'intervention d'un tiers ne serait pas une condition absolue de la conciliation, les parties pouvant se concilier d'elles-mêmes, JARROSSON (C.), La médiation et la conciliation, (...), *DP*, 1999, op. cit., sp. p. 37 ; elle représente toutefois la majorité des cas ; cette définition est en outre commune avec la médiation ; à ce sujet, il existe une discussion sur leur différenciation : la loi définit des régimes juridiques distincts (pour la conciliation, CPC, art. 128 s. et 1536 s. ; pour la médiation, art. 131-1 s. et 1532 s.), mais donne par ailleurs une définition commune, (art. 1530) ; selon une partie de la doctrine, la différence tiendrait à l'intervention du tiers et à l'importance de son rôle, mais globalement les procédures et les finalités sont similaires, de sorte que les notions se confondent, not. CORNU (G.), Les modes alternatifs de règlement des conflits, rapport de synthèse, *RIDC*, 1997/2, p. 314-315 ; GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, Puf, 2015, 7^e éd., 127 p., sp. p. 49-56 ; JARROSSON (C.), *loc. cit.* ; PERRIN (M.-D.), Conciliation-Médiation, *PA*, 26 août 2002, p. 4 s. ; dans l'optique où ces deux modes fusionneraient, ce serait vraisemblablement au profit de la conciliation qui paraît plus globale, ancienne et universelle, DOUCHY-OUUDOT (M.), JOLY-HURARD (J.), Médiation et conciliation, *Rép. proc. civ.*, sp. n° 3.

⁷ CPC, art. 1530 ; modif. par D. n° 2012-66, 20 janv. 2012 *transposant* dir. PE et Cons. UE, n° 2008/52/CE *sur certains aspects de la médiation civile et commerciale*, 21 mai 2008 ; *JOUE*, L. 136/3, 24 mai.

Sinon, « il entre dans la mission du juge de concilier les parties », CPC, art. 21 ; invitant cependant à une déjudiciarisation, JEAMMIN-PETIT (E.), *La mission de conciliation du Juge, Réflexions sur l'office du juge*, th. précit., sp. p. 20 s.

⁸ La conciliation repose sur l'initiative du débiteur, lequel peut proposer un nom quant au conciliateur désigné, l'obtention d'un accord et la définition de son contenu dépend des parties, C. com., art. L. 611-6, al. 1^{er} ; en ce sens, GAVALDA (C.), MENEZ (J.), op. cit., sp. n° 8 ; ROLAIN (M.), Entre contractualisation et sujétions (...), *PA*, 2014, op. cit., sp. n° 12 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 339.

la conciliation est en réalité judiciarisé¹. Néanmoins, elle constitue assurément un mode de traitement à part entière dans ce droit.

502. Règlement amiable agricole. À ce sujet, il faut souligner le cas particulier de l'agriculteur en difficulté qui connaît de manière spécifique le recours au règlement amiable². Institué lors de l'extension des dispositions commerciales aux agriculteurs³, le règlement amiable est exclusif à cette catégorie de débiteurs et déroge au droit commun des entreprises en difficulté⁴. Pourtant, et malgré les réformes législatives successives, il a été maintenu, voire renforcé et étendu à la procédure de liquidation judiciaire⁵. La recherche d'un règlement amiable est conçue comme un préalable nécessaire, y compris en cas de cessation des paiements⁶. C'est une mesure « psychologiquement nécessaire »⁷ face au déclenchement d'une procédure collective judiciaire. Ainsi, la loi prévoit expressément que la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires sur assignation du créancier ne peut être ouverte sans la mise en œuvre préalable d'une conciliation⁸. Mais elle ne prévoit par ailleurs pas d'autres restrictions particulières en dehors de l'exercice d'une activité agricole⁹, notamment quant au degré de difficultés¹⁰, de sorte que le règlement amiable peut être envisagé d'une manière générale, à

¹ Concrètement, il dépend globalement de l'autorité judiciaire : la désignation du conciliateur, la prorogation de la durée de sa mission (C. com., art. L. 611-6, al. 2), sans atteindre par ailleurs les pouvoirs d'investigation reconnus au président du tribunal en matière de prévention comme le souligne la loi (al. 5) ; la fixation de la rémunération du conciliateur (art. L. 611-14, al. 1^{er}) ; la mise d'un terme à la conciliation (art. L. 611-7, al. 6 et L. 611-10-3, al. 1^{er}) ; le résultat de la conciliation (art. L. 611-8 et L. 611-9) ; CADIEU (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., sp. n° 434 ; CHAPUT (Y.), Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable, *PA*, 14 sept. 1994, n° 110 ; GOMEZ-BASSAC (V.), « Les modes amiables de résolution des défaillances des entreprises », in *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*, op. cit., sp. p. 151 s. ; CHAPUT (Y.), Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable, *PA*, 14 sept. 1994, n° 110 ; THULLIER (B.) La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives, *BJE*, 2014/ 3, p. 174 s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 382 ; *contra*, l'homologation judiciaire ne faisant pas perdre le caractère contractuel de l'accord, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 215 ; pour son étude, v. *supra*, sp. n° 125 et sur le mandat *ad hoc*, sp. n° 124.

² C. rur., art. L. 351-1 à L. 351-7-1.

³ L. n° 93-934, 22 juill. 1993 ; extension aux agriculteurs par la L. n° 88-1202, 30 déc. 1988 précit. (v. *supra*, sp. n° 132) ; KERCKHOVE (E.), Prévention et traitement des difficultés des exploitations agricoles, *Réflexions sur la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988*, *RPC*, 1989, p. 113 s. ; LE CANNU (P.), Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des exploitations agricoles, *BJS*, 1989, p. 113 s. ; consacré par la L. 10 juin 1994 précit., DANET (J.), Les procédures collectives en agriculture : des premiers débats jurisprudentiels à la loi du 10 juin 1994, *RDR*, 1995, n° 229-230, p. 1 s. et 57 s.

⁴ Propre aux agriculteurs (selon la définition de l'activité agricole, C. rur., art. L. 311-1) et à l'exclusion du règlement amiable prévu par la L. du 1^{er} mars 1984 précit., art. L. 351-1, al. 2 ; soit à la procédure de conciliation, C. com., art. L. 611-4 ; toutefois, l'ordonnance du 12 mars 2014 précit. a notablement rapproché l'accord amiable des agriculteurs de l'accord de conciliation du droit commun, v. n. *infra*, ce paragraphe.

⁵ Ord. 12 mars 2014 précit., art. 102-106 ; C. rur., art. L. 351-6 ; LEBEL (C.), Le règlement amiable agricole réformé par l'ordonnance du 12 mars 2014, *RPC*, 2014/2, dossier 25 ; LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 (...), *D.*, 2014, op. cit., sp. n° 19 ; SORTAIS (J.-P.), L'ordonnance du 12 mars 2014 : ses incidences en matière d'agriculture, *BJE*, 2014/4, p. 278 s.

⁶ Par ex., Cass. com., 26 avril 2000, n° 96-22.510 ; *Bull.*, IV, n° 86 ; *Procédures*, 2000/11, p. 8, n. C. LAPORTE..

⁷ Rapp. AN n° 430, *projet de loi n° 363 relatif à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social*, 1^{ère} lecture, G. GOUZES (*rapp.*), 8 déc. 1988, interv. min. Agriculture, H. NALLET ; *JOAN*, CR, 16 déc. 1998, p. 3731.

⁸ Pour le RJ, C. com., art. L. 631-5, al. 5 ; pour la LJ (sauf procédure de rétablissement), L. 640-5, al. 6 ; toutefois, le président du tribunal est libre de désigner un conciliateur ou de rendre une ordonnance de rejet, C. rur., art. L. 351-4, al. 1^{er} ; et, d'un point de vue formel, le créancier ne serait pas contraint d'attendre l'aboutissement de la conciliation, voire la nomination même du conciliateur pour assigner, le texte exigeant seulement d'avoir saisi le président du TGI à cette fin, v. art. L. 631-5, al. 5 ; DE GUILLENCHMIDT (J.), Le règlement amiable et le redressement judiciaire de l'exploitation agricole, *GP*, 1989, p. 567 s., sp. p. 570 ; ce qui réduit sensiblement la portée du dispositif, LE CANNU (P.), op. cit., sp. n° 35 ; critique, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 398-400.

⁹ C. rur., art. L. 351-1, al. 2 ; en tant qu'activité civile, art. L. 311-1 ; il n'y a pas de critère de seuil.

¹⁰ Le règlement amiable tend « à prévenir et à régler les difficultés financières des exploitations agricoles dès qu'elles sont prévisibles ou dès leur apparition », C. rur., art. L. 351-1, al. 1^{er} ; ce qui est particulièrement large ; comp. aussi art. L. 351-2 et L. 351-6.

disposition du débiteur et des créanciers¹. Et au renfort, la faculté laissée aux parties se mue en obligation pour le créancier agissant qui doit d'abord essayer de s'entendre amiablement avec son débiteur avant la solution juridictionnelle. Cependant, là encore², le cadre demeure judiciaire³.

503. Exemple du droit du travail. Le droit du travail connaît pareillement l'institution d'un préalable de conciliation avant tout règlement juridictionnel du conflit. En effet, la loi dispose exactement que : « le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail »⁴ et ne juge que « lorsque la conciliation n'a pas abouti »⁵. Le cadre est encore juridictionnel⁶, mais la fonction de conciliation serait de l'essence même de la juridiction prud'homale⁷, voire de toute justice des pairs⁸. De plus, l'article premier du Code du travail a trait au dialogue social, prévoyant que toute modification en ce domaine doit faire l'objet d'une concertation préalable, dans le cadre de négociations nationales⁹. Les relations collectives reposent sur des accords et conventions négociés collectivement¹⁰ et tous les conflits collectifs de travail peuvent faire l'objet d'une procédure de conciliation¹¹, même en dehors de l'instance judiciaire, devant une commission de conciliation¹². D'une manière générale le droit du travail est irrigué par l'esprit de la médiation et de la conciliation¹³. Dans cette perspective, le jugement n'intervient qu'à défaut d'accord

¹ La saisine du président du TGI appartient effectivement autant au débiteur qu'aux créanciers volontaires, C. rur., art. L. 351-2.

² Sur la conciliation de droit commun, v. *supra*, sp. n° 500, n. 1.

³ Not. par le rôle du président du TGI dans la nomination ou non du conciliateur, C. rur., art. L. 351-4, al. 1^{er} ; dans la décision de suspension ou non des poursuites, art. L. 351-5 et sur le résultat du règlement amiable, art. L. 351-6.

Le soulignant, CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, sp. n° 435 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 398 et 402 ; et cela, dès l'origine, LARRIEU (J.), MACORIG-VENIER (F.), *Le règlement amiable de l'exploitation agricole*, *RJC*, 1989, p. 289-303, sp. p. 297 ; soulignant le faible caractère contractuel, *Dict. perm. diff. entreprise*, v. Exploitations agricoles en difficulté, sp. n° 37.

⁴ C. tr., art. L. 1411-1, al. 1^{er} ; pour les litiges collectifs du travail, est aussi prévu une concertation préalable de l'ensemble des organisations et un processus de négociation nationale, C. tr., art. 1^{er} ; créé par L. n° 2008-67 du 21 janv. 2008, art. 3.

⁵ C. tr., art. L. 1411-1, al. 2.

⁶ C'est la compétence du bureau de conciliation, formation spéciale du conseil de prud'hommes, C. tr., art. L. 1423-13 ; de sorte que la décision prise a un caractère judiciaire, Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-42.419 ; *Bull.*, V, n° 135, p. 103 ; *Dr. social*, 2000, p. 661, n. M. KELLER ; pour précision, la réforme a notablement renforcé les pouvoirs du bureau de conciliation et d'orientation, L. n° 2015-990, 6 août 2015 précit., art. 258 s. ; COLONNA (J.), *Réforme de la justice prud'homale*, *JCP E*, 2015/38, 1438, sp. n° 3.

⁷ VERKINDT (P.-Y.), FAVENNEC-HÉRY (F.), *Droit du travail*, LGDJ-Lextenso, 2016, 5^e éd., 646 p., sp. n° 152.

⁸ La conciliation est historiquement associée aux juges élus, JEAMMIN-PETIT (E.), th. précit., sp. p. 59 ; l'appliquant alors aux tribunaux de commerce, TRICOIT (J.-P.), *La médiation dans les relations de travail*, th. précit., sp. n° 8.

⁹ « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement (...) qui relève du champ de la négociation nationale (...) fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations (...) en vue de l'ouverture d'une telle négociation », C. tr., art. L. 1.

¹⁰ C. tr., art. L. 2221-1 s.

¹¹ C. tr., art. L. 2522-1, al. 1^{er}.

¹² « Les conflits qui, pour quelque raison que ce soit, n'ont pas été soumis à une procédure conventionnelle de conciliation établie soit par la convention ou l'accord collectif de travail, soit par un accord particulier, peuvent être portés devant une commission nationale ou régionale de conciliation. », C. tr., art. L. 2522-1, al. 2.

¹³ Sur le sujet, v. not. BARRET (E.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail*, th. précit. ; TRICOIT (J.-P.), *La médiation dans les relations de travail*, th. précit. ; SIMONNEAU (D.), *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail : pour une relecture habermassienne du droit du travail*, th., P.-Y. VERKINDT (dir.), LGDJ, 2016, 524 p. ; également, GAURIAU (B.), *Les accords d'extinction du procès*, in Dossier, *L'accord dans la loi de sécurisation de l'emploi*, *JCP S*, 2014/19, 1191

amiablement obtenu, il y a un certain rejet du procès comme mode principal de règlement des litiges¹.

504. Mouvement général du droit. En prenant du recul, l'existence d'un préalable de conciliation, autrefois reconnu comme ayant valeur constitutionnelle², peut être observé dans de nombreux domaines juridiques : en droit matrimonial³, successoral⁴, en droit de l'assurance⁵ ou encore à propos des baux⁶. Différentes structures de conciliation existent par ailleurs pour les professionnels⁷. De plus, il est toujours possible⁸ de prévoir contractuellement une clause de conciliation préalable à la saisine du juge⁹. D'une manière générale, cela ressort d'un mouvement global du droit¹⁰, porté par les pouvoirs publics¹¹, vers le développement des modes amiables de résolution des litiges. Par exemple, dans le cadre de la procédure civile, outre les incitations

¹ En ce sens, MARTIN (R.), Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation, *JCP G*, 1996/44, I, 3977, sp. p. 439.

² Acquis révolutionnaire (L. 16-24 août 1790, Titre X, art. 1^{er}), la conciliation fut érigée en exigence constitutionnelle : « Les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucune action au civil, sans qu'il leur soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation », Constitution 1791, art. 6 ; repris par Constitution 1793 et 1795, art. 215 ; à la codification napoléonien, le préliminaire obligatoire de conciliation apparaît de manière généralisée, CPC (1806), anc. art. 48 : « Aucune demande principale introductive d'instance entre les parties capables de transiger, (...) ne sera reçue par les tribunaux de première instance, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant les juges de paix » ; il deviendra facultatif à la V^e République, nécessitant le consentement des parties, D. 22 déc. 1958.

³ « Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences. », C. civ., art. 252, al. 2 ; la conciliation constitue une procédure de divorce à part entière.

⁴ Le partage est amiable avant d'être judiciaire, C. civ., art. 835 et 840.

⁵ Par ex., le droit des assurances a largement favorisé la pratique du règlement extrajudiciaire par l'adoption de conventions professionnelles ; il connaît par ailleurs l'institutionnalisation d'un médiateur rattaché à la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) ; par conséquent, peu de litiges sont portés en fait devant les juridictions, CERVEAU (B.), Les assureurs face au contentieux : un remarquable exemple de déjudiciarisation, *GP*, 2014/119, p. 7 s.

⁶ Pour les baux commerciaux et d'habitation, la commission de conciliation saisie de la question du prix du bail doit se prononcer avant tout jugement judiciaire au fond, C. com., art. L. 145-35, al. 2 ; à peine de nullité, Cass. 3^e civ., 10 mars 2010, n° 09-10.344 ; *Bull.*, III, n° 59.

⁷ Par ex., pour les avocats, il existe une commission paritaire de conciliation des conflits, Convention collective nationale des avocats et leur personnel, 20 fév. 1979 et étendue par arr. 13 nov. 1979, art. 38 s. ; *JONC*, 9 janv. 1980 ; ou pour les architectes, art. 25, al. 1^{er}, Code de déontologie des architectes.

⁸ Sans pouvoir l'imposer en droit de la consommation dans les litiges opposant professionnels et consommateurs, C. consom., art. L. 612-4 ; ceux-ci doivent seulement disposer d'un service de médiation dont ils font la désignation expresse lorsqu'ils contractent, art. L. 616-1 ; v. *infra*, sp. n° 505.

⁹ Not. dans le cadre de relations internationales, la jurisprudence donnant plein effet à une telle clause, par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 11 sept. 2013, n° 11-26.744 ; n.p.B. ; *JCP G*, 2014, doct. 803, n. R. BOFFA ; son non-respect constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge, com., 24 avril 2014, n° 12-27.004 ; *Bull.*, IV, n° 76 ; *JCP G*, 2014, 711, n. O. SABARD ; *adde. mixte*, 14 fév. 2003, n° 0019-423 ; *Bull. mixte*, n° 1 ; *D.*, 2003, p. 1386, n. P. ANCEL et M. COTTIN et p. 2480, n. T. CLAY ; également pour la jurisprudence européenne qui reconnaît la validité de ces clauses de conciliation ou de médiation préalables, CJUE, 18 mars 2010, C-317/08 s., *aff. Rosalba Alassini c/ Telecom Italia SpA* ; elles ne sont pas une entrave disproportionnée à l'accès au juge, CEDH, 26 mars 2015, n° 11239/11, *aff. Momcilovic c/ Croatie*.

¹⁰ Y compris du droit européen, dir. PE et Cons. UE, n° 2008/52/CE, 21 mai 2008 *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, art. 1^{er} et cons. n° 2-3 ; *JOUE*, L. n° 136/3, 24 mai ; en matière de consommation, dir. PE et Cons. UE, 2013/11/UE, 21 mai 2013 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (...)* ; *JOUE*, L. n° 1635/63, 18 juin ; sur le sujet, v. ROBIN-OLIVIER (S.), « Consultations, négociations, accords : recherche sur les voies de développement du droit dans l'Union européenne », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, op. cit., p. 63-73.

¹¹ En témoigne, nombre de rapports publics en font l'étude : not. Magendie, *Célérité et qualité de la justice, La médiation une autre voie* (2008) précit. ; Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* précit. (2008), sp. p. 23 s. et p. 155 s. ; IHEJ, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e s.* (2013), précit. ; Marshall, *Les juridictions du XXI^e siècle, Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice* (2013) précit., sp. prop. n° 1.2 « Solutions alternatives au règlement des conflits ».

légales déjà existantes¹, les actes introductifs d'instance doivent depuis 2015² impérativement³ comporter la mention de toute tentative de résolution amiable des litiges⁴. Parallèlement, a été supprimée la possibilité pour les parties de s'opposer à la délégation de la mission de conciliation à un conciliateur de justice⁵. À venir, le projet de réforme de la justice du XXI^e siècle⁶ comporte dans le même sens un préalable légal de conciliation conventionnelle⁷ dans un titre entièrement consacré à : « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends »⁸.

505. Influence dans l'évolution législative du traitement des difficultés. Le mouvement général d'essor du mode amiable comme voie privilégiée de résolution des litiges se répercute dans la conception qu'il est possible d'avoir du traitement des difficultés. Cela s'observe au plan supranational, dans les droits étrangers⁹, la législation européenne¹⁰ et internationale¹¹, comme en droit interne. Ainsi, **le droit des entreprises en difficulté** fait une place de plus en plus grande à la recherche de solutions négociées entre les parties¹². L'institution de la sauvegarde financière accélérée en 2010¹³, puis de la sauvegarde accélérée¹⁴ et du *prepack cession* en 2014¹⁵, attestant

¹ Les dispositions du code de procédure civile prévoient à divers titres la possibilité de se concilier, par ex. : « Les parties peuvent se concilier, (...) tout au long de l'instance », art. 127 ; devant le tribunal d'instance, l'assignation est faite « à fin de conciliation, et à défaut, de jugement », art. 829, al. 1^{er} ; le cadre demeure cependant globalement judiciaire ; par ex. : « Les parties peuvent se concilier, (...) à l'initiative du juge », art. 128 ; « La conciliation est tentée, (...) au lieu et au moment que le juge estime favorables et selon les modalités qu'il fixe », art. 129 ; « Les parties peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation », art. 129-1 ; reproduisant ces dispositions dans le cadre des différentes juridictions, devant le TGI ou en appel, art. 768 et 941 ; pour rappel, la loi dispose expressément qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties. », art. 21.

² D. n° 2015-282, 11 mars 2015 ; CROZE (H.), Choc de simplification procédurale ?, *JCP G*, 2015/13, 356.

³ L'absence de la mention n'emporte pas la nullité de l'acte, mais seulement la proposition du juge aux parties de mettre en œuvre une mesure de conciliation ou de médiation, CPC, art. 127 ; ce qui réduit la portée de l'obligation, DE LA VAISSIÈRE (F.), Procédure civile : regard critique sur le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, *AJDI*, 2015, p. 325 s.

⁴ Sauf motif légitime, « l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. », art. 56 ; de même pour la requête, CPC, art. 58 ; D. 11 mars 2015 précit., art. 18 s.

⁵ CPC, art. 831 ; D. 11 mars 2015 précit., art. 23 s.

⁶ Projet « J21 » en cours de discussion, v. *supra*, sp. n° 12.

⁷ Projet de loi, Sénat n° 35, *relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire*, 5 nov. 2015 (transmis à l'AN), art. 3 : « À peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine de la juridiction de proximité ou du tribunal d'instance selon les modalités prévues dans le CPC, art. 843 ; précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur ».

⁸ Projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e s. précit., Titre II ; sur cette orientation législative, v. Étude d'impact, Sénat, *projet de loi portant application des mesures relatives à la Justice du XXI^e siècle*, NOR : JUSX1515639L, 31 juill. 2015.

⁹ Par ex., le droit allemand s'est doté en 2012 d'une pré-procédure préventive à l'initiative du débiteur qui, s'il la déclenche, est suivie d'une procédure amiable de traitement des difficultés, Loi ESUG (*Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*), 7 déc. 2011, en vig. au 1^{er} mars 2012, sp. *Schutzschirmverfahren*, art. 270 b) du Code allemand ; DELZANT (E.) et DUGUÉ (R.), La réforme du droit des procédures collectives en Allemagne, *RPC*, 2012/2, étude 13.

Ou le droit italien qui, en 2012, a renforcé le concordat par la technique du « concordat ouvert », *Concordato in bianco*, L. n° 228, 24 déc. 2012 ; art. 160, al. 6, C. it., mais que la réforme de juin 2013 a finalement retouché, décret-loi n° 69, 21 juin 2013, L. n° 98, 9 août 2013 ; FABBRINI (M.), Le nouveau droit italien des procédures collectives, *BJE*, 2013/5, p. 311 s.

¹⁰ Spécialement en droit de l'insolvabilité, c'est le sens de la recommandation, Comm. euro. 12 mars 2014 précit., cons. n° 7-8 et 17 ; d'une manière générale, dir. n° 2013/11/CE précit.

¹¹ CNUDCI, *Loi-type sur la conciliation commerciale internationale*, juin 2002 et règlements sur la conciliation (1980) et la médiation (révisée en 2013).

¹² Il y a désormais place à « un droit négocié de l'entreprise en difficulté », CHASSAING (F.) et *al.*, La contractualisation du droit des entreprises en difficulté, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2015/3, entretien 2, *op. cit.* ; et sur la contractualisation, v. *supra*, sp. n° 51 et *infra*, sp. n° 512, n. 10 et n° 524.

¹³ L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010, art. 57 ; C. com., art. L. 628-9 s. ; ROUSSEL GALLE (P.), Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et (...) ; par la loi du 22 octobre 2010, *JCP E*, 2010, n° 44-45, p. 3-6.

¹⁴ Ord. du 12 mars 2014 précit., art. 3 ; C. com., art. L. 628-1 s. ; JAZOTTES (G.), La mise en place d'une « nouvelle » procédure de sauvegarde accélérée et le maintien de la sauvegarde financière accélérée, *GP*, 2015/3 ; REILLE (F.), La sauvegarde accélérée issue de ord. du 12 mars 2014, *GP*, 2014, n° 96-98, p. 10 s. ; THÉRON (J.), La procédure de sauvegarde accélérée, *DP*, 2014/238, p. 46 s.

¹⁵ Organisation d'une cession totale ou partielle de l'entreprise en phase préventive ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 5 ; C. com., art. L. 611-7, al. 1^{er} ; DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), Le *prepack cession* dans les procédures collectives, *RLDA*, 2014/94, p. 69-74

d'une généralisation de la technique de pré-négociation¹, sont autant d'instruments au service de l'entreprise afin de résoudre ses difficultés de manière amiable. Effectivement, ils tendent globalement à l'obtention, avant la saisine du juge, dans le cadre de discussions confidentielles entre le débiteur et certains créanciers, à trouver amiablement une solution de traitement pour, ensuite, la soumettre à l'autorité judiciaire. En dehors des textes, la jurisprudence semble venir au renfort de cette mouvance lorsqu'elle sanctionne le débiteur, en état de cessation des paiements avancé, de n'avoir pas mis en œuvre une procédure préventive², c'est-à-dire concrètement une mesure de conciliation notamment.

Le droit de la consommation n'en est pas moins concerné, au contraire³. En témoigne, la recodification de la partie législative du Code qui ouvre le nouveau livre relatif au règlement des litiges sur la médiation dans un titre I^{er}⁴, confirmant ainsi la portée du règlement extrajudiciaire⁵ dans les litiges de consommation. Ainsi, les commissions de surendettement ont, dès lors que la situation du débiteur le permet⁶, « pour mission de concilier les parties »⁷, avant d'envisager toute contrainte au traitement⁸. Elles sont donc les autorités de conciliation⁹, permettant le

¹ En ce sens, PÉROCHON (F.), ROUSSEL GALLE (P.), Le mandat ad hoc et la conciliation, *GP*, janv. 2015/3, p. 4 s., sp. n° 30 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La généralisation de la SFA ?, *RPC*, 2014/1, dossier 11.

² Constitutif d'une faute de gestion et justifiant la condamnation à combler le passif, CA Douai, 29 nov. 2012 précit. et v. arrêts cités *supra*, sp. n° 422 ; jurisprudence consacrée par ord. 12 mars 2014 précit., art. 88 ; C. com., art. L. 653-8, al. 3.

³ Généralisation de la médiation pour tout consommateur dans litige l'opposant à un professionnel, ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (REL), art. 1^{er} ; suite à la dir. REL n° 2013/11/UE du 21 mai 2013 ; BERNHEIM-DESVAUX (S.), La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015, *CCC*, 2015/10, étude 11 ; par ex., mise en place d'un site internet de la médiation au 15 fév. 2016 (www.mediation-conso.fr) dans le cadre du règlement en ligne des litiges, (RLL) et installation de médiateurs de la consommation dont la liste est disponible en ligne sur le site du ministère de l'Économie ; sur le sujet, v. CAMOUS (E.), *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation, contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, th., J. CALAIS-AULOY et L. BOY (préf.), LGDJ, 2002, 551 p.

⁴ C. consom., Livre VI, Titre I^{er} ; le soulignant, SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBRY (H.), Recodification du droit de la consommation (...), *JCP E*, 2016/15, *op. cit.*, sp. n° 3.

⁵ Contrairement au droit des entreprises en difficulté, le cadre est déjudiciarisé : est créée à cette fin une commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation, ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 précit., art. 1^{er} ; C. consom., art. L. 615-5 ; comp. ancienne commission de la médiation de la consommation (CMC), anc. art. L. 534-7.

⁶ Ne le permet pas, la situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre une mesure de traitement conventionnelle, recommandée ou imposée, C. consom., art. L. 724-1, al. 2.

⁷ C. consom., anc. art. L. 331-6, I ; la recodification (ord. 14 mars 2016 précit.) ne reprend pas en ces termes la mission de la commission, de sorte que la conciliation n'a plus un caractère obligatoire et systématique, circ. min. Just., 12 mars 2014 précit., sp. p. 2-3 ; elle demeure néanmoins, art. L. 732-1 ; FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 223.31 s. et n° 244.11 s. ; sur les bonnes pratiques, circ. min. Fin., 22 juill. 2014 relative à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, n° 2014/43700 FI, 37 p., sp. p. 19 s. ; critique, PAISANT (G.), La loi du 31 déc. 1989 relative au surendettement des ménages, *JCP G*, 1990, I, 3457, sp. n 28.

⁸ Ce n'est en effet qu'en cas d'échec que des mesures sont recommandées ou imposées, C. consom., art. L. 732-4 et L. 733-1.

⁹ Véritable lieux de rencontre, CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, th. précit., sp. n° 193 ; également, CHATAIN (P.-L.), FERRIÈRE (F.), Le nouveau régime de traitement du surendettement après la loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, *D.*, 1999, p. 287 s., sp. p. 288 ; NEUVILLE (S.), Le traitement planifié du surendettement, *RTD com.*, 2001, p. 31 s., sp. p. 35 ; *contra*, considérant que le travail des commissions relève en réalité d'une certaine forme d'unilatéralisme dans le traitement conventionnel et tronquent alors la véritable « conciliation » des parties, DECOOPMAN (N.), Le principe du contradictoire et le traitement du surendettement, *D.*, 1990, chron., p. 237 s., sp. p. 239 ; également critique, CAMOUS (E.), th. précit., sp. n° 198 ; GRYNBAUM (L.), La mutation du droit du contrat sous l'effet du traitement du surendettement, *CCC*, 2002/16, chron., p. 4 s., sp. p. 7 ; KHAYAT (D.), Le droit du surendettement des particuliers, *op. cit.*, sp. p. 101 s. ; PERRU (E.), *L'impayé*, th. précit., sp. n° 151 et p. 140 s. ; il est vrai que le respect du principe du contradictoire n'est pas particulièrement prévu par les textes qui disposent seulement que le plan conventionnel doit être « approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers », C. consom., art. L. 732-1. Quoi qu'il en soit, il est remarquable que, comparativement à l'intervention du président du tribunal en droit des entreprises en difficulté, les commissions de surendettement ont un rôle prépondérant dans la conciliation, l'homologation judiciaire de l'accord ayant été rejetée dans le cadre du surendettement, PERRU (E.), th. précit., sp. n° 168.

succès¹ des plans *conventionnels*² de redressement. Par là, il y a une véritable consécration d'une voie de traitement des difficultés alternative à l'intervention du juge³.

506. Transition. Dans la réorganisation du traitement des difficultés, une place particulière doit être faite à la résolution amiable. Mais cela requiert deux conditions : que les difficultés économiques soient facilement remédiables et que le débiteur et les créanciers soient d'accord pour s'y essayer. Leur participation est primordiale, ce sont eux qui sont au fondement de la réussite de ce type de traitement⁴.

B. Le rôle du débiteur et des créanciers au cœur du traitement

507. Rôle des parties en droit des entreprises en difficulté, mise à l'écart du chef d'entreprise et des créanciers. La judiciarisation du traitement des entreprises en difficulté semble avoir eu notamment pour effet de reléguer les parties, débiteur et créanciers, à un rôle secondaire⁵. Dans le cas du **débiteur**, cela s'expliquait par la répugnance ancienne qu'il y avait contre celui qui avait failli et, donc, fauté⁶. Le législateur a donc organisé, par diverses dispositions, le sauvetage de l'entreprise malgré et, parfois, contre le chef d'entreprise. Outre le

¹ Plus d'une procédure de conciliation sur deux aboutit à la conclusion d'un accord amiable (plan conventionnel) ; par ex. sur ce chiffre au niveau local, rapp. d'activité de la Commission de surendettement du Nord Lille pour l'année 2011, Banque de France, 6 p. ; au niveau national, rapp. public annuel 2013, Cour des comptes, t. II, sp. p. 227 s. ; de 1990 à 2000, le chiffre atteignait jusqu'à 75 % des cas, VATIN (J.-L.), L'activité des commissions de surendettement, *PA*, 21 mai 1999, p. 21 s. ; l'institution de la procédure de rétablissement personnel est venue modifier ces chiffres, la loi permettant l'effacement des dettes ; pour une perspective d'ensemble, en 2014, les plans conventionnels représentent 17% du total des dossiers déposés au plan national, Banque de France, rapp. d'activité 2015, sp. annexe 3 : « Synthèse nationale des rapports d'activité des commissions de surendettement », sp. p. 132.

² Il faut insister sur ce caractère en ce que le plan de redressement, librement défini par les parties et formalisé *ad probationem* par leurs signatures et celle du président de la commission (C. consom., art. R. 732-1, al. 1^{er}), a une nature véritablement contractuelle, VALLENS (J.-L.), La loi sur le surendettement des particuliers, *D.*, 1990, p. 87-90, sp. n° 67 ; la jurisprudence refuse d'y voir une transaction, les concessions n'étant pas nécessairement réciproques, Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 1976, n° 74-12.526 ; *Bull. civ.*, I, n° 157 ; ce n'est pas non plus qu'une simple remise de dette, MAZEAUD (D.), Les mesures consenties par les créanciers dans un plan conventionnel de règlement judiciaire amiable ne sont pas des remises de dettes qui peuvent bénéficier à la caution, *D.*, 1997, p. 178 s. ; ni une novation, PAISANT (G.), Le plan de redressement amiable présente-t-il un effet novatoire ?, *RTD com.*, 2000 p. 735 s. ; c'est donc un contrat *sui generis*, BOULOT (B.), CHATAIN (P.-L.), Le plan de règlement amiable constitue un contrat *sui generis* suspendant les effets du contrat initial, *D.*, 1992, p. 109 s. ; FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 244.45 ; par conséquent, sont sanctionnées les conditions de formation du droit commun des contrats ; par ex., un consentement éclairé pour la validité du plan, CA Paris, 16 oct. 1996 ; CCC, 1997, com. 40, n. G. RAYMOND ; *RTD com.*, 1997, p. 321, n. G. PAISANT ; sur le sujet, GRYNBAUM (L.), La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement, CCC, 2002/8, chron. 16.

³ CHVIKA (E.), thèse précit., sp. n° 372 ; particulièrement remarqué au regard de la judiciarisation du droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 124 s. ; ou dans le cadre d'une étude de droit comparé, ELVINGER (A.), Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière d'endettement, *RIDC*, 1997, vol. 49, n° 2, p. 359-370, sp. p. 361.

⁴ Le soulignant, CADIEU (L.), « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général (...) », in *La médiation*, op. cit., sp. p. 21.

⁵ Surtout les créanciers, JEANNEROT (P.), th. précit., sp. chap. I.3 : « La substitution du pouvoir judiciaire aux créanciers ».

⁶ *Faillitus ergo fraudator*, v. *supra*, sp. n° 2 et n° 113.

principe de son dessaisissement en procédure collective¹, la loi prévoit par exemple que l'adoption du plan puisse être subordonnée au remplacement des dirigeants².

Si un constat similaire peut être formulé à propos des **créanciers**, la cause proviendrait davantage d'un certain désintérêt³ de leur part pour la procédure en cours, notamment dans l'hypothèse où ils ont peu de chance d'être payés⁴. Le sort du débiteur - soit, de l'entreprise - leur était indifférent⁵. Il y a encore par ailleurs le risque d'une collusion frauduleuse entre le débiteur et un ou plusieurs créanciers qui pouvaient s'entendre au détriment des autres créanciers, voire du devenir de l'entreprise elle-même. C'est l'ensemble de ces données qui explique la mise à l'écart des parties dans le sauvetage de l'entreprise⁶.

508. Évolution législative, vers une réintégration des parties dans la procédure collective. Les réformes législatives semblent prendre une nouvelle direction, orientée vers une plus grande implication des parties dans le traitement des difficultés⁷. C'est en ce sens que les réformes ont institué une procédure collective dont le déclenchement est réservé à la seule

¹ Variable selon la procédure : surveillance, assistance ou représentation en sauvegarde et RJ, C. com., art. L. 622-1, I et II, art. L. 631-12, al. 1^{er} ; général et automatique en LJ, art. L. 641-9, al. 1^{er} ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire, *RPC*, 2003/2, p. 173 s. ; il est considéré comme traditionnel, THULLIER (B.), Que reste-t-il du dessaisissement ?, *RPC*, 2012/3, dossier 14, sp. n° 1-7 ; ce qui est remarquable au regard d'autres droits étrangers, not. américain qui connaît au contraire le principe du *debtor in possession*, HAZARD (J.), Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis, *PA*, 16 juin 2005, p. 12 s. et États-Unis, *RJC*, 2003/9, p. 71 s. ; TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, th. précit., sp. p. 109 s. ; il s'explique par l'ancienne finalité répressive du droit : voyant dans le dessaisissement, une indisponibilité fondée sur la présomption irréfragable de fraude, LYON-CAEN (C.), RENAULT (L.), *Traité de droit commercial, Des faillites, des banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 8, 1916, 4^e éd., sp. n° 296-299 ; soit une mesure de « défiance » à l'égard du débiteur, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1153.

² En RJ, C. com., art. L. 631-19-1, al. 1^{er} ou prononcer l'incessibilité des droits sociaux et confier le droit de vote à un mandataire, al. 2 ; MARTIN-SERF (A.), Les dirigeants et la procédure collective, *PA*, 9 janv. 2002, p. 31 s. et La procédure de sauvegarde : Se mettre sous la protection de la justice ... tout en restant chef dans son entreprise (2^e partie), *PA*, 14 juin 2007, p. 21 s. ; REGNAUT-MOUTIER (C.), Les dirigeants de société, *RPC*, 2006/2, p. 159 s. ; ROUSSEL GALLE (P.), Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, *Rev. sociétés*, 2009, 249.

³ JEANNEROT (P.), th. précit. ; RENAUT (M.-H.), La déconfiture du commerçant (...), *op. cit.*

⁴ Par réf. aux créanciers chirographaires, PAILLUSSEAU (J.), Les vicissitudes de la loi du 25 janvier 1985, *PA*, 12 janvier 1994, sp. n° 3

⁵ Ils sont animés d'un intérêt « égoïste », celui de leur paiement, TRICOT (D.), Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, Rapport de synthèse, *RPC*, 2012/3, dossier 21, sp. n° 2.

⁶ Not. des créanciers, MARTIN-SERF (A.), L'évolution législative et les conflits, *GP*, 2008/178, p. 9 s. ; et dans le même numéro, ROUSSEL-GALLE (P.), Les créanciers au centre des conflits d'intérêts dans l'entreprise en procédure collective, p. 60 s. ; la disparition de la masse des créanciers fut un symbole fort : la L. du 25 janv. 1985 aurait d'une manière générale organisé le « sacrifice des créanciers », JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *op. cit.*, sp. n° 175 ; LE CORRE (P.-M.), Le rééquilibrage du rôle des acteurs (...), *Hebdo éd. aff.*, 2014/, *op. cit.* et 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise, *GP*, 2007/202, p. 3 s. ; MAZEN (N. J.), VINCKEL (F.), Lorsqu'oscille immanquablement le balancier de l'histoire (...), *GP*, 1984, *op. cit.* ; PIEDELIÈVRE (S.), La loi de sauvegarde des entreprises, *JCP N*, 2005/39, 1397, sp. n° 3 ; ROUSSEL GALLE (P.), Les créanciers au centre des conflits d'intérêts dans l'entreprise en procédure collective, *GP*, 2008/178, p. 60 s. ; VASSEUR (M.), Le crédit menacé, *JCP G*, 1985, *op. cit.*, sp. n° 7 et 10.

⁷ C'est clairement l'objectif de la réforme de 2014, L. n° 2014-1, 2 janv. 2014 *habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises*, art. 4 ; et rapp. prés. Rép. relatif à l'ordonnance n° 2014-32 (...) précit., sp. point II ; DAMMANN (R.), PODEUR (G.), Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014, *D.*, 2014, p. 752 s. ; DELPECH (X.), Un droit des entreprises en difficulté plus favorable aux intérêts des créanciers, *AJCA*, 2014, p. 4-5 ; LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur l'ordonnance (...), *D.*, 2014, p. 733 s., *op. cit.*, sp. n° 30 ; LUCAS (F.-X.), Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *BJE*, 2014/2, p. 111 s. ; ROUSSEL GALLE (P.), La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014, *Rev. sociétés*, 2014, p. 351-365, sp. n° 2 et ROSSI (P.), Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, *RPC*, 2014/4, dossier 26 ; TEBOUL (G.), L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réformes du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers/débiteurs à armes égales, *GP*, 2014/86, p. 6 s.

initiative du chef d'entreprise qui demeure à la tête de ses affaires¹, à condition qu'il soit réactif sur son état de défaillance, anticipant la cessation des paiements². Dans le cadre de celle-ci, la loi a encore prévu la faculté pour le débiteur de proposer le nom d'un administrateur judiciaire, organe de la procédure³. Du point de vue des créanciers, leurs pouvoirs sont également renforcés. En dehors de leur rôle de contrôleurs du déroulement de la procédure en cours⁴, ils peuvent par exemple proposer au tribunal un projet de plan alternatif à celui présenté par le débiteur⁵. Ce plan pourrait prévoir la conversion de créances en capital, permettant aux créanciers de prendre part - sur un plan financier - au sauvetage de l'entreprise⁶. L'ensemble contribue de fait à une « déjudiciarisation du droit des entreprises en difficulté par une revalorisation du pouvoir d'action des créanciers »⁷.

509. Importance du rôle des parties dans le traitement de l'impossibilité économique d'exécuter. D'une manière générale, il est possible de considérer que la participation des parties, débiteur et créanciers, est primordiale, voire indispensable pour la réussite du traitement de l'impossibilité économique d'exécuter. Premiers concernés par cet état de fait, ils seraient ainsi

¹ Référence à la sauvegarde, par L. 26 juill. 2005 précit. ; C. com., art. L. 620-1 s., initiative du débiteur, art. L. 620-1, al. 1^{er} et administration de l'entreprise par son dirigeant, art. L. 622-1, I ; sur la philosophie nouvelle de cette procédure, DEHARVENG (J.), Philosophie de la réforme des procédures collectives et présentation du nouveau cadre juridique, *RLDA*, 2005, suppl. n° 88, étude ; LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, *D.*, 2005, p. 2297 s. ; ROUSSEL GALLE (P.), La procédure de sauvegarde (...), *JCP E*, 2006/40, 2437, *op. cit.* ; par rapport aux autres procédures collectives, LUCAS (F.-X.), Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, *BJS*, 2005/11, § 262, p. 1181.

² C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er} ; MARTY (J.-P.), De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles, *RLDA*, 2005, suppl. n°80.

³ Contrairement au RJ (C. com., art. L. 631-9, al. 1^{er}), applicable en sauvegarde, art. L. 621-4, al. 3 et 5 (L. 26 juill. 2005 précit.) ; également pour le mandataire *ad hoc*, art. L. 611-3, al. 1^{er} et le conciliateur, art. L. 611-6, al. 1^{er} (ord. 18 déc. 2008 précit.) ; SAINTOURENS (B.), Ouverture des procédures : mise aux normes (...), *RPC*, 2014/2, dossier 16, *op. cit.* ; v. également ord. du 12 mars 2014 précit., art. 17-18.

⁴ Suite à la disparition de la masse des créanciers dans la L. du 25 janv. 1985, va être institutionnalisé le rôle de contrôleur, L. n° 94-475, 10 juin 1994 précit., art. 18 s. ; l'institution serait en réalité plus ancienne, mais peu pratiquée, ROUSSEL GALLE (P.), Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif, *GP*, sept. 2005, p. 3 s. ; SORENSEN (A.), Les contrôleurs : le toilettage d'une institution oubliée, *PA*, 25 août 1995, p. 5 s. ; sur leur fonction, CARPENTIER (J.-B.), CHARVERIAT (A.), Les contrôleurs, *GP*, 1995/63, p. 2 s. ; DERRIDA (F.), « Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire », *in* mélanges A HONORAT, *op. cit.*, p. 89-97 ; du même auteur et SORTAIT (J.-P.), Les partenaires de l'entreprise, *in* La réforme du droit des entreprises en difficulté, *D.*, 1994, p. 267-476, sp. n° 72 s. ; FRISON-ROCHE (M.-A.), Les contrôleurs, *PA*, 14 juin 1995, p. 8 s. ; sur leur désignation, C. com., art. L. 621-10 (sauvegarde), L. 631-9 (RJ) et L. 641-1, II (LJ) ; ils bénéficient d'un accès privilégié à l'information, par ex. : art. L. 621-11, L. 626-5, al. 1^{er} et L. 631-19, I ; et sont régulièrement consultés, par ex. : art. L. 626-9 et L. 631-21 ; leur rôle est surtout remarquable en cas de carence du MJ, art. L. 622-20, al. 1^{er} ; apport de L. 26 juill. 2005 précit., art. 34 ; RIVIÈRE-PAVARD (I.), La représentation des créanciers, *PA*, 20 mars 2007, p. 12 s. ; ROUSSEL GALLE (P.), *loc. cit.* ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MACORIG-VENIER (F.), La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde, *RDB*, 2006, *op. cit.* ; VALLENS (J.-L.), Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui, *D.*, 2007, p. 669 s., sp. n° 4.

⁵ Tout créancier membre d'un comité peut soumettre un projet de plan, C. com., art. L. 626-30-2 ; s'il est adopté, il sera soumis au tribunal, art. L. 626-31 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 43 ; soulignant cette nouveauté, DAMMANN (R.), PODEUR (G.), Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers, *op. cit.* ; DELPECH (X.), *op. cit.* ; PETEL (P.), L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan, Le point de vue de l'universitaire, *RPC*, 2014/4, art. 34 ; dans le même dossier, MORELLI (N.), Le point de vue du praticien, art. 35 ; GENTIN (F.), « Au-delà de son intérêt pratique, la réforme opérée par l'ordonnance est un vrai revirement dans l'approche française du droit des entreprises en difficulté », par O. DUFOUR, *BJE*, 2014/3, p. 208 s.

⁶ Pour les sociétés par actions, pour les actionnaires dont la responsabilité est limitée au montant de leurs apports, C. com., art. L. 626-30-2, al. 2 ; DAMMANN (R.), PODEUR (G.), *loc. cit.* et La conversion des créances en capital dans les entreprises en difficulté, *BJS*, 2009/12, p. 1129 s.

⁷ COQUELET (M.-L.), Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ?, *RPC*, 2012/3, dossier 15, sp. n° 11-12.

directement acteurs de la solution de traitement¹. D'abord au stade de la détection, leur réactivité est source d'anticipation des difficultés, ce qui est gage à offrir de meilleures chances de redressement de l'entreprise². Ensuite, quant au traitement lui-même, ils peuvent contribuer à définir les modalités tendant à la résolution des difficultés, s'entendant alors amiablement sur les efforts à consentir ou le déploiement de nouvelles ressources. Ils sont susceptibles d'y trouver chacun, débiteur comme créanciers, leur propre intérêt. Enfin, en s'impliquant dans la recherche d'une solution de traitement, leur consentement à celle-ci est de nature à assurer une plus grande chance de succès au stade de l'exécution dès lors qu'elle n'est pas imposée, mais décidée d'un commun accord. Il y a alors un cercle vertueux qui se dessine grâce à la maîtrise du traitement des difficultés par les parties.

510. Vertus des modes alternatifs de règlement des différends. Comparativement au mode judiciaire³, l'une des principales vertus des MARD pour le traitement de la défaillance économique est de (re)placer au cœur du processus le débiteur et les créanciers, ce que la loi avait pu confiner au second plan⁴. De plus, en faisant reposer le traitement des difficultés sur les parties elles-mêmes, les MARD tendent à restaurer le lien débiteur/créancier, ce que la défaillance économique, par l'inexécution qu'elle entraîne, avait pu rompre. Ce sont ici les deux significations des MARD⁵, à la fois comme mode *alternatif* et *amiable*.

511. Restaurer le lien débiteur/créancier. En déjudiciarisant une partie du processus de traitement, le mode amiable permet de renouer le dialogue entre le débiteur et ses créanciers, amenés à négocier ensemble et à prendre des engagements. Il contribue à pérenniser les relations économiques établies, ce qui peut se révéler essentiel dans le domaine des affaires⁶. La confidentialité paraît également mieux préservée, les informations n'étant échangées qu'entre

¹ Il est possible de faire écho au concept d'autodétermination dans le fait que les parties soient les propres acteurs de la solution juridique à laquelle elles se soumettent ; HABERMAS (J.), *Droit et démocraties, entre faits et normes*, R. ROCHLITZ et C. BOUCHINDHOMME (trad.), Gallimard, 1997, employant plus précisément et couramment l'expression d'« autolégislation », sp. p. 105 ; également, MELKEVIK (B.), *Habermas, droit et démocratie délibérative*, PU Laval, 2010, 214 p., sp. p. 57 s. ; et le Dossier spécial, Jürgen Habermas et le Droit, *RDP*, 2007/6.

² Sur ce point, v. *supra*, sp. n° 403 s. et n° 417.

³ Sur la contrainte du cadre judiciaire pour les parties, PÉTEL (P.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, *JCP E*, 2009/3, 1049, sp. n° 13 ; DELATTRE (C.), La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal, *RPC*, 2010/4, étude 21, *op. cit.* ; BELLOT (T.) et *al.*, La détection précoce (...) par M. MENJUCQ, *RPC*, 2010/1, *op. cit.* ; ROSSI (P.) et *al.*, La simplification des procédures collectives (...) par M. MENJUCQ, *RPC*, 2013/3, *op. cit.* ; autres réf. citées *supra*, ce paragraphe et v. sp. n° 240 ; soulignant le faible nombre des procédures préventives amiables, CHAVENT (Y.), Avant-propos, Le droit des entreprises en difficulté à l'épreuve de la crise économique, Dossier, *BJE*, 2012/5, p. 308 s. ; MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La loi de sauvegarde des entreprises : nécessité et intérêts d'une réforme annoncée, *D.*, 2008, p. 941-943.

⁴ V. *supra*, sp. n° 507.

⁵ Sur les différentes expressions, v. *supra*, sp. n° 42, n. 1 ; confrontant les deux qualificatifs, CACHARD (O.), Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille, *RLDC*, 2012, 94, perspectives, étude, sp. n° 2.

⁶ KLING (D.), « Les médiations dans le domaine bancaire, financier et de la consommation », in étude du Conseil d'État, *Les développements de la médiation*, La documentation française, 2012, *op. cit.*, sp. p. 7 ; KUNTZ (J.-E.), Une alternative au plan de sauvegarde : la négociation aboutissant à la disparition des difficultés du débiteur ou les vertus de l'article L. 622-12 du Code de commerce, *BJE*, 2013/4, p. 254 s.

les concernés¹. Globalement, les MARD permettent un (ré)équilibrage des rapports², entre les parties, comme à l'égard du juge. Tandis que le droit des entreprises peut être conçu comme la confrontation d'intérêts contraires³, la recherche d'un accord commun permet à l'inverse de faire émerger des intérêts convergents. L'ensemble concourt à dessiner une solution juste et équilibrée, il y a alors une pacification des relations sociales⁴. Par ailleurs, cela correspond aux attentes de la société moderne⁵ en termes de liberté et de souplesse. En effet, les MARD sont un outil que les parties définissent elles-mêmes, dès lors c'est un processus léger de traitement, permettant une véritable adaptation au plus proche des circonstances économiques⁶. Cela est particulièrement opportun dans le domaine des affaires, en perpétuel mouvement.

512. Adhésion des parties à la solution. Contrairement à la solution judiciaire⁷, les MARD semblent permettre d'aboutir à un résultat gagnant-gagnant⁸ dans lequel chacune des parties, non seulement, définit les modalités de traitement, mais, aussi, consent véritablement et pleinement à la solution adoptée. En d'autres termes, il y a, dans le mode amiable, une implication des parties et, partant, une adhésion au traitement à mettre en œuvre, de nature à assurer une plus grande chance de réussite et d'effectivité pour son exécution par rapport à une solution qui serait imposée par une autorité supérieure, hors la personne du débiteur et des créanciers⁹. Les parties ont ici déterminé ensemble les modalités de traitement. C'est l'idée selon laquelle « la règle n'est légitime que si ses destinataires y ont consenti »¹⁰. Par son acception, serait garanti le respect de l'engagement. Il y a par ailleurs un effet responsabilisant sur le

¹ Le traitement amiable devant être par nature confidentiel, PÉROCHON (F.), Coût, transparence et confidentialité de la prévention, *RPC*, 2014/1, dossier 3, sp. n° 3 ; sur l'importance du secret dans les affaires, v. *supra*, sp. n° 20, n. 11.

² Ce qui constitue une finalité des réformes récentes du droit des entreprises en difficulté, DAMMANN (R.), PODEUR (G.), Le rééquilibrage (...), *D.*, 2014, *op. cit.* ; LE CORRE (P.-M.), Le rééquilibrage du rôle des acteurs (...), *Hebdo éd. aff.*, 2014, *op. cit.* ; ROSSI (P.), LELOUP-THOMAS (V.), Les principaux acteurs/organes (...), *CDE*, 2015/1, dossier 6, *op. cit.* ; ROUSSEL GALLE (P.), ROSSI (P.), Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, *RPC*, 2014, *op. cit.*

³ BAECQUE (C.)S et al., Dossier spécial, Entreprises en difficulté, terre de conflits, synthèse des intérêts contradictoires, *GP*, 2008/178.

⁴ JARROSSON (C.), La médiation et la conciliation : essai de présentation, *DP*, 1999/77, *op. cit.* ; par comparaison avec le mode judiciaire, GORCHS (B.), La médiation dans le procès civil : sens et contresens, Essai de mise en perspective du conflit et du litige, *RTD civ.*, 2003, p. 409 s., sp. p. 423 ; PLUYETTE (G.), La médiation judiciaire, *GP*, 1998, *op. cit.*, sp. p. 702 et in méf. P. DRAI, *op. cit.*, p. 463-472 ; sur ce caractère d'une manière générale, DION (N.), *De la médiation*, Mare&Martin, *op. cit.*, 2011, sp. p. 71 s. et la dimension « restauratrice » du lien, sp. p. 163 s.

⁵ LAVIGNE (P.), Les MARCS et la lutte pour le droit, *PA*, 3 déc. 2009, p. 51 s.

⁶ GENTIN (F.), par O. DUFOUR, *BJE*, 2014/3, *op. cit.*

⁷ De nature « binaire qui induit un manichéisme intégral et insurmontable entre les parties », TRICOIT (J.-P.), th. précit., sp. n° 13 ; aussi, ARMAND-PRÉVOST (M.), L'expérience de la France dans le domaine du règlement alternatif des différends, *RJC*, 2000/1, p. 4.

⁸ BLOHORN-BRENEUR (B.), Exemple d'une médiation prud'homale réussie : un accord gagnant-gagnant, *GP*, janv. 2002, doctr., p. 3 s. ; la solution judiciaire imposerait au contraire la désignation d'un gagnant et d'un perdant, FLÉCHEUX (G.), LAFARGE (P.), « La médiation », in méf. P. DRAI, *op. cit.*, p. 301-309 ; cela fait référence à la théorie des jeux employée par l'analyse économique du droit ; spécialement sur la solution judiciaire, DEFFAINS (B.) (*dir.*), *L'analyse économique du règlement des litiges : approches théorique, empirique et comparative*, CRDE Nancy 2, GIP mission recherche Droit et Justice, 2001, 284 p., sp. p. 156 ; appliquée d'une manière plus générale, CHAPPE (N.), *Économie et Résolution des litiges*, *Economica*, 2005, 88 p.

⁹ En ce sens, Conseil d'État, *Les développements de la médiation*, La documentation française, 2012, *op. cit.*, sp. p. 13.

¹⁰ C'est la « légitimité consensuelle », LOKIEC (P.), « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (*dir.*), *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 95-108, sp. p. 97-98 ; sur la norme négociée, v. GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (*éd.*), *Droit imposé, droit négocié*, PU St-Louis, 1996, 703 p. ; sur le droit doux, THIBIERGE (C.), Le droit souple, Réflexions sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, p. 599-628 ; sur la contractualisation, v. *supra*, sp. n° 51 et *infra*, n° 524.

débiteur et mobilisateur sur les créanciers qui participent véritablement au sauvetage de l'entreprise. Vertu pédagogique¹, les MARD permettent de prendre en compte la psychologie des parties.

513. Psychologie des parties. Dans la situation d'impossibilité économique de s'exécuter, un facteur se révèle dans les faits crucial et qu'il serait certainement imprudent de négliger dans la définition des règles de droit². Il s'agit de l'aspect psychologique³. En effet, aux divers stades du processus de traitement, y compris en phase de détection, la psychologie des parties, débiteur et créanciers, est susceptible d'influer directement sur le redressement de l'entreprise. Au stade primaire, il s'agira de la manifestation des difficultés⁴. Pour le traitement lui-même, c'est l'émergence d'une solution de traitement et son exécution qui sont en jeu, voire, au stade final, les chances de rétablissement du débiteur⁵. La complexification des règles du droit des entreprises en difficulté et leur judiciarisation constituent sur le plan psychologique des freins au traitement⁶ que le mode amiable pourrait vaincre en proposant une alternative aux parties, alors maîtresses de leur propre sort.

514. Transition. Les MARD ne doivent pas seulement être conçus comme la voie alternative au traitement judiciaire des entreprises en difficulté. Ils présentent en eux-mêmes de réelles qualités et offrent de véritables perspectives pour le traitement des difficultés économiques d'exécuter. Cependant, le mode amiable connaît ses propres limites en termes d'efficacité et de sécurité juridique⁷, ce que viendrait tempérer la désignation d'une autorité de conciliation.

¹ Par l'instrumentalisation du contrat qui permet l'individualisation de la règle légale, ROCHFELD (J.), Le PARE (Plan de retour à l'emploi) ou les virtualités du « contrat pédagogique », *RDC*, 2005/2 p. 257-261.

² En ce sens, ROUSSEL GALLE (P.), Le législateur psychologue, *RPC*, 2015/2, repère n° 2 ; également, LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, *D.*, 2005, p. 2297 s., sp. n° 14 s.

Ainsi, les CIP ont mis en place des entretiens gratuits et anonymes ayant pour objet un accompagnement psychologique du chef d'entreprise, v. site en ligne, cip-national.fr ; et v. *supra*, sp. n° 435.

³ Le soulignant dans le cadre amiable, LE GUERNEVÉ (L.), Synthèse négociée : l'accord, *GP*, 2008/178, p. 49 s.

⁴ V. *supra*, sp. n° 240 et n° 431.

⁵ Ayant vécu un « traumatisme économique », MONTÉLAN (T.), Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée, *GP*, 2010, p. 9.

⁶ Pour le chef d'entreprise, à propos du cadre judiciaire, not. TEBOUL (G.), L'entreprise éligible, La cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires ?, *GP*, 2008/178, p. 19 s. ; et sur la complexité des règles, not. ROSSI (P.) et *al.*, La simplification des procédures collectives (...), *RPC*, 2013/3, *op. cit.* ; v. *supra*, sp. n° 12, n° 46 et n° 240.

⁷ Sur celles-ci, v. *supra*, sp. n° 45 s.

§ 2. L'encadrement du traitement amiable par l'autorité administrative indépendante

515. Nécessité d'un conciliateur. La résolution amiable des difficultés peut constituer une alternative tangible au traitement judiciaire pour les parties. Mais, pour y parvenir, elle doit avoir lieu dans un cadre défini, de manière éclairée et surtout sécurisée, ce qui appelle notamment l'intervention d'un tiers aux fins de conciliation du débiteur et des créanciers. En effet, la conciliation ne doit pas être l'occasion de manœuvres dilatoires¹ ou de pressions², aggravant la situation de défaillance, au détriment de l'entreprise et de ses partenaires. L'encadrement institutionnel permettrait de contenir la pratique en veillant au respect des règles juridiques et des intérêts concernés. Celui de l'AAI serait particulièrement opportun (A) pour concrétiser ce traitement amiable (B).

A. La désignation du conciliateur

516. Autorité non judiciaire. S'il entre dans le rôle du juge de concilier les parties³, en droit des entreprises en difficulté, le cadre judiciaire de la conciliation suscite la méfiance en raison des conséquences qu'il peut entraîner et de la diversification des fonctions du juge⁴. Le traitement amiable reposant sur une solution négociée et non imposée, le choix est, à l'instar du droit du surendettement⁵, de se tourner vers une autorité non judiciaire pour concilier les parties.

517. Cadre privilégié par l'autorité administrative indépendante. La conciliation du débiteur et des créanciers aux fins de résolution de leurs difficultés doit pouvoir s'exercer dans un lieu neutre pour les parties. L'AAI instituée pourrait constituer ce cadre, favorable à la discussion. Par sa connaissance du dossier, elle jouerait un rôle moteur dans les négociations. En outre, les différents représentants des administrations publiques ou des institutions parapubliques qui composent son collège lui confère, d'une part, une certaine autorité morale⁶ et lui donne, d'autre part, compétence pour intervenir dans le traitement des difficultés. La présence de

¹ ROUGER (M.), Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation, *PA*, 12 janv. 1994, n° 5.

² Sur ces limites du mode privé de traitement, v. *supra*, sp. n° 48.

³ CPC, art. 21 ; L. n° 95-125, 8 fév. 1995 ; c'est le « nouvel office du juge », JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiations judiciaires*, th. précit., sp. n° 262 ; ou en réalité, l'effet d'une nouvelle politique judiciaire, TRICOIT (J.-P.), th. précit., sp. n° 758 ; sur le sujet, v. COMMAILLE (J.), « La justice entre *détraditionnalisation*, *néolibéralisation* et *démocratisation* : vers une théorie de sociologie politique de la justice », in sous sa dir. et M. KALUSZYNSKI, *La fonction politique de la justice*, éd. La Découverte, 2007, p. 295-321, sp. p. 311 s. ; toutefois, pour une présentation historique de la conciliation sous la tutelle du juge, v. ROYER (J.-P.), *Histoire de la justice en France : de la monarchie absolue à la République*, Puf, 2001, 3^e éd., 1032 p.

⁴ En droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 235 s. ; sur le règlement amiable, v. *supra*, sp. n° 501.

⁵ Il revient à la commission de surendettement de concilier les parties, C. consom., art. L. 732-1 ; v. *supra*, sp. n° 505.

⁶ Sur la majesté et l'autorité morale de l'État, v. *supra*, sp. n° 70, n. 2 et n° 83.

membres spécialement qualifiés¹ sur des questions économiques, financières, juridiques ou sociales est de nature à pouvoir fournir par ailleurs un renseignement éclairé sur les possibilités de traitement. Enfin, palliant à l'absence de pouvoir coercitif, l'AAI, dans sa fonction d'orientation, pourrait toujours saisir le tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure judiciaire dès lors que les négociations retarderaient et aggraveraient en vain la situation d'impossibilité économique d'exécuter².

518. Pour l'unicité du conciliateur. Si le cadre extrajudiciaire est propice aux discussions, il est préférable de désigner un conciliateur individuel et distinct de la formation collégiale de l'AAI. En effet, la pluralité des participants au traitement amiable peut être un obstacle à voir aboutir les discussions. C'est ainsi qu'en droit des entreprises en difficulté, le rôle du président du tribunal est prépondérant dans la prévention précoce des difficultés³, un mandataire *ad hoc* ou un conciliateur particulier est désigné et seuls les principaux créanciers sont appelés⁴. Les négociations doivent se dérouler dans un cadre restreint de nature à mettre en confiance les interlocuteurs, préserver la confidentialité des informations et permettre un prompt déroulement. En outre, considérant l'implication que peuvent avoir certains membres dans le traitement de l'entreprise, l'intervention d'un tiers impartial est nécessaire pour pondérer les différents intérêts. Le conciliateur constituerait alors un point unique de contact entre les différentes parties intéressées. Facile à identifier et disponible, il serait en ce sens une autorité de proximité.

519. Désignation du conciliateur. C'est l'AAI, dans sa formation collégiale, qui désignerait le conciliateur. C'est dans sa fonction d'orientation du dossier qu'un traitement amiable pourrait être recommandé et, à cette fin, comprendre la désignation du conciliateur compétent. Ce dernier doit présenter les qualités requises en termes d'indépendance, par rapport aux différentes parties intéressées au traitement des difficultés⁵, et de compétence, pour le traitement de la situation économique d'impossibilité d'exécuter. Il pourrait s'agir d'un membre qualifié de l'AAI, mais, aussi, d'un tiers spécialement inscrit sur une liste⁶. Il sera choisi en fonction de ses connaissances spécifiques pour le dossier concerné et de son expérience dans la

¹ Sur ceux-ci, v. *supra*, sp. n° 411.

² Sur cette fonction, v. *supra*, sp. n° 465 et n° 492.

³ Sur les prérogatives du président du tribunal en prévention, v. *supra*, sp. n° 185 S.

⁴ Mandataire *ad hoc*, C. com., art. L. 611-3, al. 1^{er} ; conciliateur, art. 611-6, al. 1^{er} ; créanciers principaux en conciliation, art. L. 611-7, al. 1^{er} ; comp. avec un soutien suffisamment large en PSA, art. L. 628-1, al. 2 ; ou une catégorie particulière de créanciers, art. L. 628-9.

⁵ Sur ces exigences, art. 1.2, Code de déontologie du médiateur (Codeome) ; comp. Code de conduite européen pour les médiateurs (2004), art. 2.

⁶ À l'instar des tiers de confiance dans la médiation du crédit (v. liste en ligne, site de la Médiation du crédit), des médiateurs en droit de la consommation (v. en ligne, site du min. Éco.) ou des administrateurs judiciaires, C. com., art. L. 811-1 s., généralement désignés en tant que mandataires *ad hoc*.

conciliation. Le débiteur et les créanciers pourraient proposer, comme le prévoit le droit des entreprises en difficulté¹, le nom d'un conciliateur à condition de respecter ces exigences. À défaut, la désignation devrait se faire en consultation des parties et avec leur consentement.

520. Transition. La désignation d'un conciliateur spécifique tend à favoriser le traitement amiable de l'impossibilité économique d'exécuter.

B. Le rôle du conciliateur

521. Généralités sur le traitement amiable. La conciliation est envisagée davantage comme un processus, plutôt qu'une procédure organisée². Elle doit demeurer un instrument souple, s'adaptant aux circonstances de fait. Par conséquent, le cadre institutionnel est seulement destiné à donner une impulsion aux négociations, permettant d'accompagner, d'informer, voire de conseiller les parties pour promouvoir l'accord amiable. Le conciliateur peut aussi formuler des recommandations et proposer des solutions ou, à défaut, orienter vers les acteurs concernés pour le soutien de l'activité économique. D'une manière générale, l'intervention de l'autorité de conciliation tend à sécuriser le contenu de l'accord, structurer et stabiliser les négociations, voire à en accélérer le déroulement. En outre, il lui revient de saisir le juge de tout comportement répréhensible, aggravation préjudiciable de la situation économique, mais, aussi, de l'inaboutissement des négociations³.

522. Généralité du traitement amiable. « Le rôle d'un conciliateur est pour l'instant spécifique aux difficultés des entrepreneurs. Aussi peut-on imaginer une démarche globale volontaire de la part de toutes les personnes rencontrant des difficultés de trésorerie afin de trouver un accord avec leurs principaux créanciers sous l'égide d'institutions publiques par l'intermédiaire d'un conciliateur ou d'un médiateur, sans recours au juge hormis les cas de contestations »⁴. Dans cette perspective, il serait possible d'envisager un traitement amiable qui soit commun tant aux débiteurs qui relèvent du droit des entreprises en difficulté qu'aux particuliers. En effet, il ne paraît pas nécessaire de les distinguer quant au processus de

¹ C. com., art. L. 611-6, al. 1^{er} ; apport de l'ord. du 12 mars 2014 précit., art. 4 ; v. *supra*, sp. n° + note ; également pour le mandataire *ad hoc*, art. R. 611-18, al. 2.

² En ce sens, la conciliation et, particulièrement, le mandat *ad hoc*, sont qualifiés d'« instrument » et non de « procédure » en droit des entreprises en difficulté, VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 44 ; ZATTARA-GROS (A.-F.), La contractualisation du droit des entreprises en difficultés, *op. cit.*, sp. n° 9.

³ D'une manière générale sur le rôle du tiers dans les MARD, DION (N.), *De la médiation*, *op. cit.*, sp. p. 96 s.s ; GIRARDOT-RHOUEUETTE (E.), « La mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits », in *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*, *op. cit.*, p. 29-50 ; GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, *op. cit.*, sp. p. 71 s.

⁴ REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), « "Faillite" des entreprises (...) », in *mél. J. HÉRON*, *op. cit.*, sp. p. 465.

négociation qui est à la fois identique pour tous dans sa réalisation et, en même temps, propre à chaque situation de fait. L'identification de la qualité ou de l'activité professionnelle du débiteur agit davantage sur le choix du conciliateur ou la définition des modalités de traitement¹. Cette harmonisation serait le prolongement de la détection organisant l'appréhension généralisée des débiteurs en état d'impossibilité économique d'exécuter. Le traitement amiable pourrait alors se faire par emprunt tant au droit des entreprises en difficulté pour la désignation d'un conciliateur particulier, qu'au droit du surendettement pour son cadre déjudiciarisé². Le processus serait unique pour tout débiteur.

523. Objet du traitement amiable. Si le traitement amiable peut concerner tant un particulier qu'une entreprise, les difficultés, objet du traitement, doivent néanmoins être limitées à des situations d'impossibilité d'exécuter qui sont, économiquement, relativement légères ou facilement résorbables³. Le conciliateur ne peut être qu'une force de proposition sans pouvoir juridique de contrainte, il doit donc exister la possibilité d'un traitement amiable. Concrètement, cela vise l'hypothèse d'un traitement concernant un nombre restreint de créanciers ou portant sur un aspect spécifique, financier ou social par exemple. L'activité économique, qu'elle soit professionnelle ou de consommation⁴, n'est pas véritablement en péril, elle est seulement menacée⁵.

524. Résultat du traitement amiable. La réunion du débiteur et d'un, de plusieurs ou de l'ensemble de ses créanciers, voire la participation de nouveaux partenaires, tend à la conclusion d'un accord de conciliation de nature contractuelle. Il peut comporter diverses modalités de traitement : délais de paiement, remises partielles ou totales de dettes, apport d'un soutien financier, restructuration de l'activité ou gestion du budget. Il correspond en tous les cas à la situation de difficulté en cause. L'accord deviendra, en lui-même, l'instrument de traitement auquel le débiteur et les créanciers consentants se soumettront. Cependant, le mouvement de contractualisation⁶, notamment lorsqu'il naît d'une mauvaise réception de la norme légale par ses sujets en raison, par exemple, de sa complexité⁷, ne doit pas avoir lieu en dépit des règles

¹ Sur la différence dans les modalités de traitement selon qu'est concerné un particulier ou une entreprise, v. *supra*, sp. n° 486.

² CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, op. cit., sp. n° 135.

³ Avant que le sort ne soit scellé, BOULISSET (P.), Tentative de conciliation par le juge, *Annales des loyers*, 2002/4, p. 616 s.

⁴ Sur ce point, v. *supra*, sp. n° 356.

⁵ Par ex., par réf. à la procédure de sauvegarde, C. com., art. L. 620-1.

⁶ En droit des entreprises en difficulté, not. CHASSAING (F.), MORELLI (N.) et al., La contractualisation du droit des entreprises en difficulté, par M. MENJUCQ, *RPC*, 2015/3, entretien 2, op. cit. ; COQUELET (M.-L.), Quelle partition pour le juge et les créanciers (...), *RPC*, 2012/3, op. cit., sp. n° 12 ; COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, th. précit., 2013, sp. n° 17 ; LE GEURVENÉ (L.), Synthèse négociée : l'accord, *GP*, 2008/178, p. 49 s. ; ROLAIN (M.), Entre contractualisation et sujétions (...), *PA*, 17 déc. 2014, p. 7 s., op. cit. ; ZATTARA-GROS (A.-F.), « La contractualisation (...) », op. cit. ; d'une manière générale, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *La contractualisation de la production normative*, op. cit. et *Approche critique de la contractualisation*, op. cit. ; sur les effets de la contractualisation, v. *supra*, sp. n° 51 et 512, n. 10.

⁷ CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », in *La contractualisation de la production normative*, op. cit., sp. n° 37

légales impératives¹. De sorte que, si le débiteur et les créanciers sont ceux qui définissent leurs engagements et manifestent leur volonté², il reviendrait au conciliateur de veiller à sa conformité à l'ordre public, à sa faisabilité, à l'équilibre des engagements entre les parties et à la réalisation de l'objectif - mettre fin aux difficultés - d'une manière générale. Ce n'est qu'à la condition du respect de ces paramètres que l'accord de conciliation pourrait être élaboré par le conciliateur et signé des parties.

525. Fin de la mission du conciliateur. La conclusion d'un accord met fin à la mission du conciliateur. Il en ferait rapport à l'AAI qui pourrait enregistrer et conférer, sur un plan administratif, date certaine³ à l'engagement contractuel. L'accord pourrait demeurer ainsi, dans sa forme contractuelle et surtout confidentielle, renvoyant pour son exécution au droit commun⁴. Ce pourrait être une voie à part entière de traitement des difficultés⁵, confortée grâce à l'intervention d'une autorité de conciliation⁶.

¹ Sur ce risque, BELVAL (B.), Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit, *GP*, 2012/129, p. 11 ; CAMOUS (E.), *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation*, th. précit., sp. n° 8 ; CHASSAGNARD (S.) et HIEZ (D.) (*dir.*), *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.* ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les offices du juge », in méf. J. FOYER, *op. cit.*, sp. n° 36 ; SUPIOT (A.), « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, sp. p. 22 s.

² PIGNARRE (G.), Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie, partie I, *RDC*, 2011/2, p. 611 s., sp. n° 1-5.

³ C. civ., art. 1377 (anc. art. 1328).

⁴ Développant cette hypothèse, CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, th. précit., sp. n° 362.

⁵ Et non plus une « anomalie » comme le sont devenus les accords ni constatés, ni homologués dans le droit des entreprises en difficulté (C. com., art. L. 611-8, I-II), THULLIER (B.), Accords ni constatés ni homologués ; remise en cause des accords, *RPC*, 2014/1, dossier 12, sp. n° 20.

⁶ Comp. procédure participative, procédure conventionnelle et assistance de l'avocat, CPC, art. 1544 et 1555 ; v. *supra*, spéc n° 42, n. 2.

Conclusion du Chapitre I

526. Processus de traitement des difficultés. La détection d'une situation d'impossibilité économique d'exécuter conduit à déclencher un traitement¹. Or, à nouveau², il se présente comme un processus qui ne peut se dérouler d'un bloc. Il faut procéder par étape. Il s'agit d'abord de s'assurer de la réalité de cet état et, ensuite, de préciser ses différents aspects - degré de l'impossibilité, nature, qualité du débiteur notamment -³. Au cours de cette phase, peuvent être repérées - et évacuées - certaines situations qui ne motivent pas de traitement juridiquement contraignant⁴ ou, au contraire, nécessitent une prise en charge urgente pour mettre fin aux difficultés⁵. Dans les autres cas, le processus peut se poursuivre normalement. Il consiste alors à déterminer la procédure adaptée à l'impossibilité détectée, tant du point de vue de la qualité du débiteur que du degré de ses difficultés⁶. Pour l'ensemble, il est possible de considérer que ces étapes, nécessaires à la mise en place d'un traitement efficace⁷ des difficultés, ne constituent pas véritablement le traitement en lui-même. En termes d'organisation, elles lui sont préparatoires.

527. Déjudiciarisation du prétraitement. La réalisation de tâches préliminaires à la mise en œuvre d'une procédure de traitement n'appelle pas d'attributs juridictionnels dès lors qu'il est seulement question de *préparer* et non encore de *traiter* les difficultés. Concrètement, c'est anticiper par certains aspects⁸ la période d'observation qui se déroule après l'ouverture judiciaire d'une procédure collective des entreprises en difficulté⁹ pour, précisément, déterminer de manière assurée¹⁰, la procédure adaptée. Par conséquent, il n'est pas recouru à l'autorité judiciaire dans cette phase, mais à l'autorité administrative indépendante proposée. En effet, par

¹ Sur la détection, v. *supra*, , sp. n° 417 s. et le déclenchement d'un traitement, sp. n° 443 et 491.

² Présentant le traitement des difficultés des entreprises comme un processus d'ensemble et la nécessité d'adopter une réflexion globale, v. *supra*, sp. n° 282.

³ Par la réalisation d'un examen approfondi, v. *supra*, sp. n° 472 s.

⁴ Not. en cas de difficultés très légères, temporaires ou qui ne sont pas d'ordre économique, v. *supra*, sp. n° 468.

⁵ En cas d'impossibilité manifestement irrémédiable, v. *supra*, sp. n° 463.

⁶ Grâce à la réalisation d'un examen approfondi, le cas appréhendé peut être orienté vers la solution de traitement adaptée, v. *supra*, sp. n° 491-492.

⁷ L'efficacité est ici comprise comme étant dépendante de la bonne interprétation des faits de la situation appréhendée et, donc, de l'adéquation avec le traitement mis en œuvre.

⁸ Not. évaluation du passif et de l'actif, v. *supra*, sp. n° 473 s.

⁹ Par ex., en sauvegarde, C. com., art. L. 622-1 s.

¹⁰ Sur les difficultés à qualifier, exactement, la situation du débiteur et identifier la juridiction compétente, v. *supra*, sp. n° 323 s. et n° 155 s.

sa fonction de détection¹, elle connaît déjà la situation concernée, permettant une accélération de l’instruction. De plus, elle y est privilégiée par sa composition mixte², réunissant les membres des administrations et autres établissements institutionnels disposant des informations et des membres spécialement qualifiés pour l’analyse des données techniques.

528. Alternative au traitement judiciaire. Dans cette phase de prétraitement, il est possible d’inclure la voie d’un traitement alternatif au mode judiciaire³. Il s’agit de l’accord amiable des parties. Effectivement, l’opportunité doit être laissée au débiteur et à ses créanciers de trouver, eux-mêmes, sans qu’elle soit imposée, une solution aux difficultés rencontrées. Les avantages sont multiples, notamment en termes de confidentialité et d’implication⁴. Toutefois, les limites du mode privé tenant à l’incertitude des négociations et à la précarité de l’accord ne doivent pas être oubliées⁵. C’est pour cette raison que le mode amiable est intégré au cadre déjudiciarisé du prétraitement : son déroulement aurait lieu sous l’égide d’une autorité de conciliation désignée par l’autorité administrative indépendante⁶. Son perfectionnement renverrait à la saisine de l’autorité judiciaire⁷, mais selon le choix des parties⁸.

529. Vers le traitement judiciaire des entreprises en difficulté. Par la déjudiciarisation des tâches préparatoires au traitement ainsi que l’alterjudiciarisation⁹ du traitement amiable, l’autorité judiciaire se voit déchargée d’une partie du traitement des entreprises en difficulté. Elle peut donc se recentrer sur le cœur de sa fonction.

¹ V. *supra*, sp. n° 417 s.

² V. *supra*, sp. n° 411.

³ D’où la reprise du terme d’« alterjudiciarisation », v. n. *infra*, ce paragraphe..

⁴ Sur les bienfaits du mode amiable, v. *supra*, sp. n° 496 s.

⁵ V. *supra*, sp. n° 51 s.

⁶ Sur la désignation d’une autorité de conciliation, v. *supra*, sp. n° 515 s.

⁷ V. *infra*, sp. n° 540.

⁸ Ce qui signifie que cela est laissé à la faculté des parties, v. *infra*, sp. n° 525 et n° 539.

⁹ GABORIAU (S.), Ombre et lumière, *AJ fam.*, 2008, *op. cit.* ; sur l’emploi de ce terme, v. *supra*, sp. n° 496.

Chapitre II. La rejudiciarisation du traitement des difficultés

530. Organisation du traitement. L'institution d'une autorité administrative indépendante (AAI) n'exclut pas le traitement judiciaire des difficultés des entreprises. La réorganisation du traitement des difficultés tend à tracer une ligne séparative des autorités et de leurs fonctions afin que chacune agisse dans son champ de compétence et dans la complémentarité de l'autre. L'objectif principal est de clarifier et de remettre en cohérence un traitement qui, par le maintien en toute hypothèse du mode judiciaire malgré l'évolution du droit des entreprises en difficulté, se révèle contradictoire, affaiblissant son efficacité et atteignant sa légitimité¹. Se dessine alors un traitement binaire. D'une part, les prémices sont confiées à une autorité non judiciaire, mais dont la nature est adaptée à la réalisation des missions qui y sont attachées, et, d'autre part, les décisions contraignantes et potentiellement attentatoires aux droits des parties, nécessitant d'arbitrer entre les intérêts en présence et de mettre fin aux difficultés par l'effet de la loi reviennent à l'autorité judiciaire en raison de sa fonction juridictionnelle². Ainsi, c'est basculer d'une phase essentiellement administrative vers un encadrement judiciaire. Jouant de concert dans le traitement des difficultés économiques, chacune des deux autorités est unique et légitime dans son champ d'intervention.

531. Traitement des entreprises en difficulté. Alors que le renouvellement de la phase de détection confond, par l'adoption d'un critère général³, l'ensemble des situations de fait, l'instruction a rigoureusement pour objet de préciser leurs données : entreprise ou particulier, nature des difficultés, leur ampleur et leurs conséquences, etc⁴. Forte de cette analyse, l'AAI peut proposer le traitement judiciaire adapté. Cas à part du consommateur⁵, il est alors fait application des procédures du droit des entreprises en difficulté. Pour précision, la suite de l'étude concernera uniquement leur cas, constituant l'objet de recherche dont l'évaluation a mené à la

¹ Conclusion de la première partie de thèse, v. *supra*, sp. n° 279.

² Pour une définition de la fonction juridictionnelle, D'AMBRA (D.), *La fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th. précit. et v. *supra*, sp. n° 221.

³ Critère de l'impossibilité économique d'exécuter, v. *supra*, sp. n° 294.

⁴ Sur les données, objets de qualification, v. *supra*, sp. n° 485 s.

⁵ Sur sa définition, C. consom., art. liminaire ; à coordonner avec art. L. 711-1, al. 1-2 ; critique, v. *supra*, sp. n° 356.

Sur la différenciation de son cas au stade du traitement, v. *supra*, sp. n° 486 ; renvoyant son cas au dispositif du surendettement, C. consom., Livre VII.

remise en cause du traitement judiciaire, ce qui justifie ici sa redéfinition. De plus, à propos du surendettement, l'analyse est en réalité inverse : soit un traitement globalement déjudiciarisé, le juge y jouant un rôle remarquablement effacé¹. Si sa rejudiciarisation pourrait être également envisagée², elle n'aurait pas lieu dans les mêmes termes. Elle consisterait concrètement à réintroduire l'autorité judiciaire dans la définition des mesures de désendettement, ce que, au demeurant, la réforme de la justice du XXI^e siècle ne retient pas pour l'avenir, au contraire³. Ainsi, sans évincer définitivement la question de l'harmonisation des deux dispositifs légaux traitant de l'impossibilité économique d'exécuter⁴, il s'agirait, de manière réaliste et pragmatique, de ne l'organiser qu'au stade de la détection des difficultés, en maintenant, pour le traitement à proprement parler, la division actuelle des branches du droit.

532. Rejudiciarisation⁵. La déjudiciarisation ne signifie pas l'évincement du juge dès lors qu'elle tend, *in fine*, à relégitimer son intervention dans le traitement des entreprises défaillantes. Perrot soulignait en ce sens l'absolue nécessité « d'une nouvelle légitimité du juge qui soit garante de son autorité »⁶. En droit des entreprises en difficulté, cela passe d'abord par la redéfinition de la fonction de l'autorité judiciaire (**Section I**). Elle serait recentrée sur le cœur de son office juridictionnel appréhendé dans sa définition classique⁷, mais néanmoins moderne⁸,

¹ V. *supra*, sp. n° 397.

² REYGROBELLET (A.), La notion de surendettement face à la cessation des paiements, *GP*, 2003/58, p. 39 s. ; également, ANCEL (P.), Rapport de synthèse, in Dossier, Le surendettement des particuliers, après la loi du 29 juill. 1998 relative à la lutte contre les exclusions, *PA*, 21 mai 1999, p. 50 s., sp. p. 56.

³ Suppression de l'homologation judiciaire des décisions des commissions de surendettement, projet de loi *de modernisation de la justice du XXI^e siècle* précit., art. 18 *sexies* ; sur les mesures concernées : par ex., C. consom., art. L. 711-8, al. 2.

⁴ Not. envisagée par VOINOT (D.), Transposition de la directive relative aux droits des consommateurs (...), *REDC*, 2014/4, *op. cit.*, sp. p. 367 et « Pour un code économique européen », in méf. P. MANIN, *op. cit.*, sp. p. 547 ; également, REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), in méf. J. HÉRON, *op. cit.*, sp. p. 463 s. ; v. *supra*, sp. n° 356.

⁵ Néologisme construit à partir de « judiciarisation » (v. *supra*, sp. n° 116) ; comp. « déjudiciarisation » (v. *supra*, sp. n° 458) dont les définitions sont données dans le dictionnaire juridique, JEAMMAUD (A.), « Judiciarisation/déjudiciarisation », in *Dictionnaire de la Justice* précit., p. 675-679 ; v. également, CADIET (L.), « La déjudiciarisation, Rapport introductif », in O. BOSKOVIC (dir.), *La déjudiciarisation*, *op. cit.*, p. 9-35, sp. p. 10 ; le suffixe « re » indiquant un renouveau, une renaissance avec la connotation d'une modernisation, d'une rénovation, LE FUR (D.) (dir.), *Dictionnaire des synonymes nuances et contraires*, Le Robert, v. « Renouveau » ; le terme est ponctuellement employé en doctrine, par ex. : REYGROBELLET (A.), La notion de surendettement face à la cessation des paiements, *GP*, 2003/58, p. 39 s. ; ou à propos d'accords amiables, AMRANI-MEKKI (S.), Médiation et notariat, *JCP N*, 2015/21, 1163, sp. n° 11 ; du rôle du juge des tutelles, FOSSIER (T.), Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge « social », *RDSS*, 2008, p. 281 s. ; du divorce, FITOUSSI (G.), *Essai comparatif et critique du rôle du juge dans la procédure de divorce entre le système judiciaire français et israélien*, th., P. LUNEL (dir.), Paris VIII, 2006, 665 p., sp. Chap. 3. « Rejudiciarisation des sanctions » ; aussi concernant un texte nouveau (CPP, art. 1306), PIERRE-MAURICE (S.), Transfert de pouvoir et de compétence sur requête dans le décret du 1^{er} septembre 2011, *D.*, 2012, p. 368 s., sp. n° 10 ; par G. CANIVET dans son avant-propos à AMADO (R.), *Le contentieux privé des pratiques anti-concurrentielles, Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, th., Paris V, 2012, Bruylant, 2014, 976 p. ; y compris dans les débats parlementaires, CR, commission des lois, AN, n° 11, *sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence (...)*, 4 nov. 1998, interv. S. PORTELLI.

⁶ PERROT (R.), Le rôle du juge dans la société moderne, *GP*, 1997/1, p. 91-99, sp. p. 91 ; dans le même sens, SALAS (D.), v. « Juge (aujourd'hui) - à la recherche d'une autre légitimité », in *Dictionnaire de la culture juridique* précit., p. 862-867, sp. p. 866.

⁷ Consistant à dire le droit et trancher des litiges, CPC, art. 12 ; D'AMBRA (D.), *La fonction juridictionnelle (...)*, th. précit. ; NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, th. précit. ; WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in méf. R. PERROT, *op. cit.* ; v. *supra*, sp. n° 143.

⁸ Sur l'évolution de l'office du juge, not. WIEDERKEHR (G.), « L'évolution de la justice gracieuse », in méf. P. DRAI, *op. cit.* ; v. *supra*, sp. n° 221 et n° 225. ; et la nécessité de ne pas réduire l'office du juge à sa fonction purement contentieuse dans une perspective de modernité, GABORIAU (S.), Déjudiciarisation et administration de la justice (...), *PA*, 2012, *op. cit.* et in O. BOSKOVIC (dir.), *Déjudiciarisation*, *op. cit.*, sp. p. 146 ; comp. toutefois, OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur, Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, *op. cit.*, sp. p. 45.

mêlant à l'essence contentieuse, une part de gracieux¹. Il faut alors souligner que ce cadrage constitue l'objet plus général du mouvement de réforme de la justice du XXI^e siècle². Il serait ici appliqué au traitement des difficultés des entreprises. Une fois sa fonction resserrée, l'autorité judiciaire verrait ensuite sa compétence renforcée. Elle serait alors spécialisée pour l'application du droit des entreprises en difficulté (**Section II**).

Section I. La redéfinition de la fonction juridictionnelle en droit des entreprises en difficulté

533. Identification de la fonction juridictionnelle en droit des entreprises en difficulté.

Le droit des entreprises en difficulté étant globalement judiciarisé, il peut être renvoyé de manière générale à ses dispositions s'agissant des interventions judiciaires pour la mise en œuvre de la procédure. Toutefois, la réorganisation du traitement et, plus précisément, la déjudiciarisation d'une partie, en a modifié la configuration, de sorte qu'il est utile d'identifier clairement les fonctions qui sont considérées comme appartenant en propre à l'autorité judiciaire.

Si, d'une manière générale, la fonction juridictionnelle peut se définir comme dire le droit et trancher les litiges³, pour le traitement des entreprises en difficulté, il est possible de repérer particulièrement deux séries d'interventions entrant dans cette définition. L'une d'elles touche aux droits des parties, les protégeant, s'assurant de leur respect, ou, au contraire, arbitrant entre eux et, au besoin, y portant atteinte. Cela est nécessaire en raison de l'objet même de l'intervention du juge : traiter et résoudre les difficultés de l'entreprise. La poursuite de ce but justifie non seulement de modifier le rapport d'obligation, mais, aussi, d'instituer, dans une perspective d'avenir, une situation juridique nouvelle (§ 1). La fonction juridictionnelle

¹ Sur l'office contentieux, not. NORMAND (J.), th. précit., sp. n° 15 s. ; sur celui gracieux, CPC, art. 25 et not. MARTIN (R.), La saisine d'office du juge (...), *JCP G*, 1973, *op. cit.* ; mais considérant que la matière gracieuse et contentieuse forment une unité substantielle dans l'office du juge, not. AMRANI-MEKKI (S.), La déjudiciarisation, *GP*, 2008, *op. cit.*, sp. n° 43 ; BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle*, th. précit., sp. n° 65 ; rapp. Guinchard *L'ambition apaisée d'une justice raisonnée* précit., sp. p. 36 ; v. *supra*, sp. n° 225.

² Projet J21 de réforme de la justice du XXI^e s. (v. *supra*, sp. n° 12) ; projet de loi *de modernisation de la justice* précit., sp. Titre IV « Recentrer les juridictions sur leurs missions essentielles », p. 59.

Sur cette volonté des autorités publiques, nombre de rapports publics, not. (ordre antéchronologique) : Clément et Le Bouillonec (AN, n° 3726) sur *Le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle* (mai 2016) précit., t. I, sp. Titre III ; Untermaier *relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats (...)*, mai 2016, sp. p. 26-27 ; Delmas-Goyon, *Le juge du XXI^e s.* (2013) précit., sp. p. 30 ; Guinchard (2008) précit., sp. p. 45 s. ; MAGENDIE (J.-C.), *Archaïsme judiciaire, Propositions pour une redéfinition de l'office du juge*, *JCP G*, 2012/46, doct. 1225, auteur de *Célérité et qualité de la justice* (2004) précit.

³ D'AMBRA (D.), th. précit. et v. réf. citées *supra*, sp. n° 221.

comprend ici une part d'arbitrage, mais, substantiellement, elle consiste à contraindre en imposant une solution de façon plus ou moins généralisée¹. L'autre forme d'intervention judiciaire renvoie à un aspect plus tranchant. C'est l'office traditionnel du juge, devant statuer sur les recours formés devant lui ou sanctionner les manquements constatés (§ 2).

Dans toutes ces hypothèses, l'autorité judiciaire est appelée afin de prendre une décision qui est nécessaire au traitement des difficultés, des entreprises, voire au marché économique dans sa globalité par l'élimination des entreprises non viables ou des dirigeants malveillants. Chacune met en œuvre son pouvoir d'*imperium et de jurisdictio*². C'est au demeurant ce qui justifie son rôle : la fonction juridictionnelle appartient à la seule autorité judiciaire.

534. Traitement et application du droit des entreprises en difficulté. La suite de l'étude renvoie de façon générale aux procédures du droit des entreprises en difficulté, c'est-à-dire l'homologation en cas de conciliation³ ou la mise en œuvre des procédures collectives de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires⁴, ainsi que leurs formes simplifiées⁵, variantes⁶ et alternatives⁷, ajoutant les prévisions concernant les voies de recours⁸ et sanctions⁹. Considérant l'application du droit positif, il n'en sera pas fait catalogue, d'autant que les interventions judiciaires critiquées¹⁰ ont pu être écartées grâce à la restructuration du traitement proposée. Il en sera seulement rappelé la substance ou la nouveauté à travers les deux séries d'interventions judiciaires identifiées.

¹ La portée du caractère collectif varie selon la procédure visée ; en dehors des procédures collectives (sauvegarde, RJ et LJ), certaines sont qualifiées de semies collectives ; sur la question, VALLENS (J.-L.), La SFA est-elle une procédure collective ?, *RTD com.*, 2011, p. 644 s. ; l'affirmant à propos de la SFA, LUCAS (F.-X.), Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée, *RPC*, 2012, *op. cit.* ; et de la PSA, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée (...), *RPC*, 2014/2, *op. cit.*, sp. n° 30 ; *contra*, rapp. au prés. Rép. relatif à l'ordonnance n° 2014-326 (...) précit., sp. I-3 ; ROUSSEL GALLE (R.), LE MARCHAND (P.), La prévention (...), *CDE*, 2015/1, dossier 2.

² Sur ces notions, v. *supra*, sp. n° 109 ; appréhendées ici de façon commune dans la redéfinition de la fonction juridictionnelle en droit des entreprises en difficulté.

³ C. com., art. L. 611-8 II ; v. *infra*, sp. n° 540.

⁴ C. com., art. L. 620-1 s. ; art. L. 631-1 s. ; art. L. 640-1 s.

⁵ Absence d'administrateur judiciaire, C. com., art. L. 627-1 s. ; ou la LJS, art. L. 644-1 s.

⁶ PSA et SFA, C. com., art. L. 628-1 s. et L. 628-9 s. ; sur la qualification de « variante », PÉROCHON (F.), BOURBOULOUX (H.), La procédure de sauvegarde et ses variantes, *RPC*, 2014/4, dossier 30.

⁷ Rétablissement professionnel, C. com., art. L. 645-1 s. ; sur la qualification d'« alternative », HENRY (L.-C.), ANDRÉ (M.), La nouvelle procédure de rétablissement, *RPC*, 2014/4, dossier 31, sp. n° 4.

⁸ Not. C. com., art. L. 661-1 s.

⁹ C. com., Livre VI, Titre V.

¹⁰ Par ex. préventives, administratives ou de dires économiques, v. *supra*, sp. n° 222 s.

§ 1. Les décisions touchant aux droits des parties et constitutives d'une nouvelle situation juridique

535. Fonction juridictionnelle. En général¹, le traitement des difficultés des entreprises nécessite d'imposer une certaine contrainte et discipline, de nature à permettre, si possible, leur sauvegarde ou, à défaut, qu'il soit mis fin à leur activité. Dans ce cadre, les droits des parties² peuvent s'en trouver modifiés, voire altérés. Il revient alors à l'autorité judiciaire soit de garantir leur respect, soit, au contraire, de devoir y porter atteinte. Dans les deux cas, il est question de permettre le traitement des difficultés. L'atteinte ainsi portée peut en réalité déboucher sur la constitution d'une nouvelle situation juridique pour l'entreprise, à l'instar du jugement d'ouverture de la procédure³. Une fois encore, seule l'autorité judiciaire dispose du pouvoir pour la prononcer, mais, surtout, l'imposer et la faire respecter⁴.

536. Distinction du rôle du juge selon la phase de traitement. D'un prétraitement déjudiciarisé à la mise en œuvre d'un traitement judiciaire des entreprises en difficulté, le rôle de l'autorité judiciaire est d'intensité tout à fait différente. D'un côté, il ne doit pas être systématisé, mais adapté à la situation économique présentée et aux nécessités de son appréhension. D'un autre côté, l'autorité judiciaire est au contraire pleinement et exclusivement compétente pour traiter judiciairement les difficultés. Ainsi, la fonction du juge en droit des entreprises en difficulté peut être distinguée selon qu'il est saisi au cours de la phase de prétraitement (**A**) ou pour mettre en œuvre précisément la procédure de traitement (**B**).

A. La fonction juridictionnelle à l'occasion du prétraitement

537. Saisine du juge en phase de prétraitement. La déjudiciarisation de la phase de prétraitement fait intervenir une autorité non judiciaire⁵. Par conséquent, l'intervention du juge n'a pas à y être automatique. Cette étape doit demeurer souple, rapide et confidentielle, sans pour autant retarder l'ouverture d'une procédure judiciaire dès lors que la situation économique l'exige⁶. Durant cette phase, l'AAI pourrait alors jouer le rôle de filtre des demandes, qu'elles

¹ Sauf le cas où le recours à des professionnels privés suffit, v. *supra*, sp. n° 470 ; ou que la solution demeure purement contractuelle, v. *supra*, sp. n° 525.

² Par ex., le droit d'obtenir un paiement ou, *a contrario*, le droit de payer, aussi le droit de gérer et de disposer de ses biens, encore le droit contracter, ce qui correspond en d'autres termes au gel de la situation des créanciers et au dessaisissement du débiteur ; l'altération des droits peut encore s'observer sur le plan judiciaire avec, par ex., le droit de former un recours.

³ Sur la nature constitutive du jugement d'ouverture, v. *supra*, sp. n° 110.

⁴ Sur l'autorité du juge et, en l'occurrence, l'autorité de la chose jugée concernant le jugement d'ouverture, v. *supra*, sp. n° 110.

⁵ V. *supra*, sp. n° 458.

⁶ Par ex., v. *supra*, sp. n° 464.

émanant du débiteur ou des créanciers. À l'instar du droit du surendettement¹, elle disposerait du droit de saisine du juge, sauf à envisager un recours des parties contre la décision d'orientation de l'AAI². Elle saisirait l'autorité judiciaire soit pour faire obstacle aux poursuites des créanciers, soit pour homologuer l'accord amiablement négocié sous son autorité.

538. Suspendre les poursuites des créanciers. L'examen de l'état d'impossibilité économique d'exécuter nécessite un intervalle hors du temps³, autrement dit, une trêve utile à l'analyse de la situation économique et un répit bienfaiteur⁴. Il faut alors canaliser les potentielles actions en paiement diligentées par les créanciers au cours de cette période. C'est ainsi que le droit des entreprises en difficulté⁵ prévoit l'interruption des poursuites individuelles pour l'observation de l'entreprise⁶. C'est un effet parmi d'autres⁷ de l'ouverture judiciaire⁸ d'une procédure *collective*⁹.

¹ La commission de surendettement dispose du pouvoir de saisir le juge des demandes de traitement à l'exclusion des créanciers et avec l'accord du débiteur, sans saisine directe de ce dernier, C. consom., art. L. 712-2 ; de même pour le président de la commission en cas d'urgence, art. L. 721-4 ; y compris en l'absence de demande du débiteur, art. L. 723-4.

² Sur le rôle du juge en cas de contestations, v. *infra*, sp. n° 546.

³ « Atemporel », BERTHELOT (G.), La période d'observation, une notion temporelle à l'acceptation atemporelle, *RPC*, 2015/3, étude 9 ; v. aussi, SOINNE (B.), Le temps, *RPC*, 2010/1, repère 1.

⁴ Sur cette conception, not. ROUSSEL GALLE (P.), (...) Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice ?, *JCP E*, 2006, *op. cit.*, sp. n° 3.

Cela peut s'apparenter aux anciennes lettres de répit octroyées par le roi, ordonnance de Colbert de 1673, titre IX ; ou à l'ancienne procédure de suspension provisoire des poursuites, ord. n° 67-820 du 23 sept. 1967, VOINOT (D.), La nouvelle procédure de sauvegarde, *GP*, 2005/251, p. 24 s., sp. n° 4.

L'idée d'un répit bienfaiteur pour le débiteur trouve écho dans la législation américaine puisque le seul enregistrement de la demande de la part du débiteur dans le cadre de la procédure de réorganisation (*Chapter 11*) entraîne immédiatement la suspension des poursuites (*General and automatic stay*, § 362) ; c'est aux créanciers (munis de sûretés) d'en demander spécifiquement la mainlevée au juge ; avec l'interdiction des paiements, cela permet de libérer la trésorerie de l'entreprise ; d'une manière générale sur la législation américaine, HAZARD (J.), Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis, *PA*, 16 juin 2005, p. 12 s. et v. *supra*, sp. n° 426 et n° 507, n. 1.

⁵ Aussi connu désormais du droit du surendettement puisque la décision de recevabilité de la commission emporte de plein droit la suspension et l'interdiction des mesures d'exécution forcée, C. consom., art. L. 722-2 ; L. du 1^{er} juill. 2010 précit., art. 40 ; procédant ainsi à un alignement « incontestable » avec le droit des entreprises en difficulté, FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), manuel précit., sp. n° 232.12 ; cependant, à la différence du droit des difficultés des entreprises, cela a lieu dès la décision de recevabilité de la demande du débiteur et non à l'ouverture de la procédure, COQUELET (M.-L.), Quelle partition pour le juge et les créanciers (...), *RPC*, 2012/3, dossier 15, *op. cit.*, sp. n° 8 ; et surtout, de manière automatique sans intervention de l'autorité judiciaire, REYGROBELLET (A.), Caractère collectif de la procédure et traitement du surendettement des particuliers, *RPC*, 2012/3, dossier 20, sp. n° 20 ; ce qui renvoie d'une manière générale au cadre déjudiciarisé du traitement du surendettement, VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), manuel précit., sp. n° 352 s.

⁶ Plus précisément, interruption et arrêt des actions en justice, arrêt et interdiction des procédures d'exécution, C. com., art. L. 622-21, I et II ; interruption des instances en cours, art. L. 622-22, al. 1^{er} ; en sauvegarde, applicable par renvoi en RJ, art. L. 631-14, al. 1^{er} ; pour la LJ, v. art. L. 643-2 ; c'est une règle d'ordre public, interne et international, Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009, n° 08-10.281 ; *Bull.*, I, n° 86 ; *RPC*, 2010/1, p. 29, n. O. STAES ; sur le sujet, not. : GOLSHANI (S.), BODES (D.) et CICHOSTEFSKI (B.), Les délais de paiement : un instrument au service de la conciliation, in Dossier, *Le restructuring* (2^e partie), *Journal des sociétés*, 2009/68, p. 11-17 ; LE CORRE (P.-M.) (*dir.*), *Mesures d'exécution et procédures collectives : confrontation des règles de l'exécution et du droit des entreprises en difficultés*, Actes du colloque, CRAJEFFE, Nice, 2010, Bruylant, 2012, 232 p.

⁷ Avec l'interdiction de paiement du débiteur, C. com., art. L. 622-7, I ; et son dessaisissement, art. L. 631-12.

⁸ D'après la loi, c'est un effet direct du jugement d'ouverture, C. com., art. L. 622-21, I ; néanmoins, il peut être déjudiciarisé : c'est le cas du surendettement, C. consom., art. L. 721-4 et L. 722-2, v. n. *supra*, ce paragraphe ; mais aussi, pour le traitement des entreprises en difficulté, il peut être signalé que la procédure devant la CCSF entraîne un effet proche : les créanciers ne pourront assigner le débiteur en RJ ou LJ qu'après avoir informé le président de la CCSF qui pourra leur demander de suspendre si nécessaire leur action durant 15 jours renouvelable une fois, D. n° 2007-686, 4 mai 2007 précit., art. 4, al. 3.

⁹ C'est une manifestation du principe d'égalité des créanciers, LEGUEVAQUE (C.), L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux, *GP*, 2002/218, p. 2 s. ; d'où la procédure dite « collective » ; pour les autres procédures, c'est l'application des dispositions du droit commun, v. n. *infra*, ce paragraphe.

Dans le cadre de la réorganisation du traitement des difficultés, il s'agirait d'en renvoyer l'application au stade du prétraitement, tout en tenant en compte des spécificités de la phase considérée et de ses besoins. Il faut rappeler que la restructuration du traitement des difficultés projetée organise une détection particulièrement large¹, de sorte que des situations très variées peuvent se présenter. Or, toutes ne nécessitent pas un traitement judiciaire, de la même manière que l'interruption automatique des poursuites n'est pas opportune pour toutes les hypothèses factuelles² dès lors qu'elle entraîne une certaine publicité. Effectivement, alors qu'elle contribue au dévoilement des difficultés, le traitement, lui, pourrait au contraire rechercher la confidentialité³ notamment lorsqu'il s'envisage dans son altérité⁴. Ce ne serait donc qu'en cas de nécessité et de manière adaptée qu'elle serait prononcée. À propos, il semble que cela soit le sens des réformes du droit des entreprises en difficulté qui ont modelé⁵ la règle en fonction de l'aspect des difficultés traitées⁶, des besoins de protection du débiteur⁷, y compris en recourant aux dispositions du droit commun⁸. Au stade du prétraitement, pourrait également être octroyé un délai de grâce au débiteur mis en demeure ou être prononcée une suspension⁹ des poursuites des créanciers à titre provisoire, dans l'attente du dénouement amiable de la situation ou, à défaut, de l'ouverture d'une procédure judiciaire. Seraient alors prises en compte les considérations propres à l'impossibilité d'exécuter en cause, telles que la taille de l'entreprise, le profil du débiteur et la nature des difficultés.

¹ V. *supra*, sp. n° 322

² Le démontrant par ailleurs, dans le cadre de l'analyse économique, DELOCHE (R.), CHOPARD (B.), Entreprises en difficulté et règlement amiable, Faut-il supprimer la possibilité de suspension provisoire des poursuites ?, *Revue économique*, 2004/3, vol. 55, p. 489-498, sp. p. 496.

³ DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), Plaidoyer en faveur d'une conciliation à la majorité, *JCP E*, 2013/50, 1688, sp. n° 7 et 16.

⁴ V. *supra*, sp. n° 496.

⁵ Ou plus véritablement, « morcelé », MACORIG-VENIER (F.), La règle de l'arrêt des poursuites chahutée par les évolutions législatives, *RPC*, 2016/1, dossier 10 ; ROUSSEL GALLE (P.), Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution, *GP*, 2009/69, p. 21 s. ; TRICOT (D.), Rapport de synthèse, *RPC*, 2012/3, *op. cit.*, sp. n° 3 et 7.

⁶ Dans la SFA, la règle ne vaut que pour les créanciers dits « financiers » (art. L. 622-24), C. com., art. L. 628-6 ; L. 22 oct. 2010 précit. ; c'est ce qui justifie la qualification de procédure « semi-collective », v. *supra*, sp. n° 8.

⁷ En rétablissement professionnel, le débiteur peut demander au juge commis de « reporter le paiement des sommes dues (...) et ordonner, (...) la suspension des procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier », C. com., art. L. 645-5, al. 1^{er}, disposition d'ordre public, al. 2 ; ord. 12 mars 2014 précit., art. 85 ; DEKEUWER (F.), Une nouvelle procédure pour les débiteurs, personnes physiques, dont la situation financière est irrémédiablement compromise : le rétablissement professionnel, *PA*, 20 mai 2014, p. 6 s.

⁸ C. civ., art. 1343-5 ; applicable en conciliation, C. com., art. L. 611-7, al. 5.

⁹ Le terme est volontairement employé par opposition à celui d'interruption, C. com., art. L. 622-21, I ; pour rappel, l'interruption emporte un effacement rétroactif du délai écoulé, tandis que la suspension ne fait qu'arrêter temporairement le délai, *Vocabulaire juridique* Cornu précit., v. « Interruption », sp. p. 571 ; v. CPC, art. 369 ; en droit des entreprises en difficulté, l'ancienne formule légale retenait la suspension ; toutefois, la jurisprudence affirmait qu'elle devait s'analyser comme une interruption, Cass. com., 9 déc. 1997, n° 95-11.974 ; n.p.B. ; de sorte que la loi du 26 juill. 2005 précit. a opéré une substitution au profit du terme d'interruption, plus en conformité ; néanmoins, l'expression de suspension des poursuites demeure encore largement employée dans le langage courant, voire indexée dans divers manuels spéciaux malgré sa signification juridique inexacte ; au restant, elle est encore employée dans le cadre du règlement agricole (malgré l'intervention de l'ord. du 12 mars 2014 précit.), C. rur., art. L. 351-5 ; PÉROCHON (F.), ROUSSEL GALLE (P.), « Règlement amiable et conciliation, suspension ou interdiction des poursuites, même combat ! », in *mél.* P. BLOCH, Bruylant, 2016, p. 177-185.

En tout état de cause, l'obstacle aux poursuites des créanciers constitue une restriction¹ de leur droit à rechercher et obtenir, conformément aux procédures d'exécution du droit commun², un paiement contre le débiteur qui ne s'est pas exécuté. Cela remet en cause la force obligatoire des contrats³. La mesure est particulièrement attentatoire, justifiant donc l'appel à l'autorité judiciaire pour son prononcé.

539. Conciliation et saisine du juge. Dans le cadre du traitement alternatif des difficultés⁴, la réussite des négociations menées sous l'égide de l'AAI peut aboutir à un accord de conciliation. Conclu entre le débiteur et les créanciers consentants, il a une nature conventionnelle⁵ et pourrait demeurer ainsi ou voir le juge saisi aux fins d'homologation⁶. Il faut insister sur l'absence d'automaticité⁷ de l'intervention du juge à l'issue de la conciliation telle qu'envisagée dans la réorganisation du traitement des difficultés. L'accord relèverait alors du droit commun des contrats⁸, sans constituer une anomalie d'un point de vue juridique⁹. Néanmoins - et sans y subordonner la solution contractuelle¹⁰ -, les parties à l'accord peuvent aussi choisir¹¹ de saisir l'autorité judiciaire pour renforcer la portée de leur accord et parfaire le traitement amiable de l'impossibilité économique d'exécuter.

Si le droit des entreprises en difficulté¹² distingue à ce propos deux degrés d'intervention

¹ AYNÈS (A.), Janvier-juillet 2014 : désordre législatif, cohérence jurisprudentielle, *DP*, 2014/241.

² C. proc. exéc., art. L. 211-1 s. ; BISSIEUX (J.-J.), Les voies d'exécution à l'épreuve des procédures collectives, avec la collaboration de V. CUISINER, *Procédures*, 2008, n° 8-9, dossier 8.

³ DIESBECQ (A.), La force du contrat confrontée au droit des entreprises en difficulté, *GP*, 2015/353, p. 8 s. ; également, Infogreg, L'impact du droit des entreprises en difficulté sur le principe de la force obligatoire des contrats, *CDE*, 2012/6, p. 57-59, sp. n° 2.

⁴ V. *supra*, sp. n° 496.

⁵ À l'instar de l'accord de conciliation et de médiation conventionnelles, CPC, art. 1530, ou de l'issue de la procédure participative conventionnelle, art. 1555.

⁶ Disposition de la conciliation conventionnelle du droit commun processuel, CPC, art. 1541.

⁷ SORTAIS (J.-P.), Le sort des accords de conciliation en cas de refus d'homologation ou de constatation, *RPC*, 2013/3, étude 12. D'une manière générale, la systématisation du recours au juge est un effet de l'évolution de la société contentieuse, CADIET (L.), « Le spectre de la société contentieuse », in mél. G. CORNU, *op. cit.*, p. 29 s. ; GRIMM (D.), « L'activisme judiciaire », in R. BADINTER et S. G. BREYER (éd.), *Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, Fayard, 2003, p. 24 s.

⁸ V. l'hypothèse développée par CHIVKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, th. précit., sp. n° 362 s.

⁹ THULLIER (B.), Accords ni constatés ni homologués ; Remise en cause des accords, *RPC*, 2014/1, dossier 12, sp. n° 20 ; il est vrai que le droit des entreprises en difficulté (C. com, art. L. 611-8) ne prévoit pas l'hypothèse d'absence de saisine du juge à l'issue de la conciliation en cas de réussite des négociations, cette voie ne serait donc pas envisageable ? ; MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), Entreprises en difficulté (mandat *ad hoc* et conciliation), *Rép. comm.*, sp. n° 110 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 176 et 181 ; *contra*, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La procédure de conciliation, *RPC*, 2006/2, n° sp., p. 169 s., sp. n° 29 et manuel précit., sp. n° 365.

¹⁰ En ce sens, GENTIN (F.), BASSE (C.) et al., Le secret des affaires (...), par M. MENUJOCQ, *RPC*, 2015/1, entretien 1, *op. cit.*

¹¹ VALLANSAN (J.), La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité, in Dossier, Les attraits des nouveaux modes de traitement des difficultés des entreprises, *PA*, 14 juin 2007, n° sp., p. 9 s. ; si ce choix est présenté comme étant principalement celui du débiteur, il ne faut pas en pratique négliger la force de négociation des créanciers ; par ex. sur l'apport d'argent frais, v. n. *infra*, ce paragraphe.

¹² Le droit de la consommation prévoit également l'homologation judiciaire des mesures recommandées par la commission de surendettement, par ex. : C. consom., art. L. 733-6, al. 2 ; toutefois, le projet de réforme de la justice prévoit la suppression de l'homologation du juge du plan de surendettement adopté en l'absence de contestation, projet de loi *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., art. 18 *sexies* (nouveau) ; rapp. Clément et Le Bouillonc (2016) précit., sp. n° 267.

du juge - d'une part, la constatation qui a pour objet de conférer force exécutoire¹ et, d'autre part, l'homologation qui porte sur le contenu de l'accord² - seule la deuxième hypothèse serait retenue³ en conformité avec une rejudiciarisation de la fonction du juge, lui permettant de contrôler le contenu de l'accord⁴. La préservation de la confidentialité par l'accord constaté relèverait, dans la réorganisation du traitement des difficultés projetée, du traitement alternatif des difficultés réalisé par l'AAI, sauf à envisager⁵, si les conditions l'exigent⁶, une publicité limitée du jugement d'homologation⁷, les effets de l'accord constaté ou homologué judiciairement ayant été d'une manière générale sensiblement rapprochés⁸.

540. Homologation de l'accord amiable et fonction du juge. L'homologation consiste d'une manière générale à contrôler la conformité de l'acte juridique préexistant au droit et le respect de l'ensemble des intérêts en présence⁹. Elle doit permettre de sécuriser les engagements qui modifient, voire qui créent une nouvelle situation juridique.

¹ Ordonnance du président du tribunal et apposition de la formule exécutoire par le greffe, C. com., art. L. 611-8, I et R. 611-39, al. 1^{er} ; le contrôle du juge est restreint, il semble avoir une compétence liée par la demande des parties selon le texte qui emploie l'impératif et le jugement s'analysant comme un simple donné acte considérant l'absence de conditions et de voies de recours, art. L. 611-8, I ; le président du tribunal peut donc seulement constater l'existence de l'accord, MONTÉLAN (T.), Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation, *GP*, 2005/251, p. 8 s. ; *contra*, au moins pour un contrôle même « superficiel », de la « non-contrariété à l'ordre public », THULLIER (B.), *op. cit.*, sp. n° 9 ; le cas échéant, le président du tribunal pourrait « refuser l'accord », VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 81 ; également, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 180 ; SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, sp. n° 2 ; au demeurant, cela correspond davantage à la formule légale employée dans le cadre du règlement amiable agricole, C. rur., art. L. 351-6, al. 1^{er}.

² Précisant les conditions auxquelles le tribunal peut homologuer l'accord, C. com., art. L. 611-8, II.

³ V. son développement *infra*, sp. n° 540.

⁴ Notamment par rapport à l'état de cessation des paiements qui ne repose que sur une déclaration du débiteur dans l'accord constaté, C. com., art. L. 611-8, I.

⁵ En ce sens, analysant globalement l'issue de la conciliation en droit des entreprises en difficulté par soit une « petite » homologation (correspondante à la constatation) et une « grande », mais dans les deux cas, permettant un contrôle du juge, THULLIER (B.), *op. cit.*, sp. n° 6 et 9 ; également, proposant une réduction des mesures de publicité adaptée, LAURENT (N.), ASSANT (O.), Bilan de l'efficacité du privilège de *new money* instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ?, *JCP G*, 2008/26, I, 157, sp. n° 12 s.

⁶ Selon le contenu de l'accord et l'état de cessation des paiements ; essentiellement, la publicité dépend de l'apport d'argent frais (*new money*) en vertu du privilège conféré, C. com., art. L. 611-1, L. 622-17, II et L. 641-13 en LJ, v. aussi concernant les délais et remises du plan, art. L. 626-20, I et R. 626-33-1 ; PÉROCHON (F.), LUCAS (F.-X.), Créanciers de la *new money*, le retour, *BJE*, 2015/3, p. 192 s. ; bien qu'en réalité, l'effet du privilège n'est pas tant recherché en soi (sa portée est relative en fait, BERTHELOT (G.), Les créanciers postérieurs méritant (2^e partie), *RPC*, 2011/4, dossier 37 ; pour un ex., BORGA (N.), Privilège de la conciliation et paiement provisionnel, *LEDEN*, 2012/2, p. 5), que la sécurité conférée par l'homologation aux créanciers, soit concrètement l'absence de remise en cause de leurs engagements par la fixation de la date de cessation des paiements, notamment s'ils sont assortis de sûretés, GENTIN (F.), BASSE (C.) et *al.*, *op. cit.* ; quoi qu'il soit, soulignant la nécessité d'une publicité du privilège en cas de *new money*, LE CORRE (P.-M.), Du privilège occulte de la conciliation, *GP*, 2012/287, p. 3 ; *contra* et critique, LAURENT (N.), ASSANT (O.), *loc. cit.*

⁷ En principe, l'homologation, contrairement à la constatation judiciaire, est soumise à une plus grande publicité sur le contenu de l'accord, diffusé au comité d'entreprise ou délégués du personnel, C. com., art. L. 611-9 ; sur le jugement d'homologation, art. R. 611-40-611-41, R. 611-43-611-44.

⁸ Ord. 18 déc. 2008 précit. ; MACORIG-VENIER (F.), SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *RPC*, 2009/1, dossier 9, sp. n° 6 ; PÉTEL (P.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, *JCP G*, 2009/6, I, 110, sp. n° 10 ; v. *supra*, sp. n° 125.

⁹ D'une manière générale sur l'homologation, not. : AMIEL-COSME (L.), La fonction d'homologation judiciaire, *Justices*, 1997/5, p. 135 s. ; BALENSI (I.), L'homologation judiciaire des actes juridiques, *RTD civ.*, 1978/4, p. 46 s. ; HUGON (C.), Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire, *PA*, 11 déc. 2003, p. 4 s. ; ZATTARA (A.-F.), L'homologation en droit privé, *RRJ*, 2004/1, p. 85 s.

Intervention sollicitée du juge pour sanctionner l'accord des parties, sa juridiction aurait un caractère gracieux¹ et, surtout, une nature juridictionnelle². L'hypothèse se vérifie dès lors que ce n'est pas seulement l'*imperium* du juge qui est appelé, à l'instar de la constatation³, mais que c'est une véritable décision juridictionnelle⁴ qui est prise à l'issue de la conciliation. Effectivement, l'autorité judiciaire doit s'assurer de la conformité à l'ordre public et du respect de l'ensemble des intérêts, y compris, en l'occurrence, ceux de l'entreprise⁵. C'est ainsi qu'en droit des entreprises en difficulté, la loi prévoit que le tribunal n'homologue l'accord qu'à la condition qu'il mette fin à la cessation des paiements du débiteur, assure la pérennité de l'activité de l'entreprise et ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires⁶. Dans cette perspective, l'homologation judiciaire de l'accord de conciliation et, plus précisément, de son contenu⁷, fait véritablement œuvre de *jurisdictio*, le juge est amené à dire le droit⁸. La fixation de la date de l'état de cessation des paiements est couverte par l'autorité de chose jugée⁹. Bien qu'il ne puisse modifier les termes de l'accord¹⁰, le juge demeure libre de rejeter¹¹ la demande s'il considérait, selon son appréciation souveraine des faits, étayée par la faculté de pouvoir entendre toute personne¹², que l'accord ne permet pas pleinement le traitement efficace et équilibré des difficultés. Cela ouvrirait la possibilité d'une voie de recours¹³, faisant

¹ Selon la loi, v. CPC, art. 131, 131-12, 1301, 1566 ; sur la définition de la matière gracieuse, art. 25 et 60 ; v. *supra*, sp. n° 225 ; toutefois, les difficultés à cerner la juridiction gracieuse rejaillissent sur l'homologation, BALENSI (I.), *loc. cit.*, sp. p. 44 ; ZATTARA (A.-F.), *loc. cit.*, sp. n° 30 et 35.

² AMIEL-COSME (L.), *loc. cit.* ; BALENSI (I.), *loc. cit.*, sp. p. 55 s. ; toutefois, ce caractère est discuté en doctrine, COUCHEZ (G.), LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 2014, 17^e éd., sp. n° 216 ; SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. I, sp. n° 484 ; relevant les éléments de la discussion et tranchant en distinguant les hypothèses de « vraies » homologations, telles qu'en matière d'homologation judiciaire de l'accord du débiteur et des créanciers tendant à mettre fin aux difficultés de l'entreprise, ZATTARA (A.-F.), *loc. cit.*, sp. n° 31 s.

La jurisprudence européenne considère cependant de manière constante que le juge, lorsqu'il est amené à statuer sur une demande d'homologation, « exerce une fonction non juridictionnelle qui, par ailleurs, dans d'autres États membres est confiée à des autorités administratives », CJCE, 19 oct. 1995, C-111/94, *aff. Job Centre*, cons. n° 11 ; *Rec. I*, n° 361 ; *JDI*, 1996/2, p. 488, n. D. SIMON.

³ Qui tend seulement à conférer force exécutoire, v. *supra*, sp. n° 539 ; la constatation relèverait dans cette perspective des « actes judiciaires réceptifs » qui n'ont pas la nature de décision juridictionnelle ; sur le sujet, BRENNER (C.), Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée, *Procédures*, 2007, n° 8-9, étude 13, sp. n° 10.

⁴ Revêtue de l'autorité de chose jugée, PÉTEL (P.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté, *JCP E*, 2005/42, 1509, sp. n° 29 ; *contra*, pour l'homologation d'une manière générale et tout en reconnaissant un acte de juridiction, AMIEL-COSME (L.), *loc. cit.*, sp. p. 145 s. ; ce qui formerait un acte juridictionnel *sui generis*, ZATTARA (A.-F.), *loc. cit.*, sp. n° 41 s. ; il serait raisonnable de considérer que l'acte d'homologation possède une autorité atténuée de chose jugée, le juge ne tranchant pas l'ensemble de l'accord, mais sa décision a néanmoins force de chose jugée.

⁵ Sur cette fonction de l'homologation judiciaire, protectrice d'un intérêt, public ou privé, supérieur aux intérêts privés des parties, AMIEL-COSME (L.), *loc. cit.*, sp. p. 142 s. ; ZATTARA (A.-F.), *loc. cit.*, sp. n° 22 s. ; *contra*, pour une conception consensualiste ou créationniste de l'homologation, BRENNER (B.), La pratique grenobloise, in Dossier, De la rupture négociée du contrat de travail à la médiation judiciaire, *SSL*, 2002/1100, n° sp., sp. p. 55 et dans le même numéro, SARGOS (P.), L'accord de médiation, p. 56 s.

⁶ C. com., art. L. 611-8, II.

⁷ C'est un contrôle, pour le juge, « en connaissance de cause », CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile, op. cit.*, sp. n° 22.

⁸ BALENSI (I.), *op. cit.*, sp. p. 58 ; ZATTARA (A.-F.), *op. cit.*, sp. n° 32.

⁹ C. com., art. L. 631-8, al. 2 ; CAGNOLI (P.), Action en report de la date de cessation des paiements, Conciliation antérieure, Autorité de chose jugée, *RPC*, 2013/4, comm. 109.

¹⁰ V. CPC, art. 1565, al. 2.

¹¹ Si la formule légale employée semble faire état d'un « droit à l'homologation » (« le tribunal homologue l'accord obtenu si les conditions suivantes sont réunies », C. com., art. L. 611-8, II), il s'agit d'une « apparence plus qu'une réalité », le tribunal appréciant souverainement la réunion des conditions, PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 210.

¹² C. com., art. L. 611-9 ; comp. CPC, art. 27.

¹³ L'appel, C. com., art. L. 611-10, al. 2 et R. 611-42 ; l'opposition ou la tierce-opposition, art. R. 661-2 ; pour un tableau synthétique, VALLANSAN (J.), CAGNOLI (P.), Clarification des voies de recours pour les procédures ouvertes à compter du 15 février 2009, *RPC*, 2010/5, étude 26, sp. n° 9.

subséquemment basculer le rôle du juge vers un office contentieux¹. Encore, si l'accord de conciliation tend à résoudre amiablement les difficultés économiques, il peut aussi n'être que partiel, laissant demeurer des questions résiduelles², limité à une partie des créanciers³ ou ne porter que sur une part de la créance litigieuse⁴. Il reviendrait donc à l'autorité judiciaire de trancher les désaccords persistants, versant alors dans un traitement judiciaire imposé⁵. En termes brefs, la fonction d'homologation, par principe gracieuse⁶, peut contenir le germe d'un office contentieux. En tout état de cause, l'homologation de l'accord est ici considérée comme une fonction juridictionnelle, le juge disposant d'un plein pouvoir d'appréciation. L'accord, d'origine conventionnelle, aborde, par le jugement d'homologation, un aspect judiciaire⁷. Dans le traitement judiciaire des entreprises en difficulté, il correspond néanmoins au degré le plus faible de l'intervention judiciaire.

541. Transition. D'une intervention judiciaire ponctuelle dans la phase de prétraitement, elle est au contraire prédominante dans la mise en œuvre du traitement judiciaire des entreprises en difficulté.

B. La fonction juridictionnelle pour le traitement

542. Nature judiciaire des procédures de traitement en droit des entreprises en difficulté. D'un prétraitement déjudiciarisé, c'est à présent au mode judiciaire qu'il est fait appel afin d'imposer un traitement généralisé⁸ de l'impossibilité économique d'exécuter. Globalement, les procédures de traitement prévues par le législateur à cette fin, c'est-à-dire en dehors de celles préventives⁹, sont de nature judiciaire. Sans procéder à une revue des différentes décisions

¹ Sur l'office gracieux et contentieux et l'assimilation des actes juridictionnels, v. *supra*, sp. n° 225.

² V. CPC, art. 1560.

³ Les « principaux créanciers », C. com., art. L. 611-7, al. 1^{er} ; ceux susceptibles d'offrir un soutien « suffisamment large », art. L. 628-1, al. 2 ; ou d'une catégorie de créanciers, art. L. 622-24.

⁴ « Mais attendu que la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises n'impose pas que l'ensemble des dettes du débiteur fasse l'objet d'un tel règlement, le créancier restant libre de s'engager dans les liens d'un règlement amiable pour partie seulement de ses créances », Cass. com., 13 oct. 1998, n° 96-16.577 ; *Bull. civ.*, IV, n° 235 ; *RTD com.*, 1999, p. 185, n. F. MACORIG-VENIER.

⁵ C'est la technique du *prepackaged plan* (PSA et SFA) ou de cession, C. com., art. L. 628-1, 628-6 et 611-7, al. 1^{er} ; MONTÉLAN (T.) et *al.*, *Le nouveau droit des entreprises en difficulté : conseils pratiques*, par Y. LELIÈVRE, *RPC*, 2014/4, dossier 40 et v. *supra*, sp. n° 126

⁶ Selon les dispositions du droit commun de la procédure civile, v. *supra*, sp. n° 540, n. 1 ; toutefois, le législateur ne le précise pas expressément en droit des entreprises en difficulté, sauf à indiquer que le recours des parties en appel contre la décision de rejet de l'homologation suit « les règles propres à la procédure en matière gracieuse », C. com., art. R. 611-42, al. 1^{er} ; ce qui n'exclut donc pas l'analyse d'un caractère contentieux ; en ce sens, ZATTARA (A.-F.), *op. cit.*, sp. n° 37.

⁷ SAAIED (S.), *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté*, th. précit., sp. n° 451 ; bien qu'il ne puisse être purgé de l'ensemble de ses vices, notamment contractuels, il met à l'abri des nullités de la période suspecte (C. com., art. L. 631-8, al. 2), sauf cas de fraude ; en ce sens, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 384 ; *contra*, LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, sp. n° 144.41 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 215.

⁸ Le terme « collectif » n'est sciemment pas employé afin de désigner également les procédures semi-collectives (PSA et SFA) ou « alternatives » (LJS et rétablissement professionnel à la LJ), v. *supra*, sp. n° 8.

⁹ Eu égard à la distinction du C. com., Livre VI, Titre I et II ; sont visées ici, l'ensemble des dispositions issues des Titres II s.

relevant de l'autorité judiciaire pour leur mise en œuvre, il peut être rappelé celles principales, touchant aux droits des parties et constitutives d'une situation juridique nouvelle, caractéristiques de la fonction juridictionnelle.

543. Ouverture de la procédure. Suite au prétraitement réalisé par l'AAI¹ et, plus précisément, au pré-examen de l'impossibilité économique d'exécuter ou aux négociations initiées sous son autorité, la décision d'orientation peut mettre en lumière la nécessité d'un traitement judiciaire et, de manière éclairée, le choix de la procédure adaptée. La mission de l'AAI prend alors fin, au profit de l'autorité judiciaire. Il lui revient de « statuer »² sur la demande d'ouverture de la procédure recommandée et, partant, de procéder à son ouverture.

Il pourrait être considéré que le rôle de l'autorité judiciaire se limite à enregistrer la demande³. Mais ce serait alors dénier, à l'autorité judiciaire, son pouvoir d'appréciation et, au jugement d'ouverture, les effets qu'il produit. Au contraire, par la déjudiciarisation de certaines modalités procédurales entourant l'ouverture, le tribunal peut véritablement se concentrer sur la prise de cette décision, qui recouvre alors un caractère proprement juridictionnel et contentieux⁴. Ainsi, le juge doit contrôler le respect des conditions légales, veiller à l'équilibre des intérêts en présence et apprécier la conformité à la finalité de la procédure⁵. Le pré-examen permet d'éclairer sa décision, rendant par exemple inutile la désignation d'un juge aux fins d'enquête⁶. De plus, il sécurise le fondement de la demande, évitant son rejet et la nécessité d'une nouvelle saisine ou d'une conversion en cas de mauvaise orientation. Surtout, le jugement d'ouverture est d'autant plus important qu'il constitue⁷ pour l'entreprise une nouvelle situation juridique qui devra, en dehors de l'atteinte aux droits des créanciers et aux pouvoirs du débiteur⁸, être prise en compte par les tiers⁹. Par suite, l'ouverture judiciaire, en fixant le cadre procédural, doit également définir les paramètres spécifiques du traitement. Une fois encore, la phase de prétraitement permet d'alléger certains d'entre eux en anticipant leur définition. Pour l'illustrer, elle peut déjà pourvoir à la désignation et la fixation de la rémunération des administrateurs et

¹ V. *supra*, sp. n° 456 s.

² C. com., art. L. 621-1, al. 1^{er}.

³ Comp. avec la fonction du juge pour la constatation de l'accord de conciliation, v. *supra*, sp. n° 539.

⁴ Soulignant le caractère juridictionnel de la mise en place de la procédure collective, STAES (O.), th. précit., sp. n° 146.

⁵ Le législateur définissant expressément celle-ci ; par ex., pour la sauvegarde, « cette procédure 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 », C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er}.

⁶ Juge commis, désigné, par commodité de langage, « juge-enquêteur », pour éviter sa confusion avec le juge-commissaire, employant les mêmes prérogatives que lui, C. com., art. L. 621-1, al. 3.

⁷ Not. GUYON (Y.), *Entreprises en difficultés*, op. cit., sp. n° 1147 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 478 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 496 ; et non déclaratif, comme pourrait le laisser penser une approche superficielle du rôle du juge dans l'ouverture de la procédure, DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), op. cit., sp. n° 70 ; le jugement déclaratif ne faisant que reconnaître une situation juridique préexistante, sans la modifier, VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, op. cit., sp. n° 192 ; ni même mixte, LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., sp. n° 233.28.

⁸ Not. « gel » de la situation des créanciers, C. com., art. L. 622-21 s. ; et desaisissement variable du débiteur, art. L. 622-1, II, L. 631-12 et L. 641-9.

⁹ Il est opposable *erga omnes* ; c'est l'autorité « renforcée » propre au droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 109-110.

mandataires judiciaires¹. En outre, la durée de la période d'observation, dont l'enjeu est crucial pour l'entreprise², peut être considérablement réduite grâce à l'instruction préalable réalisée sur les éléments d'actif *et* de passif³. L'ensemble garantit une plus grande sécurité dans le cadre de l'ouverture, accélère le temps général de l'instance⁴ et, surtout, concentre l'activité du juge sur un office exclusivement juridictionnel.

544. Mise en œuvre de la procédure. Pour le restant, il peut être renvoyé pour les interventions judiciaires relatives au traitement aux dispositions du droit des entreprises en difficulté selon le cadre procédural appliqué. Il s'agira essentiellement des décisions portant sur l'adoption du plan⁵, la cession de l'entreprise⁶ ou sa liquidation⁷, voire, le rétablissement du débiteur personne physique⁸. Dans chacune d'elle, l'autorité judiciaire est nécessaire, parce que la décision touche aux droits des parties, voire en atteint profondément la substance, et est source d'un nouvel ordre dans la situation juridique de l'entreprise.

545. Transition. Au-delà du traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise lui-même, le juge est par ailleurs appelé à intervenir dans une fonction dont l'aspect paraît plus tranchant, revenant sur l'essence de l'office contentieux.

§ 2. Les décisions tranchant une contestation ou sanctionnant une faute

546. Fonction du juge. Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté implique par ailleurs de statuer sur les recours formés à l'encontre du traitement ou les responsabilités révélées à l'occasion du traitement. Dans le premier cas, la fonction du juge est de trancher le litige (**A**) et, dans le second, de sanctionner les manquements (**B**). C'est alors revenir sur le cœur de sa fonction⁹, dans son aspect contentieux d'une part et dans un sens répressif d'autre part. Bien que cela ne participe pas directement au traitement des difficultés, l'intervention judiciaire y est liée, soit parce qu'elle permet la poursuite du traitement en examinant les demandes et les contestations, soit parce que sa décision est susceptible d'avoir des impacts sur le traitement. À

¹ V. *supra*, sp. n° 493.

² V. *supra*, sp. n° 538 ; qui doit donc être d'une durée limitée, y compris dans son renouvellement ; son caractère est d'ailleurs légal, v. C. com., art. L. 621-3, R. 621-9 en sauvegarde et par renvoi en RJ, art. L. 631-7, al. 1^{er} et, aussi, L. 631-15, al. 1^{er} ; BERTHELOT (G.), La période d'observation (...), *RPC*, 2015/3, *op. cit.* ; également, DELATTRE (C.), Une période d'observation illimitée ne devient-elle pas une « zone de non-droit » ?, *RPC*, 2013/6, étude 30.

³ Par l'établissement d'une liste des créances, v. *supra*, sp. n° 476

⁴ Sur les mesures d'administration judiciaire, v. *supra*, sp. n° 249 s.

⁵ De sauvegarde, C. com., art. L. 626-9 ou de redressement, art. L. 631-19, I.

⁶ C. com., art. L. 642-1.

⁷ Réalisation de l'actif et apurement du passif, C. com., art. L. 641-4, L. 642-18 s. et L. 643-1 s.

⁸ C. com., art. L. 645-1 s..

⁹ Sur l'office contentieux, essence de la fonction juridictionnelle du juge, not. NORMAND (J.), th. précit., sp. n° 15 et v. *supra*, sp. n° 221 et n° 225.

la différence de sa fonction pour la mise en œuvre du traitement judiciaire, l'intervention du juge n'est que ponctuelle et subsidiaire au traitement.

547. Application du droit positif. Si, une fois encore¹, les dispositions du droit des entreprises en difficulté trouvent à s'appliquer de manière générale, il en est fait, sans énumération, le rappel des principales ou nouvelles par l'effet de la réorganisation du traitement.

A. La fonction juridictionnelle en cas de contestation

548. Recours contre la décision d'orientation. L'AAI, à l'issue de l'examen préalable de l'impossibilité économique d'exécuter, décide de l'orientation à donner au dossier. Durant le temps de l'instruction, elle disposerait exclusivement du droit de saisine de l'autorité judiciaire². Par conséquent et considérant les enjeux du traitement, le débiteur et les créanciers pourraient contester la décision d'orientation devant la juridiction saisie. À l'ouverture de la procédure, ils pourraient présenter une demande subsidiaire. Il appartiendrait alors à la juridiction de trancher la contestation en disant le droit et, partant, la procédure applicable. Cela serait de nature à éviter les saisines mal orientées qui constituent des obstacles à la mise en œuvre d'un traitement judiciaire³, l'autorité judiciaire ne pouvant ouvrir d'elle-même une autre procédure⁴, les parties doivent réintroduire une nouvelle demande. Concrètement, à l'instar du droit des entreprises en difficulté⁵, l'ouverture d'une liquidation judiciaire pourrait être contestée pour que soit envisagé, subsidiairement, un redressement judiciaire. Ou encore, le projet de réforme de la justice du XXI^e siècle⁶ permet au tribunal d'inviter le débiteur à l'initiative d'une sauvegarde de s'entendre préalablement amiablement avec ses créanciers. C'est par le rétablissement du principe du contradictoire⁷ lors de la saisine du juge à l'issue de la décision d'orientation que la contestation

¹ V. *supra*, sp. n° 534.

² V. *supra*, sp. n° 537.

³ Et retardent le traitement ; sur ce point, v. *supra*, sp. n° 155 s.

⁴ Par l'effet de l'abrogation de la saisine d'office ; seules demeurent les hypothèses de conversion (v. *supra*, sp. n° 247), mais valables au cours de la période d'observation (ex., C. com., art. L. 622-10, al. 2) et non à l'ouverture de la procédure.

⁵ Comp. la possibilité de présenter une demande subsidiaire (LJ) au RJ, C. com., art. R. 631-2, al. 2 ; modif. D. n° 2009-160 du 12 fév. 2009 ; et, en l'absence, le législateur (ord. n° 2014-1088, 26 sept. 2014 précit., art. 5 et 48) ajoute : « Lorsque la situation du débiteur qui a déclaré être en état de cessation des paiements apparaît manifestement insusceptible de redressement, le tribunal invite celui-ci, en l'absence de demande subsidiaire aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, à présenter ses observations sur l'existence des conditions de l'article L. 640-1. Il statue ensuite, dans la même décision, sur la demande de redressement judiciaire et, le cas échéant, sur l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire », art. L. 631-7 ; de même en LJ, art. L. 641-1, al. 2 ; CAGNOLI (P.), Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ?, *RPC*, 2016/1, dossier 7 ; ROUSSEL GALLE (P.), Une ordonnance du 26 septembre complète l'ordonnance du 12 mars 2014 !, *RPC*, 2014/5, alerte 20, sp. n° 5.

⁶ Projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e s. précit., art. 50, al. 23 ; modif. C. com., art. L. 621-1 : « 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. Il statue ensuite sur la seule demande de sauvegarde ».

⁷ CEDH, art. 6, § 1 ; sur l'effet du principe du contradictoire à l'ouverture de la procédure, MONTÉLAN (T.), Impartialité, droits de l'homme et QPC, *RPC*, 2015/4, étude 13, sp. n° 12.

peut avoir lieu, conférant à l'autorité judiciaire un véritable pouvoir d'appréciation sur l'ouverture de la procédure et, non, de simple enregistrement de la demande¹.

549. Recours dans la procédure de traitement. En dehors de la phase de prétraitement, c'est naturellement que l'autorité judiciaire intervient pour statuer sur les recours exercés contre la procédure judiciaire mise en œuvre. Elle le serait selon les dispositions du droit des entreprises en difficulté² qui régleme précisément les hypothèses de recours et les personnes titulaires de ce droit. À ce propos, il faut souligner l'évolution législative³ qui a peu à peu ouvert les voies de recours aux parties, débiteur et créanciers, ainsi qu'au ministère public, offrant un plus large accès au juge⁴, mais toujours dans la perspective de ne pas allonger la durée de la procédure⁵. Quoi qu'il en soit, saisie d'une voie de recours à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure de traitement, la fonction de l'autorité judiciaire est de trancher en considération de la loi et des intérêts concernés.

550. Transition. Aux côtés de la fonction classique du juge s'agissant de trancher les litiges et, ici, les recours formés contre le traitement des difficultés de l'entreprise, il est une autre fonction qui constitue également le cœur de son rôle : juger et sanctionner.

B. La fonction juridictionnelle en cas de faute

551. Fonction du droit des entreprises en difficulté. Il serait faux de faire abstraction de la finalité sanctionnatrice du droit des entreprises en difficulté. Si le droit de la faillite a évolué et tend désormais à faire primer la sauvegarde de l'entreprise, il tend, aussi, à éliminer les activités économiques non viables et moraliser les comportements répréhensibles⁶. Le droit des entreprises en difficulté prévoit à cet égard diverses dispositions d'ordre patrimonial, civil ou pénal. Il s'agit essentiellement de réprimer les personnes à l'origine des difficultés, mais, aussi, celles qui n'ont pas empêché leur survenance⁷, qui les ont masquées, aggravées et ont agi en

¹ Sur l'affirmation du caractère juridictionnel du jugement d'ouverture, v. *supra*, sp. n° 543.

² Globalement, C. com., art. L. 661-1 s.

³ Sur le sujet, v. not. BALLU (C.), La loi de sauvegarde : une libéralisation modérée des voies de recours, *PA*, 22 mai 2007, p. 3-7 ; BOLARD (G.), « Les voies de recours », *RJC*, 1987, t. 2, n° sp., p. 59-86 ; RÉMERY (J.-P.), Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises, *JCP G*, 2009/13, p. 15-24 ; SAINTOURENS (B.), Convention européenne des droits de l'homme et droit des procédures collectives, *DP*, 2010/194 ; STAES (O.), Aspects procéduraux de la réforme des difficultés des entreprises, *DP*, 2005/146, p. 60 s.

⁴ Conformément au procès équitable, CEDH, art. 6, § 1 ; DELMOTTE (P.), L'accès au juge dans les procédures collectives, *PA*, 28 nov. 2008, p. 50 s.

⁵ Soulignant la difficile conciliation des impératifs de célérité, de transparence avec l'exercice des voies de recours, STAES (O.), Les aspects procéduraux de la réforme, *in* Dossier, Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *DP*, 2014/238.

⁶ ROUSSEL GALLE (P.), Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ?, *RPC*, 2012, *op. cit.* ; v. *supra*, sp. n° 2 et 113.

⁷ En omettant de demander l'ouverture d'une procédure « sciemment », C. com., art. L. 653-8, al. 3 ; L. 6 août 2015 précit., art. 239.

contrariété avec l'intérêt de l'entreprise¹ ou n'ont pas œuvré au bon déroulement de la procédure de traitement². Le chef d'entreprise est principalement visé à ce titre³ et, à ses côtés, les créanciers⁴, notamment les établissements dispensateurs de crédit pour leur soutien abusif⁵. D'une manière générale, leur responsabilité est recherchée dans le cadre judiciaire de la procédure collective⁶. La sanction prononcée peut avoir plusieurs vertus : à la fois réprimer les personnes coupables des infractions prévues par la loi et, aussi, assainir sur le plan économique - et sociétal⁷ - par la mise à l'écart des dirigeants fautifs⁸ et participer au traitement des difficultés par la contribution au passif,⁹ sa réévaluation¹⁰ ou la réintégration d'éléments d'actif¹¹.

552. Fonction du juge. Juger des fautes commises et sanctionner les comportements répréhensibles revient, par nature, à l'autorité judiciaire. Si certaines autorités administratives bénéficient d'un pouvoir de sanction¹², il est toléré¹³ en raison de leur qualité d'indépendance qu'elles partagent avec l'autorité judiciaire. En dehors, il appartient à l'autorité judiciaire elle-même, exerçant la fonction juridictionnelle contentieuse, de prononcer les sanctions des infractions commises à la loi. Cela est d'autant plus fort, qu'en droit des entreprises en difficulté,

¹ Sanctionné par la faillite personnelle, C. com., art. L. 653-2 s.

² En manquant de mauvaise foi de communiquer les informations nécessaires, C. com., art. L. 653-8, al. 2.

³ Responsabilité pour insuffisance d'actif, C. com., art. L. 651-1 s. ; de la banqueroute et autres mesures d'interdictions, art. L. 654-1 s. ; MASCALA (C.), Les sanctions en droit des entreprises en difficulté : flux, reflux et incohérences, *in* Dossier, La loi de sauvegarde à l'âge de raison, *DP*, 2013/223, p. 81 s. ; de même pour ses proches s'ils contribuent à organiser son insolvabilité, art. L. 654-10.

⁴ Pour cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion dans les garanties prises en contrepartie, C. com., art. L. 650-1, al. 1^{er} ; DEMEYÈRE (D.), Précisions sur les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité du créancier dans le cadre de l'article L. 650-1 du Code de commerce, *RPC*, 2012/4, p. 23 s. ; v. également, C. com., art. L. 654-13.

Également, « toute personne » qui par exemple passe de mauvaise foi un acte interdit par la loi, art. L. 654-8, 4^o ; et v. art. L. 654-9. Il faudrait encore ajouter le cas de la responsabilité des organes de la procédure, AJMJ, art. L. 654-12

⁵ Sur le sujet, not. PIEDELIÈVRE (S.), La responsabilité du prêteur du fait d'un concours financier accordé à une entreprise en difficulté, *JCP G*, 2012/22, p. 1049 s. ; ROUALET (V.), SCEMLA (S.) et FONTAINE-BESSET (D.), L'irresponsabilité du banquier dispensateur de crédit : un principe ou une exception ?, *in* Dossier, Le restructuring, *Journal des sociétés*, 2009/67, p. 27 s.

⁶ Sauvegarde, RJ et LJ ; sauf à propos de la banqueroute et des délits assimilés, (C. com., art. L. 654-1 et L. 654-8) ainsi que la faillite personnelle et l'interdiction de gérer (art. L. 653-2 et L. 653-8), mais dont les faits sont généralement révélés par la procédure collective (v. art. L. L. 653-1 et L. 654-2) ; ils constituent en dehors des infractions à la loi pénale sanctionnées aux art. not. 131-26 et autres et art. 313-1 et autres, C. pén. ; sur leur prononcé par la juridiction, v. *supra*, sp. n^o 160 s.

⁷ Déchéance des droits civils, civiques et de famille, C. com., art. L. 653-10 et L. 654-5 ; la jurisprudence reconnaît le caractère d'intérêt public de ces mesures ; par ex., à propos de l'interdiction de gérer, Cass. com., 19 déc. 2006, n^o 05-19.088 ; *Bull.*, IV, n^o 259

⁸ Not. interdiction de gérer suite à la faillite personnelle ou à sa place, C. com., art. L. 653-2 et L. 653-8 ; perte ou cession forcée des droits détenus par le dirigeant d'une personne morale, art. L. 653-9.

⁹ En cas de faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif, C. com., art. L. 651-2.

¹⁰ À propos des concours des créanciers, C. com., art. L. 650-1, al. 2 ; ou effet de la nullité de certaines conventions, art. L. 654-13.

¹¹ En cas d'actifs détournés, v. C. com., art. L. 654-11.

¹² Quatre AAI sont retenus à ce titre : l'autorité de régulation des activités ferroviaire et routières (ARAFER), l'autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), l'autorité des marchés financiers (AMF) et la Commission de régulation de l'énergie (CRE), rapp. Mézard (Sénat, n^o 366, 25 mai 2016) *sur la proposition de loi organique (...) relative au AAI et API et sur la proposition de loi (...) portant statut général précit.*, sp. p. 24. ; à propos de l'AMF (v. *supra*, sp. n^o 388), le pouvoir de sanction est considéré comme correspondant à une fonction de régulation sociale et financière, C. mon. fin., art. L. 621-15 s.

¹³ Mais pas sans critique par son rapprochement avec la fonction juridictionnelle, v. *supra*, sp. n^o 245, n. 1 et n^o 386, n. 9 ; ce qui est critiquable.

le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation¹. Il peut, alors même que la faute serait caractérisée, prononcer ou non la sanction², de même qu'il détermine ses contours³ ou choisit de prononcer d'office une mesure alternative en substitution⁴. De plus, il peut relever le dirigeant de sa condamnation⁵.

553. Conclusion et transition. La nature *judiciaire* du traitement des entreprises en difficulté est maintenue, mais le rôle de l'autorité judiciaire est recentré sur le cœur de sa fonction et en conformité avec la définition de son office, limitant ses interventions à celles fondamentales et indispensables. En droit des entreprises en difficulté, il s'agit essentiellement d'imposer une solution de traitement qui puisse, soit sauvegarder l'entreprise et les intérêts qu'elle cristallise, impliquant au besoin de porter atteinte aux droits de certains, soit d'y mettre fin dans un ordre organisé. L'autorité judiciaire doit aussi répondre, comme pour les autres contentieux, des recours formés contre ses décisions, trancher entre les prétentions, et sanctionner les fautes relevées, mais avec, ici, des répercussions plus ou moins grandes sur le traitement. Autrement dit, débarrassée de prérogatives non juridictionnelles, l'autorité judiciaire peut se concentrer sur la prise de décisions nécessaires au traitement de la défaillance des entreprises dont elle est l'autorité légitime. En effet, même dans un office principalement gracieux, elle use de son plein pouvoir juridictionnel, mêlant *imperium* et *jurisdictio*.

Cependant, la légitimité n'est pas constituée d'un seul facteur⁶, de sorte qu'il serait incomplet de redéfinir sa fonction sans revoir, également, l'autorité judiciaire elle-même. De la même optique de recentrage, il s'agirait concrètement de renforcer sa compétence pour l'application du droit des entreprises en difficulté.

¹ GUYON (Y.), *Entreprises en difficultés*, *op. cit.*, sp. n° 1414 ; PÉROCHON (F.), manuel précit., sp. n° 1667 et 1713 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), manuel précit., sp. n° 1436 et 1455 ; permettant au tribunal de « faire des choix », VOINOT (D.), manuel précit., sp. n° 699 ; de manière critique, MASCALA (C.), Les sanctions applicables aux dirigeants, *PA*, 6 sept. 2000, p. 50 s. ; SORTAIS (J.-P.), « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », in mél. P. BÉZARD, *op. cit.*, p. 321-331 ; la Cour de cassation exigeant toutefois le respect du principe de proportionnalité (principe général du droit) dans le prononcé des sanctions et mesures civiles et pénales qui doit être alors légalement justifié, par ex. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-17.187 ; *Bull.*, IV, n° 155 ; *adde*, com., 1^{er} fév. 2001, n° 09-72.695 ; n.p.B. ; sur le sujet, MASCAL (C.), SALOMON (R.), Regards sur les évolutions récentes des sanctions, *RPC*, 2013/1, dossier 11, sp. n° 16 s.

² À propos de l'insuffisance d'actif, sur la condamnation à combler le passif, C. com., art. L. 651-2.

³ Dans la même hypothèse d'insuffisance d'actif, le tribunal détermine la condamnation à combler tout ou une partie du passif, l'ensemble des dirigeants de droit ou de fait ou seulement certains d'entre eux, de manière égale ou non, solidairement ou non, C. com., art. L. 651-2 ; en jurisprudence, par ex., dans une hypothèse de pluralité de dirigeants, CA Orléans, 29 mai 2008, n° 07/02711 ; *Dr. sociétés*, 2009/2, comm. 37, n. J.-P. LEGROS.

⁴ Mesure d'interdiction de gérer, en lieu et place de la faillite personnelle, C. com., art. L. 653-8, al. 1^{er}.

⁵ Concernant la faillite personnelle, C. com., art. L. 653-11, al. 3 ; en pratique, il serait possible pour le dirigeant en cas d'insuffisance d'actif de transiger avant toute condamnation, DELATTRE (C.), Quelques précisions sur la notion de transaction en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif, *RPC*, 2012/5, étude 35 et avec GAMBIER (B.) et *al.*, Responsabilité des dirigeants, *BJE*, 2012/6, p. 419 s., sp. n° 4.

⁶ RAIBAUT (J.), Les tribunaux de commerce, une institution au service de la modernité, *RJC*, 2008/4, p. 256-270, sp. p. 264.

Section II. La redéfinition de l'autorité judiciaire en droit des entreprises en difficulté

554. Données de la redéfinition. L'autorité judiciaire compétente en droit des entreprises en difficulté présente plusieurs spécificités : deux tribunaux, différents, avec, à leurs côtés, d'autres membres du corps judiciaire disposant de prérogatives spécifiques en ce domaine¹. L'ensemble remet en cause le bien-fondé de leurs interventions, surtout les uns en perspective des autres. En outre, le morcellement de la compétence juridictionnelle est source d'interrogations qui atteignent la lisibilité et, partant, la sécurité du traitement². Par conséquent, dans une perspective de rejudiciarisation du traitement, il y a lieu à recomposer la compétence juridictionnelle au profit d'une juridiction unifiée (§ 1) et à la renforcer par une compétence spécialisée pour l'application du droit des entreprises en difficulté (§ 2).

555. Délimitation du champ de l'étude. La redéfinition de l'autorité judiciaire est contenue ici au cadre d'étude des entreprises en difficulté. Il est vrai que la perspective d'unification de la compétence juridictionnelle entre autres appelle une réflexion plus vaste, portant notamment sur la pérennité des juridictions d'exception³ et, en l'occurrence, des tribunaux de commerce⁴. La nécessité qu'ils doivent s'adapter pour l'avenir aux évolutions législatives - notamment au dépassement de la notion de commerçant⁵ -, en devenant, par

¹ Pour l'étude de chacun, v. *supra*, sp. n° 146 s.

² Critique, v. *supra*, sp. n° 219.

³ Not. CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n° 112.

⁴ La question de la suppression des tribunaux de commerce est connue (not. PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, sp. n° 137) et ancienne (HILAIRE (J.), « Perspectives historiques de l'élection des juges consulaires », in *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, *op. cit.*, sp. p. 138), mais il semble qu'elle ne soit pas explicitement posée par les autorités publiques (LELIÈVRE (Y.), « Si on veut supprimer des tribunaux de commerce, qu'on le dise clairement », par M. BELLAN, *LesÉchos.fr*, 21 fév. 2014) ; est davantage envisagée la question de leur réforme, entraînant notamment la suppression des « petits » tribunaux de commerce ; par ex., D. n° 99-659 et n° 99-660, 30 juill. 1999 ; SOINNE (B.), La rénovation de la carte judiciaire consulaire : les décisions prises, leur interprétation et leurs conséquences, *PA*, 2 déc. 1999, p. 11 s. ; tendant à de nouvelles suppressions et une réforme de la carte judiciaire, rapp. Girod *sur le projet de loi relatif aux tribunaux de commerce*, (2002) précit., sp. p. 31 s. ; D. n° 2008-146, 15 fév. 2008 *modifiant le siège et le ressort des tribunaux de commerce* ; au totale, entre 1998 et aujourd'hui, 93 tribunaux de commerce ont été supprimés, CGJC (en ligne), rubrique Chiffres clés ; à nouveau favorable à une révision du maillage des juridictions : 35 tribunaux de commerce traitent 8 % du contentieux, rapp. Untermaier et Bonnot *sur le rôle de la justice en matière commerciale* (2013) précit., sp. p. 68 ; d'où la spécialisation de certains tribunaux de commerce pour certaines matières, dont particulièrement le droit des entreprises en difficulté, v. *infra*, sp. n° 570.

⁵ BERT (D.), th. précit., sp. n° 53 s. ; RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité de droit des affaires*, *op. cit.*, sp. n° 7 s. ; dans le même sens, BÉZARD (P.), « Le nouveau visage du juge économique et financier », in *mél. A. SAYAG*, *op. cit.*, p. 147 s. ; v. *supra*, sp. n° 355.

exemple, le « tribunal des affaires économiques »¹ pour réaliser dans ce domaine l'unité de juridiction souhaitée² est contrebalancée par les autres facteurs de légitimité de la justice commerciale. Ainsi, sa jurisprudence dynamique et innovante ou son fonctionnement peu onéreux notamment³ justifient son maintien⁴, de même pour les juges consulaires à propos de leur expérience des affaires, leur aptitude à la conciliation ou du principe démocratique. Sans entrer dans le débat, c'est au profit du traitement des entreprises en difficulté que tout changement est envisagé. Deux propositions peuvent en ce sens être formulées : la première correspond à un *maxima* et, la seconde, à un *minima*, qu'à propos, les récentes réformes législatives viennent abonder.

556. Portée. Bien que les critiques soient principalement tournées contre les tribunaux de commerce⁵, la volonté est d'appréhender globalement la question de la redéfinition de l'autorité judiciaire compétente en droit des entreprises en difficulté sans se cantonner à leur seul cas. C'est donc l'ensemble des membres du corps judiciaire concernés par la mise en œuvre du traitement des entreprises en difficulté qui est visé. Dépassant alors les oppositions qui peuvent naître de la confrontation des uns aux autres, il s'agit de renforcer leur compétence pour l'application de ce droit spécifiquement. Cela peut avoir lieu, d'une part, par la forme, en réunifiant la compétence juridictionnelle (§ 1) et, d'autre part, par le fond, envisageant la spécialisation judiciaire (§ 2).

§ 1. La réunification de la compétence juridictionnelle

557. Plan. Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté dépend, soit, des tribunaux de commerce et de juges élus, soit, des tribunaux de grande instance et de magistrats de carrière⁶. Contre ce fait, il s'agirait de réunir à la fois les juridictions compétentes (A) et leurs juges (B).

¹ « Dans un souci de bonne administration de la justice, on pourrait parfaitement concevoir l'idée de tribunaux des affaires économiques, c'est-à-dire des juridictions compétentes sur l'ensemble des contentieux de cette nature, indépendamment de la qualité des parties. », rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 19 ; ou de « tribunal de l'économie », JAZOTTES (G.) et al., « La juridiction commerciale : d'un juge du commerce à un juge de l'économie », in C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ? (...)*, op. cit., sp. 229-330 ; RAIBAUT (J.), Des tribunaux de commerce aux tribunaux de l'économie : un nouvel horizon pour les juridictions consulaires, *BJE*, 2012/1, p. 43 s. ; d'une manière générale, v. CHAPUT (Y.), LÉVI (A.) (dir.), *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen*, R. BADINTER (préf.), L. CADIET et G. CANIVET (synthèse), étude du CREDA, Litec, 2007, 629 p. ; comp. SAINTOURENS (B.), « Des commerçants aux professionnels, de la justice commerciale à la justice économique », in *1807-2007, Bicentenaire du Code de commerce*, op. cit., p. 170 s., sp. p. 172 s.

² ROLLAND (B.), Où va la justice commerciale ?, *Procédures*, 2015/1, dossier 5, sp. n° 2.

³ Not. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La légitimité des juridictions consulaires », in *La légitimité des Juges*, op. cit., p. 173 s. et « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises », op. cit., p. 135 s. ; DRUMMEN (J.-B.) et al., L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions (...), *RPC*, 2014/1, op. cit. ; également soulignés, v. *supra*, sp. n° 144.

⁴ Not. FRISON-ROCHE (M.-A.), L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire (...), *GP*, 1995, op. cit., p. 7 s.

⁵ Tentatives de réforme, formulations de QPC, dénonciation de scandales judiciaires ; v. *supra*, not. sp. n° 5, n. 4bis, n° 13, n. 2, n° 143, n° 165, n. 4.

⁶ C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er}.

A. La fusion des juridictions

558. Institution d'une compétence juridictionnelle unifiée. Afin d'unifier le traitement judiciaire des entreprises défaillantes, la compétence juridictionnelle pourrait désormais dépendre, non plus de la qualité des débiteurs, ou, plus précisément de leurs activités professionnelles¹, mais de la matière concernée, c'est-à-dire, ici, du droit des entreprises en difficulté. Il faut dire que, substantiellement, ce droit ne prévoit pas de procédures différentes² selon l'activité concernée, sauf adaptations ponctuelles et spécifiques³. Autrement dit, il s'agirait donc d'affirmer une compétence juridictionnelle unique pour appliquer un même corps de règles juridiques.

559. Institution d'une chambre spécialisée. Sans créer une nouvelle juridiction, ni supprimer les tribunaux de commerce⁴, il serait possible de réunir, au sein d'une chambre du tribunal de grande instance, la compétence juridictionnelle en droit des entreprises en difficulté. Ce serait reprendre - et adapter -, spécialement pour le droit des entreprises en difficulté, l'idée régulièrement émise⁵ de fusionner les différentes juridictions en un seul et unique *tribunal de première instance*⁶ composé de « blocs de compétence »⁷. Ces propositions n'ont, jusqu'à présent, pas été réalisées, essentiellement par obstacle matériel et par tradition de la diversité, ancrée dans l'organisation juridictionnelle, selon le rapport Guinchard⁸. Cela correspond par ailleurs au modèle juridictionnel des départements alsaciens-mosellans où la juridiction

¹ C. com., art. L. 621-2, al. 1^{er} ; sur le sujet, v. *supra*, sp. n° 134 et n° 155.

² Sauf à retenir le cas du règlement amiable agricole, C. rur., art. L. 351-1 à L. 351-7-1 ; mais qui a été sensiblement rapproché de l'accord de conciliation en 2014, not. LE CORRE (P.-M.), Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 (...), *D.*, 2014, *op. cit.*, sp. n° 19 ; v. *supra*, sp. n° 502.

³ Par ex., pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde, si le débiteur exerce une profession libérale réglementée, le tribunal ne peut statuer qu'après avoir appelé l'ordre professionnel concerné, C. com., art. L. 621-1, al. 2 ; ou, encore, pour l'élaboration du plan, le débiteur exerçant une activité nécessitant une autorisation administrative, l'autorité administrative concernée doit être consultée, art. L. 626-2-1.

⁴ D'où le terme choisi de « fusion ».

⁵ « Une préconisation récurrente mais jamais mise en œuvre depuis 30 ans » et retraçant l'origine et le fil de cette idée, des réformes de POINCARÉ en 1926 jusqu'aux années 2000, rapp. Guinchard précit., sp. p. 187 s. ; dont, not. rapp. Casorla, *Réflexions sur l'amélioration de l'accès à la justice par la mise en place d'un guichet unique de greffe et la simplification de juridictions de première instance* (1997) précit., sp. p. 83 s. ; et reprise par la réforme de la justice du XXI^e s., rapp. Klès et Détraigne *sur la justice de première instance* (2013) précit., sp. p. 22 s. ; rapp. Marshall *sur les juridictions du XXI^e siècle* (déc. 2013) précit., sp. p. 34 s.

⁶ (TPI).

⁷ Rapp. Marshall précit., prop. n° 4.1 : « Un tribunal unifié autour de blocs de compétences » ; concrètement, le TPI serait une juridiction unifiée à l'échelle départementale et comprenant sept blocs de compétences : une de proximité et six autres spécialisées, dont « le tribunal commercial » (sur lequel, v. prop. n° 10) ; il est insisté sur le fait que cette architecture ne propose pas une organisation hiérarchisée, mais un regroupement des magistrats et services juridictionnels, sp. p. 34-35 ; à ce propos, GUINAMANT (M.-L.), *Les juridictions du XXI^e siècle : plaidoyer en faveur d'un ordre juridictionnel unique*, *JCP G*, 2014/4, 87.

⁸ Listant les obstacles à l'institution d'un TPI, rapp. Guinchard précit., sp. p. 190 s. et concluant à une réalisation seulement matérielle, concernant les services juridictionnels (not. services des Greffes) et non organique (fusion des juridictions), sp. p. 99. Dans le même sens, « Mieux vaut en matière de justice prendre les institutions telles que l'histoire les a créées, pourvu qu'elles satisfassent aux besoins de la société et qu'elles respectent les principes fondamentaux de l'Etat de droit. », BADINTER (R.), préface, *in Quelles juridictions économiques en Europe ? op. cit.*, p. XXI s., sp. p. XXII ; également, CANIVET (G.), *Réflexions préliminaires, in Dossier, Pour une justice économique efficiente en Europe*, *GP*, 2008/234, p. 7 s.

commerciale est en réalité une chambre spécialisée du tribunal de grande instance¹. Ce serait reproduire, ici, ces propositions, mais spécifiquement pour l'application du droit des entreprises en difficulté.

560. Tribunal de grande instance. Le choix de réunification de la compétence juridictionnelle se reporte plus naturellement sur le tribunal de grande instance que sur le tribunal de commerce², en raison de sa plénitude de compétence et son caractère de juridiction de droit commun. Ce serait par ailleurs prendre acte de l'évolution du droit des entreprises en difficulté qui s'est ouvert à un plus grand nombre de débiteurs, renvoyant, de ce fait, la compétence juridictionnelle principalement au tribunal de grande instance. Toutefois, cela remet en cause l'application des règles particulières de procédure du tribunal de commerce³ devant le tribunal de grande instance. Conséquence de cette fusion des juridictions, il pourrait être procédé à une adaptation de certaines, telles que l'oralité devant le tribunal de commerce⁴, présentée comme un facteur de rapidité des procédures, ou, encore, la dérogation à la nécessité d'être représenté par ministère d'avocat devant le tribunal de grande instance⁵. Il faut rappeler que la déjudiciarisation des nombreuses tâches en amont de l'ouverture de la procédure judiciaire, qui renvoie, spécifiquement pour le tribunal de commerce, à la règle de procédure prévoyant la désignation d'un juge « chargé d'instruire l'affaire »⁶, ainsi que la fonction « conciliatoire » reconnue proprement aux tribunaux de commerce et leurs juges⁷, peut participer à accélérer le traitement judiciaire des difficultés. En tout état de cause, ce sont les principes fondamentaux du procès⁸ qui devront être respectés et renforcés, ce que ne permet pas toujours l'oralité face au

¹ C. com., art. L. 731-1 et COJ, art. L. 215-1 ; not. TGI de Colmar, Metz et Strasbourg ; sur le sujet, VALLENS (J.-L.), Alsace et Moselle, *Rép. comm.*, sp. n° 15 s.

² *Contra* : proposition d'un TPI comprenant des blocs de compétences spécialisées, dont un tribunal commercial et lui attribue l'ensemble des « procédures collectives », qu'elles soient commerciales (actuelle compétence des tribunaux de commerce) ou autres (compétence du TGI), procédant ainsi à un regroupement de l'ensemble des matières dites « économiques », rapp. Marshall précit. prop. n° 10.1 ; cette proposition pourrait également être admise ici, la substance d'une fusion de la compétence juridictionnelle étant pareillement réalisée ; toutefois, le cadre est ici restreint au droit des entreprises en difficulté, ce qui explique le regroupement sous l'actuelle juridiction de droit commun, c'est-à-dire, le TGI ; en outre, la proposition s'étend à d'autres matières considérées comme économiques (même proposition), ce qui augure d'une perspective de réforme plus large que celle ici adoptée.

³ CPC, art. 853 s.

⁴ CPC, art. 860-1 ; relativisant la portée de l'oralité dans la procédure commerciale et la réduisant, en substance, à l'audience des plaidoiries, CAUSSE (H.), « L'oralité devant les tribunaux de commerce », in *mél. D. TRICOT, op. cit.*, p. 343-353, sp. n° 4.

⁵ CPC, art. 751, al. 1^{er}.

⁶ CPC, art. 861-3 ; sur la déjudiciarisation de l'instruction, v. *supra*, sp. n° 456 s.

⁷ Le soulignant, not. MATTEI (J.-P.), Quel intérêt pour la justice commerciale ?, *PA*, 13 juill. 1999, p. 8 s. ; v. CPC, art. 860-2 ; à l'instar de la justice du travail, DESBARATS (I.), « La légitimité du conseil de prud'hommes », in *La légitimité des juges, op. cit.*, p. 189-203, sp. p. 197 ; v. *supra*, sp. n° 144 ; à ce propos, c'est ce qui explique l'ancienne (v. n. *infra*, ce paragraphe) exigence de comparution personnelle devant les tribunaux de commerce afin de favoriser le règlement amiable des parties devant le juge.

⁸ CEDH, art. 6, § 1 ; sur le droit au procès équitable et le droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 98.

contradictoire¹, de même pour la dispense de comparution personnelle², tout en veillant à l'efficacité de la procédure³.

561. Transition. S'unir par fusion ne signifie pas éliminer, évincer, supprimer. Cela permet de créer un ordre juridictionnel nouveau, tout en conservant ses acteurs essentiels, c'est-à-dire magistrats de carrière et juges consulaires.

B. La fusion des juges

562. Réforme des tribunaux de commerce. La réforme des tribunaux de commerce connaît particulièrement le sujet de l'échevinage. Plusieurs fois envisagée par les autorités publiques⁴, la proposition a toujours été rejetée⁵, rencontrant l'opposition vigoureuse⁶ des juges, membres des tribunaux de commerce. Pourtant, elle constitue l'état positif de certains tribunaux du territoire français⁷, d'autres juridictions⁸, et, également, de pays voisins⁹. Il est possible de

¹ CAUSSE (H.), *op. cit.*, sp. n° 14 ; le jugement est contradictoire, même si la partie n'a pas comparue alors que la procédure est orale, CPC, art. 446-1, al. 2.

² Applicable devant le tribunal de commerce, CPC, art. 861-1 ; créé par D. n° 2010-1165, 1^{er} oct. 2010, art. 7 ; CHOLET (D.), La réforme de la procédure devant le tribunal de commerce, *JCP E*, 2010/42, act. 558 ; TEBOUL (J.-P.), Le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 : une métamorphose de la procédure devant le tribunal de commerce impliquant une stratégie de conduite du changement, in Dossier, Les métamorphoses des procédures orales, *GP*, 2014/212, p. 27 s.

³ AMRANI-MEKKI (S.), Le Noël du procédurier, *GP*, 2014/357, p. 3 s.

⁴ La proposition serait envisagée depuis le XIX^e s., STORCK (M.), Actualité de l'échevinage, *RLDA*, 2010/52, perspectives ; depuis 1997, près de 13 rapports publics et 4 projets de loi portent cette proposition de réforme (selon des modalités différentes), not. : rapp. Colcombet et Montebourg (1998) précit., sp. t. I, 2^e part ; rapp. min. Just. et Éco. sur *la mixité dans les juridictions commerciales*, M. BERNARD, C. BABUSIAUX et C. PINOT (*dir.*), 1999, 108 p. ; projet de loi, AN n° 2545, *portant réforme des tribunaux de commerce*, par E. GUIGOU, min. Just., 2000 (abandonné) ; rapp. Girod (2002) précit., sp. p. 41 s. ; rapp. Coulon sur *la dépenalisation de la vie des affaires* (2008) précit., sp. prop. n° 15 (contentieux boursier) ; rapp. Commission pour *la libération de la croissance française*, J. ATTALI (*prés.*), 2008, sp. décision n° 214, p. 167 ; Pacte national *pour la croissance, la compétitivité et l'emploi*, 2012, sp. décision n° 33 et v. point 8, sp. p. 45 ; rapp. Magendie (2013) précit., sp. prop. n° 11-14 ; projet de loi pour *la croissance, l'activité et l'égalité des chances* (dit « loi Macron »), présentation au CE, 10 déc. 2014, sp. art. 68, sect. 3 (supprimé en conseil des ministres) ; et dans le projet de réforme de la justice du XXI^e s., rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. prop. n° 23, 28 et n°28bis ; rapp. Klès et Détraigne sur *la justice de première instance* précit., sp. recomm. n° 14 (échevinage en 1^{ère} instance et en appel) ; rapp. Marshall précit., sp. prop. n° 10.2, argumentaire, p. 44 s.

⁵ Et récemment, alors qu'elle était envisagée dans le projet de réforme J21 (*supra*), elle n'a pas été reprise dans les projets de loi ; l'échevinage est pourtant retenu pour d'autres formations du TGI (affaires sociales), projet de loi *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., art. 8, al. 98.

⁶ Not. DRUMMEN (J.-B.), « Nous voulons donner de l'institution consulaire l'image qu'elle mérite », par V. BOCCARA, *BJE*, juill.-août 2013, p. 209-213 ; dans les faits, d'importants et remarquables mouvements de grève ont eu lieu suite aux projets de réforme envisageant l'échevinage ; par ex., en mai 2015, près de 130 tribunaux sur 135 avaient suspendu leurs audiences, Loi Macron : la quasi-totalité des tribunaux de commerce en grève, *Les Échos.fr*, avec AFP, 11 mai 2015 ; en oct. 1999, Tribunaux de commerce : un quart des juges consulaires ont démissionné, *LesÉchos.fr*, 28 janv. 2000 ; DUFOUR (O.), Juges consulaires : le ton monte, *PA*, 14 juin 1999, p. 4 s.

⁷ Dans les départements d'Alsace et de Moselle (7 tribunaux), les chambres spécialisées sont présidées par un magistrat de carrière, assisté de deux juges consulaires élus, C. com., art. L. 731-3 ; VALLENS (J.-L.), Alsace et Moselle, *op. cit.*, sp. n° 16 s. et L'échevinage de la justice commerciale, *PA*, 22 déc. 1995, p. 11 s.

Dans les départements et région d'Outre-mer (9 tribunaux), les tribunaux de commerce sont mixtes, ils sont présidés par le président du TGI (avec voix prépondérante en cas de partage égal) et de trois juges élus, art. L. 732-1, L. 723-3 et L. 723-4 ; BERNARD (A.), Tribunaux de commerce, *Rép. comm.*, sp. n° 27 ; ROGER (A.), Défense de l'échevinage : l'exemple des tribunaux mixtes de commerce, *JCP G*, 1996/6, I, 3905.

⁸ En dehors de la compétence commerciale ; le conseil des prud'hommes est une juridiction pleinement élective, C. tr., art. L. 1421-1 ; ou le tribunal paritaire des baux ruraux dont les assesseurs sont des bailleurs et preneurs élus, C. rur., art. L. 492-1.

⁹ Not. en Belgique, le tribunal de commerce est une juridiction mixte, C. judiciaire belge, art. 84 s. ; TROISFONTAINES (P.), Le Tribunal de commerce en Belgique : une juridiction exemplaire ?, *Rev. dr. comm. belge*, 2000/1, p. 23-37.

l'expliquer essentiellement par le prisme historique ayant marqué les juges consulaires de la méfiance des juridictions de droit commun. Dans cette optique, l'introduction de magistrats de carrière dans la composition des tribunaux de commerce aurait un but de « contrôle des juges consulaires »¹. Par ailleurs, la présence du procureur de la République assurerait déjà une forme d'échevinage², ce qui ne peut être admis puisqu'il n'est pas membre de la formation de jugement³.

563. Composition associant professionnels des affaires et magistrats de profession.

Contre l'interprétation négative⁴, l'alliance de juges issus du monde des affaires et de juges issus de la magistrature professionnelle est retenue pour sa vertu d'enrichissement réciproque⁵. À l'instar de la composition de l'AAI instituée pour la détection des difficultés d'entreprise⁶, il s'agit « d'allier l'expertise économique à la sécurité juridique »⁷ comme le souligne le rapport sur le rôle de la justice en matière commerciale rendu en 2013. En droit des entreprises en difficulté, cela permet notablement de dépasser le clivage opposant la compétence juridique, l'exercice professionnel de la justice à l'expérience des affaires et la légitimité démocratique qui naît de la confrontation des deux juridictions compétentes, tribunal de grande instance et tribunal de commerce⁸. Au-delà, il est ici mis en avant une compétence qui en ressort, par sa mixité, augmentée. Complémentarité de la formation juridique et de la pratique des affaires, l'association permet la dynamique du traitement judiciaire des entreprises en difficulté, l'efficacité de la justice, tout en renforçant la qualité des décisions prises et la garantie des valeurs essentielles d'impartialité et d'indépendance de l'autorité judiciaire⁹.

¹ DRUMMEN (J.-B.), *op. cit.*, sp. p. 209 ; « ce système aboutirait à transformer les juges commerciaux en “assesseurs” et plus tard en “spectateurs”. Son introduction constituerait ainsi un premier pas vers la suppression de la juridiction commerciale », repris par rapp. Colcombet et Montebourg précit., sp. p. 101 ; ou, encore, évoquant le risque de « juges potiches », REY (P.), Une révolution nécessaire des mentalités pour une justice économique moderne, propos recueillis par J. VASA, *RDLA*, 2006/3, perspectives.

² GORRIAS (S.), L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions (...), *RPC*, 2014/1, *op. cit.* ; suite à l'accroissement des prérogatives du ministère public en droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 206-207.

³ Il est une partie à l'instance ; FRICERO (N.), Le ministère public, partie principale, partie jointe, *CDE*, 2015/5, dossier 37 ; et soulignant qu'en droit des entreprises en difficulté, son intervention a de plus en plus lieu par voie d'action, à titre de partie principale, LE MESLE (L.), Quelques éléments d'actualité (...), *CDE*, 2015/5, dossier 38, *op. cit.* ; d'une manière générale, considérant l'importance de ses avis notamment, il serait plus juste de considérer qu'il est une partie principale, THÉRON (J.), Le ministère public, jamais partie jointe au sein des procédures collectives, *GP*, 2014/357, p. 35 s. et Ordre et désordre dans la notion de partie, *RTD civ.*, 2014, p. 231 s.

⁴ INGHELS (B.), « Plaidoyer pour l'échevinage des juridictions commerciales », in méf. C. MATRAY, *Contestation, combats et utopies, Liber amicorum*, Larcier, 2015, p. 265-280.

⁵ Soulignant cet aspect positif de l'échevinage, not. rapp. Marshall précit., sp. p. 62, sous la prop. n° 19 ; rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 88, sous la prop. n° 28 *bis* ; également, STORCK (M.), *op. cit.* ; VALLENS (J.-L.), Aspects pratiques de l'échevinage, in Dossier, Actualité de l'échevinage, *RLDA*, 2010/52, sp. conclusion.

⁶ Qui mêle acteurs essentiels du traitement administratif et professionnels experts des difficultés d'entreprise, v. *supra*, sp. n° 411.

⁷ Rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 88.

⁸ V. *supra*, sp. n° 148.

⁹ Sur ces qualités, v. *supra*, sp. n° 98 s. ; sur leur mise en cause, v. *supra*, par ex. sp. n° 167, n° 197, n° 215, n° 238, d'une manière générale, n° 278 ; sur les atouts de l'échevinage, CHAPUT (Y.), Synthèse des travaux, in Actes du colloque, Actualité de l'échevinage, J.-L. VALLENS (*dir.*), *RLDA*, 2010/52 et dans le même numéro, VALLENS (J.-L.), *op. cit.*, sp. conclusion.

564. Institution d'une chambre mixte. L'association des autorités judiciaires réalise opportunément l'unification de la compétence juridictionnelle recherchée. Elle réunit, dans une même formation et, surtout, sur un même plan¹, des juges élus et des magistrats de carrière. Il s'agirait donc d'instituer, pour l'application des dispositions du droit des entreprises en difficulté, une chambre *mixte*².

Les choix concrets de composition peuvent alors varier³. Par exemple, elle pourrait comprendre un nombre égal de juges issus de chaque juridiction. Pour respecter la règle de l'imparité dans la prise de décision⁴, la présidence⁵ pourrait être confiée à un juge consulaire⁶ compte tenu du fait que les recours sont, en droit des entreprises en difficulté, tranchés par la cour d'appel, uniquement composée de magistrats issus de la magistrature professionnelle. Quoiqu'il en soit, la prise de décision devrait ressortir d'un dialogue égalitaire des juges, entre les juges élus et les juges magistrats de profession.

565. Conclusion et transition. Il serait possible de réunifier la compétence juridictionnelle pour l'application du droit des entreprises en difficulté par l'institution d'une chambre mixte, mettant fin à la dualité de juridictions compétentes. Cela pourrait être la proposition *a maxima* de redéfinition de l'autorité judiciaire pour le traitement des entreprises défaillantes. En dehors de son aspect formel, elle serait de nature à permettre, sur le fond, la spécialisation de l'autorité judiciaire, ce qui constituerait alors la proposition *a minima*.

¹ Voix délibérative et rédaction des jugements.

² Sur un plan terminologique, l'échevinage correspond à une formation comprenant des magistrats professionnels et non-professionnels, mais présidée par un magistrat de carrière ; contrairement à la mixité où il y a une égalité entre les juges consulaires et les magistrats de carrière ; ces définitions résultent notamment de l'histoire et, en l'occurrence, de l'héritage de la législation allemande pour l'échevinage (les échevins sont élus) ; la mixité (aussi dit « mixage ») renvoie pour sa part à la religion et, plus exactement, à la laïcité (consulaires élus), pour désigner le « mariage » entre catholiques et chrétiens, CHAPUT (Y.), *loc. cit.* ; STORCK (M.), *op. cit.* ; cependant, dans les faits, les termes sont confondus ; il y aurait une préférence pour « mixte » en raison de l'opposition des juges consulaires qu'avait suscité les premières propositions de réforme qui évoquaient l'échevinage (not. en 2000, projet de loi E. GUIGOU précit.), il paraît ainsi plus neutre, tandis que celui d'« échevinage » paraît marqué d'une connotation péjorative.

³ D'autres modalités sont formulées dans les différents rapports publics ; par ex., la proposition peut aussi consister en un magistrat de carrière, président, et des juges consulaires, assesseurs ; voire étendre la mixité à la juridiction d'appel, introduisant un ou plusieurs juges consulaires dans la formation de la cour d'appel, rapp. Marshall précit., sp. prop. n° 30 ; ou au contraire, de manière limitée, introduire un « juge référent » au sein des tribunaux de commerce, qui soit un magistrat de carrière, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. prop. n° 10.

⁴ Les décisions sont rendues à la majorité des voix, CPC, art. 449 ; les juridictions sont composées en nombre impair, COJ, art. L. 121-2 ; sur la difficulté que soulève cette règle dans l'échevinage, VALLENS (J.-L.), Aspects pratiques (...), *op. cit.*

⁵ Jouant le rôle de juge départiteur ; comp. rôle du juge du TGI, président, pour le départage au sein du Conseil des prud'hommes, C. tr., art. L. 1454-2 ; HUNTER-FALCK (S.), Le juge départiteur, cet inconnu..., in Dossier, Quel statut pour le juge départiteur ?, *Rev. dr. tr.*, 2015, p. 10 s.

Il serait également possible d'envisager une alternance temporelle de la présidence à l'instar du conseil des prud'hommes, connaît également une alternance au niveau de la présidence, C. tr., art. L. 1423-4, al. 1^{er}.

⁶ Contrairement à l'organisation judiciaire des chambres spécialisées d'Alsace et de Moselle et des tribunaux mixtes d'Outre-mer, v. *supra*, sp. n° 562, n. 7.

§ 2. La spécialisation de la compétence juridictionnelle

566. Spécialisation de l'autorité judiciaire. La redéfinition de l'autorité judiciaire pour le traitement des difficultés des entreprises nécessite d'aborder la question de sa compétence. Elle peut s'appréhender sur un plan matériel, dépendant de l'application du droit des entreprises en difficulté, mais, aussi, technique¹. Cela désigne l'aptitude, constituée par la connaissance et la pratique. Liant l'ensemble, ce serait envisager une autorité judiciaire *spécialement* compétente pour le traitement des difficultés des entreprises. Autrement dit, il s'agit de définir une compétence selon le domaine concerné en raison de sa spécificité et, en l'occurrence, son caractère économique.

567. Objectif. Par cette compétence renforcée, l'intervention de l'autorité judiciaire serait rendue plus légitime² pour l'application du droit des entreprises en difficulté. Il faut dire que, d'une manière générale, la complexification du droit suscite et accroît le besoin de juridictions spécialisées³, ce serait même devenu « une exigence pour tous les juges »⁴. Comme le soulignent les divers rapports publics, la remarque vaut particulièrement pour le domaine commercial⁵ et, surtout, les procédures collectives⁶.

Pourtant, la spécialisation peut apparaître contradictoire avec l'objectif de recomposition et d'unification de la compétence juridictionnelle⁷. En effet, de prime abord, elle conduit à une parcellisation et à une démultiplication des juridictions dans l'organisation judiciaire⁸, en rendant le juge de droit commun incompetent ou en créant des juridictions particulières. Mais, ici, elle

¹ Sur les différents sens du mot « compétence », v. *Vocabulaire juridique* Cornu précit., sp. p. 213 s.

² En ce sens, RAIBAUT (J.), Des tribunaux de commerce (...), *op cit.*, BJE, 2012/1, p. 43 s.

³ Rapp. Guinchard précit., sp. p. 35 ; également, rapp. Sénat n° 345, *d'information sur l'évolution des métiers de la justice, Quels métiers pour quelle justice ?*, C. COINTAT (rapp.), juill. 2002, 547 p., sp. p. 209 s.

⁴ « Au-delà du constat de la complexité du droit, qui déborde le cadre d'une réflexion sur la seule justice commerciale, il est essentiel de comprendre que la spécialisation est devenue une exigence pour tous les juges, qu'ils soient magistrats ou professionnels non magistrats. Le "juge généraliste" n'est plus apte à traiter des contentieux techniques, impliquant le maniement de règles de droit complexes, émanant de sources multiples, et parfois peu accessibles », MAGENDIE (J.-C.) et *al.*, Pour une justice commerciale rénovée et réhabilitée, *JCP G*, 2013, n° 29-34, doct. 853, sp. n° 2, auteur du rapp. *sur la réforme des tribunaux de commerce* précit.

⁵ « Les raisons qui avaient conduit à l'instauration d'une justice des marchands ont largement disparu avec l'apparition d'un droit commercial plus technique et ouvert aux normes européennes », rapp. Marshall précit., sp. p. 42 ; dans le même sens, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 39 et v. p. 37 s. ; d'une manière générale, BÉZARD (P.), « Propos conclusifs », in *Bicentenaire du Code de commerce, 1807-2007*, *op. cit.*, p. 515-523, sp. p. 520.

⁶ « Nous sommes d'avis que c'est en matière de procédures collectives (...) que la nécessité de réformer les tribunaux de commerce est la plus pressante et justifie la création de chambres spéciales de procédures collectives, (...) », rapp. Club DJS *sur la réforme des tribunaux de commerce* (2012) précit., sp. p. 17 ; sur le caractère technique du droit des entreprises en difficulté, v. *supra*, sp. n° 173, n° 258 et sur son extension et sa diversification, sp. n° 116 s.

⁷ V. *supra*, sp. n° 557 s.

⁸ BLÉRY (C.), « La notion de spécialisation », in *La spécialisation des juges*, *op. cit.*, p. 13 s., sp. p. 21 et Plaidoyer pour une simplification des règles internes de compétences en matière judiciaire, *Procédures*, 2008/3, étude 3 ; CHAPUT (Y.), Synthèse des travaux, *op. cit.*

viendrait au contraire au renfort de l'unité de juridiction et du principe d'égalité devant la Justice¹, permettant le regroupement du contentieux² devant une même juridiction.

568. Portée de la proposition. La proposition de redéfinition de l'autorité judiciaire ici faite peut s'entendre selon deux paliers. *A maxima*, la spécialisation de l'autorité judiciaire peut venir en prolongation de la réunion envisagée du tribunal de grande instance et du tribunal de commerce pour le droit des entreprises en difficulté³ (A). *A minima*, la spécialisation peut avoir lieu indépendamment de l'hypothèse de fusion, s'appliquant proprement pour chacune de ces deux juridictions, mais au niveau de ses membres (B). S'il est raisonné pour la suite de l'étude sur la première voie, la deuxième peut constituer une réalisation à moyen terme et à titre de compromis.

A. La spécialisation des juridictions

569. Spécialisation selon la matière. Dans la redéfinition de l'autorité judiciaire, la compétence juridictionnelle serait exclusivement définie eu égard à la matière concernée, c'est-à-dire le droit des entreprises en difficulté. En d'autres termes, l'application de ses dispositions relèverait de la compétence d'une juridiction spécialisée, en l'occurrence, la chambre mixte instituée. C'est un mouvement déjà connu à propos d'autres juridictions et spécifiquement dans le domaine économique et financier⁴. Ce serait donc l'envisager, également, pour le droit des entreprises en difficulté.

¹ Renvoyant au principe d'égalité devant la loi, DDHC, art. 6 ; Cons. const., 23 juill. 1975, n° 75-56 DC, sp. cons. n° 4 ; *Rec.*, p. 25 et *JORF*, 24 juill., p. 7533 ; également, à l'abolition des privilèges de juridictions : « tous les citoyens sans distinction plaideront en la même forme et devant les mêmes juges, dans les mêmes cas », L. 16-24 août 1790, art. 16 ; et, au niveau supranational, à travers le droit au procès équitable, CEDH, art. 6, § 1 ; CEDH, 26 avril 1979, n° : 6538/74, *aff. Sunday Times c/ Royaume-Uni*, série A, n° 30, sp. n° 55 ; *Rec.* p. 3 ; ce principe appliqué la Justice n'interdit pas la spécialisation des juridictions, mais les discriminations qui peuvent naître entre les justiciables en raison de règles différentes, par ex., de composition de la juridiction ; le soulignant à propos de la juridiction commerciale, CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, sp. n° 42.

² En ce sens, LARRIEU (J.), MORVILLIERS (N.), « La création des pôles spécialisés en matière de propriété intellectuelle et de concurrence », *in La spécialisation des juges*, *op. cit.*, p. 143-155, sp. p. 143.

³ V. *supra*, sp. n° 558 s.

⁴ Il peut être fait référence à la spécialisation des juridictions en matière de délinquance financière et économique ; d'abord, par l'institution de juridictions régionales spécialisées (JRS), L. n° 75-701, 6 août 1975 ; mais encore insuffisant (rapp. Sénat n° 441 *relatif au projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, F. ZOCCHETTO (*rapp.*), 2003, p. 160 s.), elles ont fusionné au profit des juridictions interrégionales spécialisées (JIRS), L. n° 2004-204, 9 mars 2004, art. 21 ; CPP, art. 704 s. ; ROBERT (J.-H.), Le cadre législatif et réglementaire de la spécialisation des juridictions statuant en matière économique et financière, *in Dossier*, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, actes du colloque, Cour de cassation, *CDE*, 2015/5, dossier 26 ; et dans le même numéro, MOLINS (F.), L'action des juridictions interrégionales spécialisées, dossier 2.

Également, l'exemple peut être tiré du droit de la concurrence qui connaît de l'institutionnalisation de tribunaux spécialisés en matière de pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence, y compris en appel, L. n° 2001-420, 15 mai 2001, art. 82 ; C. com., art. L. 420-7, R. 420-3 et annexe 4-2 et pour la compétence de la cour d'appel de Paris, art. L. 464-7 ; à ce propos, cette compétence spécialisée intègre un pôle général « vie économique », constitué en son sein de chambres spécialisées en droit bancaire, droit boursier, droit de la propriété intellectuelle, etc.

570. Spécialisation selon la taille de l'entreprise ou la complexité du dossier. La compétence juridictionnelle *ratione materiae* peut se doubler d'une spécialisation selon la spécificité de l'entreprise. Telle est la voie choisie¹ par la récente réforme² concernant les tribunaux de commerce qui réserve à certains d'entre eux³ une compétence particulière pour le traitement des grandes entreprises par leur taille ou leur dimension internationale⁴. Par ailleurs, il est intéressant de noter que la spécialisation nouvelle introduit un facteur de mixité en permettant, de droit, au président du tribunal de commerce du ressort de l'entreprise concernée de siéger au sein du tribunal de commerce spécialisé⁵.

De la même manière, il s'agirait de retenir une spécialisation de la compétence juridictionnelle selon, essentiellement, la taille de l'entreprise, qu'elle se mesure en chiffre d'affaires, en nombre d'emplois ou territorialement, mais, aussi selon la spécificité du dossier, que ce soit d'un point de vue économique ou des intérêts concernés. Une fois encore, diverses modalités peuvent être envisagées pour réaliser cette spécialisation. À partir de modèles déjà connus⁶ ou de nouvelles propositions d'organisation pour la justice commerciale⁷, il pourrait être créé un ou plusieurs *pôles* spécialisés composés de juges ayant une compétence renforcée en droit des entreprises en difficulté. Autrement, à l'instar de la spécialisation des tribunaux de commerce⁸, cette compétence spéciale ressortirait limitativement de certaines chambres mixtes bénéficiant d'une prorogation de compétence territoriale ou, encore, d'une formation spéciale

¹ À défaut de réforme générale des tribunaux de commerce ; opposition des juges consulaires (98 % des tribunaux de commerce) entrés en grève lors de la discussion du texte en mai 2015 et, précédemment, contre l'échevinage, en déc. 2014, BELLAN (M.), Les tribunaux de commerce de nouveau en grève à partir du 11 mai, *LesÉchos.fr*, 5 mai 2015 ; LELIÈVRE (Y.), La justice consulaire dans le projet de loi Macron, *GP*, 2015/69, p. 7 s. ; MOUAIL-BASSILANA (E.), « Réforme » des tribunaux de commerce : l'occasion manquée, *BJS*, 2015/10, p. 469 s. ; TEBOUL (G.), Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron, *GP*, 2015/71, p. 4 s. Le choix porte aussi sur le critère de spécialisation qui aurait pu être, par exemple, le siège de la société mère ou celle ayant la taille la plus importante, or c'est celui de la compétence qui est retenu, DAMMANN (R.), PIGOT (M.), *Loi Macron : l'introduction du forum shopping à la française*, *BJE*, 2016/3, p. 158 s.

² L. n° 2015-990, 6 août 2015 précit., art. 213. ; en réalité, cette spécialisation avait déjà été envisagée sous l'empire de la loi du 25 janv. 1985 précit. par la distinction du régime normal ou simplifié selon la taille de l'entreprise.

³ 18 Tribunaux dont Lille Métropole ; liste fixée par D. n° 2016-217, 26 fév. 2016, art. 3 ; C. com., annexe 7-1, I ; précisé par circ. min. Just., 27 juill. 2016 relative à la compétence particulière de certains tribunaux de commerce, NOR : JUSB1619933C ; not. DAMMANN (R.), PIGOT (M.), *loc. cit.* ; LELIÈVRE (Y.), « La justice commerciale est une justice spécialisée, rendue par des professionnels de la matière avec une efficacité certaine », par H. BÉRANGER, *JCP G*, 2016/16, 457 et « Une nouvelle complexité des procédures collectives risque de se développer », par V. BOCCARA, *BJE*, 2015/6, p. 397 s. ; LUCAS (F.-X.), Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté, *BJE*, 2015/5, p. 317 s. ; critique sur l'imprécision du texte, ROSSI (P.), Au sujet des tribunaux de commerce « spécialement désignés », *BJE*, 2015/6, p. 423 s. ; VALLENS (J.-L.), Création des tribunaux de commerce spécialisés : aspects de procédure, *RTD com.*, 2015, p. 593 s. ; et son insuffisance dans les procédures préventives, MACORIG-VENIER (F.), Incidence de la loi Macron en matière de traitement amiable des difficultés des entreprises sur la compétence, *RTD com.*, 2016, p. 192 s.

⁴ Lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et selon un certain chiffre d'affaires et nombre d'emplois ou comprenant un élément de compétence internationale (groupes de sociétés), C. com., art. L. 721-8 ; les seuils ayant été relevés suite au mouvement de grève des tribunaux de commerce, CGJCF, *Réforme de la justice commerciale*, mis en ligne le 26 juin 2014, v. p. 2 et p. 4 ; LELIÈVRE (Y.), « Une nouvelle complexité (...) », *op. cit.*

⁵ C. com., art. L. 721-8 *in fine*.

⁶ Soit un regroupement du contentieux par matière : par ex., les JIRS en matière économique et financière, v. *supra*, sp. n° 569, n. 4 ; ou par type de juridictions ; par ex., entre les différentes chambres des TGI ou des cours d'appel, D. n° 2016-514, 26 avril 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires, art. 5-7 ; pour le TGI, COJ, art. R. 212-62, pour la cour d'appel, art. R. 312-83.

⁷ « Créer des pôles spécialisés ayant compétence exclusive pour connaître des procédures collectives affectant des entreprises (...) » d'une certaine taille, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. proposition n° 27.

⁸ Introduite par la nouvelle réforme en 2016, v. n. *supra*, ce paragraphe.

réunissant les juges les plus expérimentés¹. À défaut de leur institution, ce serait alors étendre la spécialisation introduite pour les tribunaux de commerce aux tribunaux de grande instance également compétents². En outre, la mise en œuvre de cette compétence peut aussi différer, ayant lieu de manière automatique, dès lors que certains seuils de grande importance sont atteints³, mais, aussi, ponctuellement⁴, si le dossier le nécessite⁵. De la même manière, ce serait tenir compte pour cette spécialisation de la taille de l'entreprise, mais, aussi, de la complexité de la situation en raison, par exemple, du montage économique, de l'enjeu social ou de l'intérêt public en cause⁶.

571. Conclusion et transition. Quel que soit le degré de réalisation de la proposition, il s'agit de retenir dans la définition de l'autorité judiciaire compétente en droit des entreprises en difficulté une compétence juridictionnelle spécialisée pour l'application de ses règles. Le but est moins de garantir l'impartialité et l'indépendance⁷, que d'assurer une véritable *compétence* de l'autorité judiciaire dans le traitement des entreprises. Par la formation spécifique à ce domaine et la désignation de chambres qui ont une compétence exclusive et une pratique répétée du contentieux, c'est assurer une plus grande aptitude et, donc, légitimité à l'intervention du juge auprès des entreprises. À ce propos, la spécialisation juridictionnelle serait incomplète si elle ne se prolongeait pas, également, aux membres qui la composent.

B. La spécialisation des membres de la juridiction

572. Formation spécialisée des juges en droit des entreprises en difficulté. En droit des entreprises en difficulté, il faut rappeler la double compétence de juges dont c'est la profession et de juges qui sont élus, opposant formation juridique et expérience des affaires⁸. Si la mixité⁹

¹ Cette forme de spécialisation semble déjà exister dans les faits, par ex. au tribunal de commerce de Lille Métropole, entretien avec le président E. FELDMANN précit.

² Le dispositif actuel (C. com., art. L. 721-8) s'en tenant aux activités seulement commerciales et artisanales ; soulignant une omission du législateur sur ce point, VALLENS (J.-L.), Création des tribunaux de commerce spécialisés (...), *op. cit.*, sp. n° 1.

³ Comme c'est le cas pour les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, C. com., nouvel art. L. 721-8, 1° ; pour la conciliation, la compétence du tribunal dépend de la saisine débiteur, de la demande du ministère public ou de la décision du président du tribunal de commerce, art. L. 721-8, 4°.

⁴ Comp. procédure de renvoi, C. com., art. L. 662-2 et R. 662-7 ; qualifiées de mesure d'administration judiciaire ; pour leur critique, v. *supra*, sp. n° 249 s.

⁵ Ce qui peut être révélé grâce au pré-examen établi par l'AAI, v. *supra*, sp. n° 472 s. ; sur la taille de l'entreprise comme critère dans l'examen de l'état d'impossibilité économique, v. *supra*, sp. n° 489.

⁶ Le dispositif actuel ne retient que l'importance de l'entreprise ; or, il est considéré que certaines entreprises de taille importante ne présentent pas indubitablement de difficultés dans leur traitement.

⁷ C'est un facteur à l'origine de la spécialisation des tribunaux de commerce, élevant, pour les grandes entreprises, la compétence à des tribunaux de taille importante et dans les ressorts juridictionnelles les plus importants ; c'est ainsi organiser une prise de distance des juges consulaires vis-à-vis des justiciables ; en ce sens, VALLENS (J.-L.), Vers une nouvelle réforme des tribunaux de commerce ?, *D.*, 2014, p. 1264 s. ; également, envisageant de rénover le maillage territorial pour renforcer l'impartialité des tribunaux de commerce, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. prop. n° 21.

⁸ V. *supra*, sp. n° 171-173.

⁹ V. *supra*, sp. n° 564 ; qu'elle soit au demeurant retenue ou non.

permettrait de mettre fin à la différence de composition des juridictions, elle ne résout que partiellement la question de la confrontation des compétences de ses membres, différents. Il s'agirait ainsi de prolonger le mouvement de spécialisation initié à propos des juridictions¹ par l'organisation d'une formation spécifique des juges appelés à connaître particulièrement du droit des entreprises en difficulté. La forme impersonnelle est volontairement employée considérant qu'elle touche tant les juges consulaires que les magistrats de carrière. En effet, aux premiers, il est fait grief de l'insuffisance des connaissances juridiques, tandis qu'aux seconds, est remarquée la faiblesse des connaissances économiques². Par une formation spéciale en droit des entreprises en difficulté, il serait possible d'atténuer ces différences, voire de rassembler, communément, les juges consulaires et les magistrats de carrière pour l'exercice d'une même fonction juridictionnelle en ce domaine.

Concrètement, pour les magistrats de profession, ce serait prévoir dans le cadre de la formation initiale, un renforcement des connaissances en matière économique et financière³. Pour les juges consulaires, il faudrait rendre obligatoire la formation initiale réalisée à l'École nationale de la magistrature⁴. C'est ce que prévoit la réforme de la justice du XXI^e siècle à l'occasion de la réformation du statut des juges des tribunaux de commerce⁵. L'absence de validation de cette formation juridique et déontologique constituerait un obstacle à entrer en fonction⁶. Par ailleurs, l'apprentissage théorique pourrait être complété par l'exercice d'un stage, pratique⁷, par exemple en entreprise pour les magistrats de carrière⁸ et en juridiction pour les

¹ V. *supra*, sp. n° 569-570 ; que l'hypothèse de fusion soit retenue ou non.

² V. *supra*, sp. n° 173.

³ Par ex., par la création d'une filière spécialisée dans le domaine économique et financier, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 37 s., proposition n° 13 ; d'autres propositions sont formulées dans le rapp. Dobkine, min. Just., *Propositions pour améliorer la formation des magistrats en matière économique et financière* (1995) précit., 18 p.

⁴ (ENM) ; sur celle-ci, v. *supra*, sp. n° 172.

⁵ Projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e s. précit., art. 47, al. 17, créant C. com., nouvel art. L. 722-17, dont l'al. 1^{er} serait : « Les juges des tribunaux de commerce sont soumis tenus de suivre une obligation de formation initiale et une formation continue organisées dans des conditions fixées par décret » ; c'est une proposition ancienne et qui semble recevoir un large consensus des juges consulaires, rapp. Clément et Le Bouillonec précit., sp. p. 350 ; rapp. Marshall précit., sp. prop. n° 10.5 et rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. prop. n° 11.

D'une manière générale, le projet de réforme J21 vient renforcer également les incompatibilités, la déontologie et la discipline des juges des tribunaux de commerce, participant à définir un véritable statut ; si le Statut de la magistrature n'est pas étendu, il s'en rapproche considérablement, rapp. Clément et Le Bouillonec précit., sp. p. 341 et v. p. s. ; ce qui permet de « conforter la légitimité des juges consulaires », rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 12.

⁶ Ce qui revient à distinguer le résultat de l'élection de l'installation dans les fonctions de juge pour la différer, rapp. « Qualité de la justice civile » (*prés.*), 2003, précit., sp. p. 10 ; le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e s. précit. créé C. com., nouvel art. L. 722-17, al. 2 : « Tout juge d'un tribunal de commerce qui n'a pas satisfait à l'obligation de formation initiale dans un délai fixé par décret est réputé démissionnaire », art. 47, al. 18.

⁷ Soulignant, d'une manière générale, la nécessité de renforcer l'aspect pratique dans la formation des magistrats professionnels, NADAL (J.-L.), GHALEH-MARZBAN (P.), « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », in mél. J.-F. BURGELIN, *op. cit.*, p. 279-293, sp. p. 289 s.

⁸ Envisageant ce stage en entreprise comme une voie d'amélioration de la formation économique des magistrats de profession, rapp. Dobkine précit., sp. p. 6 et prop. n° 5 ; regrettant son absence, rapp. Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaires (2008) précit., sp. p. 84 ; et soulignant ses vertus, Institut Montaigne, *Les juges et l'économie (...)* (2012) précit., sp. p. 43 ; le reprenant, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 37 ; d'une manière générale, soulignant la nécessité de renforcer l'aspect pratique dans la formation des magistrats professionnels, NADAL (J.-L.), GHALEH-MARZBAN (P.), « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », in mél. J.-F. BURGELIN, *op. cit.*, p. 279-293, sp. p. 289 s.

juges consulaires¹. En outre, au-delà de la formation initiale, une autre, continue pourrait avoir lieu par la suite, mélangeant cette fois les juges consulaires et les magistrats de carrière dans un module commun, visant, spécialement, le droit des entreprises en difficulté. Doit également intégrer la formation², l'apprentissage des pratiques juridictionnelles conformes aux devoirs et aux obligations qui découlent de la fonction de juge. L'objectif est non seulement la garantie des exigences d'impartialité et d'indépendance, fondamentales³, mais, aussi, l'homogénéisation des pratiques et la sécurité juridique⁴, favorisant peut-être, par l'échange, un certain dynamisme dans l'exercice de la justice.

D'une manière générale, la formation spécifique des juges pour la mise en œuvre du traitement des défaillances des entreprises est envisagée comme un vecteur de compétence et, donc, de légitimité. Autrement dit, c'est considérer que le seul statut de « juge » ne confère pas⁵, *de facto*, la compétence pour intervenir dans ce domaine. Elle requiert, en plus, une compétence spéciale, assurée par une formation solide.

573. Spécialisation renforcée des membres ayant une fonction particulière. Aux côtés de la formation de jugement, d'autres membres de la juridiction sont appelés, en tant qu'autorité judiciaire, au traitement des difficultés des entreprises. Considérant le rôle spécifique qu'ils ont à jouer⁶, il y a une exigence accrue de spécialisation de leur compétence, tant en termes de formation que d'expérience. Cela concerne concrètement le président de la juridiction, le juge-commissaire et le ministère public.

Pour le premier, dans l'hypothèse où il serait un juge du tribunal de commerce⁷, la spécialisation tiendrait essentiellement de la grande expérience juridictionnelle. Comme le prévoit la loi⁸, le président est désigné parmi les membres ayant le plus d'ancienneté. Elle est ici synonyme de sagesse, ce qui appelle, également, une formation spécifique de déontologie⁹

¹ À l'instar de celui exercé par les magistrats de formation en tant qu'auditeur de justice, Statut de la magistrature, art. 19 ; par ailleurs, la loi exige que le tribunal de commerce ayant à statuer en droit des entreprises en difficulté soit composé d'une majorité de juges ayant une expérience juridictionnelle de plus de deux ans, C. com., art. L. 722-2.

² Au stade initial et continu ; plus particulièrement pour les juges élus par leur différence de formation et l'absence de soumission au statut de la magistrature de droit commun, ce que vient renforcer la réforme de la justice du XXI^e s., projet de loi *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., art. 47, al. 20 s. ; créant C. com, nouveaux art. L. 722-18 s.

³ V. *supra*, sp. n° 94 s.

⁴ Critiquant l'hétérogénéité des pratiques juridictionnelles dans la détection-prévention des difficultés, v. *supra*, sp. n° 189, n° 231.

⁵ En ce sens, WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », *op. cit.*, sp. p. 577.

⁶ Quoique, considérant la restructuration du traitement des difficultés, leurs rôles se trouvent amoindris par la déjudiciarisation de la détection, de l'établissement d'un préexamen et de la conciliation des parties, alors mise en œuvre par l'AAI ; par ex., pour le président du tribunal en matière de détection, v. *supra*, sp. n° 417 s. ; ou le juge-commissaire s'agissant des pouvoirs d'investigations, sp. n° 473 s.

⁷ V. *supra*, sp. n° 564.

⁸ « Le président du tribunal de commerce est choisi parmi les juges du tribunal qui ont exercé des fonctions dans un tribunal de commerce pendant six ans au moins », C. com., art. L. 722-11, al. 1^{er} ; le président de la formation de jugement, s'il ne peut être le président du tribunal, est un juge du tribunal ayant déjà exercé pendant trois ans minimum, art. L. 722-3 ; l'ensemble s'applique sous condition de dérogation en cas d'impossibilité de respecter ces règles, art. L. 722-15.

⁹ Ce que renforce la réforme de la justice du XXI^e s. dans le statut des juges consulaires ; par ex., le président devrait obligatoirement procéder à une déclaration d'intérêts, projet de loi *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., art. 47, al. 29 ; créant C. com., nouveaux art L. 722-21 s. ; entre autres nouvelles incompatibilités, *ibid.*, art. 47.

considérant son pouvoir d'influence dans les décisions¹, ses prérogatives propres dans le traitement des entreprises en difficulté² et son pouvoir disciplinaire vis-à-vis des autres juges³.

De la même manière, pour le juge-commissaire, également juge consulaire, une spécialisation particulière est envisagée. Pour le juge-commissaire, outre une expérience aux fonctions de juge suffisante⁴, elle relèverait davantage d'une formation juridique solide lui permettant d'exercer, avec assurance, sa fonction d'admission des créances à la procédure⁵. C'est déjà le fait de la formation spécifique proposée par l'ENM⁶ et des tests d'aptitude mis en place dans certains tribunaux de commerce⁷.

À l'égard du ministère public, c'est également l'impératif de formation qui serait renforcé, aux côtés de l'expérience juridictionnelle du contentieux. Mais, concernant un magistrat du parquet, elle vise plutôt l'acquisition de connaissances en matière économique et financière⁸. Considérant l'accroissement de son rôle en droit des entreprises en difficulté⁹, sa connaissance des règles légales doit être particulièrement affermie. C'est la condition d'un exercice pleinement effectif et rationnel de l'action publique¹⁰, mais aussi, face aux défaillances des entreprises, de protection de l'ordre public¹¹. Or, la nature *économique* de l'ordre public en ce domaine¹² nécessite de manière renforcée la spécialisation du parquet¹³, au-delà de l'aspect purement pénal

¹ Sur sa fonction de juge départiteur, v. *supra*, sp. n° 564, n. 5.

² Par ex., s'agissant de la prise de mesures conservatoires (C. com., art. L. 621-2, al. 4) ou de remplacement d'organes en cours de procédure (art. L. 621-7, al. 6).

³ C. com., art. L. 724-2 s.

⁴ La loi requiert à son égard deux ans d'ancienneté, C. com., art. L. 722-14, al. 1^{er} ; à ce sujet, v. *supra*, sp. n° 173.

⁵ C. com., art. L. 624-2 s. ; bien que la réforme limite son pouvoir juridictionnel à ce propos aux créances qui ne font pas l'objet de contestation sérieuses, cela suppose, d'une part, de juger du caractère sérieux et, d'autre part, de trancher les contestations non sérieuses, v. *supra*, sp. n° 203.

⁶ Module de 2 jours au titre de la formation préalable, v. site en ligne de la formation de l'ENM.

⁷ Certains tribunaux organisent des examens et délivrent (*eux-mêmes*) des certificats d'aptitude à l'exercice des fonctions de juge-commissaire ; par ex., tribunal de commerce de Paris, depuis 2012, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. n° 36 ; cette proposition n'est toutefois pas reprise dans la réforme de la justice du XXI^e s.

⁸ Favorable, d'une manière générale, rapp. Nadal précit., sp. proposition n° 33.

⁹ De façon significative, à partir de la conciliation (C. com., art. L. 611-6, al. 3) ; sur ce constat, not. ROSSI (P.) et *al.*, Les principaux acteurs/organes (...), *op. cit.*, CDE, 2015/1, dossier 6, sp. n° 4 ; v. *supra*, sp. n° 125.

¹⁰ Dans le sens qualitatif, d'une action qui n'est pas systématisée à l'égard du chef d'entreprise ; en ce sens, rapp. Nadal précit., sp. proposition n° 27 ; cela inviterait par ailleurs à voir la question de l'indépendance du ministère public par rapport au pouvoir exécutif ; sur cette problématique, v. *supra*, sp. n° 209 ; favorable, rapp. Nadal précit., sp. prop. n° 1 ; également, MARIN (J.-C.), « Il faut aller au bout de la déconnexion du lien entre la Chancellerie et le ministère public », par O. DUFOUR, *GP*, 2015/136, p. 13 s. ; mais non consacrée dans le projet de réforme de la justice du XXI^e s.

¹¹ Son rôle en *protection* de l'ordre public se manifeste concrètement par son intervention dès les premières formes de traitement des difficultés (en conciliation, C. com., art. L. 611-6, al. 3), voire en détection (présence au sein des cellules judiciaires, MODAT (P.), Les cellules de prévention (...), *op. cit.*, RPC, 2011/2, étude 10, sp. n° 8) ; not. par sa présence aux audiences (par ex., à l'ouverture de la sauvegarde, art. L. 621-1, al. 3) ; la communication des procédures (art. L. 661-8) ou les avis qu'ils donnent (par ex., sur le plan de sauvegarde, art. L. 626-1, al. 3) ; d'une manière générale, sur l'évolution de son rôle, v. *supra*, sp. n° 206 s.

¹² Pour une définition de l'ordre public économique, v. *supra*, sp. n° 272 ; et son impact sur le rôle du ministère public, ANDRÉ (T.), *Le rôle du Ministère public dans les procédures collectives*, th., M. JEANTIN (*dir.*), Paris X, ANRT Lille 3 (microéd.), 1991 ; HOULETTE (E.), Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde, *JCP E*, 2005/42, 1514, *op. cit.* ; SOINNE (B.), L'intervention du ministère public (...), commentaire de la loi n° 81-927 du 15 oct. 1981 (...), *D.*, 1983, p. 1 s., *op. cit.*

¹³ Rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 73 ; rapp. Nadal précit., sp. p. 61-62, prop. n° 33 ; comme, d'ailleurs, pour l'ensemble des magistrats de carrière, v. *supra*, sp. n° 572.

de son intervention. La création du procureur national financier¹ pourrait, à ce titre, constituer un modèle pour le ministère public en droit des entreprises en difficulté. Toutefois, sans spécifiquement créer un tel corps², il s'agirait davantage d'envisager une concentration de moyens humains³ dont les membres se caractériseraient par une compétence et une expérience renforcées en droit des entreprises en difficulté. L'objectif est de dégager ce ministère public des contraintes, fonctionnelle et organique, du parquet de « droit commun »⁴, reposant sur une compétence spécialisée, pour offrir une action coordonnée et renforcée⁵ dans le traitement des entreprises en difficulté.

¹ L. organique n° 2013-1115, 6 déc. 2013 *relative au procureur de la République financier* ; il dispose d'une compétence nationale et est chargé de la lutte contre la corruption et la fraude fiscale ; CUTAJAR (C.), Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JCP E*, 2014/4, p. 9 s. ; HOULETTE (E.), L'action du parquet national financier, in Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, *CDE*, 2015/5, dossier 29 ; RONTCHEVSKY (N.), Création du procureur de la République financier, *RTD com.*, 2014, p. 151 s. ; SALOMON (R.), Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *Dr. sociétés*, 2014/2, p. 32-34 et *JCP E*, 2014/6, p. 46 s.

² Le critiquant à propos du procureur financier, Union syndicale des magistrats (USM), Le procureur financier, un objet judiciaire non identifié, inabouti et potentiellement dangereux, communiqué, 7 mai 2013 ; c'est également le sens des propositions du rapp. Nadal précit., v. prop. n° 7.

³ Soulignant le manque de moyens du parquet à assurer pleinement ses fonctions, accrues, devant les tribunaux de commerce, rapp. Untermaier et Bonnot précit., sp. p. 72 ; dans le même sens, souhaitant « donner au ministère public les moyens à la hauteur de son rôle », rapp. Nadal précit., sp. p. 22 s. et not. en matière commerciale, v. prop. n° 33.

⁴ En ce sens, à propos de l'institution du procureur national financier, HOULETTE (E.), L'action du parquet (...), *op. cit.* ; par ailleurs, soulignant un nombre de tâches qui pèsent sur les procureurs, qui encombrant leur fonction et qui pourraient être déchargées, rapp. Nadal précit., sp. prop. n° 13 ; sur la soumission du ministère public à l'autorité du garde des Sceaux, v. *supra*, sp. n° 215.

⁵ En matière financière, HUET (J.-P.), La cohérence de l'action du ministère public dans le domaine économique et financier, in Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, *CDE*, 2015/5, dossier 30 ; c'est l'objet des commissions d'action publique en matière économique et financière près des cours d'appel, circ. 6 mars 2003 précit.

Conclusion du Chapitre II

574. Redéfinir le traitement judiciaire des entreprises en difficulté. Face à la confusion des autorités judiciaires compétentes¹ et à la dénaturation de l'office juridictionnel², apparaît la nécessité de redéfinir le traitement *judiciaire* des entreprises en difficulté afin de retrouver toute sa légitimité³.

575. Fonction judiciaire recentrée. Par la déjudiciarisation des diverses tâches préliminaires à la mise en œuvre d'une procédure de traitement⁴, l'autorité judiciaire voit son intervention recentrée sur le cœur de son office, soit dire le droit et trancher les litiges⁵. En droit des entreprises en difficulté, elle consisterait à prendre des décisions susceptibles de porter atteinte aux droits des parties et constitutives d'une situation juridique nouvelle⁶ ou à trancher les contestations et sanctionner les fautes⁷. En dehors de ces deux séries de fonctions dont la première a directement trait au traitement et la seconde a lieu à l'occasion du traitement, l'autorité judiciaire ne serait plus appelée à intervenir, du moins, pas systématiquement et exclusivement.

576. Autorité judiciaire renforcée. La redéfinition de la fonction judiciaire pour le traitement des entreprises en difficulté peut se prolonger du point de vue de la compétence de l'autorité judiciaire. Elle consisterait globalement en une spécialisation pour l'application de ce droit. Cela aurait lieu par l'acquisition de connaissances juridiques et économiques, l'apprentissage des pratiques juridictionnelles et l'expérience dans le domaine des affaires. L'exigence serait par ailleurs renforcée concernant les autorités ayant une fonction spécifique, tels que le président du tribunal, le juge-commissaire et le ministère public⁸. S'agissant du tribunal de la procédure, pourrait être enfin⁹ aboutie l'unification de la compétence

¹ V. *supra*, sp. n° 146 s.

² V. *supra*, sp. n° 221 s.

³ Sur les attraits de ce choix, v. *supra*, sp. n° 92 s. ; sur sa remise en cause, sp. n° 278 ; sur sa nécessité comme première source de légitimité, WIEDERKEHR (G.), « De la légitimité de la justice », in *mél. J. HÉRON, op. cit.*, sp. p. 486.

⁴ V. *supra*, sp. n° 456 s.

⁵ Not. D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle*, th. précit. et v. *supra*, sp. n° 221.

⁶ V. *supra*, sp. n° 535 s.

⁷ V. *supra*, sp. n° 546 s.

⁸ Le renforcement aurait lieu tant par les connaissances que l'ancienneté au sein de la juridiction et cela concernerait le président du tribunal, le juge-commissaire et le ministère public ; pour chacun, v. *supra*, sp. n° 573.

⁹ Sur la résistance opposée à la réforme proposant l'échevinage, v. *supra*, sp. n° 562.

juridictionnelle par la réunion, au sein d'une chambre mixte¹, des magistrats de profession et des juges consulaires. La compétence serait alors doublement spécialisée : pour l'application du droit des entreprises en difficulté et selon les difficultés du dossier². L'autorité judiciaire ressortirait renforcée dans son rôle d'autorité privilégiée de traitement des entreprises en difficulté.

¹ Plus précisément, v. *supra*, sp. n° 564.

² Comp. mécanisme institué pour les tribunaux de commerce, D. n° 2016-217, 26 fév. 2016 ; v. *supra*, sp. n° 570.

577. Rationaliser le traitement des difficultés. Le droit des entreprises s'est largement diversifié, entraînant une confusion des critères d'application et d'intervention de l'autorité judiciaire¹. La réorganisation du traitement des difficultés a pour objet de réordonner les étapes du traitement et de rationaliser les différents modes de traitement. Plusieurs maladresses peuvent être relevées de ce point de vue dans le droit positif en ce qu'il lie les investigations nécessaires à l'ouverture d'une procédure prédéterminée² et systématise le recours au juge³ alors même qu'il n'est pas toujours nécessaire. Il s'agirait donc de différencier les tâches préliminaires au traitement de la mise en œuvre effective de la procédure de traitement et, partant, de mettre en corrélation le mode de traitement adapté. Considérant qu'il est question, pour les premières, d'examiner la situation d'impossibilité économique d'exécuter détectée ou d'encadrer les négociations menées par les parties, le prétraitement⁴ relèverait de l'autorité administrative indépendante spécifiquement instituée⁵. Concernant l'application d'un traitement dans ses aspects contraignants, ce serait réaffirmer la pleine compétence de l'autorité judiciaire⁶.

578. Accélérer, sécuriser et renforcer. La mise en cohérence du traitement des difficultés serait de nature à accélérer son processus, tout en sécurisant sa solution. En effet, l'autorité administrative indépendante aurait déjà connaissance, par sa fonction de détection, de la situation concernée, ce qui amorcerait l'examen du dossier. De plus, en anticipant par certains aspects l'observation de l'entreprise⁷, la procédure de traitement pourrait être elle-même accélérée. Aussi, en organisant, de manière autonome, la phase d'instruction, le choix de la procédure de traitement serait garanti, renforçant les chances de sa réussite. D'une manière générale, c'est l'ensemble du traitement qui gagnerait en efficacité par la réorganisation et, surtout, la concordance des étapes du traitement et du mode de traitement.

¹ V. *supra*, sp. n° 119 s.

² En droit des entreprises en difficulté, c'est à l'occasion de l'ouverture d'une procédure que la situation du débiteur est appréciée, par ex., v. C. com., art. L. 621-1 ; plus encore, l'observation de l'entreprise a principalement lieu après l'ouverture, art. L. 622-1 ; pourtant, il peut être délicat de qualifier exactement la situation du débiteur., v. *supra*, sp. n° 155 s. et n° 324 s. ; de sorte qu'il s'agirait ici de déconnecter la phase d'instruction de l'ouverture d'une procédure de traitement.

³ Sur la judiciarisation, v. *supra*, sp. n° 116.

⁴ V. *supra*, sp. n° 456 s.

⁵ Sur l'institution de l'AAI, v. *supra*, sp. n° 400 s. ; et sur son rôle dans le cadre du prétraitement, v. *supra*, sp. n° 458.

⁶ V. *supra*, sp. n° 532.

⁷ Tels que la déclaration des créances ou la réalisation d'un bilan de l'entreprise, v. *supra*, sp. n° 474 s.

579. Nouvelle perspective pour le traitement des entreprises en difficulté. Si le choix du judiciaire pour traiter les entreprises défaillantes présente un véritable attrait¹, le « tout judiciaire » entraîne sa remise en cause². Il est possible de lui redonner une place légitime en revoyant l'ensemble du processus de traitement, de la détection à la mise en œuvre, effective, de la procédure³. Dans cette démarche, d'autres modes peuvent être développés, notamment administratif et privé. S'ils sont déjà connus, ils ne sont pas intégrés en tant que tels au droit des entreprises en difficulté⁴. Il est vrai qu'ils présentent leur propres limites⁵, nécessitant soit de tempérer le caractère administratif⁶, soit d'encadrer l'accord des parties⁷. L'ensemble fait aboutir à de nouvelles perspectives dans le processus de traitement des difficultés.

580. Propositions. Dans le cadre de la restructuration du traitement des difficultés, plusieurs propositions sont faites. Il s'agit d'abord du renouvellement et du développement de la **phase de détection** par la détermination d'un critère et l'institution d'une autorité, uniques et spécifiques. Or, contrairement au droit positif, le critère de détection ne retiendrait que la substance du fait déclencheur, c'est-à-dire l'*impossibilité économique d'exécuter*⁸ et non l'activité du débiteur et le degré de sa défaillance⁹. Il serait donc particulièrement large, s'envisageant comme un point d'entrée unique dans la matière¹⁰. Cela aurait pour conséquence d'intégrer au stade de la détection le cas du surendetté¹¹, mais dont la situation économique d'impossibilité d'exécuter est identique et donc, susceptible de se confondre *ab initio*¹², nécessitant son approfondissement. Il serait à nouveau distingué au stade de l'instruction du dossier, aux fins de traitement du surendettement¹³. Également à la différence du droit et des pratiques en cours, la compétence en matière de détection ne serait pas reconnue à l'autorité

¹ V. *supra*, sp. n° 115 s.

² V. *supra*, sp. n° 278.

³ Au sens contraignant.

⁴ Le droit des entreprises en difficulté ignore le traitement administratif, v. *supra*, sp. n° 81 ; et, s'il organise la conciliation des parties, il en judiciarise la réalisation, v. *supra*, sp. n° 125.

⁵ Sur les limites du traitement privé, v. *supra*, sp. n° 26 s. ; et du traitement administratif, v. *supra*, sp. n° 57 s.

⁶ Ce que permettrait le modèle des AAI, v. *supra*, sp. n° 408 s.

⁷ Par une autorité de conciliation, désignée par l'AAI, v. *supra*, sp. n° 515 s.

⁸ Sur l'établissement de ce critère, v. *supra*, sp. n° 294 s.

⁹ Le droit positif (ord. 18 déc. 2008 précit.) retient l'activité du débiteur, C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} ; v. *supra*, sp. n° 134.

En outre, chaque procédure correspond à un degré ou type de difficulté particulier, v. *supra*, sp. n° 120 s.

¹⁰ Sur cette fonction, v. *supra*, sp. n° 288 ; comp. diversification des critères du droit des entreprises en difficulté, sp. n° 119 s.

¹¹ Exclu des procédures du droit des entreprises en difficulté, comp. C. com., art. L. 620-2, al. 1^{er} et C. consom., art. L. 711-3, al. 1^{er}.

¹² Sur les difficultés de répartition entre le droit des entreprises en difficulté et du surendettement, v. *supra*, sp. n° 323 s.

¹³ C'est l'objet même de la phase de prétraitement, v. *supra*, sp. n° 486 ; son traitement renverra aux dispositions du surendettement, C. consom., Livre VII.

judiciaire. Elle serait renvoyée à la création d'une autorité administrative indépendante (AAI)¹, réunissant les différents acteurs institutionnels, entre autres, de la détection et prévention des difficultés². L'AAI ferait alors office de guichet unique pour toutes les situations d'impossibilité économique d'exécuter. Cela aurait pour conséquence de soustraire au rôle actuel du président du tribunal une partie de ses prérogatives légales³ et d'abolir la pratique *praeter legem* des cellules judiciaires de détection-prévention⁴. À l'inverse, ce serait reconnaître et consacrer dans la loi le rôle des divers organismes administratifs existants et compétents en ce domaine⁵.

Ensuite, la thèse propose de distinguer, **pour le traitement des difficultés**, la détermination de la procédure adéquate de son ouverture et mise en œuvre⁶. Cette question se pose dans le contexte de diversification des procédures⁷ en droit des entreprises en difficulté⁷, mais aussi en raison du critère de détection retenu⁸. Si la phase d'instruction relèverait principalement de l'AAI⁹, l'autorité judiciaire pourrait néanmoins être appelée à son bon déroulement¹⁰ ou encore, pour mettre rapidement fin à la défaillance économique manifestement irrémédiable¹¹. L'AAI jouerait ici le rôle de triage, orientant de manière éclairée le dossier vers la solution de traitement adaptée. Elle peut être à ce propos non judiciaire, résultant d'un accord amiable des parties. Il appartiendrait alors à l'AAI de désigner une autorité de conciliation pour encadrer sa conclusion¹² et l'autorité judiciaire pourrait être saisie pour son perfectionnement¹³. Mais qu'il s'agisse de sa mise en œuvre ou de son aboutissement, dans les deux cas, la solution privée dépendrait entièrement des parties. L'intervention de l'autorité judiciaire ne serait pas systématique¹⁴. L'objectif est de préserver la liberté et la confidentialité de ce mode de traitement alternatif, particulièrement attrayant pour le débiteur et les créanciers consentants, et d'encourager son développement¹⁵ dans un cadre sécurisé. La compétence de l'autorité judiciaire est enfin pleinement réaffirmée s'agissant de la mise en œuvre à proprement parler du traitement

¹ Autorité administrative indépendante, v. *supra*, sp. n° 366 s.

² V. *supra*, sp. n° 401 s.

³ Not. l'alerte du chef d'entreprise, C. com., art. L. 611-2, v. *supra*, sp. n° 234 s. et v. également, sp. n° 181 s.

⁴ Sur cellules, installées spontanément au sein des juridictions commerciales, v. *supra*, sp. n° 229 s.

⁵ Not. CODEFI, CIRI, CCSF, etc. ; v. *supra*, sp. n° 79.

⁶ Concrètement, v. 491 ; cela consitue le postulat sur lequel repose la réorganisation du traitement, sp. n° 452 ; et d'une manière générale, la restructuration du traitement judiciaire, v. *supra*, sp. n° 283.

⁷ V. *supra*, sp. n° 116 s. et n° 137 s.

⁸ Lequel appréhende largement tout type de débiteur et de difficulté, v. *supra*, sp. n° 322.

⁹ Sur son rôle, v. *supra*, sp. n° 461.

¹⁰ Not. en prononçant la suspension des poursuites individuelles des créanciers ou l'octroi de délais de paiement, v. *supra*, sp. n° 537 s.

¹¹ V. *supra*, sp. n° 465 et n° 537.

¹² V. *supra*, sp. n° 515.

¹³ V. *supra*, sp. n° 540 ; sans systématité, sp. n° 525.

¹⁴ Contrairement au droit positif qui prévoit pour la conciliation en cas de difficultés des entreprises que l'ouverture, le déroulement de la mission du conciliateur et l'issue de la conciliation dépendent de l'autorité judiciaire, C. com., art. L. 611-6 s. ; cela ne serait pas reproduit ici ; d'une manière générale, v. *supra*, sp. n° 496 s.

¹⁵ Renvoyant au mouvement général du droit favorable aux modes alternatifs, v. *supra*, sp. n° 500 ; par ex., projet de loi *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., Titre II : « Favoriser les modes de traitement alternatifs de règlement des différends ».

des entreprises en difficulté¹. Si cela correspond cette fois à l'état du droit positif, le traitement judiciaire serait toutefois renforcé par l'exercice d'un office juridictionnel resserré et reprécisé², ainsi que par l'exigence d'une compétence spécialisée³ et partant, par l'unification des juridictions⁴.

581. Restructuration du Livre VI du Code de commerce. Prenant acte de la restructuration du traitement des difficultés, les propositions de la thèse inviteraient à une réécriture des règles de droit qu'il faudrait approfondir par ailleurs. Elle intéresserait principalement le Livre VI du Code de commerce, mais aussi, *mutatis mutandis*, le Livre VII du Code de la consommation. À propos de la détection⁵, une partie devrait être commune aux deux dispositifs. Il y aurait là, à rebours de l'émiettement du droit, une harmonisation minimale⁶.

Concernant plus précisément le Code de commerce, il y aurait globalement une abrogation des dispositions du Titre I^{er}, sauf concernant l'homologation judiciaire de l'accord de conciliation⁷. Ainsi, la distinction principale ne résiderait plus entre ce qui relève de la prévention (Titre I^{er}) ou des procédures collectives et leurs déclinaisons (Titres II et suivants), mais d'une part, dans la détection de l'impossibilité économique d'exécuter et d'autre part, son traitement, quel qu'il soit. Il faut dire que la diversification des procédures de traitement du droit des entreprises en difficulté a entraîné une remise en cause de cette division du Code puisque certaines procédures - telles que la sauvegarde⁸ - peuvent apparaître préventives alors qu'elles ne figurent pas dans l'actuel Titre I^{er}, et inversement⁹.

Il y aurait en outre une subdivision au sein des dispositions relatives au traitement entre une phase préparatoire et préliminaire et celle propre au traitement, contraignant et ici judiciaire, des entreprises en difficulté. Dans cette nouvelle perspective, le recours au juge ne serait plus le commencement, mais l'aboutissement d'un processus de traitement fondé sur des bases fiables.

¹ Dans son sens contraignant, par référence aux procédures collectives et leurs déclinaison, C. com., Livre VI, Titre II-IV.

² V. *supra*, sp. n° 532 s.

³ Sur les modalités de la spécialisation, v. *supra*, sp. n° 566 s.

⁴ Proposition d'institution d'une chambre mixte au sein du TGI se composant de magistrats de profession et des juges consulaires, v. *supra*, sp. n° 564.

⁵ Par l'effet de la détermination d'un critère commun, v. *supra*, sp. n° 322.

⁶ A pu être suggérée la création d'un « code de l'endettement » (VOINOT (D.), Transposition de la directive relative aux droits des consommateurs en droit français (...), *REDC*, 2014/4, *op. cit.*, sp. p. 367) qui réunirait les règles des entreprises en difficulté et du surendettement ; mais, en réalité, susciterait certainement plus de difficultés qu'elle n'en résoudrait (REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), « Faillite » des entreprises et surendettement des particuliers », *in* mélanges J. HÉRON, *op. cit.*, sp. p. 464) ; ce serait donc proposer un compromis raisonnable ; sur cette harmonisation, v. *supra*, sp. n° 356.

⁷ C. com., art. L. 611-8, II s. ; sur l'issue de la conciliation, v. *supra*, sp. n° 540.

⁸ Not. en raison de l'absence de cessation des paiements au titre des conditions d'ouverture et de l'initiative réservée au débiteur (C. com., art. L. 620-1, al. 1^{er}) ; elle est alors qualifiée de procédure « collective préventive », ROUSSEL GALLE (P.), La procédure de sauvegarde, Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, *JCP E*, 2006/40, 2437, sp. n° 3.

⁹ À propos de la conciliation ; elle peut être ouverte alors même qu'elle comprend un état de cessation des paiements (moins de 45 jours), C. com., art. L. 611-4 ; et permet un passage accéléré en procédure collective, art. L. 611-7, al. 1^{er} ; v. *supra*, sp. n° 125-126.

Conclusion générale

« Il faut bâtir avec les pierres qu'on nous lance », Franz Liszt (1811-1886).

582. Légitimité du traitement judiciaire des entreprises en difficulté. Bien que le traitement judiciaire des entreprises en difficulté puisse être, par ses excès, critiqué, l'autorité judiciaire demeure privilégiée par ses qualités et son autorité¹. Toutefois, comme le rappelait le professeur Wiederkehr, « l'exercice d'une fonction suppose un pouvoir et tout pouvoir a besoin de légitimité »².

Si le pouvoir que le législateur a choisi de conférer³ à l'autorité judiciaire doit être remis en cause en raison de ses débordements⁴, il faut s'abstenir d'une conclusion trop hâtive qui consisterait à exclure le juge. Son intervention demeure indispensable⁵ et, pour l'application des règles de droit, fondamentale ; le juge conserve donc un rôle essentiel pour la mise en œuvre du droit des difficultés des entreprises. C'est tout en nuances qu'il faut retenir que le principe du recours à l'autorité judiciaire est partagé et, même, préféré, mais que le traitement « tout judiciaire » des entreprises est quant à lui contestable, du moins en l'état.

583. Faire évoluer le choix du traitement judiciaire. Une première étape dans la réflexion menée a été d'admettre que le choix du traitement judiciaire, nonobstant ses atouts, ne peut, à lui seul, réaliser l'ensemble des objectifs fixés par le droit des entreprises en difficulté. La nécessité s'est alors imposée de faire évoluer ce choix⁶ et, plus précisément, de le diversifier. En ce sens, une seconde étape a suggéré l'institution d'une autre autorité au stade de la détection et de la prévention des difficultés. C'est donc l'ensemble du processus de traitement qui est revu. Les nouvelles propositions ainsi formulées ont mis en avant des données déjà existantes en droit

¹ Sur celles-ci, v. *supra*, sp. n° 92 s.

² WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in méf. R. PERROT, *op. cit.*, sp. p. 575.

³ Sur le choix du législateur et l'impulsion de la pratique, v. *supra*, sp. n° 14.

⁴ Tant dans ses fonctions que concernant les autorités judiciaires compétentes, v. *supra*, sp. n° 146 s.

⁵ C'est au demeurant, selon le doyen Wiederkehr, sa principale source de légitimité, *loc. cit.* et « De la légitimité de la justice », in méf. J. HÉRON, *op. cit.*, sp. p. 486.

⁶ Un parallèle pourrait par ailleurs être fait avec la nécessité pour le législateur de faire évoluer le choix du « tout répressif » à propos de la législation ; sur ce caractère du droit ancien, v. *supra*, sp. n° 2 et n° 113.

des entreprises en difficulté¹ ou dans d'autres branches du droit², mais de manière sous-jacente, tout en tenant compte de leurs qualités et, aussi, de leurs failles³. Le but est de rationaliser, de façon cohérente, l'intervention de chacun - notamment du juge -. C'est le traitement lui-même qui impose ses propres rythmes, formes, modalités et acteurs⁴. *In fine*, l'autorité judiciaire, dont le rôle serait redéfini en droit des entreprises en difficulté, en ressortirait renforcée.

584. Bilan. Au terme de cette étude, il est possible de conclure que **l'hypothèse est validée**⁵, une place de choix doit être réservée à l'autorité judiciaire dans le traitement des difficultés, mais à la condition de ne pas être l'unique. D'autres modes de traitement⁶ doivent venir à son soutien pour être pleinement légitime dans l'exercice de sa fonction. Quoi qu'il en soit, aucun « brevet de légitimité »⁷ ne peut être décerné aux autorités intervenantes, y compris l'autorité judiciaire. Il faut en effet rappeler que la légitimité s'envisage comme un bloc, composé de plusieurs facteurs plus ou moins solidaires les uns des autres⁸. De sorte que la légitimité résulte « plus d'un sentiment [que d'] une conformité à la norme »⁹ et qu'elle dépend en définitive des justiciables eux-mêmes.

Par ailleurs, les propositions qui sont avancées pour redéfinir le traitement judiciaire obligent à d'importantes modifications, tant dans l'organisation des institutions que sur le fond du droit. Notamment, elles associent deux corps de règles contenus dans des Codes différents¹⁰, créent une autorité nouvelle¹¹, modifient le processus de traitement¹² et réforment la juridiction compétente pour traiter des entreprises en difficulté¹³. **Le bilan des propositions est partagé.** D'un côté, il aurait été possible d'aller encore au-delà : par exemple, si la phase de détection peut être unifiée concernant l'ensemble des débiteurs et déjudiciarisée, d'autres pourraient l'être

¹ En droit des entreprises en difficulté et dans la pratique, même non consacrée par la loi ; à propos par ex. du traitement administratif, v. *supra*, sp. n° 84 ; ou des cellules de détection-prévention judiciaires, v. *supra*, sp. n° 229 s..

² C'est-à-dire dans d'autres branches du droit, telles que le droit de la consommation (surendettement), droit civil (droit des obligations), droit public (AAI).

³ Ce qui justifie notamment l'institution d'une autorité administrative indépendante ; ou encore, la gouvernance par une autorité de conciliation dans l'hypothèse de négociations d'un accord amiable entre les parties ; sur les limites des modes administratifs et privés, v. *supra*, sp. n° 25 s.

⁴ En ce sens, CHAPUT (Y.), « Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (de la "chronojuridicité") », in *mél. D. TRICOT, op. cit.*, p. 411-422.

⁵ Pour sa formulation, v. *supra*, sp. n° 14.

⁶ Sur l'institution d'une autorité administrative par exemple, v. *supra*, sp. n° 366 s.

⁷ Par référence à l'expression employée et largement reprise suite à la décision du Conseil constitutionnel (4 mai 2012 *EURL David Ramirez* précit.) validant la conformité des tribunaux de commerce à la Constitution ; not. BLÉRY (C.), RASCHEL (L.), Tribunaux de commerce : le changement, c'est pas maintenant !, *JCP G*, 2012, n° 20-21, *op. cit.* ; BOILLOT (C.), « Brevet d'indépendance et d'impartialité (...) », in *mél. P. LE CANNU, op. cit.* ; FAVARIO (T.), Le Livre VI du Code de commerce en son miroir constitutionnel, *RPC*, 2015/4, *op. cit.*, sp. n° 14 ; expression également reprise par ailleurs, DISSAUX (N.), Un brevet de constitutionnalité décerné au tribunal paritaire des baux ruraux, n. sous Cass. 3^e civ., 14 avril 2016, n° 15-25.425, *RDR*, 2016/444, comm. 145 ; BOSCO (D.), Brevet de constitutionnalité pour le pouvoir d'auto-saisine et le pouvoir de sanction de l'autorité de concurrence, *CCC*, 2015/12, p. 26.

⁸ RAIBAUT (J.), Les tribunaux de commerce (...), *RJC*, 2008/4, *op. cit.*, sp. p. 264.

⁹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La légitimité des juridictions consulaires », in *La légitimité des juges, op. cit.*, sp. p. 175.

¹⁰ À propos de la détection, Code de commerce et Code de la consommation, v. *supra*, sp. n° 322.

¹¹ Une autorité administrative indépendante, v. *supra*, sp. n° 366.

¹² Par le développement d'une phase de détection et d'instruction, v. *supra*, sp. n° 417 s. et n° 456 s.

¹³ Plus exactement, des juridictions compétente (tribunal de commerce et TGI) au sein d'une chambre mixte, v. *supra*, sp. n° 557 s.

aussi, telles que la phase liquidative¹, notamment dans le cas où il n’y a pas - ou peu - d’actifs réalisables². D’un autre côté, il serait également possible, au regard de la restructuration proposée, de procéder à une réalisation *a minima*, c’est-à-dire limitée aux seuls « petits » débiteurs et personnes physiques³. Enfin, il se pourrait également qu’écartant toute proposition, aucune modification ne soit jamais rendue effective. L’obstacle peut être par exemple d’ordre financier du fait de la création d’autorités administratives indépendantes⁴ ou de la refonte des juridictions⁵. Cela ne serait pas nécessairement un échec en ce que la recherche porte, au fond, la réflexion sur le rôle de l’autorité judiciaire, ce que le législateur des entreprises en difficulté paraît avoir négligé malgré ses réformes⁶. Par ailleurs, il pourrait être encore opposé aux propositions nouvelles que l’alternative d’un traitement administratif ne soit pas plus efficace que celui judiciaire, les débiteurs demeurant de manière générale réticents à dévoiler leurs difficultés et les informations utiles restant opaques. Pour le savoir, il faudrait effectuer une analyse économique approfondie ainsi qu’une étude sociologique des comportements, ce qui relève d’un autre travail. En tout état de cause, il apparaît moins contestable sur le plan des droits fondamentaux d’observer un dispositif administratif faillible plutôt qu’un système judiciaire défaillant. Ainsi, bien que le traitement judiciaire des difficultés des entreprises soit soumis à la critique, il s’agit en réalité d’un plaidoyer mené en faveur de la Justice et dont le droit judiciaire pourrait sortir gagnant.

585. Ouverture. L’examen du traitement judiciaire des entreprises en difficulté ouvre une réflexion plus vaste sur le monde judiciaire. La redéfinition du rôle de l’autorité judiciaire dans ce domaine⁷ renvoie d’une manière générale à la place du juge dans la société. Elle est alors l’une de ces questions qui ne paraît pouvoir être définitivement tranchée, nécessitant de prolonger et renouveler sans cesse l’analyse⁸. En dehors de sa fonction, ce sont aussi les membres

¹ Formulant cette hypothèse, REGNAUT-MOUTIER (C.), VALLANSAN (J.), « “Faillite” des entreprises et surendettement des particuliers », in méf. J. HÉRON, *op. cit.*, sp. p. 464.

² Sur le rapprochement des dispositifs relatifs aux entreprises en difficulté ou au surendettement à travers la mise en place d’une procédure de rétablissement, v. *supra*, sp. n° 351 ; par exemple, envisageant pour ces hypothèses un effacement *administratif* des dettes.

³ Not. BORGA (N.), Livre VI du Code de commerce et surendettement des particuliers, concurrence ou complémentarité ?, *BJE*, 2012/5, p. 31 s. ; VINCENT (C.), La qualité du débiteur dépourvu d’entreprise, *JCP E*, 2016/26, *op. cit.*

⁴ Bien qu’elles réunissent déjà présents par ailleurs, dans d’autres organes compétents, v. *supra*, sp. n° 406.

⁵ La justice commerciale est particulièrement économique, le mandat des juges consulaires étant bénévole, v. *supra*, sp. n° 167 ; elle est donc peu coûteuse, sa réforme pourrait donc être préjudiciable sur ce point.

⁶ Sur cette observation d’absence de réflexion globale de l’autorité compétente en droit des entreprises en difficulté par le maintien, en toute hypothèse, du recours au juge, v. *supra*, sp. n° 12 et n° 282.

⁷ V. *supra*, sp. n° 533 s.

⁸ Cette interrogation est à l’origine de la réforme de la justice du XXI^e s., v. *supra*, sp. n° 12 et n° 143 ; plus précisément, il est possible de souligner que le projet de loi ordinaire *de modernisation de la justice* précit. tend particulièrement à favoriser les modes alternatifs de règlement des différends (Titre II) ; par ailleurs, il a pu prévoir pour certaines décisions en matière de surendettement (par ex., l’effacement partiel des dettes) la suppression de l’homologation judiciaire, Titre IV « Recentrer les juridictions sur leurs missions essentielles », Chap. IV « Dispositions relatives au surendettement », art. 18 *sexies* ; mais alors que l’entrée en vigueur de cette disposition était prévue pour le 1^{er} janv. 2018, un amendement (COM-94) tendant à sa suppression a été adopté en nouvelle lecture (Sénat, TA n° 186, 28 sept. 2016) ; le recours au juge est donc maintenu.

du corps judiciaire qui sont visés. Par exemple, la spécialisation des juges¹ interroge le statut des juges consulaires², ravivant le débat sous-jacent du maintien des tribunaux de commerce³ ; ou encore, cela soulève la question de l'indépendance du parquet⁴. Au-delà de ce cercle d'autorités, l'étude des modes de traitement des difficultés des entreprises invite également à appréhender les professionnels chargés de le mettre en œuvre, tels que les administrateurs et mandataires judiciaires⁵. Mais ils ne sont pas les seuls à cette fin : les huissiers de justice⁶ doivent aussi être comptés, sans oublier les avocats spécialisés ainsi que toutes les autres professions non réglementées, dévouées au soutien du débiteur ou du créancier, telles que les conseillers juridiques, économiques et financiers, de stratégie, managers de crise, négociateurs, consultants, etc⁷. S'interrogeant sur leur coordination, il y aurait certainement, là aussi, la nécessité d'une mise en ordre.

¹ Sur cette proposition, v. *supra*, sp. n° 566 s. et n° 572 s.

² La réforme de la justice du XXI^e s. précit. s'attache particulièrement à définir un statut propre aux juges consulaires, projet de loi *de modernisation de la justice du XXI^e s.* précit., Titre VI : « Rénover et adapter la justice commerciale aux enjeux de la vie économique et de l'emploi », Chap. 1^{er} : « Conforter le statut des juges de tribunaux de commerce », sp. art. 47, al. 8-12 qui renforcent les incompatibilités d'exercice (professions ou mandats publics), al. 17-18 qui imposent une obligation de formation, al. 21-27 qui prévoient diverses règles déontologiques, al. 28-39 qui imposent une déclaration d'intérêts ou al. 40-45 une déclaration de situation patrimoniale (présidents de juridiction), al. 58 qui fixe l'âge maximal du mandat, al. 64 s. qui prévoient les sanctions en cas de manquement ; soulignant l'absence de statut, rapp. Untermaier et Bonnot, AN (2013) précit., sp. p. 12 s. ; Étude d'impact, Sénat (juill. 2015) précit., sp. p. 188 s. ; soulignant le rapprochement avec les dispositions de la magistrature, rapp. Clément et Le Bouillonec, AN (juin 2016) précit., sp. p. 123 s. ; sur l'objectif de convergence et d'harmonisation, rapp. Détraigne, Sénat (oct. 2015) précit., sp. p. 126 s. ; sans que toutefois le statut de la magistrature leur soit étendu.

³ V. *supra*, sp. n° 165 et n° 555.

⁴ V. *supra*, sp. n° 209 ; la réforme de la justice du XXI^e s. supprime, de manière « symbolique » selon le rapporteur au texte, la condition de délibération en conseil des ministres à propos de la nomination des procureurs généraux comme premier pas vers l'indépendance, projet de loi organique *relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au CSM* précit. ; toutefois, les autres amendements en ce sens ont été rejetés, par ex. : amendement CL15 de M. CORONADO modifiant l'article 5 du statut de la magistrature pour une tutelle des chefs hiérarchiques et non plus du garde des Sceaux ; v. rapp. AN n° 3716, *sur le projet de loi organique (...)*, C. UNTERMAIER (rapp.), mai 2016, 296 p.

De plus, la véritable consécration de l'indépendance nécessiterait une réforme constitutionnelle, dont l'adoption appelle d'autres enjeux ; elle aurait pu aboutir avec le projet de loi constitutionnelle *de protection de la Nation* (30 mars 2016), mais qui a été abandonné avec la déchéance de nationalité ; DUPIC (E.), Chronique du statut du procureur français : un nouvel échec ?, *GP*, 2016/18, p. 13 s. ; elle pourrait réapparaître avec le projet initié en 2013 de loi constitutionnelle *portant réforme du CSM* initié en 2013, TA AN n° 720, 26 avril 2016 renforçant les pouvoirs du CSM dans la garantie d'indépendance, dans la discipline et la nomination des membres du parquets, modif. Constitution 1958, art. 64-54 ; mais elle n'obtient pas la majorité des voix, DE MONTECLER (M.-C.), Le retour d'une réforme *a minima* du Conseil supérieur de la magistrature ?, *AJDA*, 2016, p. 812.

⁵ C. com., Livre VIII, Titre Ier ; not. CAGNOLI (P.), Entreprises en difficulté, Organes de la procédure, *Rép. dr. comm.*, actualisation : juin 2016 ; FROELICH (P.), « Administrateurs et mandataires judiciaires : une profession au service de la justice commerciale », *in Bicentenaire du Code de commerce, op. cit.*, p. 567-572. ; HUERTAS (X.), SÉNÉCHAL (M.), « (...) rôle central que sont amenés à jouer (...) », par V. BOCCARA, *BJE*, 2014/3, *op. cit.* ; MERCIER (J.-L.), Que reste-t-il de la gouvernance dans une entreprise en difficulté ?, *in Dossier, Le périmètre de la gouvernance, GP*, 2014/240, p. 76 s. ; SOINNE (B.), *Les mandataires de justice (...)*, *op. cit.* ; à leur propos, v. *supra*, sp. n° 470, n° 480 et n° 493.

⁶ A propos desquels était envisagée leur fusion avec les mandataires judiciaires notamment en une profession unique de l'exécution des décisions de justice de l'insolvabilité, projet de loi *pour la croissance et l'activité*, AN TA n° 2447, par E. MACRON (min. Éco.), déc. 2014, art. 20 ; NOTTÉ (G.), Projet de loi « Macron » pour la croissance et l'activité, *JCP E*, 2014/52, act. 970 ; du moins, pour les petites liquidations, art. 20 *quater* ; mais abandonné en raison de l'opposition des mandataires judiciaires, BISSUEL (B.), Grève inédite des administrateurs et mandataires judiciaires, *LeMonde.fr*, 27 nov. 2014 ; HUERTAS (X.), Le non-sens de la profession unique de l'exécution, *PA*, 30 oct. 2014, p. 5 s. ; PÉTEL (P.), Le mandataire judiciaire est-il soluble dans une profession de l'exécution ?, *JCP G*, 2014/49, p. 1241 s. ; SÉNÉCHAL (M.), Projet de loi Macron : quels enjeux pour les mandataires judiciaires ?, *D.*, 2014, p. 2568 s.

⁷ V. *supra*, sp. n° 470.

Bibliographie générale

I. MANUELS, MONOGRAPHIES, OUVRAGES GÉNÉRAUX, OUVRAGES SPÉCIAUX ET TRAITÉS

A

- ABÉCASSIS (P.), BATIFOULIER (P.) et SYLVAIN (Z.), *Le rôle de l'État dans la vie économique et sociale*, Ellipses, 1996, 158 p.
- ALFANDARI (E.), *Droit des affaires*, Litec, 1993, 473 p.
- ANTONINI-COCHIN (L.), HENRY (L.-C.), *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, Gualino-Lextenso, 2015, 5^e éd., 160 p.
- AMRANI-MEKKI (S.), STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Puf, 2014, 907 p.
- ARGENSON (J.), TOUJAS (G.), *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, Traité et formulaire, Librairies techniques, 1973, 4^e éd., 682 p.
- AUBRY (C.), RAU (C.), *Droit civil français, Petits contrats et responsabilité* (t. VI), P. ESMEIN (éd.), LGDJ, 1951, 6^e éd., 635 p.
- *Obligations en général, diverses espèces d'obligation, contrats en général* (t. IV), E. BARTIN (éd.), éd. techniques, 1942, 6^e éd., 493 p.
- AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit*, Sirey, 2014, 15^e éd., 381 p.

B

- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 1, L. BARDE (collab.), Sirey, 1906-1908, 3^e éd.
- BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, 2016, 15^e éd., 728 p.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, 5^e éd., 399 p.
- *Méthodologie juridique*, Puf, 2016, 2^e éd., 453 p.
- BIARDEAUD (G.) (éd.), *Le surendettement*, École Nationale de la magistrature, Lextenso, 2011, 156 p.
- BLAISE (J.-B.), *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, Lextenso, 2015, 8^e éd., 598 p.
- BLOCH-LAINÉ (F.), *Pour une réforme de l'entreprise*, éd. du Seuil, 1967, 191 p.
- BONARD (J.), *Droit des entreprises en difficulté*, Hachette supérieur, 2016, 7^e éd., 168 p.
- BONNEAU (T.), *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2016, 3^e éd., 692 p.
- *Droit bancaire*, LGDJ-Lextenso, 2015, 11^e éd., 810 p.
- et DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, 3^e éd., 1202 p.
- BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question de la constitutionnalité*, Puf, 2014, 126 p.
- BOSKOVIC (O.) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2013 (cop. 2012), 477 p.
- BOTTINI (F.) (dir.), *L'État interventionniste, Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, 2012, 192 p.
- BOURETZ (E.), EMERY (J.-L.), *Autorité de contrôle prudentiel*, Rev. Banque édition, 2010, 128 p.
- BOUTIN (C.) et ROUVILLOIS (F.) (dir.), *Décentraliser en France, idéologies, histoires et prospective*, éd. F.-X. Guibert, 2003, 308 p.
- BOY (L.), GUILLAUMOND (R.) et al., *Droit des faillites et restructuration du capital*, PU Grenoble, 1982, 256 p.
- BRÉGI (J.-F.), *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, 310 p.
- BURGELIN (J.-F.) et LOMBARD (P.), *Procès de la Justice*, Plon, 2003, 162 p.

C

- CABRILLAC (R.), *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2016, 2^e éd., 191 pp
- CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Litec, 2013, 8^e éd., 880 p.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Puf, 2013, 2^e éd., 998 p.
- CADIET (L.), LORIFERNE (D.) (dir.), *L'autorité de chose jugée*, éd. IRJS, 2012, 177 p.
- CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2000, 5^e éd.
- CANIVET (G.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et KLEIN (M.) (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, 156 p.
- CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, R. DAVID (trad.), Economica, 1990, 397 p.
- CARBASSE (J.-M.) (dir.), *Histoire du Parquet*, Puf, 2000, 333 p.
- CARBONNIER (J.), *Flexibile droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, 10^e éd., 493 p.
- *Droit civil, Les obligations*, t. 4, Puf, 2000, 22^e éd., 665 p.
- *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, 2^e éd., 336 p.
- CASAMAYOR (L.), *Les Juges*, éd. du Seuil, 1973, 189 p.
- CATILLON (V.), *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, LGDJ, 2011, 418 p.
- CAYROL (N.), *Droit de l'exécution*, LGDJ, 2013, 474 p.

- CECCHI-DIMEGLIO (P.), BRENEUR (B.) (dir.), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolutions des conflits*, G. CANIVET (préf.), C. JAMIN (post.), Larcier, 2015, 1349 p.
- CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, 1093 p.
- CHAPUT (Y.), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Puf, 1986, 281 p.
- et LÉVI (A.) (dir.), *Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européen*, R. BADINTER (préf.), G. CANIVET (post.), CREDA, Litec, 2007, 629 p.
- CHASSAGNARD (S.), HIEZ (D.) (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, 222 p.
- CHASSAGNON (Y.), *L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté*, Tec et doc, 1986, 2^e éd., 294 p.
- CHAUVAUD (F.), PETIT (J.-G.) et YVOREL (J.-J.), *Histoire de la Justice de la Révolution à nos jours*, PU Rennes, 2007, 248 p.
- CHÉROT (J.-Y.), *Droit public économique*, Economica, 2007, 2^e éd., 1032 p.
- CHEVALIER (P.), DESDEVEISES (Y.) et MILBURN (P.) (éd.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003, 287 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, Montchrestien-Lextenso, 2010, 5^e éd., 158 p.
- COHEN (E.), *L'ordre économique mondial, Essai sur les autorités de régulation*, Fayard, 2001, 315 p.
- COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2015, 10^e éd., 1046 p.
- COLSON (J.-P.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, LGDJ-Lextenso, 2014, 7^e éd., 796 p.
- COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 2015, 5^e éd., 598 p.
- CORNU (G.), *L'apport des réformes récentes du Code à la théorie du droit civil*, Les cours de droit, 1971, 240 p.
- et FOYER (J.), *Procédure civile*, Puf, 1996, 3^e éd., 779 p.
- COULON (J.-M.) et SOULEZ-LARIVIÈRE (D.), *La justice à l'épreuve*, éd. Odile Jacob, 2002, 335 p.
- COUZINET (J.-F.) (éd.), *Les agences de l'Union européenne, Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, actes de la journée Guy Isaac, 2001, PU Toulouse, 2002, 306 p.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Lexisnexis, 2015, 28^e éd., 863 p.
- CROUZET (D.), *La sagesse et le malheur, Michel de l'Hospital, Chancelier de France*, Seyssel-Champ Vallon, 1998, 608 p.

D

- DE BÉCHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, P. BON (préf.), Economica, 1996, 577 p.
- DE JUGLART (M.), IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial, Procédures collectives de paiement*, t. 6, Montchrestien, 1998, 3^e éd., 578 p.
- DECOOPMAN (N.) (dir.), *Les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier*, Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens, 2000, 301 p.
- DEL CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, L'Harmattan, 1997, 399 p.
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, éd. La mémoire du droit, 2001 (rééd. 1911), 681 p.
- DENIÈRE (G.), *La juridiction consulaire de Paris, 1563-1792, Sa création, ses luttes, son administration intérieure, ses usages et ses mœurs*, Plon, 1872, 588 p.
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, 2^e éd., 919 p.
- DERRIDA (F.), GODÉ (P.) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, A. HONORAT (collab.), Dalloz, 1991, 3^e éd., 675 p.
- DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2015, 3^e éd., 363 p.
- DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en difficulté*, t. 5, Puf, 1995, 491 p.

E

- EWALD (F.), *Histoire de l'Etat providence*, éd. Grasset, 1996, 317 p.

F

- FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, Puf, 2004, 209 p.
- FASQUELLE (D.), FASQUELLE-LEONETTI (M. A.) et al., *Droit de l'entreprise 2014-2015*, Lamy, 2014, 19^e éd., 3650 p.
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.) et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016, 19^e éd., 1103 p.
- FERRIÈRE (F.), AVENA-ROBARDET (V.), *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 2012, 4^e éd., 482 p.
- FONTAINE (P.), *La justice*, Ellipses, 2005, 144 p.
- FONTANEL (J.), *L'action économique de l'Etat*, L'Harmattan, 2001, 166 p.
- FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, Hachette et C^{ie}, 1922, 6^e éd., 424 p.
- FRATTINI (F.), CANIVET (G.) (dir.), *Pour une justice économique efficiente en Europe : enjeux et perspectives d'une harmonisation*, actes du colloque, CREDA, 2007, Bruylant, 2009, 349 p.
- FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (C.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2015, 2^e éd., 698 p.
- FRICERO (N.), JULIEN (P.), *Procédure civile*, LGDJ-Lextenso, 2014, 5^e éd., 490 p.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Le Nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, 260 p.

- et BONFILS (S.) (dir.), *Les grandes questions du droit économiques*, Puf, 2005, 431 p.

G

- GARAPON (A.), *Gardien des Promesses, Justice et démocratie*, éd. Odile Jacob, 1996, 281 p.
- avec PERDRIOLLE (S.) et BERNABÉ (B.), *La Prudence et l'Autorité, Juges et procureurs du XXI^e siècle*, C. TAUBIRA (préf.), éd. Odile Jacob, 2014, 302 p.
- GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.), *Les institutions de l'Antiquité*, LGDJ-Lextenso, 2014, 8^e éd., 532 p.
- GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif, Droit administratif général*, t. 1, LGDJ, 2001, 16^e éd., 918 p.
- GAUDINO (A.), *La mafia des Tribunaux de commerce*, Albin Michel, 1998, 245 p.
- GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCKHOVE (M.) (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements*, PU St-Louis, 1983, 581 p.
- GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCKHOVE (M.) (éd.), *Droit imposé, droit négocié*, PU St-Louis, 1996, 703 p.
- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 2005, 1374 p.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, Le contrat, le consentement*, t. 1, J. GHESTIN (dir.), LGDJ-Lextenso, 2013, 4^e éd., 1526 p.
- GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois-Lextenso, 2009, 764 p.
- GINESTET (C.) (dir.), *La spécialisation des juges*, Institut de droit privé, IFR n° 14, PU Toulouse I, 2012, 244 p.
- GIORGINI (G. C.), VIDAL (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Gualino-Lextenso 2016, 2^e éd., 638 p.
- GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, J.-P. LÉVY (rééd.), Dalloz, 2003, 8^e éd. (rééd. 1929), 1223 p.
- GLASSON (E. D.), TISSIER (A. A.) et MOREL (R. L.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 1925, 3^e éd., 850 p.
- GREFFE (X.), *Economie des politiques publiques*, Dalloz, 1997, 2^e éd., 587 p.
- GREVET (A.), *L'EIRL : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, éd. d'Organisation-Eyrolles, 2011, 47 p.
- GUÉDON (J.-L.), *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 1991, 142 p.
- GUÉRY (G.), *Prévention et traitement des difficultés des entreprises*, DUNOD, 1995, 204 p.
- GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, Puf, 2015, 7^e éd., 127 p.
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et al., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 2015, 8^e éd., 1447 p.
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, 2016, 33^e éd. et *Procédure civile, droit interne et de l'Union européenne*, 2014, 32^e éd., Dalloz, 1572 p.
- GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (T.), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2015, 13^e éd., 1171 p.
- GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général* (t. 1) et *Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire – Faillite*, t. 2, Economica, 2003, 12^e et 8^e éd., 1060 p. et 484 p.

H

- HAMEL (J.), LAGARDE (G.), *Traité de droit commercial, Introduction générale, Théorie des actes de commerce, Les personnes du droit commercial*, t. 1, Dalloz, 1954, 1171 p.
- HÉBRAUD (P.), *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*, Rec. Acad. Lég., t. XIX, Impr. F. Boisseau, 1949, 206 p.
- HENRION DE PANSEY (P.-P.-N.), *De l'autorité judiciaire en France*, éd. T. Barrois père, 1818, 587 p.
- HÉRON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ-Lextenso, 2015, 6^e éd., 998 p.
- HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21 s.
- HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, Puf, 1986, 355 p.
- avec BERGÈS (L.) et al., *Les tribunaux de commerce, Genèse et enjeux d'une institution*, P. CLÉMENT (préf.), La Documentation française, 2007, 286 p. et in *Rev. Histoire de la justice*, 2007/1, n° 17, 284 p.
- HOUIN (R.), BOULOC (B.) (éd.), *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t. I, Sirey, 1976, 2^e éd., 352 p.

I

- ITHURBIDE (R.), *Histoire critique de la faillite*, LGDJ, 1973, 389 p.

J

- JACQUEMIN (A.), SCHRANS (G.), *Le droit économique*, Puf, 1982, 3^e éd., 126 p.
- sous leur direction, *La Magistrature économique*, actes du colloque, Centre de recherches interdisciplinaires Droit-Economie, Louvain-la-Neuve, Univ. Gand, 1976, Oyez-Bruylant
- JACQUEMONT (A.), VABRES (R.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 2015, 9^e éd., 750 p.
- JAMET (J.), *Le surendettement des particuliers : commentaire de la loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liés au surendettement des parties et des familles*, Montchrestien, 1990, 189 p.
- JAULT-SESEKE (F.), ROBINE (D.) (dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, Joly-Lextenso, 2015, 310 p.
- JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 2006, 7^e éd., 874 p.

JEULAND (E.), *Droit processuel général*, LGDJ-Lextenso, 2014, 3^e éd., 730 pp
JULIEN (J.), *Droit de la consommation*, LGDJ-Lextenso, 2015, 666 p.

K

KERNALEGUEN (F.), *Institutions judiciaires*, LexisNexis, 2015, 6^e éd., 285 p.
KHAYAT (D.), *Le surendettement des ménages*, Puf, 1999, 127 p.
KIRAT (T.), *Economie du droit*, éd. La Découverte, 2012, 125 p.
KRYNEN (J.), *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, Puf, 1999, 278 p.
KRYNEN (J.) et RAIBAUT (J.) (dir.), *La légitimité des Juges*, actes du colloque, 2003, Univ. Toulouse I, travaux de l'IFR mutations des normes juridiques, PU Toulouse, 2004, 224 p.

L

LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, éd. Joly, 2003, 2^e éd., 217 p.
LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz, 2005, 276 p.
LE CORRE (P.-M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2015, 7^e éd., 238 p.
- *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2014, 8^e éd., 2800 p.
- sous sa dir., *Mesures d'exécution et procédures collectives : confrontation des règles de l'exécution et du droit des entreprises en difficultés*, Actes du colloque, CRAJEFE, Nice, 2010, Bruylant, 2012, 232 p.
LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, G. FARJAT et E. LE DOLLEY (préf.), J.-L. BERGEL et T. BONNEAU (post.), LGDJ-Lextenso, 2010, 478 p.
LE GRAND (G.) et al., *Les trésoriers payeurs généraux et Receveurs des finances : les hauts fonctionnaires d'un grand service public (1865-2012)*, éd. Gestion et finances publiques, 2012, 319 p.
LEGRAND (V.), DE FAULTRIER (J.), *Entreprise individuelle, EURL, EIRL, auto-entrepreneur : création, gestion, évolution*, Delmas, 2015, 13^e éd., 570 p.
LENOBLE (J.), ANDERSEN (R.) et al., *La crise du juge*, Centre de philosophie du droit de Louvain, LGDJ-Bruylant, 1996, 171 p.
LEPOINTE (G.), MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954, 506 p.
LEVET (J.-L.) (dir.), *Les aides publiques aux entreprises : une gouvernance, une stratégie*, rapp. Commissariat général du plan, La Documentation française, 2003, 197 pp
LÉVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, 2^e éd., 1619 p.
LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Delmas-Dalloz, 2014, 6^e éd., 615 p.
LINOTTE (D.) ROMI (R.), *Droit public économique*, LexisNexis, 2012, 7^e éd., 478 p.
LOCRÉ (J.-G.), *Esprit du code de commerce, ou Commentaire de chacun des articles du code et même des dispositions de chaque article*, vol. 3, Dufour, 1829
LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 2013, 10^e éd., 1170 p.
LUCAS (F.-X.), *Le droit des affaires*, Puf, 2005, 128 p.
LYON-CAEN (A.), URBAN (Q.) (dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, 171 p.

M

MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz-Themis, 2008, 2^e éd., 728 p.
MAINGUY (D.) (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, UMR-CNRS 5815 (livre électronique), 340 p.
MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, 2016, 8^e éd., 897 p.
MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 2014, 13^e éd., 802 p.
MARCELLIN-TAUPENAS (S.), DU MANOIR DE JUAYE (T.), *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2016, 321 p.
MAYER (P.), HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, LGDJ-Lextenso, 2014, 11^e éd., 788 p.
MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, t. 2, F. CHABAS (éd.), Montchrestien, 1998, vol. 1, 9^e éd., 1353 p.
- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, H. CAPITANT (préf.), Montchrestien, 1970, 6^e éd., 1151 p.
MÉLIN (F.), *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant, 2008, 511 p.
MELKEVIK (B.), *Habermas, droit et démocratie délibérative*, PU Laval, 2010, 214 p.
MÉNURET (J.-J.), *Le contentieux du conseil de la concurrence*, LGDJ, 2002, 846 p.
MERRIEN (F.-X.), *L'État-providence*, Puf, 2007, 3^e éd., 128 p.
MILBURN (P.), KOSTULSKI (K.) et SALAS (D.), *Les procureurs, Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, Puf, 2010, 237 p.
MOLINIER (J.) (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, 264 p.
MONIER (R.), *Manuel de droit romain*, t. II, 1954, 5^e éd.
MOULIN (R.), BRUNET (P.), *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007, 327 p.

N

NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, LGDJ-Lextenso, 2016, 5^e éd., 799 p.

NISIO (F. S.), *Jean Carbonnier : Regards sur le droit et le non-droit*, Dalloz, 2005, 201 p.

O

OGUS (A.), FAURE (M.), *Economie du droit, le cas français*, éd. Panthéon-Assas, 2002, 176 p.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

P

PERCEROU (J.), *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, avec la collaboration de M. DESSERTAUX, t. 1, éd. Rousseau et C^{ie}, 1935, 2^e éd., 1070 p.

PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, 2014, 878 p.

PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 2012, 15^e éd., 527 p.

PÉTEL (P.), *Procédures collectives*, Dalloz, 2014, 8^e éd., 262 p.

PLETZER (P.) et THIRION (N.) (dir.), *La régulation économique dans la vie des affaires*, Bruylant, 2007, 186 p.

POTHIER (R. J.), *Traité des obligations*, J.-L. HALPÉRIN (préf.), Dalloz, 2011, 469 p.

POUILLE (A.), *Le pouvoir judiciaire et les Tribunaux*, Masson, 1985, 388 p.

R

RACINE (J.-B.) (éd.), *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*, Centre de recherches en droit économique (Nice), Centre d'études et de recherche sur le contentieux (Toulon et Var), GIP Mission de recherche Droit et Justice, mars 2001, 216 p.

RAIMON (M.), *Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ, 2007, 320 p.

RASSAT (M.-L.), *La justice en France*, Puf, 2007, 8^e éd., 127 p.

RICHARD (E.) (dir.), *Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques*, PU Rennes, 2005, 642 p.

RICOEUR (P.), *Le Juste 2*, éd. Esprit, 2001, 297 p.

RIGAUDIÈRE (A.), *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica, 2006, 3^e éd., 847 p.

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1995, 2^e éd. (réimpression 1951), 354 p.

- *Le déclin du droit, étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1998, 225 p.

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ-Lextenso, 2014 (rééd. 1949), 4^e éd., 421 p.

- et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, d'après le Traité de PLANIOL, t. 1, LGDJ, 1956, 1067 p.

- et ROBLLOT (R.), *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, par L. VOGEL, M. GERMAIN (dir.), t. 1, LGDJ, 2016, 20^e éd., 1454 p.

ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, éd. du Seuil, 2010, 367 p.

ROUAULT (M.-C.), *Droit administratif, Sources et principes généraux*, Gualino, 2012, 8^e éd., 294 p.,

ROUVILLOIS (F.) (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque, Fondation pour l'innovation politique, 2006-2007, Litec, 2008, 149 p.

S

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, 2016, 10^e éd., 1026 p.

SALAS (D.), *Le tiers pouvoir : vers une autre justice*, Fayard, 2012 (rééd. 1998), 291 p.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.) (dir.), *Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, commentaire article par article*, éd. Société de législation comparée, 2015, 428 p.

SAYAG (A.), HILAIRE (J.) (dir.), *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, CREDA, Librairies Techniques, 1984, 280 p.

SAYAG (A.), SERBAT (H.) (dir.), *L'application du droit de la faillite, éléments pour un bilan*, Librairies techniques, 1982, 314 p.

SCHIAVONE (A.), *L'invention du droit en Occident*, G. et J. BOUFFARTIGUE (trad.), Belin, 2008, 539 p.

SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Puf, 2001 (cop. 1997), 3^e éd., 779 p.

SOINNE (B.), *Les mandataires de justice, Administrateurs – Mandataires judiciaires, Experts en diagnostic d'entreprise*, Litec, 2003, 597 p.

- *Traité des procédures collectives*, Litec, 1995, 2^e éd., 2812 p.

SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. I, 1961, t. II, 1973, 981 p. et t. III, 1991, 1358 p.

SUPIOT (A.), *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Le Seuil, éd. 2009, 333 p.

SZRAMKIEWICZ (R.), DESCAMPS (O.), *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2013, 430 p.

T

- TERRÉ (F.) (*dir.*), *EIRL, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, LexisNexis-Litec, 2010, 300 p.
TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11^e éd., 1594 p.
TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 2015 (rééd. 1973), 251 p.
- *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, PU Laval, 2006, 51 p.

V

- VALLANSAN (J.) (*dir.*), *Difficultés des entreprises : commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, P. CAGNOLI et L. FIN-LANGER (*collab.*), Litec-LexisNexis, 2012, 6^e éd., 650 p.
VALLENS (J.-L.), *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly, 2011, 165 p.
- sous sa *dir.*, *Crise du crédit et entreprises : les réponses du droit*, Lamy, 2010, 318 p.
- et GIORGINI (G. C.) (*dir.*), *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, F.-X. LUCAS et B. FAUVARQUE-COSSON (*préf.*), Société de législation comparée, 2015, 128 p.
- et STORCK (M.) (*dir.*), *Impartialité et justice économique en Europe*, actes du colloque, Centre du droit de l'entreprise, Univ. Schuman, PU Strasbourg, 2003, 169 p.
VARAUT (J.-M.), *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, 302 p.
VERKINDT (P.-Y.), FAVENNEC-HÉRY (F.), *Droit du travail*, LGDJ, 2016, 5^e éd., 646 p.
VIANDIER (A.), VALLANSAN (J.), *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, Puf, 1992, 2^e éd., 371 p.
VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.) et CARDINI (C.), *Droit du surendettement des particuliers*, Lexisnexis, 2012, 2^e éd., 562 p.
VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz, 2003, 27^e éd., 1235 p.
VINEY (G.), JOURDAIN (p.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, J. GHESTIN (*dir.*), LGDJ, 2013, 4^e éd., 1316 p.
VISOT (M.), *Entreprises : une affaire d'Etat*, éd. d'Organisation Eyrolles, 2010, 130 p.
VOINOT (D.), *Procédures collectives*, LGDJ-Lextenso, 2013, 2^e éd., 396 p.
- *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007, 361 p.

W

- WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 2016, 26^e éd., 787 p.

II. THÈSES

A

- ALBIGES (C.), *De l'équité en droit privé*, R. CABRILLAC (*préf.*), LGDJ, 2000, 383 p.
ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international, Étude théorie des contre-mesures en droit international public*, P.-M. DUPUY (*préf.*), éd. A. Pedone, 1994, 503 p.
ANDRÉ (C.), *Le fait du créancier contractuel*, G. VINEY (*préf.*), LGDJ, 2002, 344 p.
ANDRÉ (T.), *Le rôle du ministère public dans les procédures collectives*, M. JEANTIN (*dir.*), Paris X, ANRT Lille 3 (microéd.), 1991
ANTONMATTEI (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, B. TEYSSIÉ (*préf.*), LGDJ, 1992, 315 p.

B

- BAUDRON (A.-M.), *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, C. GAVALDA (*préf.*), LGDJ, 1972, 280 p.
BELAÏD (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, M. VILLEY (*préf.*), LGDJ, 1974, 360 p.
BÉNABENT (A.), *La chance et le droit*, J. CARBONNIER (*préf.*), LGDJ, 1973, 231 p.
BERLINER (H.), *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, A. PIROVANO (*dir.*), 1990, 2 t., 525 p.
BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité indépendante*, X. BOUCOBZA (*préf.*), LGDJ, 2011, 453 p.
BETCHEN-ABOUEM (D.), *Les objectifs et les réalisations du législateur en matière de surendettement des particuliers*, N. MOLFESSIS (*dir.*), Paris II, 2005, 535 p.
BLAZY (R.), *La faillite : éléments d'analyse économique*, P. MORIN (*dir.*), Economica, 2000, 331 p.
BOLARD (V.), *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé, Principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, P. MAYER (*dir.*), Paris I, 2006, 434 p.
BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle, Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, M. TROPER (*préf.*), Dalloz, 2005, 449 p.

BOUSTANI (D.), *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, P.-M. LE CORRE (dir.), LGDJ-Lextenso, 2015, 430 p.
BUCHER (C.-E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Étude de droit comparé interne*, L. LEVENEUR (préf.), Dalloz, 2011, 504 p.

C

CASSIN (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, M. MASSIGLI (prés.), Sirey, 1914, 800 p.
CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, J. HÉRON et T. LE BARS (dir.), LGDJ, 2002, 489 p.
CALANDRI (L.), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, S. REGOURD (préf.), LGDJ-Lextenso, 2009, 733 p.
CAMOUS (E.), *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation, contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, J. CALAIS-AULOY et L. BOY (préf.), 2000, LGDJ, 2002, 551 p.
CASTELLAN (S.-D.), *Le juge-commissaire dans la faillite et le règlement judiciaire*, G. LAMBERT et R. HOUIN (préf.), Dalloz Sirey, 1965, 205 p.
CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, J. GHESTIN et D. MAZEAUD (préf.), LGDJ, 2002, 548 p.
CHEMLALI (H.), *La restructuration anticipée de l'entreprise en difficulté : l'anticipation du débiteur*, B. BRIGNON (dir.), 2015, Aix-Marseille, 462 p.
CHÉRIGNY (F.), *La révision judiciaire des conventions en droit privé français*, H.-J. LUCAS (dir.), Poitiers, 1994, 579 p.
CHEVALLIER (B.), *La motivation des actes juridictionnels*, Rennes I, 1974, 2 vol., 289 p.
CHOPARD (B.), *Analyse économique du droit des entreprises en difficulté*, R. DELOCHE (dir.), Franche-Comté, 2002, 242 p.
CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, T. BONNEAU (préf.), Defrénois, 2003, 483 p.
COLSON (R.), *La fonction de juger, Étude historique et positive*, L. CADIET (dir.), LGDJ, 2006, 350 p.
CONNES (D.), *Le droit des marchés au Moyen Âge (du XII^e au XIV^e siècle)*, A. CASTALDO (dir.), Paris II, 2009, 708 p.
COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, J.-P. HAEHL (préf.), LGDJ-Lextenso, 2013, 579 p.

D

D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, G. WIEDERKEHR (préf.), LGDJ, 1994, 339 p.
DANET (D.), *La nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence*, C. CHAMPAUD (dir.), Rennes, 1990
DE GIRVAL (C.), *Restructurations financières et droit français des entreprises en difficulté*, H. CROZE (dir.), Lyon 3, 2015, 296 p.
DE MOLÈNES (H.), *Des origines romaines de la distinction entre la faillite et la déconfiture*, J.-E. LABBÉ (dir.), impr. Ch.-F. Lapière, Rouen, 1889, 330 p.
DEPOIX-ROBAIN (N.), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, Paris IX, PU Septentrion, 1999, 602 p.
DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, M. G. MARTY (prés.), LGDJ, 1956, 443 p.
DUCLOS (J.), *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, D. MARTIN (préf.), LGDJ, 1984, 544 p.
DUPOUY (C.), *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Paris, LGDJ., 1960, 246 p.
DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation, Recherche sur la notion d'obligation*, P. DELEBECQUE (préf.), PUAM, 2004, 536 p.

E

ENGEL-CRÉACH (A.), *Les contrats judiciairement formés*, A. BÉNABENT (préf.), Paris X, Economica, 2002, 343 p.
EXNER (A.), *La notion de force majeure, Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, E. SELIGMAN (trad.), 1982, 132 p.

F

FABRIES-LECEA (E.), *Le règlement « insolvabilité », apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (préf.), Bruylant, 2012, 612 p.
FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, B. GOLDMAN (préf.), LGDJ, 1963, 543 p.
FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, F. LEDUC (préf.), Dalloz, 2012, 549 p.
FRANCO (O.), *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, E. CLAUDEL (préf.), LGDJ-Lextenso, 2016, 517 p.

G

GARÇON (J.-P.), *Les interventions publiques dans les entreprises en difficulté*, E. LE GALL (dir.), Nantes, 1983, 446 p.
GARINOT (J.-M.), *Le secret des affaires*, E. LOQUIN (préf.), LexisNexis, 2013, vol. 41, 404 p.
GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, A. GHOZI (préf.), LGDJ, 1999, 617 p.

- GOMAA (N. M. K.), *Théorie des sources de l'obligation*, J. CARBONNIER (dir.), LGDJ, 1968, 317 p.
- GOUNON (S.), *L'insolvabilité en droit privé*, J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), 2004, Lyon 3, 512 p.
- GRAYOT (S.), *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, G. VINEY (préf.), LGDJ, 2009, 644 p.
- GROS (J.-M.), *La doctrine française et les autorités administratives indépendantes*, J.-L. AUTIN (dir.), Montpellier I, 1995, 2 t., 986 p.
- GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, J. GESTHIN (dir.), ANRT (microéd.), 2000, 1037 p.
- GUILLON (A.), *Essai historique sur la législation française des faillites et banqueroutes avant 1673*, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1904, 127 p.

H

- HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, Librairies techniques, 1981, 415 p.
- HEINICH (J.), *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, J. MESTRE (dir.), Aix-Marseille, 2013, 607 p.
- HIEZ (D.), *Étude critique sur la notion de patrimoine en droit privé actuel*, P. JESTAZ (préf.), LGDJ, 2003, 459 p.
- HUVELIN (P.), *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, éd. A. Rousseau, 1897, 634 p.

J

- JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, D. MAZEAUD (préf.), Economica, 2013, 478 p.
- JEAMMIN-PETIT (E.), *La mission de conciliation du Juge, Réflexions sur l'office du juge*, Y. DESDEVISES (dir.), ANRT, 2006, 474 p.
- JEANNEROT (P.), *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire*, Y. GUYON (dir.), Paris I, 1992, 630 p.
- JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiations judiciaires*, S. GUINCHARD (préf.), PUAM, 2003, 476 p.
- JUDE (J.-M.), *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*, B. ANCEL (préf.), PUAM, 2003, 478 p.

L

- LAFAY (F.), *La modulation du droit par le juge, Étude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006, 691 p.
- LAFORÉST TACCHINI (V.), *La procédure de traitement du surendettement à l'épreuve des régimes matrimoniaux*, G. PAISANT (dir.), éd. La Mouette, 1998, 354 p.
- LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, J. FOURNIER (préf.), Bruylant-LGDJ, 2002, 546 p.
- LAUGIER (M.), *Les créanciers « hors procédure » ou La fuite des créanciers devant la discipline collective*, F. VAUVILLÉ (dir.), Lille 2, 2002, 483 p.
- LE BESCOND DE COATPONT (M.), *La dépendance des distributeurs*, G. CHANTEPIE (dir.), Lille 2, 2015, 727 p.
- LE MAGUERESSE (Y.), *Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations*, P. LE TOURNEAU et D. R. MARTIN (préf.), PUAM, 2007, 692 p.
- LEBEL (C.), *L'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire*, D. TRICOT et A. MARTIN-SERF (préf.), PUAM, 2000, 386 p.
- LECLERC (O.), *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, A. LYON-CAEN (préf.), LGDJ, 2005, 471 p.
- LECOURT (A.), *Le juge et l'économie*, B. SAINTOURENS (dir.), PUAM, 2004, 961 p.
- LEFEBVRE (J.), *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, N. DECOOPMAN (dir.), Amiens, 1997, 546 p.
- LEGUEVAQUES (C.), *Droit des défaillances bancaires*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (préf.), Economica, 2002, 655 p.
- LEMANISSIER (J.), *Faillite civile en Alsace et en Lorraine*, Paris, impr. Caron, 1939, 275 p.
- LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, S. CHASSAGNARD-PINET (préf.), Mare&Martin, 2014, 568 p.
- LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, P. MAYER (préf.), LGDJ, 1992, 423 p.
- LOCHOUARN (D.), *La profession, approche juridique de la notion*, H. CROZE (dir.), Lyon 3, Éd. juridiques et techniques, 1999, 219 p.

M

- MAILLY (M.), *L'application du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité aux groupes de sociétés : approches française et anglaise*, D. FASQUELLE et S. VIGNERON (dir.), Lille 2, 2014, 615 p.
- MANSON (S.), *La notion d'indépendance en droit administratif*, D. TRUCHET (dir.), Paris 2, 2 t., 507 p.
- MARTIN-SERF (A.), *Les créanciers munis de sûretés dans les nouvelles procédures collectives de liquidation et de redressement des entreprises*, Nancy 2, 1974, 548 p.

- MAS (M.), *Patrimoine du débiteur et actif de la procédure collective*, F. MACORIG-VENIER (dir.), Toulouse I, 2015
- MASQUEFA (C.), *La restructuration*, B. TEYSSIE (préf.), LGDJ, 2000, 495 p.
- MAYER (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, L. CADIET (préf.), éd. IRJ, 2009, 586 p.
- MÉLÉDO-BRIAND (D.), *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Rennes I, 1992, 463 p.
- MIGUET (J.), *Immutabilité et évolution du litige*, P. HÉBRAUD (préf.), LGDJ, 1977, 703 p.
- MONDOLONI (M.-A.), *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, M.-A. FRISON-ROCHE (préf.), PUAM, 358 p.
- MORRIS-BECQUET (G.), *L'insolvabilité*, H. CROZE (préf.), PUAM, 2002, 658 p.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, P. ROUBIER (préf.), M.-A. FRISON-ROCHE (éd.), Dalloz. 2002 (rééd. 1948), 183 p.,
- MOZAS (P.), *La notion de dette en droit privé*, P. LE CANNU (dir.), Bordeaux IV, 1995, 367 p.

N

- NABET (P.), *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire*, A. MARTIN-SERF (préf.), Litec, 2010, 346 p.
- NEUVILLE (S.), *Le plan en droit privé*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (préf.), LGDJ, 1998, 349 p.
- NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, R. PERROT (préf.), LGDJ, 1965, 526 p.

O

- OULD EBA (M.), *Le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté*, G. JAZOTTES (dir.), Toulouse I, 2013, 399 p.

P

- PERRU (E.), *L'impayé*, G. GOUBEAUX (préf.), LGDJ, 2005, 668 p.
- PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, G. COUTURIER (préf.), LGDJ, 1989, 254 pp
- PIERRE-MAURICE (S.), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Y. STRICKLER (préf.), Dalloz, 2003, 431 p.
- PLOT (S.), *Les enjeux d'une mise en risque : La construction du surendettement comme problème public (sociologie)*, B. GAÏTI (dir.), Paris I, 2001, 481 p.
- POÉSY (R.), *Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles, Etude des rapports entre le juge judiciaire et le conseil de la concurrence*, A. PIROVANO (dir.), Nice, 2000, 498 p.
- POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, étude comparative*, M. GORÉ (préf.), LGDJ, 2008, 689 p.
- POUJADE (H.), *La restructuration des entreprises en difficulté*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Toulouse 1, 2014

R

- RADOUANT (J.), *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, Rousseau et C^{ie}, 1920, 343 p.
- RAMBAUD (R.), *L'institution juridique de régulation, Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, G. MARCOU (préf.), L'Harmattan, 2012, 932 p.
- RASSAT (M.-L.), *Le ministère public entre son passé et son avenir*, R. VOUIIN (préf.), LGDJ, 1967, 286 p.
- ROLAND (H.), *Chose jugée et tierce opposition*, B. STARK (préf.), LGDJ, 1958, 534 p.
- REILLE (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, P. PÉTEL (préf.), Litec, 2006, 667 p.
- RETIF (S.), *Professions libérales et procédures collectives : contribution à l'étude du droit des professions libérales*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Toulouse I, 2003, 591 p.
- RIZZO (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, J. AMIEL-DONAT (dir.), LGDJ, 2007, 504 p.
- RONET-YAGUE (D.), *Les créances de sécurité sociale et l'entreprise en difficulté : vers la contribution des organismes percepteurs au soutien de l'activité économique*, A. BUGADA (préf.), PUAM, 2012, 718 p.

S

- SAAIED (S.), *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprises en difficulté*, A. GHOZI (préf.), LGDJ-Lextenso, 2015, 335 p.
- SABATHIER (S.), *Le droit des obligations à l'épreuve des procédures collectives*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Toulouse 1, 2000, 471 p.
- SÉNÉCHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, M.-H. MONSÉRIÉ-BON (préf.), Litec, 2002, 959 p.
- SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, G. CANIVET et B. VESTERDORF (préf.), LGDJ, 2008, 883 p.
- SIMONNEAU (D.), *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail : pour une relecture habermassienne du droit du travail*, P.-Y. VERKINDT (dir.), LGDJ, 2016, 524 p.

- SALHI (K.), *Contribution à une théorie générale des voies de recours*, T. LE BARS (dir.), Caen, 2004, 635 p.
- SIMON (F.-L.), *Le juge et les autorités du marchés boursier*, LGDJ, 2004, 664 p.
- STAES (O.), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, J. MIGUET (dir.), Toulouse I, 1995, 489 p.
- STANKIEWICZ MURPHY (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté, Vers un rapprochement des droits ?*, J.-L. VALLENS (dir.), Strasbourg, 2011, 287 p.
- STOFFEL-MUNCK (P.), *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, 178 p.

T

- TANGER (M.), *La faillite en droit fédéral des Etats-Unis*, J. LARRIEU (préf.), Economica, 2002, 495 p.
- TARBALOUTI (E.), *Analyse économique du droit de la faillite*, B. LEMENNICIER (dir.), Paris 2, 1999, 378 p.
- THÉRON (J.), *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (préf.), LGDJ-Lextenso, 2008, 466 p.
- THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, L. AYNÈS (préf.), Economica, 2011, 552 p.
- THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), *L'unité du patrimoine : essai critique*, D. TOMASIN (préf.), Defrénois, 2007, 541 p.
- TOMASIN (D.), *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, P. HÉBRAUD (préf.), LGDJ, 1975, 280 p.
- TRICOIT (J.-P.), *La médiation dans les relations de travail*, B. BOSSU (préf.), LGDJ, 2008, 581 p.
- TURLUTTE (E.), *Les objectifs du droit de la faillite en droit comparé : France, Etats-Unis, Angleterre, Espagne*, L. VOGEL (dir.), Paris 2, 2014, 785 p.

V

- VALLIMARESCO (A.), *La justice privée en droit moderne*, R. DEMOGUE (dir.), Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926, 472 p.
- VERGÈS (E.), *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, S. CIMAMONTI (dir.), Aix-Marseille, 2000, 551 p.
- VIALA (Y.), *Le principe d'égalité des créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Toulouse I, 2001, 444 p.
- VINCENSINI (F.-X.), *La commercialité (recherche sur l'identification d'une activité)*, J. MESTRE (préf.), PUAM, 1998, 595 p.
- VOIRIN (P.), *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, F. GÉNY (dir.), Nancy, anc. impr. Vagner, 1922, 307 p.

III. ARTICLES, ACTES DE COLLOQUE, CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS, ÉTUDES, OBSERVATIONS, NOTES, COMMENTAIRES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

A

- ADDA (J.-L.), « Détection-prévention des entreprises en difficulté », in mélanges A. LAMBERT, LexisNexis, 2014, p. 123-145
- ALBERT (N.), « De la responsabilité de l'État à la responsabilité personnelle des magistrats, Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats », in M. DEGUERGUE (dir.), *Justice et responsabilité de l'État*, Puf, 2003
- ALBIGES (C.) et al., La procédure de rétablissement personnel, premières applications, in actes du colloque, 2005, Univ. Montpellier, CCC, 2005/10, p. 7 s.
- ALEXANDRE-CASELLI (C.), Procédures de défaillance et prévention : données factuelles, *JCP E*, 2005/42, 1518
- ALLAIN (S.), Dispositif public du traitement des entreprises en difficulté, *GP*, janv. 1994, p. 16-17
- ALLARD (J.), « L'office du juge : entre sacré et politique », in rapp. Institut des Hautes Études sur la Justice, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle*, A. GARAPON, S. PEDRIOLLE et al., remis au garde des Sceaux, 2013, 218 p., p. 181-192
- AMINE (S.), DOS SANTOS (P. L.), « L'évolution de la conception du rôle de l'Etat », in F. BOTTINI (dir.), *L'Etat interventionniste, Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, 2012, p. 59-84
- AMRANI MEKKI (S.), La déjudiciarisation, *GP*, 2008, n° 156-157, p. 2 s.
- Le Noël du procédurier, *GP*, 2014/357, p. 3 s.
- ANCEL (P.), « Les modes alternatifs de règlement des différends et le droit des contrats », in CECCHI-DIMEGLIO (P.) et BRENNEUR (B.) (dir.), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolutions des conflits*, G. CANIVET (préf.), C. JAMIN (post.), Larcier, 2015, p. 207-231.
- Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?, in Dossier, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *DP*, mai 1998, p. 88 s.
 - et COTTIN (M.), L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation, *D.*, 2003, p. 1386-1391
- ANDRÉ (M.), Quelle réglementation pour l'activité des professionnels du traitement des entreprises en difficulté ? Le point de vue national, *PA*, 19 oct. 2006, p. 57 s.

- ANTOINE (J.), La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations, *RFDA*, 2004/1, p. 80-88
- ANTONINI-COCHIN (L.), « Pour le meilleur et pour le pire... » ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective, *JCP G*, 2010/21, doct. 584
- ANTONMATTEI (P.-H.), Ouragan sur la force majeure, *JCP G*, 1996, I, 3907
- Quand la grève devient un cas de force majeure, n. sous cass. 1^{ère} civ. 11 juin 1996, *Dr. social*, 1997, 377
- ARBELLOT (F.), L'action d'office du ministère public prévue à l'article 423 du Code de procédure civile, *JCP G*, 2014/24, doct. 698
- ARBILLOT (P.), MABILLE (P.) et SABATHIER (N.), La dette, vice ou vertu de l'entreprise ?, *Marchés et techniques financières*, 1989/10, p. 11 s.
- ARCELIN-LÉCUYER (L.), Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence, *Jcl concurrence – consommation*, fasc. n° 35
- L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence, *RLC*, 2004/135, perspective
- ARMAND-PRÉVOST (M.), Rapport introductif, in Dossier, Le juge de l'économie, *RJC*, nov. 2002, 46^e année, n° spécial, p. 8-14
- « Quel profil pour un juge économique en France ? », in mélanges P. BÉZARD, *Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 33-40
- L'expérience de la France dans le domaine du règlement alternatif des différends, *RJC*, 2000/1, p. 4 s.
- « Le juge-commissaire », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 117-130
- ARMANI MEKKI (S.), La déjudiciarisation, *GP*, 2008/157, p. 2 s.
- ATIAS (D.), LINOTTE (D.), Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, p. 251 s.
- ATTAL (M.), L'inconstitutionnalité des actions attitrées au mandataire judiciaire : le cas de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif, *RLDA*, 2011/65, étude, 3739, p. 79-82
- AUBERT (F.), « Les finalités des procédures collectives », in mélanges M. JEANTIN, *Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 367-380
- AUBY (J.-M.), Autorités administratives et autorités juridictionnelles, *AJDA*, 1995, p. 91 s.
- AUQUE (F.), Retour du juge par la loi ?, *AJDI*, 2016, p. 184 s.
- AUTEM (D.), L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004/5, p. 327 s.
- AUTIN (J.-L.), « Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public », in M. MIAILLE (éd.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 43-55
- Les autorités administratives indépendantes, *Jcl. adm.*, fasc. n° 75
- Le devenir des autorités administratives indépendantes, *RFDA*, 2010, p. 875 s.
- AYMOND THIN (C.), Les commissaires aux comptes, in Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et sociale, *CDE*, 2015/5, dossier 36
- AYNÈS (A.), Janvier-juillet 2014 : désordre législatif, cohérence jurisprudentielle, *DP*, 2014/241
- AYNÈS (L.), L'imprévision en droit privé, *RJC*, 2005/5, p. 397-406
- rapport introductif, *RDC*, 2010/1, p. 380 s.
- avec BARTHEZ (A.-S.) et al., Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique, actes du Colloque, 2009 *RDC*, 2010/1, p. 380 s.
- et STOFFEL-MUNCK (P.), Le retour à la condition d'imprévisibilité pour caractériser la force majeure contractuelle, *DP*, 2006/152, p. 99-101
- AZARIAN (H.), MARON (A.), Droit de l'artisanat, *JCP E*, 2015/15, 1179
- AZARIAN (H.), SAINTOURENS (B.), Droit de l'artisanat, *JCP E*, 2008/41, 2227, chron.

B

- BABONNEAU (M.), Indépendance du parquet : des « discussions » autour de la réforme, *D. actu.*, 14 sept. 2015.
- BACHOUÉ-PEDROUZO (G.), BARTHEL (E.) et al., L'Europe sans juge ?, *RLDA*, 2011/58, perspectives
- BADILLET (J.), Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises, *GP*, 2011/132, p. 7 s.
- BADINTER (R.), Le procureur et le consul, *RJC*, 1981, p. 245-252
- Les ambitions du législateur, in Dossier, Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, *RTD com.*, 1976, n° spécial, p. 4 s.
- BAECQUE (C.), DRUMMEN (J.) et al., Entreprises en difficulté, terre de conflits – synthèse des intérêts contradictoires, Dossier, *GP*, 2008/178.
- BALENSI (I.), L'homologation judiciaire des actes juridiques, *RTD civ.*, 1978/4, p. 46 s.
- BALLU (C.), La loi de sauvegarde : une libéralisation modérée des voies de recours, *PA*, 22 mai 2007, p. 3-7
- BALZAC (H.), *Histoire de la Grandeur et de la Décadence de César Birotteau, parfumeur, chevalier de la Légion d'honneur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris*, éd. Chares-Béchet, 1839
- BANDRAC (M.), « De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in mélanges P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 171-183
- BARALE (J.), Les droits nationaux des procédures collectives dans l'Union européenne, *RPC*, 2003/1, p. 77

- BARDOS (M.), Détection précoce des défaillances d'entreprises, *Bull. Banque de France*, sup. « Études », 3^e trim. 1995, p. 57-71
- BARON (J.), PARTOUCHE (N.) et ROUSSEL GALLE (P.), Restructurations d'entreprises : les aspects financiers, table ronde, *CDE*, 2015/2, entretien 2
- BAUDRAN (A.-S.), Expert en diagnostic d'entreprise, *Jcl. proc. coll.*, fasc. n° 2250
- BAUER (D.), Le droit allemand en matière de faillite, *PA*, 15 mars 1996, p. 18 s.
- BAUJET (B.), BINNIÉ (M.) et al., La souffrance morale des entrepreneurs, *CDE*, 2016/2, entretien 2
- BAZEX (M.), BLAZY (S.), Le régime de la restitution des aides d'État, *Dr. adm.*, 2006/1
- BÉCHILLON (D.), « Comment légitimer l'office du juge ? », in rapp. Sénat, *L'office du juge*, actes du colloque, Sénat 2006, p. 476-477
- BÉGUIN (J.), « L'affirmation de l'autonomie du droit commercial », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 73-83
- « Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives », in mélanges Y. LOUSSOUARN, *L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 31-56
- BEIGNER (B.), Administration des biens communs dans une liquidation judiciaire prononcée à l'encontre d'un des époux, *JCP E*, 2006/6, 1243
- et BLÉRY (C.), L'impartialité du juge, entre apparence et réalité, *D.*, 2001, p. 2427-2433
- BELINGUIER (S.), L'assurance santé entreprise : prévention et sauvegarde de l'entreprise en difficulté par la couverture des honoraires des « experts de crise », *GP*, 2013/22, p. 19-21
- BELL (J.), « Incidence du changement de circonstances sur les contrats de longue durée, section II - Rapport anglais », in D. HARRIS et TALLON (D.) (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 233-251
- BELLET (P.), « Le juge et l'équité », in mélanges R. RODIÈRE, Dalloz, 1981, p. 9 s.
- BELLIVIER (F.), « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, PU Strasbourg, 1997, p. 165 s.
- BELLOT (T.), DRUMMEN (J.-B.) et ZWARGER (D.), La détection précoce des difficultés des entreprises, table ronde, entretien réalisé par M. MENJUCQ, *RPC*, 2010/1, entretien 1, p. 49 s.
- BELVAL (B.), Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit, *GP*, 2012/129, p. 11 s.
- BEN HADI YAHIA (S.), Controverses autour des autorités de régulation, *JCP E*, 2010/18, 1437
- La nature juridictionnelle des autorités de régulation, *RRJ*, 2004/4, p. 2505 s.
- BÉNABENT (A.), AYNÈS (L.), Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, *D.*, 2016, p. 434-437
- sous leur direction, Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, Actes du colloque, *RDC*, 2016/ hors-série
- BÉNILSI (S.), La dédramatisation de la déclaration de créance, *PA*, 4 fév. 2015, p. 7 s.
- BERGEL (J.-L.), À la recherche de concepts émergents en droit, *D.*, 2012, p. 1567 s.
- « Introduction générale », in rapp. Sénat, *L'office du juge*, actes du Colloque, 2006, p. 12-25
- BERGER-TARARE (C.), L'autonomie de l'obligation faite au débiteur de déclarer l'état de cessation des paiements, *D.*, 2014, p. 595 s.
- BERNARD (A.), Tribunaux de commerce, *Rép. com.*, actualisation : avril 2015
- *Law and Economics*, une science idiote ?, *D.*, 2008, p. 2806-2813
- La réforme des tribunaux de commerce : remises en ordre, *D.*, 1999, p. 403-407
- BERNHEIM-DESVAUX (S.), La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015, *CCC*, 2015/10, étude 11
- BERTHELOT (G.), La période d'observation, une notion temporelle à l'acceptation atemporelle, *RPC*, 2015/3, étude 9
- Les créanciers postérieurs méritant (2^e partie), *RPC*, 2011/4, dossier 37
- La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible, *JCP E*, 2008/41, 2232
- BESSE (A.), MORELLI (N.), Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde, *JCP E*, 2009, 1628
- BETOULLE (J.), Magistrats, *Rép. proc. civ.*, actualisation : sept. 2011.
- BEYNEIX (I.), Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique, *PA*, 19 sept. 2011, p. 17-32
- BÉZARD (P.), « Le nouveau visage du juge économique et financier », in mélanges A. SAYAG, *Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 147-165
- avec NUSSENBAUM (M.) et Association droit et commerce (dir.), *Le juge de l'économie*, actes du colloque, La Baule, 8-9 juin 2002, *RJC*, nov. 2002, 46^e année, n° spécial
- BIENAYME (A.), « Droit et économie : je t'aime, moi non plus », in mélanges P. DIDIER, *Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 23 s.
- BIENVENU (A.), Le traitement juridique de la faillite des entreprises d'investissement : réflexions à partir d'un exemple franco-italien, *RPC*, 2012/4, étude 31
- BILLARD (O.), Les mesures de soutien public aux entreprises en difficulté au regard de la prohibition des aides d'Etat, *RLC*, 2014/38, étude
- BINNIÉ (M.), Un dispositif pour éviter la délocalisation des entrepreneurs dans un monde meilleur, *RPC*, 2014/2, étude 6
- BIROUSTE (J.), Renversement du sens de la dette et crise pour le juridique, *GP*, 2003/58, p. 6 s.

- BISSIEUX (J.-J.), Les voies d'exécution à l'épreuve des procédures collectives, avec la collaboration de V. CUISINER, *Procédures*, 2008, n° 8-9, dossier 8
- BLANC (G.), Les frontières de l'entreprise en droit commercial, Brève contribution..., *D.*, 1999, p. 415 s.
- BLARY-CLÉMENT (E.), « Personne, famille, commercialité », in mél. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Liberamicorum*, Montchrestien-Lextenso, 2012, p. 399-408
- BLÉRY (C.), Office du juge : entre activité exigée et passivité permise, Réflexion à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile, *Procédures*, 2012, étude 6
- « La notion de spécialisation », in GINESTET (C.) (*dir.*), *La spécialisation des juges*, *op. cit.*, LGDJ-PU Toulouse 1, 2010, p. 13-22
 - Plaidoyer pour une simplification des règles internes de compétences en matière judiciaire, *Procédures*, 2008/3, étude 3
 - Principes directeurs du procès, *Jcl. proc. civ.*, fasc. n° 500-30
 - et RASCHEL (L.), Tribunaux de commerce : le changement, c'est pas maintenant !, *JCP G*, 2012/20, 595
 - et TBOUL (J.-P.), Instruction des affaires devant le tribunal de commerce. À propos du décret du 24 décembre 2012 (chap. IV), *JCP G*, 2013/4, 67
- BLOHORN-BRENNEUR (B.), Exemple d'une médiation prud'homale réussie : un accord gagnant-gagnant, *GP*, janv. 2002, doctr., p. 3 s.
- BLOUD-REY (C.), « Standard », in D. ALLAND et S. RIALS (*dir.*), *Dictionnaire de culture juridique*
- BOILLOT (C.), « Brevet d'indépendance et d'impartialité des tribunaux de commerce ou quête d'indépendance et d'impartialité ? De la constitutionnalité affirmée à la réforme de la justice commerciale », in mél. P. LE CANNU, *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Dalloz, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 96-117
- Conformité du tribunal de commerce aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité, une réponse prospective !, *PA*, 6 mai 2013, p. 7-9.
- BOIRON (J.-F.), Le « prince » chez les « marchands », *GP*, 1982, I, doctr., p. 251-257
- Propos sur le décret du 9 avril 1982 sur les procédures collectives, *GP*, 1982, II, doct. 589
- BOISSARD (S.), Des pouvoirs de la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance, *AJDA*, 2001, p. 387 s.
- BOITEAU (C.), Le juge unique en droit administratif, *RFDA*, janv. 1996, p. 10-30
- BOLARD (G.), « Le droit d'action des mandataires de justice dans les faillites », in mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 27-34
- « L'arbitraire du juge », in mél. P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 225-241
 - Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit, *JCP G*, 1995/46, I, 3882
 - Les principes directeurs du procès civil, Le droit positif depuis Motulsky, *JCP G*, 1993, I, 3093
 - La déontologie des mandataires de justice dans les faillites, *D.*, 1988, chron. 262
 - Les voies de recours dans la nouvelle procédure collective, in Dossier, Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, *RJC*, 1987, n° spécial, t. 2, p. 59-86
- BOLZE (A.), Le procès, risque à éviter : les modes alternatifs de règlement des litiges, *Rev. générale dr. assurances*, 2010/3, p. 841 s.
- BON (J.), Le rôle du Juge, in Dossier, Les innovation de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, *RTD com.*, 1987, 2, n° spécial, p. 45-52
- BONICHOT (J.-C.), Loin des théories : le refus de la Cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen, *Rev. dr. public*, 2008/3, p. 745-753
- BONIS-GARÇON (E.), DÉCIMA (O.), Le parquet et les sirènes de l'indépendance, À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013, *JCP G*, 2013/17, Libre propos, p. 460 s.
- BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in mél. R. CARRÉ DE MALBERG, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 1-29
- BONNEAU (T.), Le « Bank exit », in Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 21
- Le traitement administratif des entreprises bancaires et financières, *RDB*, 2014, dossier 4
 - Des règles harmonisées pour les établissements de crédit et entreprises d'investissement en difficulté applicables dans tous les États membres, *RPC*, 2014/5, comm. 141
 - Mécanisme de surveillance unique et Union bancaire, *JCP E*, 2012/43, 1645
 - et CAPELLE BLANCARD (G.), Origines et solution à la crise financière, *BJE*, nov- déc. 2008, p. 446 s.
- BONNET (F.), La cessation des paiements, approche financière de la loi sur les faillites, *Rev. fid.*, Guide gestion, 2000, p. 62 s.
- BORCAN (D.), Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale, De l'inspiration française, allemande et américaine et des tendances fortes régissant ces procédures, *Rev. d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 33, 2002/4, p. 93-123
- BORDAS (F.), Devoirs professionnels des établissements de crédit et secret bancaire, *Jcl Banque, crédit, bourse*, fasc. n° 141
- BORGA (N.), « L'insaisissabilité des actifs immobiliers », in V. AUSSEL et al., *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, J. RAYNARD (*avant-propos*), F. PÉROCHON (*préf.*), Actes du colloque, Montpellier, M.-P. DUMONT-LEFRAND et C. LISANTI (*dir.*), LexisNexis, Actualités de droit de l'entreprise, 2015, vol. n° 31, p. 23-38
- Pourquoi faire simple ? Les associés en nom, ces commerçants comme les autres..., *Act. proc. coll.*, 2014, repère 20.

- Livre VI du Code de commerce et surendettement des particuliers, concurrence ou complémentarité ?, *BJE*, 2012/5, p. 31 s.
- Privilège de la conciliation et paiement provisionnel, *LEDEN*, 2012/2, p. 5
- L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles, *BJE*, 2011/1, p. 76 s.
- et BERTHOLOT (G.), L'EIRL en difficulté, entre respect et négation de l'affectation, *BJE*, 2011/2, p. 155 s.
- BOSCO (D.), La nouvelle Autorité de la concurrence, *CCC*, nov. 2008, p. 27 s.
- BOUCARD (H.), Article 1218 : la force majeure contractuelle, *RDC*, 2015, p. 779 s.
- BOUDOU (O.-M.), CLAUDE (A.), Les pouvoirs du juge de l'exécution en cas de non-contestation des recommandations, *GP*, 2001/2, p. 67 s.
- BOUKRIS (A.), Les groupements de prévention agréés (Loi du 1^{er} mars 1984), *GP*, 1984, 2, doctr., p. 338 s.
- BOULET-SAUTEL (M.), « Équité, Justice et droit chez les glossateurs du XII^{ème} siècle », in Société d'histoire du droit des institutions des anciens pays de droit écrit, *Recueil des Mémoires et travaux publiés*, Montpellier, 1951, fasc. II Histoire économique
- BOULOT (B.), CHATIN (P.-L.), Le plan de règlement amiable constitue un contrat sui generis suspendant les effets du contrat initial, *D.*, 1992, p. 109
- BOUQUET (B.), Mandat ad hoc et conciliation : un outil juridique rénové, *RJC*, 2008, p. 8 s.
- BOURBOULOUX (H.), Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés, *BJE*, 2012/3, p. 183 s.
 - Introduction et conditions d'exercice des AJMJ en France, *PA*, 27 nov. 2009, p. 41 s.
 - et COUTURIER (G.), La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise, *BJE*, 2011, p. 48-51
 - et LOSTE (A.), Vers une amélioration du traitement de l'insolvabilité des groupes, *RPC*, 2015/1, dossier 8
- BOURDEAUX (G.), Le traitement judiciaire des institutions financières en difficulté, *RDB*, 2014/6, dossier 49
- BOURIÉ-QUENILLET (M.), STÉPHANY (E.), Nouvelles approches de la prévention des entreprises en difficulté, *PA*, 23 oct. 2001, p. 6 s.
- BOUSTANI (D.), Vérification des créances : l'alignement du régime de l'incompétence et du dépassement de l'office juridictionnel du juge-commissaire, *GP*, 2014/182, p. 14-17
- BOUTEILLER (P.), La procédure de rétablissement personnel de la loi du 1^{er} août 2003, *DP*, 2003/120, p. 34 s.
- BOY (L.), Alain SUPIOT, Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit, *RTD civ.*, 2005/3, p. 676-678.
 - « Les formes du traitement juridictionnel du contentieux économique », in A. PIROVANO (dir.), *Changement social et droit négocié*, Univ. Nice, 1987, *Economica*, 1988, 466 p.
 - et PIROVANO (A.), « L'émergence de nouveaux champs d'arbitrage », in L. BOY et al., *Droit des faillites et restructuration du capital*, PU Grenoble, 1982, p. 214-245
 - et PIROVANO (A.), Ambiguïtés du droit économique, *Rev. Procès*, 1981/7, p. 33 s.
 - et SUEUR (J.-J.), « Synthèse », in J.-B. RACINE (éd.), *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*, GIP Mission de recherche Droit et Justice, mars 2001, p. 209-216.
- BRÉMONT (V.), Les moyens de défense de l'époux faisant l'objet d'une action en « réunion d'actif », *JCP N*, 2006/17, 1170
- BRENNER (C.), Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée, *Procédures*, 2007, n° 8-9, étude 13
- BRICARD (A.), Tous pour la prévention avec l'assurance santé entreprises, *Lettre de l'OCDE*, 2013/39, p. 1 s.
- BRIGNON (B.), Projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (2^e partie), *JCP E*, 2014/7, act. 123
 - et CERATI-GAUTHIER (A.), Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté *D.*, 2014, p. 2248 s.
- BROS (S.), La force majeure, in Dossier, L'inexécution du contrat, *DP*, 2016/259, p. 40 s.
- BRULLIARD (G.), L'évolution de la notion de juridiction dite « gracieuse » ou « volontaire » et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne, *RIDC*, 1957, vol. 9, n° 1, p. 5-26
- BRULARD (Y.), Les groupes et les procédures de pré-insolvency : le signe d'un changement de nature du nouveau Règlement insolvabilité ?, *RPC*, 2015/1, dossier 4
- BRUNET (B.), « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in mél. R. ROBLOT, *Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif*, 1984, p. 471-495.
- BRUNET (A.), « Sauvegarde, conciliation et redressement judiciaire : l'illusoire diversification des procédures destinées à sauver les entreprises en difficulté », in mél. P. DIDIER, *Études de droit privé*, *Economica*, 2008, p. 33-56.
- BRUNOIS (R.), « Les entreprises en difficultés les solutions préconisées par le comité d'études présidée par Pierre Sudreau et leur influence sur l'évolution de la législation », in mél. P. AZARD, *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Cujas, 1980, p. 47-53
- BUCHER (C.-E.), Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice, *CCC*, 2016/5, dossier 6
- BUREAU (D.), MOLFESSIS (N.), Le nouveau Code de commerce ? Une mystification, *D.*, 2001, chron., p. 361 s.
- BURST (J.-J.), FERRIER (D.), MOMEGE (CH.) et al., Montagne ou souris – commentaire de la loi du 30 décembre 1985 de la concurrence, *JCP E*, 1986/12, 14682
- BUSSY (F.), Nul ne peut être juge et partie, *D.*, 2004, p. 1745-1753
- BUTRUILLE-CARDEW (C.), La place du droit collaboratif dans les MARC, *RLDC*, 2011, 88, entretien

C

- CABRILLAC (M.), Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision, *RIDC*, 2014/2, p. 337-344
- « Conditions d'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés », in mél. J. CALAIS AULOY, *Études de droit de la consommation, Liber amicorum*, Dalloz, 2004, p. 217-225.
 - « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou a mététempychose de la masse des créanciers », in mél. C. GAVALDA, *Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 64-77
 - « L'extension de la procédure collective du commerçant à son conjoint collaborateur », in mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 81-87.
 - « Vers la disparition du droit commercial ? », in mél. J. FOYER, *Auteur et législateur, leges tulit, jura docuit*, Puf, 1997, p. 329-339
 - « Le rôle du Juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français », in Travaux de l'association Henri CAPITANT, *Le rôle du Juge en présence de problèmes économiques*, Journées de Paris et de Montpellier, T. XXII, Dalloz, 1997, p. 152-166
 - « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in mél. A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 31-39.
- CABRILLAC (S.), L'impossibilité pour les créanciers du conjoint in bonis de saisir ses gains et salaires ou l'impérialisme des procédures collectives, n. sous cass. com. 16 nov. 2010, *BJE*, 2011/2, p. 150 s.
- L'EIRL : illusions garanties, *BJE*, 2011/1, p. 79-82.
- CACHARD (O.), Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille, *RLDC*, 2012, 94, perspectives, études
- CADIET (L.), La réforme du statut de la magistrature : mécompte ou acompte ?, *Procédures*, 2016/10, repère 9.
- « La déjudiciarisation, Rapport introductif », in O. BOSKOVIC (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & martin, 2012, p. 9-35
 - « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in S. AMRANI-MEKKI et al., *La médiation*, Dalloz, Société de législation comparée, 2009, p. 13-27.
 - « Propos introductif : "faire le lien" », in S. CHASSAGNARD et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, 2^e partie, Dalloz, 2008, p. 169-184
 - « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in mél. G. FARJAT, *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23-51
 - « L'équité dans l'office du juge civil », in Dossier, L'équité du juge, *Justices*, 1998/9, p. 87-107
 - « Le spectre de la société contentieuse », in mél. G. CORNU, *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Puf, 1994, p. 29-50
- CAGNOLI (P.), Entreprises en difficulté, Organes de la procédure, *Rép. dr. comm.*
- Mesure d'administration judiciaire (n. sous arrêt), *RPC*, 2016/2, comm. 38
 - Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ?, in Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 7
 - Récusation et renvoi : le bon moment pour s'en prévaloir (n. sous arrêt), *RPC*, 2015/4, comm. 81
 - Décisions susceptibles de recours, Mesures d'administration judiciaire, *RPC*, 2014/1, comm. 4
 - Action en report de la date de cessation des paiements, Conciliation antérieure, Autorité de chose jugée, *RPC*, 2013/4, comm. 109
 - Prescription et procédures collectives, *RPC*, 2011/3, étude 12
 - Les raisons de suivre ou non la proposition du Ministère public, quant à la désignation des mandataires de justice, *Actu. proc. coll.*, 2010/4, alerte 56
 - Réflexions critiques sur les restrictions jurisprudentielles au pouvoir juridictionnel du juge commissaire, en matière de vérification des créances, *RPC*, sept. 2009/5, étude 23
 - et SALHI (K.), La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises, *RPC*, juill.-août 2009, étude 17
- CAILLOSSE (J.), Le juriste occidental en son théâtre, À propos du livre d'Alain Supiot « Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit », *Dr. social*, 2006/2, p. 206-216.
- CAMPANA (M.-J.), L'effacement des dettes, *GP*, 2003/58, p. 44 s.
- « L'Etat et les entreprises en difficulté », in J. CHEVALLIER et al., *La société civile*, CURAPP, Puf, 1986, p. 175-181
 - La situation des créanciers garantis, in Les innovations de la loi sur le redressement des entreprises, *RTD com.*, 1986, t. 2, n° spécial, p. 27-43
 - Le cautionnement et le redressement judiciaire, *GP*, 1986, I, doctr., pp p. 717 s.
 - et DIZEL (M.), et al., Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire (Conditions d'ouverture), *Rép. dr. sociétés*
 - et TEBOUL (G.), Les aides d'Etat aux entreprises en difficulté, *PA*, 21 nov. 2003, p. 5 s.
- CANET (P.), 30 ans après, que reste-t-il aux praticiens des procédures collectives des lois n° 85-98 et n° 85-99 du 25 janvier 1985, *RPC*, 2016/1, étude 2
- avec DELATTRE (C.) et al., Les nouveaux pouvoirs et les nouvelles missions des membres des juridictions après l'ordonnance du 12 mars 2014, interview réalisée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2014/5, entretien 3
- CANIVET (G.), « Principes et modalités du contrôle juridictionnel sur les décisions individuelles de l'autorité chargée de la régulation des marchés financiers », in mél. G. WIEDERKEHR, *De code en code*, Dalloz, 2009, p. 131-145
- Réflexions préliminaires, in Pour une justice économique efficiente en Europe, *GP*, 2008/234, p. 7 s.

- La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge, *PA*, 19 mai 2005, p. 23 s.
- Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* Dossier, Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit, *Nouveaux Cahiers cons. constit.*, 2004/16
- La formation du juge à l'économique, *in* Colloque, La Baule, Le juge de l'économie, *RJC*, 2002, n° spécial, p. 63-73
- « La méthode jurisprudence à l'épreuve du juste et de l'injuste », *in* M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS (*dir.*), *De l'injuste au juste*, Dalloz, 1996, p. 101 s.
- CAPASHEN (G.), Petites histoires à propos de la juste distance pour juger..., *D.*, 2004, p. 2939
 - Un magistrat peut-il être franc maçon, *D.*, 2001, p. 3203 s.
- CARIO (R.), La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ?, *AJ pénal*, 2007, p. 373-375
- CARPENTIER (J.-B.), CHARVERIAT (A.), Les contrôleurs, *GP*, 1995/63, p. 2 s.
- CARTIER-BRESSON (A.), Interrogations sur la récupération des aides d'État illégales, *AJDA*, 2006, 1396
- CARTIER-MARRAUD (M.-L.), AKYUREK (O.), Crise économique et révision des contrats, Une approche pratique des règles applicables, *GP*, juin 2009, n° 167, p. 2 s.
- CASROLA (F.), Sécurité juridique et entreprises en difficulté : rapport de synthèse, *PA*, 12 janv. 1994, n° 5
- CASTAGNÉ (S.), Le statut d'auto-entrepreneur : un nouveau cadre fiscal et social, aménageant le système d'immatriculation, principalement pour des activités complémentaires, Loi n° 2008-776, *JCP N*, 2008/50, p. 25-29
 - Le statut du conjoint collaborateur : presque une réalité !, *JCP N*, 2006, n° 51-52, p. 2442-2448
- CASTOR (C.), Où en est le droit des aides d'État, *Dr. adm.*, 2010/5, étude 9
- CATALA (P.), La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *RTD civ.*, 1966, p. 185 s.
- CAUSSE (H.), « L'oralité devant les tribunaux de commerce », *in* méf. D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz, Litec, 2011, p. 343-353
- CAVALIÉ (B.), Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision, *RLDC*, 2009
- CAVALIER (C.), Le paiement des créances fiscales dans le droit des procédures collectives, *JCP E*, 2015/3, 1029
- CAVIGLIOLI (C.), La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire, *in* Dossier, La loi du 25 juillet a vingt ans, entre bilan et réforme, actes du colloque, Toulouse, 2005, *RLDA*, mars 2005, n° 80, n° suppl., p. 35 s.
 - et LÉGUEVAQUES (C.), Aperçu de la procédure de sauvegarde à l'usage du chef d'entreprise *PA*, 17 fév. 2006, p. 22 s.
- CAYROL (N.), Une analogie entre le surendettement et les procédures collectives, *PA*, 30 avril 2002, p. 18 s.
- CERATI-GAUTHIER (A.), L'associé gérant d'une société en nom collectif est éligible aux procédures du livre VI du Code de commerce, *JCP E*, 2014/3, 1021
 - La saisine d'office n'est pas définitivement condamnée, *in* Dossier, Actualité du droit de l'insolvabilité, *Journal des sociétés*, 2014/124, p. 50 s.
 - Le gérant personne physique condamné à supporter le passif social est éligible aux procédures de surendettement, *JCP E*, 2012/22, 1338
 - Le professionnel libéral associé n'exerce pas une activité professionnelle indépendante, *JCP E*, 2010/11, 1267
 - Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales, *JCP E*, 2008, 2436, n° 8
- CERVEAU (B.), Les assureurs face au contentieux : un remarquable exemple de déjudiciarisation, *GP*, 2014/119, p. 7 s.
- CHABAS (F.), GRÉAU (F.), « Force majeure », *Rép. dal. civ.*, mise à jour : janv. 2015
- CHAIX (M.), ROGÉ (D.), COQUET (K.), La réforme du cadre d'intervention du Trésor public en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises, *La revue du Trésor*, 86^e année, n° 2, fév. 2006, p. 111-117
- CHAMPAUD (C.), « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la *jurisdictio* », *in* méf. J. BEGUIN, *Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 71-106
 - « La responsabilité commerciale, de Colbert à Badinter », *in* méf. A. DECOCQ, *Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 77-128
 - Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle, *Rev. sociétés*, 2000, p. 77 s.
 - Droit administratif et droit des affaires, *AJDA*, 1995, p. 82 s.
 - L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies, *Justices*, 1994/1, p. 61 s.
 - « La place des intérêts publics dans les procédures collectives », *in* actes du Colloque, *La réforme du droit des faillites*, PU Lille 3, 1978, p. 109-141
 - La responsabilité des organismes publics et parapublics, *RJC*, sept.-oct. 1976, n° spécial, p. 368-388
 - La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé, *RJC*, 1976/20, p. 253-258
 - Contribution à la définition du droit économique, *D.* 1967, 2, chron., p. 215-220
- CHAPUS (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *in* méf. C. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 265-297
- CHAPUT (Y.), L'ordonnance du 12 mars 2014, réforme ou révolution ? (La mue de la cigale d'or), *GP*, 2015/3, p. 36 s.
 - « Improvisation sur les rythmes de la sauvegarde (de la "chronojuridicité") », *in* méf. D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec-Dalloz, 2011, p. 411-422
 - Synthèse des travaux, *in* Dossier, Actualité de l'échvevinage, *RLDA*, 2010/52, perspectives
 - Synthèse, *in* actes du colloque, Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, *PA*, 11 juin 2008, p. 46 s.

- Quelques clés réglementaires du Code de sauvegarde, *JCP G*, 2006/15, I, 130
 - « Les juges des défaillances financières des entreprises dans l'Union européenne », in mél. J. BÉGUIN, *Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 107-123
 - Une nouvelle architecture des procédures dites collectives, *JCP G*, 2005/46, I, 184
 - « La légitimité de l'intervention du juge en matière économique », in J.-L. VALLENS et M. STORCK (dir.), *Impartialité et justice économique en Europe*, PU Strasbourg, 2003, p. 29-43
 - « Crise du droit des affaires et/ou révolution économique du droit », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 11-14
 - L'indépendance renforcée du juge économique, in Dossier, Le juge de l'économie, *RJC*, nov. 2002, 46^e année, n° spécial., p. 74 s.
 - De la faillite à la gestion du surendettement : sociologie des plans de redressement des entreprises en difficulté, in Sociologie du droit économique, *Année Sociologique*, 1999/2, p. 305-338
 - « L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés », in A.-M. FRISON-ROCHE (dir.), *Le nouveau droit des défaillances d'entreprise*, Dalloz, 1995, p. 93-101
 - Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable, *PA*, 14 sept. 1994, n° 110
 - Le règlement amiable, A propos de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et du décret n° 85-293 du 1^{er} mars 1985, *JCP E*, 1985, II, p. 14435
 - Les groupements de prévention agréés, *PA*, 29 nov. 1985, p. 9 s.
- CHARLET (J.), Le rôle de la Commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage en matière de traitement des difficultés des entreprises, *PA*, 22 avril 2010, p. 45-46
- CHARTIER (Y.), Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives, in actes du colloque Deauville, 1982, *RJC*, 1983, n° spécial, p. 120-135
- CHASSAING (F.), MORELLI (N.) et al., La contractualisation du droit des entreprises en difficulté, table ronde animée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2015/3, entretien 2.
- CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », in sous leur direction, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 3-93.
- CHATAIN (P.), FERRIÈRE (F.), Le nouveau régime de surendettement après la loi, *D.*, 1999, chron., p. 287-293
- CHAUVET (C.), La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes, *RDP*, 2007, p. 379 s.
- CHAVAUX (M.), Les acteurs des procédures, Les acteurs professionnels et en particulier l'administrateur judiciaire, *PA*, 20 mars 2007, p. 9 s.
- CHAVENT (Y.), avant-propos, in Dossier, Le droit des entreprises en difficulté à l'épreuve de la crise économique, *BJE*, 2012/5, p. 308 s.
- CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in mél. J. CALAIS-AULOY, *Études de droit de la consommation, Liber amicorum*, Dalloz, 2004, p. 279-309
- De la signification du mot loi dans l'article 1134 du Code civil, *RTD civ.*, 2001/2, p. 267-283
- CHERNIER (C.), « Le rôle du Tribunal de Commerce », in J.-P. PAYRAU (dir.), *Prévention et traitement des difficultés dans les entreprises*, éd. comptables Malesherbes, 1986
- CHEVALLIER (J.), « L'internormativité », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées, Théorie des sources du droit*, FUSL, 2012, vol. 4, p. 689 s.
- Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ?, in Dossier, Les autorités administratives indépendantes, *RFDA*, 2010/5, p. 896-900
 - « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, PU Sciences Po, Dalloz, 2008
 - « La gouvernance et le droit », in mél. P. AMSELEK, Bruylant, 2005, p. 189-207
 - « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », in mél. G. DUPUIS, *Droit public*, LGDJ, 1997, p. 47-61
 - Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes, *JCP G*, 1986/30, I, 3254
 - « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in mél. M. STASSINOPOULOS, *Problèmes de droit public contemporain*, LGDJ, 1974, p. 275-290
- CHEVRIER (A.), Les mandataires de justice, in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, *RTD com.*, 1986, n° spécial, t. 2, p. 143 s.
- Quelques réflexions sur la loi du 25 janvier 1985, *GP*, 1985, 1, doct., 106
- CHOLET (D.), La réforme de la procédure devant le tribunal de commerce, *JCP E*, 2010/42, act. 558
- Le contrôle de l'activité non juridictionnelle des juridictions, *GP*, 2007/286, p. 8 s.
- CLARET (H.), PAISANT (G.), La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JCP G*, 2016/27, doct. 796
- CLAY (T.), « Imperium », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 610-613.
- CLÉMENT (J.-F.), Le banquier, vecteur d'informations, *RTD com.*, 1997, p. 203 s.
- CLÉRO (J.-P.), « Quelques réflexions sur le contractualisme contemporain », in C. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Universités d'été, 2000-2001, Rouen, Barreau de Rouen, PU Rouen, 2004, p. 11 s.
- COCHETEUX (E.), Assignation en liquidation judiciaire des professionnels libéraux par les comptables publics, *RPC*, 2008/1, étude 11

- COHEN (E.), « Le CIRI ou l'ingénierie sociale du déclin industriel », in I. KHARABA, A. DALMASSO, P. MIOCHE et al. (dir.), *Politiques industrielles d'hier et d'aujourd'hui en France et en Europe*, actes du Colloque du Creusot, mai 2007, Dijon, éd. universitaires de Dijon, 2009, p. 169-188
- COHEN-BRANCHE (M.), L'action du médiateur de l'AMF : son rôle, les évolutions, *RDB*, 2012, dossier 29
- COMMAILLE (J.), « La justice entre *détraditionnalisation*, *néolibéralisation* et *démocratisation* : vers une théorie de sociologie politique de la justice », in J. COMMAILLE et M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, éd. La Découverte, 2007, p. 295-321
- COMMARET (D. N.), Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, *D.*, 1998, p. 262-264.
- CONNÉTABLE (F.), Principe hiérarchique de l'administration, *Lamy Fonction publique territoriale*, actualisation : déc. 2014
- COQUELET (M.-L.), Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ?, *RPC*, 2012/3, dossier 15
- « Recours contre les décisions de l'Autorité des marchés financiers : la nouvelle partition du dualisme juridictionnel », in mél. AEDBF-France IV, *Droit bancaire et financier*, 2004, p. 119-134
 - Brèves remarques à propos d'une fusion attendue : la création de l'autorité des marchés financiers, *PA*, 14 nov. 2003, p. 10 s.
- CORIAT (J.-P.), « La dette, le failli et le créancier : le droit romain face à l'endettement », in Y. CHAPUT (dir.), *L'apurement des dettes, solutions au surendettement*, études du CREDA, L'endettement, tome 2, Litec, 1998, p. 27-73
- CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in mél. P. BELLET, Litec, 1991, p. 83-100
- COSTA (D.), L'autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ?, *RFDA*, 2005/6, p. 1174-1182
- COTE (N.), Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers, *JCP G*, 2003/46
- COTTEN (M.), Les aides publiques aux entreprises en difficulté, aspects pratiques, *RPC*, 2006/2, p. 133 s.
- COUARD (J.), Affaire Métaleurop : éclairages sur le comportement d'une société mère au chevet de sa filiale mourante, *PA*, 3 fév. 2012, p. 5 s.
- COURET (A.), Synthèse et réflexions sur le droit de la défaillance économique, *RPC*, 2011/1, dossier 14
- La réforme des procédures collectives : propos conclusifs, *PA*, 10 juin 2004, p. 49 s.
 - Brèves remarques sur le règlement amiable..., *PA*, 7 mai 1986, p. 24 s.
- COURTIER (R.), LAURENT (N.), Analyse de l'opération autodistribution : premier « pre-pack » à la française, Rôle prépondérant des magistrats consulaires, *CDE*, sept 2009, dossier 27
- COUTURIER (G.), Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes, *BJS*, 2008/2, p. 142 s.
- COVIAUX (J.-C.), Présentation générale du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *PA*, 20 nov. 2001, p. 17 s.
- CRÉHANGE (M.), Le rôle de l'avocat dans la procédure de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, *RJC*, fév. 1987, p. 116-123
- CREUX-THOMAS (FL.), La médiation : opportunité ou « gadget » ?, *JCP G*, 2009/51, p. 558 s.
- CROCQ (P.), « La collectivisation de l'exécution forcée », in mél. C. BRENNER, *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, EJT, 2007
- CROCQ (P.), « Le droit à un tribunal impartial », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2007, 13^e éd., p. 479-522
- CROZE (C. et H.), L'adaptation du droit des entreprises en difficulté à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : petite leçon de schizophrénie juridique, *Dr. sociétés*, 2011/2, p. 12-13
- CROZE (H.), Choc de simplification procédurale ?, *JCP G*, 2015/13, 356
- « Le juge doit-il dire le droit ? », in mél. S. GUINCHARD, *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 225-232
 - Débiteurs, le législateur vous souhaite un prompt rétablissement, *Procédures*, 2003/10, comm. 221

D

- D'ALÈS (T.), CONSTANS (A.), Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne, *JCP E*, 2014/23, 1306
- DABIN (L.), « Exposé de synthèse », in A. JACQUEMIN et G. SCHRANS (dir.), *Actes du colloque sur la magistrature économique*, Oyez- Bruylant, 1976, p. IV.0-1 à -31
- DAIGRE (J.-J.), « De l'extension et de l'avenir du droit commercial », in mél. J. PAILLUSSEAU, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 265-272
- Le rôle de prévention du tribunal de commerce, bilan d'une enquête, in *La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application*, *JCP E*, 1987/48, 15066
- DALLE (H.), Le juge et la justice de proximité, *GP*, 2003/303, p. 31 s.
- DAMMANN (R.), Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de forum shopping, *D.*, 2005/26, p. 1779-1786
- avec MENJUCQ (M.) et ROUSSEL GALLE (P.), Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, *RPC*, 2015/1, étude 2
 - et PIGOT (M.), Loi Macron : l'introduction du *forum shopping* à la française, *BJE*, 2016/3, p. 158 s.

- et PODEUR (G.), Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014, *D.*, 2014, p. 752 s.
- et PODEUR (G.), La conversion des créances en capital dans les entreprises en difficulté, *BJS*, 2009/12, p. 1129 s.
- et PODEUR (G.), Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?, *D.*, 2007/20, p. 1359-1363
- et SCHNEIDER (S.), La sauvegarde financière accélérée, analyse et perspectives d'avenir, *D.*, 2011, p. 1429 s.
- DANET (D.), Le dirigeant et l'omnibus, *RTD com.*, 1994, p. 173 s.
 - Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée ?, *RIDE*, 1993/1, p. 5 s.
- DANET (J.), Les procédures collectives en agriculture : des premiers débats jurisprudentiels à la loi du 10 juin 1994, *RDR*, 1995, n° 229-230, p. 1 s. et p. 57 s.
- DAVID (J.), « Le désendettement des agriculteurs », in mélanges G. CORNU, *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Puf, 1994, p. 101-112
- DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », in mélanges A. JAUFFRET, Faculté Aix-Marseille, 1974, p. 211-229
- DAVID-JOUGNEAU (M.), « Règlement des conflits : procédure ou médiation ? », in Institut suisse de droit comparé (*dir.*), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, 1992, Part. II, p. 185-189
- DEBBASCH (C.), « L'indépendance de la justice », in mélanges L. DUBOIS, *Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p. 27-33
- DE BÉCHILLON (D.), Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, *D.*, 2002/12, p. 973-978
- DE BOURNONVILLE (P.), *Droit judiciaire : l'arbitrage*, Larcier, 2000
- DE CASTELNAU (R.), DE FAY (P.), Le nouveau régime des interventions économiques des collectivités territoriales, *AJDA*, 2005, p. 121 s.
- DE FAUCON (A.), L'approche des affaires en difficulté par la CIASI, *Banque*, 1982, p. 63 s.
- DE FOURNOUX (L.), La Banque publique d'investissement : le nouveau visage de l'intervention publique, *Droit Administratif*, 2014/7, étude 12
- DE GUILLENCHMIDT (J.), Le règlement amiable et le redressement judiciaire de l'exploitation agricole, *GP*, 1989, p. 567 s.
- DE KIRALY (F.), « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in mélanges F. GÉNY, *Recueil d'études sur les sources du droit*, Sirey, 1934, vol. 3, p. 111-123
- DE LA RIVIÈRE (C.), Unicité du patrimoine, pro-personnalité et pluri-personnalité, *DP*, 2010/190, p. 63-65
- DE LA VAISSIÈRE (F.), Quelques réflexions simples sur « le juge unique », *GP*, 2000/5, p. 2-6
- DE LAMY (B.), L'insolvabilité comme cause d'exonération de la responsabilité pénale, *Dr. famille*, 2002/6, comm. 72
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), Le forum shopping devant les juridictions françaises, *Trav. com. fr. DIP*, 1998-1999, p. 49-70
- DECHEIX (P.), Conditions et modalités de l'aide de l'État aux entreprises en difficulté en France, *PA*, 24 juin 1994, n° 75
- DECOOPMAN (N.), « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires », in B. BOULOC (*dir.*), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006, p. 15-26
- DECOOPMAN (N.), Le principe du contradictoire et le traitement du surendettement, *D.*, 1990, chron., p. 237 s.
- DEFFAINS (B.), Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, *PA*, 19 mai 2005, p. 6 s.
- DEGOFFE (M.), JEULAND (E.), « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in mélanges J. NORMAND, *Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 141-16
- DEGRANDI (J.), Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'Histoire, *GP*, 2008/187, p. 7 s.
- DEGUERGUE (M.), Droits et obligations des magistrats judiciaires, *Jcl. Fonctions publiques*, fasc. n° 790
- DEHARVENG (J.), Ouverture du mandat ad hoc et de la conciliation : le rôle du ministère public, *RPC*, 2014/1, dossier 6
 - Philosophie de la réforme des procédures collectives et présentation du nouveau cadre juridique, *RLDA*, 2005, suppl. n° 88, étude
 - Le droit de la faillite en Europe, présentation générale, *RPC*, 2003, p. 46 s.
- DELATTRE (C.), L'intervention de l'État dans les entreprises en difficulté, *RPC*, 2016/3, étude 10
 - L'action du ministère public en conciliation : un simple leurre ?, in Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 4,
 - La délocalisation fondée sur le pragmatisme économique et la bonne administration de la justice : pour y parvenir, utilisons les textes, *RPC*, 2014/5, p. 22-26
 - L'intervention du ministère public dans la loi de sauvegarde (à jour des ordonnances du 12 mars 2014 (...)), *RPC*, 2014, Fiches pratiques, n° 2, p. 54-70
 - Les avis du ministère public, *RPC*, 2014/5, étude 22
 - Le cadre d'intervention du commissaire au redressement productif dans les entreprises en difficulté, *BJE*, 2014/2, p. 130 s.
 - Une période d'observation illimitée ne devient-elle pas une « zone de non-droit » ?, *RPC*, 2013/6, étude 30
 - Fin de la saisine d'office : un nouveau rôle pour le ministère public ?, *RPC*, 2013/4, dossier 29
 - La justice consulaire face à l'impartialité, *RPC*, 2013/1, étude 3
 - Le pouvoir d'investigation du président du tribunal de commerce en matière d'alerte et de conciliation, *RPC*, 2013/1, étude 5
 - La tenue de l'audience des procédures collectives, *BJE*, 2013/6, p. 399 s.
 - Les relations entre le ministère public et les administrateurs et mandataires judiciaires, *RPC*, 2012/6, art. 29
 - Le rôle du ministère public en matière de prévention, n. sous comm. Mme C. TAUBIRA, 21 juin 2012, *RPC*, 2012/6, comm. 169

- Quelques précisions sur la notion de transaction en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif, *RPC*, 2012/5, étude 35
 - L'intervention du ministère public dans la désignation des organes de la procédure doit être mesurée, opportune et utile, *RPC*, 2012/2, p. 25-27
 - EIRL : prévention et traitement amiable des difficultés, *RPC*, 2011/2, dossier 16
 - Le secret des affaires, La confidentialité des procédures, *Dr. sociétés*, 2012/1, étude 2
 - L'entretien de prévention de l'article L. 611-2, al. 1^{er}, n'est pas un entretien de simple courtoisie car les enjeux sont importants, *RPC*, 2011, comm. 151
 - Conditions de la sanction du non dépôt des comptes sociaux, *RPC*, 2011/6, comm. 152
 - Le contradictoire et le rapport d'enquête de l'art. L. 621-1 du Code de commerce, *RPC*, 2011/6, comm. 160
 - Les propositions d'amélioration du Livre VI du Code de commerce par l'IFPPC, *RPC*, 2011/6, comm. 162
 - Le ministère public et le contradictoire dans la loi de sauvegarde, *RPC*, 2011/5, étude 24
 - Le rapport du juge commissaire est fondamental. Le tribunal qui passe outre s'expose à la censure, *LEDEN*, 2011/183
 - La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal, *RPC*, 2010/4, étude 21
 - L'intervention du Ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires, *RPC*, 2009/3, étude 11
 - Prévention : amélioration de la conciliation, *RPC*, 2009, p. 37 s.
 - Dépôt des comptes sociaux : outil de prévention, *RPC*, 2008/3, comm. 98
 - Un rôle central dans les remises de dettes consenties par les créanciers publics, *RPC*, 2008/3, comm. 108
 - avec GAMBIER (B.), LE CORRE (P.-M.) et *al.*, Responsabilité des dirigeants, *BJE*, 2012/6, p. 419 s.
- DEKEUWER (F.), Une nouvelle procédure pour les débiteurs, personnes physiques, dont la situation financière est irrémédiablement compromise : le rétablissement professionnel, *PA*, 20 mai 2014, p. 6 s.
- DELEBECQUE (P.), Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives, *JCP N*, 1986/17, 100414
- DELENEUVILLE (J.-M.), La qualité du débiteur : des difficultés de l'extension de procédure au sein des groupes de sociétés, *RPC*, 2001, p. 61 s.
- DELESALLE (P.-M.), La fonction arbitrale du juge-commissaire, *RPC*, 1986/1, p. 59-73
- DELOCHE (R.), CHOPARD (B.), Entreprises en difficulté et règlement amiable, Faut-il supprimer la possibilité de suspension provisoire des poursuites ?, *Revue économique*, 2004/3, vol. 55, p. 489-498
- DELMAS-MARTY (M.), « Mondialisation et montée en puissance des juges », in actes du colloque, Univ. Bruxelles, *Le dialogue des juges*, Bruylant, 2007, p. 95-115
- DELMOTTE (P.), L'accès au juge dans les procédures collectives, *PA*, 28 nov. 2008, p. 50 s.
- DELPECH (X.), Un droit des entreprises en difficulté plus favorable aux intérêts des créanciers, *AJCA*, 2014, p. 4 s.
- Publication du rapport 2012 de l'Observatoire des délais de paiement, rapport 2012, 1^{er} fév. 2013, *D actu.*, 19 fév. 2014
 - Prorogation de la médiation du crédit aux entreprises, *D. actu.*, 8 mars 2013
 - La création de l'entreprise individuelle simplifiée, *RLDA*, 2011/57, p. 63-65
 - Le médiateur du crédit s'intéresse au « haut de bilan », *D.*, 2009, p. 1008 s.
 - Un cadre juridique pour la médiation du crédit, *D.*, 2009, p. 1948 s.
 - Élargissement du statut de l'auto-entrepreneur au secteur libéral, *D. actu.*, 2009, p. 2920 s.
 - Responsabilité pour soutien financier abusif d'un organisme de sécurité sociale, *D.*, 2004, p. 136 s.
- DELVOVÉ (P.), La justice hors du juge, *CDE*, 1984/4, p. 15
- DELZANT (E.) et DUGUÉ (R.), La réforme du droit des procédures collectives en Allemagne, *RPC*, 2012/2, étude 13
- DEPAMBOUR-TARRIDE (L.), v. « Juge (Longue durée) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 867-872
- DEMAILLE (F.), Les nouvelles possibilités de participer au retournement des entreprises en difficulté ouvertes aux créanciers publics par le décret du 5 février 2007, *CDE*, 2007/2, dossier 7
- DEMEYÈRE (D.), Précisions sur les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité du créancier dans le cadre de l'article L. 650-1 du Code de commerce, *RPC*, 2012/4, p. 23 s.
- DENIZOT (A.), L'étonnant destin de la théorie du patrimoine, *RTD civ.*, 2014/3, p. 547-566
- DERENNE (J.), Art. 88.3 : La Commission européenne publie l'étude sur l'application nationale des règles relatives aux aides d'État, mai 2006, *Concurrences*, 2006/2, art. n° 761, p. 127-128
- DERIEUX (E.), Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, *PA*, 15 mars 2005, p. 3 s.
- DERO-BUGNY (D.), Agences européennes, *Jcl. Europe Traité*, n° 245, mise à jour : fév. 2010
- DERRIDA (F.), « Sur la notion de cessation des paiements », in mél. J.-P. SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 73-86
- « Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire », in mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 89-97
 - La mise en redressement judiciaire ne constitue pas en soi un cas de force majeure, *D.*, janv. 2000, p. 5 s.
 - « À propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire », in mél. M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p. 687 s.
 - La situation des créanciers personnels du conjoint du débiteur soumis à une procédure de redressement-liquidation judiciaires : bilan, *D.*, 1997, p. 117 s.
 - Le délai d'opposition contre une ordonnance du juge-commissaire, *D.*, 1994, p. 510
 - « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de la communauté légale », in mél. A. COLOMER, Litec, 1993, p. 153-160

- La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation des entreprises, *PA*, 2 déc. 1988, n° 145, p. 9 s. et *D.*, 1989, chron. 11, p. 77 s
- « Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire », in J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIÉ (préf.), *Dix de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques, 1978, p. 1013-1033.
- Modes alternatifs de règlement des litiges, *Justices*, 1996/4, p. 339 s.
- Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents du procédure civile, *D.*, 1981, chron., p. 241 s.
- et JULIEN (P.), « Le droit procédural du redressement et de la liquidation judiciaires et le droit judiciaire privé », in mél. P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 285-300
- et SORTAIS (J.-P.), Philosophie de la réforme, observations critiques, *PA*, 14 sept. 1994, n° 110
- et SORTAIS (J.-P.), Les partenaires de l'entreprise, in *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, *D.*, 1994, p. 267-476
- DESBARATS (I.), « La légitimité du conseil de prud'hommes », in J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des Juges*, travaux de l'IFR mutations des normes juridiques, PU Toulouse, 2004, p. 189-203
- DESDEVICES (Y.), « Collégialité, impartialité et contradiction », in mél. S. GUINCHARD, *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 233-248
- DESPAX (M.), « L'évolution du droit de l'entreprise », in mél. J. SAVATIER, *Les orientations sociales du droit contemporain*, Puf, 1992, p. 177-190
 - Le comité d'entreprise et la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises, *PA*, 21 déc. 1984, p. 15 s.
- DESURVIRE (D.), Banqueroute et faillite : de l'Antiquité à la France contemporaine, *PA*, 30 août 1991, p. 12-19
- DEUMIER (P.), Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ?, *RTD civ.*, 2011, p. 87 s.
 - « La force normative optionnelle », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ-Lextenso, Bruylant, 2009, p.165-170
 - et REVET (T.), v. « Ordre public », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*
- DIDIER (P.), « Une définition de l'entreprise », in mél. P. CATALA, *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Litec, 2001, p. 849-587
- DIESBECQ (A.), La force du contrat confrontée au droit des entreprises en difficulté, *GP*, 2015/353, p. 8 s.
 - et ROUSSEL GALLE (P.), La prévision et le droit des entreprises en difficulté, *GP*, 2010/364, p. 8 s.
- DION (N.), « Les forces de la médiation, Variations libres », in C. THIBIERGE et al., *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ-Lextenso, 2009, 891 p., p. 707-719
- DISSAUX (N.), Un brevet de constitutionnalité décerné au tribunal paritaire des baux ruraux, n. sous Cass. 3^e civ., 14 avril 2016, n° 15-25.425, *RDR*, 2016/444, comm. 145
- DO CARMO SILVA (J.-M.), Les associations et le commerce au regard du droit commercial, *PA*, 7 juill. 1995, p. 21 s.
- DOMENGET-MORIN (C.), POUSETT (B.), Imprévision et sauvegarde, De nombreuses interactions à prévoir entre l'imprévision et le droit des entreprises en difficulté, Le Club des juristes, *JCP G*, 2016/16, doct. 481, p. 830 s.
- DONNEDIEU DE VABRES (J.), Le Conseil de la concurrence, *CCC*, 1987/37, p. 10 s.
- DONNETTE (A.), L'impact du droit public sur le droit privé du travail, *JCP S*, 2010/45, 1464
- DONY (M.), Quelle influence de la crise financière sur la politique de contrôle des aides d'État, in mél. P. MANIN, *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, éd. Pédone, 2010, p. 377-390
- DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), Aperçu rapide de la gestion spécifique et administrative du risque des défaillances bancaires : justification et cadre légal, *GP*, 2014/354, p. 7 s.
 - Droit commun des entreprises en difficulté et droit des défaillances bancaires et financières : convergences et influences réciproques ?, *RDB*, 2014, dossier 50
 - Le prepack cession dans les procédures collectives, *RLDA*, 2014/94, p. 69-74
 - EIRL : la mise en concurrence conflictuelle des procédures civiles et commerciales d'exécution (sort de la créance portant sur un bien mixte), *RLDA*, 2011/62, p. 69-75
 - L'adaptation du droit du surendettement à l'EIRL, *RDB*, 2011/1, p. 29-35
 - L'adaptation et l'articulation délicates des procédures d'exécution à l'EIRL (procédures collectives et surendettement), *RDB*, 2010/5, étude 23
- DRAGO (R.), Pour ou contre les autorités administratives indépendantes, *Académie des Sciences morales et politiques*, Séance publique, 29 oct. 2007
- DRAGO (G.) « Le corps judiciaire, Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in mél. A. DECOCQ, *Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 187-207
- DRAI (P.), Le monde des affaires et ses juges, *RJC*, 1990/34, p. 327-334
- DREVEAU (C.), Sort de l'obligation devenue impossible à exécuter, *AJDI*, sept. 2009, p. 611 s.
- DREYFUS (J.-D.), « Pourquoi des autorités administratives indépendantes (AAI) ? Approche phénoménologique », in B. BOULOC (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Dalloz, 2006, p. 9-13
- DRUMMEN (J.-B.), La rémunération des mandataires ad hoc et des conciliateurs, *BJE*, 2011/4, p. 283-285
 - avec BAHANS (J.-M.) et al., L'avenir des tribunaux de commerce et leurs mission à l'égard des entreprises en difficulté, table ronde animée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2014/1, entretien 1
 - avec JEANNEROT (P.) et LUCAS (J.), Les aides d'Etat, le droit de la concurrence et les entreprises en difficulté, table ronde animée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2012/3, entretien 2

- avec BELLOT (T.) et *al.*, La détection précoce des difficultés des entreprises, *RPC*, 2010/1, entretien 1
- DUBOS (O.), Droit administratif et droit communautaire, *Jcl. adm.*, fasc. n° 24
- DUBREUIL (C.-A.), Regards croisés droit public / droit privé : Théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ?, entretien réalisé par F. BUY, *JCP A*, 2014/43, p. 2295 s.
- DUBUISSON (E.), Risques de l'entreprise et protection de l'entrepreneur et de sa famille : de l'EURL à l'EIRL, *JCP N*, 2011/25, p. 1204 s.
 - L'EIRL face aux difficultés de l'entreprise, une exception va-t-elle confirmer la règle ?, *JCP N*, 2011/1, p. 1002 s.
- DUFOUR (O.), Une réforme des tribunaux de commerce ? Oui, mais laquelle ?, *PA*, 15 déc. 2012, p. 4
 - La commission des sanctions de l'AMF joue la transparence, *PA*, 28 oct. 2008, p. 3 s.
 - Quand le Conseil de la concurrence s'apprête à laisser la place à l'Autorité de la concurrence, *GP*, 2008/199, p. 2 s.
 - Redécouvrir les vertus de la conciliation, *PA*, 24 juin 1998, p. 5 s.
 - La « drôle » d'indépendance du parquet, *PA*, 24 avril 1998, p. 4 s.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.), Sauvegarde et redressement judiciaire – situation du débiteur, *Jcl. proc. coll.*, fasc. n° 2325
- DUPIC (E.), Chronique du statut du procureur français : un nouvel échec ?, *GP*, 2016/18, p. 13 s.
- DUPICHOT (J.), « De quelques observations sur la compétence « commerciale » au regard du concept de droit commercial (... de sa gestation comme de son avenir) », in mél. Y. GUYON, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 365-382
- DUPICHOT (P.), L'unicité du patrimoine aujourd'hui, Observations introductives, *JCP N*, 2009/52, 1356
- DUPLAT (J.-L.), Le service des enquêtes commerciales, outil de prévention en matière de faillites en Belgique, *RJC*, 1989, p. 49 s.
- DUPRAT (J.-P.), L'indépendance de la Banque de France : aspects constitutionnels et européens, *PA*, 22 avril 1994, p. 4-10
- DURAND (P.), Les fonctions publiques de l'entreprise privée, *Dr. social*, juill.-août 1945
- DUREUIL (B.), Note sous cass. com. 15 oct. 1991, *RPC*, 1992, p. 185 s.
- DUREUIL (B.), De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification des créances au passif du redressement judiciaire, *PA*, 18 mai 1992, p. 9 s.
- DURRY (G.), Pas de force majeure dite financière, note sous cass. com., 23 janv. 1968, *RTD civ.*, 1969, p. 136-137
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), Les agences de régulation européennes, quels problèmes juridiques ?, in mél. Y. JÉGOUZO, *Terres de droit*, Dalloz, 2009, p. 57-70

E

- ECKERT (G.), Aides aux entreprises en difficulté : un encadrement européen renforcé pour des aides plus sélectives, *Act. proc. coll.*, 2014/15, repère 265
- ECKERT (P.), Les procédures d'insolvabilité et les aides d'Etat : la politique de la Commission, *PA*, 11 juin 2008, p. 13 s.
- EDELMAN (B.), La déjuridicisation du fait de la loi, regards un peu sombres sur les lois Auroux, *Dr. social*, 1984, p. 290-296
- EECKHOUDT (M.), Le cadre européen de redressement et de résolution des défaillances bancaires, *PA*, 11 juill. 2013, p. 6 s.
- ELMALEK (G.), La cellule de prévention au tribunal de commerce de Paris, *LOCED*, 2012/38, p. 25-29
- ELVINGER (A.), Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière d'endettement, *RIDC*, 1997, vol. 49, n° 2, p. 359-370.
- ETIENNE-MARTIN (E.), Rémunération des AJMJ hors tarif, Des questions, mais peu de réponses, *RPC*, 2013/ 2, p. 33 s.
 - et PODEUR (G.), Avocats et administrateurs judiciaires, quelles places respectives au soutien du débiteur ?, *BJE*, 2012/5, p. 311 s.

F

- FABBRINI (M.), Le nouveau droit italien des procédures collectives, *BJE*, 2013/5, p. 311 s.
 - Le droit italien de la faillite et sa réforme : un petit aperçu, *RLDA*, 2008, étude 30
 - Le droit italien face au crash d'Alitalia, *RLDA*, août 2008, perspectives, étude 42
- FAGES (B.), Cœur défense contre Canal de Craponne ?, *RTD civ.*, 2011, p. 351-352
 - Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence, *DP*, janv. 2005, p. 73 s.
- FAHLGREN (S.), Plan d'action de la Chancellerie pour le ministère public : un an après..., *GP*, fév. 2015/45, p. 5
- FALZOI (A.), Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives, *PA*, 17 sept. 2004, p. 3 s.
- FARJAT (G.), La notion de droit économique, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1992, t. 37, p. 27-62
- FARNSWORTH (A.), Le droit commercial aux États-Unis, *RIDC*, vol. 14, n°2, avril-juin 1962, p. 309-320
- FASQUELLE (D.), « L'incidence des difficultés des entreprises sur l'application des règles de concurrence », in mél. Y. SERRA, *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 159-188
 - L'incidence des difficultés des entreprises sur l'application des règles de concurrence, *Concurrences*, 2005/1, n° 106, p. 41-53
 - et INACIO (E.), Bref regard de droit comparé sur le statut des professionnels de l'insolvabilité dans l'Union européenne, *RPC*, 2014/5, étude 21
- FAUCHON (P.), MATHIEU (B.), Pour un renforcement du rôle du Conseil supérieur de la magistrature dans la gestion de la carrière des magistrats, *JCP G*, 2015/11, libres propres, p. 281 s.
- FAURE (B.), La glorieuse trentenaire, in Trente ans de décentralisation, *AJDA*, 2012, n° spécial, p. 738 s.

- FAURE (P.), Le partenariat constructif des greffiers des tribunaux de commerce et des mandataires de justice, *RPC*, 2012/6, dossier 30
- et FAURE (C.), Prévention des difficultés, De la nécessité d'une information pertinente du président du tribunal de commerce, *CDE*, 2016/4, dossier 29
- FAUVARQUE-COSSON (B.), Le changement de circonstances, *RDC*, 2004/1, p. 67 s.
- FAVARIO (T.), Le Livre VI du Code de commerce en son miroir constitutionnel, *RPC*, 2015/4, étude 12
- La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion, *JCP G*, 2010/43, 1056
- FERREIRA (N.), La réforme territoriale... pour quelle décentralisation ?, *AJ coll. terri.*, sept. 2014, p. 412 s.
- FERRIER (D.), BIANCONE (K.), L'Autorité de la concurrence, *D.*, 2009, p. 1031 s.
- FERRIÈRE (F.), Nature juridique des commissions de surendettement, *D.*, 2006, p. 2531 s.
- FIRLEY (L.), EIRL et affectation des « biens nécessaires » : les précisions déceptives du décret du 30 janvier 2012, *BJE*, 2012/5, p. 196 s.
- FLÉCHEUX (G.), La judiciarisation de la société, *PA*, 25 oct. 2000, p. 58 s.
- et LAFARGE (P.), « La médiation », in mél. P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 301-305
- FLEURIOT (C.), Professions réglementées : toutes les mesures du projet de loi Macron, *D. actu.*, nov. 2014, n° 21
- FLORÈS (P.), La réforme de la procédure de surendettement du 1^{er} juil. 2010, *AJ fam.*, 2011, p. 10 s.
- La capacité de remboursement après le décret du 1^{er} fév. 1999, *CCC*, 2000/3, chron. 4
- FLUSIN-FLEURY (D.), Les enjeux des frontières professionnelles et la modernisation de la Justice en France : l'exemple de la réforme des tribunaux de commerce dans les années 2000, in Dossier, Les réformes de l'administration vues d'en bas (vol. II), *Rev. Pyramides du Centre d'études et de recherches en administration publique*, 2009/18, p. 73-100
- FOMBEUR (P.), « La procédure de sauvegarde est l'emblème de l'anticipation voulue par le législateur », *PA*, 12 fév. 2008, p. 3 s.
- FOYER (J.), « La judiciarisation en délire ou l'abus du droit en un sens nouveau », in mél. F. TERRÉ, *L'avenir du droit*, Dalloz, 1990, p. 749-759
- « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », in mél. P. Azard, *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Cujas, 1980, p. 55-64
- FRAIMOUT (J.-J.), La réforme des plans de sauvegarde et de redressement, *RPC*, janv. 2009, p. 84 s.
- FRANÇOIS (J.), Force majeure et exécution d'une obligation monétaire, *D.*, 2014, p. 2217-2221
- FRICERO (N.), Le ministère public, partie principale et partie jointe, *CDE*, 2015/5, dossier 37
- L'efficacité et la qualité de la justice à l'aune de la crise économique, *JCP G*, 2014/43, 1068, aperçu rapide
 - Redressement judiciaire : l'exigence d'impartialité interdit la saisine d'office, *JCP E*, 2013/4, 1048
 - Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité, *Nouveaux Cahiers cons. constit.*, 2013/40, p. 37 s.
 - Le petit Noël du procédurier : le retour, *Dr. et proc.*, 2013/1, p. 2-7
 - Le tribunal de commerce : une juridiction conforme aux exigences constitutionnelles !, *D.*, 2012, p. 1626 s.
 - « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », in mél. S. GUINCHARD, *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 145-154
 - « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in mél. J.-F. BURGELIN, Dalloz, 2008, p. 1999-208
 - « Impartialité », in L. CADIET (dir.), S. AMRANI-MEKKI (éd.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 607-610
 - « Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable », in mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 17-26
 - « Le droit à un tribunal indépendant et impartial », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 1999, n° 2131 s.
 - et al., in Dossier spécial, Quelle place pour la convention de procédure participative ?, *DP*, 2012/214, p. 51-66
- FRION (J.-J.), Le juge et la réforme du droit des contrats, *RLDC*, 2015/132, suppl.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les entreprises "cruciales" et leur régulation », in A. SUPIOT (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières, Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, 2015, p. 253-267
- Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge, *D.*, 2013/1, p. 28-33
 - QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles, *PA*, 29 sept. 2011, p. 25 s.
 - « Régulation financière, régulation bancaire », in mél. P. DIDIER, *Études de droit privé*, Economica, 2008, p. 173-187
 - L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, in Dossier, Analyse économique du droit, quelques points d'accroche, *PA*, 19 mai 2005, n° spécial, n° 99, p. 15-22
 - « L'idée même de mesurer économique du droit », in G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, p. 19-32
 - « Les contours de l'Autorité des marchés financiers », in mél. AEDBF-France, *Droit bancaire et financier*, Banque éd., 2004, p. 165-180
 - Définition du droit de la régulation économique, *D.*, 2004, p. 126-129
 - Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire », in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 45-60

- La régulation, objet d'une branche du droit, *in* Dossier, Droit de la régulation : questions d'actualité, *PA*, 3 juin 2002, p. 3 s.
- « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », *in* mélanges. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p.109-119
- Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ?, *Rev. d'économie financière*, 2000, vol. 60, n° 60, p. 85-101
- L'impartialité du juge, *D.*, 1999, p. 53 s.
- L'autorité de chose jugée et l'exercice des voies de recours, *in* Dossier, Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales, travaux du CRAJEFE, *PA*, 28 oct. 1998, n° spécial, p.16 s.
- « Les offices du juge », *in* mélanges. J. FOYER, *Auteur et législateur, leges tulit*, Puf, 1997, p. 463-476
- Le caractère collectif des procédures collectives, *RJC*, 1996, p. 293 s.
- « La cohérence juridique de la loi du 10 juin 1994 », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le nouveau droit des défaillances d'entreprise, Les orientations de la réforme restituées dans leur contexte*, Dalloz, 1995, p. 23-37
- « Les orientations de la réforme restituées dans leur contexte », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le nouveau droit des défaillances d'entreprise*, Dalloz, 1995
- L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire, *GP*, juin 1995, doctr., p. 7-12
- Les contrôleurs, *PA*, 14 juin 1995, p. 8 s.
- Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites, *D.*, 1994, p. 17 s.
- et TERRÉ (F.), Avant-propos *in* La sociologie du droit économique, *L'Année sociologique*, 1999, vol. 49
- FROELICH (P.), « Administrateurs et mandataires judiciaires : une profession au service de la justice commerciale », *in* C. DELPLANQUE (éd.), *Bicentenaire du Code de commerce, 1807-2007*, Dalloz, 2008, p. 567-572
- FRYDMAN (B.), « Juge professionnel et juge citoyen : l'échevinage à la croisée des deux cultures judiciaires », *in* actes du colloque, Maison des parlementaires, Bruxelles, 2005, *La participation du citoyen à l'administration de la Justice*, Bruylant, 2006, p. 13-29
- « Les considérations d'équité en droit administratif français », *in* actes du Colloque, P. FRDYMAN et Droit et démocratie, (éd.), *Justice, médiation et démocratie*, La documentation française, 1992, p. 47 s.
- FUCHS-DAGORNE (D.), « L'histoire de la faillite civile locale », *in* *La faillite civile d'Alsace-Moselle, De l'héritage au renouveau*, Publication de l'Institut du droit local alsacien-mosellan, 1991, 135 p.

G

-
- G'SELL-MACREZ (F.), Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit », *D.*, 2010, p. 2450-2459
 - GABARDA (O.), L'intérêt d'une bonne administration de la justice, *RDP*, janv. 2006/1, p. 153 s.
 - GABORIAU (S.), La déjudiciarisation et administration de la justice, promouvoir la « juridiversité », *PA*, 14 juin 2012, p. 31 s.
 - Ombre et lumière, *AJ fam.*, 2008, p. 334 s.
 - GALL-HENG (E.), Les acteurs des procédures, nouvelles règles de désignation, nouveaux pouvoirs du débiteur, *in* Dossier, La réforme des procédures collectives : une nouvelle édition, *RLDA*, 2009/39, perspectives
 - GALLOIS-COCHET (D.), Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME, *JCP E*, 2009, n° 16-17, p. 25-29
 - GALOKHO (C.), Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, *RTD com.*, 2014/3, p. 489-508
 - GAMBIER (B.), DELATTRE (C.) et CANET (P.), Les nouveaux pouvoirs et les nouvelles missions des membres des juridictions après l'ordonnance du 12 mars 2014, interview réalisée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2014/5, entretien 3
 - GANDUR (R.), L'expertise judiciaire en diagnostic d'entreprise, *GP*, 1985, 2, doctr., p. 698-701
 - GARAPON (A.), La question du juge, *Pouvoirs*, 1995/74, p. 13-27
 - « Qu'est ce que la médiation au juste ? », *in* Centre d'études, de technique et d'évaluation législatives (dir.), *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Institut suisse de droit comparé, 1992, p. 211
 - GARDELLA (G.), « La Médiation du crédit n'a pas changé la donne juridique en matière de responsabilité pour soutien abusif. », *RLDA*, 2009/35, perspectives, entretien
 - GARÈCHE (A.), « Entre ombre et lumière : l'impartialité de la juridiction prud'homale », *in* mélanges. J.-F. BURGELIN, *Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 209-232
 - GARNIER (F.), « Edmond-Eugène Thaller et les annales de droit commercial », *in* N. HAKIM et F. MELLERAY (éd.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009, p. 159-196
 - GASSIN (R.), Attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes et droit pénal : le cas de la CNIL, *RRJ*, 2001/5, p. 2251 s.
 - GAU-CABÉE (C.), « Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant », Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique, *RTD civ.*, 2012, p. 33 s.
 - GAUDEMET (J.), Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique, *Arch. phil. droit*, t. 44, 2000, p. 19-32
 - GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), La critique économiste de la tradition romano-germanique, *RTD civ.*, 2013, p. 683 s.
 - GAUDIN (J.), Désignation des contrôleurs et pouvoir d'appréciation du juge-commissaire, note sous Trib. com. Versailles, 27 mars 1997, *PA*, 4 juill. 1997, p. 27 s.

- GAURIAU (B.), Les accords d'extinction du procès, *in* Dossier, L'accord dans la loi de sécurisation de l'emploi, *JCP S*, 2014, n° 18-19, 1191
- GAVALDA (C.), LUCAS DE LEYSSAC (C.), Commentaire de la loi du 30 déc. 1985 portant amélioration de la concurrence. Fin ou lever de rideau ?, *D.*, 1986, chron., p. 187
- GAVALDA (C.), MENEZ (J.), Le règlement amiable des difficultés des entreprises (L. n° 84-148 du 1er mars 1984 et D. n° 85-295 du 1er mars 1985), *JCP G*, 1985/25, I, doctr., 3196
- GÉNITEAU (A.), La responsabilité de l'administrateur, *RPC*, 2010/6, dossier 11
- GÉNIAUT (B.), « La force normative des standards juridiques, Eléments pour une approche pragmatique », *in* C. THIBIERGE et al., *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ-Lextenso, 2009, p. 183-197
- GENTIN (F.), « Au-delà de son intérêt pratique, la réforme opérée par l'ordonnance est un vrai revirement dans l'approche française du droit des entreprises en difficulté », interview réalisée par O. DUFOUR, *BJE*, 2014/3, p. 208 s.
- Tribunaux de commerce : le renforcement du parquet, une alternative au projet d'échevinage ?, interview réalisée par O. DUFOUR, *PA*, 14 fév. 2013, p. 4 s.
 - avec BASSE (C.) et al., Le secret des affaires et la confidentialité des procédures, table ronde animée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2015/1, entretien 1
- GHALIMI (N.), Désignation des organes de la procédure : portée de la faculté d'opposition du ministère public, *RPC*, 2011/3, étude 13
- GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in* C. PERELMAN et R. VANDER ELST (pub.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77-97
- GHOZI (A.), Nature juridique de la production des créances dans les procédures de règlement du passif, *RTD com.*, 1978, p. 1 s.
- GIBIRILA (D.), Le dirigeant caution, *Journal des sociétés*, 2014/116, p. 50-55
- GICQUEL (J.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté à l'épreuve du droit constitutionnel, *GP*, 2015/3, p. 32 s.
- « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », *in* mélanges P. ARDANT, *Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, p. 289-303
- GIL (G.), Les mandataires de justice intervenant dans les procédures collectives ne sont pas des citoyens chargés d'un service public, *PA*, 16 sept. 2003, p. 6 s.
- GJIDARA-DECAIX (S.), Qualité, Gérant faisant l'objet d'une action en comblement de passif, *RPC*, 2012/4, comm. 119
- Le nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers, Présentation de la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, *RDB*, 2010/4, étude 14
 - La vie à deux et le surendettement, *RPC*, 2004/4, p. 336 s.
- GOLDBERG-DARMON (M.), GUÉRIN (G.), Les dernières réformes relatives à la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, *PA*, 11 fév. 2009, p. 3 s.
- GOLSHANI (S.), BODES (D.) et CICHOSTEFSKI (B.), Les délais de paiement : un instrument au service de la conciliation, *in* Dossier, Le restructuring (2^e partie), *Journal des sociétés*, 2009/68, p. 11-17
- GOMEZ-BASSAC (V.), « Les modes amiables de résolution des défaillances des entreprises. », *in* J.-B. RACINE (éd.), *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*, Centre de recherches en droit économique (Nice), Centre d'études et de recherche sur le contentieux (Toulon et Var), GIP Mission de recherche Droit et Justice, mars 2001, p. 151-160
- GORCHS (B.), La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire, *Droit et Société*, 2006/62, p. 226 s.
- GORRIAS (S.), La responsabilité du mandataire judiciaire, *RPC*, 2010/6, dossier 12
- GOURIO (A.), Le mécanisme de résolution unique : les nouveaux instruments et pouvoirs des autorités de résolution bancaires, *RDB*, 2014, dossier 30
- GOVERNATORI (J.-J.), Le droit administratif à l'épreuve du droit des procédures collectives, *GP*, 2009/304
- GRANGER (M.-A.), Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ?, *in* VIII^{ème} Congrès national de Nancy, 2011, 27 p.
- GRELON (B.), « Prévention et cessation des paiements », *in* mélanges D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec-Dalloz, 2011, p. 423-442
- GRIMALDI (M.), Le patrimoine au XIII^{ème} siècle, *Defrénois*, 2000, art. 37199
- GRIMM (O.), par J.-B. BOR (trad.), L'opaque nébuleuse des agences européennes, *VOXeup*, 30 mars 2012
- GROULIER (C.), Remarques sur la notion de mesure d'administration de la justice, *RDP*, 2011/2, p. 405 s.
- « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », *in* C. THIBIERGE et al., *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ-Lextenso, 2009, p. 199-210
- GROSHENS (J.-C.), Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, *AJDA*, 1966, p. 140 s.
- GROSSER (P.), Observations, *PA*, 4 sept. 2015, p. 78-95
- Pertinence des critères cumulés pour caractériser la force majeure en matière délictuelle et contractuelle, *JCP G*, 2006/23, II, 10087
- GROUD (H.), Les aides locales et régionales aux entreprises en difficulté, *Droit administratif*, 2013/6, étude 11
- GRUA (F.), « L'obligation et son paiement », *in* mélanges Y. GUYON, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 479-493.
- Les divisions du droit, *RTD civ.*, 1993, p. 59 s.

- GRYNBAUM (L.), La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement, *CCC*, 2002/8, chron. 16
- GUERLIN (G.), « Regard sur la dépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes », in N. Decoopman (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes (L'exemple du secteur économique et financier)*, Puf, 2002, p. 79-96
- GUESMI (A.), EIRL versus EURL, à l'aune du droit des procédures collectives, *D.*, 2011, p. 104 s.
- GUIBAL (M.), Comment justifier les aides des collectivités locales aux entreprises privées ?, *CDE*, 1987/3, p. 29 s.
- GUILLAUME-HOFNUNG (M.), La médiation entre développement réel et désir du mot, propos conclusifs, in Dossier, La médiation : des textes à la pratique, *GP*, 2013/358, p. 44 s.
- et VERT (F.), Construire la confiance entre justice et médiation, *GP*, 2015/356, p. 9 s.
- GUINAMANT (M.-L.), Les juridictions du XXI^e siècle : plaider en faveur d'un ordre juridictionnel unique, *JCP G*, 2014/4, 87
- GUINCHARD (S.), Procès équitable, *Rép. proc. civ.*
- GUYADER (J.), « Existerait-il une doctrine commercialiste dans l'ancienne France ? », in A. BERNARD et Y. POIRMEUR (dir.), *La doctrine juridique*, Puf, 1993, p. 77-111
- GUYON (Y.), « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », in mél. J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 405-417
- La transparence dans les procédures collectives, *PA*, 21 avril 1999, p. 8 s.
 - « Une faillite au début du XIX^e siècle selon le roman de Balzac, César Birotteau », in mél. A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 377-391
 - avec COQUEREAU (G.), Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 1^{er} mars 1984, *JCP E*, I, 13426, p. 171 s.

H

- HAEL (J.-P.), La consécration du droit d'alerte du président du tribunal, *PA*, 30 sept. 1994, n° 117
- La réforme mesurée du droit des sanctions, *PA*, 14 sept. 1994, p. 22 s.
 - Vers l'élaboration d'un droit économique des entreprises en difficulté : Bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 septembre 1967, *RJC*, 1979, p. 2 s.
- HAKIM (N.), « La collégialité : histoire d'un mode d'organisation de la justice », in F. HOURQUBIE (dir.), *Principe de collégialité et cultures judiciaires*, actes du colloque, Bordeaux, 2007, Bruylant, 2011, p. 19-52
- HARAVON (M.), *Doing Business 2009* : mesurer l'efficacité des faillites ?, *D.*, 2009, p. 244 s.
- Le rapport Doing Business de la Banque mondiale : mythes et réalités d'un rapport sans nuance, *JCP E*, 2005/41, 1478
- HARNAY (S.), « Rationalité économique et décision judiciaire », in rapp. Sénat, *L'office du juge*, Sénat, 2006, p. 388-395
- HAUDEVILLE (J.), « Nous sommes prêts à aider les entreprises si elles font désigner un mandataire ad hoc par le tribunal », *PA*, 7 mai 1999, p. 4 s.
- HAUSER (J.), Droit des personnes protégées, *varia, RTD civ.*, 2014/2, p. 339 s.
- Rapport de synthèse, *PA*, 8 oct. 1997, p. 38 s.
- HAZARD (J.), Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis, *PA*, 16 juin 2005, p. 12 s.
- États-Unis, *RJC*, 2003/9, p. 71 s.
- HAZARD (J.-N.), « La juridiction gracieuse », in mél. G. MARTY, PU Toulouse, 1978, p. 621-634
- HÉBRAUD (P.), L'autorité judiciaire, *D.*, 1959, chron. XIII, p. 77-84
- Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil, *D.*, 1946, I, p. 333 s
- HELFRE (H.), Peut-on juger avec objectivité ?, *GP*, 2005/167, libre propos, p. 2 s.
- HÉNAFF (G.), « Les familles, oubliées des procédures de surendettement des particuliers », in mél. J. HAUSER, Dalloz, 2012, p. 179-192
- Les difficultés d'application de la procédure de surendettement aux personnes mariées, *Defrénois*, mai 1996, doct., p. 561-579
- HENNION-MOREAU (S.), « L'indépendance et l'impartialité des juridictions sociales », in mél. J. NORMAND, *Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 219 s.
- HENRY (L.-C.), La sauvegarde et le redressement judiciaire, *GP*, 2015/3, p. 12 s.
- Le Conseil constitutionnel plus subtil que le législateur !, n. sous Cons. constit. 16 janv. 2015., *Rev. sociétés*, 2015/3, p. 201 s.
 - Les subtilités de la saisine d'office et les décisions du Conseil constitutionnel, *Rev. sociétés*, 2014/9, p. 527-528
 - EIRL : Quid des biens communs et des biens indivis affectés ?, *RPC*, 2011/2, dossier 23
 - La sauvegarde financière accélérée ou les leçons de la pratique, *PA*, 22 nov. 2010, p. 4 s.
 - et ANDRÉ (M.), La nouvelle procédure de rétablissement, *RPC*, 2014/4, dossier 31
- HERLEMONT (M.), Une solution au redressement d'une entreprise : le règlement amiable, *JCP E*, 1988/44, II, ét. et comm. 15298, p. 675-678
- HÉRON (J.), L'apport du droit de l'entreprise au droit privé, in actes du colloque, 25^e FNDE, 1996, *JCP E*, 1997, n° suppl. 2, p. 30 s.
- HEYMANN (J.), Le nouveau règlement relatif aux procédures d'insolvabilité : le changement dans la continuité, *Europe*, 2015/12, étude 9
- HILAIRE (J.), « Les compétences des juridictions consulaires avant le Code de commerce de 1807 », in Quelles compétences pour les tribunaux de commerce ?, table ronde, D. VOINOT (dir.), *Procédures*, 2011/4, article 9, p. 11-24

- « Le droit des foires et marchés au Parlement d'après les registres des Olim (1253-1318). », in mél. A. LEFEBVRE-TEILLARD, éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 521-538
 - « Propos historiques sur le Code de commerce de 1807 et l'avenir de la codification », in C. DELPLANQUE (éd.), *Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007*, Colloque, Association du bicentenaire du code de commerce, Dalloz, 2008, p. 69-84
 - « Le Code de commerce de 1807, les affaires économiques et la création de la chambre commerciale », in J. HILAIRE et al., *1807-2007, Bicentenaire du Code de commerce, transformation sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2007, p. 1-21
 - Perspectives historiques de la juridiction commerciale, in Dossier, Les tribunaux de commerce, Genèse et enjeux d'une institution, *Rev. Histoire de la justice*, 2007/17, p. 9-16
 - « Propos sur l'office du juge », in mél. O. GUILLOT, *Auctoritas*, PU Paris-Sorbonne, 2006, p. 779-801
 - « Perspectives historiques de l'élection des juges consulaires », in J. KRYNEN (dir.), *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, Puf, 1999, p. 137-163
 - Grandeur ou servitude de la justice consulaire : la controverse de l'équité, *Justices*, 1998/9, p. 39-52
 - « La Révolution et les juridictions consulaires », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution (1789-1799)*, Fayard, 1989, p. 243-266
- HOLLEAUX (A.), Les nouvelles lois relatives à la liberté de la communication, *PA*, 8 fév. 1987
- HONORAT (A.), La décision prise par le juge-commissaire en matière d'admission des créances doit, dans tous les cas, respecter les principes fondamentaux du contradictoire et des droits de la défense, *D.*, 1992, p. 281 s.
- HONORAT (A.), La réforme du droit des entreprises en difficulté, *PA*, 12 juin 1985, p. 14 s.
- HOUIN (R.), Rapport introductif, in Les innovation de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, *RTD com.*, 1986, n° spécial, p. 11 s.
- « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in mél. BARON LOUIS FRÉDÉRICQ, *Liber amicorum*, 1965, p. 609 s.
- HOULLON (G.), La société au risque de la judiciarisation, À propos d'un équilibre à retrouver, *Procédures*, 2008/6, alerte 19
- HOULETTE (E.), L'action du parquet national financier, *CDE*, 2015/5, dossier 29
- Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde, *JCP E*, 2005/42, 1514
- HUDIN (C.), Intervention des pouvoirs publics et des organismes parapublics, in C. LUSSAN (prés.), *L'intervention d'organismes non judiciaires*, *RJC*, 1976/20, p. 274-279
- HUET (J.-P.), La cohérence de l'action du ministère public dans le domaine économique et financier, in Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, *CDE*, 2015/5, p. 36 s.
- HUERTAS (X.), Le non-sens de la profession unique de l'exécution, *PA*, 30 oct. 2014, p. 5 s.
- et HERZOG (N.), Lancement du portail électronique www.creditors-services.com par le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires : le droit des entreprises en difficulté prend le virage du numérique, *RPC*, 2015/6, alerte 21
 - et SÉNÉCHAL (M.), « Les innovations introduites par l'ordonnance du 12 mars 2014 témoignent du rôle central que sont amenés à jouer les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires », interview réalisée par V. BOCCARA, in Dossier, Prévention et procédures collectives: nouvelle réforme !, F. PÉROCHON (dir.), *BJE*, 2014/3, p. 211 s.
- HUMANN (C.), Les juridictions de proximité sont mortes, vive les juges de proximité !, *PA*, 9 fév. 2012, p. 3
- HYEST (J.-J.), Prévention des difficultés des entreprises, propos partiels sur le rapport Hyest, *RLDA*, 2002/49, chron., 200249

I

- IDOT (L.), Les mutations du droit des aides d'État, *RLDA*, 2010/46, p. 83 s.
- « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in mél. A. PIROVANO, *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 523-545
- IDOUX (P.), Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales, *RFDA*, 2010, p. 920 s.
- INACIO (E.), Des « lignes directrices » pour l'harmonisation du statut de syndic et le droit comparé, *RPC*, 2015/1, dossier 15
- INGALL-MONTAGNIER (P.), Prévenir, sanctionner, réparer, Le ministère public à la croisée des missions, in Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, *CDE*, 2015/5, dossier 27

J

- JACQUEMIN (A.) et SCHRANS (G.), « Eléments structurels d'une magistrature économique », in Dossier, *Magistrature économique*, *RTD com.*, 1977/3, p. 421-434
- JACQUET (N.), Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan ?, *GP*, 2010/65, p. 11 s.
- JADAUD (B.), « Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire *ad hoc* », in Dialogues avec M. JEANTIN, *Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 411-417.
- JAMIN (C.), v. « Economie et droit », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 578-581
- JANICOT (L.), La tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2 mars 1982, p. 753 s.
- JARROSSON (C.), « La transaction comme modèle », in P. ANCEL et M.-A. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica*, 2001, p. 58 s.
- La médiation et la conciliation : essai de présentation, in Dossier, Médiation et conciliation : nouveaux horizons pour les professionnels du droit, *DP*, 1999/77, n° spécial, p. 36 s.

- Les modes alternatifs des conflits, présentation générale, *RIDC*, 1997/2, p. 311-345.
- Modes alternatifs de règlement des conflits, *Justices*, 1996/6, p. 274 s.
- « Réflexions sur l'imperium », in mélanges P. BELLET, Litec, 1991, p. 245-27
- JAUFFRET (A.), « L'extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles », in mélanges P. KAYSER, vol. 2, PUAM, 1979, p. 59-76
- JAULT-SESEKE (F.), Le droit européen de la faillite, *D.*, 2004, p. 1009 s.
- JAZOTTES (G.) et al., « La juridiction commerciale : d'un juge du commerce à un juge de l'économie (approche comparatiste) », in C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, actes du colloque, 2007, LGDJ, 2009, p. 329-337
- JAZOTTES (G.), La mise en place d'une « nouvelle » procédure de sauvegarde accélérée et le maintien de la sauvegarde financière accélérée, *GP*, 2015/3, p. 9 s.
- JAZOTTES (G.), La protection des droits des créanciers, in Dossier : Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *DP*, juill. 2014/238
- JEAMMAUD (A.), v. « Judiciarisation/Déjudiciarisation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 675-679
- JEAN (J.-P.), Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe, *AJ pénal*, mars 2011, p. 106 s.
 - Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen, *RSC*, 2005, p. 670 s.
- JEANNEROT (P.), Le choix entre les procédures, La procédure de sauvegarde ou le redressement judiciaire, *RPC*, 2015/3, étude 10
- JEANTIN (M.), Redressement et liquidation judiciaires, Généralités, *Jcl. proc. coll.*, n° 2150
 - « Le rôle du juge en droit des sociétés », in mélanges R. PERROT, *Nouveaux juges, Nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 149-165
 - Le paradoxe de la prévention, *PA*, 15 déc. 1993, p. 12 s
 - « La “déjudiciarisation” des procédures collectives, fondement des atteintes aux principes généraux de la procédure », in L. BOY (dir.), *Droit des faillites et restructuration du Capital*, PU Grenoble, 1982.
- JENNY (F.), La formation des juges, condition de l'efficacité des politiques de concurrence, *RLDC*, 2007/13, perspectives
- JESTAZ (P.), Source délicate (remarques en cascades sur les sources du droit), *RTD civ.*, 1993, p. 73 s.
 - Pouvoir juridique et pouvoir moral, *RTD civ.*, 1990, p. 625 s.
- JOBARD-BACHELLIER (M. N.), L'élaboration d'un régime de surendettement international : emprunts au régime de la « faillite » internationale ?, *GP*, 2003/58, p. 27 s.
- JOURDAIN (P.), Force majeure : la prééminence de l'irrésistibilité et le rôle de l'imprévisibilité ou de l'inévitabilité, *RTD civ.*, 1998, p. 12 s.
- JULIEN (J.), L'escalier de Penrose, Peut-on résorber le surendettement ?, *CCC*, 2015/11, étude 14
 - Force majeure, in P. LE TOURNEAU (dir.), *Dalloz action - droit de la responsabilité et des contrats*, 2012
- JULIENNE (M.), Obligation naturelle et obligation civile, *D.*, 2009, p. 1709 s.

K

-
- KARM (A.), Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux, *Deffrénois*, 2011/6, p. 576, n° 39217
 - KARPENSCHIF (M.), La mort discrète de la commission nationale et des commissions régionales des aides publiques aux entreprises, *JCP A*, 2003/17, p. 1394 s.
 - KATZ (M.), L'intérêt d'accroître l'information relative aux entreprises en difficulté, *D.*, 2009, p. 2852 s.
 - KAYSER (P.), « Le principe de publicité de la justice dans la procédure civile », in *Ecrits de P. KAYSER (1981-2001)*, *Jalons d'une recherche émérite*, PUAM, 2003, p. 17-40.
 - KERCHKHOVE (E.), Prévention et règlement amiable des difficultés, *RPC*, 1994, 446
 - Prévention et traitement des difficultés des exploitations agricoles, Réflexions sur la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988, *RPC*, 1989, p. 113 s.
 - et LE CORRE (P.-M.), Le règlement des situations de surendettement des particuliers, *RPC*, 1990, p. 289 s.
 - KERNEIS (S.), v. « Autorité », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 111-116
 - KEUTGEN (G.), « Exposé de synthèse », in A. JACQUEMIN et G. SCHRANS (dir.), *Actes du colloque sur la magistrature économique*, Oyez- Bruylant, 1976
 - KHARROUBI (K.), Réflexions sur la notion d'insolvabilité dans le droit français des procédures collectives, *PA*, 1^{er} fév. 1985
 - KHAYAT (D.), FIORI-KHAYAT (C.), Prévention et fichier relatif à l'endettement, *PA*, 10 avril 2003, p. 30 s.
 - KHOV (A.-L.), Quelques idées-forces de la réforme du droit des entreprises en difficulté, *PA*, 25 juill. 2014, p. 7 s.
 - KOERING-JOULIN (R.), La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *RSC*, 1990, p. 765-774
 - KOHARI (Y.), « Le droit de la faillite français et le Japon », in C. DELPLANQUE (éd.), *Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007*, Colloque, Association du bicentenaire du code de commerce, Dalloz, 2008, p. 723-733
 - KOUBI (G.), « Des-ordre/s juridique/s », in CHEVALLIER (J.) et al., *Désordre(s)*, CURAPP, Puf, 1997, p. 201-214
 - KOVAR (J.-P.), Les autorités européennes de surveillance : organes des régulateurs nationaux, agences européennes de régulation ou autorités européennes de régulation ?, *RDB*, 2011/4, p. 70-74
 - KRIEGK (J.-F.), L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance, *PA*, 12 juill. 1999, p. 5 s.

KUNTZ (J.-E.), Une alternative au plan de sauvegarde : la négociation aboutissant à la disparition des difficultés du débiteur ou les vertus de l'article L. 622-12 du Code de commerce, *BJE*, 2013/4, p. 254 s.

L

- LABBÉE (X.), La judiciarisation du PACS et du concubinage, *D.*, 2009, 2053.
- LABRUSSE (C.), « L'évolution du droit français depuis le Code de commerce », in R. RODIÈRE (dir.), *Faillites, liquidation des biens, règlement judiciaire, faillite personnelle, banqueroute*, Dalloz, 1970, p. 5-54
- LAFFLY (R.), MARTIN (P.), Les innovations de l'ordonnance du 12 mars 2014, *JCP G*, 2014/17, 524
- LAFORÉST-TACCHINI (V.), Procédure de traitement du surendettement à l'épreuve du pacte civil de solidarité, *Dr. fam.*, janv. 2003, chron. 3, p. 13-18
- LAFORTUNE (M.-A.), Le ministère public et l'entreprise en difficulté, *PA*, 12 janv. 1994, p. 20 s.
- LAGARDE (B.), Les administrations financières : des créanciers enfin comme les autres, *GP*, 2009/78
- Le fabuleux destin des dettes publiques, *GP*, 2007/104, p. 3 s.
 - Le Trésor Public : un créancier comme les autres, *GP*, sept.-oct. 2005, p. 39 s.
- LAGARDE (X.), « Nul ne peut se faire justice à soi-même », in mélanges S. GUINCHARD, *Justices et droit du procès*, Dalloz, 2010, p. 795-806
- Le choix des intervenants dans les deux procédures : rôle des créanciers, du juge et du ministère public, *GP*, 2003/58, p. 33 s.
 - Prévenir le surendettement des particuliers, *JCP G*, 2002/38, I, 163
 - L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation, *Rev. arb.*, 2000/3, p. 390 s.
- LATHIER (Y.-M.), Les règles relatives à l'inexécution du contrat, *JCP G*, 2015/21, n° suppl., p. 47 s.
- LAMARCHE (T.), La notion d'entreprise, *RTD com.*, 2006, p. 709 s.
- LAMBERT (G.), « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », in mélanges P. KAYSER, t. II, PUAM, 1979, p. 77-100
- La personnalité juridique de la masse, *JCP G*, 1960, I, p. 1568 s.
- LAMBERT (S.), Le sort du conjoint in bonis engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective, *RTD com.*, 2007, p. 485 s.
- LAPORTE (C.), Procédures collectives : Adieu à la saisine d'office ?, *RLDA*, 2014/96, p. 69-72
- Que reste-t-il de la saisine d'office, *RPC*, 2014/6, alerte 25
- LAROCHE (M.), Secret des affaires et droit des entreprises en difficulté, *JCP E*, 2016/35, 1458
- LARRIEU (J.), MACORIG-VENIER (F.), Le règlement amiable de l'exploitation agricole (commentaire de la L. n° 88-1020 du 30 déc. 1988 et du D. n° 89-393 du 29 mai 1989), *RJC*, 1989, p. 289-303
- LASSERRE (B.), Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire, *CCC*, 2005/3, p. 42 s.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.), Et si la médiation du crédit échoue ?, *GP*, 2010/65, p. 19 s.
- Médiation du crédit et soutien abusif, *GP*, 2010/65, p. 23
- LATINA (M.), La recodification par ordonnance de la partie législative du Code de la consommation, *LEDC*, 2016/4, p. 1 s.
- « L'imprévision », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *Blog Réforme du droit des obligations*, Dalloz (en ligne), 23 mars 2015
- LAURENT (N.), Quelques exemples de réponse à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens, *CDE*, 2009/5, dossier 31
- et ASSANT (O.), Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ?, *JCP G*, 2008/26, I, 157
- LAVAL-MADER (N.), Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ?, *AJDA*, 2009/23, p. 1230-1236
- LAVIGNE (P.), Les MARCS et la lutte pour le droit, *PA*, 3 déc. 2009, p. 51 s.
- LAVRIC (S.), Principes fondamentaux entourant l'activité judiciaire : deux nouveaux textes du Conseil de l'Europe, *D. actu.*, 30 nov. 2010
- LE BARS (T.), Autorité positive et autorité négative de chose jugée, in Dossier, Regards croisés sur l'autorité de chose jugée, *Procédures*, 2007, n° 8-9, étude 12.
- LE BESNERAIS, in actes du Colloque de Deauville, 1982, Les risques de l'intervention des autorités publiques dans les entreprises en difficulté, discussion, *RJC*, 1983, n° spécial
- LE CANNU (P.), La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, *Rev. sociétés*, 2005, p. 743 s.
- Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des exploitations agricoles, *BJS*, 1989, p. 113 s.
- LE CORRE (C.), Les droits de la défense mis à l'épreuve par l'évolution des pouvoirs d'enquête de l'AMF, *RLDA*, 2014/93, p. 95-101
- LE CORRE (P.-M.), Le rétablissement professionnel, Dix questions-réponses, *GP*, 2016/24, p. 73 s.
- Vers une nouvelle analyse de la déclaration de créance, *GP*, 2015/22, p. 5 s.
 - Missions de procédures collectives confiées aux huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires et principe d'égalité des citoyens devant la loi, *D.*, 2015, p. 575-576
 - Déclaration et vérification des créances : quels changements ?, *GP*, 2015/3, p. 26 s.
 - L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications affectant la déclaration et la vérification des créances, *GP*, 2014/98, p. 47 s.

- Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, *D.*, 2014, p. 733-751
 - Le rééquilibrage du rôle des acteurs : l'exemple des modifications intéressant la déclaration, la vérification et l'admission des créances, *Hebdo éd. aff.*, 2014/393
 - En avant pour une nouvelle réforme de la loi de sauvegarde des entreprises !, *PA*, 9 déc. 2013, p. 3 s.
 - Contestation de la créance déclarée : incompétence ou dépassement de l'office juridictionnel, une nuance de taille, *BJE*, 2013/7, p. 221 s.
 - La sauvegarde financière accélérée, *RIDE.*, sept. 2012, hors-série, n° 5
 - Du privilège occulte de la conciliation, *GP*, 2012/287, p. 3
 - L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté, *D.*, 2011, p. 91 s.
 - Revirement jurisprudentiel sur la preuve du mandat spécial du tiers déclarant la créance, *BJE*, mai 2011/22, p. 130 s.
 - Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile, *PA*, 28 nov. 2008, p. 72 s.
 - 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise, *GP*, 2007/202, p. 3 s.
 - La réforme des procédures collectives : commentaire de la loi de sauvegarde des entreprises, *Lettre juridique*, 2005/178, p. 9-38
 - Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, *D.*, 2005, p. 2297 s.
 - Le privilège de la conciliation, *GP*, 2005/251, p. 50 s.
 - Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises, *in* acte du colloque, La réforme des procédures collectives, *PA*, 10 juin 2004, n° 116 (n° spécial), p. 25 s.
- LE GUERNEVÉ (L.), Synthèse négociée : l'accord, *in* Dossier, L'accord, *GP*, 2008/178, p. 49 s.
- LE MAGUERESSE (Y.), De l'harmonisation escomptée des critères de la force majeure en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle, *PA*, 6 juill. 2006, p. 14-22
- LE MESLE (L.), Quelques éléments d'actualité à propos de l'avis du ministère public en matière de procédures collectives, *CDE*, 2015/5, dossier 38
- Ordonnance du 12 mars 2014 : de quelques corrections, rectifications et innovations d'ordre procédural, *BJE*, 2014/3, p. 200 s.
- LE NINIVIN (D.), STRICKLER (Y.), Matière et procédure gracieuses, *Jcl. proc. civ.*, fasc. n° 116, mise à jour : juill. 2013
- LE NORMAND (S.), Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes, *JCP E*, 2012/22, p. 1337 s.
- LEBEAU (D.), GUEZ (P.), Tribunal de commerce, procédure ordinaire, *Jcl. proc. civ.*, fasc. n° 410
- LEBEAU (M.), Le couple et le surendettement, *RDB*, 2012/3, dossier 23
- LEBEL (C.), La qualité du débiteur, *in* Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 5
- Les indisponibilités en droit des procédures collectives, *in* Dossier L'indisponibilité en droit des affaires, *DP*, 2014/232, p. 34-36
 - Le règlement amiable agricole réformé par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, *RPC*, 2014/2, dossier 25
 - Finalité du bilan économique et social, *RPC*, 2012/2, comm. 26
 - Critère de l'exercice habituel d'une activité agricole indépendante, *RDR*, 2011/395, comm. 104
 - Du commerçant et de l'artisan à l'activité commerciale et l'activité artisanale, *in* Dossier, L'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états, actes du colloque, Nancy, 2010, *RLDA*, 2011, 57.
 - « Le principe de l'unité du patrimoine à l'épreuve des procédures collectives », *in* mélanges G. GOUBEAUX, *Liber amicorum*, LGDJ, 2009, p. 331-343
 - Les mesures conservatoires dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, *RPC*, 2009/1, dossier 6
 - Traitement administratif des exploitations agricoles en difficulté, *RPC*, 2009/2, comm. 34
 - Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, *GP*, 2009/66, p. 46 s.
 - Problématique de l'ouverture d'une procédure à l'égard d'un professionnel libéral, *RPC*, 2008/3, p. 4 s.
 - Être ou ne pas être en cessation des paiements, *GP*, 2005/251, p. 14 s.
- LEBLOND (N.), L'expérience du surendettement des particuliers, *DP*, 2014/242, p. 71-75
- LECÈNE-VILLEMONTAIX (M.), LAGRAULET (P.-E.), « Détermination des "entrepreneurs" relevant d'une procédure collective », *in* D. ZENNAKI et B. SAINTOURENS (dir.), *Droit des entreprises en difficulté, Perfectionnement juridique et efficacité économique*, PU Bordeaux, 2015, p. 13-31
- LECOURT (A.), L'avocat, acteur et victime de la procédure collective, *DP*, 2011/207, p. 59-68
- La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille, *RTD com.*, mars 2004, p. 1-34
- LÉCUYER (H.), L'inexécution du contrat, *CCC*, 2016/5, dossier 7
- Entreprise et famille, *GP*, 2011, n° 138-139, p. 51 s
 - « Le contrat, acte de prévision », *in* mélanges F. TERRÉ, *L'avenir du droit*, Dalloz, Puf, 1999
- LEDAN (S.), Analyse comparative de la procédure de surendettement des particuliers et celle relative à la sauvegarde des entreprises, 2^e partie, *CCC*, 2006/7, étude 15
- LEFEBVRE (C.), MARIN (J.-C.), « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? », Conférence du Club du Châtelet, *JCP G*, 2011/51, doct. 1431
- LEFEBVRE (D.), « Réflexions sur la distinction : droit civil et droit commercial », *in* mélanges R. PERCEROU, *Droit et gestion de l'entreprise*, éd. Vuibert gestion, 1993, p. 189-192

- LEGEAIS (D.), La création du Registre national des crédits aux particuliers remise en cause par le Conseil constitutionnel, *RTD com.*, 2014/1, p. 163-167
- Vers un retour au service public du crédit ?, *RDB*, sept.-oct. 2012, p. 5 s.
 - Les conséquences de la médiation sur le droit au crédit ou l'atteinte au droit discrétionnaire d'accorder ou de rompre un crédit, *RDB*, 2012/4, dossier 31
 - Droit au crédit, Rôle du médiateur, *RTD com.*, 2009, p. 186 s.
 - Les groupements de prévention agréés, *in* Journée d'étude, Poitiers, 1987, La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application, *JCP E*, 1987, II, 15066
- LÉGER (P.), « Le dualisme juridictionnel a-t-il encore une raison d'être ? », *in* mélanges J.-F. BURGELIN, *op. cit.*, p. 233-245
- LEGRAND (V.), Conditions de recevabilité du dossier de surendettement d'un conjoint de l'entrepreneur et regard prospectif sur le sort du conjoint d'un EIRL, note sous cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2012, *BJE*, 2012/6, p. 358 s.
- EIRL en surendettement : la nécessaire redéfinition des dettes non professionnelles, *PA*, 29 mars 2011, p. 3-7
 - L'auto-entrepreneur EIRL : un costume taillé sur-mesure, *PA*, 26 avril 2011, p. 9 s.
 - L'avènement des multiples patrimoines de l'EIRL : les avantages de la schizophrénie ou le risque de paranoïa ?, *PA*, 2 janv. 2013, p. 12-17
 - Le conjoint commun en biens de l'entrepreneur et patrimoine d'affectation : réconciliation de la vie professionnelle et de la famille ?, *PA*, 3 juin 2014, p. 86 s.
 - Le nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité transfrontalières et les procédures de surendettement, L'occasion manquée de la France ?, *D.*, 2015/5, p. 276-277
 - Les poussins rentrent dans les rangs, à propos de la loi n° 2014-626 (...), *PA*, 26 juin 2014, p. 6 s.
 - Proposition de loi tendant à prévenir le surendettement : du devoir de refuser un crédit excessif au droit de ne pas payer ses dettes, *D.*, 2012, p. 2901 s.
 - Quel avenir pour les auto-entrepreneurs, *PA*, 16 sept. 2013, p. 3 s.
 - Rétablissement professionnel : quel sort réserver à la caution du débiteur bénéficiaire de la procédure ?, *PA*, 1^{er} janv. 2015, p. 7-9
 - « Un instrument flou : le pouvoir hiérarchique », *in* mélanges R. DRAGO, *L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 59-78
- LEGRAND (F.), DESPRAT (F.-C.), MICHEL (J.), Les modalités d'exercice de la profession de mandataire judiciaire. Réflexions sur les opportunités juridiques et fiscales, entretien réalisé par M. MENJUCQ, *RPC*, 2013/1, entretien 1
- LEGROS (C.), Les procédures d'insolvabilité en Belgique, *PA*, 23 mars 2005, p. 10 s.
- LEGROS (J.-P.), Le droit des sociétés en difficulté après la loi Macron, *Dr. sociétés*, 2015/11, étude 17
- Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014, *Dr. sociétés*, 2014, p. 19 s.
 - Remarques sur la compétence pour ouvrir une procédure collective d'une société commerciale par la forme, *Dr. sociétés*, 2010/4, repère 4
 - Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Qualité du débiteur, Personne physique, *Jcl. com.*, fasc. n° 2160
- LEGUEVAQUE (C.), L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux, *GP*, 2002/218, p. 2 s.
- LEINHARD (A.), Les artisans peuvent-ils encore être mis en faillite ?, *D.*, 2000/38, point de vue III
- LELIÈVRE (Y.), « La justice commerciale est une justice spécialisée, rendue par des professionnels avec une efficacité certaine », propos recueillis par H. BÉRANGER, *JCP G*, 2016/16, 457
- « Une nouvelle complexité des procédures collectives risque de se développer », propos recueillis par V. BOCCARA, *BJE*, 2015/6, p. 397 s.
 - La justice consulaire dans le projet de loi Macron, *GP*, 2015/69, p. 7 s.
 - Le rôle du ministère public dans la prévention des difficultés des entreprises et les procédures collectives, *CDE*, 2015/5, dossier 39
 - Sauvegarde financière accélérée : seules six procédures ouvertes à ce jour, *Option Dr. & Aff.*, mars 2014, p. 6 s.
 - avec BOURU (O.) et *al.*, Les enjeux de la réforme du droit des entreprises en difficulté, table ronde animée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2014/3, entretien 2.
- LEMAIRE (F.), La qualité de collaborateur du service public des mandataires de justice et ses conséquences, *RPC*, mars 1999, p. 10 s.
- LEMOINE (P.), Ministère public, Attribution, Compétence, *Jcl. proc. pén.*, fasc. n° 30, mise à jour : nov. 2015
- LEPAGE (A.), L'échec du registre national des crédits aux particuliers devant le Conseil constitutionnel, *Rev. Communication commerce électronique*, 2014/5, p. 38-40
- LEROYER (A.-M.), Entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *RTD civ.*, 2010/3, p. 632-646
- LESANLNIER (A.), L'expert judiciaire et le droit des entreprises en difficulté, *Procédures*, 2015/3, étude 3.
- Les diligences du greffier du tribunal de commerce dans le cadre de la détection des difficultés des entreprises, *RPC*, 2014/6, étude 32
- LEVASSEUR (G.), L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine, *RSC*, 1991, p. 9 s.
- LEVELEUX-TEIXERA (C.), « L'ancien droit et le règlement non judiciaire des conflits de la vengeance à la grâce », *in* O. BOSKOVIC (*dir.*), *La déjudiciarisation*, Mare & martin, 2012, p. 111-145
- LÉVY (F.), Comparaison des lois ukrainienne, belge, allemande, espagnole, britannique et française relatives aux procédures d'insolvabilité tenant compte du règlement communautaire et de la jurisprudence de la CJCE, *RPC*, 2008/3, dossier 17
- Comparaison de la loi russe et de la loi française en matière de faillite, *RPC*, 2005/4, p. 314 s.

- LÉVY-BRUHL (H.), La faillite dans notre ancien droit s'appliquait-elle aux non-commerçants ?, *Revue historique de droit français et étranger*, 1939, pp 89-103
- LIENHARD (A.), Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008, *D.*, 2009, p. 110-122.
- Remise des créances publiques : nouvel assouplissement, *D.*, 2009, p. 484 s.
 - Sauvegarde des entreprises : présentation du décret d'application numéro 2005-1677 du 28 décembre 2005, *D.* 2006, p. 150-154.
 - Tous les artisans peuvent-ils encore être mis en faillite ?, *D.*, 2000/38, point de vue III
 - À propos du conflit de compétence entre le juge de l'exécution et le juge-commissaire d'une procédure collective, *RPC*, 1995, p. 15 s.
- LINOTTE (D.), « Très libres et très brefs propos pour en finir avec l'identification organique du service public », in mél. J.-M. RAINAUD, *Les métamorphoses du droit*, L'Harmattan, 2009, p. 311-321
- Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ?, *AJDA*, 2005, p. 1549 s.
- LOKIEC (P.), « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 95-108
- LONGOBARDI (N.), Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique, *RFDA*, 1995/2, p. 383-389
- LOUVARIS (A.), Impartialité des organes de régulation (à propos de la Commission bancaire), *D.*, 2001, p. 2665 s.
- LUBY (M.), Le droit économique aujourd'hui : brèves sur un droit typique et conquérant, *RDLA*, 2006/6, étude, p. 347 s.
- LUCAS (F.-X.), Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques » intéressant le droit des entreprises en difficulté, *BJE*, 2015/5, p. 317 s.
- Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014 ?, *BJE*, 2014/3, p. 143 s.
 - Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *BJE*, 2014/2, p. 111 s.
 - Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée, in Dossier, actes du Colloque, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, Univ. Paris Ouest, 2011, *RPC*, 2012/3, dossier 18, p. 93 s.
 - Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté, Propos conclusifs, *RIDE.*, sept. 2012, hors-série, n° 5
 - L'EIRL en difficulté, in Dossier spécial, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : quel avenir ?, *PA*, 28 avril 2011, p. 39 s.
 - Éditorial, L'éligibilité des holdings à la sauvegarde, *BJS*, 2011/4, éditorial n° 152, p. 281 s.
 - Le plan de sauvegarde approuvé ou le prepackaged plan à la française, *CDE*, 2009/5, p. 35-43
 - L'apport de la nouvelle loi et sa philosophie, *PA*, 16 mars 2006, p. 8 s.
 - Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, *BJS*, 2005/11, § 262, p. 1181 s.
 - L'ouverture de la procédure collective, *PA*, 10 juin 2004, p. 4 s.
 - « Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom », in mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 281-290
 - et LÉCUYER (H.) (dir.), La loi de sauvegarde article par article (1^{ère} partie), *PA*, 8 fév. 2006, n° spécial
 - et SÉNÉCHAL (M.), La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel, *D.*, 2013/27, p. 1852 s.
- LUCAS (J.), Les aides publiques à la restructuration des entreprises en difficulté et le régime européen des aides d'Etat, *RPC*, 2011/5, étude 27
- LUCAS DE LEYSSAC (C.), Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ?, *RJC*, 1992, p. 273 s.
- LECÈNE-VILLEMONTAIX (M.), LAGRAULET (P.-E.), « Détermination des « entrepreneurs » relevant d'une procédure collective », in D. ZENNAKI et B. SAINTOURENS (dir.), *Droit des entreprises en difficulté, Perfectionnement juridique et efficacité économique*, PU Bordeaux, 2015, p. 13-31.
- LYON-CAEN (A.), Les juges français et l'économie : une défiance française ? Regard sur le nouveau rapport de l'Institut Montaigne, *D.*, 2013/3, p. 232 s.
- Le parquet général de la Cour de cassation, *D.*, 2003, chron., p. 211 s.
- LYON-CAEN (G.), « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », in mél. M. DESPAX, PU Toulouse I, 2002, p. 33 s.
- Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial, *RTD com.*, 1949, p. 577 s.
- LYON-CAEN (P.), Vers un parquet indépendant ?, *D.*, 2013, p. 1359 s.
- LYONNET (B.), REBUT (R.), Exposé général des critiques à l'endroit des tribunaux de commerce, in Dossier, Les tribunaux de commerce : quelles réformes ?, *RJC*, 1998, p. 42 s.

M

- MAAREK (G.), Le rôle macro-économique de l'endettement, *REF*, 1998/46, p. 43-57
- MACKAAY (E.), La propriété intellectuelle et l'innovation, analyse économique du droit, *DP*, 2003/119, dossier
- MACORIG-VENIER (F.), Incidence de la loi Macron en matière de traitement amiable des difficultés des entreprises sur la compétence, *RTD com.*, 2016, p. 192 s.
- La règle de l'arrêt des poursuites chahutée par les évolutions législatives, in Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 10

- Les créanciers antérieurs hors comités après l'ordonnance du 12 mars 2014 : un vent de simplification en faveur de la reconnaissance de leur droit de créance, *BJE*, 2014/3, p. 185 s.
 - Le rétablissement professionnel, *in* Dossier, Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *DP*, 2014/238, p. 52 s.
 - Commissaires au redressement productif : rapport annuel pour l'année 2012, *RTD com.*, 2013, p. 337
 - La protection du dirigeant caution, *CDE*, 2012/3, dossier 16
 - EIRL : les créanciers de l'EIRL en difficulté, *RPC*, 2011/2, dossier 20
 - Observations sur l'EIRL et les sûretés, *BJS*, 2011, p. 253 s.
 - Réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret n° 2009-160 du 12 février 2009, *RTD com.*, 2009, p. 436-445
 - Dispositif de soutien aux entreprises agricoles en difficulté, *RTD com.*, 2009, p. 447 s.
 - La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde, *RDB*, 2006/1, p. 60-71
 - Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, *RTD com.*, 2005/4, p. 829 s.
 - Du règlement amiable à la conciliation, *RPC*, 2005/4, p. 352 s.
 - L'impartialité ou les limites de la prévention-détection informelle, *RTD com.*, 2001, p. 780 s.
- MADER (R. C.), « Surendettement : une nouvelle impulsion », *in* Dossier Endettement/surendettement, *Rev. d'économie financière*, 1998/46, p. 105 s.
- MAGENDIE (J.-C.), Pour une justice commerciale rénovée et réhabilitée, Commission Justice du Club des juristes, *JCP G*, 2013/29, doct. 853
- Archaïsme judiciaire, Propositions pour une redéfinition de l'office du juge, *JCP G*, 2012/46, doct. 1225
- MAGNON (X.), Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force de chose jugée », *RFDA*, 2013/4, p. 85-867
- MAINGUY (D.), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JCP E*, 2016/7, act. 151
- MALAUURIE (P.), Le déclin du droit, *JCP G*, 2010/52, 1292
- MARCHI (J.-P.), Une création originale du tribunal de commerce de Paris, « le mandataire ad hoc », *GP*, 1983, I, doct., p. 123 s.
- Le rôle du procureur de la République, *RJC*, fév. 1987, p. 101-106
- MARCOU (G.), Les trente ans de la région. Et demain ?, *AJDA*, 2012, n° spécial, p. 746 s.
- MARÉCHAL (C.), L'intérêt collectif des créanciers, *RPC*, 2014/3, étude 10
- MARGUENAUD (J.-P.), Tempête sur le Parquet, *RSC*, 2009, p. 176 s.
- MARIANI-RIELA (M.-C.), Les frontières des procédures de surendettement des particuliers, *RDB*, 2012/3, dossier 19
- MARIN (J.-C.), Entretien réalisé par F. FORTIN, *GP*, 2012/94, p. 9 s.
- MARKS (D.), Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne, *PA*, 16 juin 2005, p. 17 s. MARKUS (J.-P.), Aides aux entreprises affectées par la crise financière, *JCP E*, 2010/34, 1730
- Aides locales aux entreprises et aides des collectivités territoriales aux entreprises, *Jcl. coll. terri.*, fasc. n° 725-728
- MARMOZ (F.), Vers une adaptation du régime de l'auto-entrepreneur, *D.*, 2013, p. 1672 s.
- MARTENS (P.), Les magistratures économiques, rapport introductif, *in* Les magistratures économiques, *RIDE*, 1997/2
- MARTIN (J.-F.), Le rôle de l'avocat dans la prévention, *GP*, 1996, doct., p. 432 s.
- MARTIN (R.), Les cheminements des pouvoirs judiciaires depuis 1789, *RTD civ.*, 2004/2, p. 251-260
- Faut-il supprimer le ministère public ?, *RTD civ.*, 1998, p. 873 s.
 - Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation, *JCP G*, 1996/44, I, 3977
 - La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence, *JCP G*, 1990, I, 3469.
 - Loi économique et règle de droit, *D.*, 1990, p. 259 s.
 - La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence, *JCP G*, 1990/44, I, 3469,
 - Matière gracieuse et ordonnances sur requête unilatérale, *JCP G*, 1976, I, 2787
 - La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification), *JCP G*, 1973, étude pratique, IV, 6316
- MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), La conciliation : droit ou obligation ?, *RPC*, 2014/1, dossier 5.
- Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, *D.*, 2005, p. 1356 s.
- MARTIN-SERF (A.), La liquidation judiciaire simplifiée : encore plus simplifiée mais en concurrence avec le rétablissement professionnel ?, *GP*, 2015/3, p. 23 s.
- Déclaration des créances (ord. n° 2014-326), *RTD com.*, 2014, p. 409 s.
 - L'évolution législative et les conflits, *GP*, 2008/178, p. 9 s.
 - La procédure de sauvegarde : Se mettre sous la protection de la justice ... tout en restant chef dans son entreprise (2^e partie), *in* Echanges sur la loi de sauvegarde des entreprises, de la Côte d'or à la Côte d'azur, *PA*, 14 juin 2007, p. 21 s.
 - Les dirigeants et la procédure collective, *PA*, 9 janv. 2002, p. 31 s.
 - « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », *in* méf. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 143-159
 - Être ou ne pas être dans la procédure collective, *RJC*, 1996, p. 337 s.
 - Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Condition de forme, Compétence, *Jcl. sociétés*, fasc. n° 41-30
- MARTUCCI (F.), LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et KOVAR (J.-P.), Le système européen de surveillance financière, *Europe*, 2011/6, étude 6

- MARTY (J.-P.), De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles, *RLDA*, mars 2005, suppl. n° 80, p. 21 s.
- MARTY (J.-P.), La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, *RTD com.*, 1981, p. 681 s.
- MASCALA (C.), Les sanctions en droit des entreprises en difficulté : flux, reflux et incohérences, in Dossier, La loi de sauvegarde à l'âge de raison, *DP*, 2013/223, p. 81 s.
- Le comportement fautif du chef d'entreprise : de la sanction à la réparation ?, *RLDA*, mars 2005, suppl. n° 80, p. 71 s.
 - Le périmètre des sanctions, *RPC*, 2011/1, dossier 5
 - Les sanctions pénales dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, *RPC*, 2009/1, dossier 15
 - Le nouveau régime de sanction dans la loi de sauvegarde des entreprises, *RTD com.*, 2006/1, p. 209-218
 - Les sanctions applicables aux dirigeants, *PA*, 6 sept. 2000, p. 50 s.
 - et SALOMON (R.), Regards sur les évolutions récentes des sanctions, *RPC*, 2013/1, dossier 11
- MASSE (H.), CONSTANT (P.) et al., « Les acteurs sur le terrain : vers une prévention coordonnée », in J. VINCENT (dir.), *La prévention des difficultés d'entreprise*, actes du colloque, Conférence générale des juges consulaires de France, Paris, 14 sept. 2009, table ronde n° 2
- MASSON (A.), La place du droit de la concurrence dans les procédures collectives suite à l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 février 2004, *CCC*, 2004/10, étude 14
- MASTOR (W.), Cycle La justice pénale, L'indépendance de l'autorité des poursuites en France et aux Etats-Unis, *JCP G*, mai 2015, doct. 570
- MASTRULLO (T.), Aides d'État, Nouvelles lignes directrices de la Commission, *RPC*, juill.-août 2015, comm. 92
- La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, *RPC*, 2008/2, étude 19
- MATHIEU (M.), La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JCP E*, 1986/46, 14805
- MATSOPOULOU (H.), Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer, *D.*, 2007, chron., p. 104 s.
- MATTEI (J.-P.), Quel intérêt pour la justice commerciale ?, *PA*, 13 juill. 1999, p. 8 s.
- MAYER (P.), « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée » in mél. J. HÉRON, *Liber Amicorum*, LGDJ, 2008, p. 331-334
- MAZEAUD (D.), Contrats et obligations, Chambre commerciale de la Cour de cassation : de l'audace, toujours de l'audace !, *Defrénois*, 1999/6, p. 371 s.
- L'endettement des acquéreurs, *RDI*, 1995, p. 641 s.
 - Les mesures consenties par les créanciers dans un plan conventionnel de règlement judiciaire amiable ne sont pas des remises de dettes qui peuvent bénéficier à la caution, *D.*, 1997, p. 178 s.
- MAZEAUD (L.), « Vers la fusion du droit civil et du droit commercial français », in M. ROTONDI (dir.), *L'unité du droit des obligations/L'unità del diritto delle obbligazioni*, CEDAM, 1974, p. 333-348
- MAZEN (N. J.), VINCKEL (F.), Lorsqu'oscille immanquablement le balancier de l'Histoire, Vers une nouvelle réforme du droit des entreprises en difficultés, *GP*, janv. 1994, p. 49-54
- MAZÈRES (J.-A.), « Légitimer », Présidence et introduction à la quatrième partie, in G. DARCY et al. (dir.), *L'Office du juge*, actes du Colloque, Sénat, 29-30 sept. 2006, p. 415-471
- MEKKI (M.), L'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le volet des contrats, l'art de refaire sans défaire, *D.*, 2016, p. 494 s.
- Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, *GP*, 2015/120
 - Hardship et révision des contrats. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?, *JCP G*, 2010/49, doct. 1219
 - La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, *RLDC*, 2006/29, p. 17-23
 - Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC*, 2006/2, p. 297 s.
 - Le patrimoine aujourd'hui, *JCP N*, 2011/51, 1327
- MÉLÉDO-BRIAND (D.), Le juge judiciaire peut suspendre l'exigibilité des créances fiscales sur le fondement de la loi du 1er mars 1984, *JCP G*, 1998/52, II 10218
- MENEZ (J.), « Le Ministère Public », in *Les innovations de la loi sur le redressement des entreprises*, *RTD com.*, 1987, n° spéc, 2, p. 87-95
- MENJUCQ (M.), Trente ans de procédures collectives transfrontalières, in Dossier, Trente ans !, *RPC*, 2016/1, dossier 3
- Traitement procédural des groupes de sociétés : la coordination par la contractualisation, *RPC*, 2015/3, repère 3
 - 2014 : un nouveau souffle pour les procédures collectives, *RPC*, 2014/2, p. 34 s.
 - Le mandataire de justice en Europe, Droit comparé et règlement insolvabilité, *RPC*, 2012/6, article 28
 - Adoption de la « sauvegarde financière accélérée » : consécration du « prepackaged plan » en droit français !, *RPC*, 2010/6, repère, p. 1-2
 - avec DUBOIS (P.), BOURBOULOUX (H.), et al., La sauvegarde financière accélérée, *RPC*, 2011/3, p. 73-83
- MENURET (J.-J.), Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales, *JCP G*, 2013/49, doct. 1290
- La saisine d'office du Conseil de la concurrence au regard de l'article 6 de la CEDH, *CCC*, 2002/1, chron. 1.
- MERCADAL (B.), « La notion d'entreprise », in mél. J. DERRUPÉ, *Les activités et les biens de l'entreprise*, Joly-Litec, 1991, p. 9-16
- et GULPHE (P.), « Magistrature et droit des affaires », in Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, t. 7, 1978, p. 1037-1067

- MERCIER (J.-L.), Que reste-t-il de la gouvernance dans une entreprise en difficulté ?, *in* Dossier, Le périmètre de la gouvernance, *GP*, 2014/240, p. 76 s.
- MERLE (W.), Le droit allemand à travers l'Insolvenzordnung, *GP*, 2003/58, p. 17 s.
- MESTRE (J.), Bienvenu au Code de commerce, *DP*, 2001/95, p. 3
- Le droit pour le créancier de recouvrer son dû... et ses limites, *RTD civ.*, 1990, p. 477 s.
 - Les risques de l'intervention des autorités publiques dans les entreprises en difficulté, *RJC*, 1983, p. 152-161
- MEVORACK (N.), Le patrimoine, *RTD civ.*, 1936, p. 811 s.
- MICHEL (V.), Procédures d'insolvabilité et aides d'Etat : la pratique de la Commission, *PA*, 11 juin 2008, p. 41 s.
- MILSAN (A.), Les remises de dettes publiques : une nouvelle opportunité offerte aux créanciers publics pour contribuer au redressement des entreprises en difficulté, *JCP E*, 2007/29, 19001
- Min. Éco., Fin. et du Budget, Le dispositif public de traitement des entreprises industrielles en difficulté (CIRI, CORRI, CODEFI), *Les notes bleues*, 4-10 juill. 1983, n° 130, doc. 4
- MIQUEL (D.), MERCIER (J.-L.) et MOUSTARDIER (A.), Les procédures collectives confrontées au droit de l'environnement, table ronde animée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2011/1, entretien 1
- MODAT (P.), Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi, *RPC*, 2011/2, étude 10
- MODERNE (F.), préface, *in* E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, p. VII-XIX
- MOLFESSIS (N.), Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *JCP G*, 2015/52, 1415
- Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique, *RTD civ.*, 2000, p. 186 s.
- MOLINIER (F.), Agences européennes, *in* D. SIMON et S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Rép. dr. européen*
- MOLINS (F.), L'action des juridictions interrégionales spécialisées, *CDE*, 2015/5, dossier 28
- MONSÉRIÉ-BON (H.), Entreprises en difficulté (mandat *ad hoc* et conciliation), *Rép. dr. comm.*
- La mise en œuvre des stratégies offertes par la loi de sauvegarde, *in* Dossier, La loi de sauvegarde à l'âge de raison, *DP*, 2013/223
 - Les structures d'exercice professionnel, société d'exercice libéral et société de participations financières des professions libérales : le duo gagnant ?, *RPC*, nov. 2012, dossier 22, art. 25, p. 83-86
 - L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le droit des entreprises en difficulté, *BJS*, 2011/1, p. 270 s.
 - Brèves réflexions sur les contrats et l'EIRL, *BJE*, 2011/1, p. 65 s.
 - Le périmètre quant aux personnes des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, *RPC*, 2011/1, dossier 3
 - Aperçu sur le droit japonais des procédures collectives, *RPC*, 2011/4, p. 20-23
 - Les apports de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009, *RPC*, 2009/6, p. 43-44
 - Réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret n° 2009-160 du 12 février 2009, *RTD com.*, 2009, p. 436 s.
 - Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde ?, *D.*, 2006, p. 1282 s.
 - et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La loi de sauvegarde des entreprises : nécessité et intérêts d'une réforme annoncée, *D.*, 2008, p. 941-943
 - et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *RPC*, 2009/1, dossier 9
 - et THÉVENOT (C.), Comment améliorer la procédure de sauvegarde ?, *in* Dossier, pratique, contentieux et réforme de la procédure de sauvegarde, *RPC*, 2008/2, dossier 6
- MONTALIVET (P.), La dégradation de la qualité de la norme constitutionnelle sous la Ve République, *RDP*, 2012/4, p. 925 s.
- MONTEILLET (I.), L'accueil du débiteur en état de cessation des paiements dans les tribunaux de commerce, *GP*, 2004/267, p. 2 s.
- MONTÉLAN (T.), Impartialité, droits de l'homme et QPC, *RPC*, 2015/4, étude 13
- La prévention : à nous de jouer !, *GP*, 2014/182, p. 3 s.
 - Pour une cause nationale : les CIP au secours des entreprises en difficulté, *BJE*, 2014/2, p. 120 s.
 - Le mandat pour tous, *GP*, 2013/19, p. 13 s.
 - Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée, *GP*, oct. 2010, p. 9-11
 - Tendances : puissance publique et pouvoir judiciaire, avant-propos, *GP*, 2010/184
 - La réforme de la prévention des difficultés, *D.*, 2009, p. 639 s.
 - Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation, *GP*, 2005/251, p. 8 s.
 - L'état de cessation des paiements, clef de voûte des procédures collectives, *RPC*, 2001/1
 - avec BRICARD (A.), TEBOUL (G.) et al., Le nouveau droit des entreprises en difficulté : conseils pratiques, table ronde animée par Y. LELIÈVRE, *RPC*, 2014/4, dossier 40
 - et LE BOURGEOIS (S.), Les pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan, *RPC*, déc. 2003, p. 294-302
- MOREAU (B.), La médiation du crédit aux entreprises dans les grandes lignes, *GP*, 2010/65, p. 9 s.
- MOREL (O.), La procédure d'Administration outre-Manche : comparaison franco-anglaise, *BJE*, 2012/1, p. 65 s.
- MORELLI (N.), Le point de vue du praticien, *in* Dossier Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, *RPC*, 2014/4, art. 35
- MORIN (J.), « La légitimité des juges », *in* J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des Juges*, travaux de l'IFR mutations des normes juridiques, PU Toulouse, 2004, p. 183-188

- MORVAN (P.), « Partisane » mais paritaire, donc impartiale : la juridiction prud'homale, *JCP G*, 2004/7, act. 88
- MOTULSKY (H.), Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *D.*, 1972, chron., p. 91-102
- « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », in mélanges H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédures civiles*, t. I, Dalloz, 1970 (rééd. 2010), p. 201-274
- MOULIN (A.-M.), Les incidences de l'arrêt Dubus sur la Commission bancaire et l'Autorité de contrôle prudentiel, *RDB.*, 2010/3
- MOURY (J.), Force majeure : éloge de la sobriété, *RTD civ.*, 2004, p. 471-480
- « De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio (en droit judiciaire privé) », in mélanges R. PERROT, *Nouveaux juges, Nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 299-311
- MOUAIL-BASSILANA (E.), « Réforme » des tribunaux de commerce : l'occasion manquée, *BJS*, 2015/10, p. 469 s.
- MOUTOUH (H.), La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire, *D.*, 2002, chron. p. 3218
- MUCCHIELLI (J.), Réforme Macron : manifestation historique des professions du droit, *D. actu.*, 11 déc. 2014
- MUIR WATT (H.), *Personal Insolvency* en droit anglais : un autre découpage, in Dossier, Est-il légitime de traiter distinctement les particuliers surendettés et les entreprises en difficulté ?, *GP*, 2003, p. 21 s.
- MULLER (C.), La réforme du système européen de surveillance financière : organisation et fonctionnement des autorités européennes de surveillance, *RDB*, 2011/2, p. 17-19
- MULLER-QUOY (I.), « L'apparition et le développement des agences de l'Union européenne », in J.-F. COUZINET (éd.), *Les agences de l'Union européenne*, PU Toulouse, 2002, p. 13-30

N

- NACHIN (D.), Les URSSAF et la prévention des entreprises en difficulté, *Dr. social*, 1994, p. 302 s.
- NADAL (J.-L.), La liberté de parole du ministère public, *GP*, 2008/355, p. 5 s.
- et PEIMANE (G.-M.), « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », in mélanges J.-F. BURGELIN, *Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 279-293
- NAMMOUR (F.), Les procédures collectives en droit libanais, *RPC*, 2007/4, p. 183-191
- NÉMERY (J.-C.), Le nouveau régime juridique des interventions économiques des collectivités territoriales, *AJDA*, 1983, doct., p. 65-73
- NÉRON (S.), Le standard, un instrument juridique complexe, *JCP G*, 2011/38, doct. 1003
- NEUVILLE (S.), Le traitement planifié du surendettement, *RTD com.*, 2001, p. 31 s.
- NIBOYET (M.-L.), Les fonctions du juge-commissaire au regard de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *D.*, 2001, p. 1610 s.
- NICINSKI (S.), L'Autorité de la concurrence, *RFDA*, 2009, p. 1237 s.
- NOGUELLOU (R.), Le Conseil d'État publie son étude annuelle consacrée au droit souple, *Rev. adm.*, 2013/12, alerte 97
- NOGUÉRO (D.), La maladie du débiteur cas de force majeure, *D.*, 2006, 1566
- NORMAND (J.), « L'impartialité du juge en droit judiciaire privé français », in J. VAN COMPENOLLE et G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, Bruylant, 2006, p. 63-104
- Le droit à un tribunal impartial devant les juridictions de l'ordre judiciaire (article 6-1 Conv. EDH) et la composition des juridictions, *RTD civ.*, 1993/4, p. 874-881
- « Office du juge », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 930-934.
- « Principes directeurs du procès », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 1038-1046
- NOTTÉ (G.), Projet de loi « Macron » pour la croissance et l'activité, *JCP E*, déc. 2014, act. 970
- Réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JCP E*, 2014/13, act. 230
- La loi de sauvegarde des entreprises, *JCP E*, 2005/30, p. 1255-1258
- NOUGEIN (H.-J.), Le juge de la prévention, in Colloque, La Baule, Le juge de l'économie, *RJC*, nov. 2002, 46^e année, n° spécial, p. 30-43
- NURIT-PONTIER (L.), Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risques, *D.*, 2009/9, p. 585-589
- NUSSENBAUM (M.), « Le rôle de l'expert économique », in Le juge de l'économie, *RJC*, nov. 2002, n° spécial, p. 112 s.

O

- OBELLIANNE (S.), La discrète résurrection de la présomption mucienne, *RPC*, 2008/1, étude 7
- OCED, Tableau comparatif des procédures d'insolvabilité : Italie, Belgique, Allemagne, Grande-Bretagne et États-Unis, *JCP E*, 2005/42, 1517
- OLIVIER (M.), Le nouveau statut des administrateurs judiciaires et mandataires-liquidateurs et leurs fonctions dans les entreprises en difficulté, *GP*, 1985, 1, doct., p.357-373
- OLIVIER (M.), Un nouveau venu en matière d'expertise, « l'expert en diagnostic d'entreprise », *GP*, 1985, 1, doct. 191
- OPPETIT (B.) « Droit et économie », in *Droit et modernité*, Puf, 1998, p. 169-181
- « Développement économique et développement juridique », in mélanges A. SAYAG, *Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 71-82
- Arbitrage, médiation et conciliation, *Rev. arbitrage*, 1984, p. 307 s.

- La décodification du droit commercial français, *in* mélanges R. RODIÈRE, Dalloz, 1982, p. 197 s.
- Les autorités publiques et l'entreprise privée, rapport de synthèse, *RJC*, 1983, n° spécial, p. 166-171
- ORIF (C.), Quels commandements pour la nouvelle procédure prud'homale ?, *Dr. social*, 2015, p. 819 s.
- OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in* P. BOURETZ (dir.), *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, éd. Esprit-Le Seuil, 1991, p. 241-272
- « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* P. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, éd. Facultés univ. St-Louis, 1983, p. 1-70
- OUDOT (P.), Des remèdes aux sanctions : le retour de la faute au galop !, *JCP G*, 2016/26, doctr. 769

P

- PAGÈS-GIORDAN (J.), Juge interprète de la norme et juge manager, *in* Les magistratures économiques, *RIDE*, 1997, n° spécial, n° 2
- PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *in* mélanges R. HOUIN, *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 109-150
- Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires), *JCP G*, 1988/16, I, doctr., 3330
 - Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle, *D.*, 2003, p. 260-268
 - Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, *D.*, avril 1997, chron., p. 97-106
 - Les vicissitudes de la loi du 25 janvier 1985, *PA*, 12 janvier 1994, n° 5
 - Le droit est aussi une science d'organisation, *RTD com.*, 1989, p. 3 s.
 - Qu'est ce qu'une entreprise en difficulté ?, *RJ com.*, 1976, n° spécial, p. 259 s.
- PAISANT (G.), Vingt et un ans après : la nouvelle réforme des procédures de traitement des situations de surendettement par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 sur le crédit à la consommation, *RTD com.*, 2010, p. 800 s.
- Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, *CCC*, 2009, étude 6, n° 37
 - La valeur juridique de la vérification des créances faite par le juge de l'exécution en vertu de l'article L. 331-4 du code de la consommation, *RTD com.*, 2005, p. 426 s.
 - La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1^{er} août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine, *RTD com.*, 2003/4, p. 671 s.
 - Le plan de redressement amiable présente-t-il un effet novatoire ?, *RTD com.*, 2000 p. 735-736
 - Contrat de scolarité : caractère de force majeure de la maladie et caractère abusif de la clause relative au paiement du prix, note sous cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998, *JCP G*, 1998/30, II, 10124
 - Introduction à la réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi du 8 février 1995, *RTD com.* 1995, p. 474 s
 - Surendettement, Bref aperçu critique d'un projet de loi de réforme, *RTD com.*, 1994, p. 551 s.
 - Le redressement judiciaire civil à l'essai (Question sur l'application de la loi surendettement du 31 décembre 1989, *JCP G*, 1991/24, I, 3510
 - La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages, *JCP G*, 1990, I, 3457
- PAN (P.), L'apprentissage du droit à un procès équitable par les juges ordinaires français : le cas de l'obligation d'une apparente objectivité d'impartialité, *PA*, 22 juin 2000, p. 12 s.
- PANZANI (L.), La coordination des droits nationaux par le droit communautaire – le point de vue du magistrat : la jurisprudence des tribunaux italiens, *PA*, 19 oct. 2006, p. 11 s.
- PASTUREL (M.), « Entreprise et raisonnement économique, Quelle place dans le droit positif ? L'exemple de la concurrence », *in* mélanges P. BÉZARD, *Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p. 273 s.
- PECQUEUR (E.), Appréciations sur la réforme du surendettement : le point de vue du juge d'instance, *RDB*, 2011/6, dossier 95
- PÉNICHON (C.), « Les mesures d'urgence en matière économique et financière », *in* mélanges G. WIEDERKEHR, *De code en code*, Dalloz, 2009, p. 371 s.
- PERCEROU (R.), « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté, mythe ou possibilité réelle ? », *in* mélanges C. CHAMPAUD, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1997, p. 507-523
- PERDRIAU (A.), Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation, *GP*, 2002/66, p. 2 s.
- Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de... l'équité ?, *GP*, nov. 1996, doctr., p. 1388 s.
- PEREIRA (B.), Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?, *D.*, 2005, p. 2041-2049
- PÉRÈS (A.), LOGER (J.), Technicolor : une restructuration riche d'enseignements, *BJS*, janv. 2011/1, p. 64 s.
- PÉROCHON (F.), L'insaisissabilité après la loi Macron, *Defrénois*, 2016/10, p. 532 s.
- L'art de mal légiférer : l'insaisissabilité de la résidence principale, *BJE*, mars 2015, p. 65 s.
 - De quelques questions sur le rétablissement professionnel..., *BJE*, nov. 2014, p. 345 s.
 - Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ?, *RPC*, 2014/4, dossier 25
 - Coût, transparence et confidentialité de la prévention, *RPC*, 2014/1, dossier 3
 - Procédures avec comités de créanciers, sauvegarde accélérée et SFA, après l'ordonnance du 12 mars 2014, *BJE*, 2014/3, p. 180 s.
 - L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers tenus de déclarer, *BJE*, 2014/3, p. 133 s.

- EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre, La validité des sûretés constituées au titre d'un patrimoine de l'EIRL en garantie des dettes de l'autre patrimoine, *RPC*, 2011/2, dossier 25
- Les patrimoines de l'EIRL, *RPC*, 2011/1, dossier 13 et sous sa dir., Approches critiques de l'EIRL, *BJE*, mars 2011, p. 52 s.
- Présentation, *in* actes du colloque, Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, *PA*, 11 juin 2008, p. 3 s.
- À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 déc. 2008, *GP*, 2009/69, p. 3 s.
- Droit de la concurrence, Présentation, *PA*, 11 juin 2008, p. 3 s.
- La liquidation judiciaire simplifiée, *RPC*, 2006, p. 191 s.
- Le privilège des notables indécrits : un nouveau privilège ?, *D.*, 2005, point de vue, p. 1146 s.
- « Le "bénéfice" sélectif de la procédure collective », *in* mélanges C. MOULY, t. 1, Litec, 1998, p. 401-415
- et BOURBOULOUX (H.), La procédure de sauvegarde et ses variantes, *RPC*, 2014/4, p. 50-54
- et LUCAS (F.-X.), Créanciers de la *new money*, le retour, *BJE*, 2015/3, p. 192 s.
- et REILLE (F.), La neutralisation du statut de l'EIRL, *CDE*, 2011/3, dossier 19
- et ROUSSEL GALLE (P.), « Règlement amiable et conciliation, suspension ou interdiction des poursuites, même combat ! », *in* mélanges P. BLOCH, Bruylant, 2016, p. 177-185
- et ROUSSEL GALLE (P.), Le mandat ad hoc et la conciliation, *GP*, 2015/3, p. 4 s.
- et ROUSSEL GALLE (P.), « Entre liquidation, liquidation simplifiée et rétablissement professionnel », table ronde, *BJE*, 2014/6, p. 403 s.
- avec ROUSSEL GALLE (P.), LELOUP-THOMAS (V.) et *al.*, « La déclaration des créances version 2014, la fin des ennuis pour les créanciers ? », table ronde, *BJE*, 2014/6, p. 396 s.
- PÉROL (F.), « Evolution du rapport entre l'Etat et les banques », *in* rapp. d'activité annuel, Dossier spécial 1982-2012 : 30 ans d'activité du CIRI, CIRI, 2011, p. 15 s.
- PERRIN (M.-D.), Conciliation-Médiation, *PA*, 26 août 2002, p. 4 s.
- PERROT (A.), « La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit », *in* Y. POIRMEUR et *al.*, *La doctrine juridique*, CURAPP, Puf, 1993, p. 181-209
- PERROT (R.), Connaissance de l'avis par les parties, *Procédures*, 2014/6, comm. 165
 - Le rôle du juge dans la société moderne, *GP*, 1997/1, p. 91-99
 - Mesures d'administration judiciaire, *RTD civ.*, 1995, p. 958 s.
 - Rapport de synthèse, *in* Forum de l'AFFIC, *Du bon usage du tribunal de commerce*, 11 avril 1991, p. 46 s.
- PERRUCHOT (I.), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, organes, administrateur judiciaire : fonctions, *Jcl. proc. coll.*, fasc. n° 2226
- PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), Conditions d'exercice des professions juridiques réglementées, *JCP E*, 2015/37, 1407
- PÉTEL (P.), Le mandataire judiciaire est-il soluble dans une profession de l'exécution ?, *JCP G*, 2014/49, p. 1241 s.
 - Entreprises en difficulté : encore une réforme !, *JCP E*, 2014/18, 1223
 - L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue de l'universitaire, *in* Dossier, Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, *RPC*, 2014/4, art. 34
 - L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL, *JCP E*, 2011/5, p. 1071 s.
 - Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, *JCP E*, 2009/3, 1049 et *JCP G*, 2009/6, I, 110
 - Le nouveau droit des entreprises en difficulté, *JCP E*, 2005/42, 1509
 - La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce, *CCC*, 2005/10, p. 15 s.
 - « Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, Brève étude de droit français comparé », *in* mélanges J. CALAIS-AULOY, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum*, Dalloz, 2004, p. 835-842
 - Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, *JCP G*, 1998, I, 111 et 1994, I, 3759
 - « Déclaration de créance et représentation en justice, *in* mélanges C. MOULY, t. 2, Litec, 1998, p. 153-160.
- PEYRAMAURE (P.), groupements de prévention agréés, *PA*, 11 mars 1988, p. 16-18
 - Droit des entreprises en difficulté : le bilan économique et social dans la loi du 25 janvier 1985, *JCP E*, 1986/7, act. 15167
 - L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté, *RJC*, 1983, n° spécial, p. 104-118
- PEZET (E.), SÉNÉCHAL (J.), « Introduction générale. L'internormativité entre normes juridiques et normes managériales », *in* sous leur direction, *Normes juridiques et normes managériales, Enjeux et méthode d'une nouvelle internormativité*, LGDJ, 2014, p. 7-16
- PICARD (M.), Le mandat ad hoc : un instrument à (re)découvrir, *PA*, 14 juin 2007, p. 7 s.
- PICOD (Y.), « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *in* actes du colloque, Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence, 1993, *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57-75
- PIEDELÈVRE (S.), Nouveau droit de la consommation et définition du « non-professionnel », *JCP N*, 2016/18, act. 575
 - Le nouveau Code de la consommation est arrivé, *GP*, 2016/13, p. 11 s.
 - « Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés », *in* mélanges P. LE CANNU, *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Dalloz, LGDJ-IRJS, 2014, p. 547-557
 - La responsabilité du prêteur du fait d'un concours financier accordé à une entreprise en difficulté, *JCP G*, 2012/22, p. 1049 s.

- L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, *Deffrénois*, 2010, 1417
- La loi de sauvegarde des entreprises, *JCP N*, 2005/39, 1397
- PIERRAT (A.), La prévention des difficultés des entreprises en Alsace-Moselle : une mission impossible sans une réorganisation judiciaire, libres propos, *GP*, 2005/47, p. 7-10
- PIERRE-MAURICE (S.), Tribunal de commerce : organisation et compétence, *Rép. proc. civ.*
- PIEUCHOT (S.), L'avocat de l'entreprise en difficulté et son dirigeant, *RPC*, 2006, p. 165 s.
- PIETRANSCOTA (A.), VERMAEILLE (S.), Le droit des procédures collectives à l'épreuve de l'analyse économique du droit, perspectives d'avenir ?, *RJC*, 2010/2, p. 104-147
- PIGNARRE (G.), Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie, partie I, *RDC*, 2011/3, p. 989 s. et partie II, *RDC*, 2011/2, p. 611 s.
- PIOTRAUT (J.-L.), L'impossibilité d'exécuter un contrat, *PA*, 20 mai 1994, n° 60
- PIWNICA (E.), La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes, *RFDA*, 2010, p. 915 s.
- PLUYETTE (G.), « La médiation judiciaire », in méf. P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 463-472
- PODEUR (G.), La procédure collective du fiduciaire : quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire ?, *D.*, 2014, p. 1653-1658
- POÉSY (R.), La nature juridique de l'Autorité de la concurrence, *AJDA*, 2009, p. 347 s.
- POILLOT-PERUZZETTO (S.), Les méthodes de la CNUDCI, le choix de l'instrument, in actes du colloque, La CNUDCI, à propos de 35 ans d'activité, *PA*, 18 déc. 2003, p. 43 s.
- POIVEY-LECLERCQ (H.) et al., Le droit collaboratif, in Dossier spécial, *AJ fam.*, 2010/6
- POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in méf. Y. GUYON, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 925-950
- PONCEBLANC (G.), Les juridictions consulaires et les plans de redressement des entreprises en difficulté : choix cornélien ou simple pragmatisme ?, *GP*, 1991, doct., p. 441 s.
 - Diagnostic et thérapeutique des entreprises en redressement judiciaire : méthodes expérimentales ou sciences exactes, *GP*, déc. 1989, p. 742-746
- POCHARD (M.), Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction, *AJDA*, 2001, p. 106-110
- PONS (D.), Le traitement judiciaire du surendettement, *RDB*, 2012/3, dossier 48
- PONTIER (J.-M.), La personnalité publique, notion anisotrope, *RFDA*, 2007/5, p. 979-989
- PORACCHIA (D.), MERLAND (L.), LAMOUREUX (M.), Commissaire aux comptes, *Rép. dr. sociétés*
- POUJADE (B.), La loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation et l'interventionnisme économique des collectivités locales, *JCP G*, 1988/42, II, doct., 3354
- POUMARÈDE (J.), « Faut-il élire les juges ? », in J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des Juges*, actes du colloque, 2003, Univ. Toulouse I, travaux de l'IFR mutations des normes juridiques, PU Toulouse, 2004, *La légitimité des Juges*, p. 213-224
- PRADEL (J.), Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ?, *D.*, 2013, p. 1361 s.
 - La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, *RSC*, 1990/4, p. 692-706.
 - et GUÉRIN (D.), Les relations entre le ministère public et le ministre de la justice dans l'avant-projet de réforme de la procédure pénale, *D.*, 2010, p. 660 s.
- PRALUS-DUPUY (J.), Réflexions sur le pouvoir de sanction disciplinaire reconnu à certaines autorités administratives indépendantes, *RFDA*, 2003, p. 554 s.
- PRÉVOST (M.), « "A propos du Talion" », in méf. J. TENEUR, t. II, Univ. droit et santé de Lille, 1977, p. 619-629.
- PRIGENT (S.), Le dualisme dans l'obligation, *RTD civ.*, 2008, p. 401 s.
- PRÜM (A.), Le nouveau cadre européen du traitement des faillites bancaires à vol d'oiseau, *RDB*, 2014, dossier 30
- PUGLIESE (M.), L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution : pouvoirs de contrôle et garanties procédurales, *RLDA*, 2014/93, p. 109-114
- PUIGELIER (C.), « Un juge sans préjugé », in méf. J.-F. BURGELIN, *Principes de justice*, Dalloz, 2008, p. 317-337
- PURUT (K.), TEBOUL (J.-P.), Contradictoire réforme, *JCP G*, 2014/28, 816
 - Paradoxe Réforme. À propos de la saisine d'office du tribunal de commerce, *JCP G*, 2014, act. 529, aperçu rapide
- PUTMAN (E.), Retour sur « le droit de ne pas payer ses dettes », in *Memoriam G. RIPERT*, *RJJ*, 1994/1, p. 109 s.

Q

- QUILICHINI (P.), Réguler n'est pas juger, Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique, *AJDA*, 2004, p. 1060 s.
- QUIQUEREZ (A.), Un accueil forcé de l'associé en nom au sein des procédures du livre VI du code de commerce, *Rev. sociétés*, 2014/7, p. 443 s.

R

- RADÉ (C.), L'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative, n. sous arrêt, *LexbaseHebdo soc.*, 2014/557, Procédure
- RAIBAUT (J.), Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises, *RPC*, 2009/6, dossier 20
 - Les tribunaux de commerce, une institution au service de la modernité, *RJC*, 2008/4, p. 256-270
 - Loi nouvelle, nouvelle pratique : Le point de vue d'un magistrat consulaire, *PA*, 17 fév. 2006, p. 12 s.

- « Être juge et légitime », in J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des Juges*, actes du colloque, 2003, Univ. Toulouse I, travaux de l'IFR mutations des normes juridiques, PU Toulouse, 2004, p. 13-17
- RAIMBAULT (M.), BURLAUD (A.), SAUSSOIS (J.-M.), Le C.I.R.I. ou l'art des stratégies doubles, in actes du second colloque international, Lyon, 1986, Public, privé : espaces et gestion, deuxième partie, incertitude des pratiques, *Revue politiques et management public*, 1987, vol. 5, n° 3
- RAJA (C.), ROQUE (J.), Projet de réforme de la procédure de surendettement, *PA*, 2 juill. 2009, p. 7 s.
- RAYMOND (G.), Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, *CCC*, 2009/6, étude 6
- Quatrième étape pour le surendettement : Le redressement personnel (première analyse des dispositions relatives au redressement personnel de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003), *CCC*, 2003/8, p. 7 s.
- REGNAUT-MOUTIER (C.), EIRL, Adaptation de la règle « faillite sur faillite ne vaut », in Dossier EIRL et droit des entreprises en difficulté, *RPC*, 2011/2, art. 18 p. 83 s.
- Les dirigeants de société, in actes du Colloque, Caen, janv. 2006, *RPC*, 2006/2, p. 159-165
- et VALLANSAN (J.), Le périmètre d'application des procédures collectives : la répartition entre la procédure commerciale et la procédure consumériste, *RPC*, 2011/1, dossier 2
- et VALLANSAN (J.), Gouvernance et procédures collectives, *Journal des sociétés*, 2011/88, p. 66-72
- et VALLANSAN (J.), « "Faillite" des entreprises et surendettement des particuliers », in méf. J. HÉRON, *Liber amicorum*, LGDJ, 2004, p. 443-472
- REILLE (F.), La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, *GP*, 2014/98, p. 10-14.
- Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel, *RPC*, 2014/2, dossier 22
- RÉMERY (J.-P.), Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises, *JCP G*, 2009/13, p. 15-24
- Les seuils dans la réforme du droit des entreprises en difficulté, *JCP G*, 2006/16, I, 132
- Le ministère public et les voies de recours dans les procédures collectives, in rapp. annuel, Cour de cassation, 1998, p. 139 s.
- RENAUT (M.-H.), La déconfiture du commerçant - du débiteur sanctionné au créancier victime, *RTD com.*, 2000, p. 533 s.
- RENOUX (T.), v. « Autorité judiciaire », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 87-94
- L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France, *D.*, 1991, p. 169 s.
- RENUCCI (J.-F.) : Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire, *D.*, 2009, p. 600 s.
- Le juge-commissaire et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *D.*, 1998, p. 128 s.
- RENUCCI (F.), Le parquet et les faillites, *RSC*, 1990, p. 235 s.
- RÉTIF (S.), L'extension des procédures collectives aux professions libérales, *DP*, mars 2006, p. 95 s.
- REVAULT D'ALLONES (M.), « L'impartialité du juge. Une problématique de tous les temps : d'Aristote à Hannah Arendt », in S. GABORIAU et H. PAULIAT (éd.), *L'éthique des gens de justice*, Entretiens d'Aguesseau, PU Limoges, 2001, p. 183-192
- REVEL (J.), Surendettement et régime matrimonial, *GP*, 2003/58, p. 47 s.
- REVEL (T.), Le juge et la révision du contrat, in Dossier, Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, *RDC*, 2016/2, p. 373 s.
- Introduction, in Dossier, Le patrimoine professionnel d'affectation, *DP*, avril 2010, p. 56 s
- Le nouveau Code de commerce et la codification, *DP*, 2001/95, p. 100 s.
- Commentaire de la loi n° 98-1163 du 18 déc. 1998, *RTD civ.*, 1999, p. 220 s.
- REY (P.), Une révolution nécessaire des mentalités pour une justice économique moderne, propos recueillis par J. VASA, *RDLA*, 2006/3, perspectives
- REYGOBELLET (A.), Caractère collectif de la procédure et traitement du surendettement des particuliers, *RPC*, 2012/3, dossier 20
- La notion de surendettement face à la cessation des paiements, *GP*, fév. 2003, p. 312 s.
- Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises, à propos et au-delà d'une recherche du CREDA, *RTD com.*, 2001, p. 315 s.
- RIALS (S.), « Les standards, notions critiques du droit », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (pub.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39-53
- RICHER (L.), L'illégalité des aides apportées à RyanAir, *AJDA*, 2004/7, p. 396 s.
- L'évolution des rapports entre l'Administration et les entreprises privées, *Rev. dr. pub.*, 1981, p. 919-938
- RIDDER (P.), WELLER (M.-P.), Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law, *Rev. euro. dr. privé*, vol. 22, n° 3, 2014, p. 371-391
- RIGENT (S.), Le dualisme dans l'obligation, *RTD civ.*, 2008, 401
- RIPERT (G.), Le droit de ne pas payer ses dettes, *DH*, 1936, chron. 57
- RIVIER (M.-C.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits, Un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », in P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES et P. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003, p. 25-35
- RIVIÈRE-MARIETTE (S.), MOLLARD-COURTAU (C.), Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige, *GP*, 2013/190, p. 15 s.
- RIVIÈRE-PAVARD (I.), La représentation des créanciers, *PA*, mars 2007, p. 12 s.

- RIZZO (F.), Quelques observations à propos d'interférences entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives, *DP*, 1999/69, dossier, p. 63 s.
- ROBACZEWSKI (C.), « La force majeure », in D. MAZEAUD (dir.), *Lamy Droit de la responsabilité*
 - Les sanctions pénales dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *GP*, 2009/69, p. 61 s.
 - La non-réforme des sanctions pénales dans la loi de sauvegarde des entreprises, *GP*, 2005/253, p. 48 s.
- ROBERT (L.), Incidence de la disparition de la saisine d'office sur l'implication du ministère public dans la prévention des entreprises en difficulté, *GP*, 2012/362, p. 14 s.
- ROBERT (J.-H.), Le cadre législatif et réglementaire de la spécialisation des juridictions statuant en matière économique et financière, in Dossier, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, actes du colloque, Cour de cassation, *CDE*, 2015/5, dossier 26
- ROBINE (D.), Note sous cass. com., 1^{er} mars 2005, *GP*, 2006/173, p. 40 s.
- ROBIN-OLIVIER (S.), « Consultations, négociations, accords... : recherche sur les voies de développement du droit dans l'Union européenne », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, avec le soutien de la Mission de Recherche Droit et Justice et du Centre R. DEMOGUE (Univ. Lille 2), PUAM, 2007, p. 63-73
- ROCHER (A.), Le Doing Business 2015 : les réformes et sa réformes, *JCP E*, 2015, n° 1-2, 1000
 - et HE (L.), A propos du rapport Doing business 2012 : comparaison n'est pas raison, *JCP E*, 2012/17, p. 22-26
- ROCHFELD (J.), Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique », *RDC*, 2005/2, p. 257-261
- RODIÈRE (R.), « La responsabilité civile », in C. BEUDANT (dir.), *cours de droit civil français*, t. 9bis, R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (éd.), Rousseau, 1952, 2^e éd
- RODRIGUEZ (K.), Le trésor face à l'obligation de déclaration des créances, *JCP G*, 2002/37, I, 161.
- ROGER (A.), Défense de l'échevinage : l'exemple des tribunaux mixtes de commerce, *JCP G*, 1996/6, I, 3905.
- ROGER-MACHART (J.), Les groupements de prévention agréés, *PA*, 13 juin 1984, p. 54 s.
- ROHART-MESSAGER (I.), La conformité des tribunaux de commerce à la Constitution, *BJE*, 2012/150, p. 293 s.
 - La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce, *GP*, 2010/9, p. 5 s.
 - L'amélioration de la prévention, *GP*, 2009/66, p. 5 s.
- ROLAIN (M.), Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés, *PA*, 17 juin 2014, p. 7-11
- ROLLAND (B.), Saisine du tribunal de commerce par requête du ministère public et conséquences procédurales, *LEDEN*, 2016/10, repère 129
 - Où va la justice commerciale ?, *Procédures*, 2015/1, dossier 5
 - Retour sur la saisine d'office en cas de conversion de procédure, *Procédures*, 2015/4, p. 34-35
 - Les voies de recours contre les ordonnance du juge-commissaire : droit commun et droit spécial, *RPC*, 2012/23, étude, p. 19 s.
 - « Réflexion sur la saisine d'office », in mél. G. WIEDERKEHR, *De Code en Code*, Dalloz, 2009, p. 685-694
 - Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial, après la loi n° 2003-699, 30 juill. 2003, *JCP E*, 2004/10, 333
- ROMANI (A.-M.), « Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises », in mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des Affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 173-186
- RONTCHEVSKY (N.), « Impartialité et justice économique en France », in *Impartialité et justice économique en Europe*, p. 113-130
- ROSSI (P.), Au sujet des tribunaux de commerce « spécialement désignés », *BJE*, 2015/6, p. 423 s.
 - Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII du Code de commerce, Obstination ou obsession ?, *RPC*, 2015/5, étude 15
 - Le pouvoir d'initiative du juge en matière de procédures collectives, *BJE*, 2015/1, p. 44 s.
 - et LEGRAND (F.), L'amélioration des droits des créanciers, La déclaration et la vérification du passif simplifiées, in Dossier, Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, *RPC*, 2014/4, art. 3
 - et LELOUP-THOMAS (V.), Les principaux acteurs/organes – quels apports de l'ordonnance n° 2013-326 du 12 mars 2014 ?, *CDE*, 2015/1, dossier 6
 - avec LELOUP THOMAS (V) et al., La simplification des procédures collectives et du droit des entreprises en difficultés, table ronde animée par M. MENJUCQ, *RPC*, 2013/3, entretien 2
- ROTONDI (M.), L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie, *RTD civ.*, 1968, p. 1 s.
- ROUALET (V.), SCEMLA (S.) et FONTAINE-BESSET (D.), L'irresponsabilité du banquier dispensateur de crédit : un principe ou une exception ?, in Dossier, Le restructuring, *Journal des sociétés*, 2009/67, p. 27 s.
- ROUGER (M.), « Difficultés économiques et interventions judiciaires », in mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des Affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 187-191
 - « La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de Paris », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, 260 p.
 - Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation, *PA*, 12 janv. 1994, n° 5
- ROUSSEAU (D.), « La légitimité du juge en question », in *L'office du juge*, p. 440 s.
- ROUSSEL (F.), Les autorités de marché, *RJC*, nov. 2003, n° spécial

- et MROZ (H.), Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, *DP*, oct. 2008/174, p. 30-37
- et VAN STEENLANDT (P.), Le chef d'entreprise face au dilemme de la protection de son patrimoine, *JCP N*, 2011/9, p. 1093 s.
- ROUSSEL GALLE (P.), Stop aux modifications du droit des entreprises en difficulté !, *RPC*, 2015/6, repère 6
 - Le législateur psychologue, *RPC*, 2015/2, repère n° 2
 - Le nouveau droit des entreprises en difficulté, *CDE*, 2015/1, dossier 1
 - Une ordonnance du 26 septembre complète l'ordonnance du 12 mars 2014 !, *RPC*, 2014/5, alerte 20
 - Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond, à propos de l'ordonnance du 12 mars 2014, *GP*, 2014/96, p. 32 s.
 - La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014, Des outils plus performants, une meilleure sécurité juridique des équilibres renouvelés, *Rev. sociétés*, 2014/6, p. 351-365
 - Que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ?, in Dossier, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, actes du colloque, Paris Ouest Nanterre, 2011, *RPC*, 2012/3, dossier 17
 - Les biens communs et les biens légués, *RPC*, 2011/1, dossier 8
 - La compétence des tribunaux de commerce en matière de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, *Rev. sociétés*, 2010, p. 200 s.
 - Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010, *JCP E*, 2010/45, p. 3-6
 - Le décret est arrivé... l'avant-veille de l'entrée en vigueur de l'ordonnance !, *Act. proc. coll.*, 2009/4
 - Le dirigeant de société et le "nouveau" droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, *Rev. sociétés*, 2009, 249
 - L'ouverture des procédures, *D.*, 2009, p. 644 s.
 - La procédure de sauvegarde, version 2009, *RLDA*, 2009/39, p. 72-74
 - Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution, *GP*, 2009/69, p. 21 s.
 - « La sémantique au secours du législateur », in Actes des journées internationales (Dijon, 2007), *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit*, vol. 65, 2008, p. 577-590
 - Les créanciers au centre des conflits d'intérêts dans l'entreprise en procédure collective, *GP*, 2008/178, p. 60 s.
 - La procédure de sauvegarde, Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, *JCP E*, 2006/40, 2437
 - Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005, *PA*, 12 juill. 2006, p. 10 s.
 - À propos du rapport d'activité du CIRI, *RPC*, 2006/2, p. 107 s.
 - Les aides publiques aux entreprises en difficulté : les lignes directrices communautaires, le CIRI et les CODEFI, *RPC*, 2006/2, p. 127-133
 - Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif, *GP*, sept. 2005, p. 3 s.
 - La loi de sauvegarde des entreprises est promulguée, *PA*, 2005, p. 3 s.
 - De l'évolution sémantique à l'hypocrisie des mots, *PA*, 7 avril 2004, p. 3
 - et DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.) (*dir.*), Les défaillances bancaires et financières : un droit spécial ?, in Dossier, actes du colloque, *RDB*, 2014/6, dossier 44 à 57
 - et LE MARCHAND (P.), La prévention, Du mandat ad hoc et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « prepack » cession, *CDE*, 2015/1, dossier 2.
 - et ROSSI (P.), Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, *RPC*, 2014/4, dossier 26
- ROUVILLOIS (F.), « Judicialisation de la société : une entrée en matière », in F. ROUVILLOIS (*dir.*), *La société au risque de la judicialisation*, Actes du colloque, Fondation pour l'innovation politique, 2006-2007, Litec, 2008, p. 5-34.
- ROUX (M.), Le nouveau rôle du Mécanisme de surveillance unique au sein de la BCE, *RDB*, 2014/6, dossier 56
- RUBELLIN (P.), Retour sur le statut du conjoint du débiteur commun en biens, *BJE*, janv.-fév. 2014, p. 62-64
 - La négociation préventive, *RIDE*, sept. 2012, hors-série, n° 5
 - Vers un droit négocié de l'entreprise en difficulté, in Dossier, Droit économique et droit de l'entreprise en difficulté, *RIDE*, sept. 2012, hors-série, n° 5
- RUSSO (E.), La réforme de la procédure de surendettement de particuliers dans la loi du 1er juillet 2010, *PA*, 5 juill. 2010, p. 3 s.

S

- SABOURIN (P.), Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle, *AJDA*, mai 1983, p. 275 s.
- SAGAUT (J.-F.), CAGNIART (M.), Regard communautaire sur le forum shopping et le forum conveniens, *PA*, 14 avril 2005, p. 51 s.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le Conseil constitutionnel et la justice commerciale », in mél. H. ROUSSILLON, *Le pouvoir, mythes et réalité*, t. 1, 2014, p. 1101-1113
 - La généralisation de la SFA ?, *RPC*, janv.-fév. 2014, art. 11, p. 105 s.
 - De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA !, *RPC*, 2014/2, dossier 17, p. 14 s.

- La loi de sauvegarde a l'âge de raison, *in* Dossier, La loi de sauvegarde a l'âge de raison, *DP*, 2013/223
- « Le rebond du débiteur, vrai ou faux départ ? », *in* mél. D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec-Dalloz, 2011, p. 578-591
- La procédure de sauvegarde financière accélérée, *RPC*, 2011/2, p. 31 s.
- Le périmètre du droit de la défaillance économique, *Propos introductifs*, *RPC*, 2011/1, dossier 1
- La réforme du droit des entreprises en difficulté : adaptations et nouveautés, *propos conclusifs*, *DP*, 2009/187, p. 91 s.
- Entreprises en difficulté : un droit enfin arrivé à maturité, *DP*, 2009/179
- « Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises, *in* J. HILAIRE et al., *1807-2007, Bicentenaire du Code de commerce : transformation sous l'impulsion de la jurisprudence*, Actes du Colloque, Grand'chambre de la cour de cassation et Centre Sorbonne-Affaires, Dalloz, 2007, p. 135-151
- « La modernisation du droit des faillites (Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté) », *in* G. JAZOTTES (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, actes du colloque La Rochelle, Litec, 2007, p. 77 s.
- De nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies, *RPC*, 2007, p. 13 s.
- La procédure de conciliation, *RPC*, 2006, p. 169 s.
- Présentation générale de la réforme, *in* Dossier, Regards croisés de praticiens sur la loi de sauvegarde, *PA*, 17 fév. 2006, p. 4 s.
- La prise en compte de la concurrence par le droit des procédures collectives, *Rev. conc. consom.*, 2005/143, p. 3-6.
- Rapport introductif, *in* actes du colloque, Toulouse, La loi du 25 janvier a 20 ans, entre bilan et réforme, *RLDA*, suppl. au n° 80, 2005, étude
- « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », *in* J. KRYNEN et M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Travaux de l'IFR et Mutations des normes juridiques, PU Toulouse I, 2005, p. 299 s.
- « La légitimité des juridictions consulaires », *in* J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des Juges*, actes du colloque, 2003, Univ. Toulouse I, travaux de l'IFR mutations des normes juridiques, PU Toulouse, 2004, p. 173-188
- Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire, *RPC*, 2003, p. 173-176
- « Les professions d'administrateurs judiciaires et de mandataires judiciaires, des professions « à haut risque », *in* mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des Affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 193-207
- L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie, *PA*, 28 déc. 2000, p. 4 s.
- Morale et faillite », *in* Centre de droit des affaires, *La morale et le droit des affaires*, Actes du colloque, Toulouse, 1995, Montchrestien, 1996, p. 159-171
- et MACORIG-VENIER (F.), La prévention et le traitement amiable des difficultés : entre transparence et confidentialité, entre efficacité et fragilité !, *BJE*, 2014/1, p. 10-12
- et MERCIER (J.-L.), L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL, *GP*, 2011/139, p. 33-41
- avec MONSÈRIÉ-BON (M.-H.) et MACORIG-VENIER (F.), Le droit de la défaillance économique en quête de clarification, *DP*, 2010/196
- avec MONSÈRIÉ-BON (M.-H.) et MACORIG-VENIER (F.), Juin 2008 - juin 2009 : Le droit de la défaillance économique en perpétuelle évolution, *DP*, 2009/184, chron.
- SAINTOURENS (B.), La cessation des paiements, hier, aujourd'hui, demain, *in* Dossier, Trente ans déjà !, *RPC*, 2016/1, dossier 6
- Ouverture des procédures : mise aux normes constitutionnelles et nouveautés procédurales, *RPC*, 2014/2, dossier 16
- EIRL : le risque de réunion des patrimoines, *RPC*, 2011/2, dossier 30
- Convention européenne des droits de l'homme et droit des procédures collectives, *in* Dossier, L'utilisation de la CEDH dans la pratiques des affaires, *DP*, 2010/194, Dossier
- L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Commentaire L. n° 2010-658 du 15 juin 2010, *Rev. sociétés*, 2010, 351
- Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *RPC*, 2009/1, dossier 4
- SAINT-PAU (J.-C.), Droit à réparation, Exonération de la responsabilité contractuelle, Inexécution imputable à une cause étrangère, *Jcl. civ.*, fasc. 11-30
- SANDER (E.), Faillite civile d'Alsace-Moselle, *AJ fam.*, 2011, p. 36 s.
- Faillite d'Alsace-Moselle, la Cour de cassation rappelle les principes fondamentaux applicables à la procédure, *JCP G*, 2009/51, p. 20 s.
- SAVARY (O.), DUBUISSON (E.), Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de « pro-personnalité », *in* Dossier spécial, *DP*, 2009, n° 180, p. 38 s. et n° 181, p. 30 s.
- SAVATIER (J.), Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises, *JCP E*, 1987, II, 15066, p. 616 s.
- L'ordre public économique, *D.*, 1965, chron. p. 37 s.
- « Contribution à une étude de la profession », *in* mél. J. HAMEL, *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1961, p. 3-17
- SAVAUX (E.), L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision. Rapport français, *RDC*, 2010/3, p. 1057
- L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, *RDC*, 2010, 1057

- SAVY (R.), « L'expérience française de la magistrature économique », in A. JACQUEMIN et G. SCHRANS (dir.), *Actes du colloque sur la magistrature économique*, Oyez- Bruylant, 1976, p. IV.2-1 à -22
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBRY (H.), Recodification du droit de la consommation, à propos de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, *JCP E*, 2016/14, 392
- SAUVÉ (J.-M.), « Un juge indépendant et impartial », in méf. J. COSTA, *La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 539-562
- SCHILLER (S.), Tribunaux de commerce et droit commercial, *Procédures*, 2007/10, étude 23
- SEGONDS (M.), La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance, *JCP G*, 2000/17, I
- SEILLER (B.), Le juge unique, *AJDA*, 2012, p. 1205-1209
- SÉNÉCHAL (J.-P.), L'affectation de biens communs ou indivis, *BJE*, 2011/1, p. 62 s.
- SÉNÉCHAL (M.), L'harmonisation du statut de syndic et le modèle français, *RPC*, 2015/1, dossier 14
- « Sûretés et procédures collectives, à la recherche d'un équilibre », in méf. P. LE CANNU, *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Dalloz, LGDJ-IRJS, 2014, p. 771-780
 - Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes, *BJE*, 2014/3, p. 196 s.
 - Projet de loi Macron : quels enjeux pour les mandataires judiciaires ?, *D.*, 2014, p. 2568 s.
 - Le mandat de justice « à la française », un modèle à préserver ?, *D.*, 2013, p. 651-656
 - Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives, in Dossier spécial, Le patrimoine professionnel d'affectation (première analyses de l'EIRL), *DP*, 2010, 191
- SÉRIAUX (A.), La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, *RTD civ.*, 1994, p. 801 s.
- SICILIANOS (L.-A.), Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rép. dr. euro.*, sept. 2014
- SIMON (J.), REYGROBELLET (A.), Vers une approche plus économique des procédures collectives ? Le point de vue du Medef, *PA*, 17 fév. 2006, p. 56 s.
- SOINNE (B.), L'EIRL : une révolution juridique, un espoir économique et social, *RPC*, 2011/1, repère 1
- Le temps, *RPC*, 2010/1, repère 1
 - La rémunération des mandataires de justice, *RPC*, 2008/4, étude 23
 - Les modifications envisagées de la loi du 26 juillet 2005, *RPC*, 2008/2, étude 12
 - Le laboratoire de la loi de sauvegarde, du règlement communautaire européen et du droit des sûretés : l'affaire Eurotunnel, *JCP E*, 2006/50, p. 2125-2126
 - Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives), *D.*, 2004, p. 1506 s.
 - Les conditions de l'intervention de tiers pour l'exécution des missions de mandataire de justice, *D.*, 2000, p. 721 s.
 - L'exorcisme (à propos de l'avenir des professions d'administrateur et de mandataire judiciaires après les rapports parlementaire et ministériel), *PA*, 21 sept. 1998, p. 4 s.
 - « Surendettement » et « faillite » : unité ou dualité de régimes, *PA*, 22 déc. 1997, p. 4 s.
 - Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives), *RPC*, 1997, p. 105 s.
 - La double nature de la déclaration de créances, *Rev. Banque*, mars-avril 1993, p. 94 s.
 - Le statut des mandataires, la profession d'administrateur judiciaire, *RPC*, 1986/1, p. 1-11
 - L'éclatement de la profession de syndic administrateur judiciaire, *GP*, 1983, 2, doct. , p. 380 s.
 - L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation (commentaire de la loi n° 81-927 du 15 oct. 1981 et du décret n° 82-327 du 9 avr. 1982), *D.*, 1983, chron., III, p. 11-20
 - L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation, *RJC*, 1979, p. 1 s.
 - Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite, *D.*, 1976, chron., p. 273 s.
- SORTAIS (J.-P.), L'ordonnance du 12 mars 2014 : ses incidences en matière d'agriculture, *BJE*, 2014/4, p. 278 s.
- Le sort des accords de conciliation en cas de refus d'homologation ou de constatation, *RPC*, 2013/3, étude 12.
 - Juge des référés et juge-commissaire dans les procédures collectives, *PA*, 13 juill. 2010, p. 19 s.
 - « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », in méf. P. BÉZARD, *Le juge et le droit de l'économie*, LGDJ, 2002, p. 321-331
 - « "Faillite" et surendettement : quelques éléments pour une comparaison », in méf. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des Affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 227-234
 - La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives, *RTD com.*, 1976, p. 269 s.
- SOULEZ-LARIVIÈRE (D.), Le problème du ministère public français, *AJ Pénal*, mars 2011, p. 112 s.
- et al., Quelle indépendance pour le parquet ?, Dossier spécial, *AJ Pénal*, 2012, articles, p. 508-511.
- SPIRITUS-DASSESE (A.), « Le juge en matière économique, Quelques réflexions », in méf. J. PARDON, Bruylant, 1996, p. 471-481
- SPITZ (J.-F.), « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.*, 2007/2, p. 281-286
- SPIZZICHINO (L.), La réforme annoncée de la loi de sauvegarde devra être en prise avec les réalités économiques, *Rev. Décideurs Juridiques et Financiers*, 2013/151, p. 12 s.
- STAES (O.), Les aspects procéduraux de la réforme, in Dossier, C. SAINT-ALARY-HOUIN (dir.), Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *DP*, 2014/238, p. 61-64
- Instance en cours et pouvoir du juge-commissaire de statuer sur la créance, *RPC*, 2014/3, p. 32 s.
 - Aspects de procédure et voies de recours, *RPC*, 2009/1, dossier 5

- Les aspects procéduraux de l'ordonnance du 18 décembre 2008, *RPC*, 2009/1, p. 44 s.
 - Aspects procéduraux de la réforme des difficultés des entreprises, in Dossier, Les grandes options de la loi de sauvegarde, *DP*, 2006/146
 - Aspects procéduraux de la réforme des difficultés des entreprises, *DP*, 2005, p. 60 s.
- STEFANIA (T.), La procédure de rétablissement sans liquidation judiciaire en droit des entreprises en difficulté, *JCP E*, 2014/26, 1345
- STOFFEL-MUNCK (P.), L'imprévision et la réforme des effets du contrat, in Actes du colloque, La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, Paris, 16 fév. 2016, *RDC*, avril 2016, n° spécial, p. 30-38
- La réforme en pratique, *AJCA*, 2015, p. 262 s.
- STOLOWY (N.), De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés, *Dr. sociétés*, 2006/4, p. 9-12
- STORCK (M.), Le redressement ou la liquidation judiciaire d'un époux séparé de biens : les illusions perdues, in mél. A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des Affaires : morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 235-243
- La faillite civile en Alsace-Moselle, *DP*, 1998/64, p. 62-65
 - Actualité de l'échevinage, *RLDA*, 2010/52, perspectives
- SUDRE (F.), « Le droit à un procès équitable hors les juridictions ordinaires », in mél. L. DUBOUIS, *Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p. 205-220.
- SUEUR (J.-J.), « Droit économique et méthodologie du droit », in mél. G. FARJAT, *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 291-308
- SUPIOT (A.), « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in CHASSAGNARD (S.) et HIEZ (D.) (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 19-44.
- « La contractualisation de la société », in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, vol. 2, éd. Odile Jacob, 2000, 602 p.
- SUSSET (E.), Enjeux de la résolution bancaire, *RDB*, 2013/4, dossier 36
- SYNVET (H.), La faillite de Lehman Brothers : premiers enseignements, dossier introduction, *RDB*, 2009/5, dossier 20
- SZRAMKIEWICZ (R.), Les tribunaux de commerce, une longue histoire dans la justice économique, *Justices*, 1995/1, p. 7 s.

T

- TABOUROT-HYEST (C.), Dispense de vérification du passif chirographaire, mesure d'administration judiciaire, *PA*, 5 nov. 2014, p. 7 s.
- TAISNE (J.-J.), La loi Neiertz face au droit patrimonial de la famille, *DP*, 2001/90, p. 30-37
- TALLON (D.), « La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in mél. A. SAYAG, *Droit et vie des affaires*, Litec, 1997, p. 403 s.
- « Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial », in mél. A. JAUFFRET, Faculté Aix-Marseille, 1974, p. 649-660
- TAORMINA (G.), La vérification des créances dans les procédures de traitement de l'état de surendettement, *DP*, janv. 1995, p. 51-53
- TARDIEU NAUDET (D.), Les Codefi : un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté, *JCP éd. commerce et industrie*, 1978, II, 12823, 6 p.
- TEBOUL (G.), La déclaration des créances : actualité et perspectives, *GP*, 2016/8, p. 21 s.
- Le volet « entreprises en difficulté » du projet de loi Macron, *GP*, 2015/71, p. 4 s.
 - Le droit des entreprises en difficulté en réforme permanente, *GP*, 2015/302, p. 4 s.
 - Le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 : une métamorphose de la procédure devant le tribunal de commerce impliquant une stratégie de conduite du changement, in Dossier, Les métamorphoses des procédures orales, *GP*, 2014/212, p. 27 s.
 - L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réformes du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers/débiteurs à armes égales, *GP*, 2014/86, p. 6 s.
 - Petite revue d'été du droit des entreprises en difficulté, *PA*, 2 août 2013, p. 8 s.
 - Réforme des tribunaux de commerce : pistes et perspectives, *GP*, 2013/50, p. 7 s.
 - Le conflit d'intérêts dans les entreprises en difficulté, in actes du colloque, Les conflits d'intérêts en droit des affaires, *GP*, 2011/342, p. 14 s.
 - L'entreprise éligible, La cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires ?, in Dossier, Les entreprises en difficulté : terre de conflits, Synthèse des intérêts contraires, *GP*, 2008/178, p. 19 s.
 - La cessation des paiements : une définition sans avenir, *GP*, 2007/318, p. 2-16
 - Le réforme des procédures collectives : le retour, *PA*, 4 nov. 2003, p. 3-5
 - La cessation des paiements : approche de l'avocat, *PA*, 25 juill. 2002, p. 4 s.
 - À propos de la cessation des paiements, *RJC*, 1998, p. 169 s.
- TERRÉ (F.), La personne et ses patrimoines, Des pépins par milliers, *JCP G*, 2010/52, doct. 1328
- « Réformer le droit », in O. SAUTEL (dir.), *Réformer le droit !*, Litec, 2007, p. 3-5
 - « Sur l'image de la Justice », in mél. P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 121-131
 - Droit de la faillite ou faillite du droit ?, *RJC*, 1991, p. 1-29

- TEXIER (A.-S.), EIRL et procédures collectives : rapport introductif, *in* Dossier spécial : EIRL et procédures collectives, *CDE*, 2011/3
- et RUSSO (E.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009, *PA*, 2 mars 2009, p. 3 s.
- TEYNIER (E.), La règle de droit de la faillite et le sort économique des entreprises défaillantes, *RTD com.*, 1985, p. 57 s.
- THÉRON (J.), « Vers une consumérisation des procédures : la procédure de rétablissement professionnel », *in* V. AUSSEL, N. BORGA et al., *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, J. RAYNARD (avant-propos), F. PÉROCHON (préf.), Actes du colloque, Montpellier, M.-P. DUMONT-LEFRAND et C. LISANTI (dir.), LexisNexis, Actualités de droit de l'entreprise, 2015, vol. n° 31, p. 39-54
- Aspects procéduraires de l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *GP*, 2014/147, p. 4 s.
 - Le ministère public, jamais partie jointe au sein des procédures collectives, *GP*, 2014/357, p. 35 s.
 - La constitutionnalité des pouvoirs exercés d'office par le tribunal au sein d'une instance, *GP*, 2014/252, p. 21-22
 - La procédure de sauvegarde accélérée, *in* Dossier, Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *DP*, 2014/238, p. 46-51
 - Ordre et désordre dans la notion de partie, *RTD civ.*, 2014, p. 231 s.
 - Éclaircissement quant aux contours du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire statuant en matière d'admission des créances, *BJE*, 2013/1, p. 30 s.
 - Des actes assimilables aux mesures d'administration judiciaire, et de ceux qui ne le sont pas, *GP*, 2013/344, p. 41 s., chron.
 - Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire, *RPC*, 2013/1, dossier 3
 - Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission des créances au sein d'une procédure collective, *RTD com.*, 2010/4, p. 635-653
 - Mesures d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification, *D.*, 2010/34, p. 2246 s.
- THIBIERGE (C.), « Synthèse », *in* C. THIBIERGE et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ-Lextenso, 2009, 891 p., p. 761-762.
- Le droit souple, Réflexions sur les textures du droit, *RTD civ.*, 2003, p. 599-628.
- THIVEAUD (J.-M.), L'ordre primordial de la dette : petite histoire panoramique de la faillite, des origines à nos jours, *REF*, 1993/25, p. 67-106
- THOMASSET-PIERRE (S.), « L'Autorité des marchés financiers : une autorité publique ambivalente », *in* méf. AEDBF-France, 2004/4, p. 417-137
- THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : une nouvelle personne physique ?, Réflexions sur une différenciation d'ordre personnel et patrimonial, *Dr. fam.*, 2012/9, dossier 8
- Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine, *RLDC*, 2010/72, p. 65 s.
- THULLIER (B.) La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives, *BJE*, 2014/3, p. 174 s.
- Accords ni constatés ni homologués ; Remise en cause des accords, *RPC*, 2014/1, p. 107-111
 - Que reste-t-il du dessaisissement ?, *RPC*, 2012/3, dossier 14
- TIBERGHIE (F.), Quelles perspectives pour la future réforme du CSM ?, *JCP G*, 2014, n° 30-35, aperçu rapide, p. 860 s.
- TIMSIT (J.), La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative, *GP*, 2001, 2, doctr. p. 1773
- TOGNACCIOLI (J.-F.), L'avocat et l'expert-comptable, pour une convergence de compétences au service de l'entreprise en difficulté, *RPC*, 2010/1, alerte 1
- TRAORÉ (S.), Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ?, *Dr. adm.*, 2004, étude 16
- La Commission consultative du secret de la Défense nationale, Une autorité administrative sui generis ?, *Rev. adm.*, 1999/311, p. 508-515
- TRIAULAIRE (J.-P.), Le rôle du Ministère public, *RPC*, 2006/2, p. 212 s.
- TRICOIT (J.-P.), La nature juridique du médiateur du crédit, *GP*, 2010/65, p. 15 s.
- TRICOT (D.), Rapport de synthèse, *in* Dossier, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, *RPC*, 2012/3, dossier 21.
- TROPER (M.), PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », *in* S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. TRUCHET (D.), v. « Dualisme juridictionnel », *in* L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 377 s.
- TULKENS (F.), LOTARSKI (J.), « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* méf. J. VAN COMPENOLLE, Bruylant, 2004, p. 731-768
- TUNC (A.), La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle, *Journal (belge) des tribunaux*, 16 juin 1946, p. 313 s.
- Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, *RTD civ.*, 1945, p. 243
- ULLRICH (H.), Les magistratures économiques à l'intersection des réalités économiques et des règles juridiques : un état des lieux, *in* Dossier, Les magistratures économiques, *RIDE*, 1997, I, n° spécial, n° 2, p. 143-164

V

- VABRES (R.), Admission provisionnelle des créances : l'exception fiscale, *RPC*, 2016/1, dossier 20.
- VALDMAN (D.), Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises ? Des choix stratégiques, *GP*, 2008, n° 23-24, p. 14-18
- VALETTE-ERCOLE (V.), Incidences des nouveaux pouvoirs attribués aux commissions de surendettement, *CCC*, 2011/1, alerte 1
- VALLANSAN (J.), De la liquidation judiciaire au rétablissement professionnel, in Dossier, Le nouveau droit des entreprises en difficulté version 2014, *CDE*, 2015/1, dossier 4, p. 35-41
- Le rôle du juge dans les procédures préventives, *RPC*, 2014/1, dossier 2
 - « Libres propos sur l'application du droit des entreprises en difficulté aux groupes de sociétés », in mél. J. PRIEUR, LexisNexis, 2014, p. 227-240
 - La pérennité constitutionnelle des tribunaux consulaires (note sous Cons. constit., 4 mai 2012), *JCP E*, 2012/23, p. 32 s.
 - Que reste-t-il de la cessation des paiements ? (comme cause d'ouverture des procédures de défaillance), in Dossier, Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, actes du colloque, Paris Ouest Nanterre, 2011, *RPC*, 2012/3, dossier 13
 - Exception d'incompétence ou défaut de pouvoir : du flou dans la vérification des créances, *RPC*, 2012/2, étude 9
 - « Le dessaisissement de la personne physique en liquidation judiciaire », in mél. D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Litec-Dalloz, 2011, p. 599-600
 - L'EIRL en difficulté, Les principes de l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL, *RPC*, 2011/1, étude 2
 - Vigilance ! La procédure concernant un patrimoine peut être facilement étendue aux autres patrimoines, *Act. proc. civ.*, 2011/1, alerte 9
 - La difficile application du Livre VI à la personne physique, *RPC*, 2010/6, dossier 3
 - Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective, Quelques observations à propos du projet de création d'entreprise à patrimoine affecté, *JCP E*, 2010/4, p. 1083 s.
 - Quelle est l'étendue du pouvoir du juge-commissaire dans sa fonction d'admission des créances ?, *Act. proc. coll.*, 2009/8, alerte 124
 - La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité, in Dossier, Les attraits des nouveaux modes de traitement des difficultés des entreprises, *PA*, 14 juin 2007, n° spécial, p. 9 s.
 - L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005, in Dossier, La loi du 25 janvier 1985 avingt ans, Entre bilan et réforme, *RLDA*, supplément au n° 80, mars 2005, p. 12 s.
 - et CAGNOLI (P.), Clarification des voies de recours pour les procédures ouvertes à compter du 15 février 2009, *RPC*, 2010/5, étude 26
- VALLENS (J.-L.), Création des tribunaux de commerce spécialisés : aspects de procédure, *RTD com.*, 2015, p. 593 s.
- La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficulté, *BJE*, 2015/1, p. 9 s.
 - L'amélioration des droits des créanciers, *RPC*, 2015/1, dossier 6
 - Vers une nouvelle réforme des tribunaux de commerce ?, *D.*, 2014, p. 1264 s.
 - Ordonnance du 12 mars 2014 : quelques innovations procédurales, *RTD com.*, 2014, p. 418 s.
 - La dispense de vérification du passif chirographaire est une mesure d'administration judiciaire, *RTD com.*, 2014, p. 199 s.
 - De nouveaux doutes quant aux pouvoirs du juge-commissaire en matière d'admission des créances, *RTD com.*, 2014, p. 192 s.
 - La défaillance des établissements de crédit et le recours au juge, *RDB*, 2014, dossier 51
 - Révision du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité, *D.*, 2013, p. 316 s.
 - Des limites des pouvoirs du juge commissaire en matière d'admission des créances, *RTD com.*, 2013, p. 153 s.
 - La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal, *D.*, 2013, p. 338 s.
 - Constitutionnalité des tribunaux de commerce, *RTD com.*, 2012, p. 621 et s.
 - Tourisme judiciaire et insolvabilité : les risques du forum shopping, *RPC*, 2012/4, étude 21, p. 10 s.
 - « Droits de l'homme et droit des entreprises en difficulté », in P. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, 2012, p. 909 s.
 - Rapport de synthèse, Colloque La refonte du règlement (CE) n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : regards croisés, *CNAJMJ, BJE*, 2012/1, p. 62-64
 - L'honneur est sauf : les tribunaux de commerce ne sont pas contraires à la Constitution, *D.*, 2012, p. 1413-1414
 - La récupération des aides publiques contraires à la concurrence : une feuille de route pour les Etats face aux procédures collectives », in mél. D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz-Litec, 2011, p. 609-621
 - Transfert du siège statutaire et transfert du centre des intérêts principaux, *D.*, 2011, p. 2915 s.
 - La SFA est-elle une procédure collective ?, *RTD com.*, 2011, p. 644 s.
 - L'entrepreneur face à la défaillance de l'entreprise, *RLDA*, 2011/57, p. 87-89
 - Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de « prévention-détection » ?, *D.*, 2010, 1723

- Réforme du droit des entreprises en difficulté : de quelques modifications touchant aux règles de procédure et aux voies de recours, *RTD com.*, 2009, p. 458 s.
 - La déclaration n'est pas une demande en justice, *RTD com.*, 2009, p. 214-217
 - La preuve de la cessation des paiements, *RPC*, 2009/5, étude 25
 - Forum shopping, *CDE*, 2009/5, dossier 30
 - En matière de procédures collectives, la compétence territoriale du tribunal est-elle toujours d'ordre public ?, *RTD com.*, 2008, p. 424 s.
 - Les remises de dettes publiques, *PA*, 11 juin 2008, p. 10 s.
 - De la cessation des paiements à l'insolvabilité, *JCP G*, 2008/23, I, 148.
 - Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui, *D.*, 2007, p. 669-674.
 - Les voies de recours dans la loi de sauvegarde des entreprises, *RTD com.*, 2006, p. 219 s.
 - Qu'est-ce qu'une ordonnance ?, *RTD com.*, 2006, p. 483 s.
 - L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux, L'europanisation et l'internationalisation du droit de l'insolvabilité, *PA*, 19 oct. 2006, p. 31 s.
 - « La faillite internationale entre universalité et territorialité : les enjeux », in D. ROBINE et F. JAULT-SESEKE (*dir.*), *L'effet international de la faillite : une réalité ?*, Dalloz, 2004, p. 5-13
 - « Rapport général », in J.-L. VALLENS et M. STORCK (*dir.*), *Impartialité et justice économique en Europe*, PU Strasbourg, 2003, p. 159-169
 - Vers un droit matériel européen en matière de faillite ?, *PA*, 12 déc. 2003, p. 47 s.
 - Le ministère public est toujours soumis aux délais de recours spécifiques, *RTD com.*, 2003, p. 827-828
 - Sanctions : l'enquête n'est qu'une simple faculté, *RTD com.*, 2002, p. 548 s.
 - Le mandataire judiciaire, Janus de la procédure de liquidation judiciaire, *RTD com.*, 2001, p. 979 s.
 - Toute décision du juge-commissaire n'a pas forcément l'autorité de la chose jugée, *RTD com.*, 2001, p. 520 s.
 - « Procédure civile et procédures collectives : les faux-amis », in mélanges A. HONORAT, *Procédures collectives et droit des affaires, morceaux choisis*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 245-253
 - Présentation du règlement communautaire relatif aux procédures d'insolvabilité, *RLDA*, 2000/30, p. 3-7
 - La présence du juge-commissaire au sein du tribunal n'est pas forcément contraire au principe du procès équitable, *RTD com.*, 2000, p. 1021 s.
 - La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, *D.*, 1998, chron., p. 157 s.
 - Le statut et le rôle du contrôleur dans les procédures de redressement judiciaire, *RTD com.*, 1998, p. 952 s.
 - Le droit local d'Alsace-Moselle, *D.*, 1998/29, p. 275-279
 - L'échevinage de la justice commerciale, *PA*, 22 déc. 1995, p. 11-13
 - Les lois sur la faillite dans les pays de l'Est, *PA*, 28 juin 1995, p. 38 s.
 - La loi sur le surendettement des particuliers, *D.*, 1990, p. 87-90.
 - Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires (loi n° 85-98 du 25 janvier 1985), *JCP E*, 1985/41, II, 14550
 - et MARTIN (J.-F.) (*dir.*), Aides de l'État et des collectivités, in *Entreprises en difficulté, Lamy Droit commercial*, ouvrage, réf. 2740
- VAN DE KERCHHOVE (M.), « La pyramide est-elle toujours debout ? », in mélanges P. AMSELEK, Bruylant, 2005, p. 471-479
- VASSEUR (M.), Le crédit menacé, Brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté, *JCP E*, 1985/44, 14569
- VATIN (J.-L.), Le traitement du surendettement par les commissions départementales, *CCC*, 2005/10, étude 11
- L'activité des commissions de surendettement, *PA*, 21 mai 1999, p. 21 s.
- VAUCHEZ (A.), WILLEMEZ (L.), À propos d'une « réforme impossible », Solidité et fragilité des regroupements réformateurs : le cas des tribunaux de commerce, in Dossier, Le management public à l'épreuve de la politique (t. 1), Colloque international, Bordeaux, 2005, *Politiques et management public*, 2005, vol. 23, n° 3, p. 161-174
- VAUVILLÉ (F.), Saisir l'immeuble insaisissable du débiteur en liquidation judiciaire : c'est possible ! (note sous arrêt), *JCP N*, 2016/27, 1218
- L'entrepreneur individuel après l'ordonnance du 12 mars 2014, in D. VOINOT (*dir.*), Réforme des procédures, nouveau rebond pour le débiteur, actes du colloque, *DP*, 2014/242
 - Regard notarial sur la réforme des procédures collectives, *Deffrénois*, 2014, n° 13-14, p. 743 s.
 - La situation du conjoint *in bonis* face aux procédures collectives professionnelles, *DP*, 2014/232, p. 41-44 et *RLDA*, 2013/86
 - « Le conjoint de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », in mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Liberamicorum*, Montchrestien-Lextenso, 2012, p. 552-563
 - La procédure collective de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *Deffrénois*, janv. 2011, p. 137-152
 - Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *Deffrénois*, sept. 2010, p. 1649-1672, art. 3914
 - Les praticiens du droit face à la réforme du surendettement, *DP*, 2004/126, p. 38-43
 - La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Deffrénois*, 2003/19, p. 1197 s.
 - Famille et surendettement : propos introductifs, *DP*, 2001/90, p. 28 s.
- VEDEL (G.), « Le droit économique existe-t-il ? », in mélanges P. VIGREUX, IPA-IAE, Toulouse, 1981, t. 2, p. 767-783

- VEGER (F.), MIGNOWE (A.), Aspects pratiques de l'application de la loi du 26 juillet 2005 aux professionnels libéraux, *D.*, 2006, p. 2234 s.
- VERDIER (J.-M.), Le rapport Sudreau, *RIDC*, 1976, vol. 28, n° 4, p. 771-783
- VERDOT (R.), « Faut-il supprimer le règlement judiciaire ? Réflexions sur l'unification des procédures collectives de redressement des entreprises », in mélanges P. KAYSER, PUAM, 1979, p. 397-415.
- La double fonction du juge-commissaire dans les procédures collectives de règlement judiciaire et de liquidations des biens, *JCP G*, 1974, I, 2606
- VERKINDT (P.-Y.), La sécurité juridique et la confection de la loi, *Dr. social*, 2006, 720
- VERMEILLE (S.), BARDASI (S.), La réforme des tribunaux de commerce : un autre regard, Dans quelle mesure le droit des entreprises en difficulté nuit-il au fonctionnement des tribunaux ?, *RTDF*, 2014/2, Dossier, p. 46-53
- VERPAUX (M.), Vers un acte III de la décentralisation ?, *JCP A*, 2014/42, p. 2287 s.
- 1982 : de quoi la loi du 2 mars est-elle la cause ?, *AJDA*, 2012/14, p. 743-745
- VIDAL (D.), Rapport de synthèse, *PA*, 9 janv. 2002, p. 76 s.
- Le juge-commissaire », in C. BOLZE et P. PÉDROT (dir.), *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Dalloz, 1996, p. 61-69
 - L'information comptable et l'objectif de prévention après la loi du 1^{er} mars 1984, *RF compt.*, 1984, 474
- VILLACÈQUE (J.), Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques, *D.*, 1995, p. 317 s.
- VINCENT (C.), La qualité du débiteur dépourvu d'entreprise, *JCP E*, 2016/26, 1340
- VINEY (G.), La force majeure : une définition spécifique à la matière contractuelle ?, *RDC*, 2006/4, p. 1207s.
- VIPREY (R.), Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ?, *Dalloz Aff.*, 1997/29, p. 918 s.
- VIVIER (P.), « La sauvegarde des entreprises en Europe consulaire », rapp. CNTC, Conférence générale des tribunaux de commerce, *Le magistrat consulaire européen*, 18 nov. 2005, p. 41-43
- VOGEL (L.), « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in mélanges A. DECOCQ, *Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 605-614
- VOINOT (D.), Le recouvrement amiable des créances à l'épreuve du droit européen des pratiques commerciales déloyales, *ADUE*, 2016
- « Les droits du contractant vulnérable à l'épreuve des procédures collectives », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Les droits du contractant vulnérable*, Larcier, 2016, p. 63-72
 - Limites à la constitution de partie civile d'un débiteur en liquidation judiciaire, *GP*, 2016/14, p. 66 s.
 - Droit propre du débiteur d'interjeter appel d'une décision le condamnant à payer une somme d'argent, *GP*, 2016/3, p. 68 s.
 - Déclaration d'insaisissabilité irrégulièrement publiée : le juge de la liquidation judiciaire ne commet pas d'excès de pouvoir en autorisant la vente du bien, *GP*, 2015/293, p. 28 s.
 - Vers une liquidation judiciaire à perpétuité ?, *GP*, 2015/125, p. 13 s.
 - Pouvoir exclusif du liquidateur pour signer un acte de partage successoral, 2015/125, p. 28 s.
 - Sanction pour manquement au dessaisissement, *GP*, 2015/20, p. 25 s.
 - Transposition de la directive relative aux droits des consommateurs en droit français : ultime étape avant l'adoption d'un nouveau code de la consommation ?, *REDC*, 2014/4, p. 355-367
 - Les modifications intéressant la liquidation judiciaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014, *GP*, 2014/98, p. 23 s.
 - L'impossibilité de reprise des poursuites individuelles n'équivaut pas à un effacement de dettes, *GP*, 2014/14, p. 26 s.
 - L'avenir de la société en liquidation judiciaire, in Dossier, sous sa dir., Réforme du droit des entreprises en difficulté : nouveau rebond pour le débiteur ?, *DP*, 2014/242, p. 66 s.
 - Absence de recours contre le jugement de prorogation du délai d'examen de clôture de la procédure de liquidation judiciaire, *GP*, 2013/274, chron., p. 26 s.
 - « Chapitre 4. Droit commun européen et droit des procédures collectives », in M. BOUMGHAR et V. DURAND (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 115-125
 - « Les petits professionnels », in mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, *Liberamicorum*, Montchrestien-Lextenso, 2012, p. 565-578
 - L'efficacité incertaine du privilège de conciliation, *Banque*, 2012/747, p. 32-34
 - Quelle compétence pour les tribunaux de commerce et en matière de procédures collectives ?, in Dossier, Quelles compétences pour les tribunaux de commerce ?, sous sa dir., *Procédures*, 2011/4, art. 12, p. 21-24
 - « Pour un code économique européen », in mélanges P. MANIN, *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, éd. A. Pédone, 2010, p. 537-551
 - L'ouverture des procédures collectives, ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009, *GP*, 2009/66, p. 10 s.
 - La nouvelle procédure de sauvegarde, *GP*, 2005/251, p. 24 s.
 - La législation commerciale : instrument de rayonnement du droit français dans le monde, *PA*, 9 mars 2005, p. 3 s.
 - Le bilan environnemental dans la procédure collective, *Dr. de l'environnement*, 2004/124, p. 280-284
 - Le sort des créances dans la procédure collective, L'exemple de la créance environnementale, *RTD com.*, 2001/3, p. 581-613
 - Le renvoi dans la procédure collective, *RGDP*, 1998/2, p. 197-217

- L'extension d'une procédure de liquidation judiciaire sur demande du conjoint collaborateur, *D.*, 1997, p. 433 s.

W

- WALINE (M.), La notion de juridiction et ses conséquences, *RDP*, 1947, p. 68 s.
- WEILLER (L.), Principes directeurs du procès, *Rép. proc. civ.*, mise à jour : avril 2015
- WESTER-OUISSE (V.), Aubry et Rau et la division du patrimoine, *PA*, 14 déc. 2009, p. 4 s.
- WIART (B.), Le conjoint hors procédure de surendettement, *RLDA*, 2013, 86, perspectives
- WIEDERKEHR (G.), « Le juge gérant », in mélanges D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz-Litec, 2011, p. 385-391
- « De la légitimité de la justice », in mélanges J. HÉRON, *Liberamicorum*, LGDJ, 2008, p. 485-492.
 - « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », in mélanges D. SCHMIDT, *Liberamicorum*, Joly, 2005, p. 487-493
 - « Autorité de chose jugée », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 85-87
 - « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », in mélanges J. NORMAND, *Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 507-518
 - « L'évolution de la justice gracieuse », in mélanges P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 483-491
 - « Qu'est-ce qu'un juge ? », in mélanges R. PERROT, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 575-586
- WILDERSPIN (M.), La Genèse du règlement 1346/2000 du 29 Mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *PA*, 20 nov. 2001, p. 13 s.
- WILLMANN (C.), Le chômage du débiteur, *RDSS*, 1998, p. 691 s.
- WITTERWULGHE (R.), « La commission bancaire : une expérience originale de magistrature économique », in A. JACQUEMIN et G. SCHRANS (dir.), *La magistrature économique*, Oyez- Bruylant, 1976, p. I.5-1 à I.5-22
- WITZ (C.), La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, *D.*, 2002, p. 3156 s.
- WOOG (J.-C.), Diorama d'un demi-siècle, *GP*, 2000/148, p. 5 s.

Z

- ZABALA (B.), Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public, *JCP E*, 2008/19, 1598
- ZATTARA-GROS (A.-F.), « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », in mélanges D. TRICOT, *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz-Litec, 2011, p. 623-636
- Les commissaires aux comptes et les difficultés des entreprises, *GP*, 2012/224, p. 14 s.
 - L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en difficultés, *Journal des sociétés*, juill. 2010, p. 72 s.
 - Le Code de commerce à l'épreuve de la CEDH, *Journal des sociétés*, fév. 2007, p. 37 s.
 - L'homologation en droit privé, *RJJ*, 2004/1, p. 85 s.
- ZÉNATI (F.), Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, *RTD civ.*, 2003/4. p. 667-678 et in M. PUGHON, *Aubry et Rau, leurs œuvres, leurs enseignements*, PU Strasbourg, 2006, p. 63-78.
- ZILLER (J.), Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne, in Dossier, Les autorités administratives indépendantes, *RFDA*, 2010/5, p. 901-906.
- ZIVY (F.), La séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein de l'Autorité de la concurrence, *JCP E*, 2012, 1142.
- ZUYLEN (J.), « Du fait justificatif à la force majeure : les visages contrastés de l'exonération de la responsabilité », in *Liber amicorum* N. SIMAR, *Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurance*, Anthemis, 2013, p. 263-299

IV. COLLOQUES, CONFÉRENCES, CONGRÈS, JOURNÉES D'ÉTUDE ET DE FORMATION, RENCONTRES ET SÉMINAIRES (ORDRE ANTÉCHRONOLOGIQUE)

- Cour de cassation, La place de l'autorité judiciaire dans les institutions, sous le haut patronage du président du Sénat et de l'Assemblée Nationale, Colloque, Cour de cassation, Grand'chambre, Paris, 25-26 mai 2016
- ROUSSEL GALLE (P.) (dir.), Le dirigeant de l'entreprises en difficulté, Univ. Paris V-Desclaux, 24 mai 2016
- LE CORRE (P.-M.) (dir.), Le patrimoine du Chef d'entreprise à l'épreuve du Droit des entreprises en difficulté, Colloque, Vitrolles, 19 mai 2016
- SAUTONIE-LAGUONIE (L.) (dir.), Échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives, 3^e rencontres jurisprudence-doctrine, Univ. Bordeaux, 5 fév. 2016
- Cour de cassation, Le statut du magistrat, Colloque, Cour de cassation, Grand'chambre, Paris, 18 déc. 2015
- IFPPC, Acteurs judiciaires et sauvetage des entreprises en difficulté, 29^e Congrès, Biarritz, 27-30 sept. 2015

Cour de cassation, Le rôle du ministère public en matière économique et financière, Colloque, Cour de cassation Grand'chambre, Paris, 29 mai 2015

DUMONT LEFRAND (M.-P.) et LISANTI (C.) (*dir.*), Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?, Colloque, Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise, Montpellier, 29 mai 2015

ROUSSEL GALLE (P.) et ROSSI (P.) (*dir.*), Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, Colloque, Paris V, 1^{er} juill. 2014

ROUSSEL GALLE (P.) et DOUAOU-CHAMSEDDINE (M.) (*dir.*), Les défaillances bancaires et financières : un droit spécial ?, Colloque, Paris XIII, 29 sept. 2014

VOINOT (D.) (*dir.*), Réforme des procédures collectives : nouveau rebond pour le débiteur ?, Colloque, Équipe René Demogue, Univ. Lille 2, 23 mai 2014

CNAMJ, Le droit des entreprises en difficulté à l'épreuve, Séminaire de formation, La-Colle-sur-Loup, 20-21 juin 2013

En l'honneur du Pr. J.-P. HAEL, Le droit des entreprises en difficulté à l'épreuve de la crise économique, Journée d'études, Univ. Lyon III, 25 juin 2012

COQUELET (M.-L.) et THULLIER (B.) (*dir.*), Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, Colloque, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économiques, Paris-Ouest Nanterre, 25 nov. 2011

Association des Juristes de la Défaillance Économique, Le périmètre du droit de la défaillance économique, Colloque, Toulouse, 10 sept. 2010

Cour de cassation, Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?, Colloque, Cour de cassation, Grand'chambre, Paris, 26 mars 2010

CNAMJ, Quelles convergences pour améliorer le traitement des entreprises en difficulté dans l'Union européenne ?, Colloque, Paris, 19 mars 2009

PICOD (Y.) (*dir.*), Le parquet général, Colloque, Centre de droit de la concurrence, Perpignan, 20 juin 2008

LYONNET (B.) et TEBOUL (G.) (*dir.*), Les entreprises en difficulté : terre de conflits, Synthèse nécessaires des intérêts contraires, Colloque, Association Droit & Commerce, Deauville, 29-30 mars 2008

Sous le haut patronage de C. PONCELET (président du Sénat), Cour de cassation, Quel avenir pour le ministère public ?, Conférence, Paris, 12 oct. 2007

HOURQUEBIE (F.) (*dir.*), Principe de collégialité et cultures judiciaires, Colloque, Bordeaux IV, 20-21 sept. 2007

C. PONCELET (C.) (*dir.*), L'office du juge, G. DARCY, V. LABROT et M. DOAT (*coord.*), Colloque, Sénat, 29-30 sept. 2006

Association française pour l'Histoire de la Justice, Les tribunaux de commerce, Genèse et enjeux d'une institution, Colloque, Cour d'appel de Bordeaux, 14-15 déc. 2001

Centre de Droit de la Consommation et des Obligations, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Colloque, Chambéry, 28 nov. 1997

Institut de Droit de l'entreprise, La prévention des difficultés de l'entreprise après deux ans d'application, Journée d'étude, Univ. Poitiers, 15 mai 1987

V. ÉTUDES, DOCUMENT D'INFORMATION ET RAPPORTS PUBLICS (ORDRE ANTÉCHRONOLOGIQUE)

Rapp. Sénat n° 839, au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée Nationale, *de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle*, Y. DÉTRAIGNE (*rapp.*), 21 sept. 2016, 662 p.

Rapp. AN n° 3904, au nom de la commission des lois, *en nouvelle lecture sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle*, J.-M. CLÉMENT et J.-Y. LE BOUILLONNEC (*rapp.*), 30 juin 2016, 379 p. ; et précédemment sur le même projet et par les mêmes rapporteurs, AN n° 3726, au nom de la commission des lois et de l'administration générale de la République, 6 mai 2016, t. I, 457 p.

Rapp. AN n° 3870 et Sénat n° 715, au nom de la CMP, *sur les dispositions restant en discussion du projet de loi organique relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, C. UNTERMAIER (AN) et F. PILLET (*rapp.*), 22 juin 2016, 60 p. ; et précédemment sur le même projet de loi, AN n° 3716, au nom de la commission des lois, C. UNTERMAIER (*rapp.*), 4 mai 2016, 287 p.

Rapp. Sénat n° 663, au nom de la commission des lois, *sur la proposition de loi organique (...) relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes et sur la proposition de loi portant statut général (...)*, J. MÉZARD (*rapp.*), 25 mai 2016, 375 p.

Rapp. AN n° 3618, au nom de la commission des lois *sur le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature*, D. RAIMBOURG (*rapp.*), 30 mars 2016, 40 p.

Rapp. Sénat n° 121, au nom de la commission des lois sur *le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle*, Y. DÉTRAIGNE (rapp.), 28 oct. 2015, 410 p.

Étude d'impact, Sénat, projet de loi organique *relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société*, NOR : JUSB1514050L/Bleue-1, 29 juill. 2015, 125 p.

Rapp. AN n° 2105, *d'information sur la politique européenne de concurrence*, commission des affaires européennes, I. BRUNEAU (rapp.), 8 juill. 2014, 129 p.

Rapp. au Prés. Rép. *relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, 12 mars 2014

Rapp. AN n° 1006, au nom de la commission des lois, *d'information sur le rôle de la justice en matière commerciale*, C. UNTERMAIER et M. BONNOT (rapp.), avril 2013, 158 p.

Rapp. au min. Just., *de réflexion sur l'évolution de l'office du juge et de son périmètre d'intervention, La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle*, J.-L. NADAL (prés.), mai 2013, 218 p.

Rapp. Sénat n° 54, au nom de la commission des *sur la justice de première instance*, V. KLÈS et Y. DÉTRAIGNE (rapp.), oct. 2013, 98 p.

Rapp. au min. Just., *Refonder le ministère public*, Commission modernisation de l'action publique, J.-L. NADAL (prés.), nov. 2013, 124 p.

Rapp. au min. Just., *Les juridictions du XXI^{ème} siècle, Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, D. MARSHALL (prés.), déc. 2013, 128 p.

Rapp. au min. Just., « *Le juge du 21^e s.* », *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, P. DELMAS-GOYON (prés.), déc. 2013, 128 p.

Rapp. Inspection générale des finances remis au min. Redressement productif, n° 2013-M-016-02 *pour des aides simples et efficaces au service de la compétitivité*, Mission de modernisation de l'action publique, J.-J. QUEYRANNE, J.-P. DEMAËL, P. JURGENSEN (rapp.), juin 2013, 868 p.

Rapp. Club Droits, Justice et Sécurités (DJS) *sur la réforme des tribunaux de commerce*, 7 déc. 2012, 21 p.

Rapp. Sénat n° 622, au nom de la commission des lois *d'information sur la réforme de la carte judiciaire : une occasion manquée*, N. BORVO COHEN-SEAT et Y. DETRAIGNE (rapp.), 11 juill. 2012, 157 p.

Rapp. Sénat n° 602, au nom de la commission pour le contrôle de l'application des lois, *d'information sur l'application de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation*, M. DINI et A.-M. ESCOFFIER (rapp.), 19 juin 2012, 130 p.

Rapp. AN n° 4190, au nom de la commission des affaires économiques *sur la proposition de loi tendant à prévenir le surendettement*, J. DIONIS DU SÉJOUR (rapp.), 18 janv. 2012, 60 p.

Rapp. AN n° 2925, au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, *d'information sur les autorités administratives indépendantes*, R. DOSIÈRE et C. VANNESTE (rapp.), 28 oct. 2010, t. I, 452 p.

Rapp. AN n° 2298, au nom de la commission des affaires économiques, *sur le projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, R. DE LA RAUDIÈRE (rapp.), 10 fév. 2010, 100 p.

Rapp. AN n° 2925, au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques *d'information sur les autorités administratives indépendantes*, C. VANNESTE et R. DOSIÈRE (rapp.), 28 oct. 2010, t. I, 452 p.

Rapp. Sénat n° 17, Commission des affaires européennes et de la commission des finances, *Où vont les agences européennes ?*, D. BADRÉ (rapp.), 7 oct. 2009, 72 p.

Rapp. au Prés. Rép., *sur les professions du droit, Vers une plus grande profession du droit*, M. DARROIS (prés.), mars 2009, 199 p.

Rapp. au min. Just., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Commission sur la répartition des contentieux, S. GUINCHARD (prés.), juill. 2008, 344 p.

Rapp. au Prés. Rép. *relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, 18 déc. 2008

Rapp. Cour des comptes, *Les aides des collectivités territoriales au développement économique*, J. MOTTES (rapp.), sept. 2007, 111 p.

Rapp. Inspections générales des Finances, Aff. Sociales et de l'Administration *sur les aides publiques aux entreprises*, Mission d'audit de modernisation, A. CORDIER, O. FERRAND et al. (rapp.), janv. 2007, 67 p.

Rapp. AN n° 3166 et Sénat, n° 404, Office parlementaire d'évaluation de la législation, *sur les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, P. GÉLARD (rapp.), 15 juin 2006, t. I, 138 p.

Rapp. AN n° 3069, par la délégation de l'AN pour l'UE, *d'information sur les agences européennes*, C. PHILIP (rapp.), 3 mai 2006, 116 p.

Rapp. au min. Just., *sur la formation des juges consulaires*, Commission « Qualité de la justice civile », S. GUINCHARD (prés.), N. FRICERO et G. AZIBERT (rapp.), mars 2003, 23 p.

Rapp. Sénat n° 178, au nom de la commission des lois *sur le projet de loi relatif aux tribunaux de commerce*, P. GIROD (rapp.), janv. 2002, 129 p.

- Rapp. AN n° 3451 et Sénat, n° 120, au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation sur *la législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises*, J.-J. HYEST (rapp.), 5 déc. 2001, 88 p.
- Rapp. Conseil d'État, études et doc. n° 52, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001, 473 p.
- Rapp. AN n° 1038, au nom de la commission d'enquête sur *l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce*, *Les tribunaux de commerce, une justice en faillite ?*, F. COLCOMBET (prés.), A. MONTEBOURG (rapp.), 2 juill. 1998
- Rapp. Inspections générales des Finances (n° 98-M-019-01) et des services judiciaires (n° 8-98) *d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce*, J.-B. DE FOUCAULD, D. BOCCON-GIBOD et al. (rapp.), juill. 1998, 95 p.
- Rapp. Sénat n° 60, au nom de la commission des lois, *Surendettement : prévenir et guérir*, J.-J. HYEST et P. LORIDANT (rapp.), 29 oct. 1997
- Rapp. Cons. UE, n° 6500/1/96, sur *la Convention relative aux procédures d'insolvabilité du 23 novembre 1995*, M. VIRGÓS et E. SCHMIT (rapp.), 8 juil. 1996
- Rapp. au min. Just., *Propositions pour améliorer la formation des magistrats en matière économique et financière*, M. DOBKINE, M.-J. LOTTE et B. JACTEL (rapp.), avril 1995, 18 p.
- Rapp. AN n° 1049, au nom de la commission des lois sur *le projet de loi relatif à la prévention et au règlement des difficultés liées à l'endettement des particuliers*, P. LEQUILLER (rapp.), 30 nov. 1989
- Rapp. au Premier min., sur *la réforme des dispositifs de traitement des entreprises en difficulté*, A. BUSNEL (rapp.), avril 1982, 95 p.
- Rapp. Sénat n° 360, au nom de la commission des lois sur *le projet de loi relatif au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises*, J. THYRAUD (rapp.), 3 sept. 1981, 48 p.
- Rapp. au Prés. Rép., *Vivre ensemble*, Commission de développement des responsabilités locales, O. GUINCHARD (dir.), 22 oct. 1976
- Rapp. au Prés. Rép., *pour la réforme de l'entreprise*, comité d'études, P. SUDREAU (dir.), 7 fév. 1975
-
- Rapp. pour le Groupement d'intérêt public (GIP), Mission droit et justice :
- *Les professions juridiques et judiciaires en Europe*, GAUTHIER (C.) et GRARD (L.) (dir.), avril 2014, 502 p.
 - *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*, RACINE (J.-B.) (éd.), Centre de recherches en droit économique (Nice), Centre d'études et de recherche sur le contentieux (Toulon et Var), mars 2001, 216 p.
 - *L'analyse économique du règlement des litiges : approches théorique, empirique et comparative*, DEFFAINS (B.) (dir.), CRDE (Nancy 2), 2001, 284 p.
-
- Rapp. annuel d'activité, Banque de France, 2015 et annexe 3, Synthèse nationale des rapports d'activité des commissions de surendettement, p. 132-136
- Rapp. annuel d'activité, CIRI, *L'État au service des entreprises en difficulté*, pour 2014, 2011, 2009 et 2008
- Rapp. annuel, Cour de cassation, *L'ordre public*, 2013, 764 p.
- Rapp. annuel d'activité, Redressement productif, 2012, *Les commissaires au redressement productif*, mars 2013, 26 p.
- Rapp. Commissariat général du plan, *Les aides publiques aux entreprises : une gouvernance, une stratégie*, J.-L. LEVET (dir.), La documentation française, 2003
-
- Document d'information, CIP, *Les Institutions membres du CIP national, Leur rôle et leurs actions en matière de prévention des difficultés des entreprises*, juin 2015, 28 p.
-
- Étude Deloitte/Altarès, *L'entreprise en difficulté en France, Dans l'antichambre de la reprise*, 10^e éd., mars 2015, 36 p.
- Étude Euler Hermes, *Défaillances d'entreprises à l'échelle mondiale/en France*, 2014
- Étude Institut Montaigne, *Les Juges et l'économie : une défiance française*, P. CAHUC et S. CARCILLO (dir.), déc. 2012, 68 p.
- Étude de législation comparée, Sénat, n° 135, *La sauvegarde des entreprises*, 2004, 69 p.

Index alphabétique

Les numéros renvoient aux paragraphes ou à leurs notes - les caractères gras signalent la référence principale

- A -

- **Accord amiable** : 42 s., v. *conciliation*
- **Administrateurs et mandataires judiciaires (AJMJ)** : 470, **480-481**, 493, 585
- **Autorité administrative indépendante (AAI)** :
 - agences européennes, 378 s.
 - développement, 390 s.
 - exemples, 388
 - présentation générale, 384 s.
 - proposition, 400 s.
- **Autorité judiciaire** :
 - généralités, 10, 106
 - fonction, v. *office*
 - membres : v. *juge-commissaire*, v. *ministère public*, v. *président du tribunal*, v. *tribunal de commerce*, v. *tribunal de grande instance*

- B -

- **Bilan économique et social** : 473 s.

- C -

- **Cellules judiciaires de détection-prévention** : 229 s.
- **Conciliation** : 125 ; proposition, 497 s.
- **Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI), comité départemental d'examen des difficultés de financement des entreprises (CODEFI)** : **4, 79**, 406
- **Commission départementale d'examen des situations de surendettement (commission de surendettement)** : **350**, 365, 397, 406, 411-412, 435, 477, 505

- **Critères** :
 - d'ouverture des procédures : difficultés, 119 s., personnes, 128 s.
 - renouvellement, v. *détection*
 - de spécialisation, v. *juridiction*

- D -

- **Décision de justice (autorité)** : 109 s.
- **Déclaration des créances** : 476
- **Détection des difficultés** (proposition) :
 - critère, 366 s.
 - autorité, 400 s.
 - fonction, 417 s.
 - diagnostic, 443
- **Dirigisme judiciaire** : 271 s.

- I -

- **Indépendance** : 103 s.
- **Impartialité** : 98 s.

- J -

- **Judiciarisation** : 116
 - comp. Alterjudiciarisation, 496
 - comp. Déjudiciarisation, 458
 - comp. Rejudiciarisation, 532
- **Juge-commissaire** : 191 s., 476, 480, 573
- **Juges consulaires** : 166 s., 563 s.
- **Juridiction** :
 - partage de la compétence juridictionnelle, 148 s.
 - fusion (proposition), 558
 - spécialisation (proposition), 569 s.

- M -

- **Magistrature économique**, 255 s.
- **Mesure d'administration judiciaire**, 249 s.
- **Ministère public :**
 - évolution, 206 s.
 - saisine de la juridiction, 212 s.
 - spécialisation (proposition), 573
 - statut, 215 s., 585
- **Modes alternatifs de règlement des différends (MARD)**, 42, 496 s.

- O -

- **Office du juge :**
 - définition, 221, 225
 - en droit des entreprises en difficulté, 222-223, 226, critique, 229 s.
 - redéfinition (proposition), 533 s.

- P -

- **Président du tribunal :**
 - alerte, 234 s.
 - évolution, 181
 - de commerce/du tribunal de grande instance, 182
 - prérogatives en prévention, 183 s. ; pouvoir d'investigation, 185 ; note au ministère public, 186, 213 ; mandat *ad hoc* et conciliation, 188

- R -

- **Réforme de la justice du XXI^e siècle, 12**, 98 (n. 3bis), **143**, 167 (n. 2), 172, 176, 476 (n. 1ter), 500 (n. 1), 504, 531, 532, 539 (n. 12), 548, 562 (n. 4-5), 572, 573 (n. 8, 7bis et 10), 580 (n. 15), 585 (n. 8, 1, 2 et 4)
- **Réforme du droit des obligations**, 29 (n. 6), 32 (n. 9), 48 (n. 1), **302, 310**, 311

- S -

- **Saisine d'office**, 209 s., 245 s.

- T -

- **Traitement :**
 - notion, 9, 283 s., 452, 456
 - modes de traitement :
 - privé, 26 s., proposition, 497 s.
 - administratif, 57 s. ; organes, v. *CODEFI, CIRI* ; proposition, v. *AAI*
 - judiciaire, 11 ; autorité(s), 10, 146 s. ; procédures, 120 s. ; proposition, 532 s.

- **Tribunal de commerce :**
 - compétence, 130-131, 152-153
 - incidents de compétence, 155 s.
 - membres, v. *juges consulaires*
 - réforme, 165 (n. 4), 555, 585
 - proposition, 558 s.
 - spécialisation, 569 s.
- **Tribunal de grande instance :**
 - compétence, 135, 151
 - incidents de compétence, 155 s. ; partage de compétence, 160 s.
 - membres, 164 s. ; *comp. juges consulaires*
 - proposition, 558 s.

Table des matières

Introduction	15
PREMIÈRE PARTIE. LE CHOIX DU TRAITEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ	37
TITRE I. LES RAISONS DU CHOIX DU TRAITEMENT JUDICIAIRE.....	41
<i>Chapitre I. Les limites du traitement non judiciaire des entreprises en difficulté</i>	43
Section I. Les limites du traitement privé	43
§ 1. L'interdiction de se faire justice soi-même	44
A. L'exclusion de la violence comme solution aux difficultés.....	46
B. Le rejet de la désorganisation dans le paiement des créanciers	50
§ 2. L'incertitude de la solution amiable pour les parties.....	52
A. L'aléa dans la réussite des négociations	53
B. La précarité de l'accord amiable	56
Section II. Les limites du traitement administratif	61
§ 1. Un domaine d'intervention restreint.....	62
A. Un traitement réservé à certaines entreprises	63
B. Un traitement limité aux créances publiques	66
§ 2. Un cadre juridique contraignant.....	68
A. Des contraintes liées à la prohibition des aides d'État aux entreprises	70
B. Des contraintes liées à l'inachèvement d'un droit administratif des entreprises en difficulté	74
Conclusion du Chapitre I	83
<i>Chapitre II. L'attrait pour le traitement judiciaire des entreprises en difficulté</i>	85
Section I. Les qualités de l'autorité judiciaire pour le traitement des entreprises en difficulté	86
§ 1. L'impartialité du juge	86
A. L'impartialité à l'égard des intérêts du débiteur et des créanciers.....	87
B. L'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif	90
§ 2. L'autorité du juge.....	92
A. Le pouvoir de décision	93
B. Le pouvoir de sanction	96
Section II. La judiciarisation du droit des entreprises en difficulté	97
§ 1. La diversification des difficultés traitées.....	99
A. La diversification des procédures collectives	100
B. L'introduction d'un traitement préventif	102
§ 2. La diversification des débiteurs appréhendés	108
A. L'extension à des non-commerçants	108
B. L'extension à l'ensemble des professionnels indépendants	110
Conclusion du Chapitre II	113
Conclusion du Titre I.....	115

TITRE II. L'ÉVALUATION DU CHOIX DU TRAITEMENT JUDICIAIRE	117
<i>Chapitre I. La confusion des autorités judiciaires</i>	121
Section I. La concurrence des différents tribunaux compétents	122
§ 1. La compétence concurrente des juridictions	122
A. La compétence des tribunaux de commerce disputée, un fait historique	123
B. Les incidents de compétence	126
C. Le partage du pouvoir de sanction	131
§ 2. La composition différente des juridictions	133
A. L'opposition dans la désignation des membres	134
B. L'opposition dans la formation des membres	140
C. L'opposition dans le statut des membres	144
Section II. La concurrence des différents magistrats compétents	147
§ 1. La prédominance du président du tribunal pour la prévention des difficultés	148
A. Le monopole du pouvoir de détection des difficultés	150
B. Le pouvoir de prévenir l'ouverture d'une procédure collective	152
§ 2. La question de l'étendue des pouvoirs du juge-commissaire	154
A. Éclairer la décision du tribunal	156
B. Une juridiction à part entière	158
C. La délicate délimitation des pouvoirs en matière d'admission des créances	160
§ 3. La question du sens des interventions du ministère public	163
A. Le détournement de la saisine de la juridiction au profit du ministère public	166
B. La dépendance du ministère public au pouvoir exécutif	169
Conclusion du Chapitre I	173
<i>Chapitre II. La dénaturation de l'office du juge</i>	175
Section I. La déformation de la fonction de trancher un différend par des interventions hors litige	177
§ 1. Les paradoxes d'une fonction préventive judiciaire trop précoce	178
A. Les cellules de détection occultes et la transparence de la justice	179
B. L'alerte personnelle du président de juridiction et l'impartialité de la justice	183
§ 2. Les prérogatives du juge-administrateur attentatoires aux droits des parties	189
A. La saisine d'office et l'atteinte à la maîtrise de la procédure	190
B. L'administration de la justice et la privation des voies de recours	195
Section II. La déformation de la fonction de dire le droit par l'exercice d'une magistrature économique	199
§ 1. Apprécier économiquement les difficultés de l'entreprise	201
A. Les difficultés d'un droit technique	202
B. Les difficultés d'un droit souple	204
§ 2. Décider opportunément du traitement des difficultés	206
A. La modification du raisonnement judiciaire dans le processus décisionnel	207
B. Vers un dirigisme judiciaire sur les entreprises en difficulté	210
Conclusion du Chapitre II	213
Conclusion du Titre II	215
Conclusion de la première Partie	217

**DEUXIÈME PARTIE. LA RESTRUCTURATION DU TRAITEMENT JUDICIAIRE DES ENTREPRISES EN
DIFFICULTÉ 221**

TITRE I. UNE APPROCHE RENOUVELÉE DE LA DÉTECTION DES DIFFICULTÉS..... 225

Chapitre I. Un critère unique de détection des difficultés..... 229

Section I. La détermination du critère229

§ 1. L'identification du critère230

A. L'apport du droit des entreprises en difficulté230

B. L'apport de la théorie générale des obligations.....232

1. Les apports de la théorie de la force majeure234

2. Les apports de la théorie de l'imprévision239

§ 2. Le contenu du critère.....244

A. Le contenu variable du critère244

B. La réunion d'indices concordants247

Section II. L'utilité du critère.....249

§ 1. La simplification de la répartition entre le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement
.....249

A. La complexité née de l'affectation du patrimoine250

1. Les effets de l'affectation du patrimoine sur le traitement des difficultés250

2. L'insécurité de l'échec de l'affectation dans le traitement des difficultés253

B. La complexité liée au statut particulier du débiteur257

1. L'appréhension du patrimoine par le droit des entreprises en difficulté.....257

2. Le rejet du débiteur vers le droit du surendettement264

§ 2. L'harmonisation des législations commerciale et consumériste268

A. La convergence des législations au plan interne.....268

1. L'essence commune du traitement.....268

2. Le dépassement du raisonnement par branches spéciales du droit274

B. L'unification par l'effet des législations européenne et étrangères.....276

Conclusion du Chapitre I279

Chapitre II. Une autorité non judiciaire de détection des difficultés..... 281

Section I. L'institution d'une autorité administrative indépendante.....283

§ 1. Le mouvement favorable aux autorités administratives indépendantes284

A. L'incitation au niveau européen.....284

1. La possibilité d'un traitement administratif de l'insolvabilité284

2. La promotion des agences européennes indépendantes289

B. Le développement au niveau national293

1. L'appréhension du phénomène293

2. Les raisons du phénomène298

§ 2. Le recours à une autorité administrative indépendante301

A. Une autorité d'origine administrative.....301

1. L'existence d'un traitement administratif.....301

2. L'autorité nouvelle304

B. Une autorité indépendante.....	309
1. L'indépendance organique	310
2. L'indépendance fonctionnelle	313
Section II. La fonction de l'autorité administrative indépendante	315
§ 1. La fonction de détection face au débiteur actif	316
A. L'initiative du débiteur défaillant	316
B. La fonction de guichet unique	318
§ 2. La fonction de détection face au débiteur passif	321
A. L'inertie du débiteur défaillant	321
B. La fonction de centralisation des informations	322
§ 3. La constatation d'une impossibilité économique d'exécuter	328
Conclusion du Chapitre II	331
Conclusion du Titre I	333
TITRE II. UNE ORGANISATION RATIONALISÉE DU TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS	335
<i>Chapitre I. La déjudiciarisation du prétraitement des difficultés</i>	<i>337</i>
Section I. L'instruction préalable au traitement	338
§ 1. Le filtrage des situations de fait	339
A. L'impossibilité économique d'exécuter manifestement irrémédiable	339
B. Les autres difficultés d'exécuter	341
§ 2. L'approfondissement du diagnostic de détection	343
A. L'examen de l'impossibilité économique d'exécuter	343
B. L'approfondissement par l'autorité administrative indépendante	349
§ 3. L'orientation vers la procédure de traitement adaptée	352
A. La qualification juridique de l'état d'impossibilité économique d'exécuter	352
B. La décision d'orientation de l'autorité administrative indépendante	356
Section II. L'alternative de traitement	359
§ 1. L'altérité du traitement extrajudiciaire pour les parties	361
A. La voie amiable comme mode traitement	361
B. Le rôle du débiteur et des créanciers au cœur du traitement	368
§ 2. L'encadrement du traitement amiable par l'autorité administrative indépendante	374
A. La désignation du conciliateur	374
B. Le rôle du conciliateur	376
Conclusion du Chapitre I	379
<i>Chapitre II. La rejudiciarisation du traitement des difficultés</i>	<i>381</i>
Section I. La redéfinition de la fonction juridictionnelle en droit des entreprises en difficulté	383
§ 1. Les décisions touchant aux droits des parties et constitutives d'une nouvelle situation juridique	385
A. La fonction juridictionnelle à l'occasion du prétraitement	385
B. La fonction juridictionnelle pour le traitement	391
§ 2. Les décisions tranchant une contestation ou sanctionnant une faute	393
A. La fonction juridictionnelle en cas de contestation	394
B. La fonction juridictionnelle en cas de faute	395

Section II. La redéfinition de l'autorité judiciaire en droit des entreprises en difficulté.....	398
§ 1. La réunification de la compétence juridictionnelle	399
A. La fusion des juridictions.....	400
B. La fusion des juges	402
§ 2. La spécialisation de la compétence juridictionnelle	405
A. La spécialisation des juridictions.....	406
B. La spécialisation des membres de la juridiction.....	408
Conclusion du Chapitre II	413
Conclusion du Titre II.....	415
Conclusion de la deuxième Partie	417
Conclusion générale	421
Bibliographie générale.....	427
I. Manuels, monographies, ouvrages généraux, ouvrages spéciaux et traités.....	427
II. Thèses.....	432
III. Articles, actes de colloque, contributions à des ouvrages collectifs, études, observations, notes, commentaires et chroniques de jurisprudence.....	436
IV. Colloques, conférences, congrès, journées d'étude et de formation, rencontres et séminaires.....	476
V. Études, Document d'information et rapports publics	477
Index alphabétique	481

Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté

Résumé

Traditionnellement, le droit des entreprises en difficulté recourt à l'autorité judiciaire pour la mise en œuvre de ses dispositions et la réalisation de ses finalités. Toutefois, considérant l'évolution de ce droit, le traitement « tout judiciaire » des difficultés des entreprises est remis en cause. En effet, il ne s'agit plus seulement de sanctionner, mais davantage de prévenir les difficultés et de sauvegarder les entreprises, ce qui dénature l'office juridictionnel. De plus, les commerçants ne sont plus les seuls concernés par ce droit, ce qui aboutit à l'éclatement de la compétence juridictionnelle. Il y aurait lieu d'envisager d'autres modes de traitement. Prenant en compte l'existence d'un traitement administratif, connu du surendettement, mais, aussi, des entreprises, et favorisant le règlement alternatif des difficultés, une autre voie peut être proposée pour la prise en charge de l'impossibilité économique d'exécuter. La légitimité du juge, dont les interventions seraient recentrées et la compétence spécialisée, en ressortirait renforcée pour le traitement des entreprises en difficulté.

Mots-clés : autorité administrative indépendante ; autorité(s) judiciaire(s) ; compétence juridictionnelle ; déjudiciarisation ; détection et prévention des difficultés ; droit des entreprises en difficulté ; juge ; mode amiable de règlement des différends ; office juridictionnel ; traitement administratif des entreprises en difficulté ; surendettement.

Discipline : Droit privé.

The judicial treatment of insolvency

Abstract

Traditionally, insolvency law appeals to the judicial authority to apply its provisions and to carry out its aims. However, regarding the evolution of this law, the exclusive judicial treatment of the difficulties is challenged. Indeed, it is no longer only to punish but more to prevent difficulties and safeguard businesses, which distorts the judicial office of the judge. In addition, traders are not the only ones affected by this law, leading to the outbreak of jurisdiction. Subsequently, there is a need to consider other modes of treatment. Taking into account the existence of an administrative process, known by over-indebtedness, but also by businesses, and promoting alternative dispute resolution of difficulties, another path can be proposed for the management of the economic impossibility of performance. The legitimacy of the judge, whose interventions would be refocused and skills specialised, would be strengthened in relation to the treatment of undertakings facing difficulties

Keywords : Administrative proceeding of insolvency ; Alternative Dispute Resolution (ADR) ; detection and prevention of difficulties ; diversion ; independent agencies ; insolvency of consumers (special treatment for non-traders or natural person) ; insolvency law ; judge ; judicial authorities ; QUAsi Non-Governmental Organisation (Quango) ; jurisdictional fonction.

Subject area : Private law.

Unité de recherche/Research unit : Centre de Recherche Droits et Perspectives du Droit (CRDP), Équipe René Demogue

École doctorale/Doctoral school : École doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edoctorale74.univ-lille2.fr>

Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://univ-lille2.fr>

