

DOSSIER

Sous la direction scientifique de

Caroline TABOURET

Conseillère à la cour d'appel de Paris

LA LOI DE SAUVEGARDE DU 26 JUILLET 2005 : QUEL BILAN 20 ANS APRÈS ? REGARDS CROISÉS BJE202g9

Cour d'appel de Paris, le 24 septembre 2025

J. BOULARD Propos introductifs	p. 30
M.-H. MONSÉRIÉ-BON Les 20 ans de la loi de sauvegarde	p. 32
F. KOPF ET M. SÉNÉCHAL La sauvegarde, une nouvelle stratégie d'entreprise ?	p. 35
P. SAYER La procédure de sauvegarde depuis la loi de 2005, 20 ans après	p. 43
F.-C. DESPRAT L'essor de la prévention des difficultés des entreprises	p. 48
T. FAVARIO Le poids des sanctions sur le dirigeant (les sanctions professionnelles)	p. 51
L. C. HENRY Le poids des sanctions des dirigeants	p. 53
C. DELATTRE Constat en matière de procédures collectives par le ministère public de cour d'appel	p. 57
C. TABOURET Voies de recours, les attentes d'un juge	p. 62
V. LELOUP-THOMAS Les améliorations envisageables du droit des entreprises en difficulté	p. 65
V. VIGNEAU Clôture du colloque sur les 20 ans de la loi de sauvegarde des entreprises	p. 67

Propos introductifs BJE202i2

Jacques BOULARD

Premier président de la cour d'appel de Paris

J'ai le plaisir d'ouvrir, pour la deuxième année consécutive, la rentrée économique de la cour d'appel de Paris.

Nous avons pris l'initiative de vous convier chaque année pour une rentrée économique, afin de prendre le temps d'une réflexion transversale.

Transversale à vos professions, à vos centres d'intérêts mais aussi transversale à nos propres chambres.

Cette année, nous nous arrêtons sur la procédure de sauvegarde et je débiterais mes propos par une réflexion sur la nature très particulière de l'entreprise comme partie.

Pour la cour d'appel, l'entreprise est un justiciable. Relève ainsi du pôle économique avec ses 14 chambres spécialisées le contentieux de la formation d'une société, celui de son fonctionnement, celui des contrats par lesquels elle s'engage, des baux commerciaux qu'elle signe, des financements auxquels elle recourt, des suretés qui la concernent, des droits de propriété intellectuelle qu'elle mobilise...

L'entreprise, un justiciable comme un autre ? Évidemment, non.

L'entreprise comporte en elle, étymologiquement même, l'idée de prise de risque. La première définition que donne le *Littré* du mot « entreprise » est « dessein formé qu'on met à exécution ». Et si le dessein que l'on met à exécution vise à réussir, il est, par définition là encore, possible qu'il échoue.

Dans ce cas, l'entreprise rencontre des difficultés qu'elle ne parvient pas à surmonter ou, en tout cas, pas seule.

Très tôt, le droit s'est intéressé aux défaillances d'entreprises. Initialement, il y avait, on le sait, une approche répressive sanctionnant l'entreprise qui a délaissé ses créanciers en manquant à ses engagements. Cette vision du droit – dit encore de la faillite –, condamnant celui qui a trahi la confiance de ses créanciers et du marché, est largement révolue.

Le droit de la faillite a fait place au droit des entreprises en difficulté. Le changement d'optique est important puisqu'aujourd'hui, le droit ne vient plus principalement sanctionner mais bien plutôt aider l'entreprise à se redresser.

Notre droit contemporain des entreprises en difficultés repose donc sur un postulat fort : quelle que soit la nature de leur activité (commerciale, artisanale, libérale, agricole), les entreprises défaillantes doivent être, autant que possible, maintenues, redressées, et les emplois préservés. Car, comme l'indique l'exposé des motifs de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, « la sauvegarde est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent ».

La professeure Saint-Alary-Houin observe, à cet égard, qu'il y a peu de branches du droit aussi *fonctionnelles* et *volontaristes*.

C'est, je crois aussi, l'état d'esprit des magistrats qui se sont succédé à la cour d'appel de Paris et qui n'ont jamais hésité à donner toute leur ampleur aux textes, comme l'illustrent par exemple les célèbres arrêts *Eurotunnel* de 2007 et *Cœur Défense* de 2010. Ou encore plus récemment, quand il s'agit d'appliquer de nouvelles règles telles celles des classes dites de parties affectées ou de la nouvelle sauvegarde accélérée (affaires *Casino*, *Monoprix*, *People and Baby*...).

En 2005, le législateur a parachevé la dédramatisation de la défaillance, en permettant aux entreprises d'accéder aux avantages du redressement judiciaire, *avant* de se trouver en état de cessation des paiements. Il suffit que l'entreprise soit confrontée à des « difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter », ce qui permet d'organiser la procédure autour de l'entreprise, plutôt qu'autour des créanciers.

La sémantique a ici tout son poids. Il s'agit de favoriser la prévention et la rapidité. Et partant, d'accompagner l'entrepreneuriat et de favoriser le rebond.

Le juge devient alors un véritable partenaire de l'entreprise, qui se trouve réorganisée par voie judiciaire. L'on compte sur le pragmatisme des praticiens du droit des entreprises en difficulté, et, dans cette « boîte à outils » remaniée du livre VI du Code de commerce, une importante place est laissée à la négociation, avant l'arrêt de la solution retenue.

C'est tout l'objet de la procédure de sauvegarde introduite dans notre droit, il y a déjà vingt ans.

Quel regard porté sur cette évolution du droit ? C'est à cette passionnante question que vont répondre les intervenants de notre colloque.

Sous la conduite de Caroline Tabourot, maître de conférences en détachement judiciaire à la cour, qui a été la clé de voûte de la préparation de cette rentrée économique 2025, ils ont accepté de prêter leur

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

concours à l'élaboration d'un vaste bilan prospectif, et je les en remercie vivement.

Mes remerciements s'adressent aussi à la revue *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, qui publiera les actes de cette rentrée, qui s'annonce fructueuse.

En 2024, 66 000 entreprises ont fait l'objet d'une défaillance, un niveau très supérieur à la moyenne des années précédentes. La cour d'appel de Paris, comme les tribunaux de commerce du ressort, est logiquement beaucoup plus saisie (+ 30 % cette année d'affaires distribuées aux chambres 5-8 et 5-9 procédures collectives). C'est dire l'actualité du sujet !

Une actualité qui, nous le savons, touche tous les acteurs économiques. La circulaire de politique civile du 27 juin 2025 souligne à cet égard, à raison, le nécessaire « accompagnement des exploitations agricoles en difficulté, [par le développement d'] une approche juridictionnelle spécifique, adaptée aux réalités du monde agricole, et en facilitant le recours aux procédures préventives ».

La Direction générale des entreprises (DGE) observe, dans une note diffusée en février dernier, que si cette « hausse témoigne de la fragilisation d'une partie du tissu productif français, cette tendance s'inscrit (aussi) dans le cadre d'un retour à la normale du mécanisme de destruction créatrice après (le) régime exceptionnel » des années Covid.

Dans ce contexte, il est important, à l'occasion de cette rentrée économique, que tous les acteurs des procédures collectives puissent échanger, qu'ils soient avocats, mandataires judiciaires, administrateurs judiciaires, ministère public, juges consulaires ou membres des formations de jugement de la cour d'appel.

Avec, aussi, le précieux concours des universitaires, et en point d'orgue, en fin d'après-midi, des propos conclusifs du président de la chambre commerciale

de la Cour de cassation, notre plus haute juridiction judiciaire.

Le sujet retenu cette année pour cette rentrée (la sauvegarde) est, comme celui de 2024 (la SAS), en apparence technique. Mais, il est, en réalité, très concret pour les acteurs économiques.

La « cour d'appel-juridiction » a, bien sûr, pour mission première de rendre des arrêts. Pour autant, le juge, tout en conservant son office, est conscient des réalités économiques qui l'entourent et s'efforce d'être le plus pragmatique possible dans l'application de la loi.

Et pour nous montrer à la hauteur des défis qui se présentent à nous, il est utile d'y ajouter des temps d'échanges plus collaboratifs et plus prospectifs.

Du fait de sa position entre les juridictions consulaires et la Cour de cassation, mais compte tenu aussi de l'importance du contentieux économique qui lui est dévolu, la cour d'appel de Paris occupe une place singulière et doit contribuer à rendre le droit économique français toujours plus efficace, en mesure de répondre aux attentes légitimes des entreprises, de leurs dirigeants et de l'ensemble des parties prenantes de notre écosystème.

La cour d'appel de Paris entend ainsi prendre toute sa place dans ces débats et c'est tout le sens de cette rentrée économique que nous voulons inscrire dans la durée comme le Conseil de justice économique que je réunirai le 17 octobre prochain.

Je souhaite à toutes et à tous un excellent colloque.

Je cède sans plus attendre la parole au professeur Monsérié-Bon pour son discours d'ouverture.

Les 20 ans de la loi de sauvegarde BJE2021

Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON

Professeur à l'université Paris-Panthéon-Assas

IRDA Paris

Directrice scientifique du Bulletin Joly Entreprises en difficulté

La loi de sauvegarde a marqué un tournant important dans le droit des entreprises en difficulté en proposant des mécanismes ambitieux et innovants ainsi qu'en rétablissant un certain équilibre entre les acteurs de ces procédures. Ces avancées ont perduré en s'améliorant au fil des réformes.

S'inspirant de la célèbre formule de Paul Nizan : « J'avais vingt ans. Je ne laisserai personne dire que c'est le plus bel âge de la vie »¹, peut-on dire tout de même qu'il s'agit du bel âge d'une loi et plus particulièrement de la loi de sauvegarde des entreprises dont les vingt ans nous réunissent aujourd'hui pour en dresser le bilan et les perspectives.

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a assurément marqué une étape importante dans le droit des entreprises en difficulté même si l'incessant tourbillon des textes dans ce domaine n'a pas cessé après cette loi. Si les réformes se sont succédé, l'architecture et les apports de la loi de sauvegarde sont demeurés vivaces dans le livre VI du Code de commerce.

Une loi, faut-il le souligner, les réformes ultérieures ayant le plus souvent été réalisées par ordonnance, a été adoptée après sept ans de réflexion... un document préparatoire ayant déjà circulé dès 1998. Ce n'est pourtant qu'en 2003 que la volonté politique s'affirma de « renforcer l'ambition de la réforme, de rompre avec le passé et de créer une procédure nouvelle »². Les enjeux étaient forts, il s'agissait de faire évoluer les paradigmes du droit des procédures collectives si souvent mis à mal par la réalité économique et de proposer aux chefs d'entreprise et à leurs conseils des outils adaptés à des situations qui sont variables... presque à l'infini.

Ainsi est née l'expression selon laquelle le livre VI du Code de commerce est avant tout une boîte à outils dans laquelle des solutions diversifiées sont portées par des procédures différentes. Cette logique supposait que soit proposée une loi ambitieuse, innovante, qui se voulait aussi une loi qui rétablirait les équilibres fragiles du droit de l'insolvabilité.

Trois caractéristiques, trois piliers de la loi de sauvegarde seront examinés successivement pour dresser un bilan et essayer de tracer des perspectives.

I. Une loi ambitieuse

À l'heure du bilan, qui pourrait reprocher à la loi de sauvegarde son ambition, d'assurer le retournement des entreprises ? Ambition qui prend de multiples

facettes, dont deux peuvent apparaître particulièrement significatives.

La première ambition était de concrétiser l'expression « droit des entreprises en difficulté » en faisant entrer dans le périmètre du livre VI du Code de commerce des entreprises qui en restaient exclues, à savoir les professionnels indépendants, les sortant ainsi d'une situation qui leur refusait tout traitement organisé de leurs difficultés économiques. Le temps passant, cette intégration paraît pleinement légitime même si elle participe au délitement du Code de commerce qui perd de sa cohérence. Mais c'est un autre chantier... Le bilan se révèle ici sans réserve et les professionnels indépendants, y compris les professions réglementées et leurs ordres professionnels, se sont approprié les procédures qui leur sont offertes accédant ainsi à une aide bienvenue et salvatrice.

L'autre ambition portée par la loi du 26 juillet 2005, certainement la plus emblématique dans la durée, est celle de renforcer l'anticipation des difficultés et de permettre aux chefs d'entreprise d'accéder à des outils performants adaptés à la situation économique traversée. La conciliation et la procédure de sauvegarde ont alors été les deux procédures qui ont particulièrement attiré l'attention du législateur, la seconde étant bien sûr la plus emblématique, qualifiée par certains de « fer de lance » de la réforme³. Leur devenir, vingt ans après, n'est pas le même.

Si la conciliation a trouvé sa place et peut-être encore plus depuis qu'elle s'accompagne d'une sauvegarde accélérée pour tous avec classes de parties affectées, la sauvegarde peine toujours à s'imposer. Au cours des trois dernières années, seulement 1 500 procédures de sauvegarde ont été ouvertes par les tribunaux, ce qui constitue certainement une déception au regard des espoirs qu'elle a pu susciter en raison du sort très favorable qu'elle réserve au chef d'entreprise, aux garants qui pouvaient y trouver un bouclier de protection même si les créanciers, en revanche, craignaient une instrumentalisation de cette procédure qui reprenait à leur égard toutes les contraintes du redressement judiciaire, crainte qui ne s'est donc pas concrétisée en pratique.

On se trouve donc face à un bilan décevant même si, lorsqu'elle est ouverte, la sauvegarde offre des perspec-

1 P. Nizan, *Aden Arabie*, 2002, La découverte Poche.

2 J. Deharveng, « Procédures collectives - Trente ans de réformes », Rev. proc. coll. n° 1, janv.-févr. 2016, dossier 2.

3 C. Saint-Alary-Houin, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises, continuité, rupture ou retour en arrière », Dr. & patr. janv. 2005, n° 133.

tives de retournement intéressantes. Son bilan économique est-il positif ? Comme les procédures de sauvegarde ouvertes ne concernent pas spécifiquement des entreprises de taille importante, elle ne contribue pas spécialement à préserver l'emploi ou à maintenir des activités stratégiques. Dès lors, le bilan économique des 1 500 procédures annuelles est très mitigé.

Si la prévention doit être préservée dans toutes ses composantes à l'heure de la réflexion actuelle, au regard de l'état économique du monde en général et de la France en particulier, la sauvegarde, au moins dans sa configuration existante, peut faire débat.

Vingt ans après, le constat s'impose : les chefs d'entreprise ne sont pas encore naturellement prêts à anticiper l'ouverture d'une procédure de traitement judiciaire des difficultés. Il faut donc impérativement leur laisser des outils de prévention efficaces et adaptés. Même si on ne peut pas reprocher au législateur d'avoir imaginé une loi ambitieuse pour sauvegarder les entreprises, il faut bien constater que cette technique n'a pas séduit les débiteurs.

II. Une loi innovante

L'une des innovations marquantes qui peut être évoquée est le dépassement de la cessation des paiements comme critère traditionnel de répartition des procédures, absence de cessation des paiements en prévention et cessation des paiements pour le traitement judiciaire. Ce bel ordonnancement a volé en éclats avec la loi de sauvegarde dont on a souligné qu'elle brouillait les pistes même si le spectre de la cessation des paiements continuait de flotter sur le livre VI du Code de commerce.

Quel bilan aujourd'hui ?

D'une part, on sait que l'ouverture de la procédure de sauvegarde a été complètement décorrélée de la cessation des paiements afin de ne pas entraver l'anticipation qui justifie cette procédure. Mais, même s'il n'y a pas de certitude, il est fort probable que l'absence d'état de cessation des paiements requise impérativement pour l'ouverture de la procédure est une des raisons du faible nombre de procédures de sauvegarde. L'anticipation est souvent convoquée en dernier resort.

En revanche, la possible ouverture de la conciliation avec un état de cessation des paiements de moins de 45 jours a très certainement desserré l'étau et ouvert la voie de la prévention plus largement. Faut-il conserver cette logique ? Faut-il conserver la notion de cessation des paiements dont la pertinence a pu être discutée⁴ ?

En ce qui concerne l'ouverture des procédures, il semble raisonnable de maintenir la notion désormais bien cernée ainsi que la souplesse apportée quant à la situation de l'entreprise pour l'accès à la conciliation. Il faut souligner, dans le bilan, le développement assez remarquable des procédures de prévention en constante progression depuis plusieurs années (plus de 8 000 procédures par an les deux dernières années et certainement le même nombre en 2025).

III. Une loi d'équilibre

La recherche d'un certain équilibre entre les acteurs du droit des entreprises en difficulté innerve depuis la loi de sauvegarde les réformes qui se sont succédé. Si cette recherche vise avant tout la situation du débiteur et des créanciers, elle se diffuse également sur le rôle des juridictions et des professionnels, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires.

On sait que le droit français a clairement affiché des objectifs en faveur d'une protection des débiteurs que la loi de sauvegarde a encore renforcée, et ce n'est pas qu'une impression, elle a, en même temps, veillé à améliorer la situation des créanciers amorçant ainsi très nettement une évolution qui s'est amplifiée depuis lors.

En premier lieu, examinons la situation du chef d'entreprise. La procédure de sauvegarde qui est au cœur de la loi est un puissant accélérateur de sa protection, la fin justifiant les moyens. Les chefs d'entreprise n'étant pas enclins à anticiper leurs difficultés, il convient de leur offrir des avantages « extraordinaires » pour les convaincre. Ils sont de taille : maintien des pouvoirs de gestion, neutralisation des sources de mise en jeu de leur responsabilité, absence de cession d'entreprise si le débiteur n'y consent pas, protection des garants.

En dépit de ce chapelet d'avantages... la sauvegarde n'attire pas les débiteurs. De ce point de vue, le bilan est donc assez négatif. Ces faveurs ne permettent pas de surmonter l'appréhension des chefs d'entreprise à venir traiter leurs difficultés devant un tribunal en ouvrant une procédure judiciaire complexe et la cause ne peut pas être trouvée dans l'attitude des tribunaux qui le plus souvent est exemplaire pour faciliter cette anticipation.

En deuxième lieu, l'amélioration de la situation des créanciers a-t-elle connu meilleure fortune ?

Le législateur a multiplié les signes en faveur des créanciers afin principalement de sécuriser et de renforcer

⁴ C. Jouin, V. Rousseau et L. Sautonie-Laguionie, « Peut-on en finir avec le critère de la cessation des paiements ? », Rev. proc. coll. 2023, étude 1 ; « Faut-il faire évoluer le critère d'ouverture des procédures collectives :

vers l'abandon de la cessation des paiements ? », Rev. proc. coll. 2023, entretien 1.

leur participation à la procédure. Les manifestations sont nombreuses mais citons parmi les principales :

- la disparition de l’extinction des créances en cas de non-déclaration ;
- la simplification des modalités de déclaration ;
- la création des comités de créanciers pour assurer une participation sous forme de vote sur le plan ;
- l’octroi d’une priorité de paiement devenue ensuite privilège (de la *new monnaie*) pour les inciter à soutenir les entreprises en conciliation en les assurant d’avoir une position favorable si l’accord de conciliation échouait.

De ce point de vue, le mouvement s’est poursuivi et là encore amplifié. Le débiteur est désormais censé avoir agi au nom et pour le compte du créancier quand il fournit la liste de ses créances. Les privilèges incitatifs à destination des créanciers se sont multipliés. Sous la houlette de l’Union européenne, les classes de parties affectées ont remplacé les comités améliorant le système et lui donnant un nouvel élan.

Définitivement, les créanciers sont devenus des acteurs majeurs du traitement des difficultés des entreprises. Un mouvement que l’on retrouve dans la proposition de directive du 7 décembre 2022 avec l’institution des comités de créanciers, nouvelle version, qui pourraient à terme remplacer les contrôleurs dans les procédures. Enfin, le rôle joué par les institutions judiciaires démontre également de la volonté d’assurer des équi-

libres dans la loi de sauvegarde. Si le rôle du tribunal n’a pas été profondément modifié en 2005, ce fut la fin de la saisine d’office, alors que corrélativement les pouvoirs du ministère public se sont accrus avec son intervention en matière de prévention, le contrôle des ouvertures de sauvegarde (dont on craignait l’instrumentalisation) et l’adoption des plans de sauvegarde et de redressement dans l’intérêt de l’entreprise sans conduire à sacrifier les salariés.

Après vingt ans, ces tendances perdurent mais une nuance peut être apportée sur le rôle du tribunal qui a récemment évolué, conférant à cette juridiction des pouvoirs accrus lors des procédures avec classes de parties affectées pour atteindre une acmé avec le mécanisme de l’application forcée interclasse.

Pour conclure, le temps imparti a conduit à faire des choix dont la pertinence pourra évidemment être discutée. Toutefois, il me semble que l’impact puissant de la loi de sauvegarde sur le droit des entreprises en difficulté ne peut pas et ne doit pas être remis en cause.

Bien sûr, si les réflexions qui débutent pourront, même devront, remettre l’ouvrage sur le métier, les fondements et les outils de la loi de sauvegarde ne devraient pas disparaître.

Alors oui, peut-être que finalement vingt ans est un bel âge pour une loi et particulièrement pour la loi de sauvegarde, celui où elle évoluera sans perdre complètement sa démarche ambitieuse et innovante.

La sauvegarde, une nouvelle stratégie d'entreprise ?

BJE202i7

François KOPF

Avocat au barreau de Paris

Linklaters LLP

Marc SÉNÉCHAL

Professeur associé à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Mandataire judiciaire

Associé et fondateur, BTSG

La procédure de sauvegarde a, dès 2005, porté l'espoir d'une rémission de l'entreprise facilitée par une forme d'anticipation dans ses conditions de déclenchement conjuguée à un traitement collectif des difficultés, le cas échéant en réunissant les créanciers au sein de comités. Elle a en réalité déséquilibré le rapport de force entre ces derniers et les actionnaires de l'emprunteur, ce qu'elle a fini par corriger en 2021, passant ainsi d'une stratégie de l'entreprise en restructuration à une stratégie des parties prenantes à la restructuration.

La création de la nouvelle procédure de sauvegarde en France par la loi du 26 juillet 2005¹ a été présentée, lors de son vote, comme un bouleversement dans le paysage du droit français, au point de donner son nom à la loi elle-même.

Le législateur a souhaité, à cette occasion, renforcer le dispositif légal vers la prévention des difficultés – renforcée par l'introduction concomitante de la conciliation ; l'anticipation plutôt que la réaction. La sauvegarde demeure néanmoins une procédure collective et coercitive. Le législateur permet ainsi aux entreprises de recourir à des moyens coercitifs et exorbitants du droit commun, sous le contrôle du tribunal et celui du ministère public, à un stade plus précoce des difficultés. En ce sens, la procédure de sauvegarde a pu être perçue comme favorable au débiteur.

La loi de sauvegarde a également introduit la possibilité de solutions de restructuration négociées, marquant l'objectif de consulter les créanciers, par un vote au sein de comités, et ainsi de permettre une solution de restructuration censée être coconstruite. Le système n'était toutefois pas suffisamment abouti pour conférer à ces créanciers un véritable poids politique au sein de la procédure.

Jusqu'en 2021², la pratique de la sauvegarde par les entreprises démontre que cette procédure a surtout permis la protection du débiteur et, à travers lui, celle de ses actionnaires. Cela explique sans doute son faible succès statistique et une forme de rejet de la part du monde du financement structuré qui s'est organisé pour la contourner.

La sauvegarde pouvait ainsi constituer une stratégie pour le débiteur qui pouvait introduire, dans le débat avec ses créanciers, une perspective collective, à sa main, peu favorable à ces derniers.

Sous l'impulsion de l'Europe³, la France a finalement revu en profondeur la procédure de sauvegarde. Les créanciers disposent désormais d'une voix qui, associée à un système fondé sur la valeur et sur les rangs, leur donne un poids dans la négociation dont ils étaient jusqu'à présent dépourvus.

La réforme de 2021 a donc opéré un rééquilibrage des rapports de force entre les parties (débiteur, créanciers, actionnaires) qui modifie radicalement la dimension stratégique de la procédure de sauvegarde : d'un outil initialement principalement orienté en faveur de l'entreprise et donc du débiteur (I), elle est devenue un véritable instrument de renégociation tenant compte de toutes les parties prenantes (II).

I. La sauvegarde, stratégie de restructuration de l'entreprise

A. Une procédure collective souple et incitative pour les dirigeants d'entreprise...

1. La genèse : la création d'une troisième voie

Avant 2005, les restructurations étaient articulées entre les procédures de prévention et les procédures collectives, la frontière entre les deux étant matérialisée par la notion de « cessation des paiements du débiteur ». Un monde binaire en sorte : en l'absence de cessation des paiements, la règle demeure le contrat et la volonté individuelle, sa survenance laisse place à la discipline collective et au dessaisissement du dirigeant qui en est la contrepartie.

1 L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, de sauvegarde des entreprises.

2 Ord. n° 2021-1193, 15 sept. 2021, portant modification du livre VI du Code de commerce.

3 PE et Cons. UE, dir. n° 2019/1023, 20 juin 2019, relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité).

La loi du 26 juillet 2005, modifie cette frontière et ce monde bipolaire en créant une troisième voie avec la procédure de sauvegarde.

Celle-ci associe (i) une terminologie positive qui ne fait plus directement référence à l'environnement judiciaire, est axée sur la préservation et l'anticipation plutôt que sur la correction et est fondée sur l'absence de cessation des paiements, (ii) au fonctionnement d'une procédure collective entraînant la mise en place de la discipline collective et la nécessité d'un dessaisissement (relatif) du dirigeant.

Inversement, la procédure de conciliation, pure procédure amiable, peut être sollicitée par un débiteur qui est en cessation des paiements depuis moins de 45 jours⁴.

Les frontières du monde d'avant sont donc gommées par la loi du 26 juillet 2005 qui prend le nom de cette nouvelle procédure de sauvegarde dont les critères de déclenchement sont de type préventif tandis que les règles de son fonctionnement sont de type collectif et coercitif. Il s'agit à la fois d'offrir un nouvel outil aux entreprises en difficulté axé sur l'anticipation des difficultés afin d'accroître les chances de maintien de l'entreprise et, plus généralement, d'offrir à l'entreprise plus de flexibilité et d'options procédurales dans le traitement de ses difficultés (sous réserve là encore de leur anticipation).

L'exposé des motifs reflète cette vision : « Les procédures sont diversifiées, car la procédure judiciaire n'est pas le seul moyen de traitement des difficultés d'une entreprise : la conclusion d'un accord amiable sérieux est depuis longtemps reconnue comme un instrument fiable, le débiteur étant le mieux à même d'apprécier la procédure la mieux adaptée à sa situation ».

2. L'élargissement des conditions d'ouverture

Une des principales innovations de la procédure de sauvegarde est ainsi l'application d'un critère de déclenchement de type préventif à une procédure au mode de fonctionnement de type collectif et coercitif.

Le critère d'ouverture de la sauvegarde a été initialement défini comme « de[s] difficultés, [que le débiteur] n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements »⁵.

Ce critère souligne l'objectif d'anticipation recherché par le législateur. La nature des difficultés ne semble pas modifiée, mais la procédure se situe à un stade précoce, alors que l'entreprise ne se trouve pas *encore* en état de cessation des paiements.

En 2008⁶, ce critère d'ouverture a été assoupli pour supprimer l'exigence que les difficultés insurmontables rencontrées soient « de nature à conduire [le débiteur] à la cessation des paiements ». Cette suppression du lien entre les difficultés et la cessation des paiements, visant à faciliter la charge de la preuve pour les débiteurs et à accroître le recours à la sauvegarde dont les statistiques se révélaient décevantes, a parfois été critiquée comme augmentant le risque d'instrumentalisation de cette procédure collective dans des situations qui ne justifiaient pas la mise en œuvre des règles de discipline collective.

Cet élargissement des conditions d'ouverture permet désormais de traiter une situation de surendettement qui ne se traduirait pas (encore) par un état de cessation des paiements (par exemple, lorsque le niveau d'activité de l'entreprise – donc sa valeur – ne permettra pas de rembourser ou de refinancer la dette financière dont les maturités sont toutefois encore lointaines).

3. Le contrôle du dirigeant sur la procédure et son issue

Les autres mesures d'incitation des dirigeants à recourir à la sauvegarde (et donc agir à traiter les difficultés à un stade précoce) tiennent au maintien du contrôle de la société par les dirigeants pendant le déroulement et l'issue de la procédure de sauvegarde. Ainsi :

- la sauvegarde n'entraînerait, en apparence, aucun dessaisissement du dirigeant⁷ ;
- la désignation d'un administrateur judiciaire est facultative en dessous de certains seuils et est limitée à une mission de surveillance ou d'assistance ;
- la sauvegarde ne peut avoir pour issue l'arrêté d'un plan de restructuration imposé au débiteur, ni une cession imposée des actifs ou de l'entreprise (sauf conversion préalable de la procédure) ;
- jusqu'en 2021, les personnes physiques cautions et garantes bénéficiaient également d'un traitement de faveur à travers le bénéfice des délais du plan dans le cadre du plan de sauvegarde, à l'exclusion du plan de redressement.

Le débiteur bénéficie en revanche des pleins effets d'une procédure collective sur son environnement, et notamment :

- du gel du passif et de la suspension des poursuites individuelles, avant l'arrêté d'un plan ;
- des dispositions relatives à la continuation des contrats en cours ;
- de la reconnaissance automatique de la procédure au sein de l'Union européenne et d'une possibi-

⁴ C. com., art. L. 611-4.

⁵ C. com., art. L. 620-1.

⁶ Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008.

⁷ C. com., art. L. 622-1, I : « L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ».

lité de reconnaissance aux États-Unis à travers la procédure de « *Chapter 15* » (notamment mise en œuvre pour donner force exécutoire à la procédure et au plan de sauvegarde de CGG aux États-Unis en 2017) ;

- une durée de la période d'observation pouvant aller jusqu'à 18 mois (désormais 12 mois).

Surtout, le débiteur peut élaborer un plan de continuation et, en cas de refus de ses créanciers, demander au tribunal de leur imposer des délais de paiement jusqu'à 10 ans (sous réserve des cas de constitution obligatoire de comités de créanciers).

Cette dimension collective associée à une discipline propre aux procédures de faillite a été dissuasive pour les créanciers.

B. ... mais une procédure collective dissuasive pour les créanciers

1. Un recours limité à la procédure de sauvegarde

Statistiquement, la procédure de sauvegarde n'a pas rencontré le succès escompté (y compris malgré les réformes successives).

En 2022, les tribunaux ont recensé 884 ouvertures de sauvegarde, soit 2,5 % des ouvertures de procédures collectives, et, en 2023, ce chiffre s'élève à 1 293, soit un ratio stable de 2,4 % des procédures ouvertes⁸.

Ce bilan mitigé peut sans doute être expliqué par plusieurs raisons.

D'abord, la sauvegarde reste un outil de la famille des procédures collectives et fait l'objet d'une publicité. Elle applique les règles fondamentales d'une faillite et pouvait être perçue comme telle par le débiteur et par son environnement. L'appellation de la procédure ne suffit pas à gommer cette réalité. Le débiteur n'a plus la faculté de procéder à des actes de disposition étrangers à la gestion courante sans l'autorisation préalable du juge-commissaire, sur avis, le cas échéant, du ministère public⁹, y compris en l'absence d'administrateur judiciaire, ce qui est une marque résiduelle évidente d'un dessaisissement.

Ensuite, cette procédure a pu servir d'épouvantail dans les procédures de prévention. Si cette fonction peut avoir une utilité comme une arme de dissuasion massive (comme exposé ci-après), cela pouvait également brouiller la nature et la finalité de la procédure et contribuer ainsi à une vision négative du droit français et nuire durablement à son attractivité, les solu-

tions offertes étant plutôt imposées aux créanciers que le fruit d'une négociation avec eux.

2. Des solutions plus imposées aux créanciers que négociées avec eux

Malgré ce cadre favorable au débiteur et incitatif, l'objectif affiché par le législateur de 2005 n'était pas de sacrifier les intérêts des créanciers à la sauvegarde de l'entreprise. Selon l'exposé des motifs, cet objectif « doit être poursuivi par des moyens diversifiés, sans porter d'atteintes excessives aux autres entreprises que sont les créanciers »¹⁰.

Toutefois, certains dossiers médiatisés ont entraîné des critiques de la procédure comme permettant une atteinte excessive aux droits des créanciers. Ont ainsi été critiqués :

- des atteintes à la volonté des parties au contrat, et donc aux droits des créanciers, à travers, d'une part, la discipline collective pendant la durée de la procédure et, d'autre part, les éventuels échéanciers à dix ans imposés aux créanciers refusant des propositions d'abandon ou de conversion de leurs créances (avec un profil d'amortissement initialement limité à (i) un premier paiement à un an et (ii) des annuités minimales de 5 % du passif admis à compter de la deuxième annuité¹¹), alors même que ces efforts n'étaient pas justifiés par un état de cessation des paiements de l'entreprise ;
- l'application des comités de créanciers qui, si elle introduisait un pouvoir de veto de certains groupes de créanciers (selon un principe majoritaire au sein de chaque groupe), restait cependant limitée aux sociétés atteignant certains seuils appréciés en vision sociale uniquement, avec une possibilité pour le débiteur de repasser en consultations individuelles en cas d'échec – instaurant un garde-fou très limité aux marges de manœuvre importantes du débiteur ;
- le maintien des actionnaires en place qui ne pouvaient se voir imposer une solution de restructuration du capital, quand bien même sa valeur économique serait nulle. Les mesures de dilution ou d'éviction forcée des associés ont en effet été longtemps très limitées, sur le fondement invoqué du droit de propriété constitutionnel des associés.

Ainsi :

- i. *en procédure de sauvegarde*, aucune modification du capital ne pouvait initialement être imposée aux détenteurs de capital. L'article L. 626-3 du Code de commerce n'envisageait initialement que la convocation des assemblées générales afin de reconstituer

8 Ministère de la Justice, « Les entreprises en difficulté », édition 2024 : <https://lext.so/3XD2-r>.

9 C. com., art. L. 622-7, II.

10 Exposé des motifs à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, introduction.

11 C. com., art. L. 626-18, version en vigueur du 1^{er} janvier 2006 au 24 octobre 2010.

- les capitaux propres. Désormais¹², le texte permet plus largement au tribunal d'abaisser le seuil de majorité applicable aux assemblées générales appelées à statuer sur des modifications du capital ou des statuts prévues par le projet de plan ;
- ii. *en redressement judiciaire*, outre l'application de l'article L. 626-3 précité, des mesures spécifiques permettent, sous certaines conditions :
 - d'imposer la reconstitution des capitaux propres, y compris contre des associés majoritaires, à travers la désignation d'un mandataire *ad hoc*¹³,
 - de contraindre le dirigeant-actionnaire à céder ou conserver ses titres¹⁴,
 - depuis 2015¹⁵, l'article L. 631-19-2 du Code de commerce permet d'imposer aux associés des modifications de capital ou des cessions de titres prévues par le projet de plan, pour les grandes entreprises et dans des conditions très restrictives.

Ces dispositions n'ont toutefois pas été rendues applicables en sauvegarde, afin de maintenir l'attractivité de la procédure pour l'entreprise. Il a donc fallu attendre l'introduction des classes de parties affectées en 2021 dans le cadre de la transposition de la directive *Restructuration et insolvabilité* pour voir apparaître un mécanisme de dilution forcée des détenteurs de capital en sauvegarde.

Compte tenu de ces paramètres et conditions d'application, la sauvegarde pouvait donc être perçue, dans sa conception originelle, comme une stratégie de l'entreprise et donc de son dirigeant et/ou de ses actionnaires pour maintenir leur contrôle tout en imposant des contraintes fortes sur les créanciers pourtant structurellement *seniors* à eux.

En d'autres termes, jusqu'en 2021, la sauvegarde pouvait être considérée comme une stratégie de restructuration de l'entreprise, certes, mais au prix d'une forme de sacrifice de ses créanciers et donc de son environnement financier et contractuel.

Elle a, de cette façon, significativement contribué à rendre notre territoire inattentif pour le financement des entreprises et des groupes de sociétés, notamment s'agissant des financements internationaux qui ont déserté notre droit, au bénéfice de juridictions jugées plus respectueuses de la volonté contractuelle des parties et donc des droits des créanciers pourtant initialement consentis par le débiteur.

La sauvegarde modifiait substantiellement le rapport de force entre le débiteur et ses créanciers, au point d'offrir une protection inespérée aux actionnaires de

l'emprunteur. Ce faisant, elle bouleversait les prévisions contractuelles des parties en introduisant, par l'instauration de la discipline collective, une dissymétrie telle qu'elle était devenue un instrument de pression plutôt qu'un véritable outil de négociation.

La réforme de 2021, en ne tenant pas seulement compte de l'intérêt du débiteur mais également et surtout de celui de son environnement financier et contractuel, procède à un rééquilibrage devenu indispensable et transforme la procédure de sauvegarde en profondeur. Celle-ci peut désormais être utilisée comme une stratégie de négociation en lien avec toutes les parties prenantes.

II. La sauvegarde, stratégie de renégociation avec les parties prenantes

Marque du caractère ambivalent de la sauvegarde entre prévention et procédures collectives, cette procédure n'était pas présentée par le législateur de 2005 comme un outil de restructuration imposé mais comme un outil permettant de construire une solution de restructuration associant les créanciers :

« La sauvegarde permet au débiteur d'élaborer *avec ses créanciers* un plan, visant à la réorganisation de l'entreprise, qui est arrêté par le tribunal » (exposé des motifs).

La sauvegarde est ainsi affichée comme un outil structurant dans les stratégies de renégociation de l'entreprise avec ses créanciers et autres parties prenantes, en permettant de recomposer les rapports de force.

A. Un levier de négociation et de modification des rapports de force

1. L'introduction de mécanismes pour une restructuration négociée

La loi de sauvegarde visait à inciter les dirigeants à s'orienter vers les mécanismes de prévention de manière générale et à favoriser l'émergence de solutions adaptées et équilibrées, mise en œuvre, dans la mesure du possible, dans un cadre négocié et sous l'égide ou le contrôle du tribunal :

- i. la procédure de conciliation, introduite concomitamment à la sauvegarde, s'inscrit dans cette même logique. Il s'agit d'une procédure amiable confidentielle, offrant un cadre de négociation, sous l'égide du président du tribunal et du conciliateur. L'homologation par le tribunal emporte ensuite des effets incitatifs majeurs : *safe harbor* contre les nullités de la période suspecte, et privilège de conciliation dit de *new money* pour les nouveaux apports d'argent frais (bénéficiant d'une priorité de paiement dans une procédure ultérieure) ;

12 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016.

13 C. com., art. L. 631-9-1.

14 C. com., art. L. 631-19-1.

15 L. n° 2015-990, 6 août 2015.

- ii. en procédure collective (sauvegarde ou redressement judiciaire), l'introduction des comités de créanciers (au-delà de certains seuils ou facultativement en deçà), marque aussi l'apparition de la figure du plan négocié et d'une logique majoritaire en procédure collective.

L'introduction de mécanismes laissant augurer d'une restructuration négociée aurait permis de positionner la France parmi les juridictions pionnières en matière de traitement des difficultés au sein de l'Union européenne, près de 15 ans avant la directive *Restructuration et insolvabilité*, qui a rendu ce type de procédure obligatoire.

La pratique de cette procédure n'a toutefois pas atteint cet objectif en raison du déséquilibre de traitement entre les parties à la procédure, la négociation n'en étant pas véritablement une dans la réalité dans la mesure où l'entreprise et, derrière elle, ses actionnaires se sont retrouvés beaucoup trop en situation de force par rapport aux créanciers.

2. Un rapport de force au bénéfice de l'entreprise et de ses actionnaires

La sauvegarde a contribué à la réputation du droit français de la restructuration, perçu comme un droit favorable au débiteur au détriment des créanciers et des cocontractants de ce dernier.

La jurisprudence *Cœur Défense*¹⁶ en est sans doute l'étape la plus marquante.

Dans cette affaire emblématique, la Cour de cassation, puis la cour d'appel de Versailles sur renvoi, ont validé le recours à la nouvelle procédure de sauvegarde par une société holding de droit luxembourgeois (Dame Luxembourg) et sa filiale de droit français (Heart of La Défense) détenant et opérant un ensemble immobilier (« Cœur Défense »), au motif que ces sociétés étaient exposées, pour l'emprunteuse française, à un risque de déchéance du terme de la dette financière souscrite pour l'acquisition de l'immeuble (en raison de difficulté rencontrées dans le renouvellement de certains contrats de couverture du risque de taux) et, pour la holding luxembourgeoise, à un risque de mise en œuvre de ses obligations de garantie et de réalisation du nantissement consenti sur les titres de sa filiale.

Ces décisions ont été perçues par le monde du financement comme une mesure « hostile » et une instrumentalisation de la procédure de sauvegarde à plusieurs égards :

- i. *nature du débiteur et des difficultés* : le recours à la procédure de sauvegarde par une société holding et

un SPV (*special purpose vehicle*) immobilier, dans le seul but de déjouer l'accélération de la dette financière et la mise en œuvre des sûretés, a remis en cause la finalité même de la sauvegarde.

En l'espèce, ni la sauvegarde de l'activité économique ni le maintien de l'emploi ne semblaient en jeu : les sociétés débitrices n'employaient directement aucun salarié et n'exerçaient pas d'activité opérationnelle propre, se limitant à la détention d'actifs et à la gestion de *covenants* financiers.

Ce constat avait conduit la cour d'appel de Paris¹⁷ à infirmer l'ouverture des procédures de sauvegarde : selon elle, les sociétés ne justifiaient pas de difficultés affectant leur activité elle-même, laquelle aurait pu se poursuivre avec un nouvel actionnaire par application des sûretés consenties par les débiteurs.

En censurant cet arrêt et en admettant que de telles difficultés puissent justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde au motif que la loi n'exigerait pas que les difficultés insurmontables affectent l'activité économique du débiteur, la décision de la Cour de cassation a été perçue comme permettant une atteinte particulièrement grave aux contrats, et, par voie de conséquence, aux prévisions des parties et donc à la sécurité juridique.

Au demeurant, cette interprétation n'allait pas de soi. Si le législateur s'est abstenu de définir la nature des difficultés justifiant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, il a néanmoins pris soin de rappeler, à l'article L. 620-1 du Code de commerce, que « 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 ». On peut s'interroger sur la justification d'une procédure qui affecte les droits des créanciers et partenaires de l'entreprise lorsque ces objectifs (poursuite de l'activité, maintien de l'emploi, apurement du passif – en l'espèce par la réalisation du gage des créanciers) ne sont pas menacés. Le législateur n'a toutefois pas modifié l'article L. 620-1 à la suite de cette jurisprudence, laissant perdurer cette conception extensive de la sauvegarde ;

- ii. *localisation du centre des intérêts principaux du débiteur* (COMI) : en parallèle, l'analyse du COMI de la holding luxembourgeoise par la cour d'appel de Versailles – en renversant la présomption du lieu du siège statutaire pour localiser le COMI à Paris – a également été perçue comme protectrice des débiteurs par la communauté financière. Cette analyse – fondée sur un faisceau d'indices objectifs et véri-

¹⁶ Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.989 : Bull. civ. IV, n° 33 – CA Versailles, 19 janv. 2012, n° 11/03519.

¹⁷ CA Paris, 25 févr. 2010, n° 09/22756.

fiables par les tiers et conforme à la jurisprudence européenne – a conduit les praticiens à envisager des structures plus protectrices des attentes des investisseurs quant au droit applicable aux sûretés et au risque de procédure collective.

C'est dans ce contexte que le montage dit de « double LuxCo » s'est développé : la superposition en cascade de deux holdings luxembourgeoises (consentant chacune un nantissement sur les titres de sa filiale) au-dessus de la société française détenant les actifs cibles permettant d'assurer la réalisation du nantissement sur les titres de la « LuxCo intermédiaire » et la prise de contrôle indirecte de la « FrenchCo » cible malgré l'ouverture de procédures collectives en France (en application de l'article 8 du règlement européen n° 2015/848 sur l'insolvabilité, immunisant les droits réels sur des biens situés dans un autre État membre, en l'espèce les titres de la LuxCo).

Ce type de montage a ainsi permis aux créanciers de retrouver un levier de négociation et une protection dans le cadre de financements structurés, mais au prix d'une structuration complexe et coûteuse. La place financière a surtout retenu un manque d'attractivité du droit français dans ce domaine.

La jurisprudence *Cœur Défense* réserve le cas de fraude du débiteur, et la procédure de sauvegarde se déroule d'ailleurs sous le contrôle du ministère public. Les précédents de remise en cause de l'ouverture de sauvegarde restent cependant rares.

Dans le cadre de la phase de négociation amiable, la menace de la sauvegarde – appliquée de manière extensive – a donc conduit à un rééquilibrage du rapport de force en faveur du débiteur dans les négociations avec ses créanciers (menace complétée par la possibilité pour le juge de la conciliation d'imposer des délais de paiement, renforcée au gré des réformes).

La sauvegarde de 2005 se voulait une passerelle, elle était un spectre. La réforme de 2021 lui retire cette utilité dissuasive pour lui permettre de réaliser son ambition première.

L'introduction d'une procédure de sauvegarde accélérée et des classes de parties affectées, suivant que celles-ci se trouvent ou non « dans la monnaie », a permis de rendre le dispositif plus sophistiqué, respectueux des attentes des parties au contrat et conforme aux standards internationaux qui priorise le concept de propriété économique sur celui de propriété juridique.

Les créanciers qui sont dans la monnaie seraient les propriétaires économiques de l'entreprise, à défaut de l'être juridiquement ou avant de l'être juridiquement.

Inversement, les propriétaires juridiques, les actionnaires en place, faute de trouver de la valeur dans leur

equity, sont par nature subordonnés à tous les créanciers de la société en ce qu'ils sont, par essence, les derniers créanciers de celle-ci au titre de leurs apports. La sauvegarde mute ainsi dans sa dimension stratégique.

B. L'émergence et le renforcement d'un cadre de restructuration prénégociée

La loi de sauvegarde constituait un premier socle inachevé en ce que le dispositif ne prévoyait pas expressément un continuum entre la phase amiable et négociée et (à défaut d'unanimité et de solution consensuelle) la phase judiciaire et collective. Son utilisation avait également démontré un déséquilibre en faveur des débiteurs et de leurs actionnaires, au détriment des créanciers : la volonté de rendre le mécanisme incitatif pour les dirigeants d'entreprise avait ainsi conduit à nuire à l'attractivité du droit français sur la place financière.

Les réformes successives ont contribué à l'amélioration du dispositif, tant sur le plan de l'articulation des procédures et de la prise en compte des intérêts des créanciers et, plus généralement, des parties prenantes. Celles-ci doivent désormais être intégrées par les entreprises dans le cadre de leurs stratégies de retournement.

1. L'articulation des procédures de prévention et de sauvegarde : un cadre juridique hybride contractuel et judiciaire

– i. en 2010¹⁸ et en 2014¹⁹, ont été introduites la sauvegarde financière accélérée et la sauvegarde accélérée. Ces procédures s'articulaient avec la procédure de conciliation :

- elles ne pouvaient être ouvertes qu'au bénéfice d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation. Contrairement à la sauvegarde, l'état de cessation des paiements n'était pas un obstacle à l'ouverture de ces procédures ;
- leur durée était limitée (respectivement un mois prorogeable une fois ou trois mois) ;
- le débiteur devait justifier pour leur ouverture d'un soutien des créanciers sur son projet de plan permettant d'envisager son adoption par les anciens comités de créanciers.

Ces procédures permettaient ainsi l'exécution rapide d'une solution de restructuration prénégociée en conciliation en limitant, le cas échéant, les effets de la discipline collective aux créanciers financiers concernés par la restructuration, et ainsi les impacts opérationnels pour l'entreprise (*prepack*).

18 L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010, de régulation bancaire et financière.

19 Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

- ii. en 2021²⁰, la transposition de la directive *Restructuration et insolvabilité* a parachevé cet édifice grâce à l'instauration d'une nouvelle procédure de sauvegarde accélérée unique et modulable (pouvant être collective ou semi-collective), nécessairement précédée d'une procédure de conciliation.

Comme pour les anciennes procédures de sauvegarde financière accélérée et de sauvegarde accélérée, le débiteur doit être engagé dans une procédure de conciliation et justifier avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir, de la part des parties affectées à l'égard desquelles l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai de deux mois prorogeable une fois.

La phase négociée, en conciliation, n'est pas une simple formalité procédurale mais une étape déterminante de l'élaboration de la solution de restructuration puisqu'elle doit conduire à :

- la détermination des parties dont les droits devront être affectés dans le cadre de la restructuration – qui seront également seules affectées par la discipline collective de la sauvegarde accélérée²¹ – et, au contraire, des parties dont les droits seront épargnés, dans le cadre d'une procédure pouvant être semi-collective. Ce cadre modulable oblige à une appréciation plus complète des parties prenantes (*stakeholders*),
- l'élaboration d'un projet de plan de continuation tendant à assurer la pérennité de l'entreprise,
- la constitution de la preuve d'un « soutien suffisant » de la part des parties affectées sur le projet de plan, c'est-à-dire l'adhésion d'une part suffisamment représentative des parties affectées sur les principes de la restructuration de manière à rendre vraisemblable (mais non certaine) son adoption. Une telle condition suppose au préalable une appréciation de la situation industrielle et opérationnelle partagée par les parties. En pratique, la phase amiable (conciliation précédée éventuellement, compte tenu de sa durée limitée à cinq mois, d'un mandat *ad hoc*) est devenue la phase de conception de la restructuration. La phase judiciaire n'est pas pour autant limitée à une phase d'exécution. Elle marque le passage d'un principe d'unanimité et d'une logique consensuelle à un principe majoritaire dans un cadre coercitif et judiciaire sous le contrôle du tribunal – et, le cas échéant, de la cour d'appel – chargé d'assurer le respect des intérêts en présence. Ce contrôle doit pouvoir conduire à des modifications, y compris

substantielles, de la solution de restructuration pré-négociée, afin d'en assurer la légalité, l'équité et la soutenabilité.

Cette procédure de conciliation puis de sauvegarde accélérée apparaît désormais comme le cadre de restructuration préventif de référence en France.

2. De nouvelles solutions de traitement des difficultés en conciliation et/ou sauvegarde

Le dispositif a enfin été complété avec de nouveaux modes de traitement des difficultés permettant de traiter plus finement, et de manière plus équilibrée, les situations de difficultés.

- i. en 2014²², le « *prepack cession* », c'est-à-dire la possibilité de préparer en conciliation une opération de cession (totale ou partielle) – avec identification et mise en concurrence des candidats, *due diligence* accélérée et documentation – a été introduit dans les textes ;
- ii. en 2021²³, les classes de parties affectées et la possibilité d'une application forcée (*cram-down*) inter-classe (ce qui n'était pas envisagé entre les comités de créanciers) ont été introduites avec la transposition de la directive *Restructuration et insolvabilité*.

Il s'agit d'un tournant du droit français qui s'éloigne ainsi du modèle du plan imposé aux créanciers qui avait marqué les esprits et affecté la réputation de la place financière de Paris dans certaines sauvegardes médiatiques.

Les classes de parties affectées, inspirées des mécanismes du « *Chapter 11* » de droit américain, sont alignées sur les standards anglo-saxons et internationaux – tandis que les comités de créanciers pouvaient apparaître comme une figure inconnue pour les investisseurs étrangers.

Elles sont plus adaptées aux opérations de financements structurés en reflétant le rang des créances (*waterfall*) plutôt que l'identité du créancier. Elles reflètent ainsi une appréhension économique de l'entreprise, dont le sort est confié aux classes « dans la monnaie », c'est-à-dire celles qui, bien qu'ayant un intérêt économique potentiel dans la liquidation, acceptent néanmoins de consentir des efforts pour en assurer la préservation.

Enfin, l'appréciation consolidée des seuils d'application obligatoire des classes permet d'appréhender les holdings de groupe et rend leur application bien plus fréquente que celle des anciens comités de

20 Ord. n° 2021-1193, 15 sept. 2021, portant modification du livre VI du Code de commerce.

21 C. com., art. L. 628-6.

22 Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

23 Ord. n° 2021-1193, 15 sept. 2021, portant modification du livre VI du Code de commerce.

créanciers (le débiteur peut en outre solliciter leur constitution facultative en dessous de ces seuils).

Une autre innovation majeure consiste en la limitation du pouvoir de blocage des détenteurs de capital sur l'adoption du plan²⁴ à travers la constitution de classes de détenteurs de capital auxquelles peuvent être imposées, sous certaines conditions, des modifications de capital. En pratique, cette nouvelle possibilité conduit à un risque accru de prise de contrôle par la dette (*debt-to-equity swap*), y compris en sauvegarde avec l'accord du dirigeant, et ainsi à :

- la mise en jeu du rapport de force entre actionnaires historiques et créanciers dès la conciliation,
- une importance accrue des enjeux de valorisation de l'entreprise et de la vision stratégique sous-jacente.

Tout en renforçant le rôle des créanciers, l'introduction de classes de parties affectées et la possibilité d'une application forcée interclasse du projet de plan conduit, dans le même temps, à offrir au débiteur une plus grande flexibilité dans la préparation de son plan de continuation, sous réserve des conditions légales²⁵, en particulier du principe du meilleur intérêt des créanciers et de la règle de priorité absolue, protecteurs des attentes économiques des parties affectées.

Ces réformes ont ainsi renforcé l'hybridation des procédures de prévention, dont l'introduction de la sauvegarde marquait une première étape. Elles conduisent à

de nouvelles tendances et pratiques de restructuration à scruter dans les mois et années à venir :

- les deals *lender-led* : les créanciers (fonds de dette, *pools* bancaires) prennent l'initiative du schéma de restructuration (prévoyant généralement un abandon et/ou une conversion partielle des créances en capital et une gouvernance renforcée), le débiteur conservant l'initiative procédurale mais dans un cadre largement coconstruit ;
- les enjeux de financement de la procédure (*bridge*) et du retournement (*new money*) et des conditions de ces nouveaux apports (privilège du nouveau financement ou du financement intermédiaire, mais aussi potentiellement un traitement préférentiel de la *old money* – *elevation*) ;
- la pratique des *lock-up agreements* pour démontrer le « soutien suffisant » au regard des critères d'adoption du plan par les classes de parties affectées (le cas échéant par application forcée interclasse) ;
- les mécanismes de retour à meilleure fortune pour les classes auxquelles des abandons ou conversions ont été imposées et pour les détenteurs de capital, afin d'assurer un équilibre voire une équité du plan, soumis à l'examen du juge qui doit mettre en balance les intérêts en présence.

Comme pour la sauvegarde, la manière dont les entreprises utiliseront cette optionnalité et la façon dont les juridictions exerceront leur contrôle seront déterminantes pour l'équilibre futur du droit français des restructurations et la configuration des rapports de force entre les parties.

²⁴ Dir. *Restructuration et insolvabilité*, art. 12.

²⁵ C. com., art. L. 626-31 – C. com., art. L. 626-32.

La procédure de sauvegarde depuis la loi de 2005, 20 ans après

BJE202k4

Patrick SAYER

Président du tribunal des activités économiques de Paris

Vingt ans après son adoption, la loi du 26 juillet 2005 a profondément transformé le droit français des entreprises en difficulté. En substituant à une logique de sanction centrée sur la liquidation une approche fondée sur la prévention et la sauvegarde de l'activité et de l'emploi, le législateur a ouvert la voie à une mutation culturelle majeure : anticiper les difficultés avant la cessation des paiements.

La sauvegarde, première procédure collective préventive, permet au débiteur non dessaisi de conserver l'initiative du plan de restructuration, tout en gelant le passif. Parallèlement, les procédures amiables – mandat *ad hoc* et conciliation – ont connu un développement considérable, particulièrement à la suite de la crise sanitaire de 2020, durant laquelle ont été instaurés des dispositifs exceptionnels (gel de l'état de cessation des paiements, assouplissement des conciliations).

Cette évolution conjoncturelle a été suivie d'une réforme structurelle : l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, transposant la directive européenne n° 2019/1023 du 20 juin 2019, dite *Restructuration et insolvabilité*. Elle a introduit trois avancées majeures :

- la sauvegarde accélérée, conçue pour les grandes entreprises et permettant une adoption rapide du plan ;
- la protection renforcée des financements nouveaux ;
- une meilleure articulation entre procédures amiables et judiciaires.

Malgré ces modernisations, la sauvegarde reste peu utilisée : environ 2,5 % des procédures collectives seulement. Et bien que son taux de succès et de survie à dix ans soit nettement supérieur à celui du redressement judiciaire, son attractivité demeure limitée par la concurrence des procédures confidentielles, moins stigmatisantes, que sont le mandat *ad hoc* et la conciliation. Le tribunal des activités économiques de Paris (TAE) a engagé une démarche active afin de renforcer la prévention. Une délégation d'une soixantaine de juges est mobilisée pour détecter les « signaux faibles » et rencontrer confidentiellement les dirigeants. Le tribunal a également adopté une charte d'usage de l'intelligence artificielle destinée à améliorer l'identification des entreprises fragilisées. Sur le plan organisationnel, un greffe spécialisé et des chambres dédiées assurent une prise en charge rapide et personnalisée. Plusieurs pistes sont proposées pour renforcer l'usage de la sauvegarde.

Il s'agit notamment :

- d'accélérer les délais d'ouverture, afin d'éviter les effets d'éviction bancaire, commerciale et contractuelle ;

- de réduire et de rendre prévisibles les coûts de procédure, souvent alourdis par des frais annexes ;
- de renforcer la participation des créanciers à l'élaboration du plan, sous le contrôle du mandataire judiciaire ;
- de poursuivre la digitalisation de l'ensemble des démarches judiciaires et administratives.

Le développement d'une *sauvegarde simplifiée*, destinée aux petites entreprises, apparaît également comme une évolution souhaitable : une procédure courte, sécurisée, accessible après une conciliation infructueuse, et permettant d'éviter le basculement trop fréquent vers le redressement judiciaire.

Enfin, l'efficacité de la sauvegarde dépend aussi de la cohérence du suivi judiciaire entre les phases amiables et collectives, ainsi que d'une *motivation renforcée des décisions*, en particulier lorsque sont utilisées les classes de parties affectées et les mécanismes d'application forcée interclasses.

Ainsi, vingt ans après sa création, la sauvegarde reste un outil essentiel d'un droit des entreprises en difficulté moderne, préventif et orienté vers la continuité de l'activité. Le TAE de Paris, par son organisation, ses pratiques et son engagement, illustre ce renouveau de la prévention et de la restructuration.

Monsieur le premier président,

Monsieur l'avocat général,

Madame la présidente du pôle 5,

Mesdames, Messieurs les présidents de chambres et conseillers,

Mesdames, Messieurs,

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a instauré la sauvegarde comme l'un des outils du droit français des entreprises en difficulté :

Les objectifs en étaient fort simples :

- passer d'un droit centré sur la faillite et la liquidation privilégiant le désintéressement des créanciers et l'exemplarité des procédures à un droit préventif, également orienté vers la préservation de l'entreprise et de l'emploi ;
- permettre aux entreprises qui n'étaient pas encore en cessation des paiements mais qui rencontraient des difficultés sérieuses d'anticiper, de se réorganiser, négocier avec leurs créanciers ou d'autres parties prenantes.

NDA : Le style oral des propos a été conservé.

Le législateur a ainsi permis une procédure collective préalable à la constatation de l'état de cessation des paiements, qui tout en gelant le passif donnait de vrais avantages au débiteur quant à un moindre dessaisissement, la capacité d'avoir seul l'initiative du plan de restructuration ; un autre avantage relatif a depuis été supprimé, quant à son sort en tant que caution.

Indépendamment de cette procédure collective, donc publique par nature, coexistaient des procédures confidentielles, le mandat *ad hoc*, création prétorienne des tribunaux et la conciliation ainsi que des procédures relativement peu usitées, comme la sauvegarde financière accélérée...

La crise sanitaire de 2020 a mis l'accent sur les procédures préventives avec une évolution du droit et des pratiques qui doit être soulignée.

Pour répondre à l'urgence, le législateur a pris des mesures exceptionnelles dès 2020 (gel de l'état de cessation des paiements, assouplissement des conciliations et mandats *ad hoc*).

Réformes ponctuelles qui ont été prolongées par une évolution structurelle du droit.

Mais comme nous le savons tous dans cette salle, notre droit a surtout été sérieusement remanié par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021.

La transposition partielle de la directive (UE) n° 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019, dite directive *Restructuration et insolvabilité*, a introduit plusieurs innovations au sein de notre droit positif :

- la création de la *procédure de sauvegarde accélérée*, destinée aux grandes entreprises, permettant une adoption rapide d'un plan de réorganisation avec l'accord majoritaire des créanciers ;
- le renforcement de la *protection des financements* accordés pendant les procédures préventives, pour encourager les banques et investisseurs à soutenir les entreprises en difficulté ;
- une meilleure articulation entre *procédures amiables* et *procédures judiciaires*, pour fluidifier le passage d'une phase à l'autre.

Cette réforme s'inscrit dans un mouvement européen de convergence, visant à promouvoir la *prévention* plutôt que la liquidation pure et simple.

On relèvera également la suppression ou la révision de certains seuils pour que la sauvegarde accélérée soit plus largement accessible en fonction de la taille de l'entreprise.

La crise sanitaire a ainsi servi de catalyseur pour moderniser un droit parfois jugé rigide et peu adapté aux besoins de restructuration rapide des entreprises.

Au-delà des textes, la crise a profondément transformé les mentalités des dirigeants et des praticiens :

- *avant la crise*, beaucoup d'entreprises n'avaient recours aux outils de prévention que tardivement, parfois trop tard pour éviter une faillite ;
- *pendant et après la crise*, le recours aux mandats *ad hoc* et conciliations a familiarisé les dirigeants avec ces mécanismes, perçus comme des outils stratégiques de gestion financière et non plus comme un stigmate d'échec ;
- les *tribunaux de commerce*, les administrateurs et mandataires judiciaires, les avocats ont également renforcé leur rôle de conseil et d'accompagnement, contribuant à une approche plus pédagogique ;
- la diffusion d'outils de suivi et l'attention médiatique portée aux défaillances ont sensibilisé l'opinion publique et les décideurs économiques à l'importance d'anticiper.

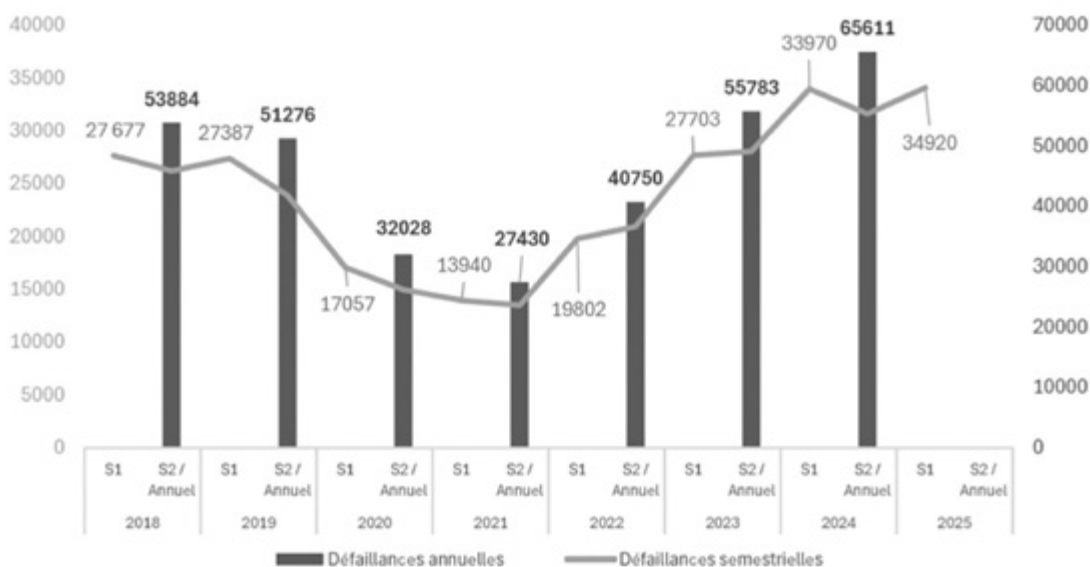
On peut également relever la mise en place des *tribunaux des activités économiques (TAE)* dans certains ressorts, afin de traiter plus efficacement les procédures du livre VI du Code de commerce dont le champ de compétence se voit étendu à l'ensemble des acteurs de la vie économiques, par exemple les associations, ce qui est une très bonne chose, même si elles n'offrent pas la même transparence que les entreprises.

Certes une exception singulière existe s'agissant des professions réglementées du droit ; de l'avis de nombre des intéressés eux-mêmes qui m'en ont fait la confiance, cette exception serait de plus en plus regrettée par ces professions.

La question qui se pose est de savoir si on assiste à une véritable mutation culturelle, la prévention étant davantage perçue comme un réflexe naturel de bonne gestion, et non plus comme l'ultime tentative avant faillite, ou si la crise sanitaire a mis en lumière un simple effet conjoncturel ?

Le fait est qu'avec la fin progressive des soutiens publics et une conjoncture internationale particulièrement détériorée (qu'il s'agisse de l'inflation, la pénurie de composants, la guerre en Ukraine, hausse des taux d'intérêt, renouveau du protectionnisme, pour ne citer que ceux-là), le nombre de défaillances a *fortement rebondi en 2023 et 2024*, dépassant même les niveaux de 2019.

En 2024, les procédures préventives (mandat *ad hoc*/conciliation) ont représenté au niveau national près de 12 % de l'ensemble des procédures préventives et collectives.



Évolution détaillée des procédures collectives depuis 2019 au niveau national

Année	2019		2020		2021		2022		2023		2024		2025	
Période	S1	Année	S1	Année	S1	Année	S1	Année	S1	Année	S1	Année	S1	Année
Sauvegardes	492	1012	416	852	377	764	566	1190	793	1553	847	1598	785	
Redressements judiciaires	7396	13707	4289	7526	3129	6522	4889	10376	7273	15404	10063	19742	10836	
Liquidations judiciaires directes	19499	36557	12352	23650	10434	20144	14347	29184	19637	38826	23060	44271	23299	
Total défaillances	27387	51276	17057	32028	13940	27430	19802	40750	27703	55783	33970	65611	34920	
Nombre total d'emplois menacés	74052	124745	65151	118388	38033	68067	47184	110797	118682	223002	101891	193179	105944	
Chiffre d'affaires global (M€)	6978	13517	11619	17072	986	8310	5305	10990	10492	27176	11797	23624	22571	

Évolution des procédures préventives depuis 2019 au niveau national

Année	2019		2020		2021		2022		2023		2024		2025	
Période	S1	Année	S1	Année	S1	Année	S1	Année	S1	Année	S1	Année	S1	Année
Mandats <i>ad hoc</i>	2248	4321	1689	3418	2021	3850	2451	4891	2360	4838	2537	5282	2532	
Conciliations	729	1467	695	1681	916	1814	1073	2393	1690	3347	1748	3660	2019	
Total	2977	5788	2384	5099	2937	5664	3524	7284	4050	8185	4285	8942	4551	

Mais, et il convient de le regretter, la procédure de sauvegarde n'a représenté que 2,5 % des procédures collectives.

Ce qui est inquiétant lorsqu'on regarde les chiffres d'un peu plus près, c'est que la sauvegarde n'a représenté en 2024 que 7,5 % du total des procédures de sauvegarde et redressement contre 6,9 % en 2019, autant dire que ça n'a pas bougé. Ce qui montre que malgré son augmentation en nombre (plus de 50 % d'augmentation), son attractivité relative reste très modeste.

Alors comment donner son essor à la procédure de sauvegarde ?

On sait que la chance de survie à 10 ans d'une entreprise ayant adopté un plan de sauvegarde est significativement supérieure à celle ayant adopté un plan de redressement.

Si l'on peut certainement rechercher à ce que les procédures amiables (conciliation, mandat *ad hoc*) se développent, la procédure de sauvegarde doit être davantage utilisée pour les dossiers nécessitant une restructuration plus longue et une mise en œuvre judiciaire.

On peut même se poser la question de la concurrence à laquelle se livrent les procédures préventives et confidentielles que constituent le mandat *ad hoc* et la conciliation d'un côté, la sauvegarde de l'autre.

Il faut donc pousser tant les procédures préventives que la sauvegarde.

S'agissant des premières, citons quelques pistes pour les renforcer :

- par la généralisation de la prévention-détection :
 - au sein du TAEP, une délégation disposant d'une soixantaine de juges et anciens juges aguerris est mobilisée à la détection des difficultés des entreprises,
 - il importe d'utiliser le maximum de signaux faibles pour inviter *et non pas convoquer*, c'est important, les dirigeants à un entretien de prévention,
 - les informations comptables, comme leur absence, sont à ce titre extrêmement pertinentes : quand les fonds propres représentent moins que la moitié du capital social ou qu'ils sont devenus négatifs, cela pose à tout le moins question, nonobstant la capacité de certaines sociétés de la nouvelle économie de se voir financer en dépit d'une situation structurellement déficitaire...
 - l'accès à l'information sur l'inscription de privilèges est également essentiel et ne saurait être soustrait à la connaissance des juridictions. À Paris, nous souhaitons également améliorer les partenariats avec les pouvoirs publics (Trésor public, Urssaf) tout en

respectant évidemment la confidentialité à laquelle nous sommes tenus,

- enfin l'IA, sur laquelle nous avons édité une charte et des lignes directrices au sein du TAE de Paris pour nous permettre de démarrer nos premiers cas d'usage, doit être un moyen nouveau et particulièrement puissant d'identification de signaux faibles...
- par une meilleure efficacité dans le cadre de la prévention-traitement :
 - au sein du TAEP, un greffe dédié et une délégation de juges désignés exclusivement dans les chambres de procédure collectives sont dédiés à la prévention traitement (mandat *ad hoc*/conciliation), ce qui permet un accueil sur mesure, une plus grande rapidité de l'accès à la procédure et ce qui garantit la confidentialité,
 - certains ont envisagé une fusion des procédures de mandat *ad hoc* et conciliation. Si je suis un partisan de la réforme en cours de simplification du livre VI, je suis personnellement opposé à cette fusion de procédures, l'une par essence souple, l'autre plus contrainte dans sa conditionnalité et sa durée, le juge disposant toutefois du pouvoir d'octroyer des délais,
 - d'autres actions sont envisageables, citons pêle-mêle :

- (i) la multiplication d'actions d'informations auprès de l'écosystème économique,
- (ii) l'allongement de la durée de la procédure de conciliation : quelle que soit la solution retenue 3 + 1 ou 4 + 4, je suis pour ma part favorable à un dispositif anti-abus qui limiterait à un maximum de 12 mois la durée cumulée d'une procédure de mandat *ad hoc* et de la procédure de conciliation qui lui ferait suite,
- (iii) la création en liaison avec les créanciers d'un plan-type de rééchelonnement du passif en conciliation, faisant pour certains le cas échéant sauter la durée maximale de 2 ans...

Mais il convient tout autant de développer la procédure de sauvegarde.

Les moyens pour y parvenir sont multiples :

- d'abord, accélérer les procédures et en particulier raccourcir les délais d'ouverture : on connaît tous les risques d'éviction de marchés, de financement bancaire, de crédit fournisseur qui résulte des procédures collectives ;
- ensuite réduire, c'est essentiel, les coûts de procédure mais également assurer leur prévisibilité en particulier lorsque se surajoutent au coût naturel des conseils de multiples frais répercutés à l'entreprise, qu'il s'agisse de conseils de créanciers, de frais d'expertise, etc.

- également renforcer le rôle des créanciers par le truchement du mandataire judiciaire dans l'élaboration du plan de restructuration ; *attention au retour suggéré par certains des comités de créanciers* ;
- enfin digitaliser et automatiser l'ensemble des démarches judiciaires et administratives.

J'aimerais par ailleurs évoquer une idée qui fait déjà son chemin : la procédure de sauvegarde accélérée est une procédure qui fonctionne car même si l'on passe par la case procédure collective, on y passe que pour un court moment et de façon particulièrement encadrée de sorte que le débiteur n'éprouve pas la crainte de l'infamie de celle-ci. Il sait que, sauf imprévu, l'ouverture de la sauvegarde accélérée qui fait suite à une conciliation doit permettre d'entériner le plan.

Or trop de procédures préventives pour des entreprises de taille moyenne mais surtout petite, parce qu'elles durent trop longtemps, parce qu'elles tangent de trop près l'état de cessation des paiements, n'ont d'autres issues que le redressement judiciaire, voire la liquidation à terme.

Il est donc essentiel que le président ou son délégué qui ouvre une procédure de conciliation fasse rapidement, en général sous deux mois, le point avec le débiteur et ses conseils.

De deux choses l'une :

- soit la difficulté envisagée ou l'importance du besoin de financement est de nature telle qu'un accord puisse être envisagé, il faut alors pousser fermement dans cette voie ;
- soit il apparaît que certains créanciers essentiels à la réussite de la restructuration ne voudront, voire ne pourront participer à un accord sans y être contraints judiciairement auquel cas il est souhaitable de mettre en œuvre le plus vite possible la préparation confidentielle d'une procédure collective qui devrait ne durer que le temps le plus court possible : c'est ainsi que germe une idée qui pourrait éventuellement prospérer à l'occasion de la réforme du livre VI : celle d'une procédure de sauvegarde simplifiée accessible aux petites entreprises. J'y suis personnellement très favorable.

Je souhaite terminer ce court exposé en insistant sur un point qui me paraît essentiel : le rôle du juge a

été complètement modifié par le bouleversement de la réforme de 2021.

En effet, les procédures semi-collectives que nous venons d'esquisser supposent un suivi, de l'audience de l'ouverture de la procédure amiable à l'audience d'arrêt du plan. Je suis de ceux qui pensent que la multiplicité d'interlocuteurs du tribunal est un obstacle au traitement efficace de ces procédures semi-collectives.

Dès lors que le président ou son délégué qui a ouvert la conciliation ne peut être juge-commissaire, selon l'article L. 621-4 du Code de commerce – règle qui s'applique également à son délégué –, il est pratiqué au TAE de Paris l'audition de ce juge par la chambre qui ouvre la procédure de sauvegarde.

L'interdiction de l'article L. 621-4 du Code de commerce trouve son origine dans la volonté de garantir l'impartialité et l'indépendance de la juridiction qui va statuer sur la procédure collective. Est-elle toujours adaptée dès lors que le président, ou son délégué, ne siège pas dans la formation de jugement ? Cette logique de muraille de Chine ne pourrait-elle pas être mise en balance par rapport à l'efficacité accrue qui résulterait d'un tel suivi dans la fonction ?

Enfin, dès lors que le juge-commissaire dans certains cas, la formation de jugement dans d'autres, fait appel au dispositif des classes de parties affectées, il est pour moi impératif que tant la décision de constitution des classes, que leur constitution, que l'utilisation du dispositif d'application forcée interclasses, que celle de ne pas affecter les actionnaires, fasse l'objet de décisions très sérieusement motivées, faute de quoi cet édifice essentiel à notre droit des entreprises en difficulté, détourné de sa finalité, serait susceptible d'un sérieux retour en arrière sous la pression du lobby constitué par les grandes banques notamment.

Cette vision transversale du juge de la conciliation à la sauvegarde, cette exigence de motivation renforcée sont le sel même qui fonde tout l'intérêt de l'office du juge en particulier au TAE de Paris.

Mesdames, Messieurs, je vous remercie.

L'essor de la prévention des difficultés des entreprises BJE202j1

François-Charles DESPRAT

Mandataire judiciaire

Président du Conseil national des administrateurs judiciaires
et des mandataires judiciaires (CNAJMJ)

Chiffres et raisons de l'augmentation des procédures de prévention.

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le premier président de nous accueillir dans cette salle d'audience magnifique et Madame Caroline Tabourot de m'avoir invité à intervenir dans le cadre de ce colloque qui est destiné à faire état du bilan de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, à travers plusieurs thèmes dont celui de la prévention. Et c'est un réel plaisir de réaliser cette intervention aux côtés du président Sayer.

La loi de 2005 a créé deux procédures que sont le mandat *ad hoc* et la conciliation. Elles permettent d'anticiper et de traiter les difficultés financières des entreprises avant qu'elles ne deviennent insurmontables et qu'un état de cessation de paiements n'apparaisse.

Ces procédures sont en pleine évolution et connaissent un certain essor. Il convient tout d'abord de donner quelques chiffres avant de tenter d'expliquer les raisons de ce développement.

I. Quelques éléments chiffrés relatifs aux procédures de prévention

Les statistiques que je vais présenter sont issues de l'Observatoire des données économiques du Conseil national ; outil précieux que nous faisons évoluer au fil des années et qui nous permet de disposer de chiffres très précis concernant les défaillances d'entreprises mais également les procédures de prévention.

Il convient de préciser que ces données sont extraites des logiciels métier de tous les professionnels administrateurs judiciaires (AJ) et mandataires judiciaires (MJ) :

- tout d'abord, les procédures de prévention ont connu une augmentation de 35 % entre 2019 et 2024. En effet 5 788 mandats *ad hoc* et conciliations ont été recensés en 2019, contre 8 957 fin 2024 ;
- cette trajectoire se poursuit en 2025 puisqu'à fin juillet, on dénombrait une progression de 5 % de ces procédures par rapport aux sept premiers mois de l'année 2024 ;
- mandat *ad hoc* et conciliation permettent de traiter des difficultés des petites entreprises mais également et surtout d'entreprises de taille moyenne,

voire significative. En effet, 25 % des procédures concernent des entreprises de plus de 10 salariés, alors que 94 % des entreprises qui connaissent une procédure collective emploient moins de 10 salariés ;

- ces statistiques sont encore trop faibles par rapport au nombre des procédures de sauvegarde (1 600 environ) ou de redressement judiciaire (plus de 19 000 en 2024) ;
- mais, et c'est un message très positif, le taux de succès des procédures de prévention est de l'ordre de 70 à 75 %, contre environ 60 % en sauvegarde et 30 % en redressement judiciaire.

Ces mécanismes d'anticipation fonctionnent donc très bien et produisent des résultats qui devraient conduire les dirigeants à se tourner encore davantage vers ces outils performants.

Quelles sont les raisons de cette réussite et de l'essor de ces procédures ?

II. Les raisons de l'essor des procédures de prévention

Je vais évoquer un certain nombre de raisons qui me semble justifier et expliquer la progression des procédures que je viens de présenter

La confidentialité. C'est certainement l'élément déterminant du succès et de la croissance de ces procédures.

Pour évoluer et se développer, une entreprise a recours à des crédits bancaires, fournisseurs. Si les difficultés sont révélées, l'entreprise a de sérieux risques de perdre son crédit et sa survie sera plus difficile.

Les fournisseurs exigeront d'être réglés au comptant, voire à la commande. Les banques peuvent rompre leurs concours. Les salariés seront inquiets du devenir de leur entreprise et chercheront à la quitter si une opportunité se présente à eux. Enfin, les clients seront plus réticents à acheter des produits ou à passer des commandes à ces entreprises, d'autant plus lorsque celles-ci ont des processus de fabrication qui nécessitent plusieurs semaines voire mois de travail. Ils souhaiteront éviter de subir l'aléa de l'éventuelle disparition de leur fournisseur en difficulté et auront vraisemblablement le réflexe de se tourner vers un autre fournisseur plus sécurisant.

La confidentialité est donc un élément prépondérant de la confiance et de la négociation qui doit se

NDA : Le style oral des propos a été conservé.

dérouler dans ce cadre préventif. Elle est attendue des personnes avec qui les discussions vont avoir lieu et notamment du dirigeant. C'est ce caractère essentiel que ses conseils peuvent mettre en avant pour le convaincre de la nécessité du recours à ces procédures.

La grande souplesse de ces procédures et en particulier du mandat *ad hoc*. Elles sont laissées à la main du dirigeant et sous le contrôle du président du tribunal qui peut en fixer la durée et le contour.

Le mandat *ad hoc* permet de traiter bien sûr des difficultés d'entreprises mais peut aussi être utilisé à d'autres fins, par exemple pour résoudre un conflit entre associés qui pénalise le fonctionnement de l'entreprise alors que celle-ci n'est pas en difficulté. C'est une procédure qui est donc ouverte à toutes sortes de situations différentes et n'est enfermée dans aucun délai contraignant.

Le Code de commerce n'a d'ailleurs consacré qu'un seul article au mandat *ad hoc* (C. com., art. L. 611-3) pour justement laisser une grande liberté à son déroulement.

La conciliation est plus contraignante notamment dans sa durée (quatre mois + un mois) et est plus encadrée dans sa finalité puisqu'elle est consacrée à la réalisation d'une négociation entre les créanciers d'une entreprise, le dirigeant et ses conseils, en présence du conciliateur.

Le rôle essentiel du professionnel nommé par le président du tribunal. Une restructuration de dettes, c'est un affrontement entre deux personnes qui représentent et défendent des intérêts différents, voire parfois contraires. C'est une négociation d'un type particulier qui est délicate et tendue.

L'arrivée d'un professionnel avec un œil neuf dans ces situations difficiles, rompu à l'art de la négociation, qui sera un élément externe au passé ou au passif existant entre les protagonistes, va permettre d'apaiser les relations entre eux.

Il va être le garant de l'autorité que lui aura confiée le président du tribunal, dans sa mission.

Il va agir comme un catalyseur d'énergie et de créativité. En effet, il va faire réagir les éléments qui sont en place, afin de les orienter vers un horizon nouveau et les pousser vers la solution qui va permettre la résolution du conflit et la réussite de la négociation.

Ce professionnel qui sera choisi en amont de l'ouverture de la procédure par le dirigeant – et c'est d'ailleurs un élément important de la confiance qui va se créer entre eux –, dispose d'un savoir-faire particulier et des clés pour réussir. Certains parmi les AJ/MJ ont d'ailleurs développé de vraies compétences et une appétence certaine pour ces procédures. Et ces man-

ats représentent une évolution très intéressante, sur le plan intellectuel, de notre métier.

C'est une médiation. Il est inutile de rappeler, dans une telle enceinte, tous les bienfaits et les mérites de la médiation. C'est un mécanisme qui fonctionne à merveille et qui réussit.

La justice, et notamment les tribunaux de commerce, ne s'y est pas trompée puisque cela fait plusieurs années que la médiation est mise en avant comme un mode de résolution des conflits qui s'avère très efficace.

La prévention, c'est une médiation dans un environnement difficile, sensible, avec des produits financiers parfois complexes, avec un médiateur choisi par l'une des parties, pour ses capacités ou ses qualités à traiter le sujet, qu'on lui a exposé en amont de sa mission.

L'incidence de la renégociation des prêts garantis par l'État. Ces démarches doivent nécessairement avoir lieu dans le cadre d'une procédure de conciliation pour que la banque conserve la garantie de l'État. On le sait, de nombreuses facilités ont été offertes dans ce cadre, pour étaler les prêts garantis par l'État (PGE) sur des durées plus longues que les quatre voire cinq années initiales. Et de très nombreux dossiers ont pu être traités dans ce schéma sécurisé et confidentiel ; ils pèsent dans les statistiques évoquées précédemment.

Des messages portés depuis de nombreuses années par plusieurs intervenants dans le traitement des difficultés des entreprises. En effet, les magistrats consulaires, les AJ/MJ, les conseils ou les différentes cellules de prévention soutiennent depuis longtemps l'intérêt du recours à ces mécanismes d'anticipation des difficultés.

On peut penser que ces messages ont été entendus et qu'une évolution positive se dessine pour l'avenir.

Le rôle des conseils proches des chefs d'entreprises est également déterminant. Ainsi, les experts-comptables et les avocats d'affaires doivent pleinement jouer leur rôle vis-à-vis de leurs clients en sachant les orienter vers les outils les mieux adaptés à chaque situation ou en les faisant rencontrer les professionnels AJ/MJ pour avoir leur avis et leur diagnostic sur l'état de l'entreprise et sur la procédure la plus adaptée à celle-ci.

Voilà me semble-t-il les raisons principales du développement récent des procédures de prévention et nul doute que ces mêmes raisons continueront de produire leurs effets à l'occasion des dossiers à venir.

En conclusion, on peut affirmer que les dispositifs de prévention créés par la loi de 2005 génèrent des effets très positifs, qui permettent de sauver nombre d'entreprises et de sauvegarder les emplois qui y sont attachés.

Il convient par exemple de souligner que ce mécanisme a été utilisé dans des affaires de taille très significative et médiatisées, telles que *Casino*, *Orpea* ou *Atos*, et a démontré toute son efficacité car ces entreprises ont pu traiter leurs difficultés dans ce cadre.

C'est donc un message très positif et d'espoir pour les dirigeants.

Tous ensemble, nous ne cesserons de leur rappeler que plus ils anticiperont leurs difficultés, plus ils auront une chance de les résoudre le mieux possible et d'assurer la survie de leur entreprise.

Enfin, il a été envisagé dans le cadre de la refonte du livre VI du Code de Commerce – et cette idée résulte notamment des travaux menés par le Conseil d'État

au printemps 2024 –, de fusionner mandat *ad hoc* et conciliation. Dans le cadre de la contribution qu'il a rendue au groupe de travail en charge de cette mission fin juillet 2025, le Conseil national des AJMJ a exprimé son désaccord sur cette suggestion.

Pourquoi réformer un dispositif qui fonctionne, qui a mis longtemps à être connu mais qui aujourd'hui se développe et qui surtout aboutit à des résultats très positifs ?

Gardons cette dualité de procédures qui ont démontré toutes les deux leur utilité et qui font le succès de la prévention !

Je vous remercie de votre attention.

Le poids des sanctions sur le dirigeant (les sanctions professionnelles)

BJE202i0

Thierry FAVARIO

Maître de conférences à Aix-Marseille Université

Membre du Centre de droit économique (UR 4224)

Sous l'impulsion conjuguée du Conseil constitutionnel, du Législateur et de la Cour de cassation, la physionomie du droit applicable aux sanctions professionnelles a profondément changé en quelques années. Un changement dont il s'agit ici de rendre compte sous la forme de « sept commandements » s'imposant désormais aux juges du fond saisis d'une demande en sanction.

Pour le dirigeant, les sanctions professionnelles prennent d'abord la forme d'une menace. Une menace *diffuse* quand l'entreprise est en difficulté ; une menace *qui se précise* quand l'entreprise est défaillante ; une menace *concrète* pour le dirigeant quand, à la recherche des solutions, succède l'examen des causes de son échec.

La pesée commencera alors : « droit au rebond » *versus* « dangerosité » du débiteur ; liberté d'entreprendre *versus* protection de l'ordre public économique. Une pesée menée par le juge tenu de se prononcer sur l'attitude future du débiteur en contemplation de son comportement passé. À l'issue de l'audience, l'alternative qui se présente est simple : le dirigeant sera-t-il un néo-entrepreneur ou un failli à durée déterminée ? Si le dirigeant supporte le poids des sanctions, c'est bien sur les épaules du juge que pèse la responsabilité d'une décision où se mêlent considérations juridiques, économiques et psychologiques. Une décision qui est la manifestation de l'exercice de son pouvoir.

Or, en vingt ans, loi et juge ont bien balisé ce pouvoir, en ligne avec l'évolution générale de la matière, plutôt favorable au débiteur. Une évolution qui, au cas particulier des sanctions professionnelles, prend la forme de sept commandements qui s'imposent ou devraient s'imposer au juge.

1° Commandement :

« Le principe de légalité criminelle tu respecteras »

« Pas de crime, pas de peine sans loi » : telle est l'expression épurée du principe de la légalité criminelle. Il résulte des articles L. 653-4, L. 653-5, L. 653-6 et L. 653-8 du Code de commerce que « l'interdiction de gérer ne peut être prononcée contre le dirigeant d'une personne morale que pour sanctionner les fautes qu'ils prévoient » : telle est sa traduction en droit de la faillite¹. Une énumération limitative de fautes, à la lettre parfois jaunie, définit le périmètre des comportements répréhensibles. Pas de sanction professionnelle en dehors de ces cas : la prévisibilité de la répression est ainsi garantie.

1 Cass. com., 18 janv. 2023, n° 21-13.647.

2° Commandement :

« L'élément moral de la faute tu caractériseras »

C'est l'adverbe « sciemment », ajouté par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour adoucir le sort des dirigeants ayant tardé à déclarer la cessation des paiements de l'entreprise² qui retient d'abord l'attention. Un ajout bienvenu qui relativise le caractère quasi scientifique que l'on attache parfois à la définition de l'état de cessation des paiements. Au-delà, l'absence de caractérisation de l'élément moral est une cause récurrente de censure des décisions des juges d'appel. La jurisprudence de la Cour de cassation le montre s'agissant du défaut de coopération du débiteur avec les organes de la procédure : souvent invoquée mais souvent disqualifiée faute d'avoir correctement établi son caractère « volontaire »³. Un élément moral encore présent lors de la caractérisation de la poursuite d'une activité déficitaire, constitutive *per se* d'une faute de gestion⁴ mais qui, pour exposer à une sanction professionnelle, doit avoir été abusive et effectuée dans un intérêt personnel⁵. Un dépoussiérage des cas de sanction professionnelle pourrait utilement se fonder sur la mise en exergue de l'élément moral de l'« infraction ».

3° Commandement :

« À la transaction tu te refuseras »

La Cour de cassation l'a affirmé avec force : les articles L. 653-1 et suivants du Code de commerce relatifs aux sanctions professionnelles ne tendent pas à la protection de l'intérêt collectif des créanciers mais à celle de l'intérêt général. Il s'agit de mesures à la fois de nature préventive et punitive. Si la transaction peut mettre fin à l'instance en paiement de l'insuffisance d'actif, elle ne peut avoir pour objet de faire échec, moyennant le paiement d'une certaine somme ou l'abandon d'une créance, aux actions tendant au prononcé d'une

2 C. com., art. L. 653-8, al. 3.

3 Par ex. : Cass. com., 24 mars 2015, n° 14-50.046 – Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-12.165 – Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-22.149.

4 Par ex. : Cass. com., 11 déc. 2024, n° 23-19.807, F-B : BJE mars 2025, n° BJE201x6, note T. Favario.

5 C. com., art. L. 653-4, 4° – Cass. com., 30 avr. 2025, n° 24-14.030 : BJE juill. 2025, n° BJE202d7, note T. Favario.

sanction professionnelle⁶. La solution doit être lue en contemplation des valeurs sociales protégées et mérite en ce sens complète approbation. Et pourtant :

- difficile de passer sous silence la dynamique en matière pénale relative à la « justice négociée » : comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) et, dans un autre registre, conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP). Pourquoi cette dynamique devrait-elle s'échouer au seuil des sanctions professionnelles ?
- difficile d'ignorer que le dirigeant qui entre dans une démarche de transaction veut en réalité clarifier l'ensemble de son statut futur, pécuniaire évidemment, professionnel également.

4° Commandement : « La parole au dirigeant en dernier tu laisseras »

Ce commandement l'est *de lege ferenda*. Nonobstant le net basculement des sanctions professionnelles dans l'orbite de la matière pénale, ces dernières continuent d'être régies par les dispositions du Code de procédure civile qui réservent au ministère public le dernier mot. Habilement, un plaideur a invoqué l'article 6, § 1, de la CESDH pour contester cette situation. Habilement mais vainement : l'exigence d'un procès équitable, issue de l'article 6, § 1, précité, n'implique pas le droit pour la personne contre qui il est demandé le prononcé d'une sanction professionnelle, ou son avocat, d'avoir la parole en dernier avant la clôture des débats⁷.

5° Commandement : « Au principe de proportionnalité tu te soumettras »

Ce fut un des marqueurs importants de l'évolution du droit des sanctions professionnelles : l'irruption du principe de proportionnalité par un important arrêt du 1^{er} décembre 2009⁸. Une sanction professionnelle peut être prononcée dès lors qu'un seul des faits prévus par les textes précités est établi. Toutefois, si la sanction infligée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, il importe, lorsque plusieurs faits sont retenus, que chacun d'entre eux soit légalement justifié. Les décisions « bancales » ne sont plus « sauvées », ce qui est heureux. Et pourtant :

- redoutable principe de proportionnalité qui, en amont, incite les praticiens et juges à une parfaite rigueur dans la qualification des fautes quitte à écarter celles douteuses et à atténuer l'effet de la démonstration de la dangerosité du débiteur ;

- déceptif principe de proportionnalité qui, en aval, ruinant la décision en son ensemble en cas de censure, impose au juge de repenser le *quantum* de la sanction... et les invite presque mécaniquement à le réduire alors que rien ne l'impose.

6° Commandement : « À l'individualisation de la sanction tu t'attacheras »

Il s'agit sans doute de l'évolution majeure de ces dernières années : visant les articles L. 653-8 du Code de commerce et 455 du Code de procédure civile, la Cour de cassation énonce que le tribunal qui prononce une mesure d'interdiction de gérer doit motiver sa décision, tant sur le principe que sur le *quantum* de la sanction, *au regard de la gravité des fautes et de la situation personnelle de l'intéressé*⁹. Cette inflexion, impulsée du sommet de la pyramide judiciaire, peine encore à infiltrer la pratique des juges du fond : trop souvent, la motivation relative au *quantum* de la sanction reste sommaire, d'un haut niveau de généralité. Par manque d'éléments ? Des censures récentes de la Cour de cassation¹⁰ devraient conduire les tribunaux à une vigilance accrue sur ce point.

7° Commandement : « En l'Homme tu auras foi... ou pas »

À la distinction de l'entreprise et de l'homme fait écho dans le prétoire la pesée des intérêts économiques et celle des âmes. La confiance est au cœur de la décision : confiance ou non dans le projet économique présenté ; confiance ou non dans l'aptitude du dirigeant à s'amender. Cela transpire de la motivation des juges, particulièrement sensibles à la prise de conscience, ou pas, par le dirigeant de ses fautes et de la probabilité qu'il puisse les répéter.

En conclusion, en vingt ans, sous l'impulsion décisive de la Cour de cassation, le droit des sanctions professionnelles a connu une profonde mutation. Une mutation dont la boussole est, sous couvert d'un basculement de la matière sous les canons de la matière pénale, l'exigence d'une rationalité et d'une intelligibilité accrue de la décision de justice :

- une exigence qui oblige magistrats et avocats ;
- une exigence, condition essentielle de toute démocratie : *la confiance en la Justice*.

⁶ Cass. com., 9 déc. 2020, n° 19-17.258, F-PB.

⁷ Cass. com., 29 sept. 2021, n° 19-25.112, FS-B.

⁸ Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-17.187 : Bull. civ. IV, n° 155.

⁹ Cass. com., 17 avr. 2019, n° 18-11.743, FS-PBI.

¹⁰ Par ex. : Cass. com., 30 avr. 2025, n° 24-14.030 : censure d'un arrêt d'appel qui a procédé « par voie de simple affirmation et sans aucune analyse, même succincte, des pièces soumises à son appréciation susceptibles de justifier ces antécédents de gestion, et sans motiver sa décision au regard de la gravité des faits retenus ».

Les dirigeants confrontés à la liquidation judiciaire de leur société craignent d'autant plus la condamnation pour responsabilité pour insuffisance d'actif que les contours de cette responsabilité originale restent relativement imprévisibles coincés entre l'allègement du poids de la faute et l'hésitation entre une finalité sanctionnatrice ou réparatrice. En d'autres termes, le poids des sanctions est un véritable enjeu au regard du droit au rebond.

1. Avant toute chose, de sincères remerciements doivent être adressés aux organisateurs de ce colloque qui permet, vingt ans après, de dresser un bilan de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, notamment en matière de sanctions.

Le poids des sanctions des dirigeants est un vaste sujet, compte tenu du temps imparti, les sanctions pénales sont écartées... Mais, même avec cette réserve, le chantier reste ambitieux...

2. La loi de sauvegarde des entreprises a atténué la sévérité des sanctions civiles¹. Les réformes ultérieures qui l'ont modifiée ont persévéré dans ce sens. Outre la restriction du périmètre des sanctions à la liquidation judiciaire, certaines d'entre elles ont disparu tandis que d'autres ont été édulcorées par les réformes successives. Ce mouvement va peut-être perdurer à l'avenir², puisque des propositions de simplification figurent dans la note rendue par le Conseil d'État le 20 juin 2024³.

Cette évolution ne peut pas occulter le fait que l'élimination des malhonnêtes, des incompetents reste nécessaire au nom de l'ordre public économique alors même que la crainte de la sanction est reconnue comme une entrave au rebond, à la reconnaissance du droit à l'erreur du débiteur. Cette peur est aussi un obstacle au développement des mesures préventives qui sont une porte d'entrée vers les procédures collectives dans l'espoir de sauver l'entreprise plutôt que la liquider. Ainsi, les sanctions sont exclues des mesures et procédures préventives (mandat *ad hoc*, conciliation, sauvegarde) afin de ne pas dissuader les dirigeants d'y recourir. Toutefois, ne pas mettre en œuvre les mesures de prévention nécessaires peut être considéré comme une faute de gestion justifiant d'engager une action en responsabilité pour insuffisance d'actif⁴.

En toute logique, la liquidation judiciaire reste le terrain de jeu par excellence de la mise en œuvre

des sanctions. D'ailleurs, d'aucuns soulignent que le recours avant l'ouverture d'une liquidation judiciaire à des mesures préventives ne devrait pas servir d'alibi pour échapper aux sanctions, ce qui a été jugé par les juges du fond au cas par cas⁵.

Ce constat, sommaire, ne saurait nous priver d'une analyse sur la responsabilité pesant sur les dirigeants, son poids fait craindre la sanction patrimoniale tandis que son originalité confère un poids singulier à la faute commise.

I. Le poids de la responsabilité

3. La loi de 2005 est en quelque sorte une loi de rupture – même si cette dernière peut paraître discrète – avec les dispositions de 1985.

Pour alléger le poids des responsabilités, la loi de sauvegarde a fait une entrée en fanfare en supprimant l'extension de la procédure au dirigeant en guise de sanction. L'obligation aux dettes sociales (C. com., art. L. 652-1) l'a remplacée un temps. Cependant, comme cette dernière s'est révélée venir en doublon avec la responsabilité pour insuffisance d'actif, par souci de rationalisation du droit des entreprises en difficulté, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 l'a supprimée.

Atténuation encore, mais en trompe-l'œil cette fois : l'exclusion de la simple négligence pour engager la responsabilité du dirigeant est posée par la loi *Sapin 2* du 9 décembre 2016⁶. Une loi pour rien, si l'on ose être provocateur, car elle ne fait qu'entériner la jurisprudence. En pratique déjà, les magistrats écartaient la mise en œuvre de la responsabilité pour insuffisance d'actif en l'absence d'une faute de gestion caractérisée.

Toutefois, le symbole est là : il faut rassurer les dirigeants en allégeant le poids de leur responsabilité dans la gestion de leur entreprise. Surenchère dans le symbole, mais position justifiée en droit compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation, cet allègement a été jugé être d'application immédiate et vaut donc pour les procédures en cours⁷.

NDA : Le style oral des propos tenus a été conservé.

1 F. Pérochon, « Sanctionner ou sauvegarder : l'évolution du droit de l'entreprise en difficulté », in B. Saintourens (dir.), *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, 2009, LexisNexis, p. 53 et s.

2 T. Favario, « Réformer et simplifier les sanctions : *festina lente* », BJE juill. 2025, n° BJE2024d.

3 Note du Conseil d'État (CE, 20 juin 2024, n° 408503), spéc., n° 30 et s. qui s'attachent aux sanctions professionnelles.

4 Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-15.755 : RPC 2016, comm. 93, note A. Martin-Serf ; BJS mars 2016, n° BJS114q7, note J. Heinich.

5 Par ex., CA Douai, 18 janv. 2024, n° 20/02703 : Rev. proc. coll. 2024, n° 2, note C. Delattre.

6 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016.

7 Cass. com., 2 oct. 2024, n° 23-15.995, F-B : BJE nov. 2024, n° BJE201r8, note T. Favario ; D. 2024, Actu, p. 1716 ; Rev. sociétés 2024, p. 745, obs. P. Roussel Galle.

4. La responsabilité pour insuffisance d'actif tout en prenant des faux-semblants de responsabilité de droit commun conserve son originalité, oscillant entre punition et indemnisation.

Cantonnée, elle ne peut être mise en œuvre que dans le cadre d'une liquidation judiciaire depuis l'ordonnance de 2008.

Exclusive de toute responsabilité de droit civil, elle en est un faux-ami : il faut une faute, un lien de causalité et un préjudice... mais chacune de ces conditions s'avère particulière. Vingt ans après la loi de 2005, la responsabilité pour insuffisance d'actif reste à mi-chemin entre le répressif et l'indemnitaire. Elle est marquée par un principe de proportionnalité aux multiples facettes et par un important pouvoir souverain des juges du fond, on pense ici à l'appréciation de la faute de gestion, au *quantum* de la sanction. Bref, le poids de la faute et le poids de la réparation continuent de peser sur la responsabilité des dirigeants qui peuvent craindre d'être poursuivis.

II. Le poids de la faute

5. La faute ne peut pas être dissociée du lien de causalité qui relève de la théorie de l'équivalence des conditions puisque l'article L. 651-2 du Code de commerce dispose que la faute de gestion établie doit avoir *contribué* à l'insuffisance d'actif⁸.

6. La faute de gestion⁹ ne connaît pas de définition légale. Comme le souligne la doctrine autorisée, « la faute du dirigeant s'apprécie par référence à la conduite d'un dirigeant d'une personne morale similaire, normalement prudent, diligent et actif »¹⁰. L'irrégularité la plus souvent retenue reste l'absence de déclaration en cessation des paiements dans le délai légal de 45 jours. La faute est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation se contente d'un contrôle de qualification et de motivation permettant la prise en compte de l'immense variété des situations. En outre, sachant que la poursuite n'est pas obligatoire, on peut comprendre que le caractère passablement imprévisible de la responsabilité pour insuffisance d'actif inquiète les dirigeants. Sous cet angle, le choix de la loi *Sapin 2* de 2016 d'introduire une exception à la poursuite d'un diri-

geant qui n'a commis qu'une simple négligence mérite d'être accueillie favorablement.

Le poids de la faute se trouve apparemment allégé par cette réforme... Mais là encore il faut se méfier du trompe-l'œil car la jurisprudence refusait déjà de qualifier une négligence de faute de gestion... Or cette nouvelle notion peut nourrir le contentieux. On peut s'interroger de concert avec Madame le professeur Pérochon « sous la loi *Sapin*, un cadeau de Noël pour le dirigeant fautif ? »¹¹. Cette exclusion de la négligence n'est-elle pas plutôt un cadeau empoisonné en raison des incertitudes qu'elle entraîne ? En tout cas, elle n'est pas un cadeau pour les juges ! La jurisprudence de la chambre commerciale commence tout juste à en définir ses contours en précisant que l'on ne peut pas réduire « l'existence d'une simple négligence à l'hypothèse dans laquelle le dirigeant a pu ignorer les circonstances ou les situations ayant entouré sa commission »¹². Quoi qu'il en soit par une décision de cassation pour manque de base légale, en date du 2 octobre 2024, il est rappelé que les juges du fond doivent vérifier si la faute reprochée n'est pas une négligence grave¹³. Ainsi, même en l'absence de déclaration en cessation des paiements, il convient de s'assurer qu'elle ne procède pas d'une simple négligence, comme le rappelle la Cour de cassation dès le 5 février 2020¹⁴.

7. Cet aménagement légal de la faute caractérisant l'insuffisance d'actif s'insère dans le schéma de la proportionnalité introduit par la jurisprudence en 2009¹⁵ qui énonce : « Il importe, lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ». Ce principe est reconduit depuis et vaut pour la simple négligence. Comme le souligne la doctrine éclairée, cela implique que « chaque faute de gestion imputée devrait être passée au tamis de la simple négligence »¹⁶.

8. Le poids de la faute, en dépit de la simple négligence ne semble pas avoir changé. Il reste l'exigence

11 BJE janv. 2017, n° BJE114c8.

12 Cass. com., 3 févr. 2021, n° 19-20.004 – Cass. com., 2 oct. 2024, n° 23-15.995 rappelant que la cour d'appel doit caractériser une faute de gestion qui ne soit pas une négligence grave.

13 Cass. com., 2 oct. 2024, n° 23-15.995, F-B : BJE nov. 2024, n° BJE201r8, note T. Favario ; Act. proc. coll. nov. 2024, n° 19, alerte 230, note J. Vallansan.

14 Cass. com., 5 févr. 2020, n° 18-15.062 : JCP E 2020, 1310, note M. Rakotovahiny ; BJS mai 2020, n° BJS120t2, note L. Fin-Langer ; Rev. proc. coll. 2021, comm. 83, note A. Martin-Serf ; RJDA 5/2020, n° 284, obs. A. Tehrani – Cass. com., 3 févr. 2021, n° 19-20.004 : JCP E 2021, 1288, note J. Gallois ; Act. proc. coll. 2021, alerte 74, obs. A. Diesbecq ; BJS avril 2021, n° BJS121x5, note E. Mouial-Bassilana ; Rev. proc. coll. 2021, comm. 83, note A. Martin-Serf ; D. 2021, p. 1069, note D. Caramalli et A. Alle ; LPA 23 avr. 2021, n° LPA160n4, note M.-L. Dinh.

15 Cass. com., 5 déc. 2009, n° 08-21.906.

16 BJE juill. 2020, n° BJE117u2, note T. Favario, ss Cass. com., 26 févr. 2020.

8 Pour un exemple d'application, Cass. com., 25 mars 2020, n° 18-21.841 : « Le dirigeant d'une personne morale [peut] être condamné à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif dès lors que la faute de gestion qu'il a commise a contribué à cette insuffisance, sans qu'il y ait lieu de déterminer la part de celle-ci imputable à sa faute », BJE sept. 2020, n° BJE118a6, obs. T. Favario.

9 Sur la complexité de la faute de gestion, Rép. com. Dalloz, V° Sanctions, E. Mouial-Bassilana.

10 JCl. Sociétés, fasc. 41-52, V° Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises. – Effets à l'égard des dirigeants sociaux. – Sanction patrimoniale. Conditions d'exercice et résultats de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, spéc. n° 22, A. Martin-Serf.

toujours renouvelée de caractériser l'existence et la preuve du lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif¹⁷. La réitération systématique de cette dernière condition est rassurante pour le dirigeant poursuivi car l'action achoppe souvent sur l'établissement du lien de causalité¹⁸ ; le poids de la responsabilité disparaît alors.

En revanche, une fois la responsabilité pour insuffisance d'actif établie, elle laisse apparaître le poids de la réparation.

III. Le poids de la réparation

9. C'est peut-être là que se niche la plus grande originalité de la responsabilité pour insuffisance d'actif. Le pouvoir souverain du juge est renforcé car, d'une part, il peut décider ou non de poursuivre même en présence d'une faute de gestion et, d'autre part, il évalue le *quantum* de la sanction en fonction de la gravité des fautes de gestion dans la mesure du plafond que représente l'insuffisance d'actif. Ce point marque une rupture nette avec le principe de droit civil de la réparation intégrale indépendamment de la gravité de la faute et seulement en fonction de l'évaluation du préjudice¹⁹.

10. Le tout est mâtiné de l'application du principe de proportionnalité²⁰ qui renforce la dimension répressive²¹ de la responsabilité pour insuffisance d'actif dont on peut se demander si sa nature est sanctionnatrice ou réparatrice²². Cet entre-deux pose difficulté car il empêche d'appréhender clairement cette responsabilité spécifique. Un auteur résume avec brio ce constat : « Quel rôle attribuer à la responsabilité pour insuffisance d'actif ? Réparer le préjudice causé aux créanciers du débiteur failli ? Sanctionner les comportements que réprouve la morale des affaires ? À en croire la jurisprudence, sans doute les deux à la fois. Et c'est là que le bât blesse : réparer et punir sont deux choses différentes. Espérer qu'un mécanisme puisse remplir les deux fonctions est donc illusoire. Pire encore, c'est courir le risque d'en altérer la compréhension profonde »²³.

11. Au-delà de cette spécificité de la responsabilité pour insuffisance d'actif, le juge exerce une sorte de « pouvoir modérateur »²⁴ dans l'évaluation du *quantum* de la sanction car il peut « tenir compte de la gravité des fautes de gestion commises, de ses capacités contributives »²⁵. Ainsi, sur ces deux aspects, la liberté d'appréciation laissée aux juges du fond conduit à de grandes disparités entre les décisions rendues au premier et second degré de juridiction. Rechercher la proportionnalité entre la gravité de la ou des fautes de gestion et le montant de la condamnation suppose des solutions au cas par cas. Le principe de proportionnalité empêche tout contrôle de la Cour de cassation dans la mesure où il implique une appréciation factuelle étrangère à son office. Cependant, à défaut de critères objectifs pouvant encadrer cette appréciation, toute prévisibilité du *quantum* de la sanction est mise à mal. Il en résulte une insécurité juridique dommageable, il serait judicieux d'introduire quelques critères objectifs à l'image de ce qui se fait pour les sanctions professionnelles.

12. Pour ce qui est de la prise en compte, sans aucun fondement textuel, sauf indirectement par référence à l'article L. 651-4 du Code de commerce, par certaines juridictions de la situation personnelle du dirigeant, elle introduit encore plus d'incertitudes et achève la rupture avec la responsabilité de droit civil qui exclut toute prise en compte de la situation patrimoniale de l'auteur du dommage²⁶. Il est notable qu'une décision de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 2025²⁷ précise : « Si le tribunal, faisant application de ce texte, doit apprécier le montant de la contribution du dirigeant à l'insuffisance d'actif de la société en fonction du nombre et de la gravité des fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, il n'est pas tenu de prendre en considération le patrimoine et les revenus du dirigeant fautif. ». Ainsi, répondant au pourvoi d'un dirigeant jugé responsable de l'insuffisance d'actif, la haute cour rappelle le lien de causalité entre le nombre et la gravité des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif pour fixer le *quantum* de la condamnation. Puis répondant au moyen qui dénonçait l'absence de prise en compte de la situation patrimoniale du dirigeant en cause, elle souligne que la cour d'appel n'est pas tenue de prendre en considération le patrimoine et les revenus du dirigeant fautif. Le caractère facultatif d'une telle prise en compte patrimoniale du dirigeant est au mieux confirmé au pire implicitement condamné.

17 Pour un exemple de ce rappel, Cass. com., 18 mai 2022, n° 19-25.606 : BJE sept. 2022, n° BJE200s2, note T. Favario.

18 Rép. com. Dalloz, V^e Sanctions, E. Mouial-Basilana, n° 99.

19 E. Mouial-Basilana, « Responsabilité pour insuffisance d'actif : retour sur l'exigence de proportionnalité », BJS nov. 2023, n° BJS20215.

20 Principe salué par le Conseil constitutionnel pour juger conforme à la constitution l'article L. 651-2 du Code de commerce qui écarte tout risque d'arbitraire en raison du contrôle de la Cour de cassation, cons. 10, v. Cons. const., QPC, 26 sept. 2014, n° 2014-415.

21 P. Nabet, « Le principe de proportionnalité s'invite dans le droit des procédures collectives », LPA 8 avr. 2010, p. 3.

22 E. Mouial-Basilana, « Responsabilité pour insuffisance d'actif : retour sur l'exigence de proportionnalité », BJS nov. 2023, n° BJS20215.

23 S. Pellet, note ss Cass. com., 17 juin 2020, n° 18-11.737, RDC déc. 2020, n° RDC117e4.

24 L'expression est celle de Rép. com. Dalloz, V^e Sanctions, E. Mouial-Basilana, n° 104.

25 Rép. com. Dalloz, V^e Sanctions, E. Mouial-Basilana, n° 104.

26 E. Mouial-Basilana, « Responsabilité pour insuffisance d'actif : retour sur l'exigence de proportionnalité », BJS nov. 2023, n° BJS20215.

27 Cass. com., 1^{er} oct. 2025, n° 23-12.234.

Cet élément d'appréciation du montant de la condamnation reste évoqué par certains auteurs de manière marginale²⁸, mais il éclaire sous un autre jour la responsabilité pour insuffisance d'actif qui apparaît être une action plus indemnitaire que répressive permettant d'envisager, par ce recul de l'emprise de l'ordre public économique, les moyens dont disposent les dirigeants pour échapper au poids de cette responsabilité. On pense d'abord à l'assurance de ce risque mais aussi à une possible transaction.

13. Du bilan, on passe à la prospective, mais elle prend nécessairement comme point de départ le droit positif. Évoquer l'assurance du risque de la responsabilité pour insuffisance d'actif et envisager une transaction oblige à revenir sur la qualification juridique duale de cette responsabilité hors du commun.

14. Envisager de s'assurer suppose de qualifier la responsabilité pour insuffisance d'actif de régime d'indemnisation des créanciers. Un tel choix emporte des conséquences : comme le souligne la doctrine, si le caractère indemnitaire l'emporte, alors le dirigeant devrait indemniser intégralement les créanciers du préjudice subi²⁹. Par suite, le patrimoine personnel du dirigeant ne peut plus être protégé : en rupture totale avec la philosophie présidant en l'avènement de l'entrepreneur individuel, en opposition frontale avec le droit des sociétés qui limite la responsabilité des dirigeants et en affaiblissant l'attractivité des procédures préventives. Mais une fois anéantie, la sanctuarisation du patrimoine personnel, la possibilité de se protéger par l'assurance trouve alors tout son intérêt.

La chambre commerciale par une décision du 10 mars 2021³⁰ ne ferme pas cette possibilité puisqu'elle précise que le liquidateur qui agit en responsabilité pour insuffisance d'actif contre le dirigeant d'une société mise en liquidation judiciaire est recevable à exercer une action directe contre l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable dès lors que les conséquences de cette responsabilité ne sont pas exclues du contrat d'assurance. Une telle affirma-

tion implique que la responsabilité pour insuffisance d'actif serait de nature indemnitaire et serait assurable. L'indemnisation du préjudice devient assurable par les dirigeants, ce qui ouvre la porte à une indemnisation intégrale dont le plafond constitué par l'insuffisance d'actif pourrait être discuté, tout comme la prise en compte des seules fautes de gestion antérieures au jugement d'ouverture³¹... Consacrer une possible assurance de la responsabilité pour insuffisance d'actif conduit à clarifier sa qualification juridique. On pourrait y voir une action indemnitaire, ce faisant, on ouvre de nouvelles perspectives.

15. *Quid* de la transaction ? Elle n'est envisageable que si la responsabilité pour insuffisance d'actif est qualifiée d'action indemnitaire et non de répressive pour assurer le respect de l'ordre public économique... or ce choix n'est formulé ni par le législateur ni par la jurisprudence qui ne doit pas s'y substituer.

Si, en pratique, il semble que les hypothèses se multiplient ancrant toujours davantage la responsabilité pour insuffisance d'actif dans sa fonction indemnitaire, elle reste en principe interdite. La transaction permet de tenir compte des capacités de règlement du dirigeant hors assurance. Elle permet de s'assurer de recouvrer le montant de l'indemnité, même réduit, immédiatement sans recourir à des procédures de recouvrement longues et onéreuses.

Il faut choisir entre punir au nom de l'ordre public économique ou indemniser au nom de la réparation du préjudice subi par les créanciers... La transaction a été écartée en application de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985. Les textes restent inchangés entre la loi de 1985 et la loi de 2005... Et pourtant la question de la transaction se pose sans oublier qu'elle était acceptée sous l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967³². Dès lors que l'on accepte de voir dans la responsabilité pour insuffisance d'actif une action indemnitaire, tout est possible... mais le prix à payer est une clarification évitée jusque-là par le législateur et par le juge à propos de la nature juridique de la responsabilité pour insuffisance d'actif...

28 E. Mouial-Bassilana, « Responsabilité pour insuffisance d'actif : retour sur l'exigence de proportionnalité », BJS nov. 2023, n° BJS20215. L'auteur se sert d'une innovation de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 qui permet désormais au dirigeant de société de demander l'ouverture d'une procédure de surendettement sur le fondement de l'article L. 711-1 du Code de la consommation. La condamnation pour insuffisance d'actif serait une dette professionnelle pouvant caractériser une situation de surendettement.

29 S. Pellet, note ss Cass. com., 17 juin 2020, n° 18-11.737, RDC déc. 2020, n° RDC117e4.

30 Cass. com., 10 mars 2021, n°s 19-17.066 et 19-12.925, F-P, sur avis conforme de l'avocat général C. Henry : Act. proc. coll. 2021, n° 108, obs. M.-L. Coquelet ; LEDEN juin 2021, n° DED200c2, obs. K. Lafaurie ; BJS juin 2021, n° BJS200c6, note L. Fin-Langer ; BJE mai 2021, n° BJE200a4, note T. Favario ; RPC 2021, n° 156, obs. A. Martin-Serf.

31 « Seules des dettes nées avant le jugement d'ouverture peuvent être prises en compte pour la détermination de l'insuffisance d'actif », Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14.291.

32 Rép. com. Dalloz, V° Sanctions, E. Mouial-Bassilana, n° 112.

Constat en matière de procédures collectives par le ministère public de cour d'appel

BJE202i6

Christophe DELATTRE

Avocat général à la cour d'appel de Paris

Magistrat inspecteur régional

Docteur en droit

Chercheur associé au centre René Demogue de l'université de Lille

Christophe Delattre, avocat général à la cour d'appel de Paris depuis le 1^{er} septembre 2025 et ayant en charge le contentieux des procédures collectives traité par les chambres 5-8 et 5-9, procède à plusieurs constats sur lesquels il est important de revenir.

I. Les conditions d'ouverture d'une procédure collective sur requête du ministère public ou sur l'assignation d'un créancier

Il m'apparaît indispensable de rappeler que l'ouverture d'une procédure collective n'est pas une simple formalité¹ mais passe par la caractérisation stricte de la notion de cessation des paiements en précisant le montant du passif exigible et celui de l'actif disponible afin de les rapprocher². Cela repose sur une démonstration juridique stricte et donc par une décision motivée. Il me semble normal que le dirigeant, dont l'entreprise est placée en procédure collective, en connaisse les raisons par une décision claire et motivée, ce qui est la moindre des choses.

Ainsi, toute ouverture passe par la nécessaire caractérisation de la cessation des paiements par le demandeur mais également par le tribunal qui doit statuer par un jugement motivé.

Depuis mon arrivée, le parquet général de la cour d'appel de Paris a été saisi de nombreuses demandes d'arrêt de l'exécution provisoire de jugements d'ouverture d'une procédure collective frappés par un défaut de caractérisation de l'état de cessation des paiements et de motivation. Dans de nombreux dossiers, j'ai émis un avis favorable à la demande d'arrêt d'exécution provisoire et le premier président a rendu une ordonnance de suspension de l'exécution provisoire.

Ma position se justifie par l'absence de caractérisation de l'état de cessation des paiements en raison du manque d'information sur l'actif disponible³, empêchant d'opposer le passif exigible à l'actif disponible. Ces deux composantes doivent faire l'objet d'une analyse précise⁴. Étant précisé qu'à plusieurs reprises, le tribunal s'est appuyé sur l'existence d'inscription de privilèges, lesquels n'ont jamais caractérisé un état

de cessation des paiements. Enfin, le rôle du ministère public de cour d'appel est de rappeler le cadre légal. Cela aurait pu être différent si le tribunal avait eu recours à une enquête préalable, or bien souvent, aucune enquête préalable n'est ouverte nonobstant les préconisations de la conférence générale des juges consulaires⁵, ce qui serait pourtant une nécessité surtout quand le débiteur est absent⁶. De plus, cela permettrait d'instaurer un débat contradictoire et de « peaufiner » la notion de cessation des paiements sans se contenter de la seule créance du créancier poursuivant.

Cela sans compter que le tribunal :

- hors la présence du dirigeant, n'hésite pas à fixer la date de cessation des paiements à 18 mois en arrière sans préciser à cette date le montant du passif exigible et celui de l'actif disponible en contradiction avec l'article L. 631-8 du Code de commerce qui précise que le tribunal fixe la date de cessation des paiements après avoir sollicité les observations du débiteur ;
- ouvrir une procédure de liquidation judiciaire *ab initio* sans démontrer que le redressement est manifestement impossible en contradiction de l'article L. 640-1 du Code de commerce.

Depuis mon intervention au cours de ce colloque, je citerai deux décisions postérieures rendues par le premier président de la cour d'appel de Paris :

- dans une première décision, le tribunal va ouvrir, hors la présence du dirigeant absent, sans enquête préalable, sans caractérisation de la date de cessation des paiements, une liquidation judiciaire *ab initio*. Le premier président va suspendre l'exécution provisoire⁷ ;
- dans une seconde décision, sept jours après, dans un contexte identique au précédent dossier, la solution sera similaire pour aboutir à la suspension de l'exécution provisoire⁸.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

1 C. Delattre, « L'ouverture d'une procédure collective n'est pas une simple formalité ! », BJE nov. 2024, n° BJE201r7.

2 Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-22.166 – Cass. com., 27 sept. 2017, n° 15-27.276 – Cass. com., 11 avr. 2018, n° 16-24.275.

3 Parfois même sans avoir le moindre élément sur le passif exigible et l'actif disponible.

4 Cass. com., 1^{er} oct. 2025, n° 24-18.835 : LEDEN nov. 2025, n° DED203m5, note R. du Plantier.

5 Conférence générale des juges consulaires de France (CGJCF, fiches n°s C120, C130, C140 et C160).

6 CA Douai, ch. 2, sect. 1, 4 nov. 2021, n° 21/00793 : Rev. proc. coll. 2021, n° 143, note C. Delattre.

7 CA Paris, 5-9, 16 oct. 2025, n° 25/13911 : LEDEN nov. 2025, n° DED203m2, note C. Delattre.

8 CA Paris, 5-9, 23 oct. 2025, n° 25/15261.

Tant le ministère public de cour d'appel que le premier président ont adressé un message clair sur les conditions d'ouverture des procédures collectives aux juridictions consulaires.

Un tel constat est grave pour le sauvetage des entreprises ainsi que des salariés. En effet, si le dirigeant peut interjeter appel du jugement et concomitamment saisir le premier président aux fins de suspendre l'exécution provisoire du jugement querellé, en raison de l'engorgement des deux chambres, l'ordonnance de suspension intervient trop tard (plusieurs mois après) puisqu'entre-temps le liquidateur a dû licencier les salariés pour leur prise en charge par l'AGS (15 jours, 21 jours ou 1 mois selon les cas en application de l'article L. 3253-8 du Code du travail), les locaux ont été rendus et le stock vendu ou restitué au créancier revendiquant. Quel est intérêt de l'autoriser à reprendre son activité alors qu'il n'a plus rien ? Récemment, après avoir ouvert un redressement dans des conditions identiques à celles précitées, lors de l'audience de référé, le conseil et son client ont indiqué se désister de l'appel et de la saisine du premier président. Le dirigeant indiquait ne plus pouvoir poursuivre son activité car ses clients s'étaient rapprochés de ses concurrents. Il en découlait 36 licenciements et une ordonnance de désistement en date du 16 octobre 2025. Cela démontre que l'ouverture d'une procédure collective est une étape cruciale pour l'entreprise et que cela doit être traité avec rigueur.

On ne peut liquider judiciairement une entreprise sans un minimum de vérification de la part des premiers juges. Cela passe par une décision motivée avec une démonstration juridique sérieuse. L'enjeu est trop important et les conséquences humaines trop graves, tant pour le chef d'entreprise que les salariés.

Je citerai un autre exemple, et non des moindres, tout à fait révélateur du rôle du ministère public de cour d'appel en sa qualité de véritable acteur économique au sauvetage des entreprises fragilisées.

En l'espèce, une entreprise est judiciairement liquidée. Le dossier permettra de constater plusieurs points classiques rencontrés en pratique :

- convocation d'une entreprise aux fins de résolution du plan et ouverture d'une liquidation judiciaire ;
- accusé de réception revenu avec la mention : erreur d'adressage (donc l'entreprise n'avait pas été touchée)⁹ ;
- entreprise et dirigeant sont donc absents lors de l'audience et non représentés ;
- sans recourir à une enquête préalable ;

– sans caractériser la cessation des paiements : si le tribunal avait connaissance du passif exigible en raison de la saisine du commissaire à l'exécution du plan au titre d'un dividende impayé, il n'avait aucun élément sur l'actif disponible ;

– le tribunal de commerce va cependant, dans une telle configuration, ouvrir une liquidation judiciaire sans pouvoir caractériser l'actif avec exécution provisoire de sorte que le liquidateur, à juste titre, a engagé la procédure de licenciement de dix salariés afin de permettre leur prise en charge par l'AGS.

On ne peut que s'étonner de la situation et de cette décision notamment parce que le président d'audience en préparant celle-ci aurait dû réagir faute de citation régulière de l'entreprise. En réalité, l'entreprise n'avait pas changé d'adresse et le commissaire à l'exécution du plan écrivait à cette adresse. La poste n'avait pas été diligente dans la recherche de cette entreprise. Malgré cela, le tribunal a ouvert la procédure.

L'entreprise va interjeter appel et, concomitamment, saisir le premier président aux fins d'obtenir la suspension de l'exécution provisoire.

La position de la cour d'appel de Douai :

Acte I : CA Douai, ord. réf., 1^{er} prés., 3 sept. 2024, n° 24/00148¹⁰ :

Par ordonnance de référé, le premier président va ordonner l'arrêt de l'exécution provisoire conformément à l'avis du ministère public de cour d'appel. La décision va tomber la veille de l'envoi des lettres de licenciements par le liquidateur. Cette issue procédurale repose principalement sur une pièce communiquée contradictoirement par le ministère public de cour d'appel obtenue auprès du greffe du tribunal : l'accusé de réception de la convocation du greffe à l'entreprise revenue avec la mention « erreur d'adressage ».

Acte II : CA Douai, 13 févr. 2025, n° 24/04200¹¹ :

Au fond, la cour va annuler le jugement querellé selon la motivation suivante :

- « En application des articles 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, 14 et 16 du Code de procédure civile, L. 641-1 et L. 621-1 du Code de commerce, à peine de nullité du jugement, le tribunal ne peut statuer sur l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire qu'après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur.
- En l'espèce, l'accusé de réception de la convocation adressée par le greffe du tribunal de commerce de

⁹ Quelle que soit la mention portée sur l'accusé de réception, y compris celle reprenant le terme « non réclamé – retour à l'expéditeur », l'absence de signature du destinataire ne vaut pas notification de l'acte, Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-00.881.

¹⁰ CA Douai, 3 sept. 2024, n° 24/00148 : BJE nov. 2024, n° BJE2017, note C. Delattre.

¹¹ CA Douai, 2^e ch., 1^{er} sect., 13 févr. 2025, n° 24/04200 : BJE mai 2025, n° BJE202b8, note C. Delattre.

Lille Métropole le 1^{er} août 2024 pour l'audience du 21 août 2024 porte la mention "défaut d'accès ou d'adressage", de sorte que la société Papillon n'a pas été valablement convoquée et n'a pas pu être en mesure de débattre contradictoirement de l'affaire.

- Dès lors, la saisine des premiers juges étant irrégulière, il convient d'annuler en toutes ses dispositions le jugement rendu par le tribunal de commerce de Lille Métropole le 21 août 2024 ».

L'entreprise va justifier à la cour, relevés de comptes à l'appui, qu'elle disposait d'un actif disponible tant à la date de l'audience de première instance qu'au stade de l'appel en raison du caractère évolutif de la notion de cessation des paiements. Ces éléments chiffrés auraient été obtenus dans le cadre d'une enquête préalable.

Ainsi, dans cette procédure, l'action du ministère public de cour d'appel a permis d'éviter la liquidation judiciaire d'une entreprise *in bonis* et le licenciement de dix salariés.

Cela met en exergue le rôle économique incontestable du ministère public de cour d'appel dans le sauvetage des entreprises fragilisées ainsi que des contrats de travail.

II. L'évolution constante du rôle du ministère public et du ministère public de cour d'appel

Concernant les perspectives de modification envisageables des textes. L'action du ministère public est en constante évolution depuis près de 50 ans¹². Le législateur a souhaité qu'il puisse intervenir et exercer ses prérogatives tout au long de la procédure. Seul le mandat *ad hoc* lui est inconnu.

Dans tous les cas, au regard des enjeux économiques, financiers, salariaux colossaux et le risque de dérive bien réel, l'intervention du ministère public et du ministère public de cour d'appel est indispensable.

Un groupe de travail sur la simplification du droit des procédures collectives a été constitué en mai 2025. Auditionné par le groupe de travail, j'ai indiqué que si des améliorations pouvaient être envisagées, cela ne pouvait se faire au détriment de l'action du ministère public et du ministère public de cour d'appel en ce qu'ils sont les garants de l'ordre public économique et du respect du cadre légal tant en première instance qu'en appel. Le dispositif légal actuel leur permet de quadriller la procédure même si cela est parfois compliqué faute de magistrat en nombre suffisant¹³.

12 C. Delattre, *Le ministère public et la prévention des difficultés des entreprises*, 2025, L'Harmattan, Logiques juridiques, spéc. n° 20 à 40.

13 C. Delattre, *Le ministère public et la prévention des difficultés des entreprises*, 2025, L'Harmattan, Logiques juridiques, spéc. n° 20 à 40.

Son intervention n'est guère aisée procéduralement et la chambre commerciale de la Cour de cassation vient de rappeler récemment les conséquences de l'absence de communication de son avis : « En statuant ainsi, alors qu'il ne résulte ni des mentions de l'arrêt, ni du dossier de procédure que cet avis a été communiqué aux parties et que celles-ci ont pu y répondre utilement, la cour a violé les textes susvisés » et la cour de prononcer une cassation¹⁴. Il s'agit d'un nouveau rappel à l'ordre de la chambre commerciale¹⁵. Cela fait reposer une responsabilité également sur les épaules du greffier dans la retranscription des débats mais également des magistrats du siège rédacteurs de la décision à venir¹⁶.

Le ministère public doit avoir la capacité de donner des avis éclairés et il doit être considéré comme une aide à la prise de décision pour les magistrats du siège. Il est également le seul à bénéficier d'actions attitrées : la période d'observation exceptionnelle même si la chambre commerciale a pu estimer que « ne commet pas d'excès de pouvoir le tribunal qui prolonge exceptionnellement, pour une durée n'excédant pas six mois, la période d'observation en l'absence de demande du ministère public ou en dépit de l'opposition de celui-ci »¹⁷, la révocation du contrôleur¹⁸, l'éviction du dirigeant par la cession forcée de ses parts¹⁹, sans oublier les multiples voies de recours notamment quant à l'ouverture d'une conciliation.

III. Mandat *ad hoc* et conciliation

Je rebondis sur les propos de Maître Valérie Leloup-Thomas quant à la nécessité de ne pas fusionner le mandat *ad hoc* et la conciliation.

En ce qui me concerne, ces deux procédures sont différentes notamment quant aux conditions d'ouverture : cessation des paiements, pas de cessation des

14 Cass. com., 10 sept. 2025, n° 24-16.324 : JCP E, commentaire C. Delattre, *à paraître*.

15 Cass. com., 27 sept. 2017, n° 16-19.549 – Cass. com., 27 sept. 2017, n° 16-16.955 : JCP E 2018, 1047, note C. Delattre – Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-20.509 – Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-13.009 – Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25.818 : JCP E 2018, 1033, note C. Delattre ; v. également C. Delattre, *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, 2018, Joly éditions, n° 69 à 119, EAN : 9782306000861.

16 C. Delattre, « Le rôle du greffier et du tribunal dans la retranscription des débats », BJE sept. 2015, n° BJE112k1.

17 Cass. com., 13 déc. 2017, n° 15-50.051 : C. Lebel, « Conditions de la prolongation exceptionnelle de la période d'observation », Lexis 360, dossier d'actualité, 18 janv. 2018 ; X. Delpech, « Retour sur l'excès de pouvoir en droit des procédures collectives », Dalloz actualité, 10 janv. 2018 ; C. Delattre, « Poursuite exceptionnelle de la période d'observation et excès de pouvoir », Act. proc. coll. 2018, n° 33 et 35.

18 T. com. Grenoble, 21 janv. 2020, n° 2019F2324 : BJE nov. 2020, n° BJE118f6, note C. Delattre.

19 Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-15.305 : Bull. civ. IV, n° 86 ; BJE juill. 2013, n° BJE110b3, note T. Favario ; Act. proc. coll. juin 2023, repère 44, note C. Delattre.

paiements ? durée, contrôle par le parquet et voie de recours (limité à la conciliation)²⁰.

Le mandat *ad hoc* est plus flexible et bien souvent il constitue les prémices d'une conciliation.

À ce jour, le législateur a souhaité que le ministère public intervienne en conciliation (notamment avant l'ouverture pour donner son avis sur la rémunération du professionnel dont la désignation est envisagée mais surtout, comme l'a admis la jurisprudence, pour contrôler les conditions d'ouverture)²¹.

N'oublions pas que le mandat *ad hoc* et la conciliation sont des procédures judiciaires dès lors que leur ouverture repose sur la décision du président du tribunal judiciaire, du tribunal des affaires économiques ou du tribunal de commerce. Dès lors, il faut en respecter les conditions et, notamment pour la conciliation, vérifier que l'état de cessation des paiements est bien inférieur à 45 jours. C'est l'office du président et sa responsabilité.

Des abus ont été constatés en pratique et sanctionnés par la jurisprudence, notamment en présence de la multiplicité des mesures préventives alors qu'elles n'apparaissent pas adaptées²². Dans cette hypothèse, pourquoi s'obstiner à y recourir, ce qui retarde d'autant plus le traitement des difficultés par une procédure adaptée ? Surtout, la jurisprudence a pu considérer que le cumul de procédures préventives a souvent permis de masquer la réalité de la situation financière dégradée et de favoriser la poursuite d'une activité déficitaire, ce qui conduit à rechercher la responsabilité du dirigeant²³. L'intéressé n'est pas, dans ces procédures, sous la protection du président, des professionnels désignés, dès lors qu'il reste à la tête de son entreprise²⁴.

Finalement, c'est lui qui peut être rattrapé par le volet des sanctions, et il ne comprend pas : on lui recommande fortement de recourir aux procédures préventives, il en fait et sa responsabilité est, *in fine*, recherchée et bien souvent établie et sanctionnée. Le lien entre prévention et sanction a clairement été

admis et sanctionné en jurisprudence²⁵. Le professeur François-Xavier Lucas y voit « la conséquence de ne pas réagir à la survenance de difficulté »²⁶.

L'ère de la prévention ne peut justifier l'ouverture d'une procédure préventive en dehors du cadre légal mais également inadaptée aux difficultés de l'entreprise²⁷.

Ceci m'amène immédiatement à considérer que le ministère public devrait également être informé de l'ouverture d'un mandat *ad hoc* afin de vérifier les conditions d'ouverture et la rémunération envisagée.

Il est vain d'agiter « le chiffon rouge » et de prétendre que l'intervention du ministère public à ce stade serait un frein. En effet, le respect du cadre légal est la ligne directrice que suit le magistrat du ministère public, lequel est assujéti, comme toutes les parties, à la confidentialité qu'il respecte. Cette ligne doit être la même pour le président qui ouvre la procédure. Seul celui qui ne respecte pas la loi doit craindre le ministère public.

Je ne connais pas un parquetier en France qui soit contre les mesures préventives, dès lors qu'elles respectent le cadre légal et permettent le sauvetage de l'entreprise défaillante.

IV. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif : la tendance qui consiste à envisager une transaction au stade de l'appel : est-ce possible ?

En l'état actuel de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, une transaction n'est pas possible après une condamnation au stade de l'appel²⁸.

L'article 2044 du Code civil dispose : « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ».

Qui dit transaction dit concessions réciproques. Cela signifie que si l'on décide de s'orienter vers ce processus de transaction, il faut être certain que ce n'est pas un moyen pour le dirigeant poursuivi et sanctionné de minimiser sa contribution. Dès lors, il m'apparaît

20 IFFPC, Vade-mecum : la procédure de conciliation, 2025 ; C. Delattre, *Le ministère public et la prévention des difficultés des entreprises*, 2025, L'Harmattan, Logiques juridiques, spéc. n° 187 à 246.

21 C. Delattre, « Le ministère public organe de contrôle de la procédure de conciliation », Rev. proc. coll. 2017, étude 15 ; C. Delattre, « Les points de contrôle dans la procédure de conciliation : la répartition des rôles entre le président et le ministère public », Rev. proc. coll. 2021, étude 9 – CA Toulouse, 2^e ch., 11 juill. 2018, n° 18/01977, 18/01978 et 18/01980 : JCP E 2018, 1413, note C. Delattre.

22 CA Versailles, 13^e ch., 13 nov. 2018, n° 18/02009 – CA Versailles, 13^e ch., 13 nov. 2018, n° 18/02012 – CA Versailles, 13^e ch., 13 nov. 2018, n° 18/02008 : JCP E 2019, 1162, note C. Delattre.

23 CA Versailles, 13^e ch., 13 nov. 2018, n° 18/02009 – CA Versailles, 13^e ch., 13 nov. 2018, n° 18/02012 – CA Versailles, 13^e ch., 13 nov. 2018, n° 18/02008 : JCP E 2019, 1162, note C. Delattre.

24 Cass. com., 17 juin 2020, n° 19-10.341 : Rev. proc. coll. 2020, n° 141, note C. Delattre.

25 C. Delattre, « Le contrôle de la conciliation par le ministère public et le lien entre prévention et sanction », Rev. proc. coll. 2028, étude 3.

26 F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, 6^e éd., 2025, PUF, n° 16.

27 J. Lavoit, « Prévention, procédure collective, savoir choisir sa procédure », Revue Décideurs stratégie, réorganisation et *restructuring* 2023, p. 11 ; C. Delattre, « Prévention ou procédure collective ? Quel choix pour le chef d'entreprise », Rev. proc. coll. 2024, focus 10.

28 Cass. com., 5 nov. 2003, n° 00-11.876 – Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19.488 – Cass. com., 2 nov. 2005, n° 04-13.086 – Cass. com., 24 mars 2009, n° 07-20.383.

indispensable qu'il communique des informations utiles sur sa situation patrimoniale. Cela repose sur la loyauté des débats. Cela ne peut s'envisager qu'avant toute décision en première instance.

La condamnation pécuniaire doit être en corrélation entre les fautes de gestion, leur importance, leur gravité, l'insuffisance d'actif.

Cette tendance à transiger résulte d'un constat.

Les décisions de sanctions pécuniaires au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif visée à l'article L. 651-2 du Code de commerce ne sont pas exécutoires car trop lourdes. Mais il faut peut-être se poser une question : ces sanctions pécuniaires sont-elles bien préparées par les demandeurs à l'action (ministère public, liquidateur) ?

La difficulté repose sur l'absence de recours, le plus souvent, des demandeurs aux articles L. 651-4 et R. 651-5 du Code de commerce qui permettent de connaître la surface financière du dirigeant et de prendre, le cas échéant, des sûretés sur les biens pour garantir une éventuelle condamnation²⁹.

La chambre commerciale de la Cour de cassation vient de préciser que le tribunal n'a pas à tenir compte du patrimoine ainsi que des revenus du dirigeant poursuivi pour le condamner au titre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif³⁰. Toutefois, d'une part, cet arrêt n'a pas été rendu dans le cadre d'une transaction et, d'autre part, comment le tribunal peut-il considérer que le dirigeant fait un réel effort dans la contribution qu'il propose sans ces éléments et que les conditions de l'article 2044 précité sont bien réalisées ? Dans son commentaire sous l'arrêt précité, Pascal Rubellin conclura : « Moralité ? transiger avant condamnation ».

Une action en responsabilité pour insuffisance d'actif se prépare. En l'espèce, ce dispositif précité

des articles L. 651-4 et R. 651-5 du Code de commerce, qui n'est pas une obligation, n'est pas, bien souvent, mis en œuvre par les professionnels, ou très rarement. Mais comment s'assurer qu'une transaction n'est pas viciée alors ?

La cour d'appel de Toulouse³¹, qui a eu à statuer dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, a relevé que le dossier était vide d'information sur la consistance patrimoniale du dirigeant : « Sans préjudice de ce que la cour décidera en ce qui concerne l'existence de fautes de gestion et le principe de responsabilité, il est indispensable, dans l'éventualité où la cour retiendrait cette responsabilité et estimerait qu'une condamnation au paiement s'impose, que M. Y produise aux débats tous éléments utiles sur sa situation personnelle, familiale et patrimoniale actuelle (soit montant de ses revenus, avis d'imposition, précision sur les sociétés qu'il dirige actuellement, patrimoine immobilier...) ».

Enfin petit rappel, si l'on s'interroge sur la transaction dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, certains tentent d'englober dans le périmètre de la transaction les sanctions professionnelles. Autrement dit, est-il possible de régler une somme d'argent contre abandon de la sanction professionnelle ? Les mesures de faillite personnelle/interdiction de gérer ne tendent pas à la protection de l'intérêt collectif des créanciers de la procédure collective mais à celle de l'intérêt général dès lors qu'il s'agit de mesures à la fois de nature préventive et punitive.

L'objectif recherché par ces sanctions est d'écarter un dirigeant malhonnête et/ou incompétent afin de protéger le tissu économique et que ses errements dans sa gestion n'entraînent pas dans sa chute d'autres entités. Dès lors, la chambre commerciale de la Cour de cassation a écarté la possibilité d'y recourir³².

29 C. Delattre, « Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (articles L. 651-4 et R. 651-5 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2010, étude 2.

30 Cass. com., 1^{er} oct. 2025, n° 23-12.234 : *LEDEN* nov. 2025, n° DED203m7, note P. Rubellin.

31 CA Toulouse, 2^e ch., 13 avr. 2022, n° 21/01798 : *JCP E* 2022, 1333, note C. Delattre.

32 Cass. com., 9 déc. 2020, n° 19-17.258 : *Act. proc. coll.* 2021, n° 29, note C. Delattre.

Caroline TABOURET

Conseillère à la cour d'appel de Paris

L'exercice des voies de recours s'accorde mal avec les procédures collectives qui doivent répondre à des enjeux d'efficacité et de célérité. À l'heure où il est question de refonte du livre VI du Code de commerce, il conviendrait de simplifier ou de clarifier certains points de procédure aux fins de sauvegarder au mieux l'entreprise en difficulté. Cet article esquisse modestement des propositions de réforme à partir de constats issus de la pratique de la cour d'appel.

1. Les voies de recours et, de manière plus générale, les règles de procédure sont souvent délaissées lors des réformes du droit des entreprises. Pourtant, il est largement admis que le droit des entreprises se concilie mal avec le droit commun de la procédure civile. En effet, le droit des entreprises doit répondre à des enjeux de célérité et d'efficacité, souvent peu compatibles avec l'exercice de voies de recours. Le conflit entre le besoin de célérité de la procédure et la préservation du droit à un recours ou, plus largement, à l'accès au juge doit être réglé, sans pour autant sacrifier les seconds au premier. Récemment, pourtant, on ne peut que regretter que la réforme majeure du régime des nullités en droit des sociétés ait occulté ce type de problème en refusant d'ouvrir une procédure à bref délai ou à jour fixe, par exemple quand il s'agit d'annuler des actes ou délibérations sociales qui ont une importance capitale pour la société. *Quid* de l'enjeu d'un appel relatif à la nullité d'un apport partiel d'actif ou d'une fusion, recours qui est suivi en circuit long, et qui sera peut-être audiencé plusieurs années après l'opération de restructuration litigieuse ? Comme l'a déjà souligné à maintes reprises le professeur Nathalie Fricero, « l'exercice par le juge d'une magistrature économique conduit à une objectivisation du traitement de l'entreprise qui obéit parfois à sa propre logique de célérité et d'efficacité »¹.

2. En droit des procédures collectives, les voies de recours peuvent compromettre la réussite d'un plan ou même son adoption². Très tôt, le législateur a heureusement été conscient qu'il fallait limiter les voies de recours et adapter les règles du droit judiciaire privé en fonction des particularités de la matière, car la sauvegarde de l'entreprise en dépendait³. La nature par-

ticulière du contentieux l'a ainsi obligé à aménager le droit commun, pour l'adapter aux enjeux substantiels poursuivis, et à opter le plus souvent pour un circuit court⁴. L'appel a ainsi été limité à certaines personnes et à certaines décisions et encadré par des délais brefs (dix jours à compter en principe de la notification de la décision). La Cour de cassation en est, elle aussi, parfaitement consciente et participe aussi à limiter le droit d'appel en cette matière⁵. Récemment en se fondant expressément sur « l'objectif de célérité de la procédure collective », elle a ainsi jugé que le technicien nommé par le juge-commissaire, au sens de l'article L. 621-9 du Code de commerce, était un expert au sens de l'article L. 661-6, I, 1°, du même code et a ainsi fermé la voie de l'appel au débiteur⁶.

3. Même si des efforts ont été déployés, on ne peut que regretter l'absence de lisibilité du régime des voies de recours en cette matière. Il est si difficile de dégager une ligne claire dans l'interprétation des textes que certains professionnels de la matière s'y perdent et la doctrine n'hésite pas à dénoncer cette complexité⁷. Après la loi de sauvegarde, Jean-Pierre Remery a pu mettre en exergue « une tendance à la sophistication et aux solutions détaillées qui éloigne la réglementation des voies de recours en cette matière de la simplicité et de la généralité – sans doute apparentes – qui paraissent résulter de leur organisation en droit commun »⁸. Un remaniement des textes est souhaitable et il faut espérer que la réforme tant attendue du livre VI puisse cette fois-ci s'emparer du sujet et remettre à plat l'ensemble des textes relatifs aux voies de recours et profiter de cette occasion pour véritablement en clarifier le régime⁹.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

1 N. Fricero, « Procédure civile et droit des entreprises en difficulté », in P. Roussel Galle (dir.), *Entreprises en difficulté*, 2012, LexisNexis, p. 433 et s. ; N. Fricero, « La procédure civile dans les procédures collectives : entre clarification et bouleversement... », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, n° H3532, p. 16.

2 Comme l'a remarqué Pierre Cagnoli, la spécificité de la matière est telle que « le droit des procédures collectives est certainement la seule branche du droit dans laquelle un justiciable est contraint de faire appel à un tribunal. Certes, dans d'autres matières, le recours au juge est parfois nécessaire à la réalisation des droits substantiels des particuliers. Tel est le cas en matière gracieuse, où le législateur subordonne l'efficacité d'un acte juridique à l'intervention du juge. Cependant, les sujets de droits restent libres de renoncer à saisir le juge, c'est-à-dire libres de ne pas exercer leurs droits subjectifs » (*Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, 1999, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 368, préf. T. Le Bars, n° 11).

3 La loi du 28 mai 1838 est la première législation à avoir introduit des dispositions spécifiques en ce sens (J. Bédarride, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. 3, 5^e éd., 1874, Makaire, p. 233, n° 1176).

4 Compte tenu de l'exigence de célérité propre aux procédures collectives, le schéma applicable est généralement celui de la fixation à bref délai par l'article 905 du Code de procédure civile. Cela signifie que le président de la chambre saisie fixe à bref délai l'audience à laquelle l'affaire sera appelée.

5 Plus largement, la haute cour a admis la spécificité de cette procédure et, à propos de la péremption d'instance, elle a jugé que « la péremption d'instance a pour objet de sanctionner le défaut de diligence des parties [de sorte que] la procédure collective, dont l'ouverture est imposée par la loi dans certaines conditions, ne constitue pas une instance au sens de l'article 386 [du CPC] » (ss Cass. com., 10 janv. 2006, n° 03-14.923).

6 Cass. com., 3 juill. 2024, n° 23-13.008 : *Rev. proc. coll.* 2024, comm. 142, note P. Cagnoli.

7 Récemment David Lemberg-Guez a pu faire ainsi plusieurs propositions de réforme très intéressantes (D. Lemberg-Guez, « Proposition de simplification du régime des voies de recours en droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2025, n° 4, étude 6).

8 J.-P. Remery, « Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises », *JCP E* 2009, I 129, n° 1.

9 Une complexité vient notamment de ce que l'article R. 662-1 du Code de commerce renvoie sauf dispositions contraires au droit commun, et que ce dernier est parfois peu compatible avec le droit des procédures collectives.

4. Modestement, au vu du temps imparti, trois propositions seront faites eu égard au contentieux florissant dans les chambres spécialisées de la cour d'appel de Paris. La première porte sur les recours relatifs aux ordonnances du juge-commissaire.

I. Proposition sur les voies de recours en matière d'ordonnance du juge-commissaire

5. **Recours unique.** Le constat est celui d'un manque de cohérence entre les textes et d'une disparité de régimes. Les voies de recours contre les ordonnances du juge-commissaire sont ainsi différentes selon que l'on statue sur le relevé de forclusion, l'admission des créances, l'existence d'une instance en cours, sur l'incompétence... Il en résulte que certaines ordonnances du juge-commissaire, comme celles par exemple qui portent sur les revendications en application de l'article R. 621-21 du Code de commerce, bénéficient d'un triple degré de juridiction alors que d'autres sont directement soumises à un recours devant la cour d'appel¹⁰. Une certaine uniformité serait peut-être – sûrement – souhaitable... D'autant que le régime se complexifie à un niveau supérieur lorsqu'il s'agit d'un recours exercé par un tiers... David Lemberg-Guez prône ainsi l'instauration d'un recours unique, commun aux parties et aux tiers, qui serait une voie de réformation exercée directement devant la cour d'appel¹¹. Une telle réforme serait la bienvenue, tant cette disparité de régimes paraît peu fondée.

6. **Contestation sérieuse ou pas.** À côté de ce recours unique, il ne faudrait pas oublier l'objectif de célérité qui doit, selon nous, être l'aiguillon du législateur en la matière. Les recours contre les ordonnances du juge-commissaire statuant sur l'admission ou le rejet d'une créance font partie du quotidien des chambres spécialisées. Sans parler d'engorgement, il y a lieu de faire un constat plutôt désolant du fait que ces actions sont totalement incompatibles avec le critère de célérité qui doit animer la matière. Nous pensons à un exemple très concret qui vient d'être plaidé, il y a quelques jours à la cour. Dans cette espèce, une créance avait été déclarée en 2019 pour plus de 9 millions d'euros, ce qui constituait la majorité du passif. La société débitrice la contestait et le juge-commissaire rendait une ordonnance de rejet en décembre 2020. S'ensuivaient un appel puis un pourvoi en cassation, qui, accueilli, provoquait un retour devant la cour d'appel ce mois-ci aux fins de statuer sur le point de savoir si une contes-

tation sérieuse était soulevée – ce qui n'est donc pas de la compétence du juge-commissaire. Plus de six ans après la déclaration de créances, les parties demandent en substance que l'affaire soit renvoyée au fond devant le tribunal des activités économiques de Paris et le litige va pouvoir durer encore des années en revenant sûrement devant la cour... Entre-temps, le plan de redressement a été adopté en mai 2021... On peut dès lors légitimement s'interroger sur l'intérêt d'avoir adopté un tel plan quand le sort de la créance principale n'a pas encore été fixé et ne le sera pas encore... Ce type de contentieux n'est pas rare et la réforme devra, je l'espère, s'interroger sur l'opportunité de renvoyer au fond après plusieurs années d'errance judiciaire. Ne faut-il pas se demander si la contestation sérieuse ne devrait pas être tranchée dès le départ ? L'idée serait peut-être que celui qui fait valoir une contestation sérieuse saisisse le juge-commissaire qui devra la trancher, éventuellement en collégialité sur cette question. Ou encore que la cour d'appel saisie d'un appel puisse trancher une contestation sérieuse¹². Cela évitera des allers-retours incompatibles avec l'adoption d'un plan plusieurs années auparavant.

II. Proposition relative au recours contre les jugements d'ouverture

7. **Recours dilatoire sanctionné.** Au sein de notre cour, on ne compte plus le nombre de recours exercés par des dirigeants qui agissent ès qualités pour s'opposer à la liquidation judiciaire ou au redressement de leur société. L'affaire est entièrement rejugée devant nous et, parfois, le dirigeant n'apporte aucun élément nouveau ou sérieux de réformation. Il veut seulement exercer son droit d'opposition et parfois tenter de soutenir l'insoutenable, ne comprenant pas toujours qu'une procédure de redressement puisse être salvatrice. C'est parfois aussi l'occasion d'un (faux ?) bras de fer entre le dirigeant et un mandataire judiciaire qu'il n'a pas choisi. Les organes de la procédure comme le mandataire judiciaire, voire l'administrateur judiciaire, se constituent parfois et engagent dès lors nécessairement des frais d'avocats. On regrette que l'on ne puisse jamais sanctionner le dirigeant qui a agi abusivement et a finalement augmenté le passif postérieur de la société, puisque les frais de justice des organes de la procédure seront à la charge de la société, déjà bien souvent en graves difficultés. Il est en effet impossible pour le juge de condamner la partie perdante au paiement de l'article 700 du Code de

10 Sous réserve des cas dans lesquels le juge-commissaire statue en dernier ressort au regard de la valeur de la créance (C. com., art. L. 624-4).

11 D. Lemberg-Guez, « Proposition de simplification du régime des voies de recours en droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2025, n° 4, étude 6.

12 Puisque la Convention européenne des droits de l'Homme ne reconnaît pas de droit à un double degré de juridiction (CEDH, 17 janv. 1970, n° 2689/65, *Delcourt c/ Belgique*), il ne serait pas nécessaire que cette question soit soumise à un tel double degré.

procédure civile, puisque le dirigeant agissant *ès qualités*, c'est la société débitrice – qui va déjà payer les frais de justice des organes de la procédure – qui serait condamnée. Malheureusement, certains dirigeants en abusent et multiplient les incidents, appels suspensifs et contentieux divers qui ne font qu'augmenter le passif postérieur de la société. Pour y remédier, plusieurs propositions peuvent être émises : limiter l'appel aux dirigeants en leur nom propre (s'ils succombent, ils pourraient être condamnés sur le fondement de l'article 700) ; condamner l'appel dilatoire du dirigeant agissant *ès qualités* (en indiquant que, dans ce cas-là, le dirigeant pourrait être condamné personnellement sur le fondement de l'article 700) ou encore lors d'une procédure en responsabilité pour insuffisance d'actif, ajouter que le dirigeant pourra être condamné aux frais de justice qu'il a engagés *ès qualités* sans fondement pour s'opposer au bon déroulement de la procédure collective. Cela aurait sûrement pour effet de filtrer quelque peu ce contentieux abondant.

III. Proposition afférentes aux recours sur la composition des classes de parties affectées en sauvegarde accélérée

8. La sauvegarde accélérée s'inscrit parfois dans le cadre d'une stratégie d'entreprise visant à faire passer en force un plan. Cette sauvegarde passe nécessairement par la composition et la répartition des créanciers en classes de parties affectées. La composition de ces classes est d'une importance primordiale car le poids d'un créancier peut se trouver dilué en fonction de son classement. Et la cour est parfaitement consciente que la multiplication des classes pourrait favoriser l'adoption du plan. Récemment, dans des dossiers majeurs, plusieurs recours ont été exercés par des créanciers se plaignant de la composition des classes de parties affectées. L'adoption ultrarapide du plan de sauvegarde accélérée a du mal en pratique à s'articuler avec l'exercice de voies de recours.

9. Certes, le législateur a prévu des délais très courts puisque l'appel est possible sous 5 jours, et que la cour d'appel doit statuer sous 15 jours. Ces délais paraissent certes compatibles avec l'exigence de célérité, mais il s'avère qu'ils sont en pratique peu réalistes. En effet, le temps que le dossier soit transmis à la chambre chargée de l'affaire par le greffe central, s'écoule sou-

vent un délai de 5 jours. Il reste dès lors 5 jours pour convoquer les parties (tout en respectant le principe de la contradiction) et rendre un arrêt... La plupart du temps, les délais sont impossibles à tenir, au vu de l'importance du dossier et du fait que les parties souhaitent (on le comprend) conclure et répondre aux conclusions adverses. On ne pourrait sérieusement décider de ne pas respecter dans ce cas le principe de la contradiction.

10. Heureusement, aucune sanction n'est expressément prévue, si la cour ne respecte pas ce délai. Cependant, le retard peut conduire à l'échec pur et simple de la sauvegarde accélérée et les créanciers mécontents de la répartition initiale peuvent « jouer la montre »... En effet, tant que la cour d'appel n'a pas rendu son arrêt, aucun projet de plan ne peut être soumis. Or, les délais de la sauvegarde ne sont pas interrompus. Et certains de ces délais sont incompressibles, puisque le projet de plan doit être adressé aux classes de parties affectées par l'administrateur dans un délai compris en principe entre 30 et 20 jours avant la date prévue pour le vote¹³. Également, la date butoir des 4 mois doit être respectée car si le tribunal n'arrête pas le plan de sauvegarde accélérée dans un délai maximum de 4 mois¹⁴, point de sauvegarde accélérée, ce qui veut dire également que dans l'hypothèse où la cour d'appel considérerait qu'il y a une mauvaise répartition, il n'y aurait pas le temps de faire une nouvelle proposition de composition, l'appel du créancier encore mécontent fera de toute façon échec au plan qui ne pourra plus être adopté dans les délais. Face à cela, on comprend que certaines cours d'appel aient décidé de se prononcer sur la régularité de la composition des classes de parties affectées en même temps que l'appel sur le plan de sauvegarde mais est-ce véritablement conforme aux textes... ? Aussi, soit le législateur confortera cette pratique, soit il pourrait admettre que la composition des classes relève de la libre appréciation de l'administrateur judiciaire et qu'il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours.

¹³ Ce délai est certes susceptible d'être modifié par le juge-commissaire à la demande du débiteur ou de l'administrateur sans pouvoir être inférieur à 15 jours (C. com., art. L. 626-30-2, al. 4).

¹⁴ Deux mois en principe.

Les améliorations envisageables du droit des entreprises en difficulté

BJE20219

Valérie LELOUP-THOMAS

Mandataire judiciaire, Selafa MJA Paris

Membre du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires (CNAJMJ)

Administratrice de Droit & Commerce

Vingt ans après la loi de sauvegarde, la simplification du droit des entreprises en difficulté demeure un enjeu majeur. Alors que s'ouvrent de nouvelles réflexions autour du livre VI du Code de commerce, deux thèmes structurants s'imposent : la fusion possible du mandat *ad hoc* et de la conciliation et l'évolution du régime des sanctions pesant sur les dirigeants. Comment moderniser et clarifier l'ensemble sans en rompre l'équilibre préventif de 2005 ? Cet article examine ces pistes de simplification maîtrisée.

Vingt ans après la loi de sauvegarde, la réflexion sur les améliorations envisageables du droit des entreprises en difficulté demeure d'une remarquable vitalité.

Les pistes sont multiples, mais deux thèmes concentrent aujourd'hui l'attention et cristallisent les débats : l'opportunité de fusionner le mandat *ad hoc* et la conciliation, d'une part, et la modernisation du régime des sanctions applicables aux dirigeants, d'autre part.

Ces deux sujets, à première vue distincts, traduisent en réalité une même ambition : rendre le droit plus lisible et plus efficace sans en trahir l'esprit.

Il s'agit, dans la continuité de la philosophie de 2005, de promouvoir un droit de la prévention et de la responsabilité : anticiper plutôt que sanctionner, accompagner plutôt que stigmatiser.

I. Mandat *ad hoc* et conciliation : deux outils complémentaires

Les arguments en faveur de la fusion. L'idée de fusion entre mandat *ad hoc* et conciliation séduit par sa simplicité apparente. Unifier le régime des procédures amiables offrirait un cadre plus homogène et plus lisible pour les entreprises. Le Conseil d'État y voit une façon de clarifier le droit et d'alléger le corpus normatif.

Les raisons du maintien de la dualité. Pourtant, la pratique démontre la pertinence du maintien des deux dispositifs. Le mandat *ad hoc*, d'une grande souplesse, se distingue par sa confidentialité totale et l'absence d'intervention du ministère public. Il permet d'aborder une diversité de situations : résolution de conflits d'associés, préparation stratégique, négociation ciblée avec les créanciers ou encore pré-pack cession. Cette flexibilité explique son succès.

Les deux procédures s'articulent d'ailleurs harmonieusement. Le mandat *ad hoc* peut constituer une première phase de dialogue avant qu'une conciliation plus formelle ne vienne consolider l'accord. Supprimer cette complémentarité reviendrait à affaiblir la logique préventive de la loi.

La question des délais de conciliation. L'idée d'un allongement de la conciliation – aujourd'hui limitée à cinq mois (quatre plus un) – suscite également des débats. Un délai plus long pourrait faciliter certaines négociations complexes, mais il risquerait aussi de diluer la dynamique de la procédure. La contrainte temporelle constitue un levier de pression essentiel incitant les créanciers à s'engager rapidement. Un assouplissement excessif pourrait nuire à l'efficacité de l'outil et s'écarter des standards internationaux, qui privilégient des restructurations rapides.

Une simplification par ajustement. Plutôt qu'une fusion totale, une simplification raisonnée est envisageable : clarifier le rôle du ministère public, adapter les conditions de levée de la confidentialité, ou encore repenser la terminologie¹. Ces ajustements permettraient de renforcer la lisibilité du dispositif tout en préservant sa souplesse.

II. Moderniser le régime des sanctions applicables aux dirigeants

Vers un dispositif plus lisible et proportionné. La modernisation du régime des sanctions (faillite personnelle, interdiction de gérer, responsabilité pour insuffisance d'actif) doit concilier exigence de responsabilité et encouragement au rebond.

Supprimer la faillite personnelle et adapter l'interdiction de gérer. La faillite personnelle, dont la connotation infamante apparaît anachronique, pourrait être supprimée au profit d'une interdiction de gérer modulable selon la gravité des fautes. Une telle évolution moderniserait la terminologie, réduirait la stigmatisation et renforcerait la cohérence du dispositif. Une réduction du délai d'action (de trois ans à un an) limiterait l'incertitude qui pèse sur le chef d'entreprise et favoriserait le rebond entrepreneurial des dirigeants de bonne foi.

Favoriser la transaction en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif. En matière de sanction

1 « Procédure d'anticipation des difficultés », « mandat préventif ».

pécuniaire, la possibilité de transiger dans le cadre des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif pourrait être étendue.

À ce jour, la transaction n'est envisageable que si aucune condamnation n'a été prononcée. Cette limitation paraît difficilement justifiable, dès lors que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif poursuit avant tout un objectif réparateur au profit de la collectivité des créanciers. Elle se prête donc naturellement à une logique transactionnelle, y compris après une décision de condamnation.

La cour d'appel de Paris s'inscrit dans cette logique en admettant la conclusion d'accords transactionnels dans le cadre d'une médiation. Cette approche présente deux avantages essentiels.

D'une part, elle permet un recouvrement plus rapide des fonds au bénéfice des créanciers.

D'autre part, elle garantit la solidité de l'accord, grâce au contrôle exercé sur la situation patrimoniale du dirigeant, voire à l'adoption de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 651-4 du Code de commerce. Le ministère public peut ainsi s'assurer de la proportionnalité de la transaction au regard de la solvabilité réelle du dirigeant.

Une évolution des textes permettant expressément la transaction même après condamnation renforcerait l'efficacité du dispositif. Elle offrirait une voie de règlement plus rapide, équilibrée et consensuelle, tout en préservant l'intérêt collectif des créanciers.

Reste alors à déterminer selon quelles modalités le produit de cette transaction devrait être réparti entre eux.

Clarifier la répartition du produit d'une transaction. La question de la répartition du produit d'une transaction conclue dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif demeure incertaine.

L'article L. 651-2 du Code de commerce prévoit, en cas de condamnation judiciaire, une répartition *au marc le franc* entre l'ensemble des créanciers. Cependant, le texte reste silencieux sur l'hypothèse d'une issue transactionnelle, ce qui conduit la pratique à adopter des solutions divergentes.

Deux approches coexistent aujourd'hui.

La première applique par analogie la règle du *marc le franc*, considérant que la transaction n'est que le prolongement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et qu'elle répond à la même logique de réparation collective.

La seconde privilégie la répartition selon *l'ordre légal des créances* et des sûretés, au motif que l'article L. 651-2, d'interprétation stricte, ne vise expressément que les condamnations judiciaires et non les transactions.

Cette dualité d'interprétation fragilise la lisibilité du dispositif.

Une clarification de la loi consacrant un régime unifié de répartition garantirait la prévisibilité et la sécurité juridique des opérations, tout en renforçant l'attractivité de la transaction comme mode de règlement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Clôture du colloque sur les 20 ans de la loi de sauvegarde des entreprises

BJE202h8

Vincent VIGNEAU

Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

Vingt ans après son adoption, la loi de sauvegarde des entreprises a profondément transformé notre approche de l'échec entrepreneurial. Née d'une ambition radicale, « transformer l'échec en rebond », cette réforme a marqué une rupture avec la logique répressive de la faillite, en plaçant la prévention, la souplesse et la protection des emplois au cœur du droit des entreprises en difficulté. Pourtant, malgré des succès indéniables, des défis persistent : accès inégal pour les TPE-PME, coûts et délais excessifs, complexité croissante des procédures. À l'heure où l'Europe pousse à l'harmonisation et où l'intelligence artificielle promet de révolutionner la détection des fragilités, ce colloque a été l'occasion de dresser un bilan lucide et de tracer des pistes pour un droit plus efficace, plus juste... et plus humain. Car, comme le rappelle Vincent Vigneau, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, « une loi, si ambitieuse soit-elle, ne vaut que par ceux qui l'appliquent ».

Un texte né d'une ambition radicale

Monsieur le premier président, Madame la procureure générale, Mesdames et Messieurs les professeurs, les avocats, les administrateurs et mandataires judiciaires,

Chers collègues, chers amis,

Il me revient l'honneur de clore ce colloque consacré aux vingt ans de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Vingt ans déjà ! Et c'est pourtant bien peu si on songe aux sœurs aînées de la sauvegarde que sont le redressement et la liquidation judiciaires et, avant elles, la faillite. Un anniversaire qui nous invite à mesurer le chemin parcouru depuis cette rupture législative, née d'une conviction simple : « transformer l'échec en rebond ».

La loi de 1985 avait déjà opéré une rupture fondamentale en rééquilibrant les droits des créanciers et les impératifs de redressement, rompre avec la logique purement répressive des anciens textes sur la faillite. Mais c'est la loi de 2005 qui a concrétisé cette révolution culturelle en systématisant la prévention et en faisant des procédures amiables, de sauvegarde ou de redressement, et non plus de la liquidation, puisqu'il est même désormais possible d'arrêter un plan de redressement après la cession totale de l'actif¹, l'horizon premier du droit des entreprises en difficulté, en permettant un chevauchement des procédures amiables et collectives, dans un but de souplesse et d'efficacité² ; la cessation des paiements n'est plus une frontière infranchissable entre les unes et les autres.

Le domaine du traitement amiable a été élargi au débiteur dont la cessation des paiements est récente tandis que le domaine du traitement judiciaire est élargi au débiteur qui ne l'est pas encore³. Le législateur de 2005 a également marqué une préférence en faveur de la réorganisation de l'entreprise sur la cession de l'appareil productif. Ainsi, dans un arrêt du 4 novembre 2014, la Cour de cassation a affirmé « qu'en application de l'article L. 631-22 du Code de commerce, les juges du fond ne peuvent examiner les offres de reprise dans le cadre d'un plan de cession qu'après avoir rejeté le plan de redressement »⁴. La loi de 2005 est enfin ancrée dans une vision purement économique en se débarrassant des derniers oripeaux de la dimension répressive que conservait encore la loi de 1985 : elle a en effet définitivement supprimé les dispositions qui permettaient jusque-là d'ouvrir une procédure collective à titre de sanction de certaines fautes du débiteur, indépendamment de sa situation financière⁵. Cette sanction est ainsi remplacée par une nouvelle forme de responsabilité civile : la responsabilité pour insuffisance d'actif. Un changement de paradigme, donc, mais moins dans les principes que dans leur traduction opérationnelle et leur ambition. Maintien de l'activité de l'entreprise, protection des emplois et désintéressement des créanciers sont devenus, plus que jamais, les boussoles de notre droit des entreprises en difficulté avec un maître mot : anticiper avant qu'il ne soit trop tard pour parvenir à une restructuration pérenne.

Pourtant, ce texte conçu pour anticiper les crises a dû s'adapter à des tempêtes imprévues : crise des *subprimes* en 2008, pandémie de Covid-19 en 2020, inflation énergétique de 2022. Il a également essuyé les plâtres d'un « chantier permanent », pour reprendre l'expression du professeur François-Xavier Lucas et a été réformé à de multiples reprises, par l'ordonnance

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

1 Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-25.046 : Bull. civ. IV, n° 64 : « La cessation d'activité d'une personne physique ne fait pas obstacle à l'adoption d'un plan de redressement ayant pour seul objet l'apurement de son passif ».

2 Gaz. Pal. 1^{er} sept. 2005, n° F6942, p. 2, note P.-M. Le Corre ; Dalloz actualité, 22 sept. 2005, note P.-M. Le Corre ; RLDA 6/2005, n° 5185, chron. R. Dammann ; Gaz. Pal. 8 sept. 2005, n° F6848, p. 50, note P.-M. Le Corre ; Gaz. Pal. 10 sept. 2005, n° F6847, p. 17, note P.-M. Le Corre ; Dict. perm. diff. entr. sept. 2005 ; RLDA 8/2005, comm. V. Vigneau ; Rev. proc. coll. 2006, n° 1, p. 13, note C. Saint-Alary-Houin ; LPA 7 févr. 2006, p. 4, note J.-L. Vallens ; RTD com. 2005, p. 849.

3 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 12^e éd., LGDJ, n° 411, EAN : 9782275151069.

4 Cass. com., 4 nov. 2014, n°s 13-21.703 et 13-21.712 : Bull. civ. IV, n° 162 ; BJE janv. 2015, n° BJE111y4, note C. Gorins.

5 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 12^e éd., LGDJ, n° 456, EAN : 9782275151069.

de 2008, les lois et ordonnances de 2010, 2014, 2016, 2019, les mesures sanitaires de 2020-2021, ou encore l'ordonnance de 2021 transposant la directive européenne de 2019. Cette effervescence législative témoigne certes d'une volonté d'adaptation, mais elle a aussi complexifié la tâche des praticiens. Ceux-ci se trouvent confrontés à des strates de textes et à des concepts exigeants, comme les *classes de parties affectées*, alors qu'ils venaient à peine d'assimiler les comités de créanciers.

Alors, ce pari a-t-il été gagné ? À quel prix ?

I. Un bilan contrasté : succès réels, défis persistants

A. Des avancées indéniables

Un changement de regard fondamental. Le chef d'entreprise ne se présente plus devant le tribunal en « failli » marqué d'infamie, mais en acteur cherchant une seconde chance. La prévention a progressé grâce à des outils comme la conciliation ou le mandat *ad hoc*.

Des mécanismes incitatifs efficaces. Ces dispositifs encouragent les chefs d'entreprise à saisir la juridiction avant la cessation des paiements, à un moment où il est encore temps de sauver l'entreprise. En demandant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le dirigeant a l'assurance de ne pas être dépossédé de son outil de travail. Cet aspect psychologique me paraît déterminant pour permettre une saisine plus rapide, et donc plus efficace, de la juridiction.

Une « boîte à outils » élargie. Le chef d'entreprise peut désormais choisir entre des procédures de conciliation qui se déroulent « hors du tribunal » (même lorsque la cessation des paiements remonte à moins de 45 jours), et des procédures judiciaires quand il n'est pas encore en cessation des paiements s'il se heurte par ailleurs à des difficultés qu'il ne parvient pas à surmonter. La faveur accordée par le législateur aux procédures amiables se manifeste notamment par plusieurs mesures qui favorisent tant le sort du débiteur, comme la faculté de lui accorder au cours de la procédure de conciliation des délais de grâce, que celui des créanciers qui ont consenti des efforts substantiels pour faciliter la survie de leur débiteur comme, par exemple, le privilège de conciliation prévu à l'article L. 611-11 du Code de commerce, ou l'interdiction faite, sauf en cas de fraude, au tribunal de reporter la date de cessation des paiements à une date antérieure à l'accord amiable de conciliation (C. com., art. L. 638-12, al. 2 et C. com., art. L. 641-1, IV) qui prémunit les créanciers contre le risque de nullité de la période suspecte. La fluidité entre les procédures s'est également améliorée : il est possible de passer aisément du mandat *ad hoc* à la conciliation, puis à la sauvegarde accélérée. Autrement dit : plus de souplesse, plus d'agilité.

Des résultats probants. Le taux de succès des procédures de sauvegarde est passé de 45 % à 62 %, et 1 200 milliards d'euros de dettes ont été restructurés depuis 2005 (Banque de France, 2024). 45 000 entreprises ont ainsi évité la liquidation (INSEE, 2024).

Indicateur	2006	2024	Évolution
Nombre de sauvegardes	120	1 850	+1 442 %
Taux de succès	45 %	62 %	+17 points
Délai moyen de traitement	8 mois	14 mois	+75 %
Coût moyen pour les PME	15 k€	42 k€	+180 %

Sources : *Annuaire statistique de la justice*, Banque de France, *Altares*

S'agissant des procédures de conciliation, les statistiques du ministère de la Justice de 2023 révèlent que 542 demandes de procédure amiable en 2022 ont abouti à 245 accords signés, soit un taux de réussite de 45 %, dont 168 ont été constatés et 77 homologués. Le rapport d'activité du Conseil national des administrateurs et mandataires judiciaires pour 2021, qui concerne non pas les demandes de conciliation mais les décisions d'ouverture, fait état, quant à lui, d'un taux de réussite de 80 %, chiffre confirmé par le rapport *Richelme* de février 2021 qui fait état d'un taux

de réussite compris entre 70 et 75 %⁶. On peut également relever que les dossiers concernés sont nettement plus importants que ceux des procédures collectives qui affectent en moyenne 2,8 emplois contre 18 en moyenne pour les procédures préventives⁷.

B. Des défis tenaces

Malgré ces progrès, des déséquilibres subsistent :

⁶ Rapport de la mission « Justice économique » au garde des Sceaux, févr. 2021.

⁷ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 12^e éd., LGDJ, n° 380, EAN : 9782275151069.

– **un accès inégal** : les TPE et PME recourent moins aux procédures de conciliation et de sauvegarde que les grandes entreprises, par méconnaissance, par crainte, ou faute de moyens. Dans une étude publiée par le président Fineschi en 2022, celui-ci observait que les procédures amiables sont demandées par « les grosses sociétés qui ont une direction juridique intégrée ou bénéficient d'un conseil juridique régulier, voire permanent. En 2020, les 115 ouvertures de ces deux procédures correspondent à un chiffre d'affaires total de 13,6 milliards d'euros et à un effectif global de 339 000 salariés, soit un chiffre d'affaires moyen par société de 118 millions d'euros et un effectif moyen de 338 salariés. À titre de comparaison, les procédures collectives ouvertes la même année concernaient des sociétés totalisant un

chiffre d'affaires de 600 autres millions d'euros et un effectif de 2 700 salariés »⁸ ;

- **des délais et des coûts encore trop élevés** : en France, une procédure dure en moyenne 14 mois (contre 9 en Allemagne), avec des retards d'attribution aux juges pouvant atteindre 6 mois dans certaines juridictions. Le coût moyen pour une PME a presque triplé depuis 2006 ;
- **une méfiance persistante** : selon l'Ifop, 22 % des chefs d'entreprise n'envisageraient pas de recourir à une procédure collective, par scepticisme (38 % des répondants) ou crainte de perdre le contrôle (19 %).

Les comparaisons avec nos voisins européens révèlent d'importantes marges de progression :

8 J. Fineschi, « Le mandat *ad hoc* et la conciliation ne sont pas assez connus des petites entreprises », Actu-juridique.fr 12 mai 2022, n° AJU004q4.

Pays	Délai moyen	Coût moyen	Taux de succès
France	14 mois	42 k€	62 %
Allemagne	9 mois	28 k€	71 %
Pays-Bas	7 mois	22 k€	78 %

Source : Commission européenne

Pourquoi un tel écart ? Plusieurs explications peuvent être avancées : une phase d'observation trop longue, des tribunaux engorgés, et une culture de l'échec encore trop ancrée.

II. La jurisprudence, l'Europe et le défi d'un écosystème sous tension

Le rôle stabilisateur de la Cour de cassation. La Cour de cassation a joué un rôle déterminant pour sécuriser le dispositif de la loi de sauvegarde dès ses premières années d'application, en clarifiant des questions stratégiques qui en conditionnaient l'efficacité. Ses arrêts fondateurs ont posé les jalons d'une interprétation équilibrée entre protection des entreprises en difficulté et droits des créanciers, deux des objectifs principaux fixés par le législateur.

Les conditions d'ouverture : une lecture pragmatique et protectrice. Dès 2007, la chambre commerciale a ancré une jurisprudence protectrice des débiteurs, en refusant d'ajouter aux textes des conditions non prévues par le législateur. L'affaire *Cœur Défense*⁹ a particulièrement marqué la jurisprudence : la Cour a établi que l'ouverture d'une sauvegarde ne saurait être refusée au motif que le débiteur chercherait à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il

justifie de difficultés insurmontables de nature à le conduire à la cessation des paiements. Cette ouverture n'est pas subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant directement l'activité économique, confortant l'esprit préventif de la réforme.

Les arrêts du 26 juin 2007¹⁰ ont confirmé que l'appréciation des difficultés doit se faire au jour du jugement d'ouverture, désamorçant les tierces oppositions abusives en limitant leur recevabilité aux moyens propres aux créanciers. Pour reprendre l'expression du professeur Corinne Saint-Alary-Houin, le tribunal exerce un contrôle de la légalité et non de l'opportunité de la mesure de sauvegarde¹¹.

L'équilibre créanciers-débiteurs renforcé. La jurisprudence a progressivement renforcé la protection des créanciers tout en préservant l'efficacité des mesures préventives. L'évolution du régime de l'inopposabilité des créances non déclarées¹² a substitué un mécanisme plus équilibré au principe initial d'extinction.

La Cour a précisé les contours du privilège des créances postérieures utiles, validant leur éligibilité même si leur utilité n'est que potentielle¹³. Sont ainsi inclus les frais de justice pour défendre les droits propres du

⁹ Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988 à 10-13.990 : Bull. civ. IV, n° 33.

¹⁰ Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-17.821 : Bull. civ. IV, n° 176 – Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20.820 : Bull. civ. IV, n° 177.

¹¹ C. Saint-Alary-Houin, M.-H. Monsérié-Bon, C. Houin-Bressant, *Droit des entreprises en difficulté*, 13^e éd., LGDJ, n° 0487, EAN : 9782275143842.

¹² Cass. com., 3 nov. 2010, n° 09-70.312 : Bull. civ. IV, n° 165.

¹³ Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-24.065 : Bull. civ. IV, n° 49 ; BJE juill. 2018, n° BJE116a1, note R. Bonhomme.

débiteur et les créances de dépens¹⁴, mais exclus les loyers d'habitation du débiteur¹⁵.

La sécurisation du financement et l'encadrement des actions. La Cour a clarifié le régime de responsabilité des créanciers en précisant que l'article L. 650-1 du Code de commerce exige non seulement la preuve d'une fraude, d'une immixtion caractérisée ou de garanties disproportionnées, mais aussi que les concours eux-mêmes soient fautifs¹⁶.

Pour éviter les actions dilatoires des contrôleurs, la Cour a posé des garde-fous stricts : action par la majorité après mise en demeure conjointe au liquidateur¹⁷ et subsidiarité en cas de carence du mandataire¹⁸.

Les innovations récentes. La jurisprudence continue de renforcer l'efficacité du dispositif sur plusieurs axes :

- *le renforcement de la confidentialité* en interdisant aux établissements de crédit d'utiliser l'information de conciliation pour justifier une déclaration de défaut¹⁹ ;
- *le renforcement des sûretés* au profit des créanciers apportant de la *new money* au cours d'un accord de conciliation, condition souvent indispensable au succès des plans par un arrêt du 26 octobre 2022 de la chambre commerciale²⁰, procédant à un revirement par rapport à une précédente décision du 25 septembre 2019, revirement qualifié par un éminent auteur de « solution jurisprudentielle rassurante »²¹ ;
- *le renforcement de la sécurité juridique du débiteur* en conciliation en jugeant que lorsque le délai de 45 jours prévu pour déclarer la cessation des paiements expire au cours de la procédure de conciliation, le débiteur est dispensé d'exécuter son obligation de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire²² ;
- *le maintien de la spécificité de la sauvegarde* : obligation de justification *a priori* de l'insuffisance des fonds disponibles pour l'intervention de l'AGS, cantonnée à cette seule procédure²³ ;
- *la protection des équilibres* : élargissement de l'irrecevabilité des actions en nullité aux proches du diri-

geant²⁴ et protection contre les contournements des plans par les sous-cautions²⁵ ;

- *des clarifications procédurales* : l'information faite par le débiteur au mandataire de ses dettes, conformément à l'obligation que lui fait l'article L. 622-6 du Code de commerce ne vaut ni renonciation à la prescription²⁶ ni reconnaissance du bien-fondé de la créance²⁷.

Certains pourront estimer que la Cour de cassation a parfois dépassé son rôle d'interprète pour devenir un « législateur bis ». Pourtant, la réalité est différente : le juge n'invente pas la loi ; il comble ses silences et veille à garantir l'effectivité du dispositif voulu par le législateur lui-même. La Cour de cassation s'est affirmée comme un acteur clé de l'efficacité de la loi de sauvegarde, établissant un ensemble jurisprudentiel cohérent et prévisible qui sécurise les praticiens tout en préservant les spécificités de cette procédure préventive.

Les enseignements du droit comparé. Le droit comparé nous inspire. Ainsi, par exemple, nous avons emprunté à la pratique américaine la technique du *prepack*. Il nous rappelle aussi que nous pouvons toujours mieux faire : aux États-Unis, une entreprise sur cinq utilise la procédure de réorganisation du *Chapter 11* dans sa vie, même après que le législateur en ait, pour lutter contre certaines dérives, resserré les conditions d'ouverture²⁸ (contre une sur cinquante en France). En Suède, les créanciers sont associés dès le diagnostic et 80 % des plans sont acceptés (contre 55 % en France).

L'Europe nous pousse également à évoluer. La directive de 2019 sur les cadres de restructuration préventive, si elle a repris certaines des procédures existantes du droit français, n'en a pas moins introduit des mécanismes nouveaux, imposant une remise en question, même si, je ne suis certainement pas le seul à le reconnaître, la mise en œuvre de l'ordonnance du 15 septembre 2021 qui a transposé la directive du 20 juin 2019 n'a pas été un long fleuve tranquille pour les praticiens. Certes, ceux-ci commençaient à avoir l'habitude de jongler avec les différents textes applicables à des périodes différentes et mettre en œuvre des concepts complexes qui souvent s'entrelacent, mais à peine avaient-ils digéré les comités de créan-

14 Cass. com., 15 oct. 2013, n° 12-23.830 : Bull. civ. IV, n° 152.

15 Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-24.365 : Bull. civ. IV, n° 38.

16 Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077 : Bull. civ. IV, n° 68.

17 Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-10.005 : Bull. civ. IV, n° 64 : BJE sept. 2018, n° BJE116f4, note T. Favario.

18 Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-20.793 et 17-22.221, PB : BJE mai 2019, n° BJE116x9, note M. Houssin.

19 Cass. com., 3 juill. 2024, n° 22-24.068, FS-B : BJE nov. 2024, n° BJE201s3, note M.-H. Monsérié-Bon.

20 Cass. com., 26 oct. 2022, n° 21-12.085, FS-B : BJE janv. 2023, n° BJE200v8, note D. Robine.

21 F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 12^e éd., LGDJ, n° 345, EAN : 9782275151069.

22 Cass. com., 20 nov. 2024, n° 23-12.297, FS-B : BJE janv. 2025, n° BJE201u2, note T. Favario.

23 Cass. com., 7 juill. 2023, n° 22-17.902.

24 Cass. com., 26 mars 2025, n° 23-20.045 : BJE mai 2025, n° BJE202a8, note C. Vincent.

25 Cass. com., 9 juill. 2025, n° 23-23.856, F-B.

26 Cass. com., 11 déc. 2024, n° 23-13.300, F-B : BJE mai 2025, n° BJE201w6, note G. Jazottes.

27 Cass. com., 23 mai 2024, n° 23-12.133, FS-B.

28 JCP G 2008, I, 48, n° 8, J.-L. Vallens, qui détaille les mesures aboutissant, depuis 2005, « à restreindre aux seules entreprises viables et aux débiteurs de bonne foi en difficulté la procédure de réorganisation du chapitre 11 ».

ciers, qu'ils doivent désormais s'attabler devant les classes de parties affectées.

Un écosystème judiciaire sous tension. Cette complexité croissante, qu'illustrent les classes de parties affectées ou l'enchevêtrement des procédures, peut provoquer une fragilité plus profonde : une crise du recrutement des magistrats spécialisés. Cela est d'autant plus dommage que nous recrutons à l'ENM des candidats qui ont un très bon niveau en droit des affaires, avec une expérience antérieure ou pas.

La création des tribunaux des activités économiques aggrave cette situation : elle va priver de formation pratique les magistrats professionnels de première instance, en particulier au siège, qui ont vocation à intégrer ensuite les cours d'appel, puis la Cour de cassation, et qui avaient précédemment la possibilité de pratiquer le droit des procédures collectives au sein des tribunaux judiciaires. Souhaite-t-on des juridictions de recours statuant sur les décisions de juges-commissaires dont aucun membre n'aura lui-même exercé de telles fonctions ?

Je ne puis me prononcer pour les tribunaux de commerce, mais je peux témoigner que les cours d'appel et la Cour de cassation peinent déjà à attirer des profils formés à ces enjeux techniques. Or, de cette expertise dépendent directement la qualité des décisions, la célérité des procédures et le choix de la mesure la plus adaptée.

Un cercle vicieux s'installe : la technicité croissante de textes pas toujours bien rédigés, souvent stratifiés, décourage les vocations.

La réforme du livre VI ne peut ignorer cette dimension humaine. Simplifier les textes, c'est aussi rendre désirable la spécialisation en procédures collectives : par une formation renforcée qui ne se limite pas au droit mais aborde également la gestion d'entreprise, et, surtout, par une filiarisation des carrières valorisant ceux qui souhaitent s'investir dans cette matière très technique. J'espère que la réforme statutaire, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2026, sera de nature à répondre à ces enjeux, notamment en permettant aux magistrats du futur deuxième grade qui auront fait l'effort de se spécialiser dans le droit économique et financier de se voir reconnaître la qualification de « magistrat à valeur exceptionnelle », leur ouvrant l'accès au troisième grade sans être nécessairement tenus d'accepter une mutation vers d'autres fonctions.

Car, au bout du compte, une loi, si ambitieuse soit-elle, ne vaut que par ceux qui l'appliquent.

III. Quatre défis pour l'avenir

- **Le défi technologique** : l'intelligence artificielle et la numérisation peuvent nous aider à détecter plus précocement les signaux de fragilité des entreprises.
- **Le défi européen** : l'harmonisation du droit de l'insolvabilité est en marche. Comment concilier notre tradition juridique avec un cadre européen commun ?
- **Le défi sociétal** : derrière les bilans, il y a des hommes et des femmes. Le droit des entreprises en difficulté doit intégrer les enjeux de responsabilité sociale et environnementale.
- **Le défi managérial** : l'institution judiciaire doit se doter de magistrats spécialisés en matière économique, insérés dans une filière qui leur garantit une continuité dans leur développement de carrière et la reconnaissance de leur expertise.

IV. L'héritage de 2005 et nos responsabilités

Permettez-moi d'ouvrir cette conclusion par une anecdote personnelle. Il y a un an, le président Sayer a eu la gentillesse de m'accueillir en stage d'observation au tribunal de commerce de Paris. Sur le quai de la Corse, j'ai croisé un homme au regard perdu qui me demandait s'il était bien à l'entrée du tribunal. En discutant, il m'a confié qu'il venait déposer une demande de sauvegarde... mais qu'il hésitait encore. « Et si on me prenait pour un incapable ? »

Cette phrase résume tout : la loi a transformé notre droit, mais pas assez nos mentalités.

Pourtant, quand je lui ai expliqué que cette procédure pouvait sauver les quinze emplois de son atelier, ses yeux se sont illuminés : « Alors, c'est aussi pour des gens comme moi ? » Oui, c'est pour lui. Pour eux tous.

Les acquis à préserver

- un changement de regard sur l'échec entrepreneurial ;
- des outils efficaces (conciliation, mandat *ad hoc* dont le taux succès, nous l'avons vu, est indéniable) ;
- une jurisprudence stabilisée.

Les obstacles à surmonter

- l'accès inégal pour les TPE/PME ;
- des délais et coûts excessifs ;
- la complexité persistante des procédures.

Les propositions de modernisation

S'il faut encore modifier le texte, peut-être pourrait-on envisager six principaux axes de réforme du livre VI du Code de commerce :

- **rapprocher**, mais sans les fusionner, le mandat *ad hoc* et la conciliation, avec un encadrement renforcé des délais et de la rémunération des professionnels ;
- **simplifier** les sanctions professionnelles en fusionnant faillite personnelle et interdiction de gérer ;
- **clarifier** les classes de parties affectées avec des voies de recours plus lisibles ;
- **renforcer** le rôle du juge-commissaire comme « juge de l'évidence » pour les créances ;
- **simplifier** les règles sur les contrats en cours et unifier les régimes du bail commercial ;
- **simplifier** le régime complexe des entrepreneurs individuels.

Un appel à l'action collective

Trois messages pour l'avenir :

- poursuivre le dialogue entre magistrats, praticiens et doctrine ;
- accélérer et simplifier les procédures en s'inspirant des bonnes pratiques européennes ;

– dédramatiser définitivement l'échec : la sauvegarde n'est pas une sanction, mais une opportunité de rebond.

En 2005, le législateur a eu du courage. À nous d'avoir de l'audace. Comme le disait le regretté Michel Jeantin en introduction de son cours de droit commercial que j'ai eu l'honneur et le plaisir de suivre en deuxième année de droit : « Le droit des affaires est un droit du mouvement ». Alors aujourd'hui, je vous propose de bouger ensemble :

- aux magistrats des tribunaux de commerce, des activités économiques, des cours d'appel et bien sûr aussi de la chambre commerciale de la Cour de cassation : rendons des décisions rapides et lisibles, qui allient pragmatisme et rigueur juridique ;
- aux avocats, administrateurs et mandataires : soyez des passeurs de confiance ;
- aux dirigeants d'entreprise : osez demander de l'aide le plus tôt possible ;
- au législateur : simplifiez, accélérez, humanisez.

La sauvegarde n'est pas une utopie. C'est une réalité imparfaite, mais vivante. Faisons-en, demain, un droit plus juste, plus efficace, plus humain.