

Droit des entreprises en difficulté

Leçon 4 : L'ouverture de la procédure de sauvegarde

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN

Table des matières

Section 1. Introduction : l'ouverture de la procédure de sauvegarde.....	p. 3
Section 2. Le domaine de la procédure de sauvegarde.....	p. 5
§1. Les personnes bénéficiant de la procédure de sauvegarde.....	p. 5
A. Personnes physiques et morales de droit privé.....	p. 5
1. Application aux personnes physiques (entrepreneurs individuels).....	p. 5
a) Les entrepreneurs individuels visés.....	p. 6
1° Commerçants (personnes exerçant une activité commerciale).....	p. 6
2° Artisans (personnes exerçant une activité artisanale).....	p. 7
3° Agriculteurs (personnes exerçant une activité agricole).....	p. 7
4° Professionnels indépendants.....	p. 8
b) Limitation des procédures au patrimoine professionnel.....	p. 9
2. Personnes morales de droit privé.....	p. 12
B. Personnes ne faisant pas l'objet d'une procédure : la règle « Faillite sur faillite ne vaut ».....	p. 13
1. Interdiction du « cumul » des procédures.....	p. 13
2. Interdiction de la diversité des solutions.....	p. 14
§2. Les difficultés financières du débiteur.....	p. 14
A. Les difficultés insurmontables justifiant l'ouverture de la procédure de sauvegarde.....	p. 14
B. L'absence de cessation des paiements.....	p. 18
1. La notion de cessation des paiements.....	p. 18
2. La preuve de la cessation des paiements.....	p. 22
§3. Confusion des patrimoines et fictivité.....	p. 24
A. Les critères de l'action en extension.....	p. 25
1. La confusion des patrimoines.....	p. 25
2. La fictivité de la personne morale.....	p. 27
B. Régime de l'action en extension.....	p. 28
1. Les conditions d'ouverture.....	p. 28
2. Les effets.....	p. 31
a) Unicité de la procédure et constitution d'une masse commune de biens.....	p. 31
b) Incidence de l'extension sur la situation des créanciers.....	p. 33
§4. L'action en réunion à l'actif concernant l'EIRL.....	p. 34
A. Cas de réunion à l'actif.....	p. 34
B. Effets de l'action en réunion à l'actif.....	p. 34
§5 Réunion des patrimoines de l'entrepreneur individuel.....	p. 35
Section 3. Les conditions procédurales de la procédure de sauvegarde.....	p. 36
§1. La saisine du tribunal : la demande du débiteur.....	p. 36
§2. Détermination du tribunal compétent.....	p. 36
A. La compétence d'attribution.....	p. 37
B. La compétence territoriale.....	p. 40
§3. La période d'enquête.....	p. 42
§4. Jugement d'ouverture.....	p. 43
A. Décisions du tribunal.....	p. 43
B. Jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde.....	p. 43
1. Nature et publicité.....	p. 43
2. Effets du jugement d'ouverture.....	p. 44
3. Voies de recours.....	p. 44
a) Recevabilité de l'appel et du pourvoi.....	p. 44
b) L'opposition et la tierce-opposition.....	p. 45

Section 4. La structure de la procédure de sauvegarde.....	p. 47
§1. Mise en place des organes.....	p. 47
A. Les nominations obligatoires.....	p. 47
B. Les nominations facultatives.....	p. 53
§2. Durée de la période d'observation.....	p. 58
Section 5 : Particularisme de l'ouverture de la procédure de sauvegarde à l'égard d'un entrepreneur individuel.....	p. 59

Le traitement judiciaire des difficultés des entreprises est organisé par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises en difficulté qui a été codifiée dans le livre VI du Code de commerce (C. com., art. [L. 620-1 et s.](#)) et améliorée par les ordonnances n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et n° 2014-326 du 12 mars 2014.

Ce texte distingue trois procédures :

- **la procédure de sauvegarde** supposant l'absence de cessation des paiements et destinée à réorganiser l'entreprise par un plan de sauvegarde,
- **la procédure de redressement judiciaire** pouvant aboutir à un plan de continuation et parfois de cession,
- **la procédure de liquidation judiciaire** dont le but est de mettre fin à l'activité et de vendre les actifs du débiteur pour payer les créanciers.

L'article [L. 620-1](#) du Code de commerce énonce que la procédure de sauvegarde est ouverte à la demande d'un débiteur qui justifie de difficultés qu'il n'est pas « *en mesure de surmonter* ».

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. Elle demeure rare et le nombre de procédures de sauvegarde ne cesse de décroître jusqu'en 2021. Mais depuis, le recours à la sauvegarde s'est avéré plus important : 1 243 en 2022, 1 602 en 2023 et 1 597 en 2024.

Par ailleurs, « *il est institué une procédure de **redressement judiciaire** ouverte à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. (...) Elle est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* » (C. com., art. [L. 631-1](#)).

Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation.

Ce plan prévoit, en principe, la continuation de l'entreprise (plan de redressement), parfois sa cession (plan de cession).

Cependant, malgré le souci légitime de sauver l'entreprise en difficulté, dans de nombreux cas, il convient de déclarer la **liquidation judiciaire** de celle-ci parce que, se trouvant en état de cessation des paiements, il est impossible d'envisager son redressement. Mais, la procédure de sauvegarde devient la procédure de référence par rapport à laquelle les autres sont organisées. C'est pourquoi c'est à partir de cette procédure que seront ordonnés les développements qui vont suivre en distinguant la procédure d'anticipation : la procédure de sauvegarde (leçons 4, 5 et 6) et les procédures ouvertes après la cessation des paiements : le redressement et la liquidation judiciaires (leçons 7 et 8).

Section 1. Introduction : l'ouverture de la procédure de sauvegarde

La procédure de sauvegarde est l'innovation essentielle de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005. Elle est réglementée dans le Titre II du livre VI du Code de commerce : des articles [L. 620-1](#) à [L. 631-1](#). Nombre de ces dispositions sont pour la plupart également applicables aux autres procédures car le législateur a choisi de faire de la procédure de sauvegarde le « modèle » des procédures judiciaires. Elle réunit donc toutes les règles de fond des procédures collectives, relatives, notamment, au sort des créanciers.

La procédure de sauvegarde (il en serait de même du redressement et de la liquidation judiciaires) n'est ouverte que si certaines conditions sont réunies (leçon 3). Elle débute alors par une période d'observation de l'entreprise destinée à bâtir une solution de sauvetage (leçon 4) qui prend la forme d'un plan de sauvegarde (leçon 5).

Selon l'article [L. 620-1](#), la procédure de sauvegarde est ouverte à la demande d'un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas « *en mesure de surmonter* ». Le Code de commerce subordonne, dans tous les cas, l'ouverture de la procédure collective à la réunion de certaines conditions de fond et de procédure.

En effet, comme il en a toujours été ainsi, les procédures collectives ne concernent pas toute personne mais seulement certains débiteurs qui rencontrent des difficultés financières. En principe, les personnes civiles demeurent soumises aux poursuites dispersées de leurs créanciers, c'est-à-dire à la déconfiture civile (Section 2).

En outre, les procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire se déroulent suivant des règles procédurales très précises dans un but de protection du débiteur et d'efficacité économique (Section 3).

Lorsque le tribunal décide d'ouvrir la procédure de sauvegarde (le redressement et la liquidation), c'est toute une structure qui est mise en place. La procédure exige la désignation de plusieurs organes qui vont conduire la procédure collective (Section 4).

Enfin depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 février 2022, certaines dispositions particulières s'appliquent à l'entrepreneur individuel afin de tenir compte de la séparation de ses patrimoines personnel et professionnel (Section 5).

Section 2. Le domaine de la procédure de sauvegarde

La procédure de sauvegarde (comme les autres procédures) s'applique à certaines personnes qu'il convient d'identifier et qui ne doivent pas déjà faire l'objet d'une procédure collective.

Elle suppose ensuite que ces personnes rencontrent des difficultés financières susceptibles de conduire l'entreprise à la cessation des paiements sans être encore constitutives de celle-ci.

En outre, la jurisprudence a imaginé une procédure d'extension de la procédure de sauvegarde déjà ouverte à l'égard d'une personne à d'autres personnes physiques ou morales, en raison, soit de la confusion de leurs patrimoines, soit de la fictivité de l'une des personnes morales.

Cette procédure d'extension est applicable aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée dans des cas plus nombreux et permet de sanctionner le non respect par l'EIRL de la séparation de ses patrimoines.

§1. Les personnes bénéficiant de la procédure de sauvegarde

L'article [L. 620-2 du Code de commerce](#) déclare que la procédure de sauvegarde est applicable : « à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ».

En savoir plus : Définition des articles L. 631-2 et L. 640-2

L'article [L. 631-2](#) définit de la même manière le champ d'application de la procédure de redressement judiciaire et l'article [L. 640-2](#) retient les mêmes critères pour cerner le domaine de la liquidation judiciaire. La procédure concerne donc des personnes physiques exerçant une profession indépendante et des personnes morales. Il convient, en outre, selon les mêmes textes, que cette personne ne fasse pas déjà l'objet d'une procédure collective : c'est la règle « faillite sur faillite ne vaut ».

A. Personnes physiques et morales de droit privé

1. Application aux personnes physiques (entrepreneurs individuels)

La procédure de sauvegarde ne s'applique qu'à des personnes en activité exerçant une activité commerciale, artisanale ou agricole et à toute personne exerçant une activité professionnelle indépendante. Elle concerne aussi les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée (EIRL) lorsque ce statut a été choisi ce qui n'est plus possible depuis la loi du 24 février 2022. Dans ce cas, le principe posé par l'article [L. 680-2](#) du Code de commerce est que la procédure collective ne concerne que le patrimoine affecté.

Exemple

Cass. com., 23 oct. 2019, n° [18-19.952](#), APC 2019, comm.272, obs. Leprovaux. Cependant lorsque le jugement d'ouverture omet de préciser la qualité d'EIRL du débiteur visé par l'ouverture de la procédure, les créanciers non professionnels ont été admis à déclarer leurs créances (Cass. com., 6 mars 2019, n° [17-26.605](#), APC 2019, comm. 76, obs. F. Petit ; BJE mai-juin 2019, 116z0, p. 29, obs. M. Dols-Magneville).

En savoir plus : Ouverture des procédures de redressement

Au contraire, les procédures de redressement et de liquidation judiciaires peuvent également être ouvertes, dans les conditions des articles [L. 631-3](#) et [L. 640-3](#) à l'égard de personnes qui sont décédées ou qui ont cessé leur activité (art. [L. 631-6](#) et [L. 640-5](#)) (v. *infra*, Leçons 8 et 9).

En toute hypothèse, depuis l'adoption de la loi du 14 février 2022, les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation ne concernent que le patrimoine professionnel de l'entrepreneur indépendant en raison du nouveau principe de séparation des patrimoines. Il y a désormais un double critère d'application du Livre VI : en s'attachant à la personne visée et en limitant la procédure au patrimoine professionnel.

a) Les entrepreneurs individuels visés

1° Commerçants (personnes exerçant une activité commerciale)

Il s'agit, tout d'abord, des commerçants, c'est à dire de ceux qui effectuent des actes de commerce de manière habituelle au sens des articles [L. 110-1](#) et [L. 121-1](#) du Code de commerce et à la condition qu'ils soient majeurs.

Exemple

Cependant, les mineurs émancipés peuvent demander le bénéfice de la procédure s'ils exercent une activité commerciale. Pareillement, le conjoint collaborateur ne relève pas de la procédure s'il reste dans les limites de son mandat légal (CA de Douai, 13 mars 1997, *JCP E* 1998, p. 28 ; Paris, 5 mars 1999, *JCP E* 1999, 891 ; N. Cocquemot-Caulier, « Le conjoint collaborateur endetté, "laissé pour compte" des mesures d'assainissement économique », *JCP E* 2002, 639.

Pour l'application de la procédure de sauvegarde, par « commerçants », il faut entendre non seulement ceux qui sont immatriculés au registre du commerce, mais également toutes les personnes qui, en fait, effectuent des actes de commerce de manière habituelle. C'est à la réalité de l'exercice de la profession commerciale que s'attache la jurisprudence. C'est pourquoi la procédure a pu être appliquée à des notaires, à des huissiers, à des fonctionnaires... dès lors qu'ils effectuaient des actes de commerce, de manière habituelle.

Exemple

La Cour de cassation a refusé cependant à un commerçant de fait non immatriculé le droit de demander l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire en déclarant sa cessation des paiements parce qu'elle estime qu'une personne ne peut bénéficier des avantages reconnus aux commerçants sans se soumettre à leurs obligations : Cass. com., 25 mars 1997, *Bull. IV*, n° 84, p. 72 ; *D.* 1997, som. com. p. 311, obs. A. Honorat ; F. Pérochon, « Le bénéfice sélectif de la procédure collective », *Mél. Chr. Mouly*, Litec, 1997, p. 401.

Toutefois, certains commerçants depuis la loi du 4 août 2008 ne sont plus soumis à immatriculation. Ils ne sauraient pour autant être privés de l'accès à la sauvegarde. Cette difficulté devra être tranchée par les tribunaux mais en l'absence de distinction dans la loi, il paraît difficile d'en introduire une par simple interprétation.

Exemple

Un jugement du Tribunal de commerce de Caen du 12 janvier 2011 (*LPA* 12 juill. 2011, p. 17) a d'ailleurs soumis un auto-entrepreneur à la procédure de redressement judiciaire.

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, la procédure s'applique à une personne exerçant « une activité commerciale ». Une partie de la doctrine en a déduit qu'un associé en nom n'est plus éligible à la procédure de sauvegarde en tant que tel car, même s'il est commerçant, il n'exerce pas une activité commerciale indépendante.

Exemple

Mais, la Cour de cassation a retenu une solution différente et, par un arrêt très commenté en date du 5 décembre 2013, a considéré que: « les associés gérants d'une société en nom collectif qui ont, de droit la qualité de commerçants sont réputés exercer une activité commerciale au sens des articles L.631-2 et L.640-2 du Code de commerce » (Cass. 2^{ème} civ., 5 déc. 2013, n° 11-28.092, JCP E, 2014,1021, note A. Cerati-Gauthier ; JCP E, 201, 96, note P. Roussel Galle ; D. 2013, p. 2011, note A. Liénhard ; Rev. proc. coll. mars 2014 n° 51, p. 29, obs. B. Saintourens).

Il s'ensuit qu'ils sont exclus du bénéfice des dispositions relatives au surendettement des particuliers. La solution devrait être la même pour un associé commandité.

2° Artisans (personnes exerçant une activité artisanale)

Sont également visées les personnes exerçant une activité artisanale, c'est-à-dire les **artisans, au sens du droit civil**, c'est-à-dire ceux qui tirent leurs revenus de leur travail manuel, et cela depuis la loi du 25 janvier 1985 car, de plus en plus souvent, les artisans utilisent les méthodes des commerçants.

Ils travaillent en entreprise en recourant à des machines et à du personnel. Cependant, dans sa rédaction précédente, l'article L. 620-1 visait « les personnes immatriculées au répertoire des métiers » ce qui laissait en suspens le sort des artisans de fait. Il n'était pas certain qu'ils relevaient encore des procédures collectives. Cette interrogation semble levée depuis l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 qui soumet aux procédures tous les professionnels indépendants et surtout par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui s'attache à la nature artisanale de l'activité exercée (en fait comme en droit).

Remarque

Cette discussion prouve que la codification du Code de commerce ne s'est pas totalement faite « à droit constant ». La modification des termes utilisés a, en effet, des répercussions sur le fond du droit. En substituant « personne immatriculée au répertoire des métiers » à artisans, les rédacteurs du Code de commerce avaient introduit le doute.

- A. Liénhard, D. 2000, n° 38, point de vue III ;
- F. Pérochon, « Le livre VI du Code de commerce », in n° spéc. *Droit et patrimoine*, colloque de Toulouse, juill.-août 2001, p. 83.

Tous ceux qui exercent une activité artisanale peuvent faire l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation ; par assignation, requête du procureur ou saisine d'office. Mais, ils doivent pouvoir aussi demander l'ouverture de la procédure de sauvegarde, même s'ils n'exercent qu'en fait une activité artisanale. Certes, l'article R. 621-1 du Code de commerce prévoit la fourniture d'un extrait du registre dans les annexes à la demande de l'ouverture de la sauvegarde, mais l'immatriculation au répertoire des métiers n'est plus obligatoire et, en toute état de cause, l'article L. 620-2 n'y fait plus allusion.

3° Agriculteurs (personnes exerçant une activité agricole)

C'est la loi n° 88-1262 du 30 décembre 1988 qui a soumis les agriculteurs aux procédures collectives. Tout comme les artisans, les agriculteurs, en effet, exercent leur profession en entreprise et appliquent les méthodes des commerçants en empruntant pour investir ou en achetant pour vendre. Aussi, l'extension des procédures aux agriculteurs a été décidée par le législateur de 1988 avec certaines adaptations à la spécificité de l'activité agricole et au cycle cultural, notamment.

Exemple

Par exemple, aussi, la procédure ne peut être ouverte, sur assignation d'un créancier, qu'après que le président du tribunal judiciaire ait été saisi d'une demande de conciliation. Si un plan de sauvegarde est arrêté, sa durée peut être de quinze années alors qu'elle ne dure que dix ans pour les autres professionnels.

Cette mesure après n'avoir profité qu'aux agriculteurs, personnes physiques (Cass. com., 29 nov. 2017, n° [16-21.032](#), D. 2017. 2421, obs. A. Liénhard ; BJE 2018, n° 1, p. 1, obs. F. Perochon et p. 25, avis av. gén. L. Le Mesle ; CC, 28 avr. 2017, n° [2017-626 QPC](#), D. 2017. 975, RTD com. 2018, p. 12, obs. H. Poujade ; M. Menjucq, « "Agriculteur", qui es-tu ? », Rev. proc. coll. 2017/3, repère 3) a été **étendue par la loi PACTE aux personnes morales dès lors qu'elles exercent des activités agricoles au sens de l'article L. 311-1 (art. L. 351-8 du CRPM)**.

Désormais, le terme d'« agriculteur » concerne toute personne qui exerce « une activité agricole ».

Le législateur (L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 67) a choisi de modifier les dispositions de l'article [L. 351-8](#) du Code rural qui énonce désormais que : « Les dispositions du livre VI du code de commerce relatives aux procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire sont applicables à toute personne exerçant des activités agricoles au sens de l'article L. 311-1 ». Il a par ailleurs remplacé dans tout le livre VI le mot « agriculteur » par l'expression « personne exerçant une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime » (C. Saint-Alary-Houin, « Adieu "l'agriculteur", vive "l'activité agricole" ! », BJE mai 2019, n° 116x4, p. 1).

4° Professionnels indépendants

Depuis la loi du 26 juillet 2005, la procédure de sauvegarde s'applique également : « à tout autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ».

Exemple

Sont visés tous les professionnels indépendants, y compris les auto-entrepreneurs s'ils exercent une activité commerciale (ou toute autre activité indépendante dès lors qu'elle est établie : Cass. 2^{ème} civ., 28 nov. 2019, n° [18-15.348](#)).

Mais surtout, les professions libérales sont désormais soumises aux procédures collectives. Leur intégration était prévue dès l'avant-projet de réforme préparé en 2001. Elle était réclamée par certaines professions, et surtout par les avocats, car ces professionnels sont souvent exposés aux aléas de la vie économique et ne bénéficient ni des textes relatifs au surendettement des particuliers parce que leur activité est professionnelle, ni des dispositions du code de commerce leur activité étant civile.

Cette application des procédures concerne les professionnels libéraux :

Exemple

avocats, médecins, architectes, détectives privés (Cass. com., 27 mai 2008, LPA 24 oct. 2008, n° 214, p. 9, obs. J.-P. Legros), "conseils en auto-entreprise" (Cass. 2^{ème} civ., 18 févr. 2016, n° [14-29.223](#), Rev. proc. 2016/5, comm. 132, Saintourens) ..., les officiers ministériels : notaires (Cass. com., 22 mai 2007, P. n° [06-12.193](#), RJDA 2/08, n° 169, p. 164), huissiers de justice (même suppléants : Cass. com., 3 mai 2011, n° [10-14.806](#), D. 2011, p. 1343, obs. Liénhard, RPC mars 2012, n° 16, p. 45, obs. B. Saintourens)... et, de manière générale, tous les professionnels indépendants qui, par conséquent, ne sont plus éligibles à la procédure de surendettement (v. pour le refus d'application du surendettement à un masseur kinésithérapeute : Cass. com., 30 sept. 2008, RJDA 2/09, n° 121 ; JCP E, 2008, 2492, note F. Marmoz ; D. 2008, AJ, 2501, obs. A. Liénhard et p. 2749, obs. Belaval ; JCP E 2009, n° 1008, obs. P. Petel). En effet, lorsque le débiteur relève des procédures du Livre VI car exerçant une activité civile indépendante, les dispositions du Code de la consommation ne lui sont pas applicables et ce, quelle que soit la nature de son endettement (Cass. 2^{ème} civ., 18 févr. 2016, n° [14-29.223](#), précité).

Mais, leur soumission au droit des « entreprises en difficulté » se heurte au caractère désintéressé de leurs professions et à la **nécessité d'assurer leur indépendance**. C'est pourquoi, il convient de préserver le caractère de leurs relations avec le client fortement marquée par l'« *intuitu personae* ». Dans ce but, la loi de sauvegarde comporte des dispositions adaptant l'application des procédures à ces professionnels. Ainsi, le représentant de l'Ordre ou de la profession est associé au déroulement de la procédure et ces professionnels libéraux échappent à la faillite personnelle et relèvent pour les interdictions d'exercer, de leurs structures professionnelles.

La loi du 24 février 2022 applique aussi ces procédures (cela va de soi) à tous les entrepreneurs individuels mais elles ne concernent désormais que leur patrimoine professionnel.

b) Limitation des procédures au patrimoine professionnel

1- La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante a **abandonné le principe de l'unité du patrimoine** pour les entrepreneurs individuels afin de limiter le risque qu'ils courent. **Désormais, tous les entrepreneurs qui n'avaient pas choisi le statut d'EIRL** vont bénéficier du statut créé par la loi du 14 février 2022 et seront donc **dotés de plein droit de deux patrimoines**, comme en disposent les articles [L. 526-22 et suivants](#) du Code de commerce : **un patrimoine personnel et un patrimoine professionnel**. Les nouvelles dispositions légales et réglementaires régissant le statut d'entrepreneur individuel titulaire d'un patrimoine professionnel séparé de son patrimoine personnel s'appliquent, depuis le 15 mai 2022, à tous les entrepreneurs sans qu'aucune formalité ne soit nécessaire. Pour les entrepreneurs déjà en exercice, cette séparation patrimoniale sera réservée aux créances qui naîtront après cette date. Pour celles nées antérieurement, le créancier conservera un droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur.

Le patrimoine professionnel est constitué nécessairement des biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité professionnelle dont une liste non indicative figure à l'article R. 526-6 du Code de commerce : fonds de commerce, fonds artisanal, fonds agricole; biens meubles comme la marchandise, le matériel et l'outillage, le matériel agricole; biens immeubles servant à l'activité, y compris la partie de la résidence principale de l'entrepreneur individuel utilisée pour un usage professionnel; biens incorporels comme les données relatives aux clients, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles, et plus généralement les droits de propriété intellectuelle, le nom commercial et l enseigne ; fonds de caisse...).

Le patrimoine personnel recueille tous les autres biens de l'entrepreneur.

Le nouvel article L. 526-22 du code de commerce dispose que : *« Seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel constitue le gage général des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de son exercice professionnel »*. Comme pour l'EIRL, les créanciers professionnels ont pour gage le seul patrimoine professionnel, les créanciers personnels, le seul patrimoine personnel, sous réserve d'actions permettant de remettre en cause cette séparation lorsque l'entrepreneur ne l'aura pas respectée...

Le texte précise que la distinction des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel ne l'autorise pas à se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal.

En revanche, l'entrepreneur individuel peut renoncer à la séparation des patrimoines à la demande d'un créancier et dans des conditions étroites. L'article L. 526-25 énonce, en effet, que :

« L'entrepreneur individuel peut, sur demande écrite d'un créancier, renoncer à la protection du patrimoine personnel, pour un engagement spécifique dont il doit rappeler le terme et le montant, qui doit être déterminé ou déterminable ».

Cette renonciation doit respecter, à peine de nullité, des formes prescrites par le décret n° [2022-799](#) du 12 mai 2022 qui permettent, notamment, d'identifier les parties.

Cette renonciation ne peut intervenir avant l'échéance d'un délai de réflexion de sept jours francs à compter de la réception de la demande de renonciation. Si l'entrepreneur individuel fait précéder sa signature de la mention manuscrite et uniquement de celle-ci, le délai de réflexion est réduit à trois jours francs (V. « Nouveau statut de l'EI : renonciation à la protection du patrimoine », *LEDEN* juill. 2022, DED 200x6, obs. D. Sahel).

En savoir plus : Bibliographie

- O. Buisine, « De l'entrepreneur en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2022-2, Études n° 2 ;
- S. Gjidara-Decaix, « Articulation des procédures de traitement des situations de surendettement avec les procédures collectives du Livre VI du Code de commerce », *RPC* juill.2022, n° 54 ;
- F. Pérochon, « Professionnels indépendants en difficulté : premiers regards sur la loi du 14 février 2022 », *BJE* 2022-2, 200n8, p. 4 et s. ;

- Table ronde, « Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel issu de la loi 2022-172 du 14 fév. 2022 », *Rev. proc. coll.* juin 2022, p. 61 ;
- B. Saintourens, « Conditions d'ouverture de la procédure collective de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022 », *RPC* juill.2022, n° 62, p. 27.

2- L'application des procédures aux professionnels indépendants suscite des difficultés car il faut cerner la notion de « professionnel indépendant ».

En savoir plus : Notion de professionnel indépendant

La question s'est posée pour les gérants de sociétés, pour les avocats exerçant dans un cadre sociétaire et pour les associés en nom collectif.

1- Pour les premiers, la Cour de cassation a jugé que « *la seule qualité de gérant d'une SARL, même mise en liquidation judiciaire, ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives* » et à la priver du droit du surendettement (Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juill. 2021, n° [20-13.306](#), *Rev. proc. coll.* sept.-oct. 2021, n° 111, p. 30, obs S. Jidara-Decaix) et que n'est pas **un professionnel indépendant le gérant d'une SARL** qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel (Cass. com., 12 nov. 2008, *D.* 2008, *AJ*, 2929, obs. A. Liénhard, *APC* 2008, n° 310, obs. Regnaut-Moutier ; *JCP E*, 2009, 1023, concl. R. Bonhomme ; *Rev. sociétés* 2009, p. 607, obs. P. Roussel-Galle ; *Rev. Lamy Dr. aff.* janv. 2009, note J. Vallansan). Pareillement, elle a cassé une décision, ayant déclaré recevable l'assignation en redressement judiciaire du gérant d'une SARL, redevable de cotisations personnelles au titre du régime de protection sociale des personnes non salariées des professions agricoles. Les juges avaient relevé que « *M. X ... exerce une activité professionnelle, en qualité de chef d'exploitation, participant donc aux travaux agricoles, indépendante de celle exercée en qualité de gérant chargé des tâches administratives de la SARL* ». La Cour de cassation casse au motif :

« *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si cette participation aux travaux agricoles résultait de l'exercice individuel d'une activité distincte de l'exploitation de la SARL, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » (Cass. com., 15 nov. 2016, n° [14-29.043](#) ; *contra*, Cass. com., 4 nov. 2014, n° [13-20.711](#), *BJE* janv. 2015, 111w8, note Cerati-Gauthier).

Il convient que l'intéressé exerce effectivement une activité indépendante. Par exemple, l'exigence de l'exercice individuel d'une activité agricole distincte de celle de l'exploitation de l'EURL pour ouvrir une procédure collective personnelle à l'égard du gérant associé a été rappelée par un arrêt du 3 octobre 2018 (n° [17-17.812](#), *RPC* mars 2019, comm. 26, p. 21, obs. Saintourens ; *Gaz. pal.* 15 janv. 2019, 339s8, p. 53, obs. F. Reille) et reprise récemment par un arrêt du 3 avr. 2019, n° [17-27.885](#), *Gaz. proc. coll.* juill. 2019, p. 45, 355w8, obs. F. Reille).

Se pose alors le problème de savoir si le dirigeant peut bénéficier de la procédure de surendettement. La réponse est négative si le gérant invoque simplement le fait que la société qu'il dirige est en liquidation (Cass. com., 26 mai 2010, n° [09-10.178](#) ; dans le même sens, Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juill. 2021, n° [20-13.306](#), op. cit.). Mais il pourrait en bénéficier s'il établit que les dettes qu'il ne peut payer ne constituent pas des dettes professionnelles (Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 2010, n° [08-19.984](#) ; *JCP* 2010,401, n° 2, obs. M. Cabrillac ; *D.* 2010, p. 321, obs. A. Liénhard). S'agissant de l'associé unique et gérant de fait d'une EURL, la Cour a d'ailleurs cassé un jugement lui refusant le bénéfice du surendettement (Cass. 2^{ème} civ., 13 octobre 2016, n° [15-24.301](#)) :

« *Qu'en statuant ainsi, alors que la seule qualité d'associé unique et de gérant d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du code de la consommation relatives au surendettement des particuliers, le jugement a violé les textes susvisés* ».

Bibliographie : O. Maraud, « Surendettement et droit des entreprises en difficulté : une articulation à parfaire », *Rev. proc. coll.* sept. 2021, *Etudes* 16, p. 18 ; N. Borga, « Surendettement : sortir l'associé dirigeant du "no man's land" », *D.* 2016, p. 2602 ; et obs. S. Jidara-Decaix, « Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juill. 2021, n° 20-13.306 », *Rev. proc. coll.* 221, n° 111, p. 30).

2- En ce qui concerne **un avocat**, exerçant à titre individuel, devenu membre d'une SELARL, il a été jugé aussi qu'il « *n'agit pas en son nom propre et exerce les fonctions d'avocat au nom de la société... il s'ensuit que, faute d'exploiter pour son propre compte une entreprise libérale, (il) ne répond pas aux exigences de l'article L. 640-2 du Code de commerce* » et ne peut faire l'objet d'une liquidation judiciaire : CA de Paris, 3^{ème} ch. A, 20 nov. 2007, JCP éd. E, 2008, 1045, p. 35, obs. C. Lebel ; RJDA 2/08, n° 170, p. 164 ; D. 2007, AJ, p. 3074, obs. A. Liénhard ; Dr. & patr. juill. 2008, 110, note M. Monserie-Bon ; Rev. proc. coll. 2008, 110, note Saintourens ; CA de Chambéry, 14 mai 2007, Gaz. proc. coll. 2007/3, p. 21, obs. P.-M. Le Corre ; A. Cerati-Gauthier, « Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales », JCP 2008, 2436, p. 31. À propos de CA Paris, 18 sept. 2008 et 23 sept. 2008). A partir de son association, la Cour de cassation estime qu'il n'exerce plus à titre individuel. Il ne peut donc être poursuivi par un créancier pour être soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire sauf s'il a laissé un passif afférant à son activité individuelle. En pareil cas, l'action doit être introduite au plus tard dans l'année qui suit la transformation de son activité (Cass. com., 9 févr. 2010, 3 arrêts, n° [08-15.191](#) ; [08-17.144](#) ; n° [08-17.670](#) ; Gaz. pal. 2/3 juill 2010, p. 19, obs. F. Reille ; D. 2010, p. 434, obs. A. Liénhard ; JCP E 2010, 1267, p. 33, obs. A. Cerati-Gauthier ; RJDA 5/10, n° 537 et 6/10.). La même solution sera probablement retenue pour un notaire associé (Thomas, « Notaire associé et procédures collectives », D. 2008, p. 1623) car il n'agit pas d'une manière indépendante.

3- Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, la procédure s'applique à **une personne exerçant « une activité commerciale »**. Il en a été déduit par certains juges du fond qu'un **associé en nom** n'est plus éligible à la procédure de sauvegarde, en tant que tel car, même s'il est commerçant, il n'exerce pas une activité commerciale indépendante (CA de Paris, 6 juill. 2010, Actu. 2222, obs. A. Liénhard ; Rev. sociétés 2010, 534, obs. P. Roussel-Galle ; Bull. Joly 2010, 905, obs. F.-X. Lucas ; Rev. proc. coll. 2010, n° 210, obs. B. Saintourens). Cette analyse a été condamnée par la Cour de cassation pour laquelle « *les associés gérants d'une société en nom collectif qui ont, de droit la qualité de commerçants sont réputés exercer une activité commerciale au sens des articles L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce* » (v. supra, a) commerçants : Cass. 2^{ème} civ., 5 déc. 2013, n° 11-28.092, JCP E, 2014, 1021, note A. Cerati-Gauthier ; JCP E, 201, 96, note P. Roussel-Galle ; D. 2013, p. 2011, note A. Liénhard ; Rev. proc. coll. mars 2014 n° 51, p. 29, obs. B. Saintourens).

4- Un agent de recherche privé répond, au contraire, à la définition du professionnel indépendant (Cass. com., 27 mai 2008, Gazette des procédures collectives 27/29 juill. 2008, p. 2243, obs. C. Lebel).

En toute hypothèse, le seul fait d'être immatriculé au Répertoire SIRENE de l'INSEE ne suffit pas à caractériser l'exercice effectif d'une activité indépendante car cette immatriculation ne constitue qu'une déclaration administrative et ne prouve pas la qualité de travailleur indépendant.

Exemple

Cass. com., 20 sept. 2017, n° [15-24.644](#), F-PBI : BJE nov. 2017, n° 115 f4, p. 401, Vincent ; APC 2017/18, n° 269, Petit ; JCP E 2017, 1688, n° 1, Tehrani ; Rev. proc. coll. 2018/1, comm. 15, p. 21, Saintourens (Cass. com., 3 avr. 2019, n° [17-27.885](#), D : Gaz. Pal. 9 juill. 2019, n° 355 w8, p. 45, Reille).

En savoir plus : La situation des membres et associés des GIE et des dirigeants de SA et SARL (avant la loi du 26 juillet 2005)

Ajoutons que , jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, les **associés et membres** des groupements d'intérêt économique, bien qu'étant parfois des non-commerçants, pouvaient être soumis à la procédure lorsqu'elle frappait la personne morale dont ils sont membres.

En effet, l'article L. 621-4 du Code de commerce énonçait que « **le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personnes morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social** ».

Cette disposition avait pour effet de soumettre à la procédure certaines personnes civiles et, notamment, les associés des sociétés civiles professionnelles indéfiniment et solidairement du passif ou les membres d'un groupement d'intérêt économique. Il convenait cependant que le groupement soit doté de la personnalité

morale et qu'il ait fait l'objet d'une procédure collective. Il convenait aussi que l'associé ne se soit pas retiré de la société lorsque la procédure était ouverte. S'il avait été valablement radié, il échappait au redressement.

L'article [L. 621-15](#) permettait tout de même d'ouvrir la procédure pendant un an à compter de la radiation lorsque que la cessation des paiements de la société était antérieure à cette date. La loi du 26 juillet 2005 supprime cette ouverture automatique de la procédure collective à l'égard des associés qui demeure applicable, cependant, aux procédures en cours. Il avait été jugé, toutefois, que la procédure collective de l'associé de la personne morale, indéfiniment et solidairement responsable du passif social, ne pouvait être ouverte après que le tribunal, mettant fin au redressement judiciaire, ait arrêté le plan de continuation de la personne morale (Cass. com., 13 nov. 2002, *Droit des sociétés - Editions du juris-classeur*, mars 2003, p. 19, obs. Legros). Cela cantonne donc l'ouverture de la procédure contre les associés.

Pareillement, les **dirigeants** de SA ou de SARL échappent en principe à la procédure mais à titre de sanction, si la société qu'ils dirigeaient faisait l'objet d'une procédure collective, un redressement ou une liquidation judiciaires pouvaient être ouverts à leur encontre s'ils avaient commis l'un des faits entrant dans l'énumération de l'[article L. 624-5 du Code de commerce](#). Dans ce cas la procédure les concernant était distincte de celle qui était appliquée à la personne morale. Ils pouvaient aussi être condamnés à combler l'insuffisance de l'actif social (C. com., art. [L. 624-3](#)). La loi de sauvegarde supprime cependant cette possibilité d'ouvrir la procédure collective, à titre de sanction, à l'égard d'un dirigeant. Elle l'a remplacé par une obligation de prendre en charge le passif social sur décision du tribunal, obligation aux dettes qui, à son tour, a été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Cependant, les procédures en cours se poursuivaient sous l'empire de la loi ancienne.

Par conséquent, peu de personnes échappent désormais aux procédures collectives. Relèvent des procédures de droit commun, essentiellement, **les salariés et les fonctionnaires**, à la condition, bien évidemment, qu'ils n'effectuent pas d'actes de commerce de manière habituelle.

2. Personnes morales de droit privé

1) La procédure de sauvegarde s'applique à toutes les personnes morales de droit privé, quelles qu'elles soient. Il s'agit donc des sociétés, mais aussi des groupements d'intérêt économique, des syndicats professionnels, des associations, des coopératives, des mutuelles, des clubs sportifs...

Exemple

V. par un ex. de syndicat professionnel : Cass. com., 16 mars 2010, n° [09-12.539](#), *LPA* 2010, n° 127, p. 17, obs. C. Lebel.

Le groupement doit, cependant, être doté de la **personnalité morale**. Par conséquent, échappent à la procédure les sociétés qui en sont dépourvues, telles les sociétés créées de fait, ou les sociétés en participation, ainsi que les associations non déclarées.

Exemple

Il a été jugé, à juste titre, qu'une société créée de fait ne peut faire l'objet d'une procédure collective et que si ses associés peuvent, au contraire, être mis personnellement en redressement ou en liquidation judiciaire, c'est à la condition qu'ils remplissent personnellement les conditions de mise en œuvre de la procédure (CA de Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 14 mai 2002, *Droit des sociétés - Editions du juris-classeur*, mars 2003, p. 15, obs. J.-P. Legros : la procédure ne peut être appliquée à l'épouse divorcée copropriétaire indivise du fonds de commerce si elle n'a pas la qualité de commerçante).

Le groupement peut être soumis à la procédure **tant qu'il a la personnalité morale**, c'est-à-dire du jour de l'immatriculation jusqu'au jour de la radiation pour les sociétés commerciales.

Exemple

La procédure est donc applicable à une société dissoute qui conserve la personnalité pendant les opérations de liquidation (Cass. com., 20 sept. 2011, n° [10-15.068](#), *RPC* mars 2012, n° 15, p. 44, obs. B. Saintourens) ou annulée puisque la société a eu la personnalité juridique. En revanche, une société en formation dépourvue d'une telle personnalité n'est pas soumise à la procédure, pas plus qu'une société absorbée.

En revanche, La procédure ne concerne pas les groupes de sociétés car ils n'ont pas la personnalité morale. Mais, si une procédure est ouverte à l'égard de plusieurs sociétés membres d'un même groupe, il est possible d'organiser un traitement unique. Un même mandataire commun peut être désigné.

Exemple

En outre, la Cour de cassation a jugé que :

« Si le principe de l'autonomie de la personne morale impose d'apprécier séparément les conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de chacune des sociétés d'un groupe, rien n'interdit au tribunal, lors de l'examen de la solution proposée pour chacune d'elles, de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe ... » (Cass. com., 19 déc. 2018, n° [17-27.947](#), FS-P+I : Les Sources c/ Gautier : D. actu. 23 janv. 2019, note X. Delpech ; BJS 2019/2. n° 119n0, p. 38, note Mouial-Bassilana ; APC 2019, n° 3, alerte 37, note Pagnucco ; BJE 2019/1, n° 410, p. 10, note Roussel Galle ; Sociétés 2019, p. 222, note Henry ; Droit des sociétés n° 3, mars 2019, 55, comm. Legros ; Gaz. Pal. 29 janv. 2019, n° 340v9, p. 23, note Farhi ; LEDEN févr. 2019, p. 2, obs. N. Pelletier ; Rev. proc. coll. 2019, comm. 71, p. 32, obs. Monsérié-Bon, RTD com. 2019, p. 492, obs. H. Poujade).

Il résulte de cette jurisprudence que le principe de l'autonomie des personnes morales impose d'ouvrir une procédure pour chaque société si elle en remplit les critères, mais que, par la suite, l'appartenance à un même groupe pourra être prise en considération pour retenir une « solution globale ».

2) La personne morale doit être de droit privé car l'Etat ne peut être mis en « faillite ».

Les personnes morales de droit public, d'une manière générale échappent ne peuvent demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde qu'il s'agisse des collectivités territoriales, des établissements publics, y compris des établissements publics à caractère industriel et commercial. Mais, les sociétés d'économie mixte en relèvent. C'est pourquoi la SNCM aurait pu être mise en liquidation judiciaire. Il en serait de même des sociétés publiques locales (SPL), composées de collectivités territoriales, car elles prennent la forme de sociétés par actions.

Entreprises bénéficiant de la procédure de sauvegarde :

- Personnes physiques : commerçants, agriculteurs, artisans, travailleurs indépendants y compris professionnels libéraux ou dont le titre est protégé.
- Personnes morales : groupements ayant la personnalité morale et de droit privé.

B. Personnes ne faisant pas l'objet d'une procédure : la règle « Faillite sur faillite ne vaut »

L'article L. 620-2 du Code de commerce relatif à la procédure de sauvegarde des entreprises précise qu'il **ne peut être ouvert de nouvelle procédure de sauvegarde à l'égard d'une personne déjà soumise à une telle procédure, ou à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte ou que la procédure de liquidation n'a pas été clôturée** ».

La même règle est énoncée par l'article [L. 631-2](#) pour interdire l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire tant que la précédente n'est pas terminée et par l'article 640-2 en matière de liquidation judiciaire.

Cette règle est connue sous la forme d'un adage : **« Faillite sur faillite ne vaut »** .

Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, elle n'était pas consacrée par la loi. Elle a une double conséquence : l'interdiction d'un cumul de procédures et la multiplicité des solutions pour une même personne.

1. Interdiction du « cumul » des procédures

Une procédure nouvelle ne peut être ouverte à l'égard d'une personne physique ou morale tant que la précédente n'est pas achevée.

- Une procédure de sauvegarde ne peut être prononcée à l'égard d'une personne déjà soumise à une telle procédure, non achevée, pendant la période d'observation ou pendant le déroulement normal du plan de sauvegarde.
- Une autre procédure de redressement judiciaire ne peut être ouverte tant que le plan de redressement n'est pas exécuté ou la liquidation prononcée.
- Une procédure de liquidation judiciaire ne peut être ouverte tant qu'il ne lui a pas été mis fin et tant que la précédente procédure de liquidation n'a pas été clôturée. Ce principe doit être appliqué même si le jugement prononçant la première liquidation judiciaire n'est pas définitif.

Exemple

Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13-17.243, *BJE* mars 2015, n° 112a3, obs. G. Jazottes.

Cette règle ne connaît qu'une (fausse) exception lorsqu'il s'agit de patrimoines distincts de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. En pareil cas, une procédure peut être ouverte pour un patrimoine affecté ou non affecté, même si une autre est encore en cours à l'occasion d'un autre patrimoine de l'EIRL.

2. Interdiction de la diversité des solutions

La règle « **faillite sur faillite ne vaut** » signifie aussi qu'en raison du principe de l'unité du patrimoine, une même personne ne peut faire l'objet de mesures distinctes. Ainsi, lorsque la personne physique exerce deux activités, la mesure ouverte contre elle concerne la totalité de son patrimoine.

Lorsqu'une procédure ouverte contre une personne morale est étendue à d'autres personnes morales, la solution les concernant doit être unique : sauvegarde, redressement ou liquidation.

§2. Les difficultés financières du débiteur

Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, n'étaient soumises à la procédure collective que les entreprises qui avaient cessé leurs paiements.

Désormais, la procédure de sauvegarde n'est recevable que si elle est demandée par un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, rencontre des difficultés qu'il ne peut surmonter seul. C'est une procédure d'anticipation. Au contraire, les procédures de redressement et de liquidation judiciaires requièrent toujours un état de cessation des paiements. La répartition des procédures exige, par conséquent, que soit définie la notion de cessation des paiements qui constitue un obstacle à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Auparavant, il convient de caractériser les « difficultés insurmontables » auxquelles le débiteur doit se heurter pour bénéficier de la procédure de sauvegarde. Le débiteur doit établir qu'il rencontre des difficultés graves mais qu'il n'est pas en cessation des paiements. Jusqu'à l'ordonnance du 18 décembre 2008, il fallait que ces difficultés soient de nature à conduire l'entreprise à la cessation des paiements, mais cette exigence a été supprimée.

A. Les difficultés insurmontables justifiant l'ouverture de la procédure de sauvegarde

La spécificité de la procédure de sauvegarde tient à ce qu'elle est une procédure « d'anticipation » ou de « prévention ». Par hypothèse, seul le débiteur peut en demander l'ouverture et à la condition de n'être pas en état de cessation des paiements (M. Di Martino, « Les causes et origines financières de l'état de cessation des paiements », *Gaz. pal.* 18 avr. 2023, GPL448g5). Le débiteur se place, comme dans la procédure américaine, sous la protection de la justice sans attendre de ne pouvoir régler ses dettes. L'ouverture de la procédure

de sauvegarde est, cependant, dangereuse pour les créanciers qui vont subir l'arrêt des poursuites et des procédures d'exécution, l'interdiction des paiements, du cours des intérêts des créances....

Aussi, les conditions d'ouverture de la procédure sont-elles strictement définies par l'article L. 620-1 du Code de commerce : « **Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter.** »

Le texte énonce une exigence expresse tenant aux difficultés rencontrées et implicite relative à l'absence de cessation des paiements.

Le code de commerce ne précise pas de quelles difficultés il s'agit. L'expression est volontairement imprécise pour pouvoir englober tout type de difficulté : financière, économique, sociale, juridique. Mais, ces difficultés sont **graves**. Elles doivent présenter une certaine intensité car le débiteur ne peut pas les surmonter par lui-même. Il a besoin du soutien de la justice et « du parapluie » de la procédure.

L'article [R. 621-1](#) du Code de commerce exige que le débiteur rapporte la preuve qu'il ne peut surmonter seul les difficultés qu'il rencontre.

Exemple

Les premières décisions recherchent très précisément, au cas par cas (appréciation *in concreto*) en quoi les difficultés sont insurmontables et considèrent que cette notion s'apprécie au niveau de la société en difficulté et non au niveau du groupe (CA de Colmar, 26 sept. 2006, Sté Heuler Hermès c/ Schlumberger ; CA de Versailles, 13^{ème} ch. Rev. proc. coll. 2006, p. 225, note Ph. Roussel-Galle, *LPA* 2006, n° 255, p. 13, note Prigent ; C. Saint-Alary-Houin, *Dr. & patr.* 2007, n° 160, p. 81 ; *JCP* 2007, n° 1004, obs. Ph. PETEL) et que ces difficultés peuvent être invoquées même si le débiteur n'a pas sollicité des délais de paiement ou l'ouverture d'une procédure de conciliation (CA de Lyon, 3^{ème} ch. civ. 31 mai 2006, *RTD com.* 2006, p. 625, n° 12, obs. Martin-Serf ; P. Roussel-Galle, *LPA* 2006, n° 255, p. 13 ; C. Saint-Alary-Houin, *Dr. & patr.* 2007, n° 160, p. 81). Un arrêt de la Cour de Lyon du 31 mai 2006 facilite aussi le recours à la procédure de sauvegarde en estimant que c'est « une procédure de prévention dont l'ouverture n'est pas subordonnée à des poursuites de créanciers ou à une tentative de règlement amiable. La cessation des paiements n'est pas nécessairement imminente et l'appréciation doit se faire *in concreto* ».

Il n'est donc pas nécessaire que le débiteur ait fait l'objet de poursuites de la part de ses créanciers pour que la procédure de sauvegarde soit recevable (CA de Lyon, 3^{ème} ch. civ., 31 mai 2006, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 3, p. 255, obs. Roussel-Galle ; *RTD com.* 2006, p. 625, n° 12, note A. Martin-Serf ; *Droit & Patrimoine* 2007, n° 1, obs. C.S-A-H ; *JCP* 2007, n° 1004, obs. J.-L. Vallens).

Ces premiers arrêts des juges du fond ont été approuvés par la Cour de cassation, **par deux arrêts de principe du 26 juin 2007**. La cour a rejeté les pourvois formés contre ces décisions et a apporté une contribution décisive à l'appréciation du caractère insurmontable des difficultés rencontrées.

Elle décide, en effet, d'une part, que « la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en considération les capacités financières du groupe auquel elle appartient » (Cass. com., 26 juin 2007, n° [06-20.820](#), Schlumberger ; *RJDA* 1/08, n° 56) et, d'autre part, que « les conditions d'ouverture de la sauvegarde doivent être appréciées où jour où il est procédé à cette ouverture », c'est-à-dire non pas au moment où le débiteur demande le bénéfice de la sauvegarde, mais au jour où la procédure est ouverte.

A cet instant, il n'est pas possible de tenir compte de la position que prendra la société-mère dans le cadre de la période d'observation, ni d'un éventuel plan de sauvegarde. Cette jurisprudence de la Cour de cassation laisse toute chance de réussite à la nouvelle procédure.

En savoir plus : 2 arrêts : Cass. com., 17 juin 2007

Dr. & patr. 2008, Chron. Droit des difficultés économiques, n° 172, p. 109, obs. C. Saint-Alary-Houin ; *RDBF* 2007, n° 158, obs. F.-X Lucas ; *Bull. Joly Sociétés* nov. 2007, § 315, p. 1167, obs. C. Regnaut-Moutier ; *Droit des sociétés*, oct. 2007, n° 177, p.22, obs. J.-P. Legros ; *JCP G* 2007, II, 1147, note J. Vallansan ; *RJ com.* 2007, p. 359 ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 222 et 223, obs. B. Saintourens ; C. Saint-Alary-Houin, « L'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, p. et obs. *Dr. & Pat.* 2007, p. ; H. Guyader, « Conditions

d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *RJDA* 2/08, p. 103 ; B. Grimonprez, « L'entreprise en difficultés insurmontables », *Rev. Lamy Dr. aff. nov.* 2007, p. 18.

Exemple

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 février 2010 rendu dans l'affaire Cœur Défense avait cependant donné un coup d'arrêt à cette attitude bienveillante de la jurisprudence à l'égard de la procédure de sauvegarde dans la mesure où elle avait considéré que **des conditions d'exécution contractuelle plus onéreuses ne sont pas insurmontables** (CA de Paris, 25 févr. 2010, Pôle 5, RG n° 09/22756, SA Eurotitrisation C/SARL Dame Luxembourg ; R. Dammann et G. Podeur, « Affaire "Cœur Défense" : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde », *D.* 2010, p. 579, obs. R. Dammann et G. Podeur ; F.-X. Lucas, « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », *Bull. Joly sociétés* 2010, p. 211 ; B. Saintourens, « Conditions d'ouverture de la sauvegarde : le recadrage de la Cour d'appel de Paris », *APC* 25 avr. 2010, n° 8, p. 1 ; M. Menjucq, « Affaire Heart of la Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2010, p. 13 ; Ph. Roussel-Galle, « L'affaire "Cœur Défense" : du nouveau », *LPA* 9 mars 2010, n° 48, p. 12 ; P.-M. Le Corre, « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter, A propos de CA Paris, pôle 5, ch. 9, 25 février 2010 : Affaire Cœur Défense », *Gaz. pal.* 16. 17 avr. 2010, p. 13 ; C. Saint-Alary-Houin, obs. *Dr et patr.* 2010, n° 196, p. 86). En l'espèce, la Société HOLD avait emprunté, par le biais de deux prêts à taux variable, pour construire une tour, à usage de bureaux, dans le Cœur de la Défense et ces prêts étaient garantis, notamment, par une convention de couverture des risques de variation des taux d'intérêt donnée par la Banque Lehman Brothers. Celle-ci ayant été mise en liquidation, la société HOLD devait trouver une autre couverture, à défaut de quoi elle subissait la déchéance du terme prévu aux contrats de prêt. Or le montant d'une nouvelle couverture, dans un contexte de crise économique, était très élevé et lui paraissait impossible à assumer.

C'est pourquoi elle a demandé le bénéfice de la sauvegarde qui, après lui avoir été accordé en première instance, lui est refusé par la Cour de Paris au nom du respect des contrats souscrits : « Qu'en raison de la force obligatoire des contrats, il n'appartient pas à la société HOLD de :

- modifier unilatéralement les contrats de prêts qu'elle a souscrits,
- ni davantage, en l'absence de réelles difficultés affectant son activité, de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à seule fin de faire échec à l'impossibilité juridique dans laquelle elle se trouve d'imposer unilatéralement une telle modification au prêteur, en obtenant indirectement, mais nécessairement, du juge, par le seul effet de l'ouverture de la procédure sollicitée, la suspension des clauses contractuelles qu'elle n'a pas antérieurement réussi à faire modifier d'un commun accord avec son cocontractant ».

La Cour de cassation, par 3 arrêts du 8 mars 2011, (*JCP E* 2011, p. 15, obs. P. Petel et n° 1215, A. Couret et Dondero, « L'arrêt Cœur Défense, ou la sauvegarde de la sauvegarde », *BRDA* 6/11, n° 23, p. 12 ; F. Reille, « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde : la défense de la raison dans une affaire de cœur », *Gaz. pal.* 2 av. 2011, n° 91, p. 7 ; P. Roussel-Galle, « Conditions d'ouverture de la sauvegarde : les textes, rien que les textes ! », *Bull. Dict. perm. difficultés des entreprises*, Zoom mars 2011 ; J.-P. Remery, « Ouverture d'une procédure de sauvegarde : l'affaire "Cœur Défense" devant la cour de cassation », *RJDA* 5/11, p. 359 ; B. Saintourens, « Conditions d'ouverture de la sauvegarde, la Cour de cassation fait le maximum », *APC* 2011, n° 7, p. 1.) a cassé sa décision en rappelant sèchement que « *hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements* ».

Par ce rappel d'une application stricte de l'article L. 620-1 qui n'exige aujourd'hui que l'existence de « *difficultés insurmontables* », la Cour de cassation, intervient une fois encore, pour maintenir toutes les potentialités de la procédure de sauvegarde. Sur renvoi, la Cour d'appel de Versailles s'est inclinée par un arrêt du 19 janvier 2012 (*RPC* mars 2012, n° 19, p. 48 note P. Saintourens ; M. Menjucq, *RPC* 2012, Etude n° 7).

En savoir plus : L'affaire Cœur Défense (obs. C. Saint-Alary-Houin, obs. *Dr & patr.* 2010, n° 196, p. 86 ; *Dr. & patr. chronique sept.* 2012)

La société Hold, pour obtenir le bénéfice de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, avançait trois arguments: D'une part, la défaillance de ses contractants lui assurant la couverture du risque de variation des taux d'intérêt lui imposait de rechercher d'autres partenaires afin de ne pas être exposée à la déchéance du terme prévu par les prêts. D'autre part, elle n'était pas financièrement en mesure de procéder à la souscription

de nouveaux contrats de couverture dudit risque en raison du surcout tenant, à l'époque, à la crise financière mondiale et enfin, le gestionnaire du FCT avait suggéré aux obligataires de ne pas accepter de modification des clauses du contrat de prêt ce qui lui fermait toute négociation contractuelle. Elle se trouvait donc confrontée à des difficultés qu'elle jugeait insurmontables.

Tel n'est pas l'avis de la Cour d'appel de Paris qui considère que la société Hold n'a pas allégué que la souscription de nouveaux contrats de couverture de risque de variation des taux d'intérêt lui était impossible, mais qu'elle était simplement plus onéreuse passant d'environ 18 millions d'euros à 40 millions d'euros *« de sorte que l'augmentation demeurerait compatible par rapport aux montants des objets des prêts supérieurs à 1,5 milliard d'euros »*...

Elle en déduit que la procédure de sauvegarde n'aurait pas dû être ouverte car « le renchérissement du contrat de couverture du risque de variation des taux d'intérêt n'affectait pas réellement l'activité locative des bureaux de la Tour « Coeur de la Défense », laquelle peut tout autant se poursuivre normalement quelle qu'en soit le propriétaire est quelle que ce soit la composition de l'actionnariat de la société propriétaire ». La cour d'appel ajoute que la force obligatoire des contrats empêche que la procédure de sauvegarde ne soit utilisée pour obtenir par la voie judiciaire une modification des prêts qui n'avait pu être obtenue par la voie contractuelle.

L'argumentation retenue pour rétracter la sauvegarde ouverte au bénéfice de la société Dame Luxembourg est sensiblement la même. Cette société n'est exposée financièrement qu'à concurrence de la valeur des titres de Hold donnés en nantissement et elle ne peut utiliser la procédure à la seule fin d'échapper à l'exécution de la sûreté.

« N'ayant pas prétendu éprouver des difficultés à poursuivre son activité elle-même, de gestionnaire de son portefeuille de titres, il n'appartient pas à la société dame Luxembourg de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à seule fin de faire échec à l'exécution du pacte commissaire concernant les titres sociaux qu'elle détient dans le capital social de Hold d'autant que l'activité locative de cette dernière peut tout autant se poursuivre normalement quelle que soit la composition de son actionnariat ».

Que penser de cette jurisprudence ?

On pouvait comprendre le souci des juges d'éviter une « instrumentalisation » de la procédure de sauvegarde et son utilisation de manière abusive, voire immorale, mais il n'en demeure pas moins que la position de la Cour d'appel de Paris n'emportait pas la conviction. Elle exige que la demande d'ouverture de la procédure ne soit pas justifiée par le souci d'obtenir des modifications contractuelles. C'est ajouter à la loi car le seul critère d'ouverture, à l'époque où le tribunal de commerce a statué, est celui de l'existence de difficultés insurmontables de nature à entraîner la cessation des paiements et ces difficultés peuvent être tout aussi bien juridiques que de nature économique, l'expression légale étant volontairement compréhensive.

Leur caractère insurmontable est le seul point à vérifier pour ouvrir la procédure. C'est ce que rappelle la Cour de cassation.

En l'espèce, le doublement de l'engagement financier résultant de la couverture des risques était de cette nature. Même si la société Hold continuait à percevoir les loyers des bureaux qu'elle louait - ce qui, dès l'origine ne lui permettait que de couvrir les frais de gestion et le remboursement des intérêts - le fait que la couverture des risques ait entraîné une dépense proche de 40 millions d'euros pouvait paralyser le dénouement de l'opération et la conduire à la liquidation judiciaire. A défaut de trouver dans un délai bref, un établissement susceptible de parer à la défaillance de la banque Lehman Brothers, dans une période d'intense crise économique, la société Hold risquait, en effet, de se voir opposer la déchéance du terme et le remboursement de l'intégralité de son prêt, ce qui était, pour elle, insurmontable.

Que l'ouverture de la sauvegarde porte atteinte à la force obligatoire des contrats est incontestable. L'objet même de cette procédure est de suspendre l'exécution des conventions afin de permettre la préparation d'un plan de sauvegarde. L'arrêt des poursuites individuelles et des procédures d'exécution, le principe de la continuation des contrats en cours, l'arrêt du cours des intérêts des prêts de moins d'un an et l'interdiction de payer les créances antérieures, comme celle de publier de nouvelles sûretés ou transfert de droits réels,

sont autant d'atteintes au droit commun des obligations. Il ne faut pas s'en offusquer : le droit des entreprises en difficulté, et particulièrement la procédure de sauvegarde, fonctionne avec ses propres règles. L'efficacité économique prime le respect du contrat et la procédure de sauvegarde permet de passer outre à l'égoïsme de certains créanciers et à la rapacité de certains fonds d'investissement. L'utilité de la sauvegarde par rapport à la conciliation se trouve précisément dans la force de la décision de justice qui offre, avec le secours du juge, une période de répit et une possibilité de réorganisation de l'entreprise, grâce à un plan de sauvegarde qui modifie nécessairement les contrats ne serait-ce qu'en imposant des délais de paiement aux créanciers récalcitrants ou qui peut les empêcher, comme en l'espèce, d'invoquer une clause de déchéance du terme alors que les échéances des prêts sont acquittées par l'emprunteur. Si l'arrêt de la Cour d'appel de Paris n'avait pas été cassé, la procédure de sauvegarde aurait perdu une grande partie de son intérêt au mépris des intentions du législateur qui avait voulu mettre en place une véritable procédure judiciaire préventive.

C'est pourquoi la Cour d'appel d'Orléans s'est inclinée en ces termes :

« En raison de la brièveté du délai imparti, du caractère aléatoire du marché concerné et, en tout état de cause, des prix des contrats recherchés précédemment cités, la société Hold justifie en conséquence suffisamment qu'elle ne pouvait surmonter les difficultés liées à l'obligation de fournir une nouvelle couverture de taux répondant aux exigences contractuelles avant le 3 novembre 2008 et il a été déjà démontré que ces difficultés étaient de nature à la conduire à la cessation des paiements ».

Il est désormais admis que le caractère insurmontable des difficultés doit être apprécié in concreto et en fonction de la situation de l'entreprise considérée.

Dans l'immédiat, le débiteur a donc un actif disponible qui lui permet de faire face à son passif exigible.

Il peut payer ses créanciers. Il n'est donc pas un « débiteur » au sens strict du terme, ou du moins fait-il face à ses échéances. La situation invoquée est donc subtile. La seule certitude est que les difficultés rencontrées sont encore « en amont » de la cessation des paiements. Si tel n'était pas le cas, la demande devrait être rejetée. Le débiteur pourrait, cependant, solliciter le bénéfice d'une conciliation si la cessation des paiements était récente (moins de 45 jours). En pareil cas, il devrait trouver une solution contractuelle à ses difficultés pour les surmonter puisque la procédure de conciliation n'a aucun caractère coercitif.

B. L'absence de cessation des paiements

La « cessation des paiements » est une notion fondamentale puisque les procédures de prévention et de conciliation supposent que l'entreprise n'ait pas cessé ses paiements ou, du moins, ne soit pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours et puisque la procédure de sauvegarde ne peut être ouverte si le débiteur qui la réclame est déjà en état de cessation des paiements, sauf dans le cas particulier d'une sauvegarde accélérée précédée d'une conciliation ouverte dans les 45 jours de la cessation des paiements. Il est donc important de la définir et d'indiquer comment elle se prouve étant entendu que le débiteur ne pourra bénéficier de la cessation des paiements que s'il n'est pas en état de cessation des paiements.

1. La notion de cessation des paiements

La cessation des paiements est requise pour ouvrir le redressement ou la liquidation judiciaire. C'est pourquoi la définition s'en trouve dans le titre 3 du livre VI sur le redressement judiciaire :

L'article **L. 631-1** du Code de commerce définit la cessation des paiements comme la situation d'une entreprise qui est « **dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible** ».

Par conséquent, la cessation des paiements suppose que soient définis l'actif disponible, le passif exigible et, elle résultera de l'inadéquation de l'un à l'autre.

a) L'actif disponible est l'**actif immédiatement mobilisable**, c'est-à-dire l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce à vue et des soldes créditeurs des comptes bancaires.

Exemple

C'est pourquoi aussi le prix de vente d'un immeuble séquestré est aussi un élément de l'actif disponible (Cass. com., 5 déc. 2018, n° [17-20.065](#), *BJE* mars-avr. 2019, 116u5, p. 15, obs. V. Martineau-Bourgninaud). Il a été jugé également que des saisies-attributions peuvent constituer un élément de l'actif disponible (Cass. com., 16 janv. 2019, n° [17-18.450](#), *BJE* mai-juin 2019, n° 116y2, p. 17, obs. V. Martineau-Bourgninaud).

En revanche, l'actif disponible ne comprend pas les immobilisations ou un immeuble non encore vendu (Cass. com., 17 juin 2020, n° [18-22.747](#), obs. Martineau-Bourgninaud, *BJE* 118c1, sept. 2020, p. 16).

Il résulte de cette conception que la cessation des paiements est distincte de l'insolvabilité qui suppose que l'ensemble des biens du débiteur, mobiliers et immobiliers, ne lui permette pas de faire face à ses dettes.

Exemple

La jurisprudence récente inclut dans l'actif disponible les réserves de crédit du débiteur pour ne pas retenir la cessation des paiements (Cass. com., 27 fév. 2007, P. n° [06-10.170](#), précité ; Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 193 ; Cass. com., 8 juin 1999 et autres arrêts cités, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 49, n° 8, obs. J.-M. Deleneville). Sont aussi prises en compte les liquidités apportées par les dirigeants (Cass. com., 24 mars 2004, *D.* 2004, *AJ*, p. 1022, obs. A. Liénhard, *APC* 2004, n° 110, obs. J. Vallansan).

Cette solution est consacrée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui complète la définition de la cessation des paiements par la précision suivante : « *Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* ». Désormais, le débiteur ne peut plus être considéré comme en état de cessation des paiements si ses créanciers lui font confiance et lui accordent des délais de paiement. De manière mécanique, l'actif disponible s'accroît de ces réserves de crédit.

L'actif doit être « disponible ».

Exemple

C'est pourquoi il a été jugé que « *l'actif d'une société, constitué de deux immeubles, n'est pas disponible* » (Cass. com. 27 fév. 2007, P. n° [06-10.170](#) ; *RJ com.* 2007, p. 365, note P. Roussel-Galle ; *Rép. dr. soc.* mai 2007, p. 9 ; *D.* 2007, *AJ*, 872, obs. A. Liénhard, *RDBF* avr. 2007, n° 71, p. 25 ; *JCP E*, 2007, n° 1833, p. 2, obs. P. Roussel-Galle ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 221, obs. B. Saintourens ; Même solution : Cass. com., 16 déc. 2008, n° [07-18.044](#), *Gaz. proc. coll.* 28 avr. 2009, p. 14, obs. C. Lebel), de même que la valeur de marchés relatifs à la vente et à la distribution de récoltes (CA de Paris, 3^{ème} c., B., 18 déc. 2008, *Gaz. proc. coll.* 28 avr. p. 13, obs. C. Lebel) ou une créance à recouvrer et une quote-part dans une succession.

En revanche, un chèque de banque dont la provision est assurée fait partie de l'actif disponible (Cass. com., 18 déc. 2007, n° [06-16.350](#), *Dr. & pat.* 2008, *Chron. Droit des difficultés économiques*, n° 172, p. 109, obs. M. H. Monserie-Bon), de même, une avance en compte courant, qui n'a pas été bloquée ou dont le remboursement n'a pas été demandé, (Cass. com., 12 mai 2009, n° [08-13.741](#), *RJDA* 10/09, n° 867, *Rev. proc. coll.* 2009, n° 107, obs. B. Saintourens ; Cass. com., 16 nov. 2010, n° [09-71.278](#), *D.* 2010, *Act.*, 2830, obs. A. Liénhard). La Cour de cassation a cassé un arrêt les incluant dans le passif exigible « *sans rechercher si ces avances en compte courant n'étaient pas bloquées ou si leur remboursement avait été demandé* » (Cass. com., 10 janv. 2012, n° 11-10.018, *BJE* juill. 2012, p. 210, note J.-P. Sortais).

Toute la trésorerie positive de l'entreprise s'ajoute à l'actif disponible à prendre en compte, sans distinguer la provenance des fonds et leur éventuelle destination (Cass. com., 14 juin 2023, n° [21-20.130](#), *LEDEN* sept. 2023, p. 4, obs. R. du Plantier).

Exemple

Peu importe, par exemple, que les fonds prêtés le soient dans un cadre familial ou amical (Cass. com., 14 déc. 2022, n° [21-17.706](#), *LEDEN* févr. 2023, p. 3, obs. K. Lafaurie ; *BJE* mars 2023, *BJE* 200z1, obs. V. Bourgninaud).

Un contentieux assez abondant est relatif aux ventes d'immeubles.

Exemple

En principe, un immeuble non encore vendu ne constitue pas un actif disponible (Cass. com., 17 juin 2020, n° [18-22.747](#), obs. Martineau-Bourgninaud, *BJE* 118c1, sept. 2020, p. 16 ; Cass. com., 15 févr. 2011, n° [10-13.625](#)). Il en est autrement si la vente a eu lieu et que le prix en a été versé entre les mains du débiteur ou pour son compte, mais le tribunal doit sursoir à statuer tant qu'il n'a pas la preuve que la vente est réalisée et que le prix de vente a été encaissé (Cass. com., 24 mars 2021, n° [19-21.424](#), *Rev. proc. coll.* mai-juin 2021, n° 52, obs. B. Saintourens ; *BJE* juill.-août 2021, 200d9, p. 14, obs. Martineau-Bourgninaud).

b) Le passif exigible est le passif arrivé à échéance et non le passif qui doit être payé à court terme. Par conséquent, ne rentrent pas dans le passif exigible des prêts de longue durée ou des prêts non encore échus.

Sous cette réserve, sont prises en considération toutes les créances civiles ou commerciales, dès lors qu'elles sont certaines, liquides et exigibles.

Exemple

- Par conséquent, les créances litigieuses, en raison de leur caractère incertain, ne peuvent être prises en compte dans l'évaluation du passif exigible du débiteur dont la liquidation judiciaire est sollicitée (Cass. com., 2 mars 2022, n° [20-22.021](#), *Rev. proc. coll.* juill. 2022, n° 64, obs. B. Saintourens ; Cass. com., 16 mars 2010, n° [09-12.539](#), *Gaz. pal.* 2/3 juill. 2010, p. 21, obs. F. Reille ; Cass. com., 5 févr. 2013, n° [11-28.194](#), *BJE* mai 2013, n° 68, p. 136, obs. R. Bonhomme ; Cass. com., 5 mai 2015, n° [14-11.381](#), *LEDEN* juin 2015, n° 081, p. 2, obs. F-X Lucas ; rapp. Cass. com., 11 avr. 2018, n° [16-23.019](#), *Gaz. pal.* 10 juill. 2019, n° 325t1, p. 53, obs. F. Reille). C'est pourquoi doivent être exclues du passif exigible des créances litigieuses résultant d'une décision de justice faisant l'objet de voies de recours (Cass. com., 13 sept. 2023, n° [22-10.211](#), *RPC* janv. 2024, n° 27, obs. B. Saintourens).
- Il en est de même des créances contestées (Cass. com., 5 mai 2015, n° [14-11.381](#), *RJDA* 8-9/15, n° 587). En revanche, la créance provisionnelle au paiement de laquelle le débiteur est condamné doit être prise en compte dans le passif exigible si elle est devenue définitive à défaut d'instance au fond (Cass. com., 16 janv. 2019, n° [17-18.450](#), *Gaz. pal.* 16 avr. 2019, 350w7, obs. F. Reille). La solution vaut pour les créances fiscales qui doivent être incluses dans le passif exigible en l'absence de recours fiscal et vice versa (Cass. com., 11 avr. 2018, n° [16-23.019](#), *BJE* juill.-août 2018, 115z8, p. 268, obs. G. Dedeurwaerder).
- La Cour de cassation considère aussi que les dettes faisant l'objet d'un moratoire de paiement ne doivent pas être intégrées dans le passif exigible pour caractériser l'état de cessation des paiements (Cass. com., 18 mars 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 114, *Dr. & patr.* 2008, 109, obs. M. Monserie-Bon ; Cass. com., 27 fév. 2007, *Bull. IV*, n° 65 ; *JCP* 2007, éd. E, n° 1833, p. 28, note P. Roussel-Galle ; *APC* avr. 2007, n° 71 ; *RDBF* mars 2007, n° 70, p. 25, obs. F.-X. Lucas). Un report d'échéance modifie, par conséquent, le contenu de ce passif exigible et évite la cessation des paiements. La notion est un outil de prévention (v. en ce sens, B. Grelon, « Prévention et cessation des paiements », *Mél. D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 422). Un créancier peu, en effet, faire crédit à son débiteur et la dette à terme ne rentre pas dans le passif. Cette conception a été consacrée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 dans la mesure où le débiteur rapporte la preuve du report d'échéances. Il n'en demeure pas moins que le défaut de paiement d'une seule créance peut suffire à caractériser la cessation des paiements s'il révèle que l'actif disponible ne permet pas de faire face au passif exigible (Cass. com., 8 mars 1994, *JCP G*, 1994, IV, n° 1254).
- Il faut rapporter la preuve de l'exigibilité de la créance en se référant aux stipulations contractuelles. Le fait que le créancier ait adressé au débiteur un commandement de payer valant saisie immobilière ne suffit pas (Cass. 2^{ème} civ., 14 sept. 2023, n° [21-19.459](#), *RPC* janv. 2024, n° 26, obs. B. Saintourens).

c) La cessation des paiements résulte de l'inadéquation de l'actif disponible et du passif exigible. Par hypothèse, l'entreprise ne peut pas faire face à ses dettes échues et réclamées avec ses actifs immédiatement utilisables. La cessation des paiements est donc une notion juridique et comptable qui ne se confond pas avec l'insolvabilité. Elle traduit des difficultés de trésorerie qui peuvent être passagères alors que l'insolvabilité

suppose que la totalité des actifs mobilisables ou immobilisés ne puissent faire face à la totalité des dettes échues ou à terme.

Un simple retard de paiement ou une insuffisance d'actif ne suffisent pas à la caractériser.

Exemple

De même le défaut de paiement d'une créance peut s'expliquer par la contestation de ce qu'elle est due sans que l'actif disponible soit insuffisant pour la régler (Cass. com., 15 avr. 1986, *Gaz. pal.* 8-9 août 1986, *Pan. jurispr.*, p. 170).

De manière générale, il a été jugé qu'« **une situation dégradée, une baisse de la marge commerciale, de la valeur ajoutée et de l'excédent brut d'exploitation et de l'existence d'un passif social et fiscal important ne permettent pas d'établir la cessation des paiements du débiteur** » (Cass. com., 9 juillet 2002 ; *Editions du juris-classeur Revue de droit bancaire* 2003, n° 233).

La charge de la preuve de l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible pèse sur celui qui demande l'ouverture de la procédure (en l'espèce : le créancier : Cass. com., 5 mai 2015, n° [14-11.381](#), *RJDA* 8-9/15, n° 587 ; V. aussi : Cass. com., 19 avr. 2023, n° [20-19.401](#), *RPC* janv. 2024, n° 25, obs. B. Saintourens, exigeant que le créancier qui assigne le débiteur en liquidation judiciaire rapporte la double preuve de créances impayées exigibles et non contestées et de l'impossibilité pour le débiteur de les payer avec son actif disponible.

En savoir plus : Les anciens cas d'ouverture de la procédure

Dans certains cas particuliers, avant l'adoption de la loi du 26 juillet 2005, la procédure collective pouvait s'appliquer à des **entreprises** qui ne se trouvaient pas en état de cessation des paiements. Il en était ainsi lorsqu'une entreprise avait déjà fait l'objet d'une procédure collective et qu'elle n'avait pas exécuté ses obligations légales.

Ainsi, l'[article L. 621-3 du Code de commerce](#) (rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005) prévoit que la procédure peut être ouverte lorsque le débiteur n'exécute pas les engagements pris dans le cadre d'un règlement amiable et l'[article L. 621-82](#) que la liquidation judiciaire doit être prononcée si le débiteur n'exécute pas les engagements pris dans le cadre d'un plan de continuation.

Quoi qu'il en soit, la date de la cessation des paiements est fixée au jour où le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (Cass. com., 5 mai 2021, n° [19-24.562](#), *BJE* juill.-août 2021, 200e8, p. 19, obs. Martineau-Bourgninaud).

L'[article 621-100 du Code de commerce](#) sanctionne de la même manière le locataire - gérant qui n'a pas exécuté son obligation d'acquiescer l'entreprise louée dans un délai de deux ans. Mais ces hypothèses demeuraient marginales et leur bien fondé était d'ailleurs contesté. C'est pourquoi elles ont été supprimées par la loi du 26 juillet 2005. Elles continuent cependant à produire leurs effets dans les procédures en cours.

Remarque

Dispositions provisoires : Covid 19 : l'article 1^{er} de l'ordonnance n° [2020-341](#) du 27 mars 2020 déclare que l'état de cessation des paiements doit être apprécié en principe à la date du 12 mars 2020 et ce, pour toutes les procédures en cours au jour de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 27 mars 2020 ainsi que pour les procédures ouvertes à compter de cette date et jusqu'au 23 août 2020 inclus. Il s'agit de permettre au débiteur de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de conciliation alors même que l'entreprise était effectivement en état de cessation des paiements après le 12 mars. C'est ce que l'on a appelé la "cristallisation" de la cessation des paiements au 12 mars 2020.

Limites : dans cette hypothèse, le débiteur a toutefois la possibilité, s'il le souhaite, de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore de rétablissement professionnel. En outre, la fixation d'une autre date de cessation des paiements est toujours possible en cas de fraude.

Bibliographie : F. Macorig-Venier, « La neutralisation de la cessation des paiements au cœur des mesures d'adaptation temporaire du droit des entreprises en difficulté à l'état d'urgence sanitaire », *BJE* mai 2020, n° 117v9, p. 64 ; B. Saintourens, obs. *RPC* juill. 2020, com. 91, p. 16.

2. La preuve de la cessation des paiements

Le débiteur qui demande la sauvegarde doit établir qu'il n'est pas en cessation des paiements mais que les difficultés qu'il rencontre peuvent l'y conduire. Au contraire, si un tiers estime qu'il est en cessation des paiements, il doit l'établir.

La cessation des paiements peut être **établie par tous moyens** si l'arrêt des paiements a trait à des créances commerciales et, selon les règles du Code civil, en cas contraire.

Exemple

Il ne suffit pas de prouver l'arrêt des paiements, il convient d'établir aussi que l'entreprise ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible (Cass. com., 2 fév. 1999, *RJDA* 4/99, p. 341, n° 438).

La plupart du temps, la cessation des paiements en cas de redressement ou de liquidation résulte de l'aveu du débiteur qui dépose son bilan.

A défaut, elle peut être prouvée par les registres légaux qui consignent les protêts pour défaut de paiement, les chèques sans provisions ou les procès verbaux de carence.

Exemple

- Dans l'hypothèse où il a été remédié à une insuffisance d'actif passagère par la reprise de paiements, puis que ceux-ci ont été, à nouveau, interrompus, c'est à la date de l'échéance impayée, suivie de la persistance de cette situation, que l'actif disponible n'a plus permis de faire face au passif exigible et qu'il faut fixer la date de la cessation des paiements (Cass. com., 3 oct. 2018, n° [17-14.080](#), *RPC* mars 2019, comm. 31, p. 25, obs. B. Saintourens).
- Un redressement judiciaire peut être ouvert à l'encontre d'un commerçant radié du RCS même s'il n'était pas en cessation des paiements au moment de la radiation dès lors que son actif disponible ne permet pas de faire face au passif exigible au moment de l'ouverture (Cass. com., 4 juill. 2018, n° [17-16056](#), *BJE* nov.-déc. 2018, p. 422, obs. B. Gandhour).

C'est au moment où le tribunal statue que doit être appréciée l'existence de l'état de cessation des paiements de sorte que l'entreprise échappera à la procédure si elle s'est redressée entre le moment où le tribunal a été saisi et le moment où il prend une décision.

Exemple

Cass. com., 6 oct. 1992, *BRDA* 12/92, n° 1169; V. aussi, Cass. com., 2 mars 2022, n° [20-22.021](#), *Rev. proc. coll.* juill. 2022, n° 64, obs. B. Saintourens).

En tout état de cause, la charge de la preuve de l'état de cessation des paiements du débiteur incombe au demandeur.

Exemple

Cass. com., 5 mai 2015, n° [14-11.388](#), *BRDA* 10/15, n° 6 ; Cass. com., 1^{er} déc. 2015, n° 14-15.308, *Dr. & patr.* juill. 2016, n° 260, p. 85, obs. C. Saint-Alary-Houin.

Cette preuve est facilitée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 :

« *Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* ».

La Cour de cassation retenait déjà cette solution :

Exemple

Cass. com., 14 mai 2002, n° [98-22.446](#), Banque nationale de Paris (BNP) c/ Sté Icolo France, *RJDA* 10/02, n° 1046 p. 887.

Mais la cessation des paiements peut résulter du défaut de paiement d'une seule créance fiscale exigible malgré l'exercice d'une procédure de recouvrement forcé (Cass. com., 12 janv. 2010, n° [08-70.147](#), *Gaz. pal.* 16/17 avr. 2010, p. 21, obs. F. Reille). Encore faut-il que la créance fiscale soit exigible, ce qui n'est pas le cas si elle a fait l'objet d'une réclamation (Cass. com., 1 déc. 2009, n° [08-12.054](#), *Gaz. pal.* 16/17 avr. 2010, p. 21, obs. F. Reille).

Lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur qui est légalement tenu de déclarer cet état (Cass. com., 3 juill. 2012, n° [11-18.026](#), *BJE* sept. 2012, p. 279, conc. R. Bonhomme et note C. Neau-Leduc).

En savoir plus : Le report de la date de la cessation des paiements dans le redressement et la liquidation

Dans le redressement et la liquidation, la date de la cessation des paiements peut être reportée dans le temps par un jugement de report qui est publiée au BODACC.

Ce report peut être demandé par l'administrateur, le mandataire judiciaire (ou le liquidateur dans la liquidation judiciaire) et par le ministère public sans qu'il soit nécessaire que les créances aient été préalablement vérifiées (Cass. com., 3 oct. 2018, n° [17-14.579](#), *RPC* mars 2019, comm. 30, p. 25, obs. B. Saintourens ; *BJE* janv. févr. 2019, n° 116p8, p. 14, obs. V. Martineau-Bourgninaud ; *Gaz. pal.* 15 janv. 2019, 339t1, p. 55, obs. F. Reille).

Le juge est totalement libre de fixer la date de la cessation des paiements et « *sans méconnaître l'objet du litige, sans excéder ses pouvoirs et dans l'exercice de son pouvoir souverain* », il peut retenir une date autre que celle réclamée par le demandeur au report (Cass. com., 3 avr. 2019, n° [17-28.359](#), *Gaz. proc. coll.* 9 juill. 2019, 355w9, p. 46, obs. F. Reille ; *BJE* juill. 2019, n° 117c0, p. 16, obs. V. Martineau-Bourgninaud). Bien que souverains dans leur appréciation de la cessation des paiements, la Cour de cassation veille au respect par les juges du fond des principes fondamentaux de la procédure civile (Cass. com., 24 mars 2021, n° [19-23.254](#), *Rev. proc. coll.* mai-juin 2021, n° 54, obs. B. Saintourens).

Le jugement de report peut être contesté par la voie de la tierce opposition par le dirigeant de la société placée en liquidation judiciaire (*Gaz. pal.* 15 janv. 2019, 339t1, p. 55, obs. F. Reille) ainsi que par les créanciers qui y ont intérêt dans un délai de dix jours. Mais l'exercice de l'action est enfermé dans un délai d'un an après le jugement d'ouverture de la procédure.

Remarque

La pertinence de la notion de cessation des paiements est aujourd'hui très controversée. De nombreux auteurs souhaiteraient qu'un autre critère soit retenu qui permettrait d'intervenir plus tôt. Mais aucun accord ne se dégage sur sa définition alors que le critère actuel est maîtrisé et connu (C. Jouin, V. Rousseau, L. Sautonie-Laguionie, « Peut-on en finir avec le critère de la cessation des paiements ? », *Rev. proc. coll.* janv.-févr. 2023, Etude 1, p. 9; G. Teboul, « La cessation des paiements, une notion dépassée », *Gaz. pal.* 18 avr. 2023, GPL448i8).

Tableau comparatif des critères d'ouverture des procédures

CONCILIATION	• Absence de cessation des paiements ou cessation des paiements datant de moins de 45 jours • Possibilité de parvenir à un accord contractuel avec les créanciers
SAUVEGARDE	• Absence de cessation des paiements • Difficultés que le débiteur ne peut surmonter seul
REDRESSEMENT JUDICIAIRE	• Cessation des paiements • Plan de redressement possible
LIQUIDATION JUDICIAIRE	• Cessation des paiements • Redressement manifestement impossible ou cessation d'activité

§3. Confusion des patrimoines et fictivité

En principe, une procédure de sauvegarde, (ou de redressement ou de liquidation judiciaire) ne peut être ouverte qu'à l'égard d'un commerçant, d'un artisan, d'un agriculteur, d'un professionnel indépendant ou d'une personne morale de droit privé ayant des difficultés financières.

Cependant, la jurisprudence, d'une manière purement prétorienne, sur le fondement de l'ancien article 7 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'[article L. 621-5 du Code de commerce](#) a construit une action en extension de la procédure lorsque a été constatée une confusion des patrimoines de différentes personnes ou le caractère fictif d'une ou de plusieurs personnes morales.

Ce texte énonce que s'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à plusieurs personnes, le tribunal initialement saisi demeure compétent. Il ne règle donc qu'une question de procédure bien que la jurisprudence en ait fait le support de l'action en extension qui est, en réalité une action fondée sur la fraude ou l'abus, c'est à dire une action de droit commun.

Par hypothèse, une entreprise bénéficie d'une procédure de sauvegarde ou a fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire et la mesure qui la frappe est étendue à une autre personne physique ou à une autre personne morale parce que des confusions de patrimoines ont été constatées ou parce que l'une des sociétés n'a pas d'existence réelle.

Exemple

Pour un exemple de confusion des patrimoines entre une société commerciale et la SCI propriétaire des locaux commerciaux : Cass. com., 7 janv. 2003, SCI La Source c/ SCP Guérin-Diesbecq, *Procédures, Edition du juris-classeur* n° 3, 14 février 2003.

Cette procédure est extrêmement importante en pratique car elle permet d'étendre le gage des créanciers à une autre entreprise, et également, parce qu'elle permet de retenir une solution sauvegarde (ou de redressement ou de liquidation) commune à toutes les sociétés d'un même groupe.

Cette jurisprudence avait, d'abord, été bâtie à propos des sociétés de fait, puis ensuite, a permis de retenir l'idée d'une procédure unique applicable à tout un groupe d'entreprises. Elle ne devait pas être confondue avec la procédure prévue à l'[article L. 624-5 du Code de commerce](#), permettant d'ouvrir un redressement judiciaire à l'encontre des dirigeants sociaux en cas de procédure ouverte contre la société dirigée. En effet, dans le cas de l'article L. 624-5, c'est une procédure distincte qui était ouverte contre le dirigeant, alors que dans l'hypothèse évoquée, une procédure unique va concerner l'ensemble des personnes visées.

L'utilité de la procédure d'extension est, en effet, de créer une masse unique de biens et de retenir une solution commune à toutes les personnes physiques ou morales, bénéficiant de la procédure.

Cette action en extension a été **consacrée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005** dans l'article [L. 621-2](#) du Code de commerce : « *la procédure ouverte (de sauvegarde) peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. A cette fin, le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent* ». Elle a fait l'objet d'une certaine réglementation par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Mais, étant donné la dérogation que cette procédure d'extension apporte aux conditions de fond de la procédure collective, elle est enfermée dans des exigences étroites. Il faut donc définir les critères de l'action en extension tels qu'ils résultent de l'article L. 621-2 du code de commerce avant d'évoquer le régime qui a été bâti par la jurisprudence et que la loi ne régleme toujours pas.

A. Les critères de l'action en extension

L'extension de la procédure de sauvegarde suppose que soient constatées, entre les diverses entreprises, une communauté d'intérêts et une confusion de leurs patrimoines rendant nécessaire que soit gommée la séparation artificielle de ceux-ci.

La mesure de cette confusion est difficile à cerner et la jurisprudence n'est pas toujours très claire, notamment, en ce qui concerne les groupes de sociétés. Toutefois, les arrêts les plus récents distinguaient la confusion des patrimoines de la fictivité des personnes morales et la rédaction de l'article L. 621-2 du code de commerce dans sa rédaction de la loi du 26 juillet 2005 a levé tout doute.

Le texte distingue clairement la confusion des patrimoines d'autres personnes avec celui du débiteur de la « fictivité » de la personne morale, mais dans les deux cas, les faits de confusion doivent être antérieurs à l'ouverture de la procédure.

Exemple

Cass. com., 9 févr. 2010, n° [08-21.271](#), Pichon c/ Segui.

1. La confusion des patrimoines

S'agissant des personnes physiques, elle suppose une **imbrication des biens**. Toute co-exploitation n'implique pas une confusion. Celle-ci nécessite un véritable mélange des patrimoines, de sorte qu'il est impossible de distinguer les passifs nés du chef de l'un des débiteurs ou du chef de l'autre. Il convient de constater une « confusion des comptes » ou une immixtion sans titre dans le fonctionnement de l'entreprise individuelle ou encore l'existence entre un mari et sa femme d'une « *véritable identité d'entreprise, d'activité et de patrimoine* ». L'extension est donc possible entre personnes physiques, mais aussi d'une personne morale à la personne physique qui la dirige ou de la personne physique à la société fictive qu'elle a créée.

Remarque

La procédure ouverte contre le mari ne peut être étendue à son épouse, conjoint collaborateur, sur sa demande, car elle n'a pas la qualité de commerçant et ne peut être admis « *au bénéfice de la liquidation judiciaire* » (Cass. com., 11 févr. 2004, Gil).

S'agissant des personnes morales, la Cour de cassation exige que soient prouvées **des relations financières anormales** entre les personnes morales ou qu'il soit relevé **un désordre général de la comptabilité**.

Exemple

L'expression retenue par les arrêts est celle de « **flux financiers anormaux** » (Cass. com., 3 fév. 1998, *Bull. IV*, n° 54, p. 53) ou plus récemment de « **relations financières anormales** » (Cass. com., 19 avr. 2005, arrêt Métaleurop, n° [05-10.094](#)).

L'anormalité des relations entre les sociétés suffit à justifier l'extension sans qu'il y ait lieu d'établir que le débiteur a subi un préjudice du fait de l'aggravation de son passif (Cass. com., 16 juin 2015, n° [14-10.187](#)). Par une décision du 2 novembre 2016 (n° [15-13.006](#)) la Cour de cassation réaffirme de la manière la plus nette que « *la confusion peut se caractériser par la seule existence de relations financières anormales entre les sociétés sans qu'il soit nécessaire d'établir que ces relations ont appauvri la société débitrice soumise à la procédure collective dont l'extension est demandée ou de constater que les actifs et passifs des différentes sociétés en cause sont imbriqués de manière inextricable* ». Si elle est prouvée, l'anormalité des relations entre les sociétés suffit à justifier l'extension sans qu'il y ait lieu de démontrer que le débiteur a subi un préjudice du fait de l'aggravation de son passif (Cass. com., 16 juin 2015, n° [14-10.187](#)).

La même affirmation est reprise par un arrêt du 28 février 2018 (n° [16-24507](#), *Gaz. pal.* juill. 2019, 328w2, p. 54, obs. F. Reille) : « *la confusion des patrimoines de plusieurs sociétés peut se caractériser par la seule existence de relations financières anormales entre elles, sans qu'il soit nécessaire de constater que les actifs et passifs des différentes sociétés en cause sont imbriqués de manière inextricable et permanente* ». Une imbrication de biens n'est pas nécessaire.

Il sera observé pour établir l'anormalité des liens entre sociétés qu' :

- une société a réglé les salaires de la société bénéficiant de la sauvegarde ou a financé des travaux sur des immeubles qui appartiennent à celle-ci ou lui a remis des locaux sans contrat de bail ou moyennant un loyer très peu important. Voici quelques exemples :

Exemple

- une société d'exploitation a supporté d'importants travaux d'aménagements de l'immeuble loué, d'un coût équivalent à six années de loyers et sans qu'aucune indemnité ne soit envisagée (Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-24.536, *RPC* mars 2012, p. 47, n° 18, obs. B. Saintourens).
- Un locataire qui finance des travaux excédant ses possibilités financières et demeurant acquis au bailleur sans indemnité en fin de bail et qui se trouve en état de dépendance économique et juridique à l'égard de ce même bailleur, qui ne paie pas son loyer pendant des mois sans que le bailleur ne manifeste l'intention de faire jouer la clause résolutoire incluse dans le contrat (Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-66.615, *Gaz. pal.* 2/3 juill. 2010, p. 22, obs. F. Reille).
- Une SCI a loué à un locataire sans lui demander des loyers pendant trois ans (Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-29.278). V. aussi, Cass. com., 20 oct. 2021, n° [20-17.124](#), *RPC* mars 2022, com. 20, p. 27, note B. Saintourens).

- Il y a eu une utilisation indifférenciée par les deux sociétés du personnel et des équipements ainsi que la prise en charge par l'une des dépenses de l'autre.

Exemple

Cass. com., 16 juin 2009, 08-15.883, *Rev. proc. coll.* 2010, comm. B. Saintourens, p. 39.

C'est l'absence de contrepartie réelle qui est le signe d'une confusion de patrimoine.

Exemple

L'anormalité des relations entre les sociétés suffit à justifier l'extension sans qu'il y ait lieu d'établir que le débiteur a subi un préjudice du fait de l'aggravation de son passif (Cass. com., 16 juin 2015, n° [14-10.187](#) ; Cass. com., 2 novembre 2016, n° [15-13.006](#)).

En savoir plus : Relations financières anormales, l'affaire Métaleurop et ses suites

Dans l'affaire Métaleurop, la Cour de cassation par un arrêt du 19 avril 2005 (*Bull. Joly* 2005, p. 690 obs. C. Saint-Alary-Houin) a jugé que « *dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère* » ne sont pas en elles-mêmes révélatrices « *de relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société-mère avec celui de sa filiale* » et elle a cassé l'arrêt de la Cour de Douai qui avait admis sur ce fondement l'extension de la procédure frappant la société Métaleurop Nord à sa société mère.

Elle a ainsi validé les relations entre sociétés d'un même groupe.

Sur cette affaire :

- TGI de Béthune, 11 avr. 2003, *APC* 2003-8, n° 95, obs. B. Soinne
- CA de Douai, 2 oct. 2003, *D.* 2003, p. 2571, obs. A. Liénhard ;
- L. Allain, *Métaleurop* suite : « L'apport d'un arrêt avant-dire droit aux notions de fictivité, de confusion des patrimoines et d'intérêt de groupe », *RPC* 2004, p. 123.
- B. Soinne, « L'opinion publique et le droit des procédures collectives : l'affaire Métaleurop », *Rev. proc. coll.* juin 2003, p. 89 et *APC* 2003, n° 8, p. 1.
- D. Voinot, « Droit des entreprises en difficulté et protection de l'environnement », *RPC* 2004, p. 140.

Cette affaire a suscité beaucoup d'émotion car la société Metaleurop avait un passif environnemental important qui n'a pu être mis à la charge de la société-mère. C'est pourquoi le législateur est intervenu pour permettre, en pareil cas, de retenir la responsabilité de la société-mère en cas de faute caractérisée. L'article L. 512-17, alinéa 1 du Code de l'environnement, modifié par loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, dispose que : « Lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité. Lorsque la société condamnée dans les conditions prévues au premier alinéa n'est pas en mesure de financer les mesures de remise en état en fin d'activité incombant à sa filiale, l'action mentionnée au premier alinéa peut être engagée à l'encontre de la société dont elle est la filiale au sens du même article L. 233-1 si l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère ayant contribué à une insuffisance d'actif de la filiale est établie. Ces dispositions s'appliquent également à la société dont la société condamnée en application du présent alinéa est la filiale au sens du même article L. 233-1 dès lors que cette dernière société n'est pas en mesure de financer les mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité incombant à sa filiale » (v. C. Saint-Alary-Houin et J. Dutot, « Entreprise en difficulté et développement durable », *Bull. Sociétés* sept. 2012).

Les liens anormaux peuvent exister entre une personne physique et une personne morale. Ainsi, l'inscription de virements au compte courant d'associé du gérant d'une société en liquidation judiciaire et la réalisation de retraits d'espèces par ce dernier à son profit sont de nature à justifier l'extension au gérant de la procédure concernant la société qu'il dirige (Cass. com., 13 sept. 2023, n° [21-21.693](#), *RPC* 2024, n° 28, obs. B. Saintourens).

En revanche, même si a été allouée aux dirigeants une rémunération équivalant en moyenne à 13 % du chiffre d'affaires et même si la société a pris en charge leurs cotisations sociales personnelles, n'est pas établie l'absence de contrepartie caractéristique de la confusion, un travail ayant été effectué (Cass. com., 11 mars 2020, n° [18-24.052](#), *BJE* sept. 2020, p. 12, Avis av. gén. L.-L. Guinamant).

2. La fictivité de la personne morale

La fictivité d'une personne morale permettra aussi de justifier d'une extension de procédure. Elle concerne, cette fois-ci, les seules personnes morales. Une société est fictive lorsqu'elle est dépourvue d'existence réelle. Les tribunaux relèvent que la société est une façade, un prête-nom, une apparence de société. Au moins un des éléments constitutifs de la société lui fait défaut. Mais, il ne suffit pas que plusieurs sociétés fassent partie d'un même groupe, voire qu'elles constituent une entreprise unique, il faut que la société n'ait aucune existence et qu'elle soit, en réalité, constituée pour servir une autre société.

En principe, une société fictive est une société nulle. C'est pourquoi certains auteurs en déduisaient que l'extension de la procédure collective à une société nulle dépourvue d'existence n'était pas possible.

Exemple

La Cour de cassation, par un arrêt du 19 févr. 2002 a néanmoins jugé le contraire facilitant ainsi le recours à la procédure d'extension (Cass. com., 19 février 2002, P. Franck c/ G. Berthe, *Droit des sociétés*, Editions

de juris-classeur, 16 août-septembre 2002 ; *JCP E* 2002, 1380, n° 1, obs. P.P., éd. E, 1510, obs. Legros et Commanges, « Le dangereux paradoxe des sociétés fictives », *Bull. Joly*, 2003, 12 : « *Lorsqu'une société est fictive, les juges doivent identifier l'associé qui est le véritable maître de l'affaire qui a agi sous le couvert de la personne morale en vue de lui étendre la procédure collective ouverte à l'encontre de la société* »).

Après des hésitations, il est maintenant admis que « *la confusion des patrimoines peut justifier une extension de la procédure collective d'une personne physique à une autre personne physique* » (Cass. com., 3 déc. 2003, Lacoste/Jun) et d'une personne physique à une personne morale et inversement.

La Cour de cassation veille cependant à ce que les conditions de l'action en extension soient strictement réunies car il convient de cantonner cette action qui a un caractère dérogatoire.

Exemple

Par ex. : Cass. com., 24 janv. 2006, *Rev. Dr. & patr.* 2007, p. 85, obs. C. Saint-Alary-Houin.

Elle a rappelé encore tout récemment qu'en présence d'un groupe de sociétés, l'existence d'une convention de trésorerie, d'activités communes, de contributions financières au profit de la société et le fait qu'une demande de conciliation ait été faite au niveau du groupe ne démontrent ni une confusion des patrimoines des sociétés, ni la fictivité de certaines d'entre elles (Cass. com., 16 déc. 2014, n° [13-24.161](#), *BJE* mars 2015, note T. Favario ; *D.* 2015, 70 et N. Morelli, « Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines », *Rev. sociétés* juill. 2015, p. 433).

Caractéristiques / Etat de la société	Les modalités à respecter	Les personnes concernées
La confusion des patrimoines	• Imbrication des biens • Flux financiers anormaux ou relations financières anormales • Désordre général de la comptabilité	• Personne physique • Personne morale
La fictivité	• Inexistence de la société • Constitution de la société pour servir une autre société	• Uniquement les personnes morales

Particulièrement, dans les groupes de sociétés, la Cour de cassation censure les juges qui n'établissent pas en quoi les faits relevés sont le signe d'une « *relation financière anormale* ».

Exemple

Un compte courant débiteur d'une SARL dans un GFA n'est pas en soi anormal et un prélèvement sur ce compte peut correspondre à une distribution partielle de bénéfices (Cass. com., 19 nov. 2003, Bigot).

La preuve de la confusion ou de la fictivité peut être rapportée par tous moyens et le tribunal peut charger une personne qualifiée d'en réunir les éléments. Il s'agit d'une mesure d'ordre technique et non d'une véritable expertise au sens de l'[article 263 du NCPC](#) (Cass. com., 24 juin 2003, n° [00-20.236](#), Sea Word c/Ravise-Bes).

B. Régime de l'action en extension

Cette action a été consacrée par l'article [L. 621-2](#) du code de commerce. Progressivement la jurisprudence en a fixé les contours. En outre, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a commencé à la réglementer. L'action en extension se traduit par un assouplissement des conditions d'ouverture de la procédure, mais aussi par ses effets.

1. Les conditions d'ouverture

S'agissant des **conditions d'ouverture** de la procédure, elles peuvent être tout à fait dérogatoires au droit commun. En effet, la procédure est susceptible d'être étendue à une personne qui normalement n'en relève pas, c'est à dire à une personne qui exerce une activité civile non indépendante, ou à une entreprise qui ne se trouverait pas en état de cessation des paiements.

a) Cette action ne peut être mise en oeuvre que par les **organes de la procédure**, et la Cour de cassation a refusé le droit de demander l'extension à un créancier (Cass. com., 19 fév. 2002, *Procédures* juill. 2002, n° 134, p. 15). Cette jurisprudence a été consacrée en l'état par l'ordonnance du 18 décembre 2008. L'article [L. 621-2](#) énonce, en effet, que la procédure de sauvegarde peut être étendue « à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office ».

La saisine d'office ayant été supprimée en 2014, pour compenser la réduction corrélative des cas d'extension, l'ordonnance du 12 mars 2014 a innové en reconnaissant au débiteur le droit d'agir dans ce but (C. com., art. L. 621-2). Cette solution surprend car le débiteur demande l'extension de la procédure à d'autres entités alors qu'il est à l'origine du montage frauduleux ou anormal. Cette disposition montre que l'exigence d'efficacité l'emporte sur des considérations morales (v. N. Morelli, « Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines », *Rev. soc.* 2015, p. 533).

Par ailleurs, la question de la recevabilité de l'action exercée par les contrôleurs est controversée parce que le droit d'agir ne leur est pas expressément reconnu dans ce cas et parce qu'il ne s'agirait pas d'une action mise en œuvre dans le seul intérêt collectif des créanciers, relevant comme telle, de l'article [L. 622-20](#) du code de commerce.

Exemple

Mais, la Cour de cassation a rendu un avis contraire refusant de distinguer là où la loi ne distingue pas et la Cour d'appel de Paris a reconnu qu'en cas de carence du mandataire, les créanciers nommés contrôleurs avaient qualité pour agir en extension (CA de Paris, 1^{er} oct. 2013, n° 12/19600, *LEDEN* nov. 2013, n° 165, obs. G. Berthelot).

b) Modalités : Notons aussi que l'action doit être introduite **par voie d'assignation** et, le cas échéant, dans les formes et selon la procédure prévues à l'article R. 631-3 ou R. 631-4 du code de commerce, c'est-à-dire par exploit d'huissier en cas de saisine d'office.

Exemple

Il a été jugé, à ce propos, que la procédure ne peut être introduite par une simple requête (Cass. com., 30 mars 1999, *RJDA* 5/99, n° 570, p. 448) et que le mandataire engage sa responsabilité s'il déclenche l'action à la légère. En revanche, la jurisprudence qui n'exige pas la convocation, aux fins d'audition en chambre du conseil, du dirigeant de la société à laquelle la procédure va être étendue semble devoir être maintenue, à défaut d'exigence légale (Cass. com., 20 janv. 2009, n° [07-17.026](#), *Rev. procédures* 2009, n° 90, obs. B.R.).

c) Prise d'effet : Le jugement d'extension, une fois rendu, est soumis au même régime que le jugement d'ouverture. Il doit donc être publié dans le même délai.

Il ne produit pas d'effet rétroactif et prend effet à sa date (Cass. com., 7 avril 2009, p. n° [07-16.061](#), *APC* 22 mai 2009, n° 147, p. 6, note Cagnoli).

La possibilité de **contester la décision d'extension** a été également controversée puisque, par hypothèse, cette action n'était pas réglementée. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a clairement réglé la question. Le nouvel article [L. 661-1-I](#) du Code de commerce prévoit la possibilité d'un appel et d'un pourvoi en cassation à l'égard des « décisions statuant sur l'extension d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire de la part du débiteur soumis à la procédure, du débiteur visé par l'extension, du mandataire judiciaire ou du liquidateur, de l'administrateur ou du ministère public ».

L'appel doit être exercé dans un délai de 10 jours.

Exemple

En revanche, le pourvoi formé par le comité d'entreprise contre un jugement d'extension est irrecevable sauf excès de pouvoir (Cass. com., 11 mars 2020, n° [18-22.960](#), *BJE* mai-juin 2020, n117w0, p. 16, obs. M. Laroche).

En outre, le jugement d'extension est susceptible d'une tierce-opposition, celle-ci étant recevable contre les décisions « *mentionnées au 1° à 5° du I de l'article L. 661-1, à l'exception du 4°* ». L'appel est ensuite ouvert sur le jugement statuant sur la tierce-opposition et le pourvoi sur l'arrêt de la cour d'appel relatif à ce jugement. Une tierce-opposition est également possible et si le jugement n' pas été publié, le délai pour agir ne court pas.

Exemple

Cass. com. 8 oct. 2003, *D. aff.* 2004, p. 2817, note P.-M. Le Corre.

d) Durée d'exercice :

1. Selon la jurisprudence, l'action en extension n'est recevable que **s'il n'a pas encore été statué sur le sort de l'entreprise**. C'est pourquoi elle est irrecevable après l'arrêt d'un plan de cession ou de continuation ou lorsque la procédure de liquidation a été clôturée. Il en est de même après l'arrêt d'un plan de cession partielle (*BJE* mars-avr. 2019, 116s9, p. 18, obs. T. Favario ; *Gaz. pal.* 16 avr. 2019, 350w6, p. 60, obs. F. Reille ; *RPC* mars-avr. 2019, comm. 28, p. 22, obs. B. Saintourens ; *D. act.* 7 déc. 2018, obs. Liénhard). Il convient donc que les organes de la procédure la mettent en œuvre rapidement assez rapidement

Exemple

Cass. com., 5 fév. 2002, *APC* 2002-8, n° 93 ou Cass. com., 5 février 2002, Lize c/ SA Sogemo et autres ; Cass. com., 13 nov. 2002, *Droit des sociétés*, Ed. juris-classeur, août 2003, p. 16, obs. Legros ; Cass. com., 19 nov. 2003, Sté Set et Rey.

L'extension de procédure ne serait pas non plus recevable après l'arrêt d'un plan de sauvegarde.

Exemple

On aurait pu penser que la question allait évoluer car un arrêt de la Cour de Besançon a admis l'exercice de l'action malgré l'arrêt d'un plan de cession au motif que depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 (*BJE* 2014 p. 231, note F. Reille), l'arrêt d'un plan de cession n'était plus une issue de la procédure mais la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence en refusant toute extension après l'arrêt d'un plan de redressement ou de cession (Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-19.869, *BJE* sept.-oct. 2016, n° 113u7, p. 310, obs. A. Bezert).

2. Si l'extension de procédure a été prononcée, elle cesse avec le jugement prononçant la résolution du plan. Il n'est pas possible de procéder à une jonction des procédures

Exemple

Cass. com., 26 janv. 2016, n° [14-17.672](#), [14-25.541](#), [14-28.826](#), [14-28.856](#) et Cass. com., 11 oct. 2016, n° 15-16040 sauf si une nouvelle confusion des patrimoines résulte de faits postérieurs au jugement arrêtant le plan (Cass. com., 2 mars 2022, n° [20-22.021](#), *Rev. proc. coll.* juill. 2022, n° 64, obs. B. Saintourens).

e) Causes : elle ne peut être fondée que sur des faits antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective d'une personne morale ou physique.

Exemple

Cass. com., 24 juin 2003, Sté Sea World Trading/Sté Fraîcheur des îles ; V. Cass. com., 15 déc. 2009, n° [08-20.934](#), *D.* 2010, p. 86, obs. A. Liénhard, *Procédures* fév. 2010, n° 41, obs. B. Rolland ; *Droit des sociétés* 2010, n° 56, p. 35, obs. J.-P. Legros, reconnaissant à l'administrateur judiciaire le droit d'agir.

Mais, peu importe qu'une procédure soit déjà ouverte contre l'entreprise à laquelle la procédure est étendue.

Exemple

La Cour de cassation estime qu'en cas d'extensions successives, « *est compétent le tribunal qui a ouvert la procédure dont l'extension est demandée* », même si une autre juridiction a déjà étendu la procédure à la société visée (Cass. com., 28 nov. 2000, *APC* 2001-1, n° 2, comm. C. Hannoun ; *D.* 2001, p. 309, obs. A.

Liénhard ; *Bull. Joly sociétés* 2001-3, p. 249, §67, obs. B. Saintourens - Cass. com., 21 sept. 2010, *Rev. proc. coll.* 2011, étude 3, note M.-H. Monsérié-Bon ; *BJE* mars 2011, p. 43, C. de Lajarte ; *D.* 2010, p. 2288, obs. A. Liénhard ; *Rev. sociétés* 2010, p. 537, obs. Ph. Roussel-Galle).

En savoir plus : La procédure peut-elle être étendue à une société étrangère ?

Le tribunal de la procédure est-il compétent pour étendre celle-ci à une société dont le siège statutaire se trouve dans un autre État membre de l'UE ?

La question a été posée par la Cour de Cassation (Cass. com., 13 avr. 2010, n° [09-12.642](#), *D.* 2010, pan. n° 1016 ; M. Menjucq, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 4, Repère p. 1 ; L.-C. Henry, « L'extension de procédure soumise aux règles de compétence judiciaire du règlement insolvabilité », *BJE* 2012, n° 2, p. 117) à la Cour de Justice de l'Union Européenne qui a considéré que l'action en extension pour confusion des patrimoines n'entraîne pas dans le champ d'application du Règlement européen car elle ne dérive pas directement de la procédure (CJUE, 15 déc. 2011, aff. [C-191/10](#)).

Le débat dans ce contentieux était focalisé sur la possibilité pour une juridiction française qui avait ouvert une procédure sur le fondement du règlement « Insolvabilité » n° 1346/2000/CE et appliquait donc, conformément à l'article 4 de ce texte, sa propre loi de recourir à l'extension de procédure pour ouvrir une procédure à l'égard d'une société située en Italie. La CJUE apporte une réponse négative en précisant que « *le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, doit être interprété en ce sens qu'une juridiction d'un État membre qui a ouvert une procédure principale d'insolvabilité à l'encontre d'une société, en retenant que le centre des intérêts principaux de celle-ci est situé sur le territoire de cet État, ne peut étendre, en application d'une règle de son droit national, cette procédure à une deuxième société, dont le siège statutaire est situé dans un autre État membre, qu'à la condition qu'il soit démontré que le centre des intérêts principaux de cette dernière se trouve dans le premier État membre* ». Cette solution est reprise dans une arrêt plus récent (Cass. com., 13 sept. 2023, n° [22-12.855](#), *LEDEN* oct. 2023, p. 3, note F. Mélin).

Elle avait au contraire jugé que les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte sont compétentes pour statuer sur une action révocatoire fondée sur l'insolvabilité dirigée contre le défendeur ayant son siège statutaire dans un autre État membre (CJCE, 12 février 2009, *D.* 2009, Jur, 1311, note J.-P. Vallens et Pan. 2384, obs. Bollée).

2. Les effets

a) Unicité de la procédure et constitution d'une masse commune de biens

Les **effets de l'action** sont extrêmement importants puisque la principale conséquence de la procédure d'extension est de faire une masse commune des **biens des différentes personnes concernées. Il n'existe plus qu'un seul actif et qu'un seul passif.**

Les tribunaux reconstituent le patrimoine qui a été artificiellement décomposé. On parle d'ailleurs de procédure conduite sous « patrimoine commun ».

Exemple

Cass. com., 28 mai 2002, SARL Sonicobat c/ cons. Del Pizo, *Edition du juris-classeur* janvier 2003 p. 23 : « *L'extension d'une procédure fondée sur la confusion des patrimoines ou sur la fictivité de la personne morale entraîne l'ouverture d'une procédure unique* ».

Cette unicité de la procédure a de multiples conséquences : dans le redressement et la liquidation, une seule date de cessation des paiements est retenue, celle de la première procédure. Les différentes sociétés dont le patrimoine est confondu constituent une entreprise unique ce qui exclut que les sociétés agissent les unes contre les autres (Cass. com., 6 juill. 2010, n° [09-15.066](#), *RJDA* 11/10, n° 1091 ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm.

212, obs. B. Saintourens). En cas de succession de lois, seule la loi applicable à la procédure initiale est applicable à l'ensemble des personnes concernées (Cass. com., 21 sept. 2010, n° [09-69.109](#), D. 2010, p. 2288, obs. A. Liénhard ; APC 2010, comm. 242, obs. J. Vallansan ; Rev. soc. 2010, p. 537, obs. P. Roussel-Galle ; *Droit des sociétés* mars 2011, n° 57, obs. J.-P. Legros) et il y a lieu de faire une masse commune des biens des différentes personnes concernées. Il n'existe plus qu'un seul actif et un seul passif. Les tribunaux procèdent à la reconstitution du patrimoine qui a été artificiellement décomposé.

Le plan de redressement commun à trois sociétés ne peut être divisement résolu.

Exemple

Cass. com., 23 juin 1998, D. aff. sept. 1998, p. 1364 - Cass. com., 17 sept. 2013, n° [12-17.657](#), APC 18/10/2013, n° 239 ; 29 avr. 2014, n° [12-27.058](#).

Il n'en demeure pas moins que les tribunaux peuvent nuancer la solution en fonction des différents éléments de ce patrimoine.

Exemple

C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation rendu dans l'affaire du groupe Fontenay (Cass. com., 17 fév. 1998, RTD com. 98, obs. C. Saint-Alary-Houin ; Bull. Joly 1998, 658, obs. P. Pétel et 7 janv. 2003, JCP E, 2003, p. 849).

Malgré la constitution d'un patrimoine unique, la Cour de Cassation considère que l'extension ne fait pas disparaître la personnalité morale de chacune des sociétés dont les patrimoines sont confondus, « *ni acquérir à l'ensemble concerné une existence juridique propre* ». Pour la Haute juridiction, l'extension de la procédure collective d'une société à une autre pour confusion de leur patrimoine n'emporte pas création d'une indivision entre elles. Dès lors que le plan de redressement a été exécuté, cette confusion des patrimoines qui n'a existé que dans le cadre de la procédure collective cesse lorsque la procédure prend fin (Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-15.715, Droit des sociétés nov. 2009, n° 209, obs. J.-P. Legros ; RJDA 11/09, n° 980 ; Rev. proc. coll. 2010, comm. N° 45, obs. B. Saintourens). Mais, la Cour de Cassation ne précise pas pour autant quel est le régime juridique des biens pendant la période de confusion.

En savoir plus : Le maintien des personnes morales

Dans son arrêt du 30 juin 2009, la Cour de cassation juge que : « *Mais attendu qu'ayant retenu, par motifs propres, que par l'effet de l'extension de la procédure collective de la SARL à la SCI, en raison de la confusion de leurs patrimoines, les deux sociétés s'étaient trouvées réunies en une procédure collective unique avec patrimoine commun et unicité d'actifs et de passifs, sans pour autant que l'extension fasse disparaître la personnalité morale de chacune des sociétés, ni acquérir à l'ensemble concerné une existence juridique propre et, par motifs adoptés, que la confusion des patrimoines n'avait existé que dans le cadre de la procédure collective et qu'elle avait cessé lorsque le tribunal, après exécution du plan, avait mis fin à la mission du commissaire à l'exécution du plan et ordonné la radiation des inscriptions relatives au redressement judiciaire, la cour d'appel en a exactement déduit, par motifs propres, que l'extension de la procédure collective d'une société à une autre pour confusion de leurs patrimoines n'emportait pas création d'une indivision entre elles et, par motifs adoptés, que la parfaite exécution du plan constatée par le jugement du 12 octobre 2004 mettait fin à la confusion des patrimoines, de sorte que la demande en partage, qui était sans objet, devait être rejetée* ».

Il ressort de cet arrêt que la constitution d'une masse commune de biens n'est qu'un procédé technique sans conséquences juridiques sur le régime des biens composant cette masse, ni sur leur appropriation. Son utilisation n'est guidée que par des considérations pratiques : parvenir à une seule solution de redressement ou de liquidation à la suite d'une procédure unique. Lorsque celle-ci prend fin, la masse unique disparaît et chaque entité récupère les biens qui lui restent par rapport à son patrimoine d'origine. Chaque société conserve sa personnalité morale et un patrimoine, la reconstitution d'un patrimoine commun demeurant purement fonctionnelle. « *L'ensemble concerné* » n'acquiert pas « *une existence juridique propre* ». Cette analyse qui peut paraître séduisante par sa simplicité n'explique pas comment des sociétés peuvent conserver la personnalité morale ce qui suppose qu'elles aient un patrimoine propre alors que leurs biens sont « *sous patrimoine commun* » (v. obs. C. Saint-Alary-Houin, Dr. & patr. sept. 2010). Seule la théorie de l'apparence

permet d'expliquer une telle situation. Les tiers ont pu croire que les patrimoines confondus n'en faisaient qu'un (v. obs. C. Saint-Alary-Houin, *BJE* mai 2013, n° 81, p. 153).

b) Incidence de l'extension sur la situation des créanciers

En outre, la reconstitution d'un patrimoine commun a des **effets très importants sur la situation des créanciers**.

- D'une part, la déclaration de créance faite entre les mains du représentant des créanciers vaut pour toutes les sociétés. Il convient, cependant, qu'elle soit postérieure à l'extension.

Exemple

Cass. com. 19 fév. 2002, *D.* 2002, p. 956.

- D'autre part, les créanciers sociaux et les créanciers personnels, les créanciers de la société mère et ceux des filiales viennent en concours sur le patrimoine reconstitué.

Enfin, certains arrêts admettent la compensation entre la créance sur une société et la dette sur une autre parce que :

Exemple

« la condition de réciprocité des obligations doit être tenue pour satisfaite dès lors que, par suite de la confusion de leurs patrimoines constatés par le jugement d'extension, il n'y a plus lieu de distinguer entre les éléments de ces patrimoines confondus selon qu'ils trouvaient leur origine dans l'activité (de l'une ou l'autre des sociétés) ces deux entités n'ayant été individualisées qu'en apparence » (CA de Paris, 19 sept. 2003, SA Jean Routhiau et Sté Farmstead).

Dans le même ordre d'idées, il a été jugé qu'« en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la caution, par extension de la procédure collective ouverte contre le débiteur principal, l'obligation issue du cautionnement s'éteint par voie de confusion ».

Par conséquent, la personne débitrice à l'égard du débiteur et de la caution ne le demeure qu'à l'égard du premier.

Exemple

Cass. com., 17 févr. 2009, *Rev. Lamy Droit civil*, 2009, n° 3385, obs. G. Marraud des Grottes ; *Gaz. proc. coll.* 28 avr. 2009, p. 17, obs. F. Reille ; C. Saint-Alary-Houin, *Dr. & pat.* juill. 2009.

S'agissant des sûretés, bien que la Cour de cassation ne se soit pas prononcée, il semble bien que l'extension permette aux privilèges généraux de s'exercer sur la totalité du patrimoine reconstitué alors que les sûretés spéciales conservent leur assiette initiale. Du moins, si une caution a garanti une société du groupe, son engagement ne s'étend-il pas aux autres sociétés car le cautionnement doit être express

Exemple

Cass. com., 25 nov. 1997 1998, *JCP E*, n° 17, p. 652, obs. PP ; *D. aff.* 8 janv. 1998, p. 9 ou Cass. com., 7 janvier 2003.

Par ailleurs, la **procédure étant unique**, les tribunaux retiennent une seule date de cessation des paiements pour l'ensemble des personnes dont le patrimoine est confondu, c'est-à-dire celle de la personne dont la procédure est étendue aux autres.

Exemple

Mais, en cas de report de la date de la cessation des paiements, « l'unicité de la procédure collective des sociétés qui en résulte implique que le juge ... détermine cette date en comparant le passif exigible et l'actif disponible de ces sociétés qui constituent une même entreprise » (Cass. com., 17 déc. 2004, Sté SMGT/ SNC Château St Corneille).

Toutefois, la Cour de cassation estime que si l'extension de la procédure collective d'une personne à une autre engendre une procédure unique, « le jugement la prononçant ne rétroagit pas au jour du jugement initial d'ouverture » (Cass. com. 28 sept. 2004, n° [02-12.552](#), *RJ com.* 2004, p. 70 ; *Bull. IV*, n° 170, p. 191).

Par conséquent, si un créancier avait exercé des poursuites contre une société avant l'extension, elles demeurent valables.

Cette action en extension est donc d'une **très grande importance pratique** puisqu'elle permet aux créanciers de l'entreprise soumise à la procédure d'étendre leur gage au patrimoine de la société à laquelle la procédure est appliquée. Mais à l'inverse, elle est très désavantageuse pour les créanciers de cette dernière puisqu'ils subissent le concours des autres créanciers. C'est pourquoi il ne faut pas que cette action soit exercée à la légère car elle a pour effet d'étendre des mesures concernant des entreprises en difficulté à des entreprises qui peuvent être saines.

§4. L'action en réunion à l'actif concernant l'EIRL

Selon l'article [L. 621-2](#), la procédure ouverte peut être étendue à d'autres personnes en cas de confusion de leurs patrimoines ou de fictivité de la personne morale. L'alinéa 3, modifié en 2014, ajoute que : « *A la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure* ». Il vise quatre hypothèses permettant de supprimer la séparation des patrimoines.

A. Cas de réunion à l'actif

La réunion des biens affectés est possible dans trois cas :

1. Tout d'abord « *en cas de confusion* » par l'EIRL du patrimoine « *visé par la procédure* » avec un autre patrimoine (et notamment avec le patrimoine non affecté) ce qui suppose que soient remplies les conditions habituelles de l'action en extension : une imbrication de biens, des flux financiers anormaux ou des relations financières anormales entre les patrimoines. La jurisprudence qui s'est forgée sur la confusion des patrimoines semble transposable qu'elle concerne la confusion des patrimoines de personnes physiques ou morales. En revanche, l'hypothèse de la fictivité de la personne morale comme cause d'extension est exclue puisque l'affectation de patrimoine de l'EIRL se produit sans création de personne morale.
2. En second lieu, lorsque l'entrepreneur a failli aux obligations prévues à l'article [L. 526-13](#) de tenir une comptabilité autonome pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ou de faire ouvrir, dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à cette activité.
3. L'action est enfin recevable lorsque l'EIRL a commis « *une fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure* ».

Jusqu'à la loi PACTE, cette réunion était également possible lorsque l'entrepreneur avait commis un manquement grave aux règles de l'article [L. 526-6](#), alinéa 2. Ce texte donnait, en principe, toute liberté à l'entrepreneur pour composer son patrimoine d'affectation, mais il prévoyait qu'« *un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté* ». En cas de méconnaissance grave de cette interdiction, si l'entrepreneur avait utilisé, par exemple, le même bien pour deux patrimoines, malgré le cantonnement patrimonial, le tribunal pouvait ordonner la réunion d'un ou de plusieurs patrimoines à celui de la procédure.

Mais la loi PACTE a assoupli les conditions de l'affectation et de la désaffectation des biens au patrimoine professionnel. C'est pourquoi la réunion des patrimoines affecté et non affecté n'est plus possible en cas « *de manquement grave aux règles de l'article L. 526-6 du code de commerce* », c'est-à-dire aux règles relatives à la composition du patrimoine affecté (P. Pétel, « Loi Pacte et procédures collectives : dispositions concernant les débiteurs », Dossier n° 23, *Rev. proc. coll.* juill.-août 2019, p. 27).

B. Effets de l'action en réunion à l'actif

Dans tous ces cas, un ou plusieurs patrimoines non affectés à la procédure peuvent être réunis à l'actif de celle-ci. L'objectif est de limiter l'affectation patrimoniale parce que les règles qui la gouvernent n'ont pas été respectées. L'action anéantit la séparation des patrimoines.

Remarque

Le statut de l'EIRL étant en voie d'extinction, cette extension ne s'appliquera que rarement dans l'avenir.

§5 Réunion des patrimoines de l'entrepreneur individuel

Cependant, la loi du 14 février 2022 a généralisé cette possibilité à tous les entrepreneurs individuels.

L'article [L. 621-2](#) du Code de commerce prévoit que le patrimoine personnel peut être réuni au patrimoine professionnel initialement seul soumis à la procédure en cas de confusion des patrimoines personnel et professionnel, mais aussi en cas de fraude à l'égard d'un créancier.

En revanche, le manquement aux obligations comptables n'est plus une hypothèse de réunion des patrimoines ce qui peut surprendre (V. B. Saintourens, obs. *RPC* juill. 2022, com. 62, p. 29).

Section 3. Les conditions procédurales de la procédure de sauvegarde

La **procédure de sauvegarde** (comme le redressement et la liquidation judiciaires) est une véritable procédure qui, à la différence du mandat ad hoc ou de la procédure de conciliation, se déroule devant une juridiction : le tribunal de commerce ou le tribunal judiciaire, selon un processus très règlementé. L'objectif des dispositions légales est essentiellement d'assurer la protection du débiteur et de ses créanciers.

La procédure doit respecter **les grands principes du procès civil** : droit d'accès au juge, impartialité, respect du contradictoire tels qu'ils résultent, notamment, de la Convention Européenne des droits de l'homme (v. B. Saintourens, « Convention européenne des droits de l'homme et procédures collectives », *Dr. & patr.* Juill. 2010, p. 80 ; C. Saint-Alary-Houin, Rapport de synthèse, colloque Nice. « Procédure civile et procédures collectives », *LPA* 28 nov. 2008, n° 239). Le procès économique a, sans aucun doute, une spécificité, mais il demeure soumis aux grandes règles de la procédure civile (v. « Procédure civile et procédures collectives », Nice 16/17 mai 2008, *LPA* 28 nov. 2008, n° 239).

La procédure de sauvegarde étant une procédure d'anticipation suppose une **demande du chef d'entreprise** .

En savoir plus : Comparaison

Au contraire, les autres procédures de redressement et de liquidation judiciaires ne sont pas toujours prononcées à la demande du débiteur. Elles peuvent être la conséquence de l'assignation d'un créancier ou d'une requête du ministère public. Il faut alors éviter qu'elles soient ouvertes à l'encontre du débiteur de manière illégitime.

Avant que le tribunal ne puisse ouvrir la procédure de sauvegarde, il convient que ce tribunal soit saisi par le débiteur et qu'il soit compétent pour connaître de l'affaire qui lui est soumise. Le tribunal peut ensuite procéder à une enquête. Eventuellement, il rendra ensuite un jugement d'ouverture de la procédure.

§1. La saisine du tribunal : la demande du débiteur

La procédure de sauvegarde est une procédure d'anticipation qui suppose une initiative du débiteur. L'article L. 620-1 du Code de commerce prévoit que la procédure est ouverte à la demande du débiteur et l'article R. 621-1 que : « *la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde est déposée par le représentant de la personne morale ou par le débiteur personne physique au greffe du tribunal compétent* ».

A cette demande sont jointes différentes pièces énumérées par l'article R. 621-1 et destinées à donner au tribunal une connaissance de la situation financière de l'entreprise.

Le débiteur a le monopole de la saisine du tribunal. Aucune autre personne ne peut demander l'ouverture de la sauvegarde car le législateur veut « responsabiliser » le débiteur. Il doit établir qu'il rencontre des difficultés qu'il ne peut surmonter seul, mais qu'il n'est pas en cessation des paiements.

Dans le cas où la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde est consécutive à un mandat ad hoc ou à une procédure de conciliation qui a eu lieu dans les 18 mois qui précèdent, la demande doit être examinée en présence du ministère public (L. 621-1, C. com.) et le tribunal peut se faire communiquer les pièces et actes relatifs à cette procédure.

§2. Détermination du tribunal compétent

Le débiteur doit saisir le tribunal compétent et la loi du 26 juillet 2005 énonce des règles de compétence d'attribution et de compétence territoriale qui sont les mêmes dans le redressement et la liquidation judiciaire.

A. La compétence d'attribution

Elle dépend de la nature de l'activité exercée : le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, et le tribunal judiciaire dans les autres cas, c'est-à-dire pour les agriculteurs, professionnels indépendants et les personnes morales de droit privé non-commerçantes : sociétés civiles, associations, par exemple (art. [L. 621-2](#), C. com.).

Mais, depuis la loi Macron du 6 août 2015 seuls certains tribunaux de commerce limitativement énumérés par le décret n° 2016-217 du 26 février 2016 - dits "**tribunaux de commerce spécialisés**" - peuvent connaître des procédures les plus importantes ou les plus complexes. Il s'agit :

1. des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires lorsque le débiteur est :
 - « a) *Une entreprise dont le nombre de salariés est égal ou supérieur à 250 et dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 20 millions d'euros ; Les critères sont cumulatifs.*
 - b) *Une entreprise dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 40 millions d'euros. Le critère est ici unique.*
 - c) *Une société qui détient ou contrôle une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que le nombre de salariés de l'ensemble des sociétés concernées est égal ou supérieur à 250 et que le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 20 millions d'euros ; Les critères du chiffre d'affaire et du nombre des salariés sont cumulatifs.*
 - d) *Une société qui détient ou contrôle une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 40 millions d'euros* ». Les seuils sont ici appréciés au niveau du groupe de sociétés. Etant donné la hauteur des seuils, les juridictions spécialisées ne connaîtront que des difficultés des entreprises très importantes.
2. Des procédures pour l'ouverture desquelles la compétence internationale du tribunal est déterminée en application des actes pris par l'Union européenne relatifs aux procédures d'insolvabilité . Cette hypothèse vise une « faillite européenne ». Il s'agit d'un débiteur ayant plusieurs établissements dans l'Union ou dont les biens se trouvent sur au moins deux Etats de l'Union. Le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité est applicable. C'est alors la complexité de l'organisation de la procédure en raison de son caractère international : déclarations de créances, revendications, exécution de la décision du tribunal saisi qui justifie la compétence de la juridiction spécialisée. Il convient cependant que le tribunal saisi établisse qu'il est internationalement compétent (Cass. com., 11 mars 2020, n° [19-10.657](#), *BJE* juill. 2020, 117y6, p. 37).
3. Des procédures pour l'ouverture desquelles la compétence internationale du tribunal résulte de la présence dans son ressort du centre principal des intérêts du débiteur ; Il s'agit encore de procédure présentant un caractère international mais auquel le règlement européen ne s'applique pas.

Exemple

Procédure entre les Etats-Unis et la France, par exemple.

Cette spécialisation de certaines juridictions est approuvée par les premiers commentateurs et elle avait été préconisée par les juges consulaires eux-mêmes. Elle permet de réserver les procédures complexes aux juridictions les plus importantes et aussi de mieux traiter les difficultés des groupes de sociétés (v. F.-X. Lucas , « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 pour "la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques" intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* 2015, 112 q 8, p. 317 et « Liste des tribunaux de commerce spécialisés », *LEDEN* avr. 2016, p. 1 ; J. Raibaut et C. Saint-Alary-Houin, « La loi MACRON et Justice commerciale », *RJ com.* janv. 2016. p. 74 ; J.-L. Vallens, « Ordonnance du 12 mars 2014, Quelques innovations procédurales », *RTD com.* 2014, p. 418 ; P. Rossi, « Au sujet des tribunaux de commerce "spécialement désignés" », *BJE* 2015, p. 423 ; v. La liste des TCS dans le code des entreprises en difficulté).

Remarque

En outre, ont été créés douze Tribunaux des affaires économiques (TAE), à titre expérimental, rentrant en fonction le 1^{er} janvier 2025. Ils ont une compétence élargie en matière de procédures amiables et judiciaires du livre VI du Code de commerce et sont compétents pour l'ensemble des entreprises éligibles à ces procédures, y compris agricoles, les tribunaux judiciaires n'intervenant plus dans ce domaine (loi n° [2023-1059](#) du 20 novembre 2023, loi Justice) - à l'exception des professions d'avocat, de notaire, d'huissier de justice, de commissaire-priseur judiciaire, de greffier de tribunal de commerce, d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire -.

Cette expérimentation qui a débuté en janvier 2025 pour une durée de quatre années suppose une adaptation de la composition de ces juridictions au sein desquelles devra siéger un juge exerçant la profession d'exploitant agricole (F.-X. Lucas, « Le tribunal des activités économiques », *LEDEN* mai 2024, p. 1 ; Ph. Roussel-Galle, « Des TC aux TAE », *Rev. proc. coll.* juill. 2023, repère, p. 4 ; J. Jourdan-Marquès, « Le tribunal des activités économiques : une chimère ? », *D.* 2024, p. 73 ; « Les tribunaux des affaires économiques entre opportunité et opportunisme », *BJE* juill.-août 2025, dir. V. Martineau-Bourgninaud, *BJE* 202c4, p. 25).

Les TAE sont les tribunaux de commerce de Marseille, du Mans, de Limoges, de Lyon, de Nancy, d'Avignon, d'Auxerre, de Paris, de Saint-Brieuc, du Havre, de Nanterre, de Versailles ([arrêté du 5 juill. 2024](#), JORF 0159, 6 juill. 2024).

Bloc de compétence

Une fois saisi, le tribunal compétent peut connaître de toutes les actions liées à la procédure de sauvegarde (ou au redressement ou à la liquidation judiciaires de l'entreprise), c'est-à-dire, d'après la jurisprudence antérieure, de toutes les « *actions propres à la faillite et des contestations nées de celle-ci ou juridiquement influencées par elle* » : actions en revendication, en extension de la procédure, en responsabilité pour insuffisance d'actif, en faillite personnelle.. Il existe donc un bloc de compétence en matière de procédure collective.

Qu'entend-on par « *action influencée par la procédure collective* » ?

Le contentieux est très abondant sur la définition de ces actions « *influencées* » par la procédure collective.

L'idée directrice est que la juridiction saisie est incompétente lorsque l'action se serait déroulée de la même façon si la procédure collective n'avait pas été ouverte. Au contraire, elle est compétente si l'ouverture de la procédure de sauvegarde, (ou de redressement ou de liquidation judiciaire) n'est pas dépourvue d'effet sur l'issue de l'action en justice.

Ainsi, par exemple :

Exemple

- Cass. com. 7 févr. 2012, n° [11-10.851](#) : « *La contestation relative à des fautes contractuelles commises après le jugement d'ouverture et la résiliation de la convention par le juge-commissaire n'est pas née de la procédure collective et n'est pas soumise à son influence juridique.* » (LEDEN mars 2012, n° 036, obs. Parachkévova).
- Cass. com., 5 sept. 2018, n° [17-10975](#), BJE nov.-déc. 2018, 116j2, p. 441, obs. O. Staes : « *La contestation, au seul motif qu'elle serait susceptible de constituer un dommage imminent, de la résiliation unilatérale par le cocontractant du débiteur d'un contrat à durée indéterminée régulièrement poursuivi après le jugement d'ouverture d'une procédure collective ne subit pas l'influence juridique de cette procédure, dès lors que ne sont pas en cause les règles propres à la résiliation des contrats en cours continués, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

	• Cass. com., 3 avr. 2019, n° 18-10.469, BJE juill. 2019, 117a7, p. 44, obs. O. Staes : « Alors que l'action d'une banque, tendant au remboursement d'un prêt consenti à un débiteur après l'ouverture de sa procédure collective, n'est pas née de cette procédure et que la circonstance que le juge soit amené, pour trancher la contestation, à faire application des règles du droit des procédures collectives pour déterminer les conséquences à tirer du dessaisissement du débiteur, ne suffit pas à la soumettre à l'influence juridique de la procédure collective et dès lors à faire échapper à la compétence du juge du droit commun une action qui, en dehors de toute procédure collective, relève de sa compétence, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Le bloc de compétence au profit de la juridiction saisie n'est pas absolu et traditionnellement certaines actions lui échappent : les actions en responsabilité contre les mandataires relèvent du tribunal judiciaire, les contestations issues d'un contrat de travail du Conseil des prud'hommes, l'infraction de banqueroute du tribunal correctionnel. Exemple Cass. com., 25 juin 2002, Sté Sofib c/ Sté automobiles Drouais (CAD), <i>RJDA</i> 12/02 n° 1293 ou Cass. com., 6 mars 2001, <i>RTD civ.</i> 2001, 523.
Prorogation de compétence	Le tribunal saisi demeure également compétent si la procédure collective est étendue, sur le fondement de l'article L. 621-2 du code de commerce, à d'autres personnes physiques ou morales. Cette unité de compétence est d'ailleurs le principal effet recherché lorsque l'extension est décidée parce qu'elle favorise l'unité de la procédure.

B. La compétence territoriale

L'article [R. 600-1](#) du code de commerce énonce que le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son **siège** ou dans lequel le débiteur personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le **centre principal de ses intérêts en France**.

En principe

Pour un débiteur, personne physique, est donc compétent, le tribunal du siège de l'entreprise, c'est-à-dire le tribunal dans le ressort duquel le débiteur exerce son activité commerciale.

Exemple

Pour un avocat, c'est le tribunal dans le ressort duquel il exerce son activité et où le bâtonnier de l'Ordre des avocats est appelé systématiquement à intervenir (CA de Versailles, 13^{ème} ch., 1 mars 2007, *Procédures* juin 2007, n° 143, p. 20, obs. H. Croze). Il a cependant été jugé que les professionnels libéraux peuvent invoquer leur privilège de juridiction, prévu par l'article 47 du CPC pour « délocaliser » la procédure (Cass. com., 28 oct. 2008, *JCP E* 2008, 2437, obs. D. Cholet et 2009, 1008, obs. P. Petel ; *D.* 2008, AJ, p. 2791, obs. A. Liénhard).

Pour les sociétés, il faut s'attacher au lieu du siège social. Il s'agira, en principe, du siège statutaire. Mais si l'entreprise a le lieu principal de ses affaires en dehors de son siège statutaire, il faudra s'attacher au siège réel. En cas de transfert de siège social, le tribunal compétent est celui du nouveau siège sauf si le transfert a eu lieu depuis moins de six mois auquel cas pour lutter contre le "forum shopping", le tribunal du précédent siège demeure compétent.

Cette règle de compétence interne est aussi une **règle de compétence internationale** : Il faut distinguer deux situations :

- Ou bien, l'entreprise ne rentre pas dans le champ d'application du droit européen, le tribunal français sera compétent :
 - Si le siège principal des intérêts de l'entreprise est en France, même si le siège social (v. par ex. Cass. com., 26 oct. 1999, *Bull. Joly*, 2000, p. 385, note Menjucq et 18 janv. 2000 *Rev. crit. DIP* 2000, 447) est à l'étranger et il appliquera la loi française. Dans ce cas, selon le principe de l'universalité de la faillite, la procédure de sauvegarde, de redressement ou liquidation, prononcée en France, produit ses effets partout où la société a des biens sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires et dans la mesure de l'acceptation de la décision par les ordres juridiques étrangers

	(Cass. com., 21 mars 2006, Aff. Khalifa airways, n° 04-17.869, JCP E, 2006, p. 2072 ; <i>Droit des sociétés</i> 2006, n° 106, obs. J.-P. Legros ; D. 2006, p. 1466 , note M.-C. Henry et p. 914, obs. A. Liénhard et pan. Dalloz 2006, n° 32, p. 2251, obs. F.-X. Lucas et P.-M. Le Corre). • Si l'entreprise a son principal établissement dans un Etat étranger, la juridiction de cet Etat sera compétente pour ouvrir la procédure mais sa décision n'aura d'effet en France que si elle obtient l'exequatur. • Ou bien, le règlement communautaire du 29 mai 2000, sur les procédures d'insolvabilité, réformé par le Règlement n° 2015/848 du 20 mai 2015 qui est rentré en vigueur en 2017, est applicable et, en principe, une juridiction française ne peut ouvrir de « <i>faillite principale</i> » en France si le siège de l'entreprise se trouve dans un autre Etat de l'union européenne. Elle ne peut ouvrir qu'« <i>une faillite secondaire</i> » sous certaines conditions. En revanche, elle est compétente dès que le débiteur a le siège de ses intérêts principaux en France (v. jurispr. citée par M.-H. Monsérié-Bon, <i>Dr. & patr.</i> 2007, n° 160, p. 83).
Par exception	La procédure peut se dérouler devant un autre tribunal lorsque les « <i>intérêts en présence le justifient</i> ». Les « <i>intérêts en présence</i> » qui justifient cette dérogation aux règles de compétence normale sont ceux des créanciers ou de la société lorsque, par exemple, la procédure est ouverte à l'encontre d'un juge consulaire et a <i>fortiori</i> d'un président du tribunal de commerce, ou tout simplement, lorsque le climat social est mauvais. Une bonne administration de la justice requiert une délocalisation du procès.

§3. La période d'enquête

1. Une fois saisi, le tribunal doit obligatoirement procéder à certaines **auditions** et peut, facultativement, auditionner toute personne utile ou encore désigner un juge enquêteur.
 - **a)** Selon l'article [L. 621-1](#) du Code de commerce, il y a deux auditions obligatoires en chambre du conseil, celle du débiteur et celle des représentants du personnel, comité d'entreprise ou, à défaut, délégués du personnel. Dans le cas particulier d'un professionnel indépendant, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente est aussi obligatoirement auditionné.

- Le débiteur est le commerçant, l'agriculteur, l'artisan, le professionnel indépendant ou le représentant légal de la personne morale. Cette audition a pour but d'assurer le respect des droits de la défense (C. com., art. L. 621-1).
- Quant à l'audition des représentants du personnel, elle marque la volonté du législateur d'associer les salariés à tous les stades de la procédure.

Remarque

Précisons qu'au cas où la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde est consécutive à un mandat ad hoc ou à une procédure de conciliation qui a eu lieu dans les 18 mois qui précèdent, la demande doit être examinée en présence du ministère public (L. 621-1) et le tribunal peut se faire communiquer les pièces et actes relatifs à cette procédure.

- **b)** Outre ces deux auditions obligatoires, le tribunal, d'après l'article [L. 662-3](#) du Code de commerce, peut entendre « *toute personne dont l'audition lui paraît utile* ».

Exemple

Il peut s'agir des établissements financiers, des organismes de prévoyance sociale ou de l'administration fiscale qui pourront lui donner des renseignements précieux sur la situation financière de l'entreprise.

- **c)** Le tribunal entend aussi, à sa demande, le commissaire au redressement productif.
2. En outre, le tribunal saisi a la possibilité de commettre un **juge enquêteur** pour recueillir tout renseignement sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise ainsi que sur le nombre de salariés et le montant du chiffre d'affaires (C. com., art. L. 621-1).
La désignation de ce juge enquêteur est facultative, mais elle est de nature à éclairer le tribunal sur l'opportunité d'ouvrir une procédure de sauvegarde ou, le cas échéant, de redressement ou de liquidation judiciaire. Le juge enquêteur ne pourra participer à la juridiction se prononçant sur l'ouverture ni participer à son délibéré (C. com., art. [R. 621-4](#)).

§4. Jugement d'ouverture

A. Décisions du tribunal

Le tribunal peut considérer que l'ouverture de la procédure de sauvegarde est inutile parce que le débiteur pourra surmonter seul ses difficultés ou au contraire qu'il est trop tard et que l'entreprise est déjà en état de cessation des paiements. Dans ces deux cas, il rejettera la demande mais n'a plus le droit de se saisir d'office de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Il peut enfin ouvrir la procédure de sauvegarde.

Cependant, le tribunal joue un rôle particulier lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel. En pareil cas, il oriente, le cas échéant, le traitement du litige vers la commission de surendettement.

B. Jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde

1. Nature et publicité

Le jugement d'ouverture est un jugement constitutif qui fait l'objet d'une triple publicité :

- Il doit être publié dans les 15 jours au registre du commerce et des sociétés pour un commerçant ou une personne morale immatriculée à ce registre, au registre des métiers pour les artisans et sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal judiciaire pour les agriculteurs et les professionnels indépendants.

- En outre, une insertion est faite au BODACC qui est particulièrement importante puisqu'elle fait courir le délai de deux mois reconnu aux créanciers pour déclarer leurs créances ou de trois mois pour revendiquer les biens n'appartenant pas au débiteur.
- Enfin, une insertion doit être faite dans un journal d'annonces légales du département.

2. Effets du jugement d'ouverture

Le jugement prend effet à sa date. Le greffier notifie le jugement au débiteur dans les huit jours de sa date et, il en adresse copie au mandataire désigné, au procureur de la République et au trésorier payeur général du département.

Le jugement est susceptible d'un appel dans les dix jours, de la part du débiteur, des créanciers poursuivants (en dehors de la sauvegarde) et du ministère public (C. com., art. [L. 661-1](#),). Il peut aussi faire l'objet d'une tierce opposition dans les dix jours suivant la publicité au BODACC de la part de toute personne non partie à l'instance ; Certains jugements d'ouverture ont déjà fait l'objet de tierce-oppositions. Elles ont été déclarées recevables mais mal fondées (v. CA de Versailles, 15 juin 2006 et CA de Lyon, 29 juin 2006, précitées, *Dr. & patr.* n° 160, p. 81). Ce jugement d'ouverture est essentiel car il fait courir différents délais pour déclarer les créances ou revendiquer les biens, et en outre, il fige la situation des créanciers à cette date et entraîne un dessaisissement variable du débiteur. C'est en outre le jugement d'ouverture qui va fixer la structure de la procédure collective.

3. Voies de recours

Une fois rendu, le jugement d'ouverture peut être frappé de voies de recours mais celles-ci, comme toujours dans les procédures, sont conçues de manière restrictive afin d'assurer la stabilité de la décision et de parvenir à une solution rapide. Le législateur a voulu éviter que les procès ne s'éternisent, au détriment de l'entreprise et surtout de ses créanciers. Néanmoins, la loi du 26 juillet 2005 a « *tempéré ce verrouillage législatif* » afin d'ouvrir plus largement les voies de recours et de tarir les nombreux recours-nullité qui avaient été suscités par l'ancien texte. Même, si elles ont été assouplies, les voies de recours demeurent cependant soumises à des conditions d'exercice rigoureuses qu'il s'agisse des voies de recours ordinaires ou de la tierce-opposition.

a) Recevabilité de l'appel et du pourvoi

- **Le droit d'appel**, réglementé par l'article [L. 661-1](#) du Code de commerce, est doublement restreint par rapport au droit commun : quant au délai d'appel et quant à ses titulaires.

- L'appel doit, en effet, être interjeté dans **un délai de 10 jours** à dater de la notification du jugement aux parties ou de la réception de l'avis donné au Procureur de la République. La notification est faite par voie de signification, par le greffier dans les huit jours de la date du jugement, mais elle peut également être effectuée par le demandeur.
- En outre, l'appel ne peut être formé en procédure de sauvegarde que par *le débiteur*, ou par le *ministère public* même s'il n'a pas agi comme partie principale.
Par conséquent, seule la voie de la tierce-opposition permet à d'autres que le débiteur de contester le jugement d'ouverture. Sont donc irrecevables à agir toutes autres personnes, l'énumération légale étant limitative, ce qui prive notamment du droit d'appel, les salariés ou les créanciers.
Lorsque la cour d'appel annule ou infirme un jugement de sauvegarde, de redressement judiciaire ou prononçant la liquidation judiciaire, elle doit se prononcer sur le fond, en raison du principe de l'effet dévolutif de l'appel et peut d'office, soit ouvrir la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, soit prononcer la liquidation judiciaire. Mais les déclarations de créances qui ont été effectuées demeurent valables malgré l'annulation du jugement et n'ont pas à être réitérées.

Exemple

Cass. com., 25 mai 1993, *JCP E* 1993, 3721 ; obs. P. P. éd. G, IV, 1867 ; *Bull. Joly* 1993, p. 761 ; note Y. Chaput ; v. aussi Paris, 3^{ème} ch. A, 30 sept. 1991, *JCP G* 1992, 3595, n° 4 ; *D.* 1992, somm. p. 5, obs. F. Derrida.

La cour d'appel qui annule le jugement d'ouverture de la sauvegarde doit, en principe, ouvrir une période d'observation car la nécessité de celle-ci s'impose en appel comme en première instance. Depuis la loi du 10 juin 1994, si le redressement est manifestement impossible, la cour d'appel pourra déclarer la liquidation judiciaire.

En outre, il est admis, par transposition du droit antérieur, que la cour d'appel peut ouvrir la procédure, même si elle a annulé le jugement de première instance en raison de l'irrégularité de la saisine. À l'inverse, la cour peut ne pas maintenir le redressement judiciaire si le débiteur a repris ses paiements car elle apprécie la cessation des paiements au jour où elle statue.

Exemple

Cass. com., 9 juin 1987, *Rev. proc. coll.* 1987, p. 29, n° 4, obs. P. Didier.

Ces solutions sont transposables à la sauvegarde.

- **Le pourvoi en cassation** est également règlementé : l'arrêt de la cour est notifié par lettre recommandée aux différentes personnes pouvant former un pourvoi en cassation, c'est-à-dire à celles qui peuvent interjeter appel : débiteur, ministère public dans la procédure de sauvegarde et, en outre, « créancier poursuivant » dans le redressement et la liquidation judiciaire. Mais, cela excepté, le pourvoi est formé dans les conditions de droit commun. Le ministère public le forme par déclaration au greffe de la Cour de cassation.

b) L'opposition et la tierce-opposition

L'article [R. 661-2](#) du Code de commerce admet l'opposition contre les décisions rendues en matière de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire, de faillite personnelle ou d'interdiction par déclaration au greffe dans un délai de dix jours à compter du prononcé de la décision.

Pareillement, l'article [L. 661-2](#) du Code de commerce, énonce que : « *Les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure sont susceptibles de tierce-opposition.* »

L'article [R. 661-2](#) du Code de commerce précise que la tierce-opposition doit être exercée dans un délai de dix jours à compter du prononcé de la décision. En toute hypothèse, elle n'est recevable que si la personne qui forme une tierce-opposition y a un intérêt et n'était pas partie ou représentée au jugement de première instance. La tierce-opposition doit être faite par déclaration au greffe. Conformément au droit commun, la tierce-opposition n'est recevable que si la décision attaquée est entachée de fraude.

Les premiers jugements ouvrant la procédure de sauvegarde ont été frappés de tierce-opposition par les organismes d'assurance-crédit ou par des créanciers. Les juridictions saisies de ces voies de recours ont toujours déclaré recevables les tierces-oppositions émanant des sociétés d'assurance-crédit — car ce sont de « vrais tiers » au regard de l'article [583](#) du Code de procédure civile.

Exemple

V. décisions préc., Cass. com., 26 juin 2007 ; CA de Lyon, 3^{ème} ch. civ., 31 mai 2006, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 3, p. 255, obs. Ph. Roussel-Galle ; *RTD com.* 2006, p. 625, n° 12, obs. A. Martin-Serf.

En revanche, les tierces-oppositions formées par les créanciers ont suscité un contentieux important car, en procédure civile, sauf exception les créanciers ne sont pas des tiers car ils sont représentés par le débiteur dans le procès.

En savoir plus : La recevabilité de la tierce-opposition des créanciers

La voie de la tierce-opposition avait été fermée aux créanciers par des arrêts de la Cour d'appel de Paris, en date du 29 novembre 2007 (E. Scholastique, « L'irrecevabilité des tierce-oppositions de créanciers dans la procédure de sauvegarde Eurotunnel », *JCP* 2008, n° 1087, p. 26 ; M. Menjucq, « Réflexions critiques sur les arrêts du 29 novembre 2007 de la cour d'appel de Paris dans l'affaire Eurotunnel », *Rev. proc. coll.* 2008, n° 1, p. 9 ; à propos d'une tierce-opposition formée par des créanciers étrangers pour contester la compétence

du tribunal dans l'affaire Eurotunnel). Un jugement du tribunal de commerce de Paris du 15 janvier 2007 avait déclaré recevable, mais mal fondée la tierce-opposition formée contre le jugement d'ouverture rendu le 2 août 2006 à l'égard de la société The Channel Tunnel Group Limited (TC de Paris, 2 août 2006, *D.* 2006, p. 2329, obs. Dammann et Podeur ; *Bull. Joly* 2007.459, note Jault-Seseke et Robine). La Cour d'appel avait estimé, au contraire, que la tierce-opposition est irrecevable et qu'il en serait autrement si les créanciers pouvaient invoquer l'une des exceptions prévues par l'article 582 du CPC, c'est à dire « si leurs droits ont été atteints en cas de fraude ou s'ils ont un moyen propre et qu'il ne leur suffit donc pas d'être désintéressés par la procédure ».

Exemple

Mais, la Cour de cassation, par cinq arrêts du 30 juin 2009 a admis la recevabilité de la tierce opposition en cassant, au visa du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 29 novembre 2007 pour avoir méconnu le droit d'accès au juge (Cass. com., 30 juin 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, p. 10, concl. R. Bonhomme ; *D.* 2009, p. 1886, obs. A. Liénhard ; V. aussi, M. Menjucq, Affaire Eurotunnel : « Une cassation bienvenue », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 4, p. 1). Pour la Cour de cassation, « les créanciers domiciliés dans un État membre autre que celui de la juridiction qui a ouvert une procédure principale d'insolvabilité ne peuvent être privés de la possibilité effective de contester la compétence assumée par cette juridiction ».

Cette solution, fondée sur les principes du droit européen, risque d'ouvrir une contestation systématique des décisions d'ouverture dans la mesure où la solution qu'elle retient pour des créanciers étrangers serait étendue à des créanciers nationaux.

Exemple

La Cour d'appel de Paris, dans l'affaire « Cœur de la Défense » déjà citée a d'ailleurs admis la tierce-opposition de créanciers français sans s'interroger sur sa recevabilité ce qui était critiquable (CA de Paris, 25 févr. 2010, Pôle 5, RG n° 09/22756, SA Eurotitrisation C/SARL Dame Luxembourg ; R. Dammann et G. Podeur, « Affaire "Cœur Défense" : exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde », *D.* 2010, p. 579, obs. R. Dammann et G. Podeur ; F.-X. Lucas, « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », *Bull. Joly sociétés* 2010, p. 211 ; B. Saintourens, « Conditions d'ouverture de la sauvegarde : le recadrage de la Cour d'appel de Paris », *APC* 25 avr. 2010, n° 8, p. 1 ; M. Menjucq, « Affaire Heart of la Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2010, p. 13 ; Ph. Roussel-Galle, « L'affaire "Cœur Défense" : du nouveau », *LPA* 9 mars 2010, n° 48, p. 12 ; P.-M. Le Corre, « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter, A propos de CA Paris, pôle 5, ch. 9, 25 février 2010 : Affaire Cœur Défense », *Gaz. pal.* 16.17 avr. 2010, p.13 ; C. Saint-Alary-Houin, obs. *Dr. & patr.* sept. 2010).

Mais, la Cour de cassation, par 3 arrêts du 8 mars 2011, a rejeté sur ce point les pourvois formés contre les arrêts de la Cour d'appel de Paris et a déclaré recevable la tierce-opposition des créanciers sans distinction étrangers ou français s'ils peuvent se prévaloir d'une atteinte à leur intérêt propre (Cass. com., 8 mars 2011, 3 arrêts, pourvois n° 10-13.998 ; 10.13.989, 10-13.990).

Pareillement, un arrêt récent a admis dans la ligne de cette jurisprudence qu'« un associé est susceptible de former la tierce opposition au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde qui lui est ouverte par les articles L. 661-1 et L. 661-2 du code de commerce, si ce jugement a été rendu en fraude de ses droits ou s'il invoque des moyens qui lui sont propres ». La Cour exige que le moyen propre invoqué soit personnel à l'intéressé et a estimé que ce n'était pas le cas en l'espèce car l'auteur du pourvoi ne se prévalait pas d'une atteinte à ses droits d'associé (Cass. com., 4 oct. 2023, n° 22-14.354, LEDEN nov. 2023, DED201x1, p. 3, obs. O. Maraude).

Telles sont les règles qui gouvernent l'ouverture de la période d'observation. Une fois que l'entreprise est ainsi entrée en procédure et que les recours contre le jugement d'ouverture sont épuisés, ou bien, le tribunal estime que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de l'entreprise est impossible et il ouvre immédiatement la procédure de liquidation sans période d'observation, ou bien, il considère que l'entreprise peut être sauvée et se déroule la période d'observation proprement dite.

Section 4. La structure de la procédure de sauvegarde

Dans l'hypothèse où le tribunal est saisi par anticipation d'une demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde par une entreprise qui n'est pas en état de cessation des paiements, il ouvre cette procédure, fixe la durée de la période d'observation et met en place les organes judiciaires.

§1. Mise en place des organes

La procédure de sauvegarde est avant tout une procédure judiciaire. A ce titre, elle suppose la saisine d'un tribunal de commerce ou d'un tribunal judiciaire (bientôt un TAE éventuellement). Auprès de ce tribunal peut intervenir le ministère public dont le rôle ne cesse de s'accroître dans toute procédure collective (v. C. Delattre, *Le cadre d'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, Ed. Joly, Pratique des affaires, 2018 ; « La perception du ministère public par les acteurs de l'insolvabilité », *RPC* sept.-oct. 2024, table ronde n° 3, p. 50). Outre ces deux organes judiciaires, dans toute procédure de sauvegarde (et procédure collective en général), le jugement d'ouverture désigne obligatoirement le juge-commissaire et un mandataire judiciaire. Il invite à la désignation d'un représentant des salariés. D'autres nominations sont, en général, facultatives. Il peut s'agir de la nomination d'un administrateur judiciaire, dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et d'experts en diagnostic. Par la suite, le juge-commissaire a la faculté de désigner des contrôleurs.

A. Les nominations obligatoires

Elles ont trait au juge-commissaire, au mandataire judiciaire et au représentant des salariés.

Le juge-commissaire

C'est un organe fondamental de la procédure collective. Il appartient au tribunal de commerce ou au tribunal judiciaire.

Remarque

Statut du juge-commissaire.

Observons que la loi J-21 du 18 nov. 2016 a doté les juges consulaires d'un statut analogue à celui des juges professionnels au regard de l'indépendance, de la formation, de la déontologie et de la discipline (v. obs. Vallansan, *Rev. proc. coll.* nov. 2016, p. 32).

Cependant, l'article [L. 662-7](#) du Code de commerce prévoit que le juge-commissaire, une fois désigné, ne peut siéger, à peine de nullité du jugement, dans la formation de jugement, ni participer aux délibérés.

Son rôle est essentiel car il a pour mission de veiller au bon déroulement de la procédure et d'accélérer celle-ci.

Pour ce faire, il a seul le pouvoir de désigner un technicien en vue d'une mission qu'il détermine (C. com., art. [L. 621-9](#), al. 2), sans préjudice de la faculté pour le tribunal de désigner un ou plusieurs experts. Le juge-commissaire a aussi la faculté de désigner un juge-commissaire pour résoudre les difficultés relatives à l'établissement de l'inventaire (Cass. com., 24 mai 2023, n° [20-21.949](#), LEDEN juill. 2023, p. 4, obs. D. Lemberg-Guez).

Il peut obtenir, en vertu de ce pouvoir d'investigation, toutes informations sur la situation financière du débiteur, l'origine de ses difficultés, la qualité de ses dirigeants (Cass. com., 15 mai 2001, n° [98-15.002](#) ; 24 mars 2004, n° [01-11.856](#)). Ses attributions sont extrêmement diverses et tout aussi importantes dans la procédure de sauvegarde, dans le redressement que dans la liquidation judiciaires (art. [L. 621-4](#), C. com.).

- **Dans la procédure de sauvegarde (comme dans les autres procédures)**, le juge-commissaire fait un rapport au tribunal sur le projet de plan établi par le débiteur. Il surveille la gestion de l'administrateur, l'activité du mandataire judiciaire, se prononce sur les demandes de revendication, les mesures conservatoires ; il statue sur les créances, pour lesquelles il a une compétence exclusive (Cass. 1^{ère} civ., 11 sept. 2013, n° [11-17.201](#), *BRDA* 18/13, n° 9, p. 5), qu'il

peut rejeter ou admettre et se prononce également sur les relevés de forclusion.

- **Dans la liquidation judiciaire**, c'est le juge-commissaire qui peut décider d'autoriser les ventes de gré à gré, de retirer les gages ou de permettre le compromis et la transaction. En revanche, il n'entre pas dans ses pouvoirs juridictionnels d'apprécier la responsabilité d'un banquier dispensateur de crédit (Cass. com., 9 juill. 2013, n° [12-20.506](#), *RJDA* 2013, n° 918) et, lorsqu'il statue sur l'admission des créances, de se prononcer sur la validité d'un gage, sur la mauvaise exécution d'un contrat ou sur des dommages-intérêts demandés reconventionnellement par le débiteur.

En toute hypothèse, le juge-commissaire est un juge de "l'évidence". Il doit se déclarer incompétent si est soulevée devant lui une contestation sérieuse relevant de la compétence d'une autre juridiction. En revanche, si la contestation n'est pas sérieuse, il demeure compétent.

Exemple

C'est, par exemple, le cas s'il détermine le taux applicable à un prêt litigieux et le montant des sommes dues par simple application du contrat de prêt et du tableau d'amortissement (Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-10.317).

Le juge-commissaire joue un rôle essentiel et il statue par voie d'ordonnances. En principe, ces ordonnances peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal de commerce dans les dix jours de leur notification.

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'appel et le pourvoi sont, en principe, recevables contre les jugements statuant sur le recours formé contre les ordonnances du juge-commissaire (v. O. Staes, « Les aspects procéduraux de l'ordonnance du 18 novembre 2008 », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 2).

Certaines, cependant, sont frappées d'appel devant la cour d'appel. C'est le cas lorsque le juge statue sur les revendications, les relevés de forclusion ou les admissions de créances (Cass. com., 3 juin 1997, *RJDA* 11/97, n° 1395 ; 9 déc. 1997, *JCP* 1998, éd. E, p. 653). La tierce-opposition est alors irrecevable.

Il a été jugé qu'il résulte de l'article [R. 642-37-1](#) du code de commerce que le recours contre les ordonnances du juge-commissaire, rendues en application de l'article [L. 642-18](#) du même code, est formé devant la cour d'appel. Ce recours est ouvert aux parties et aux personnes dont les droits et obligations sont affectés par ces décisions.

Exemple

Par conséquent, une société X, se prétendant propriétaire de l'immeuble dont la cession a été ordonnée par une ordonnance du juge-commissaire, disposait d'un recours devant la cour d'appel ... de sorte que la voie de la tierce opposition devant le juge-commissaire, contre cette ordonnance, lui était fermée (Cass. com., 3 avr. 2019, n° [17-28.954](#), *BJE* juill. 2019, 117c1, p. 46, obs. J. Théron).

En outre, si le juge-commissaire statue en dehors de ses attributions les recours de droit commun sont admis.

Même sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 18 décembre 2008, la jurisprudence s'efforçait d'admettre des voies de recours contre les décisions du juge-commissaire. Il était admis, par exemple, que si le juge-commissaire n'avait pas « *statué dans la limite de ses attributions* » toutes les voies de recours de droit commun étaient ouvertes. En outre, même si le juge-commissaire statue dans la limite de ses attributions un appel-nullité demeure recevable de la part de la partie qui justifiant d'un intérêt se prévaut de la violation d'un droit fondamental ou d'un excès de pouvoir.

Le mandataire judiciaire

C'est un auxiliaire de justice (appelé « représentant des créanciers » dans le redressement judiciaire sous l'empire de la loi de 1985) qui est désigné par le tribunal sur une liste des mandataires judiciaires. Depuis l'adoption de l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article [L. 621-4](#) al. 5 prévoit que le ministère public peut soumettre à la désignation du tribunal le nom d'un ou de plusieurs administrateurs ou mandataires judiciaires sur lequel le tribunal sollicite les observations du débiteur. Le rejet de la proposition du ministère public est spécialement motivé. En outre, le débiteur peut aussi proposer le nom d'un ou de plusieurs administrateurs ce qui permet qu'il soit mieux impliqué dans la procédure. Dans le cas où la procédure est ouverte à l'égard d'un débiteur dont le nombre des salariés est au moins égal à 50, le tribunal sollicite les observations de l'[AGS](#) sur la désignation du mandataire judiciaire. Ce mandataire prend le nom de « *liquidateur* » dans la liquidation. Sa compétence autrefois limitée au ressort de la Cour d'appel est aujourd'hui nationale. L'article [L. 621-7](#) énonce que le débiteur ou tout créancier peut demander au juge-commissaire de saisir le tribunal aux fins de remplacer l'administrateur, le mandataire judiciaire ou l'expert.

Remarque

La loi du 3 janvier 2004 a modifié le statut des administrateurs et mandataires judiciaires. Il en est de même de la loi Macron du 6 août 2015 et du décret du 1^{er} juillet 2016.

Pour accéder aux fonctions de mandataire, il faut être titulaire d'une maîtrise en droit ou d'un diplôme équivalent, effectuer trois ans de stage et réussir les examens professionnels. La loi du 6 août 2015 a facilité l'accès à la profession en prévoyant des passerelles avec d'autres professions exercées pendant une certaine durée et en créant un nouveau Master d'administration et de liquidation des entreprises assorti d'un stage de 30 mois dans une étude de mandataire judiciaire.

La profession de mandataire judiciaire peut être exercée, à titre individuel ou en société (SCP, SELARL ou société de professions libérales réglementée par un décret du 1^{er} juillet 2016). S'il exerce au sein d'une société, le mandataire judiciaire ne peut plus exercer à titre individuel et s'il commet une faute dans l'exercice de ses fonctions, elle est imputable à la société (Cass.

com., 26 oct. 2022, n° [21-15.619](#), RPC 2024, n° 44, obs. J. Vallansan et V. Leloup-Thomas). La loi Macron a également prévu un nouveau statut de mandataire salarié.

Le mandataire judiciaire doit exercer ses fonctions à titre exclusif (ce qui ne l'empêche pas d'exercer des missions d'expert judiciaire : Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 2023, n° [23-60.013](#), LEDEN juill. 2023, p. 2, obs. D. Lemberg-Guez). L'évolution de la nomenclature des experts de justice prévoit d'ailleurs que les professionnels de l'insolvabilité peuvent agréés par les cours d'appel en qualité d'experts (M. Maquignon, RPC juill. 2024, Etudes 5, p. 17).

Il engage sa responsabilité civile et pénale pour les fautes et infractions commises dans l'exercice de sa mission. Il n'est pas tenu d'une obligation de résultat mais de moyens.

Exemple

A titre d'exemples récents, il a été jugé que lorsqu'il cède le fonds de commerce avec le bail, le liquidateur doit vérifier la conformité de l'acte de cession aux exigences du bail (Cass. com., 17 mai 2017, n° [15-27.140](#)). Il est responsable en cas de vol de matériel sur le site de l'entreprise, même s'il s'était adressé à une société de gardiennage (Cass. com., 4 mai 2017, n° [15-20.340](#)). Le mandataire judiciaire a l'obligation de veiller au respect des règles fiscales et, en liquidation judiciaire, exerçant les droits et actions patrimoniales du débiteur, il ne doit pas omettre de demander le remboursement du crédit de TVA liée aux opérations postérieures au jugement d'ouverture (Cass. com., 23 nov. 2022, n° [21-13.613](#), LEDEN janv. 2023, p. 5, obs. R. du Plantier).

Le mandataire a pour fonction de vérifier les créances et d'exercer certaines actions au nom des créanciers (« *Dans le redressement et la liquidation judiciaires et non en sauvegarde : actions en nullité de la période suspecte, en responsabilité de l'insuffisance d'actif, en responsabilité contre les tiers fautifs* ») ainsi que cela sera développé ultérieurement. En principe, c'est lui qui agit dans l'intérêt des créanciers afin de reconstituer le gage commun.

Remarque

En revanche, le liquidateur ne pourrait agir en paiement contre les membres d'un GIE car seuls les créanciers du GIE ont qualité pour

	agir : Cass. com., 14 juin 2023, n° 21-25.503, LEDEN juill. 2023, p. 1, obs. F.-X. Lucas). Dans le redressement judiciaire, le mandataire judiciaire conseille souvent le débiteur. Dans la liquidation, il procède à la vente des actifs pour assurer le paiement du passif. Il procède au règlement des créanciers en respectant la procédure d'ordre. Sa profession est étroitement réglementée par la loi du 3 janvier 2003, qui a été codifiée dans le livre VIII du Code de commerce intitulé " <i>De quelques professions réglementées</i> "et dont les décrets d'application ont été adoptés. Elle est exercée sous le contrôle du ministère de la justice et du Conseil national des administrateurs et mandataires judiciaires
Le représentant des salariés	Il est élu par le personnel de l'entreprise. Cet organe a été créé par la loi du 25 janvier 1985 pour associer les salariés au déroulement de la procédure. Le rôle du représentant des salariés est variable selon la taille des entreprises. En toute hypothèse, il assiste le mandataire judiciaire dans la vérification des créances salariales. Dans les entreprises qui n'ont pas de représentants du personnel, il exerce des fonctions qui sont reconnues à ceux-ci. Il est alors étroitement associé à la procédure (art. L. 621-4) mais excepté ce cas, il n'a pas le statut de représentant du personnel (Cass. soc., 4 févr. 2003, APC 2003-9, n° 109 et s., p. 1, obs. C. Lebel). Il bénéficie cependant d'une protection équivalente contre le licenciement.

B. Les nominations facultatives

Elles sont relatives à l'administrateur, au représentant du personnel et aux experts en diagnostic d'entreprise. Il faut ajouter les contrôleurs désignés par le juge-commissaire.

L'administrateur judiciaire

Comme le mandataire judiciaire, il exerce une profession réglementée. Les administrateurs judiciaires sont des auxiliaires de justice qui sont obligatoirement nommés dans les procédures de sauvegarde et de redressement pour les entreprises réalisant 3 000 000 € de chiffre d'affaires ou employant 20 salariés (C. com., art. L. 621-4 et [R. 621-11](#)) ; en dessous de ces seuils, leur nomination est facultative. Les ordonnances du 18 décembre 2008 et du 12 mars 2014 ont permis au débiteur et au ministère public de proposer un administrateur à la désignation du tribunal.

Remarque

Ces désignations ont lieu dans 20 % des procédures environ et sont très variables selon les tribunaux.

Leurs conditions de recrutement sont les mêmes que pour les mandataires (accès par les diplômes et le stage, par le Master d'administration des entreprises en difficulté et un stage de 30 mois ou par équivalence avec des professions voisines) et leur compétence est nationale. Ils peuvent exercer à titre individuel ou en société et employer des administrateurs salariés.

A la différence des mandataires judiciaires, ils peuvent exercer la profession d'avocat (C. com., art. [L. 811-10](#)). Cette différence de traitement a été déclarée constitutionnelle (CC, 5 août 2022, QPC n° [2022-1008](#), LEDEN sept. 2022, 1, note F.-X. Lucas ; RPC 2024, n° 43, obs. J. Vallansan et V. Leloup-Thomas).

Il arrive que certains administrateurs se plaignent d'être nommés moins souvent que leurs confrères. Ils peuvent en réclamer réparation à l'Etat à condition que le préjudice subi soit anormal, spécial et d'une certaine gravité (Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 1996, n° [91-20.266](#)). Mais la Cour de cassation rappelle que le nombre de désignations doit tenir compte de la taille de la structure dans laquelle le professionnel exerce son activité et du nombre des affaires à distribuer (Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2022, n° [21-16.688](#), LEDEN janv. 2023, p. 2, obs. D. Lemberg).

Les administrateurs ont pour rôle de gérer l'entreprise au cours de la période d'observation, ce qui les conduit à se prononcer sur le sort des contrats en cours. Ils ont également pour mission, de préparer le plan de sauvegarde ou de redressement. Dans cette optique, c'est eux

	qui reçoivent les offres de cession qui émanent des éventuels repreneurs. C'est également eux qui bâtissent le plan de sauvegarde ou de redressement.
Les représentants du personnel	Dans les entreprises importantes, les représentants du personnel doivent être associés au déroulement de la procédure. C'est pourquoi, convient-il que le comité d'entreprise (aujourd'hui le comité social et économique désigne un représentant de ce comité chargé de suivre la procédure collective. Ces représentants du personnel sont informés et consultés sur les décisions à prendre par le tribunal ou les auxiliaires de justice.
Les experts en diagnostic	Enfin le tribunal a la faculté de désigner des experts en diagnostic d'entreprise dont le rôle est d'établir un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise en cas de procédure de conciliation ou de procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ou de concourir à l'élaboration d'un tel rapport en cas de procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Ces experts ne doivent pas avoir perçu de rétribution de la part du débiteur dans les cinq années précédentes. Ils doivent n'avoir aucun intérêt dans le mandat qui leur est donné.

Les contrôleurs

1- Désignation : Observons enfin que le juge-commissaire a la faculté de désigner à la demande des créanciers, de un à cinq contrôleurs qui assisteront les organes de la procédure dans l'exercice de leurs missions. Lorsqu'ils sont nommés le juge-commissaire doit au moins désigner l'un d'entre eux parmi les créanciers chirographaires et un autre parmi les créanciers titulaires de sûretés (C. com., art. [L. 621-10](#)).

A côté des contrôleurs nommés existent des contrôleurs de droit. Il s'agit du représentant de l'ordre ou de l'autorité dont relève le débiteur, professionnel indépendant. En outre, l'ordonnance du 12 mars 2014 a prévu que « *sont désignées contrôleurs, si elles en font la demande, les institutions mentionnées à l'article L. 3253-14 du code du travail* », parmi lesquelles l'AGS. Le même texte énonce que les créanciers publics mentionnés à l'article [L. 626-6](#) al. 1 peuvent aussi être désignés en cette qualité à leur demande.

Aucune disposition ne définit les causes de la révocation des contrôleurs, mais la Cour de cassation a considéré que cela ne justifiait pas que l'article L. 621-10 soit déféré à l'examen du Conseil Constitutionnel (Cass. com., 21 oct. 2016, n° [16-40.238](#)).

2- Prérogatives : Depuis la loi de sauvegarde, ces contrôleurs ont des prérogatives plus importantes afin de restaurer les droits des créanciers dans la procédure. Ils peuvent, dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, exercer des actions en justice, dans l'intérêt collectif des créanciers, lorsque le mandataire judiciaire néglige de les tenter bien qu'une mise en demeure lui ait été adressée à cet effet dès lors qu'elle est demeurée plus de deux mois sans effets (v. par ex. [L. 651-3](#)). Cette action est subsidiaire et suppose une carence du mandataire judiciaire. Il en résulte que le contrôleur ne peut former un recours contre une ordonnance du juge-commissaire fixant la rémunération d'un administrateur provisoire à la demande du mandataire ou du liquidateur, sur le fondement de l'article [R. 641-11](#) (Cass. com., 30 janv. 2019, n° [17-20.793](#) et [17-22.221](#), *BJE* mai-juin. 2019, 116x9, p. 38, obs. M. Houssin).

Par ailleurs, la Cour de cassation a rendu un avis admettant la recevabilité de l'action en

extension exercée par un contrôleur (Cass. avis, 3 juin 2013, n° [13-70.003](#)).

Remarque

Il est très rare que les contrôleurs exercent cette faculté d'agir dans l'intérêt collectif. Mais, lorsqu'ils déclenchent contre un dirigeant une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la recevabilité de cette action est subordonnée à la délivrance d'une mise en demeure conjointement par au moins deux d'entre eux. L'action doit ensuite être engagée par une majorité de contrôleurs (Cass. com., 24 mai 2018, n° [17-10.005](#) : juill. 2018, n° 111u5, p. 1, obs. Lucas ; *BJE* sept. 2018, n° 116 f4, note Favario ; *APC* 29 juin 2018, comm. 177, note Cagnoli).

Caractéristiques / Personne nommée	Type de nomination	Mission
Juge-commissaire	Obligatoire	Veiller au bon déroulement et à l'accélération de la procédure.
Mandataire judiciaire	Obligatoire	Vérifier les créances. Exercer certaines actions au nom des créanciers.
Représentant des salariés	Obligatoire	- Assiste le représentant des créanciers dans la vérification des créances salariales. - En l'absence de représentant du personnel, il exerce leur fonction.
L'administrateur judiciaire	Facultative (si le tribunal l'estime nécessaire) et obligatoire au dessus de certains seuils : 3 000 000 € de chiffre d'affaires ou 20 salariés.	- Gérer l'entreprise au cours de la période d'observation. - Préparer le plan de sauvegarde ou de redressement.
Représentant du personnel	Obligatoire (s'il y a un comité social et économique).	Fournit des informations et consultations sur les décisions à prendre par le tribunal ou les auxiliaires de justice.

Experts en diagnostic d'entreprise	Facultative (si le tribunal l'estime nécessaire)	• Etablir un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise (pour le règlement amiable, la sauvegarde ou le redressement judiciaire). • Concourir à l'élaboration de ce rapport en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire.
--	---	---

§2. Durée de la période d'observation

Dans le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, le tribunal de commerce fixe la durée de la période d'observation et il peut déterminer librement sa durée dans une fourchette prévue par la loi.

- La période d'observation a, en principe, une **durée maximale de six mois**.
- Elle est **renouvelable pour une durée également de six mois**, mais à la suite d'un jugement motivé du tribunal.

En revanche depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, elle ne peut plus être prolongée pour six mois (alors que c'était possible auparavant, mais à la demande du seul Procureur de la République).

Cette durée maximale de douze mois a été fixée par la directive du 20 juin 2019 afin de ne pas allonger de manière excessive la durée de la suspension des poursuites au détriment des créanciers. Il s'agit aussi d'éviter l'accroissement du passif postérieur au jugement d'ouverture qui est susceptible d'être privilégié (C. com., art. [L. 621-17](#)). Conformément à la directive de 2019, les procédures ne doivent pas s'éterniser au delà d'un an (Cependant, une prolongation exceptionnelle de six mois demeure possible en redressement judiciaire, à la demande du procureur de la République).

Au total, la durée de la période d'observation peut être fixée à **douze mois**. Cette durée uniforme quelle que soit la nature de l'entreprise en difficulté n'est pas toujours opportune. Ainsi en cas de défaillance du constructeur, la durée du chantier est bien souvent supérieure à celle de la période d'observation. Il serait souhaitable de pouvoir tenir compte de ces situations particulières.

Exemple

V. T. com. de Saint-Etienne, 11 mai 2016, n° 2016L00582, *BJE* sept/oct. 2016, p. 313, n° 113u9, obs. C. Delattre et C. Saint-Alary-Houin, « Spécificités du traitement des difficultés des entreprises du bâtiment », *BJE* sep/oct. 2016, p. 3 43, n° 113u0.

Section 5 : Particularisme de l'ouverture de la procédure de sauvegarde à l'égard d'un entrepreneur individuel

Les articles [L. 681-1 et suivants](#) du Code de commerce tracent les modalités d'application des procédures du titre II à IV du livre VI, c'est-à-dire de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judiciaires mais également celles des règles du surendettement exposées aux articles [L. 711-1 et suivants](#) du Code de la consommation.

L'ouverture de la sauvegarde concernera l'entrepreneur individuel qui ne peut surmonter seul ses difficultés, c'est-à-dire celles dont répond le patrimoine professionnel.

Le redressement judiciaire et la liquidation supposeront l'état de cessation des paiements qui s'apprécie, en principe, « *pour le seul patrimoine engagé par l'activité ou les activités professionnelles* » (C. com., art. [L. 631-1](#)).

En cas de difficultés d'un entrepreneur individuel, (professionnel ou personnel), l'article [L. 681-1](#) du Code de commerce énonce que le tribunal compétent en application du Livre VI : Tribunal de commerce ou tribunal judiciaire doit toujours être saisi.

Mais, il lui appartient ensuite de déterminer la procédure à suivre en fonction des conditions d'ouverture des différentes procédures de traitement du passif. Il a un rôle très particulier car il oriente la procédure.

Plusieurs situations se présentent en pratique :

1- Sous réserve d'un rétablissement professionnel, si seules leurs conditions sont réunies, le tribunal peut ouvrir une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire auquel cas seul le patrimoine professionnel est concerné par la procédure.

2- Dans le cas, où ce sont les conditions d'ouverture de la procédure de surendettement qui sont caractérisées (dettes non professionnelles), le tribunal renvoie, avec l'accord du débiteur, à la commission de surendettement.

3- Dans l'hypothèse où les conditions d'ouverture des procédures du Livre VI et celles du code de la consommation sont simultanément remplies et que le débiteur n'a pas respecté la séparation des patrimoines, le tribunal de commerce ou le tribunal judiciaire ouvre une seule procédure (du Livre VI) qui s'appliquera aux deux patrimoines mais en respectant le droit de gage de chaque créancier, c'est-à-dire la distinction des patrimoines personnel et professionnel. Il rend un jugement unique.

4- En revanche, si l'entrepreneur n'a pas confondu ses patrimoines professionnel et personnel, deux procédures sont conduites: l'une pour le patrimoine professionnel devant le tribunal du Livre VI du code de commerce, l'autre devant la commission de surendettement (V. « Nouveau statut de l'EI et traitement des difficultés », *LEDEN* juill. 2022, DED 200x5, obs. D. Sahel ; S. Gjidara-Decaix, « Articulation des procédures de traitement des situations de surendettement avec les procédures collectives du Livre VI du Code de commerce », *RPC* juill. 2022, n° 54).

Sous réserve de ces dispositions particulières, la procédure de sauvegarde se déroule de la même manière devant le tribunal de commerce ou le tribunal judiciaire que le débiteur soit une personne physique ou morale.

En savoir plus : Bibliographie

- B. Saintourens, « Conditions d'ouverture de la procédure collective de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022 », *RPC* juill. 2022, n° 62, p. 27 ;

- V. aussi, S. Gjidara-Decaix, « Articulation des procédures de traitement des situations de surendettement avec les procédures collectives du Livre VI du Code de commerce », *RPC* juill. 2022, n° 54.