

ÉTUDES ET COMMENTAIRES



Les remèdes à la souffrance du chef d'entreprise en difficulté

par Véronique Martineau-Bourguinaud, Maître de conférences - HDR à l'Université de Nantes, IRDP-EA1166

L'essentiel > La souffrance du chef d'entreprise en difficulté reste un sujet tabou. Souvent désespéré par les difficultés que traverse son entreprise, le dirigeant s'isole et ne recourt guère aux outils, notamment préventifs, mis à sa disposition par le livre VI du code de commerce. De surcroît, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, bien qu'ayant amélioré le sort du dirigeant d'entreprise, recèle encore des dispositions susceptibles d'affecter sa santé mentale. Des actions ont été engagées par les professionnels et des pistes de réflexion se dégagent pour proposer des remèdes afin de prévenir et soigner cette souffrance du chef d'entreprise qui ne laisse plus indifférent.

« L'on considère le chef d'entreprise comme un homme à abattre ou une vache à traire et peu voient en lui le cheval qui tire le char ».
Sir Winston Churchill

Le thème de la souffrance au travail s'est imposé ces dernières années comme un sujet de préoccupation doctrinale et législative. Le bien-être dans l'entreprise¹ apparaît comme un enjeu de performance économique² et la lutte contre les risques psychosociaux un enjeu de performance sociale³. Quand on évoque la souffrance au travail, le harcèlement, on pense immédiatement aux salariés victimes des actes d'un patron autocratique. En revanche, la souffrance du dirigeant de très petite entreprise (TPE) et de petites et moyennes entreprises (PME)⁴ en difficulté, dominé par son banquier et harcelé par ses créanciers,

reste méconnue car tue. Des travaux récents ont mis en évidence les liens étroits existants entre la santé financière de l'entreprise et la santé physique et mentale de l'entrepreneur⁵. Les difficultés financières génèrent souvent des difficultés personnelles, précipitant le chef d'entreprise dans l'enfer des « 3 D » : dépôt de bilan, divorce, dépression. Le droit s'attache à prévenir et à traiter la souffrance psychologique des salariés, il ne se préoccupe guère de la santé mentale du chef d'entreprise. Peut-être parce qu'il se porte bien⁶, peut-être parce qu'il ne se plaint pas, sans doute parce qu'il est plus volontiers perçu en acteur de mal-être plutôt qu'en victime.

Le droit de la faillite a longtemps été très répressif à l'égard du débiteur et le failli exhale encore une odeur de soufre. Mais dans ce vocable, il y a le radical de souffrance. Cette souffrance

2529

ÉTUDES ET COMMENTAIRES / Chronique

(1) V. Martineau-Bourguinaud, Le bien-être dans l'entreprise, in A. Florin et M. Préau (dir.), Le bien-être, L'Harmattan, 2013, p. 179. (2) H. Lachmann, C. Larose et M. Penicaud, Rapp. Bien-être et efficacité au travail. Dix propositions pour améliorer la santé psychologique au travail, JCP S 2010. 96. (3) Prévention des risques psycho-sociaux. Plan d'urgence pour la prévention du stress au travail, 2009-2010. (4) Art. L. 123-16, L. 123-16-1 et D. 123-200 c. com. : sont des micro-entreprises les commerçants, personnes physiques ou personnes morales qui dépassent deux des trois seuils suivants : total bilan 350 000 €, chiffre d'affaires 700 000 €, dix salariés. En ce qui concerne les petites entreprises, le total du bilan est fixé à 4 millions d'euros, le montant net du chiffre d'affaires à 8 millions d'euros et le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice à cinquante. V. égal. le classement des entreprises en quatre catégories introduit par l'art. 51 L. n° 2008-776, 4 août 2008 (LME) et l'art. 3 Décr. n° 2008-1354, 18 déc. 2008 précise les critères et les seuils permettant de déterminer l'appartenance à une catégorie d'entreprise pour les besoins de l'analyse statistiques et économique : les micro-entreprises ont un effectif inférieur à dix personnes et un chiffre d'affaires annuel ou total bilan inférieur à 2 millions d'euros ; les PME ont un effectif inférieur à deux cent cinquante salariés et un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros ou un total bilan inférieur à 43 millions d'euros. (5) O. Torrès, La santé du dirigeant : de la souffrance patronale à l'entrepreneuriat salutaire, De Boeck, 2012 ; T. Lechat, Les événements stressants et satisfaisants de l'activité entrepreneuriale et leur impact sur la santé des dirigeants de PME, th. Montpellier, 2014 ; Y. Ben Tahar, Analyse du burnout en entrepreneuriat : étude empirique sur les dirigeants de PME, th. Montpellier, 2014. (6) La santé des dirigeants de PME-TPE en France, étude Observatoire Amarok, 2011 ; Le stress des entrepreneurs, Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables, étude TNS-Sofres, 2010 ; Stress et santé au travail : situation chez les indépendants, Inserm, 2011.

étroitement liée à l'impuissance de dire et de faire du dirigeant peut, en cas de degré extrême, le conduire au suicide⁷. Considéré comme maladie professionnelle depuis 2007⁸ quand il est l'acte du salarié, le suicide, acte de désespoir pour échapper à l'isolement social, à la honte liée au sentiment d'échec, à l'angoisse de l'avenir suite à la perte de ses revenus et de ses biens, n'est qu'une cause de mortalité quand il est l'acte du petit patron. Bien que ces derniers ne soient pas la catégorie socioprofessionnelle la plus en danger⁹, ce phénomène est préoccupant. Un courant doctrinal émerge timidement visant à mettre en exergue cette souffrance du chef d'entreprise et la prévention du suicide des entrepreneurs s'organise au sein des professionnels du droit des entreprises en difficulté. Un observatoire¹⁰ et un baromètre de la santé des dirigeants ont été créés¹¹. Le conseil national des greffiers s'est mobilisé et communique pour expliquer et dédramatiser les procédures collectives dans le but de faire reculer la fatalité et le découragement¹². Des cellules de soutien psychologique aux chefs d'entreprise en souffrance ont ainsi été mises en place dans certains tribunaux de commerce conscients du mal-être qui affecte les dirigeants d'entreprise en difficulté¹³.

Ce désespoir est paradoxal avec l'image d'homme audacieux, courageux, *leader*, battant, voire dominateur que véhicule le chef d'entreprise. En réalité, qu'il soit créateur, repreneur ou héritier de l'entreprise qu'il dirige, le chef d'entreprise est souvent confronté à une double responsabilité, en tant que gérant mais aussi en tant que garant, et craint la double peine en cas de défaillance de son entreprise. Gérant de l'entreprise, il doit veiller sur la santé physique et mentale¹⁴ de ses salariés, maintenir leur emploi et développer l'activité économique sous peine de voir sa responsabilité engagée. Garant des engagements pris par son entreprise, il doit honorer les dettes sociales en cas de défaillance de sa société. Le spectre du déshonneur, la perte de la reconnaissance sociale, la proximité relationnelle avec ses salariés, la charge de travail considérable (soixante heures par semaine en moyenne), la peur de son éviction, sont autant de facteurs aggravants de souffrance psychologique et de troubles apportés à l'état de santé du dirigeant.

Le Conseil d'État a déjà admis l'existence d'un préjudice réparable dans la perte de rémunération du dirigeant et les troubles graves de toute nature qui ont été apportés à ses conditions d'existence, en particulier à son état de santé, à la suite de l'ouverture d'une procédure collective consécutive aux agissements fautifs d'un créancier¹⁵. Reste à reconnaître la souffrance du dirigeant d'entreprise en difficulté à laquelle la communauté des faillitistes n'est plus totalement insensible. Certains de ses membres ont pris conscience de la solitude du chef d'entreprise¹⁶ et de l'impact d'une liquidation judiciaire sur sa santé mentale¹⁷. Certes, le législateur contemporain a ouvert la voie de la rédemption au débiteur¹⁸ mais le prononcé d'une liquidation judiciaire, même à l'initiative du chef d'entreprise, constitue encore un véritable traumatisme. Le jugement de liquidation judiciaire, prononcé dans 90 % des procédures, signe l'arrêt de mort de l'entreprise, et signifie, pour son dirigeant, l'exclusion sociale, économique et parfois familiale. Le chef d'entreprise entrevoit un avenir incertain qu'il pressent noir tant le poids ancestral de la faillite pèse encore dans l'inconscient collectif.

Le droit des entreprises en difficulté, droit déshumanisé¹⁹, peut se transformer en broyeur de chef d'entreprise. Aussi est-il nécessaire de mettre en place des remèdes à la fois préventifs (I), mais aussi curatifs (II) pour traiter la souffrance du chef d'entreprise en difficulté.

2530

I - Les remèdes préventifs à la souffrance du chef d'entreprise en difficulté

Le droit des entreprises en difficulté est une terre de conflits²⁰ que les mesures préventives mises en place par le législateur depuis 1984 n'arrivent pas à apaiser. Peut-être faut-il envisager de passer du droit de la prévention des difficultés imaginé par le législateur (A), qui n'a pas encore fait ses preuves pour les petites entreprises, à un droit préventif et responsable secrété par les professionnels eux-mêmes (B).

(7) Un chef d'entreprise se suiciderait tous les deux jours (source : Observatoire de la santé des dirigeants de PME). (8) Civ. 2^e, 22 févr. 2007, n° 05-13.771, Bull. civ. II, n° 54 ; D. 2007. 1767, note H. K. Gaba, 791, obs. A. Fabre, et 2261, obs. B. Lardy-Pélissier ; Dr. soc. 2007. 836, note L. Milet ; RDT 2007. 306, obs. B. Lardy-Pélissier. (9) Sur la tranche d'âge 25-59 ans, les artisans, commerçants et chefs d'entreprise occupent la quatrième place dans le classement de la mortalité par suicide par profession et catégorie socioprofessionnelle (18 %), derrière les employés (25 %), les ouvriers (28,4 %) et les agriculteurs exploitants (31,8 %), les professions intermédiaires (13,7 %) et les cadres et professions intellectuelles (7,9 %) étant les catégories socioprofessionnelles les moins exposées au suicide : Stress au travail et santé. Situation chez les indépendants, étude Inserm, 2011, p. 463. (10) À l'initiative du professeur O. Torrès, l'Amarok : www.observatoire-amarok.net (11) Santé et bien-être des dirigeants, performance des entreprises : 1^{er} baromètre de la santé des dirigeants, Malakoff Médéric, 2015. (12) Entrepreneurs, ne restez pas seuls face à vos difficultés, www.cngtc.fr. (13) APESA, créé par M. Binné, greffier du T. com. Saintes : Un dispositif pour éviter les délocalisations des entrepreneurs dans un monde meilleur, RPC 2014. Étude 6. (14) Art. L. 4121-1 c. trav. (15) CE, 9^e et 8^e ss-sect. réun., 16 juin 1999, n° 177075, *Tripot*, Lebon 202 ; D. 2000. 251, obs. P. Bon et D. de Béchillon ; RFDA 2000. 359, note Y. Brard ; Bull. Joly 2000. 84, note P. Serlooten. Dans le même sens, CE, sect., 21 mars 2011, n° 306225, *Krupa*, Lebon 101 ; D. 2011. 956, obs. M.-C. de Montecler ; AJDA 2011. 589, et 1278, note F. Barque ; Just. & cass. 2012. 295, note H. de Quelen et D. Foussard ; RFDA 2011. 340, concl. C. Legras. (16) F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n° 46. (17) Bull. Joly Entrep. diff. 2013. 399, obs. C. Delattre : « Nous savons tous que dans bon nombre de procédures, le chef d'entreprise est complètement dépassé et psychologiquement atteint » ; La souffrance du chef d'entreprise face à la défaillance de son entreprise, édito, Bull. Joly Entrep. diff. 2015. 201. (18) La procédure de rétablissement professionnel créée par l'Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 fait état de cette mansuétude. (19) B. Soenne, La déshumanisation du droit, RPC 2009, n° 3. (20) P. Roussel Galle, Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres, entretien, JCP 2012. 1253.

A - Du droit de la prévention des difficultés...

Le maître-mot de la loi n° 2005-845 de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 est l'anticipation. « Anticipez! », promet le législateur, « et vous ne serez pas sanctionnés »²¹. Pourtant, la problématique du traitement tardif des difficultés demeure dans les TPE-PME pour deux raisons. La première est que le chef d'entreprise se sent investi de la mission de résoudre seul les difficultés que son entreprise traverse. Solliciter de l'aide constituerait l'aveu de son impuissance à traiter les difficultés et de son incapacité à diriger. Il poursuit donc l'activité aussi longtemps qu'il le peut et ne saisit le tribunal que lorsque l'entreprise, exsangue, agonise. La seconde est qu'il est un acteur économique non averti. En effet, le petit patron ignore le plus souvent l'existence même des procédures de prévention mises en place par la loi du 26 juillet 2005, mandat *ad hoc*, conciliation et sauvegarde, et l'on constate à cet égard un plus grand recours aux dispositifs de prévention par les grands acteurs économiques²². Quant à l'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes²³, elle est souvent inexistante du fait de l'absence de ce dernier dans les petites entreprises, faute pour elles d'atteindre les seuils fixés par décret qui rendent sa nomination obligatoire²⁴. Seul l'expert-comptable, conseil de proximité des PME et premier informé des difficultés prévisibles que traduisent les comptes, pourrait déclencher opportunément une alerte préventive, mais cette idée a été abandonnée²⁵. Ignorant tout des dispositifs de prévention, l'entrée dans le champ du droit des entreprises en difficulté est pour le patron de TPE-PME aussi périlleux que de pénétrer dans un champ de mines. La peur de l'inconnu est probablement un facteur de stress chez le dirigeant aggravé par la certitude qu'il va perdre son entreprise qui est toute sa vie et à laquelle il a souvent donné son nom.

Aussi apparaît-il comme une impérieuse nécessité de former les dirigeants au droit des entreprises en difficulté afin de leur permettre de mieux anticiper et appréhender leurs difficultés. Or la formation des petits patrons ressemble au désert de Gobi tant les mesures prévues dans la loi sont quasi inexistantes. Si la formation des salariés est une obligation pour l'employeur²⁶, dont le manquement est sanctionné²⁷, les textes restent muets sur la

formation des dirigeants d'entreprise à l'exclusion d'une maigre incitation fiscale qui s'apparente plus à une aumône²⁸. Or la formation coûte cher et, là encore, ce sont les cadres dirigeants de grandes entreprises qui peuvent en bénéficier mais pas les petits patrons, qui pourtant jouent les transformistes en endossant successivement le rôle de directeur des ressources humaines, de directeur administratif et financier ou encore de directeur commercial, généralement absents dans les PME. Il faut donc s'en remettre à des associations qui prennent en charge l'information des dirigeants²⁹, et non la formation, pour prévenir les situations de détresse³⁰. Les professionnels secrètent ainsi un droit préventif et responsable pour lutter contre la souffrance du chef d'entreprise en difficulté.

B - ...à un droit préventif et responsable

La responsabilité sociale des entreprises, dite « RSE », concept issu des sciences de la gestion, a été saisie par le droit³¹. Elle véhicule des valeurs d'humanisme qui s'imposent de plus en plus aux dirigeants d'entreprise par la loi. Ces valeurs, qui prônent la prise en compte des parties prenantes par l'entreprise, ne sont pas l'apanage du capitalisme boursier et les TPE-PME adhèrent largement à ces valeurs. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, il semble juste que la recommandation RSE appelle à la réciprocité. Salariés, clients, fournisseurs, banquiers, État doivent aller dans le même sens pour traiter les difficultés de l'entreprise et extraire son dirigeant de sa solitude dans l'intérêt bien compris de tous. Les salariés ont tout intérêt à conserver leur outil de travail, le banquier a tout intérêt à voir l'activité se poursuivre pour obtenir le remboursement de ses crédits, les fournisseurs ont tout intérêt à préserver la pérennité de l'entreprise cliente car c'est elle qui assure une partie de leur chiffre d'affaires, voire leur survie.

Certes, le droit des entreprises en difficulté se trouve aux confins d'intérêts antagonistes mais la vision manichéenne de ce droit contribue à alimenter cette psychose du dépôt de bilan chez les chefs d'entreprise des TPE-PME. Il est nécessaire de promouvoir la collaboration entre les partenaires de l'entreprise en difficulté indépendamment de sa taille³². Chacun des

(21) Le dirigeant qui ne sollicite pas de procédure de conciliation alors que la situation l'imposait peut voir sa responsabilité engagée: Douai, 2^e ch., 1^{er} sect. 4 déc. 2013, n° 12/05585. V. Martineau-Bourgninaud, La conciliation: droit ou obligation?, in La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme?, RPC 2014, n° 1. (22) L'entreprise en difficulté, Deloitte Altarès, étude mars 2016, p. 21. (23) Art. L. 234-1 c. com. (24) Pour la société à responsabilité limitée (SARL) et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL): art. L. 223-35 et R. 223-27 c. com.; pour la société en nom collectif (SNC): art. L. 221-9 et R. 221-5 c. com.; pour la société en commandite simple (SCS): art. L. 222-2 et R. 221-5 c. com.; pour la société par actions simplifiée (SAS) et la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU): art. L. 227-9-1 et R. 227-1 c. com. (25) C. Untermaier et M. Bonnot, Rapp. d'information n° 1006, 24 avr. 2013, Rôle de la justice en matière commerciale; Rapp. n° 2095 (XII^e législature) sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises, fait, au nom de la commission des lois, par M. X. de Roux, député, p. 54-55; P. Roussel Galle et D. Tricot, La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Litec, 2005, n° 40. (26) Art. L. 6321-1 c. trav. (27) Soc. 5 juin 2013, n° 11-21.255, Bull. civ. V, n° 146; Dr. soc. 2014. 11, chron. S. Tournaux; 7 mai 2014, n° 13-14.749. (28) Art. 244 quater M CGI: Le crédit d'impôt accordé aux entreprises soumis au régime réel d'imposition, à l'exclusion des entreprises individuelles commerciales, artisanales ou libérales, est égal au produit du nombre d'heures de formation, plafonné à quarante heures annuelles, par le taux horaire du SMIC, soit un avantage maximum de 386,80 € par an. (29) Centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP), associations créées au sein des régions et qui font intervenir bénévolement des professionnels du droit et du chiffre pour apporter leur soutien au dirigeant d'entreprise en difficulté. (30) SOS entrepreneurs-Sauver et développer les PME, association fondée en mars 2011 à l'initiative de B. Delcampe. (31) K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon (dir.), La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale, Pédone, 2016. (32) La mise en place de comités de créanciers est soumise à des conditions de seuils: cent cinquante salariés et un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros.

partenaires de l'entreprise doit participer à l'évitement du conflit dans le cadre d'une négociation renouvelée et dans une confiance restaurée. Au-delà de ce monde idéal où la prévention ne serait plus réservée aux entreprises averties d'une certaine taille, des remèdes curatifs peuvent être prescrits pour lutter contre la souffrance du chef d'entreprise en difficulté.

II - Les remèdes curatifs à la souffrance du chef d'entreprise en difficulté

Le livre VI du code de commerce recèle encore de nombreuses dispositions qui fleurent bon la faillite et véhiculent l'image d'un débiteur de mauvaise foi qu'il faut évincer de l'entreprise, voire éradiquer de la communauté entrepreneuriale. Il apparaît donc urgent de restaurer la dignité du chef d'entreprise (A) et de s'interroger sur le rôle des acteurs de la procédure collective (B).

A - Restaurer la dignité du chef d'entreprise

Il faut admettre que le législateur contemporain n'a pas ménagé sa peine ces dernières années pour manifester la confiance toute nouvelle qu'il accorde désormais au débiteur en tant que chef d'entreprise, mais aussi en tant que personne.

Le sort du chef d'entreprise s'est en effet considérablement amélioré dès lors qu'il répond aux exigences d'anticipation des difficultés³³. Ainsi, lorsqu'il s'est porté garant des engagements pris par son entreprise, il bénéficie, dans le cadre d'une conciliation, des dispositions de l'accord, constaté ou homologué³⁴. Dans le cadre d'une sauvegarde, il peut se prévaloir du plan³⁵, et bénéficie de la suspension des poursuites³⁶ et de l'arrêt du cours des intérêts³⁷. De même, le dessaisissement, règle traditionnelle du droit de la faillite, est désormais l'exception. Le principe est que le débiteur reste maître de son affaire, en sauvegarde et en redressement judiciaire, éventuellement sous l'égide d'un administrateur. Le maintien du dessaisissement de plein droit en liquidation judiciaire³⁸ est non pas une sanction prise à l'encontre du débiteur, mais « une mesure de défiance »³⁹ qui a pour but de protéger les intérêts pécuniaires des créanciers, la liquidation judiciaire étant tout entière orientée vers l'apurement du passif. En outre, il ne concerne que les débiteurs personnes physiques, puisque, lorsque le débiteur est une personne morale, le remplacement de ses dirigeants est désormais facultatif et subordonné à un état de nécessité⁴⁰, peut-être dû à l'incompétence ou l'immoralité de ces derniers⁴¹. Mais la réalité n'est pas aussi idyllique.

Ainsi, en conciliation, procédure d'essence amiable et ouverte sur la seule demande du débiteur, le chef d'entreprise pourra vivre comme une intrusion judiciaire le pouvoir du président du tribunal de diligenter une enquête et d'obtenir des renseignements sur la situation financière économique et patrimoniale du débiteur auprès d'un parterre élargi de personnes déliées du secret professionnel⁴². De même, le dessaisissement est l'exception et se trouve cantonné à la seule liquidation judiciaire. Mais faut-il rappeler qu'environ 90 % des procédures sont des liquidations judiciaires, ce qui fait de l'exception le principe. De surcroît, la dualité de traitement entre le chef d'entreprise individuelle, qui subit le dessaisissement de plein droit, voire de plein fouet, et le dirigeant de la personne morale, dont le remplacement est désormais facultatif, ne se justifie pas. Toutefois, si le débiteur est une personne morale, il est interdit à ses dirigeants, en redressement judiciaire, à peine de nullité, de céder leurs droits sociaux autrement que dans les conditions fixées par le tribunal⁴³. À cela s'ajoute le risque de « captation judiciaire »⁴⁴ du droit de vote des associés⁴⁵ et la menace d'éviction totale des dirigeants⁴⁶, mesure radicale d'expropriation pourtant reconnue conforme à la Constitution car poursuivant un objectif d'intérêt général⁴⁷. Ces mesures de rétorsion, même si elles ne sont pas systématiques, ont de quoi angoisser et déprimer n'importe quel chef d'entreprise.

En tant que personne, quelques mesures éparses, vestiges de l'ancestral droit de la faillite, peuvent affecter le chef d'entreprise en liquidation judiciaire. Ainsi, l'allocation de subsides, bien que remplaçant le dégradant secours traditionnel, allouée par le juge-commissaire pour le chef d'entreprise et sa famille⁴⁸, peut être vécue comme une humiliation. De même, l'ouverture du courrier, à laquelle le débiteur peut néanmoins assister, suivie de la restitution des lettres ayant un caractère personnel⁴⁹, est une mesure inadmissible qui porte une atteinte grave à la vie privée et à la dignité du chef d'entreprise. Enfin, en sauvegarde, procédure dont le chef d'entreprise a le monopole, les mesures conservatoires qui peuvent être prises sur son patrimoine dans l'hypothèse d'une extension de procédure à l'initiative du président du tribunal⁵⁰ ou sur demande de créanciers titulaires de certaines garanties⁵¹, témoignent d'une réelle défiance à l'égard du chef d'entreprise encore vu comme organisateur de son insolvabilité.

Fort heureusement, le débiteur voit la défense de ses droits de la personnalité échapper au dessaisissement prévu en liquidation judiciaire⁵². Mais il reste que le dessaisissement est général et embrasse l'intégralité du patrimoine sans considération

(33) V. Martineau-Bourgninaud, L'amélioration du sort du chef d'entreprise dans la loi de sauvegarde, in La loi de sauvegarde : Quelles procédures ? Quelles responsabilités ?, Litec, 2007, p. 93 s. (34) Art. L. 611-10-2 c. com. (35) Art. L. 626-11 c. com. L'art. L. 631-20 écarte expressément cette faveur en redressement judiciaire. (36) Art. L. 622-28 c. com. en sauvegarde comme en redressement judiciaire. (37) Art. L. 622-28 c. com. en sauvegarde exclusivement. En redressement judiciaire, l'art. L. 631-14, al. 7, interdit expressément au garant de se prévaloir des dispositions prévues à l'al. 1^{er} de l'art. L. 622-28 ce qui les prive non seulement de l'arrêt du cours des intérêts mais aussi de l'interdiction de l'anatocisme faveur ainsi réservée à la sauvegarde. (38) Art. L. 641-9, I, c. com. (39) F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1153. (40) Art. L. 641-9, II, c. com. (41) C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 10^e éd., 2016, n° 1247. (42) Art. L. 611-6, dernier al., c. com., mod. par Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014. (43) Art. L. 631-10 c. com. (44) F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1118. (45) Art. L. 631-9-1 c. com. (46) Art. L. 631-19-1 c. com. (47) Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 DC. (48) Art. L. 631-11 et L. 643-8 c. com. (49) Art. L. 641-15 c. com. (50) Art. L. 621-2 c. com. (51) Art. L. 621-28 c. com. (52) D. 2001. 1167, note J. Ravanans.

de l'origine des biens⁵³. Il s'opère alors une dissociation radicale de l'être, celui qui intente l'action, et de l'avoir, le produit de l'action qui revient aux organes de la procédure. Toutefois, le sort des biens reçus par le débiteur par dévolution successorale postérieurement au jugement de liquidation judiciaire a été amélioré par l'ordonnance du 12 mars 2014. En effet, ils échappent désormais à l'effet réel de la procédure collective⁵⁴ et ne sont par conséquent plus englobés dans le périmètre de celle-ci⁵⁵. Cependant, le partage successoral en tant qu'acte d'administration et de disposition d'un patrimoine pouvant constituer le gage des créanciers relève du seul pouvoir du liquidateur⁵⁶, et les biens qui en sont issus restent exposés aux droits de poursuites individuelles des créanciers⁵⁷.

Ces solutions sont imparables en droit. Le produit de l'indemnisation comme les biens obtenus par dévolution successorale tombent dans le patrimoine du débiteur par application du principe d'unité du patrimoine et sont, par conséquent, saisissables selon les règles habituelles des procédures civiles d'exécution. Cependant, elles révèlent une iniquité blâmable entre le débiteur chanceux qui aura été victime d'une atteinte à sa personne ou qui aura perdu un parent postérieurement à la clôture de la liquidation judiciaire, et le débiteur malchanceux qui aura connu ces événements tragiques pendant la procédure. L'abandon de ce principe séculaire du dessaisissement étendu aux biens à venir jusqu'à la clôture de la procédure de liquidation judiciaire⁵⁸ permettrait en outre de favoriser le rebond du débiteur voulu par le législateur⁵⁹. En effet, le droit contemporain des entreprises en difficulté ne tient plus rancune au débiteur qui a échoué et lui octroie un droit au rebond qui reste cependant en demi-teinte⁶⁰. Nous sommes en effet loin de la tradition pragmatique « du nouveau départ » chère aux Anglo-Saxons qui pourtant s'étend en Europe. Ainsi, la Commission européenne assure sa promotion en se fixant comme objectif « d'offrir une seconde chance, dans l'ensemble de l'Union, aux entrepreneurs honnêtes ayant connu la faillite »⁶¹.

Parallèlement à ces modifications législatives espérées, l'administration d'un traitement contre la souffrance du chef

d'entreprise peut être envisagée par les acteurs mêmes de la procédure collective.

B - La justice thérapeutique

La justice thérapeutique consiste à étudier l'impact sur le justiciable de l'application de la règle de droit par les acteurs qui la mettent en œuvre, tels que les avocats et les juges⁶². Ses applications concernent tout aussi bien le droit pénal que le droit civil, notamment le droit de la famille⁶³. Ce concept semble se propager au droit des procédures collectives sous l'impulsion de professionnels convaincus de ses bienfaits⁶⁴ et d'une doctrine minoritaire⁶⁵. Un dispositif d'accompagnement psychologique pour les dirigeants « à risque » a ainsi été créé au sein de tribunaux de commerce : l'aide psychologique pour les entrepreneurs en souffrance psychologique aiguë (APESA)⁶⁶. Cette prise en compte de l'aspect humain dans les procédures collectives, particulièrement novatrice, doit être saluée mais conduit à s'interroger sur l'office du juge et sur le rôle dévolu aux acteurs de la procédure collective.

En effet, est-ce au système judiciaire, même si « le juge ne statue que sur des cas particuliers mettant en cause des hommes en chair et en os »⁶⁷, de prendre en charge la souffrance psychologique du chef d'entreprise en difficulté ? Faut-il retirer à l'audience, en chambre du conseil ou publique, toute la dramaturgie judiciaire sans doute nécessaire pour permettre à la justice d'exercer son ministère ? Certes, il entre dans l'office tutélaire du juge de protéger les personnes fragilisées qui ne résolvent pas elles-mêmes leurs différends ou qui ne bénéficient pas du soutien naturel des leurs ou d'une protection sociale efficace et acceptée⁶⁸. Cette protection, qui se limite actuellement aux mineurs, aux majeurs protégés, aux épouses abandonnées, voire aux délinquants méritants, a-t-elle vocation à s'étendre aux chefs d'entreprise, personne forte muée en personne fragile, par l'effet de la liquidation judiciaire ?

Si l'on considère le premier versant de cet office qui est d'assurer la protection des personnes fragiles, la réponse est négative.

(53) Cass., ass. plén., 15 avr. 1983, n° 80-13.339, Bull. ass. plén., n° 4. (54) Bull. Joly Entrep. diff. 2014. 117, obs. F.-X. Lucas ; JCP E 2014. 1223, obs. P. Pétel. (55) C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 1239. (56) Com. 13 janv. 2015, n° 13-12.590, Bull. civ. IV, n° 2 ; D. 2015. 204. (57) Art. L. 643-11, I, c. com. (58) F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1157 ; en ce sens, P. Roussel Galle, 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. 351. (59) Une charte du rebond a été signée le 13 janv. 2014 par la ministre déléguée aux PME, à l'innovation et à l'économie numérique et le « plan pour le droit à la seconde chance » annoncé a trouvé une concrétisation dans la procédure de rétablissement professionnel créée par l'Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014. V. not., F.-X. Lucas et M. Sénéchal, La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel (PERP). De la liquidation judiciaire au rétablissement professionnel, D. 2013. 1852 ; P. Roussel Galle, Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond, *Gaz. Pal.* 8 avr. 2014, p. 32. (60) C. Saint-Alary-Houin, Le rebond du débiteur : vrai ou faux départ ?, *Mélanges D. Tricot*, 2011, p. 579 ; S. Schiller, Le rebond des entreprises dans la phase postérieure à l'effacement de leurs dettes, *Dr. et patr.* sept. 2009. 81. (61) *Recomm.* du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (2014/135/UE, JOUE 13 mars 2014, n° L 74). V. not., *Rev. sociétés* 2014. 407, obs. L. C. Henry. (62) M. Herzog-Evans, Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine, D. 2011. 3016. (63) *Ibid.* (64) M. Binné, La « justice thérapeutique » : une nouvelle démarche dans les pratiques judiciaires, *Horizons pluriel* janv. 2016, n° 30, p. 12. (65) N. Fricero envisage le passage du droit au procès équitable au procès thérapeutique. Il s'agit de s'assurer que le justiciable dispose des capacités requises pour être acteur de son procès et non spectateur dévasté par la souffrance. V. De la procédure civile équitable à la procédure civile thérapeutique, in I. Pétel-Teyssié et C. Puigellier (dir.), Quarantième anniversaire du code de procédure (1975-2015), Panthéon-Assas, 2016, p. 87. (66) Initialement créé au sein du tribunal de commerce de Saintes en sept. 2013, cette cellule de prévention s'est étendue depuis aux tribunaux de commerce de Cherbourg, Bordeaux, Coutance, La Roche-sur-Yon... Une ligne téléphonique « Écoute dirigeants en détresse » a été lancée à Nantes. (67) A. Garapon, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, O. Jacob, coll. Opus, p. 18. (68) IHEJ, La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle, mai 2013.

Il n'entre pas dans le rôle des juges, dont la mission première est de dire le droit en toute impartialité et sans compassion, ni dans celui des greffiers ou des mandataires judiciaires, de jouer aux apprentis psychiatres, psychologues ou assistantes sociales. En revanche, si l'on se place sur l'autre versant de cet office qui est de restituer à l'individu en difficulté sa capacité d'agir, la vision est différente et la question peut faire débat. En effet, c'est « l'autonomie comme condition de possibilité et comme tâche à remplir », par une attitude de responsabilité active malgré les inégalités et les aléas de la vie, que vise alors l'office tutélaire⁶⁹. Si l'assignation en redressement ou en liquidation judiciaires demeure gravée dans le marbre⁷⁰, cette voie d'ouverture de procédure collective est de moins en moins utilisée⁷¹ au profit de la déclaration de cessation des paiements par le débiteur. Dès lors, plus rien ne justifie que le chef d'entreprise qui demande l'hospitalité judiciaire, voire l'hospitalisation, soit évincé de la procédure de liquidation judiciaire. Il doit au contraire rester acteur

de la maladie qui frappe son entreprise⁷² et participer au protocole de soins, fussent-ils palliatifs et dussent-ils conduire à l'euthanasie de l'entreprise. Aussi le chef d'entreprise, qui n'a commis aucune faute de gestion et qui est de bonne foi⁷³, devrait-il pouvoir conduire la procédure collective ouverte à l'encontre de son entreprise jusqu'à son terme.

Plutôt que de tomber dans l'écueil de confondre justice et thérapie⁷⁴, il convient de réfléchir aux moyens de restaurer les droits du chef d'entreprise encore bafoués dans l'enceinte judiciaire par la suppression de certaines mesures infamantes, fantômes du droit de la faillite qui hantent encore le droit des entreprises en difficulté et qui n'ont plus leur place dans une justice du XXI^e siècle qui ambitionne de se moderniser⁷⁵. Il en va sans doute du développement de l'activité économique car souvenons-nous que « punir l'échec est le meilleur moyen pour que personne n'ose »⁷⁶.

(69) *Ibid*, p. 91. (70) Art. L. 631-5 c. com. en redressement judiciaire et L. 640-5 c. com. en liquidation judiciaire. (71) Entre 25 et 30 % contre 40 % en 2006 : chiffres nationaux Conférence générale des juges consulaires. (72) On constate quelques mesures éparses en ce sens en conciliation, en sauvegarde ou en redressement, mais rien en liquidation à l'exception peut-être de l'accord du débiteur désormais requis pour réaliser des biens ou droit acquis au titre d'une succession : art. L. 641-9, IV, c. com. (73) La bonne foi du débiteur est bien une condition de maintien du récent rétablissement professionnel : art. L. 645-9 c. com. (74) R. Badinter, *Le monde*, 8 sept. 2007. (75) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. (76) J. Welch, industriel américain.