

# La réforme du droit des entreprises en difficulté

## La réforme des tribunaux de commerce : un autre regard Dans quelle mesure le droit des entreprises en difficulté nuit-il au fonctionnement des tribunaux ?

Sophie Vermeille  
Saliha Bardasi<sup>1</sup>

Droit & Croissance/Rules for Growth<sup>2</sup>

**SYNTHÈSE :** Une réforme de la justice commerciale ne peut faire l'économie d'une réflexion sur les missions et le mode de fonctionnement des tribunaux de commerce. Ces tribunaux sont en effet en charge de l'application du droit des entreprises en difficulté qui produit des effets fondamentaux, tant au niveau des chances de redressement des entreprises défaillantes, qu'en matière d'accès au crédit pour l'ensemble des entreprises. Au regard de l'évolution de l'économie et de la finance, il est souhaitable d'envisager simultanément et d'inscrire dans une même vision les réformes de la justice commerciale et du droit des entreprises en difficulté.

Nous proposons ainsi :

1) **Formation transversale des juges** – La procédure collective est au croisement du droit, de l'économie et de la finance. La complexité des règles, les intérêts en jeu et la médiatisation des affaires de faillite nécessitent que les juges – consulaires mais aussi professionnels – en charge de ces affaires aient une expertise significative dans ces domaines. Une réflexion sur la formation transdisciplinaire et continue des juges serait souhaitable.

2) **Spécialisation** – La complexité croissante du contentieux des procédures collectives ouvertes sur les entreprises de taille significative requiert une spécialisation renforcée au niveau d'un nombre limité de juridictions, comme cela avait pu être décidé ou comme il en existe pour d'autres matières, telles que le droit de la propriété intellectuelle ou le droit de la concurrence.

1 Droit & Croissance (Rules for Growth) ([www.droitetroissance.fr](http://www.droitetroissance.fr)) est un institut indépendant et non-partisan ouvert aux juristes et aux économistes, et plus généralement aux acteurs privés, partageant son ambition de réaliser et vulgariser des études dans le domaine du droit, de l'économie et de la finance. La mission de Droit & Croissance est d'interpeller les acteurs publics et privés et de nourrir les débats de la société civile pour faire valoir l'importance de l'analyse économique du droit (Law & Economics) comme vecteur d'efficacité économique. Droit & Croissance s'attache à combler le retard de la recherche universitaire française aux croisements des disciplines du droit, de l'économie et de la finance, responsable, selon nous, de l'inadaptation relative du système juridique à l'évolution de l'économie et de la finance en France. L'indépendance de Droit & Croissance est assurée exclusivement par le soutien de ses membres et de ses bienfaiteurs.

3) **Rôle du tribunal de commerce dans les procédures collectives** – L'office du juge dans les procédures collectives empêche l'allocation efficace des actifs des entreprises en difficulté et contribue à créer un marché des entreprises en difficulté opaque. Créer un marché des entreprises en difficulté basé sur un système d'enchère allouant les actifs au mieux-disant, permettrait d'objectiver la procédure et de neutraliser une grande part des conflits d'intérêts et pressions pesant sur les juges consulaires.

Le droit des entreprises en difficulté attribue au juge consulaire une « magistrature économique » qui nous semble une cause majeure des dysfonctionnements relevés au niveau des tribunaux de commerce. Ainsi, s'il est regrettable d'observer que certains juges consulaires ne sont pas suffisamment vigilants dans leur manière de gérer leurs conflits d'intérêts, il est également important de souligner que la manière dont la loi commande de traiter les difficultés d'entreprises est une source d'opacité du travail judiciaire.

En conclusion, le projet de loi portant réforme de l'organisation de la justice commerciale, s'il renforce – de manière louable – les exigences en matière de déontologie et de formation des juges consulaires devrait être examiné à la lumière des réformes envisagées en matière de droit des entreprises en difficulté.

## Commentaires généraux de Droit & Croissance sur la réforme de la justice commerciale sous forme de questions-réponses

### 1. Formation renforcée des juges consulaires, gestion des conflits d'intérêts, échevinage ou système de mixité avec les juges professionnels, spécialisation et délocalisation, la réforme à venir des juridictions consulaires a déjà fait couler beaucoup d'encre. Quel autre regard sur ces questions devrions-nous avoir selon vous ?

La qualité de nos institutions judiciaires est un thème qui nourrit le débat public. Il faut s'en réjouir. Évoquer le rôle des juges dans notre société est important eu égard à sa centralité, en particulier dans le fonctionnement de l'économie. En effet, les juges sont chargés de veiller à l'application des règles du droit dans le domaine des affaires et les façonnent de fait par leur jurisprudence. Ce faisant, ils ont vocation à contribuer au

2 Les vues exprimées dans cet article n'engagent que leurs auteurs et ne représentent pas nécessairement celles des employeurs ou autres organisations auxquels ils peuvent être affiliés par ailleurs. Remerciements à Adrien Bézert, membre de Droit & Croissance, pour ses précieux commentaires.

dynamisme et à la stabilité des équilibres économiques et financiers nationaux.

Nous pensons que l'enjeu de la réforme des tribunaux de commerce ne se limite pas à la seule question du statut des juges consulaires par rapport à celui des juges professionnels, mais englobe le rôle singulier que le droit français leur attribue dans la sphère économique. Il est donc crucial de pouvoir réfléchir à cette réforme de manière dépassionnée, efficace et globale.

La fonction économique du juge consulaire est importante dans le contexte de ralentissement économique actuel, marqué par l'ouverture corrélative de nombreuses procédures collectives. Or, le droit des entreprises en difficulté attribue au juge consulaire une « magistrature économique » qui nous semble une cause majeure des dysfonctionnements relevés au niveau des tribunaux de commerce. En outre, comme Droit & Croissance a eu l'occasion de le mentionner à plusieurs reprises, le droit des entreprises en difficulté n'a pas suivi les mutations de l'économie et de la finance et ce déphasage est aujourd'hui porteur d'effets pervers au sein de la sphère économique<sup>3</sup>. Ainsi, s'il est regrettable d'observer que certains juges consulaires ne sont pas suffisamment vigilants dans leur manière de gérer leurs conflits d'intérêts, il est également important de souligner que la manière dont la loi commande de traiter les difficultés d'entreprises est une source d'opacité du travail judiciaire.

Les observations formulées à l'occasion de la présente étude sont principalement basées sur l'analyse du rôle du juge dans une minorité d'entreprises faisant l'objet d'une procédure collective (de l'ordre de moins de 5 % au regard du taux de liquidations immédiates en France). Cette minorité regroupe l'ensemble des sociétés, généralement de taille significative et pourvoyeuses d'emplois, qui en raison de leurs caractéristiques ne méritent pas, en cas de difficultés, de faire l'objet d'une mesure de cessation d'activité *via* une liquidation judiciaire immédiate. Les conditions du traitement de cette minorité de dossiers entre les mains des tribunaux emportent de nombreuses conséquences indirectes, en particulier sur le mode de financement de notre économie en général (en influençant, par exemple, la part du crédit fournisseur, du crédit-bail et de l'affacturage dans la totalité de ce financement). Il est ainsi essentiel de comprendre que l'impact du droit des entreprises en difficulté et du juge en général ne se limite pas aux sociétés en difficulté. Une littérature abondante en économie et en finance met en évidence la relation existant entre, d'une part, le droit des entreprises en difficulté et l'application qui en est faite par les tribunaux, et d'autre part, le développement et la liquidité des marchés financiers<sup>4</sup>.

3 Sur ces questions, v. not., S. Vermeille, *Pourquoi une réforme du droit des entreprises en difficulté est-elle nécessaire ?*, Q&A, Droit et Croissance, Banque & Droit, n°HS-2013-2 p. 30.; S. Vermeille, T. François, *Le « feuilleton Technicolor » : et si rien n'était vraiment réglé ?*, JCP éd. E, n°40, 4 oct. 2012, 1582, p. 27 et s.; S. Vermeille, R. Bourgueil, A. Bézert, *L'affaire Belvédère ou les effets contre-productifs du droit français des entreprises en difficulté – Plaidoyer pour une réforme ambitieuse*, RTDF, n°3-2013, pp. 1-25; S. Vermeille, *Règle de Droit et développement des modes de financement alternatifs au crédit bancaire... Ou l'inadaptation du droit français à l'évolution de l'économie et de la finance*, RTDF, n°2-2012, pp. 28-64.

4 V. notamment R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, R. Vishny, *Legal determinants of external finance*, Journal of Finance, vol. 52, n°3, pp. 1131-1150 (1997); R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, R. Vishny, *Law and finance*, Journal of Political Economy, vol. 106, n°6, pp. 1113-55 (1998).

## 2. Dans quelle mesure le droit des entreprises en difficulté serait-il directement à l'origine des dysfonctionnements que vous mettez en avant ?

Le droit des entreprises en difficulté nous semble une cause importante des dysfonctionnements observés car il confie au juge consulaire une « magistrature économique » qui s'avère déraisonnablement ambitieuse et économiquement inefficace. En particulier, le droit des entreprises en difficulté instaure un processus d'allocation des actifs des entreprises défaillantes<sup>5</sup>, que ce soit sous la forme d'un plan de cession ou d'un plan de continuation, qui repose sur des critères appréciés discrétionnairement par les juges. Cette magistrature économique entraîne une allocation inefficace des actifs, dans la mesure où cette allocation est réalisée dans des conditions ne permettant pas la maximisation de leur valeur d'usage, ce qui est préjudiciable à de multiples égards.

En effet, le sort de l'entreprise en difficulté, une fois la cessation des paiements déclarée, est exclusivement soumis au pouvoir discrétionnaire des juges, qui, conformément aux dispositions légales applicables<sup>6</sup>, statuent de manière subjective sur l'avenir de l'entreprise. En effet, et c'est une singularité du droit français, malgré l'apparente objectivité des critères légaux<sup>7</sup>, la loi précise que les juges retiennent l'offre qui assure « les meilleures conditions » et non le prix le plus élevé pour l'acquisition des ressources de l'entreprise. Cette notion des « meilleures conditions » reste vaporeuse et offre au juge une réelle souplesse décisionnelle<sup>8</sup>. Cependant, la souplesse décisionnelle que le juge tire du critère des « meilleures conditions » s'avère préjudiciable, essentiellement pour deux raisons :

- la procédure d'allocation des actifs ne permet pas de collecter les informations privées pour réduire l'asymétrie d'information et révéler la valeur précise des actifs lorsque le débiteur y est réticent,

5 Nous désignons précisément le plan de cession régi par les dispositions du Titre IV du Livre VI du code de commerce applicables aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

6 Dispositions du Titre IV du Livre VI du code de commerce relatives au plan de cession applicables aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

7 Article L. 642-5 du Code de commerce : « *Après avoir recueilli l'avis du ministère public et entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur, l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et les contrôleurs, le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. Il arrête un ou plusieurs plans de cession [...]* » (souligné par les auteurs).

8 Cette flexibilité surgirait des origines de la procédure de cession des actifs de l'entreprise défaillante. Avant la législation de 1985, soit le débiteur était en mesure de présenter un concordat, c'est-à-dire un accord portant sur la restructuration de la dette avec l'accord de tous ses créanciers et était rétabli à la tête de son affaire, soit son entreprise était liquidée. Pour accélérer la liquidation, les tribunaux ont utilisé le mécanisme légal de la vente dite « à forfait », qui permettait de céder à l'amiable, hors du cadre des enchères, les créances douteuses de l'entreprise, sans garantir leur paiement au cessionnaire. Le législateur de 1967 avait élargi la vente à forfait à l'ensemble des actifs sociaux et ainsi transformé cette technique subsidiaire en un moyen principal de traitement de la défaillance. La loi de 1985 a consacré et rationalisé ces cessions d'actifs en détaillant le cadre légal du plan de cession. V. également, Gaël Couturier, *Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes*, Bulletin Joly Sociétés, 1<sup>er</sup> février 2008, n°2, p. 142.

– la procédure d'allocation des actifs des entreprises en difficulté ne repose pas sur des critères objectifs qui permettraient de maximiser la valeur d'usage des actifs en garantissant que les actifs reviennent au mieux-disant.

Or, bien que le plan de cession ne se résume pas à une opération liquidative de l'activité de la société<sup>9</sup>, comme nous le verrons par la suite, il est dans l'intérêt de l'ensemble des parties à la procédure – intérêts de l'entreprise, des créanciers et des salariés qu'il incombe au juge de concilier et satisfaire – que la réalisation des actifs du débiteur soit optimale et permette d'obtenir le prix de cession le plus élevé<sup>10</sup>.

Le droit des entreprises en difficulté confie au juge consulaire une mission ardue : les parties peuvent être réticentes à partager les informations dont elles disposent et le juge, dans l'incapacité, malgré ses pouvoirs, de les révéler, est susceptible d'être captif de leurs arguments<sup>11</sup>. Étant donné l'importance du rôle du juge dans la procédure collective, nous pensons que cette position nuit à un traitement efficace de la défaillance sur un plan économique.

L'incapacité du juge à prendre des décisions optimales est visible à travers un indicateur révélateur : le fort taux de résolution des plans de sauvegarde/redressement. Selon certaines estimations, ce taux serait supérieur à 60 % pour les onze premiers mois de l'année 2012<sup>12</sup>. Ce taux de rechute traduit l'insuffisance des remèdes adoptés, notamment, la mauvaise allocation des actifs de la société en difficulté. Il convient de souligner à cet égard que ce taux est inférieur à 30 % aux États-Unis<sup>13</sup> pour la période antérieure à la réforme de 2005, qui est davantage orientée vers la protection des droits des créanciers. Depuis, les experts s'accordent à dire que ce taux a significativement diminué<sup>14</sup>.

Pour ces raisons, une logique d'incitation des acteurs est préférable. Dans un tel modèle, le juge n'intervient qu'après discussion des parties, soit pour contrôler et imposer les accords conclus soit pour y suppléer en cas d'échec des négociations, réduisant ainsi la contrainte mais aussi les coûts pour

les parties comme pour la collectivité. Cette logique vise à responsabiliser les actionnaires et les créanciers en les contraignant à négocier et assumer leurs pertes et inspire les procédures collectives modernes. Ces procédures s'attachent à éviter que le juge exerce une magistrature économique comparable à celle qu'il occupe dans la procédure française, afin de rendre l'issue de l'intervention publique parfaitement claire et prévisible pour les actionnaires comme pour les créanciers, notamment en ce qui concerne leur éviction certaine et la perte de tout ou partie de leur créance. Ces procédures constituent une menace et donc une incitation puissante et efficace pour contraindre les parties à négocier rapidement, consentir elles-mêmes les compromis difficiles mais nécessaires à toute restructuration, et ainsi d'éviter le sort que leur réserve avec certitude la procédure collective.

Lorsque les négociations amiables entre les parties échouent, il est bien évidemment important que le juge demeure actif durant la procédure collective, c'est-à-dire durant la période d'arrêt des poursuites individuelles, synonyme d'intrusion de la loi dans les rapports contractuels. Il est en effet normal que le juge commissaire ait à se prononcer sur un certain nombre de décisions importantes dans la vie de l'entreprise<sup>15</sup>. Cependant, il est établi que le juge peut manquer d'informations pourtant cruciales à sa décision ou que celles-ci peuvent lui être communiquées trop tardivement pour lui permettre de prendre une décision optimale<sup>16</sup>. En conséquence, il est important, lorsqu'il s'agit de décider du sort de l'entreprise viable (et d'opter pour un plan de continuation ou un plan de cession), que cette décision appartienne le plus possible aux parties dont les intérêts sont les plus alignés avec la maximisation de la valeur d'entreprise lorsque ces parties sont en mesure d'être identifiées, en l'occurrence, les créanciers ou certains types de créanciers le cas échéant.

### 3. Quelles sont les alternatives ? Comment organiser efficacement l'allocation des ressources des entreprises en difficulté ? Quel est le système de traitement de la défaillance le plus efficace ?

Pour les entreprises de taille significative, il est possible d'observer un marché des entreprises en difficulté dans lequel

9 Article L. 642-1 du Code de commerce : « La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. »

10 Pour une explication détaillée de l'intérêt de la maximisation de la valeur d'usage des actifs, v. S. Vermeille et S. Bardasi *L'intérêt de l'analyse économique du droit dans le traitement du surendettement des sociétés sous LBO*, à paraître.

11 Pour une définition de la notion de captivité, v. E. McGill, *Courts and regulatory capture*, in « *Preventing Regulatory Capture : Special Interest Influence and How to Limit it* », par Daniel Carpenter et David Moss, Cambridge University Press : « *Capture occurs when some special interest, typically an industry group, persuades government actors to exercise the coercive power of the state in ways that are not in the "public interest."* That is, the interests of the industry group diverge from the public interest and the government chooses the former over the latter ». [traduction des auteurs : « la captivité survient lorsqu'un intérêt privé, typiquement un groupe industriel, persuade les acteurs gouvernementaux d'exercer la violence légitime sans considération de l'intérêt public ; c'est-à-dire, les intérêts du groupe industriel diverge de l'intérêt public et le gouvernement privilégie le premier au dernier ] ».

12 Chiffres de la Conférence générale des juges consulaires, repris dans F. Pérochon, *À propos des chiffres de la sauvegarde...*, Droit et patrimoine, mars 2013, n°223, p. 46.

13 R. Lee, *Delaware's Relevance in Chapter 22 : Who is 'Courtin' Failure' Now ?*, Review of Banking and Financial Law, Septembre 2011, vol. 31, pp. 443-475.

14 *Ibid.* et E. Atman, T. Kant, T. Rattanaruengyot, *Post-Chapter 11 Bankruptcy Performance : Avoiding Chapter 22*, Journal of Applied Corporate Finance, vol. 21, n° 3.

15 On rappellera à cet égard que le juge commissaire est chargé de « *veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* » (C.com., art. L3. 621-9). Cette formule générale peut englober un nombre infini de demandes ne faisant l'objet d'aucune disposition spécifique, outre des compétences spéciales déclinées par les textes. Le juge-commissaire bénéficie de droits d'information et d'investigation très étendus, qui s'exercent à l'égard de l'ensemble des parties prenantes à la procédure, qui ne peuvent lui opposer le secret professionnel. Il se prononce sur la question soumise au tribunal, qui statue sur son rapport, sur tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, y compris l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer (C.com., art. R. 662-12). Le juge-commissaire assure également « *la surveillance de l'administration de l'entreprise* » (C.com., art. L. 621-11), comprenant la surveillance de l'activité de l'entreprise (marchés en cours, carnet de commandes) et de sa trésorerie (absence de nouveaux impayés, établissement et respect d'un prévisionnel). Concrètement, le juge-commissaire se fait remettre, entre autres, des états financiers, projections de chiffre d'affaires, tableau de trésorerie, relevés de comptes bancaires.

16 D.G. Baird, E.R. Morisson, *Optimal Timing and Legal Decisionmaking : The Case of the Liquidation Decision in Bankruptcy*, University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 86, octobre 1999, disponible sur : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=187848](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=187848).

les décisions sur le sort de l'entreprise sont prises par les parties prenantes à la négociation sur la dette de l'entreprise, et ce, sous le contrôle du juge pour éviter les abus. Si une entreprise n'est pas viable, ses actifs doivent être vendus et son activité doit être arrêtée. Si une entreprise est viable, ses actifs méritent de rester agrégés. Si l'entreprise est viable mais insolvable, les actionnaires ne sont plus légitimes à conserver son contrôle, ils doivent prendre leurs pertes et l'entreprise doit changer de propriétaire.

Le marché des entreprises en difficulté nous paraît être le meilleur système de traitement de la défaillance car il permet de maximiser leur valeur d'usage et donc de limiter la perte des créanciers (et, indirectement, de favoriser en amont l'accès au crédit). Le marché des entreprises en difficulté respecte les droits des différentes parties prenantes (ordre d'absorption des pertes et des paiements), ce qui présente l'immense avantage d'encourager les parties à la négociation, donc d'accélérer le désendettement des sociétés et d'ainsi réduire les coûts de détresse financière pesant sur les entreprises et de préserver la valeur d'entreprise.

Rappelons que la théorie économique affirme la supériorité des mécanismes contractuels sur les mécanismes réglementaires dans la maximisation de l'usage des moyens de production. En substance, le théorème de Coase enseigne, que sous réserve que les droits de propriété des parties soient clairement définis, et en l'absence de coûts de transaction (qui désignent l'ensemble des coûts liés à la coordination entre les opérateurs relatifs à la collecte de l'information, la négociation des contrats, etc.), les parties sont en mesure de conclure un accord optimal, c'est-à-dire au terme duquel la position d'un acteur économique ne peut être améliorée sans détériorer celle d'un autre<sup>17</sup>.

Ce type de marché du retournement existe ailleurs, et n'est pas si différent du marché des fusions et des acquisitions d'entreprises *in bonis*. Le marché du capital-retournement aux États-Unis et en Europe du Nord est d'ailleurs principalement dominé par des sociétés spécialisées en capital-investissement. On observe que sur ces marchés, les opérations de cession des entreprises en difficulté ou de leurs actifs sont plus transparentes ; il n'y a pas de cession d'entreprise pour un euro et, en conséquence, pas de transfert de richesses indus de créanciers à repreneurs. Lorsque les actifs de l'entreprise sont alloués au mieux-disant, il est moins important de connaître à titre personnel les juges, ou encore les administrateurs judiciaires, pour faire avancer son dossier de reprise. Il ne s'agit pas de connivence, rien n'indique que de telles pratiques soient généralisées, mais en l'absence de marché, compte tenu de l'office des juges consulaires, ce type de relation personnelle s'avère utile pour comprendre leurs orientations politiques et donc la vision qu'ils portent sur l'entreprise et les salariés. Ces éléments déterminent le sort de l'entreprise à partir du moment où ses ressources peuvent être allouées en fonction d'autres considérations que le prix<sup>18</sup>.

17 E. Cohen, M. Mougeot, *Enchères et gestion publique*, Conseil d'Analyse Économique, 2001. V. également pour une application au droit des entreprises en difficulté : S. Vermeille et S. Bardasi « *L'intérêt de l'analyse économique du droit dans le traitement du surendettement des sociétés sous LBO* », *op. cit.*

18 « *J'avais été très frappé à l'occasion du dossier Moulinex en 2001 du choix des repreneurs qui avait été fait par le tribunal. Il y avait en présence : d'un côté l'américain Whirlpool, un acteur majeur du secteur, sans conteste le repreneur à l'expérience industrielle la plus conséquente mais dont le plan social, fondé sur cette expérience, était le plus grand, de l'autre, un groupe*

#### 4. Mais concrètement, comment ce marché des entreprises en difficulté que vous appelez de vos vœux s'organise-t-il si ce n'est ni le juge, ni les actionnaires qui décident du transfert de l'activité de l'entreprise défaillante à un tiers ? Les pouvoirs publics n'ont-ils pas un rôle à jouer dans l'organisation de ce marché ?

La réponse impose de distinguer les conditions d'institutionnalisation du marché des entreprises en difficulté et les modalités de son fonctionnement.

Au-dessus d'une certaine taille d'entreprise, un marché se crée spontanément dès lors qu'il existe un actif à vendre et une occasion de profit. L'institutionnalisation d'un marché des entreprises en difficulté de taille significative repose sur ces principes axiomatiques. Il présuppose que les droits de propriété portant sur ces entreprises en difficulté soient précisément définis et échoient aux personnes les plus enclines à maximiser la valeur de leur usage.

Concernant une entreprise en difficulté, deux cas de figure apparaissent :

- Tant que l'entreprise est solvable, c'est-à-dire tant que la valeur d'entreprise de la société (entendue comme la valeur présente de ses flux de trésorerie futurs) est supérieure au montant de sa dette, l'actionnaire est en mesure d'indemniser tous les tiers qui peuvent légitimement revendiquer des droits sur l'entreprise, à savoir les créanciers<sup>19</sup>. Les actionnaires demeurent propriétaires de l'entreprise à hauteur de leur participation dans le capital et la décision de céder l'entreprise leur appartient *in fine*.
- Lorsque l'entreprise n'est plus solvable, c'est-à-dire que la valeur d'entreprise de la société est inférieure au montant de sa dette, non seulement les actionnaires ne sont plus en mesure de désintéresser les tiers créanciers de l'entreprise, mais la valeur de leurs actions est nulle. Conformément au contrat social, les actionnaires doivent absorber les pertes tandis qu'en contrepartie de la perte de leur droit fixe, les créanciers peuvent revendiquer les actifs, voire l'entreprise à partir du moment où celle-ci a plus de valeur que la somme de la valeur de ses actifs pris individuellement (puisque elle est par hypothèse viable). Ces circonstances commandent un changement de propriétaire de l'entreprise au bénéfice des créanciers pivots, qui sont les plus intéressés à la maximisation de la valeur de l'entreprise, afin d'éviter que les

.....  
israélien en association avec une coopérative espagnole dont la notoriété ne rivalisait pas avec celle de Whirlpool mais qui conservait la plus grande partie des effectifs. Tous ceux qui avaient à donner leur avis, les dirigeants, l'administrateur, le procureur, l'ont donné en faveur de Whirlpool ; les seuls à être en faveur de l'offre israélo-espagnole étaient les salariés. Le tribunal a suivi les salariés et, pendant un certain temps, cela a tout à fait fonctionné. », H.D. Amengual, *Table Ronde Restructuring*, Magazine des affaires, janvier 2014, pp. 27-49.

19 Les créanciers ont également un droit de propriété. Considérer que seuls les actionnaires disposent d'un tel droit sous prétexte qu'ils sont propriétaires d'une partie du capital de la société, est réducteur. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi reconnu la qualité de biens aux titres de créance et créances ordinaires suffisamment établis pour être exigibles. Elle considère dès lors que les droits des créanciers méritent protection, comme tout autre droit de propriété, en vertu de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (Affaire Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/Grèce, A301-B, numéro de requête 13427/87, 9 décembre 1994).

difficultés économiques succèdent aux difficultés financières. Nous renvoyons à un précédent questionnaire sur ces questions<sup>20</sup>.

Dès lors que les droits de propriété portant sur les entreprises en difficulté sont clairement établis, les participants au marché des entreprises peuvent procéder à leur mutation sous réserve que les coûts de transaction soient faibles, ou inexistant. Or ces coûts sont d'autant plus élevés que les asymétries d'information sur le marché du retournement entre propriétaires d'entreprises défaillantes et les tiers sont fortes (quand bien même cette asymétrie d'information résulterait des délais à collecter des informations privées<sup>21</sup>). Dès lors, les modalités de fonctionnement de ce type de marché doivent permettre de réduire cette incertitude.

L'asymétrie d'information est le facteur primordial du choix entre les différentes structures de marché. Les études économiques établissent la supériorité des mécanismes d'enchère, notamment sur les « concours de beauté ». Aux États-Unis, les droits d'utilisation du spectre furent attribués pendant longtemps par « concours de beauté ». La multiplication des procédures d'appel et des contentieux contribuèrent à l'émergence de l'idée de recourir à des enchères.

« *Le concours de beauté repose sur la soumission de propositions portant sur des critères techniques, une évaluation par l'administration des qualités respectives des différents projets et une attribution au plus « méritant » au prix déterminé par l'État* »<sup>22</sup>. En situation d'asymétrie d'information, le juge ne disposant pas de toutes les informations nécessaires à l'exacte évaluation de l'actif cédé et des offres présentées, l'efficacité de la procédure de cession, en tant que mécanisme d'allocation d'actifs, est faussée.

En revanche, si l'enchère est bien conçue et repose sur des règles claires, elle permet d'extraire une information non disponible pour le sélectionneur du « concours de beauté » et de fonder l'allocation sur des données plus conformes aux véritables informations que le « concours de beauté ». Alors que la définition des critères de comparaison du concours de beauté s'avère un processus opaque, long, source de controverses et dont la perception générale est qu'il donne prise au favoritisme, la mécanique des enchères offre l'avantage de la transparence. Le concours de beauté est un échange bilatéral entre l'autorité adjudicatrice et chacun des participants. Il laisse la possibilité à l'autorité adjudicatrice d'ajuster l'offre reçue à sa convenance et ainsi de privilégier éventuellement un participant. À l'inverse, l'enchère permet à chacun des participants de connaître à tout instant le prix proposé et l'attribution finale est définie par les propositions des participants en fonction du prix auquel ils évaluent l'actif au lieu d'être le résultat d'une évaluation judiciaire. La procédure d'enchère présente ainsi l'avantage de transférer le pouvoir de décision aux agents les mieux à même d'évaluer le bien et de permettre de maximiser la valeur d'usage des biens puisqu'elle conduit à une allocation des actifs au mieux-disant. En résumé, l'enchère permet d'aboutir à une situation optimale qui est souhaitable pour notre économie. Dans le cas spécifique des entreprises en difficulté, elle permet par ailleurs de

raccourcir les délais de négociations à l'amiable, les parties étant davantage encouragées à trouver un accord lorsque le sort de l'entreprise est prévisible, en cas d'ouverture d'une procédure collective.

L'intervention régulatrice du juge demeure indispensable<sup>23</sup> : elle s'exerce en cours de procédure afin d'assurer le respect des règles d'allocation des droits de propriété, de définir les paramètres de l'enchère et de veiller à son bon déroulement. En particulier, il est montré que l'intervention d'un premier enchérisseur est décisive à la mise en route de la procédure d'enchère. Ce rôle est onéreux car le « lièvre » supporte le coût de l'audit qui précède généralement l'enchère. Pour éviter que les autres enchérisseurs ne profitent des résultats de l'étude sans en subir le coût et rétablir l'égalité entre les participants, le système pratiqué aux États-Unis prévoit que le tiers qui remporte l'enchère indemnise l'enchérisseur qui a diligencé l'audit<sup>24</sup>. La présence du juge a également pour vertu de limiter les velléités de contestations postérieures aux enchères.

De nombreuses études ont mis en évidence que le juge souffre de biais cognitifs inévitables lorsqu'il est amené à prendre des décisions à la place du marché (en particulier au niveau des petites entreprises). Ces biais affectent également juges généralistes et juges spécialisés<sup>25</sup>, indépendamment de leur niveau d'expérience. Il est normal que ces biais se traduisent par une volatilité des décisions judiciaires ; une étude<sup>26</sup> a ainsi illustré la variété des décisions relatives à l'application des dispositions du *Chapter 11* malgré la proximité des espèces considérées et examiné les conséquences d'un biais récurrent à savoir la faveur au débiteur. Cette même étude a établi que les décisions judiciaires favorables aux débiteurs étaient paradoxalement plus fréquemment suivies de nouvelles difficultés de l'entreprise, voire de sa liquidation que les décisions judiciaires favorisant les créanciers<sup>27</sup>. Il n'existe pas d'analyse comparable concernant les décisions judiciaires de droit français. Cependant, le droit français est également soumis à l'aléa judiciaire tandis qu'il tend à favoriser les débiteurs<sup>28</sup>. Il est essentiel que les juges aient conscience de l'existence de tels biais cognitifs, afin d'être en mesure de les neutraliser.

20 S. Vermeille, *Pourquoi une réforme du droit des entreprises en difficulté est-elle nécessaire ?*, op. cit.

21 D.G. Baird, E.R. Morisson, *Optimal Timing and Legal Decisionmaking : The Case of the Liquidation Decision in Bankruptcy*, op. cit.

22 E. Cohen, et M. Mougeot, *Enchères et gestion publique*, op. cit.

23 D.G. Baird, E.R. Morisson, *Optimal Timing and Legal Decisionmaking : The Case of the Liquidation Decision in Bankruptcy*, op. cit.

24 M. Chi To, A. D'Ornanod, C-Ph. Letellier, *Acheter une entreprise en difficulté aux États-Unis, les attraits de l'article 363 du Bankruptcy Code, à l'aune du plan de cession français*, RTDF N°1/2 – 2009, p. 156 et s.

25 J.J.Rachlinski, C. Guthrie, A.J. Wistrich, *Inside the bankruptcy judge's mind*, Boston Law Review, vol. 86, pp. 1227-1265, août 2004.

26 T. Chang, A. Schoar, *Judge Specific Differences in Chapter 11 and Firm Outcomes*, 30 juin 2007. Étude menée sur les décisions rendues entre 1989 et 2004, dans cinq *district courts* aux États-Unis, concernant 5000 sociétés privées.

27 Selon les auteurs, cette conséquence contre-intuitive s'expliquerait par la faiblesse des structures de gouvernance qui permettent le détournement des ressources de l'entreprise, que cette captation soit le fait des dirigeants et s'opère au détriment des actionnaires et de la poursuite de l'activité de l'entreprise à long terme (en cas de non-alignement de leurs intérêts avec ceux des actionnaires), ou qu'elle soit le fait des actionnaires et des dirigeants (leurs intérêts étant alors alignés).

28 G. Plantin, D. Thesmar, J. Tirole, *Les enjeux économiques du droit des faillites*, Les notes du Conseil d'Analyse Économique, n°7, juin 2013.

## 5. Dans quelle mesure le droit des entreprises en difficulté actuel empêche-t-il la création d'un marché des entreprises en difficulté que vous appelez de vos vœux ?

L'absence de marché des entreprises en difficulté est liée à l'office du juge consulaire dans le droit des entreprises en difficulté. En effet, la « magistrature économique » qui est dévolue au juge consulaire dès l'ouverture de la procédure collective et dont les effets rejaillissent en amont de celle-ci neutralise l'efficacité des négociations amiables sans substituer une solution plus efficace économiquement.

Comme rappelé précédemment, dès la cessation des paiements, le juge est, *in fine*, maître du sort de l'entreprise en difficulté. Le processus de présentation des offres de reprise s'apparente à un « concours de beauté » dont les inconvénients ont été décrits ci-dessus. En particulier, le juge étant confronté à une masse d'informations difficiles à recueillir et à analyser, il est susceptible d'être circonvenu par les parties à la procédure. Les critères de sélection de l'offre sont subjectifs sans viser à la maximisation de la valeur d'usage des actifs et entretiennent une opacité décisionnelle économiquement sous-efficace.

Les praticiens insistent également sur la brièveté du temps imparti pour se positionner sur un dossier de reprise<sup>29</sup> : le plus souvent le calendrier de la procédure ne permet pas d'analyser les leviers de redressement et de faire une offre en un mois tandis que la publicité autour de l'entreprise en difficulté abîme l'activité et impose de surcroît de réviser l'offre. En conséquence, les praticiens affirment unanimement leur préférence pour des négociations amiables en amont de l'ouverture de la procédure collective. Ces « *pré-pack cession* » présentent l'avantage d'une gestion du temps plus souple, de permettre à des investisseurs (notamment étrangers) qui ne connaissent pas bien les procédures collectives de comprendre la culture juridique française et d'avoir plus de visibilité pour participer au processus de reprise.

Or, au lieu d'encourager les parties à négocier amiablement en amont de la procédure, les règles de la procédure collective créent des antagonismes. Dès lors que le tribunal de la procédure peut affranchir les créanciers et le débiteur de leurs obligations réciproques, consenties lors de l'octroi du financement au débiteur, notamment le rang de remboursement des crédits convenu au terme des conventions de subordination<sup>30</sup>, les parties peuvent tirer profit du fait que la procédure leur permet de se délier de leurs engagements et ne sont pas pressées de transiger tant qu'elles n'obtiennent pas

reconnaissance de cet avantage. Ces règles incitent les parties à une surenchère malsaine en cours de procédure, chacun essayant d'améliorer son propre sort, et allongent d'autant le temps de traitement des difficultés et donc les coûts de détresse financière subis par les entreprises.

Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des entreprises en difficulté prévoit certes l'éviction de l'actionnaire de contrôle, la possibilité pour les créanciers de présenter un plan de redressement alternatif à celui présenté par le débiteur, la possibilité de conversion de dette en capital sans le consentement de l'actionnaire<sup>31</sup> ; autant de mesures qui devraient favoriser la négociation entre les parties. Nous pensons que ces avancées demeurent insuffisantes et qu'il conviendrait de revoir l'office du juge consulaire, afin de laisser place à un véritable marché des entreprises en difficulté qui organiserait les changements de propriétaire d'entreprise dans une optique d'optimisation de la valeur d'entreprise, soit sous la forme d'une conversion d'une partie de la dette en actions, soit sous forme d'une cession à un tiers.

## 6. Il est intéressant de vouloir créer un cadre juridique permettant d'encourager le marché et donc la création de richesse, mais qu'en est-il de la répartition de cette richesse ? L'objectif du droit français est justement de préserver les intérêts des salariés... Par essence, les intérêts des parties en situation de faiblesse sont peu protégés par la main invisible... Tout n'est pas qu'une question de prix. Un système d'allocation des ressources qui ne repose pas uniquement sur les prix n'est-il pas plus propice pour encourager l'investissement ou la production de produits ou de services de meilleure qualité ?

La question relative aux conditions susceptibles de créer le maximum de richesse est distincte de celle de sa redistribution ultérieure. La première étape du raisonnement concerne la sanctuarisation de la valeur de l'entreprise lorsque celle-ci s'approche d'une situation critique d'insolvabilité, avant la cessation des paiements. La redistribution des richesses entre travail (salariés) et capital (investissement) devrait être une seconde étape du raisonnement. Elle est tout à fait envisageable, étant donné la situation de précarité des salariés vis-à-vis de l'entreprise, à la condition qu'elle n'entraîne pas d'effets contreproductifs, c'est-à-dire qu'elle ne nuise pas à l'accès au financement des entreprises.

Déterminer le niveau d'investissement adéquat de l'entreprise et la qualité des biens produits ne relève ni du métier, ni de l'office du juge consulaire. D'une part, il semble hâtif de corréler la compétitivité d'une entreprise au niveau de ses investissements en capital. D'autre part, le juge ne dispose pas des informations pour écrire un contrat qui devra être *in fine* conclu entre l'entreprise et un consommateur, auquel il

29 Table Ronde Restructuring, *op. cit.*, pp. 40-41. Particulièrement, la poursuite d'activité en cas de liquidation judiciaire ne peut être autorisée que pour une durée de trois mois, renouvelable une fois mais exclusivement à la demande du ministère public (C.Com c, art. L. 641-10 et R. 641-18).

30 La loi a certes prévu certains aménagements. Depuis la loi du 22 octobre 2010, le législateur a modifié l'article L. 626-30-2 du Code de commerce et consolidé la reconnaissance par le droit français de ces accords en donnant au juge compétence pour prendre « *en compte les accords de subordination entre créanciers conclus avant l'ouverture de la procédure* ». La simple mention de la « prise en compte » des accords de subordination est donc préjudiciable aux créanciers. Sauf à modifier les conditions d'approbation du plan par les créanciers, le droit français continuera à permettre la violation des accords de subordination. Sur ces points, v. not., S. Vermeille, T. François, *Le « feuilleton Technicolor » : et si rien n'était vraiment réglé ?* *op. cit.* ; S. Vermeille, R. Bourgueil, A. Bézert, *L'affaire Belvédère ou les effets contre-productifs du droit français des entreprises en difficulté – Plaidoyer pour une réforme ambitieuse*, *op. cit.*

31 S. Vermeille, F-A Papon, *Commentaires sur le projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, disponible sur le site de Droit & Croissance ([www.droitetcroissance.fr](http://www.droitetcroissance.fr)).

revient d'évaluer la qualité d'un produit et de manifester son exigence qualitative en fonction du prix. Dans le système présent, l'analyse du juge concerne des données financières agrégées et non des considérations commerciales et *marketing* détaillées.

Le juge consulaire est aujourd'hui chargé d'apprécier la viabilité de l'entreprise en difficulté en vue de sa reprise ou de sa liquidation. Idéalement, il serait plus efficace de confier une telle appréciation aux parties à la procédure dans le cadre d'un marché structuré de manière transparente et, en particulier à ceux dont le contrat a été rompu, les créanciers. Cependant il faut reconnaître, qu'en dessous d'une certaine taille, il n'y a pas de marché pour les actifs d'entreprise.

### 7. Le renforcement du rôle du parquet en cas d'ouverture d'une procédure collective n'est-il pas finalement un moyen de régler le problème de l'opacité du marché des entreprises en difficulté que vous soulevez ?

Le rôle du parquet est absolument essentiel en procédure collective dans la mesure où les entreprises défaillantes font l'objet d'un nombre important de fraudes qui méritent d'être sanctionnées avec la plus grande sévérité. Deux problèmes doivent être distingués : l'opacité judiciaire et l'asymétrie d'information.

L'opacité que nous évoquons est logée au cœur du travail judiciaire et forme un halo autour de l'office du juge. Lorsque les pratiques que nous dénonçons prennent une forme extrême (conflits d'intérêts, collusion, pressions occultes..), elles relèvent de la compétence d'instances disciplinaires. Le rôle du parquet n'est pas de policer ses collègues mais de poursuivre les comportements répréhensibles des acteurs sociaux. En conséquence, une présence accrue du ministère public dans les procédures collectives ne serait pas un remède efficace à l'opacité mentionnée<sup>32</sup>.

L'asymétrie d'information est une imperfection de marché inéluctable. En l'absence de fraude, nous ne pensons pas pertinent de confier à des magistrats professionnels un rôle plus important dans la procédure.

En outre, il est nécessaire de limiter au maximum l'immixtion dans les rapports contractuels car celle-ci génère des distorsions. De plus, l'implication du parquet emporte une connotation morale stigmatisante. La dynamique entrepreneuriale inclut nécessairement une prise de risque individuel. Or la pénalisation de la sanction de l'éventuel échec a pour effet d'accabler l'entrepreneur et de décourager la création en amont. Tant que le parquet reste présent, la morale demeure au centre de la procédure, alors qu'il conviendrait d'objectiver et de dépassionner le traitement des difficultés sociales rencontrées pour fluidifier et activer le fonctionnement du marché.

Enfin, faut-il le rappeler, une étude a prétendu montrer que les magistrats professionnels font preuve d'une défiance vis-à-vis de l'économie de marché et des entreprises privées très

supérieure à celle des autres employés de la fonction publique à niveau de diplôme, revenu, sexe et âge équivalents. Les employés de la fonction publique sont eux-mêmes nettement plus défiants que le reste de la population française, qui l'est davantage que 90 % de la population mondiale. Cette idéologie défavorable au marché s'expliquerait notamment par une méconnaissance des mécanismes de marché et pourrait – devrait – être résorbée par une meilleure formation des juges en économie<sup>33</sup>.

### 8. Vous semblez dire que les problèmes de conflit d'intérêts proviennent de la loi. N'êtes-vous pas favorables à la création d'un code de déontologie ?

Bien entendu, un code de déontologie est nécessaire, et ce, même si nous arrivons à créer un véritable marché des entreprises en difficulté. En effet, l'intervention régulatrice des pouvoirs publics et des juges conserve toute sa pertinence afin de permettre l'institutionnalisation puis le fonctionnement optimal d'un tel marché.

Il incombe aux pouvoirs publics d'encadrer le statut des juges consulaires afin de mettre fin aux conflits d'intérêts de ces derniers en les contraignant à déclarer et publier non seulement leurs conflits réels ou apparents, mais également les pressions qui s'exercent sur eux. De tels conflits d'intérêts demeurent un obstacle absolument majeur à toute tentative d'objectivation de la procédure de faillite et à toute ambition de la centrer sur la valeur d'entreprise. Seule la mise en place d'une indépendance stricte des juges consulaires semblable à celle afférente à la profession de commissaire aux comptes pourrait neutraliser ces conflits d'allégeance.

Le projet de loi portant réforme de l'organisation de la justice commerciale renforce l'encadrement déontologique des juges consulaires en vue de « *l'exercice indépendant, impartial et objectif* » de leur fonction. Succinctement, le projet de loi prévoit la mise en place d'un collège de déontologie au sein des cours d'appel, l'élaboration d'un recueil d'obligations déontologiques des juges des tribunaux de commerce, édicte une série d'incompatibilités entre le mandat de juge consulaire et d'autres professions judiciaires et fonctions exécutives. Les conflits d'intérêts font l'objet de dispositions spécifiques : les juges consulaires doivent remettre au président du tribunal de commerce, une déclaration d'intérêts « *mention[nant] les liens de toute nature, directs ou par personne interposée, que le déclarant a ou qu'il a eus pendant les cinq années précédant sa prise de fonctions.* » et l'actualiser si besoin. À défaut de respect de ces dispositions, l'intéressé est réputé démissionnaire, outre l'application de sanctions disciplinaires.

32 *A contrario*, Pour une justice commerciale rénovée et réhabilitée, op. cit. Le rapport n'expose pas les raisons d'une présence accrue du ministère public au sein des juridictions commerciales.

33 P. Cahuc, S. Carcillo, *Les Juges et l'économie : une défiance française*, Institut Montaigne, décembre 2012.

## 9. Il est par ailleurs envisagé de créer des tribunaux spécialisés pour le contentieux des procédures collectives. Est-ce bien nécessaire ? Seul un très petit nombre de défaillances de taille significative sont traitées par les tribunaux de commerce autres que Paris et Nanterre. Ne parle-t-on pas de deux justices très différentes entre les petites entreprises et les plus grandes ?

L'analyse des statistiques éclaire l'état des défaillances : plus de 90 % de celles-ci concernent des entreprises de moins de dix salariés. Ce sont les défaillances des entreprises de plus de 200 salariés qui sont symptomatiques mais qui en 2012 n'ont concerné que 57 entreprises<sup>34</sup>.

Comme évoqué précédemment, les réflexions développées dans le présent article sont principalement applicables aux entreprises de taille significative. Dans une petite entreprise, à la structure moins complexe, avec un seul dirigeant et quelques créanciers, les problèmes d'asymétrie d'information, d'expertise dans le traitement des données comptables et de coordination des parties sont moins importants. Dès lors que les droits de propriété sont clairement établis, le juge sera nécessairement moins actif. En revanche, il est désormais unanimement admis que les procédures les plus complexes requièrent du juge une pratique et une compétence particulières. Ce besoin urgent de spécialisation a fait l'objet de nombreux commentaires et suscité de nombreuses propositions, que ce soit sous la forme d'un « magistrat référent », de pôles de compétence<sup>35</sup>, ou de spécialisation par matière des tribunaux de commerce<sup>36</sup>.

La question se pose alors de l'unicité de la règle applicable en matière de traitement de la défaillance des grandes entreprises et des petites et moyennes entreprises. Si les principes de fonctionnement doivent être identiques car justifiés économiquement, il apparaît nécessaire d'adapter le dispositif selon la taille de l'entreprise.

Nous avons évoqué ce point dans la réponse que nous avons adressée à la Chancellerie suite à sa consultation portant sur le projet d'ordonnance<sup>37</sup>.

Enfin, la réflexion menée montre également l'importance pour les juges de se doter de compétences transversales, en droit, économie et finance.

## 10. En résumé que proposez-vous ?

Une réforme de la justice commerciale ne peut faire l'économie d'une réflexion sur les missions et le mode de fonctionnement des tribunaux de commerce. Ces tribunaux sont en effet en charge de l'application du droit des entreprises en difficulté qui produit des effets fondamentaux, tant au niveau des chan-

ces de redressement des entreprises défaillantes, qu'en matière d'accès au crédit pour l'ensemble des entreprises. Au regard de l'évolution de l'économie et de la finance, il est souhaitable d'envisager simultanément et d'inscrire dans une même vision les réformes de la justice commerciale et du droit des entreprises en difficulté.

Nous proposons ainsi :

1) **Formation transversale des juges** – La procédure collective est au croisement du droit, de l'économie et de la finance. La complexité des règles, les intérêts en jeu et la médiatisation des affaires de faillite nécessitent que les juges (consulaires mais aussi « professionnels ») en charge de ces affaires aient une expertise significative dans ces domaines. Une réflexion sur la formation transdisciplinaire et continue des juges serait souhaitable.

2) **Spécialisation** – La complexité croissante du contentieux des procédures collectives ouvertes sur les entreprises de taille significative requiert une spécialisation renforcée au niveau d'un nombre limité de juridictions, comme cela avait pu être décidé<sup>38</sup> ou comme il en existe pour d'autres matières, telles que le droit de la propriété intellectuelle<sup>39</sup> ou le droit de la concurrence<sup>40</sup>.

3) **Rôle du tribunal de commerce dans les procédures collectives** – L'office du juge dans les procédures collectives empêche l'allocation efficace des actifs des entreprises en difficulté et contribue à créer un marché des entreprises en difficulté opaque. Créer un marché des entreprises en difficulté basé sur un système d'enchère, allouant les actifs au mieux-disant, permettrait d'objectiver la procédure et de neutraliser une grande part des conflits d'intérêts et pressions pesant sur les juges consulaires.

En conclusion, le projet de loi portant réforme de l'organisation de la justice commerciale<sup>41</sup>, s'il renforce – de manière louable – les exigences en matière de déontologie et de formation des juges consulaires devrait être examiné à la lumière des réformes envisagées en matière de droit des entreprises en difficulté.

34 Table Ronde Restructuring, *op. cit.* ; Deloitte, Altares, *L'entreprise en difficulté en France. S'adapter à la crise*, mars 2013.

35 Commission Justice du Club des juristes, *Pour une justice commerciale renouvelée et réhabilitée*, 2013.

36 Conférence générale des juges consulaires de France.

37 S. Vermeille, F-A Papon, *Commentaires sur le projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, *op. cit.*

38 Le décret de 1967 qui faisait suite à l'ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises, avait désigné des juridictions appelées à connaître de la procédure de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif. Il s'agissait de neuf juridictions qui avaient vocation à traiter de ces problématiques sur l'ensemble du territoire national.

39 Articles L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle et D-211-6-1 du Code de l'organisation judiciaire.

40 Articles L. 420-7 et R-420-3 à R. 420-5 du Code de commerce.

41 Inspiré du rapport, *Pour une justice commerciale renouvelée et réhabilitée*, *op. cit.*